



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



# قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الرابع والثلاثون • شعبان ١٤٤٥هـ • فبراير ٢٠٢٤م

الإثبات بالدليل الرقمي  
وتطبيقاته القضائية

د. مبارك بن محمد الخالدي

الدفاتر التجارية الإلكترونية

د. محمد بن عبد الله العتيبي

أحكام أتعاب التحكيم

د. حسن بن صالح القرني

الحماية النظامية للخصوصية  
المعلوماتية

نجود بنت علي السعوي

ذكر الشروط عند الادعاء بعقد

د. عبد الملك بن عبد المحسن العسكر

عقد المشاركة في الناتج دراسة  
فقهية مقارنة بنظام المعاملات  
المدنية

د. عبد الحميد بن عبد الله المجلي

الضرر اليسير وأثره في المسائل  
الفقهية

منيرة بنت حمد الزامل

أثر التعليق في فقه الأسرة مقارنة  
بنظام الأحوال الشخصية السعودي

د. عادل بن ناصر الصيعري

التعريض بالقذف ونماذج قضائية  
تطبيقية له

د. شريفة بنت عبد الله الغديان التميمي

# قضاء

## قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الرابع والثلاثون • شعبان ١٤٤٥هـ • فبراير ٢٠٢٤م

✉ info@qadha.org.sa

☎ 0112584996

☎ 0538999887

📷 📺 📱 qadha.ksa

📧 qdha



© الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) ١٤٤٥هـ (٢٠٢٤م)  
تعتبر المواد المقدمة للنشر عن آراء مؤلفيها، ويتحمل أصحابها  
مسؤولية صحة المعلومات والاستنتاجات ودقتها، وجميع الحقوق  
محفوظة للجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)، وعند  
قبول البحث للنشر تُؤول ملكية النشر من المؤلف إلى المجلة.

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

## هيئة التحرير

### رئيس التحرير

فضيلة أ. د. مَنْصُورُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْحَيْدَرِيِّ

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

### أعضاء هيئة التحرير

فضيلة أ. د. خَالِدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْمُصْلِحِ

أستاذ الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية  
في جامعة القصيم

فضيلة أ. د. عَبْدِ الْوَاحِدِ بْنِ حَمَدِ الْمَرْزُوعِ

أستاذ الأنظمة بكلية الشريعة والقانون  
نائب رئيس جامعة الإمام عبد الرحمن بن فيصل  
للشؤون الإدارية والمالية

فضيلة أ. د. مُحَمَّدُ بْنُ جَبْرِ الْأَلْفِيِّ

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

فضيلة د. مِشْعَلُ بْنُ سَعْدِ آلِ عَسْكَرٍ

قاضي استئناف

فضيلة د. خَالِدُ بْنُ عُثْمَانَ الْعُمَيْرِ

عميد كلية الحقوق بكلية الشرق العربي

فضيلة الشيخ / عَبْدِ الْإِلَهِ بْنِ إِبْرَاهِيمِ الْعَرَوَانِ

محامٍ

## ضوابط النشر في مجلة قضاء

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

## إجراءات التحكيم في مجلة قضاء

### المرحلة الأولى:

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

### المرحلة الثانية:

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

### المرحلة الثالثة:

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

### المرحلة الرابعة:

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

## محتويات العدد

٧ | كلمة التحرير

٩ | ذكر الشروط عند الادعاء بعقد  
د. عبد الملك بن عبد المحسن العسكر

٤٥ | عقد المشاركة في الناتج دراسة فقهية مقارنة بنظام المعاملات المدنية  
د. عبد الحميد بن عبد الله المجلي

١٢٣ | الضرر اليسير وأثره في المسائل الفقهية  
منيرة بنت حمد بن عبد الله الزامل

١٩٢ | أثر التعليق في فقه الأسرة مقارنة بنظام الأحوال الشخصية السعودي  
د. عادل بن ناصر بن مرسل الصيعري

٢٦٢ | التعريض بالقذف ونماذج قضائية تطبيقية له  
د. شريفة بنت عبد الله الغديان التميمي

٣٢٩ | الإثبات بالدليل الرقمي وتطبيقاته القضائية  
د. مبارك بن محمد الخالدي

٤١٧ | الدفاتر التجارية الإلكترونية  
د. محمد بن عبد الله آل تنيبيك العتيبي

٤٧٧ | أحكام أتعاب التحكيم  
د. حسن بن صالح بن شلعان القرني

٥٥٥ | الحماية النظامية للخصوصية المعلوماتية  
نجود بنت علي بن محمد السعودي

## كلمة التحرير

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

فها هو العدد الرابع والثلاثون من إصدارات مجلة قضاء بين أيديكم، تهديه إياكم (الجمعية العلمية القضائية السعودية)، متضمناً أبحاثاً محكمة متنوعة؛ إذ يتناول عدد منها أحكام العقود؛ كبحث (ذكر الشروط عند الادعاء بعقد)، وبحث (عقد المشاركة في الناتج - دراسة فقهية مقارنة بنظام المعاملات المدنية)، ويتناول آخر أحكاماً في الأحوال الشخصية، ك(أثر التعليق في فقه الأسرة - مقارنة بنظام الأحوال الشخصية السعودي)، فيما تتناول أبحاث أخرى جوانب قضائية، كبحث (الإثبات بالدليل الرقمي وتطبيقاته القضائية)، و(التعريض بالقذف ونماذج قضائية تطبيقية له)، ويتناول أحدها جانباً فقهياً شمولياً؛ إذ يتناول (الضرر اليسير وأثره في المسائل الفقهية)، ويتضمن آخر جانباً تجارياً، كبحث (الدفاتر التجارية الإلكترونية)، وبحث (أحكام أتعاب التحكيم)، ونختم ببحث (الحماية النظامية للخصوصية المعلوماتية).

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 يمثل وجهة نظر المجلة، ولا هيئة التحرير. وترحب المجلة بكل ما يثري المحتوى العلمي فيها من نقد، أو تعليق، أو تعقيب.  
وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

رئيس هيئة التحرير

أ. د. منصور بن عبد الرحمن الحيدري







## ذِكر الشروط عند الادعاء بعقد

**د. عبد الملك بن عبد المحسن العسكر**

عضو هيئة التدريس في المعهد العالي للقضاء

بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية



## مقدمة

الحمد لله أولاً وآخراً، وباطناً وظاهراً، وصلى الله على عبده ورسوله محمد، وعلى آله وأصحابه وأتباعه بإحسان، وسلّم تسليماً كثيراً متواتراً، أما بعد:

فإن للعقود أهمية بالغة؛ لما لها من العُلقة بأموال الناس وحقوقهم، وإن من ركائزها شروطها؛ فيها ضبطها وصلاحتها وتماها؛ لذا كان من الضروري العلم بمسائلها ودلائلها، ومنها: «ذُكر الشروط عند الادعاء بعقد»<sup>(١)</sup>، وعليها قام سوقُ هذا البحث.

### أسباب اختيار الموضوع:

- ١- بيان عظمة دين الإسلام؛ حيث عمّت أحكامه الحياة طرّاً.
- ٢- إرشاد المتنازعين في العقود إلى السبيل الأهدى عند الادعاء بها.
- ٣- إمداد المكتبة الفقهية والقضائية بالبحوث التأصيلية.

### منهج البحث:

فَسَرْتُ عن مصطلحات البحث، وأبْنْتُ معانيها، ثم صورتُ المسألة مدارَ البحث تصويراً دقيقاً، ثم سَقْتُ الأقوالَ في المسألة منسوبةً إلى المذاهب الفقهية المعبّرة، مُوثِّقاً لها من مصادرِها الأصلية، مُتَقَصِّياً لأدلتها، مُبَيِّناً وجه دلالتها، ذاكراً ما أُورِدَ عليها من مناقشات، مُجيباً عنها، مرجّحاً بين الأقوال مُسبِّباً لذلك.

(١) هذا عنوانُ للمسألة في «الروض المربع» طبع إثراء المتون (٣/ ٤١٨).

وما كان فيه من آيٍ فإني أثبتُّه برسم المصحف، مذيلاً الآية برقمها  
والسورة التي هي منها، أو حديثٍ فإني أُخرِّجه من مصدره الأصلي، وأُوردُ  
ما ذكره أهل الشأن في درجته، ما لم يكن في الصحيحين أو أحدهما.  
ثم ختمته بخاتمة ضمنتها أبرز نتائجه، وصنعتُ له فهارسَ كاشفة  
لمطاويه.

### خطة البحث:

انتظم عقدُ البحث في مقدمة وتمهيد ومباحث ثلاثة وخاتمة وفهارس  
كاشفة، على ما يلي:

#### المقدمة:

وفيهما الحديث عن الموضوع وأهميته، وأسباب اختياره، ومنهج البحث  
وخطته.

#### التمهيد:

وفيه الحديث عن المصطلحات المتصلة بالبحث:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشروط لغة واصطلاحاً:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الشروط لغة.

الفرع الثاني: تعريف الشروط اصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف الدعوى لغة واصطلاحًا:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الدعوى لغة.

الفرع الثاني: تعريف الدعوى اصطلاحًا.

المطلب الثالث: تعريف العقد لغة واصطلاحًا:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف العقد لغة.

الفرع الثاني: تعريف العقد اصطلاحًا.

المبحث الأول: المقصود بذكر الشروط عند الادعاء بعقد.

المبحث الثاني: ذكر الشروط عند الادعاء بعقد مالي.

المبحث الثالث: ذكر الشروط عند الادعاء بعقد نكاح.

الخاتمة:

وفيها أبرز النتائج.

الفهارس:

وهي:

فهرس الآيات.

فهرس الأحاديث.

## فهرس المصادر والمراجع.

اللهم هب لنا من لدنك دليلاً يقود إلى الصواب قلوبنا، وهادياً ينطق  
بأهْدَى أَلْسِنَتِنَا، وَنُورًا تُضِيءُ بِهِ ظُلْمٌ طُرُوسِنَا، يَا وَدُودِ يَا وَدُودِ، يَا ذَا الْعَرْشِ  
الْمَجِيدِ، وَهَذَا أَوَانُ الشُّرُوعِ فِي الْمَقْصُودِ.



## التمهيد

### المطلب الأول: تعريف الشروط لغة واصطلاحًا:

#### الفرع الأول: تعريف الشروط لغة:

الشُّروط والشرائط جمع شَرَط، بفتح الشين وسكون الراء، وهو: إلزام الشيء والتزامه في أي أمر كان<sup>(١)</sup>، يُقال: اشترط فلانٌ على فلان، وباعه بشرط، وشارطه فشرط له على كذا وكذا<sup>(٢)</sup>، ومن أسمائه: الدَّعامة، يُقال: بين بني فلان وفلان دَعامة، فلا يُغير بعضهم على بعض<sup>(٣)</sup>، أي: أمر مُلتزم بينهم في التَّحامي والتوقِّي.

#### الفرع الثاني: تعريف الشروط اصطلاحًا:

الشرط من المصطلحات المشتركة بين العلوم، ومن أشهر العلوم تداولاً له واعتناءً به: علما الفقه والنحو، ومعناه في علم الفقه: «تعليق شيء بشيء، بحيث إذا وُجد الأول وُجد الثاني»<sup>(٤)</sup>، أو: «ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته»<sup>(٥)</sup>، مثاله: الرضا، فهو شرط لصحة

(١) يُنظر: «الصحاح» (١١٣٦/٣) و«القاموس المحيط» (ص ٦٧٩) و«تاج العروس» (٤٠٤/١٩) مادة (ش ر ط).

(٢) يُنظر: «العين» (٢٣٤/٦) و«الزاهر» (٣٤٥/١) و«تهذيب اللغة» (٣٠٨/١١) مادة (ش ر ط).

(٣) يُنظر: «الشوارد» (ص ١١١) و«القاموس المحيط» (ص ٤٣٣) مادة (د ع م).

(٤) «التعريفات» (ص ١٣١).

(٥) «تنقيح الفصول وشرحه» (ص ١٩٨) و«الحدود الأنيقة» (ص ٧١، ٧٢).

البيع، ولا يلزم من وجوده وجود صحة البيع ولا عدمه، ويلزم من عدمه عدم صحة البيع.

ومعناه في علم النحو: ترتيب أمر على أمر آخر بأداة، والترتيب يحصل بأداة من أدوات الشرط، وهي: من، وما، وأين، ومتى، وأنى، وحيثما، وإن، وإذما<sup>(١)</sup>، ومن سَمَتَهُ خروجه عن حقيقة الشيء وماهيته<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني: تعريف الدعوى لغة واصطلاحًا:

### الفرع الأول: تعريف الدعوى لغة:

اسم مصدر من الادعاء<sup>(٣)</sup>، وهو مؤنث على وزن (فَعَلَى)<sup>(٤)</sup>، وله معان عدة، أقربها للمعنى الاصطلاحي المراد هو: طلب الشيء والزعم به حقًا كان أو باطلاً<sup>(٥)</sup>، وتجمع على دعاوى، ودعاوي، بفتح الواو وكسرها<sup>(٦)</sup>.

(١) يُنظر: «المقتضب» (٤٥ / ٢) و«شرح المفصل» (٤ / ٢٦٤-٢٦٦) و«المعجم الوسيط» (ص ٤٧٩).

(٢) يُنظر: «نفائس الأصول» (٦ / ٢٥٣٠) و«البحر المحيط» (٤ / ١٥١) و«شرح مختصر الروضة» (٣ / ٢٢٧).

(٣) يُنظر: «تهذيب اللغة» (٣ / ١١٩) و«الصحاح» (٦ / ٢٣٣٧) مادة: (دع ا) و«المغرب» (١ / ٢٨٩) مادة: (دع و).

(٤) يُنظر: «المنتخب من غريب كلام العرب» (١ / ٥٧٢) و«المخصص» (٤ / ٤٥١).

(٥) يُنظر: «المحكم» (٢ / ٣٢٥) مادة: (دع و) و«المطلع» (ص ٤٩٢) و«لسان العرب» (١٧ / ١٣٨٧، ١٣٨٨) مادة: (دع ا).

(٦) يُنظر: «المطلع» (ص ٤٩٢) و«المصباح المنير» (١ / ١٩٥) مادة: (دع وت).

## الفرع الثاني: تعريف الدعوى اصطلاحاً:

عُرِّفَتِ الدَّعْوَى فِي الِاصْطِلَاحِ بِتَعْرِيفَاتٍ عَدَّةٍ، هَذَا بَيَانُهَا:  
 ١ - عَرَّفَهَا الحَنْفِيَّةُ بِأَنَّهَا: «قَوْلٌ يَطْلُبُ بِهِ الْإِنْسَانُ إِثْبَاتَ حَقٍّ عَلَى الْغَيْرِ لِنَفْسِهِ»<sup>(١)</sup>.

وَيُؤْخَذُ عَلَيْهِ أَمْرَانِ:

الأول: عدم جَمْعِهِ؛ فَقَدْ قَصَرَ الدَّعْوَى عَلَى الْقَوْلِ، وَهِيَ أَعْمُ مِنْ ذَلِكَ، فَقَدْ تَكُونُ لَفْظاً أَوْ إِشَارَةً أَوْ كِتَابَةً<sup>(٢)</sup>.

الثاني: عدم مَنَعِهِ؛ فَلَمْ يَذْكَرْ مَكَانَ إِقَامَةِ الدَّعْوَى وَهُوَ مَجْلِسُ الْقَضَاءِ أَمَامَ الْقَاضِي، فَدَخَلَ فِيهِ الدَّعْوَى بِمَعْنَاهَا الْعَامِ<sup>(٣)</sup>.

٢ - عَرَّفَهَا المَالِكِيَّةُ بِأَنَّهَا: «طَلَبٌ مَعِينٌ، أَوْ مَا فِي ذِمَّةِ مَعِينٍ، أَوْ مَا يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ أَحَدُهُمَا مَعْتَبَرٌ لَا تَكْذِبُهَا الْعَادَةُ شَرْعاً»<sup>(٤)</sup>.

وَيُؤْخَذُ عَلَيْهِ عَدَمُ مَنَعِهِ، وَهُوَ الْمَأْخُذُ نَفْسَهُ عَلَى تَعْرِيفِ الحَنْفِيَّةِ الْآئِفِ ذِكْرَهُ.

٣ - عَرَّفَهَا الشَّافِعِيَّةُ بِأَنَّهَا: «إِخْبَارٌ عَنِ وُجُوبِ حَقٍّ لِلْمَخْبَرِ عَلَى غَيْرِهِ عِنْدَ حَاكِمٍ»<sup>(٥)</sup>.

(١) «الاختيار» (٢/٢٦٩).

(٢) يُنْظَرُ: «أحكام الدعوى القضائية» للشيخ عبد الله آل خنين (ص ١٥).

(٣) يُنْظَرُ: «الدعوى القضائية» لسليمان العليوي (ص ٥٢).

(٤) «الفروق» (٤/١٣٣) وبنحوه في «الذخيرة» (١١/٥).

(٥) «أسنى المطالب» (٤/٣٨٦).



وَيُؤْخَذُ عَلَيْهِ أَمْرَانِ:

الأول: عدم دِقَّتِهِ؛ فلم يُقَيَّدِ الحقُّ بكونه له، فيشمل دعوى الأصيل والوكيل.

الثاني: انعدام طلب الحق في الدعوى، والاكتفاء فيها بمجرد الإخبار بوجود الحق وثبوته<sup>(١)</sup>.

٤- عَرَّفَهَا الحَنَابِلَةُ بِأَنَّهَا: «إضافة الإنسان استحقاق شيء في يد غيره أو ذمته»<sup>(٢)</sup>.

وَيُؤْخَذُ عَلَيْهِ أَمْرَانِ:

الأول: عدم جَمْعِهِ؛ فقد قَصَرَ الدعوى من جهة موضوعها على المال، وهي أعمُّ من ذلك، فتشمل المال والجنابة والأنكحة<sup>(٣)</sup>.

الثاني: عدم مَنَعِهِ؛ وهو المأخذ نفسه على تعريف الحنفية الأنف ذكره. وأنتخب تعريفاً للدعوى ألا وهو: «قول أو ما في معناه، معتدُّ به شرعاً، يأتي به المدعي، ينسب له حقاً لنفسه أو من يمثله قبل غيره، لدى القاضي ومن في حكمه»<sup>(٤)</sup>؛ لأمور:

١- بيانه لحقيقة الدعوى، وهي طلب الحق لصاحبه.

٢- ذكره لما تتألف الدعوى منه، وهو الطلب، والطالب أصالة أو وكالة، والمكان.

(١) يُنظر: «الدعوى القضائية» (ص ٥١، ٥٢).

(٢) «الإقناع» (٤/٤٧٥).

(٣) يُنظر: «أحكام الدعوى القضائية» (ص ٢٥-٢٧).

(٤) «أحكام الدعوى القضائية» (ص ١٥).

- ٣- جَمْعُهُ؛ بِدُخُولِ جَمِيعِ أَفْرَادِ الْمَعْرَفِ فِيهِ.  
٤- مَنَعُهُ؛ بِخُرُوجِ مَا لَيْسَ مِنْ أَفْرَادِ الْمَعْرَفِ مِنْهُ.

### المطلب الثالث: تعريف العقد لغة واصطلاحًا:

#### الفرع الأول: تعريف العقد لغة:

العقد بفتح العين وسكون القاف هو: الجمع بين أطراف الشيء والربط بينهما، فهو نقيض الحلِّ إذا، ويُستعمل أصلاً في الأجسام، كعقد الحبل وعقد البناء، ويُستعار للمعاني، كعقد البيع واليمين، يُقال: عاقده، وعقدته، وتعاقدنا، ويُجمع على عقود<sup>(١)</sup>.

#### الفرع الثاني: تعريف العقد اصطلاحًا:

##### للعقد إطلاقان:

١- عام، وهو: كل تصرف شرعي التزمه الإنسان على نفسه في العبادات أو المعاملات<sup>(٢)</sup>، وهو المراد بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٣)</sup>، ولا تدل كلمة (العقد) على هذا المعنى إلا بتنبيه يدل على التعميم<sup>(٤)</sup>.

(١) يُنظر: «المحكم» (١/٩٢) و«مفردات ألفاظ القرآن» (ص ٥٧٦) و«المطلع» (ص ٤٩٩) و«تاج العروس» (٨/٣٩٥) مادة (ع ق د).

(٢) يُنظر: «العقود والشروط والخيارات» لأحمد إبراهيم (ص ٣، ٤) و«الملكية ونظرية العقد» لأبي زهرة (ص ٢٠١).

(٣) سورة المائدة: ١.

(٤) يُنظر: «المحرر الوجيز» (٣/٨٢) و«مجموع الفتاوى» (٢٩/١٣٨) و«تفسير سورة المائدة» لابن عثيمين (ص ٧).

(٥) يُنظر: «الملكية ونظرية العقد» (ص ٢٠١).

٢- خاص، وهو الشائع المشهور، والمتبادر إلى الأذهان<sup>(١)</sup>، وقد عرّف في الاصطلاح بتعريفات عدة، هذا بيّانها:

١- عرّفه الحنفية بأنه: «ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يُسمى باعتباره عقداً شرعاً»<sup>(٢)</sup>.

ويؤخذ عليه أمران:

الأول: إبهامه؛ فلم يُبيّن فيه ماهية الكلامين، وهما: الإيجاب والقبول، المكوّنان للعقد، الرابطان بين المتعاقدين في إرادتهما المتفتحتين.  
الثاني: دوره.

٢- عرّفه المالكية بأنه: «كل ما يتوقف على إيجاب وقبول»<sup>(٣)</sup>.  
ويؤخذ عليه أمران:

الأول: كونه غير مانع، فيدخل غير المعرّف فيه.  
الثاني: قُصوره، فلم يُذكر فيه أثر العقد وثمرته وهو الالتزام.  
٣- عرّفه الشافعية بأنه: «ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي»<sup>(٤)</sup>.

ويؤخذ عليه حصّره الالتزام في أحد المتعاقدين، وهو من يصدر منه القبول، بينما الالتزام في حقّها معاً.

(١) يُنظر: المصدر السابق (ص ٢٠١).

(٢) «البحر الرائق» (٣/١٤٤).

(٣) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (٣/٥).

(٤) «المنثور في القواعد» (٢/٣٩٧).

- ٤- عرّفه الحنابلة بأنه: «كل ما دلّ على الرضا»<sup>(١)</sup>.  
ويؤخذ عليه ما أخذ على تعريف المالكية الأنف ذكره.  
وأخلص إلى تعريف للعقد ألا وهو: ارتباط إيجاب بقبول على وجه يظهر أثره في المحل<sup>(٢)</sup>، ويتّسم بأمور:
- ١- بيانه لحقيقة العقد، وهو الارتباط.
  - ٢- ذكره لما يتألف العقد ويتكوّن منه، وهو الإيجاب والقبول.
  - ٣- جمعه؛ بدخول جميع أفراد المعرّف فيه.
  - ٤- منعه؛ بخروج ما ليس من أفراد المعرّف منه.



(١) «شرح الزركشي على مختصر الخرقي» (٣/٣٨٢).  
(٢) يقرب منه تعريف الشيخ مصطفى الزرقا؛ إذ يقول: «ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله» «المدخل الفقهي العام» (١/٣٨٢) وليس بجامع؛ فقد أخرج العقد الفاسد، ومن شأن الحقائق الشرعية دخول الصحيح والفساد فيها.  
يُنظر: «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (٣/٢) و«حاشية العطار على جمع الجوامع» (١/٣٩٩).

## المبحث الأول

### المقصود بذكر الشروط عند الادعاء بعقد

شروط العقد هي: مُقوّماتُه التي لا بد من اجتماعها، ولا يتم إلا بها، وهي من وضع الشارع، وتُسمى الشروط الشرعية، والشروط فيه هي: أمور خارجة عنه، يضعها المتعاقدان أو أحدهما لمصلحة، وتُسمى الشروط الجعلية<sup>(١)</sup>.

ويتجاذب الأخير أصلان:

**الأول: الحِل والصحة<sup>(٢)</sup>؛** لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٣)</sup>، فإذا كان جنس الوفاء مأمورًا به عُلِمَ أن الأصل في الشروط الحِل والصحة؛ إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتّب عليه أثره وهو الوفاء به<sup>(٤)</sup>.

**الثاني: الوجوب واللزوم<sup>(٥)</sup>؛** وقد دل على ذلك:

١ - الآية السابقة.

(١) يُنظر: «القواعد والأصول الجامعة» للسعدى (ص ٧٣) و«الشرح الممتع» (٨/ ٢٢٣).

(٢) يُنظر: «مجموع الفتاوى» (٣٤٦/٢٩) و«إعلام الموقعين» (١٦٧/٢) و«المناظرات الفقهية» للسعدى (ص ٣٩٥) و«أضواء البيان» (٤/ ٦٥٥).

(٣) سورة المائدة: ١.

(٤) يُنظر: «مجموع الفتاوى» (١٤٦/٢٩) و«الشرح الممتع» (١٦٣/١٢، ١٦٤).

(٥) يُنظر: «الفروق» (٤/ ٢٩) و«مجموع الفتاوى» (٣٤٦/٢٩) و«القواعد والأصول الجامعة» (ص ٧٣).

٢- قول الله تعالى حكاية عن نبيه موسى في خبره مع الخضر عليهما السلام: ﴿إِنْ سَأَلْتُكَ عَنْ شَيْءٍ بَعْدَهَا فَلَا تُصَحِّحْهُ﴾<sup>(١)</sup>، «فهذا شرط وهو لازم، والمسلمون عند شروطهم، وأحقُّ الشروط أن يُوفَّى به ما التزمه الأنبياء، أو التزم للأنبياء، فهذا أصل من القول بالشروط، وارتباط الأحكام بها»<sup>(٢)</sup>.

٣- قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المسلمون على شروطهم»<sup>(٣)</sup>، أي: «ثابتون عليها، لا يرجعون عنها، وفي وصفهم بالإسلام أو الإيمان ما يقتضي الوفاء بالشرط، ويحث عليه»<sup>(٤)</sup>.

وذكر الشروط عند الادعاء بعقد هو أن يدعي المدعي بعقد ويذكر شروطه أو الشروط فيه أو كليهما، كأن يدعي بعقد بيع ويذكر أن المدعى عليه باعه ملكه وهو مالك له بثمن معلوم، ويذكر بقية الشروط<sup>(٥)</sup>، أو أن يدعي بعقد نكاح ويذكر أن العقد أبرم برضا المرأة، وإيجاب وليها، وشهادة شاهدين، ويذكر بقية الشروط<sup>(٦)</sup>.

(١) سورة الكهف: ٧٦.

(٢) «أحكام القرآن» لابن العربي (٣/٢٤١).

(٣) أخرجه أبو داود (٥٣٩٤) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، والترمذي (١٣٥٢) من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وقال: «حديث حسن صحيح» وصححه الألباني في «إرواء الغليل» (١٣٠٣).

(٤) «شرح سنن أبي داود لابن رسلان» بتصرف يسير (١٤/٦٥٥) ويُنظر: «معالم السنن» (٤/١٦٦) و«التنوير شرح الجامع الصغير» (١٠/٤٨٢).

(٥) يُنظر: «البيان» (١٣/١٥٩) و«الشرح الممتع» (١٥/٣٣٠).

(٦) يُنظر: «حاشية على الروض المربع» للشيخ عبد الله آل خنين (ص ١٦٥).

## المبحث الثاني

### ذكر الشروط عند الادعاء بعقد مالي

اختلف الفقهاء في ذكر الشروط عند الادعاء بعقد مالي، كبيع أو إجارة، على قولين هما:

القول الأول: أنه يجب ذكرها، وهذا مذهب الحنفية<sup>(١)</sup>، والحنابلة<sup>(٢)</sup>، وقول عند الشافعية<sup>(٣)</sup>، واستدلوا لذلك بما يلي:

١- أنها دعوى عقد، فيجب أن تُذكر شروطه؛ قياساً على دعوى عقد النكاح<sup>(٤)</sup>.

٢- أن الشروط تختلف وتباين، فما يراه الناس شرطاً قد لا يراه القاضي شرطاً، فوجب ذكره<sup>(٥)</sup>.

٣- أن ذكر الشروط سبيل إلى تصوّر العقد والحكم عليه؛ والحكم بالشيء فرع عن تصوّره<sup>(٦)</sup>.

وأجيب عنه بأن محل الدعوى ليس العقد، فلا يلزم ذكر شروطه<sup>(٧)</sup>.

(١) يُنظر: «البحر الرائق» (٣٣٣/٧، ٣٣٤) و«حاشية بن عابدين» (٥٤٧/٥) مُقيدين وجوب ذكر الشروط بكثرتها، أما إذا قلّت فيكفي قول المدعي: «بسبب صحيح».

(٢) يُنظر: «الفروع» (١١/١٧٠) و«الإنصاف» (٢٨/٤٧٠-٤٧٢) و«معونة أولي النهى» (١١/٢٦٧) و«كشاف القناع» (١٥/١٤٣).

(٣) يُنظر: «المهذب» (٥/٥٤٤) و«التهذيب» (٨/٣٢٨) و«البيان» (١٣/١٥٩).

(٤) يُنظر: «المهذب» (٥/٥٤٤) و«التهذيب» (٨/٣٢٨) و«البيان» (١٣/١٥٩) و«المغني» (١٤/٢٧٩).

(٥) يُنظر: «دقائق أولي النهى» (٦/٥٢٠).

(٦) يُنظر: «الشرح الممتع» (١٥/٣٣٠).

(٧) يُنظر: «المطلع على دقائق زاد المستقنع - فقه القضاء والشهادات» للدكتور عبد الكريم اللاحم (١/١٩٣).

القول الثاني: أنه لا يجب ذكرها، وهذا مذهب المالكية<sup>(١)</sup>، والشافعية<sup>(٢)</sup>، وقول عند الحنابلة<sup>(٣)</sup>، واستدلوا لذلك بما يلي:

١- أن الأصل في عقود المسلمين الصحة والثبوت، وهذا مُعْنٍ عن ذكر شروطها، وعلى مَنْ يدعي غير ذلك الإثبات<sup>(٤)</sup>.

٢- أن المقصود هو المال، وهو أخف من النكاح ودونه في الاحتياط، فلا يُشترط ذكر شروطه<sup>(٥)</sup>.

### الراجع:

بعد سَوِّقَ القولين وأدلتها، يترجح والله أعلم القول الثاني، وهو أنه لا يجب ذكر شروط العقد المالي عند الادعاء به<sup>(٦)</sup>، فمن ادعى عقداً وأقام بينة حُكِمَ له بمقتضاها من غير ذكر شروطه؛ لما يلي:

١- قوة ما استدلوا به.

(١) يُنظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢٠١/٣) و«تبصرة الحكام» (١٠٨/١) و«التاج والإكليل» (١٢١/٨).

(٢) يُنظر: «الحاوي الكبير» (٣١٣/١٧) و«المهذب» (٥٤٤/٥) و«البيان» (١٥٩/١٣).

(٣) يُنظر: «المغني» (٢٧٨/١٤) و«الشرح الكبير» (٤٧١/٢٨) و«كشاف القناع» (١٤٣/١٥).

(٤) يُنظر: «الذخيرة» (٧/١١) و«تبصرة الحكام» (١٠٩/١) و«المطلع على دقائق زاد المستنقع - فقه القضاء والشهادات» (١٩٢/١).

(٥) يُنظر: «روضة الطالبين» (١٤/١٢) و«تحفة المحتاج» (٢٩٩/١٠) و«مغني المحتاج» (٤٠٧/٦) و«المغني» (٢٧٨/١٤).

(٦) يُنظر: «الشرح الممتع» (٣٣١، ٣٣٠/١٥) و«المطلع على دقائق زاد المستنقع - فقه القضاء والشهادات» (١٩٣/١) و«أحكام الدعوى القضائية» (ص ٢٤٧).



٢- «أن محل الدعوى هو مقتضى العقد بناء على صحته، فإن طعن فيه انتقلت الدعوى إلى العقد نفسه، ولزم من طعن فيه إثبات دعواه»<sup>(١)</sup>.  
لكن لو قام سبب لذكر الشروط لزم ذكرها، كما لو دفع المدعى عليه بعدم صحة العقد؛ لفقد شروطه أو بعضها، تعيّن استجواب المدعى عليه عن تلك الشروط وذكره لها؛ لأن الحكم بصحة العقد وعدمه ينبنى على تحقق الشروط أو عدمها، فإذا لم تُذكر لم يمكن الحكم عليه بصحة ولا فساد<sup>(٢)</sup>، «وكل شيء من عبادة أو معاملة لا يصح إلا باجتماع شروطه، وانتفاء موانعه»<sup>(٣)</sup>.

ويُغني عن ذكر الشروط عند الادعاء بالعقد تقديم العقد نفسه إن كان مكتوباً؛ لوفائه بالغرض، وإحكامه، وبرأته من النسيان والإنكار<sup>(٤)</sup>.

٣- أن هذا ما عليه العمل في محاكم المملكة العربية السعودية؛ إذ لم ينص نظام المرافعات الشرعية السعودي على حكم ذكر شروط العقد عند الادعاء به، فيرجع ذلك إلى اجتهاد القضاء، وجُلِّهم على عدم وجوب ذكرها<sup>(٥)</sup>،

(١) «المطلع على دقائق زاد المستقنع - فقه القضاء والشهادات» (١/١٩٣).

(٢) يُنظر: «الشرح الممتع» (١٥/٣٣٠) و«المطلع على دقائق زاد المستقنع - فقه القضاء والشهادات» (١/١٩٤) و«أحكام الدعوى القضائية» (ص ٢٤٧) و«ما عليه العمل في محاكم التمييز على خلاف المذهب الحنبلي» للدكتور فيصل الناصر (ص ٩٧٧).

(٣) «الشرح الممتع» (٩/٢١٥، ٢١٦).

(٤) يُنظر: «المطلع على دقائق زاد المستقنع - فقه القضاء والشهادات» (١/١٩٤).

(٥) يُنظر: «أحكام الدعوى القضائية» (ص ٢٤٧)، و«ما جرى عليه العمل في محاكم التمييز على خلاف المذهب الحنبلي» (ص ٩٧٧، ٩٧٨).

وقد وقفتُ على جمهرة من أحكام قضائية في عقود مُدعى بها، فلم أر في واحد منها ذكر شروط ذلك العقد المُدعى به، أو الشروط فيه، أو كليهما.



\* فائدة: ما عليه العمل سبب من أسباب الترجيح، قال الشاطبي رَحِمَهُ اللهُ: «موافقة العمل من أوجه الرُّجحان؛ فإنَّ موافقته شاهد للدليل الذي استدل به، ومُصدِّق له على نحو ما يُصدِّقه الإجماع؛ فإنه نوع من الإجماع فعلي، بخلاف ما إذا خالفه؛ فإن المخالفة مُوهنة له أو مُكذِّبة، وأيضًا: فإن العمل مُحلِّص للأدلة من شوائب المحامل المقدره المُوهنة». «الموافقات» (٣/ ٢٨٧، ٢٨٨).

## المبحث الثالث

### ذکر الشروط عند الادعاء بعقد نکاح

اختلف الفقهاء في ذکر الشروط عند الادعاء بعقد نکاح، على أقوال هي:  
القول الأول: أنه يجب ذکرها مطلقاً، وهذا مذهب الشافعية<sup>(١)</sup>،  
والحنابلة<sup>(٢)</sup>، وقول في مذهب الحنفية<sup>(٣)</sup>، واستدلوا لذلك بما يلي:

١- أن مبنى النکاح على الاحتياط، كالدماء، والوطء المستوفى لا  
يُتدارك<sup>(٤)</sup>.

وأجيب عنه بأن الغالب في دعوى المسلم مع بينته الصحة، فالاستدراك  
نادر لا عبرة به، وخطر القتل أعظم من حرمة النکاح، وهذا فرق يمنع من  
القياس<sup>(٥)</sup>.

٢- أن النکاح قد اُختص بشروط زائدة على غيره من العقود، فخالفت  
دعواه غيره من الدعاوى؛ قياساً للدعوى على المدعى به<sup>(٦)</sup>.

(١) يُنظر: «المهذب» (٥٤٣/٥) و«البيان» (١٥٩/١٣) و«روضه الطالبين» (١٣/١٢)،  
(١٤).

(٢) يُنظر: «المغني» (٢٧٦/١٤) و«الشرح الكبير» (٤٦٨/٢٨، ٤٦٩) و«الفروع»  
(١١/١٧٠) و«الإنصاف» (٢٨/٤٧٠-٤٧٢)، و«كشاف القناع» (١٥/١٤٣).

(٣) يُنظر: «أحكام الدعوى القضائية» (ص ٢٤١) ولم أفف عليه في كتب الحنفية.

(٤) يُنظر: «المهذب» (٥٤٣/٥) و«روضه الطالبين» (١٤/١٢) و«الممتع في شرح المقنع»  
(٦/٢٢٨).

(٥) يُنظر: «الذخيرة» (٧/١١) و«الفروق» (٤/١٣٦).

(٦) يُنظر: «الفروق» (٤/١٣٥) و«الذخيرة» (٧/١١).

وأجيبَ عنه بأمرين:

الأول: أن «دعوى الشيء يتناوله بشروطه، بدليل البيع، فلا يحتاج إلى الشروط في الدعوى، كالبيع له شروط لا يُشترط في دعواه»<sup>(١)</sup>.

الثاني: أنه يلزم استقصاء شروط الصحة كلها في النكاح، ككونه لم يقع في عدة ولا في إحرام، وغير ذلك، ولا يُمكن أن يُقال بهذا<sup>(٢)</sup>.

٣- أن المقصود من جميع العقود يدخله البدل والإباحة، بخلاف عقد النكاح فإنه لا يدخله؛ لخطره، فوجب أن يُحتاط له<sup>(٣)</sup>.

وأجيبَ عنه: بأن «الردة والعدة لا يدخلها البدل والإباحة، ويكفي الإطلاق فيهما»<sup>(٤)</sup>.

٤- أن الناس مختلفون في شروط النكاح، فمنهم من يشترط الولي والشهود، ومنهم من لا يشترطه، ومنهم من يدعي نكاحاً يعتقده صحيحاً، والحاكم لا يرى صحته، ولا ينبغي أن يحكم بصحته مع جهله بها ما لم تُذكر الشروط، وتقوم البيئته بها<sup>(٥)</sup>.

(١) «الذخيرة» (٧/١١) ويُنظر: «الفروق» (٤/١٣٦).

(٢) يُنظر: «تبصرة الحكام» (١/١٠٨).

(٣) يُنظر: «الفروق» (٤/١٣٦) و«الذخيرة» (٧/١١).

(٤) «الذخيرة» (٧/١١) ويُنظر: «الفروق» (٤/١٣٦).

(٥) يُنظر: «المغني» (١٤/٢٧٧) و«كشاف القناع» (١٥/١٤٢).

القول الثاني: أنه لا يجب ذكرها مطلقاً، وهذا مذهب الحنفية<sup>(١)</sup>،  
والمالكية<sup>(٢)</sup>، واستدلوا لذلك بما يلي:

١- «أنه نوع ملك، فأشبهه ملك العبد»<sup>(٣)</sup>.

ويُجاب عنه بأن عقد النكاح وإن كان فيه نوع ملك باعتبار شائبة  
المعاوضة فيه، إلا أن الشروط الفاسدة فيه مظنة الوجود، وفي بيانها قضاء  
تصحيح لهذا الملك وتلك الشروط، والوسائل لها أحكام المقاصد.

٢- القياس على عقد البيع في عدم وجوب ذكر شروطه عند الادعاء  
به<sup>(٤)</sup>.

ويُجاب عنه: بعدم القياس؛ لما فيه من الدَّور؛ إذ إن المقيس عليه وهو  
عدم ذكر شروط عقد البيع عند الادعاء هو عين المسألة، فهو استدلال  
بمحل النزاع.

٣- أن الأصل في عقود المسلمين الصحة والثبوت، وهذا مُغْنٍ عن ذكر  
شروطها<sup>(٥)</sup>.

(١) يُنظر: «البيان» (١٣/١٥٥) و«المغني» (١٤/٢٧٦).

(٢) يُنظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٣/٢٠١) و«الذخيرة» (١١/٦) و«تبصرة الحكام»  
(١/١٠٨).

(٣) يُنظر: «المغني» (١٤/٢٧٧).

(٤) يُنظر: «الذخيرة» (١١/٧) و«الفروق» (٤/١٣٥).

(٥) يُنظر: «الذخيرة» (١١/٧) و«الفروق» (٤/١٣٥) و«تبصرة الحكام» (١/١٠٩).

ويُجاب عنه بعدم التضادّ بين هذا الأصل وبين ذكر الشروط في العقد؛ إذ لا يلزم من ذكرها أطراح أصل صحتها، بل قد يكون ذكرها من باب التوكيد عليها، أو قطع المنازعة التي قد تنشأ بين المتعاقدين لاحقاً فيها.

**القول الثالث:** أنها تُذكر استحباباً لا وجوباً، وهذا قول بعض الشافعية، واستدلوا لذلك بالقياس على الادعاء بعقد مالي في عدم وجوب ذكر شروطه، وأُجيبَ عنه بأن أسباب الادعاء بالعقد المالي لا تنحصر، فيشُقُّ ضبطها، فلا يجب ذكرها<sup>(١)</sup>.

**القول الرابع:** التفريق، فإن كان الادعاء بعقد النكاح ابتداءً وجب ذكرها، وإن كان الادعاء باستدامته، كما لو طالبها بالانتقال إلى بيت الزوجية، أو طالبته بنفقة لم يجب ذكرها، وهذا قول عند الشافعية<sup>(٢)</sup>، والحنابلة<sup>(٣)</sup>، واستدلوا لذلك بما يلي:

١- أنها شرط في العقد فوجب ذكرها عند الادعاء به ابتداءً، ولم يجب ذكرها عند الادعاء به استدامةً؛ لأن استدامة النكاح يثبت بالاستفاضة، والعقد لا يثبت بالاستفاضة<sup>(٤)</sup>.

٢- أن الزوج لم يدع عقداً جديداً، وإنما ادّعى خروج الزوجة عن طاعته، فلا يجب ذكرها عند الادعاء باستدامته<sup>(٥)</sup>.

(١) يُنظر: «روضة الطالبين» (١٤/١٢).

(٢) يُنظر: «المهذب» (٥٤٣/٥) و«البيان» (١٥٥/١٣) و«روضة الطالبين» (١٤/١٢).

(٣) يُنظر: «المغني» (٢٧٧/١٤) و«كشاف القناع» (١٤٢/١٥) و«الإنصاف» (٤٦٩/٢٨) و«أحكام الدعوى القضائية» (ص ٢٤٦، ٢٤٧).

(٤) يُنظر: «البيان» (١٥٥/١٣).

(٥) يُنظر: «معونة أولي النهى» (٢٦٧/١١) و«دقائق أولي النهى» (٥٢٠/٦).

## الراجع:

بعد سؤق القولين وأدلتها، يترجح والله أعلم القول الرابع، وهو التفريق بين الادعاء بعقد النكاح ابتداءً فيجب ذكر شروطه، وبين الادعاء بعقد النكاح استدامة فلا يجب ذكرها؛ لما يلي:

- ١- قوة ما استدلوا به.
- ٢- سلامة أدلته من المعارضة.
- ٣- جمعه بين القولين الأول والثاني.
- ٤- أنه أضبط للعقود وأحكم؛ إذ للمحكمة أن تمنع الشرط المخالف قبل إثباته؛ والدفع أولى من الرفع وأيسر.

## الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تُفْتَحُ الصالحاتُ وتُخْتَمُ، وحيثُ أنهيتُ هذا البحث بفضل الله تعالى وتيسيره فثمَّ نتائجه:

١- للشروط إطلاقان:

الأول: في علم الفقه، وهو: «تعليق شيء بشيء، بحيث إذا وُجد الأول وُجد الثاني».

الثاني: في علم النحو، وهو: ترتيب أمر على أمر آخر بأداة من أدوات الشرط.

٢- الدعوى هي: «قول أو ما في معناه، مُعْتَدٌّ به شرعاً، يأتي به المدعي، ينسب له حقاً لنفسه أو مَنْ يمثله قبل غيره، لدى القاضي ومَنْ في حكمه».

٣- للعقد إطلاقان:

الأول: عام، وهو: كل تصرّف شرعي التزمه الإنسان على نفسه في العبادات أو المعاملات، ولا تدل كلمة (العقد) على هذا المعنى إلا بتنبيه يدل على التعميم.

الثاني: خاص، وهو: ارتباط إيجاب بقبول على وجه يظهر أثره في المحل، وهو الشائع المشهور، المتبادر إلى الأذهان.

٤- شروط العقد هي: مقوماته التي لا بد من اجتماعها، ولا يتم إلا بها، وهي من وضع الشارع، والشروط فيه هي: أمور خارجة عنه، يضعها



المتعاقدان أو أحدهما لمصلحة، ويتجاذب الأخير أصلاً: الحِل والصحة، والوجوب واللزوم.

٥- ذكر الشروط عند الادعاء بعقد هو أن يدعي المدعي بعقد ويذكر شروطه أو الشروط فيه أو كليهما.

٦- لا يجب ذكر الشروط عند الادعاء بعقد مالي، فمن ادّعى عقداً وأقام بينة حُكم له بمقتضاها من غير ذكر شروطه، لكن لو قام سبب لذكر الشروط لزم ذكرها، ويُعني عن ذكر الشروط عند الادعاء بالعقد تقديم العقد نفسه إن كان مكتوباً.

٧- يجب ذكر الشروط عند الادعاء بعقد النكاح ابتداءً، ولا يجب ذكرها عند الادعاء باستدامته.

وصلى الله على عبده ورسوله محمد وسلم.

## الفهارس

### فهرس الآيات

م	الآية	الصفحة
١	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]	٢١، ١٨
٢	﴿إِن سَأَلْتُكَ عَنْ شَيْءٍ بَعْدَهَا فَلَا تُصَحِّبْنِي﴾ [الكهف: ٧٦]	٢٢

### فهرس الأحاديث

م	الحديث	الصفحة
١	«المسلمون على شروطهم»	٢٢

## فهرس المصادر والمراجع

(أ)

١. الاختيار لتعليق المختار، لعبد الله بن محمود الموصللي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وزميليه، طبع: دار الرسالة العالمية بدمشق، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ.
٢. الإقناع لطالب الانتفاع، لموسى بن أحمد الحجاوي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، طبع: دار الملك عبد العزيز، الطبعة الثالثة ١٤٢٣هـ.
٣. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلي بن سليمان المرادوي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، طبع: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالرياض ١٤٢٦هـ.
٤. أحكام الدعوى القضائية، لعبد الله بن محمد آل خنين، طبع: دار الحضارة للنشر والتوزيع بالرياض، الطبعة الثانية، دون تاريخ.
٥. أحكام القرآن، لمحمد بن عبد الله ابن العربي، تحقيق: محمد بن عبد القادر عطا، طبع: دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة الثالثة ١٤٢٤هـ.
٦. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لزكريا بن محمد الأنصاري، طبع: دار الكتاب الإسلامي، دون معلومات.
٧. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، لمحمد الأمين الشنقيطي، طبع: مطبعة المدني بالقاهرة، ١٣٨٤هـ.
٨. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد ناصر الدين الألباني، طبع: المكتب الإسلامي ببيروت، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ.
٩. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر الشهير بابن القيم، تحقيق: جماعة من الباحثين، طبع: دار عطاءات العلم للنشر، الطبعة الثانية ١٤٤٠هـ.

(ب)

١٠. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن نُجيم، تحقيق: زكريا عميرات، طبع: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.
١١. البحر المحيط في أصول الفقه، لمحمد بن بهادر الزركشي، طبع: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.
١٢. البيان في مذهب الإمام الشافعي، ليحيى بن أبي الخير العمراني، تحقيق: قاسم بن محمد النوري، طبع: دار المنهاج بجدة، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ.

(ت)

١٣. التاج والإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف المواق، طبع: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.
١٤. التعريفات، لعلي بن محمد الجرجاني، طبع: مكتبة لبنان، ١٩٨٥م.
١٥. التنوير شرح الجامع الصغير، لمحمد بن إسماعيل الصنعاني الشهير بالأمر، تحقيق: أ.د. محمد بن إسحاق إبراهيم، طبع: مكتبة دار السلام بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٣٢هـ.
١٦. التهذيب في فقه الإمام الشافعي، للحسين بن مسعود البغوي، تحقيق: عادل بن أحمد عبد الموجود، وعلي بن محمد معوض، طبع: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.
١٧. تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمد مرتضى الزبيدي، طبع: وزارة الإعلام في الكويت، ١٤٠٠هـ.
١٨. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن فرحون اليعمري، تحقيق: جمال مرعشلي، طبع: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.

١٩. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد الهيتمي، طبع: المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ١٣٥٧هـ.
٢٠. تفسير سورة المائدة، لمحمد بن صالح بن عثيمين، طبع: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع بالدمام، الطبعة الأولى ١٤٣٢هـ.
٢١. تهذيب اللغة، لمحمد بن محمد الأزهري، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، طبع: الدار المصرية للتأليف والترجمة، ١٣٨٤هـ.

### (ح)

٢٢. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، لعلي بن محمد الماوردي، تحقيق: علي بن محمد معوض وعادل بن أحمد عبد الموجود، طبع: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.
٢٣. الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، لذكريا بن محمد الأنصاري، تحقيق: د. مازن المبارك، طبع: دار الفكر المعاصر ببيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ.
٢٤. حاشية حسن العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دون معلومات.
٢٥. حاشية على الروض المربع، لعبد الله بن محمد آل خنين، طبع: دار الحضارة للنشر والتوزيع بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٤٢هـ.
٢٦. حاشية محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي على الشرح الكبير، طبع: عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، دون معلومات.

### (د)

٢٧. الدعوى القضائية بين الشريعة والأنظمة الوضعية، لسليمان بن أحمد العليوي، طبع: مكتبة التوبة بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ.

٢٨. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، لمنصور بن يونس البهوتي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، طبع: مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ.

(ذ)

٢٩. الذخيرة، لأحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد بو خبزة، طبع: دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٤م.

(ر)

٣٠. الروض المربع بشرح زاد المستقنع، لمنصور بن يونس البهوتي، طبع: شركة إثراء المتون بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٣٨هـ.

٣١. رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عمر بن عابدين، طبع: دار الفكر بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ.

٣٢. روضة الطالبين وعمدة المفتين، ليحيى بن شرف النووي، طبع: المكتب الإسلامي بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ.

(ز)

٣٣. الزاهر في معاني كلام الناس، لمحمد بن القاسم الأنصاري، تحقيق: د. حاتم بن صالح الضامن، طبع: مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

(س)

٣٤. سنن أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق: شعيب الأرناؤوط ومحمد كامل قره بللي، طبع: دار الرسالة العالمية بدمشق، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ.



٣٥. سنن أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: د. بشار عواد معروف، طبع: دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٦م.

(ش)

٣٦. الشرح الكبير، لعبد الرحمن بن محمد المقدسي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، طبع: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالرياض ١٤٢٦هـ.

٣٧. الشرح الممتع على زاد المستقنع، لمحمد بن صالح العثيمين، طبع: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع بالدمام، الطبعة التاسعة ١٤٤١هـ.

٣٨. الشوارد أو: ما تفرّد به بعض أئمة اللغة، للحسن بن محمد الصغاني، تحقيق: مصطفى حجازي، طبع: الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية بالقاهرة، ١٤٠٣هـ.

٣٩. شرح محمد بن عبد الله الزركشي على مختصر الخرقى، تحقيق: د. عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، طبع: مكتبة العبيكان بالرياض، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ.

٤٠. شرح المفصل للزمخشري، ليعيش بن علي بن يعيش، تحقيق: إميل بديع يعقوب، طبع: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.

٤١. شرح تنقيح الفصول في علم الأصول، لأحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: نايف بن عبد الرحمن آل الشيخ مبارك، طبع: دار الفتح للدراسات والنشر بعمّان، الطبعة الأولى ١٤٤١هـ.

٤٢. شرح سنن أبي داود، لأحمد بن حسين بن رسلان، تحقيق: جماعة من الباحثين، طبع: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث بمصر، الطبعة الأولى ١٤٣٧هـ.

٤٣ . شرح مختصر الروضة، لسليمان بن عبد القوي الطوفي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، طبع: مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ.

(ص)

٤٤ . الصحاح، لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، طبع: دار العلم للملايين بيروت، الطبعة الرابعة ١٤٠٧هـ.

(ع)

٤٥ . العقود والشروط والخيارات، لأحمد إبراهيم، ضمن مجلة القانون والاقتصاد بجامعة القاهرة، العدد ٠١، ١٩٣٤ ص ص ٦٢١ - ٧٤٢.

٤٦ . العين، للخليل بن أحمد الفراهيدي، تحقيق: د. مهدي المخزومي ود. إبراهيم السامرائي، طبع: مؤسسة الأعلى للمطبوعات بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.

٤٧ . عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لعبد الله بن نجم بن شاس، تحقيق: د. محمد أبو الأجنان وعبد الحفيظ منصور، طبع: مجمع الفقه الإسلامي بجدة ودار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.

(ف)

٤٨ . الفروع، لمحمد بن مفلح المقدسي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، طبع: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ.

٤٩ . الفروق، لأحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: عمر بن حسن القيام، طبع: مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ.



(ق)

٥٠. القاموس المحيط، لمحمد بن يعقوب الفيروز أبادي، تحقيق: مأمون خليل شيحا، طبع: دار المعرفة ببيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ.
٥١. القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم النافعة، لعبد الرحمن بن ناصر السعدي (ضمن مجموع مؤلفاته) طبع: دار الميمان للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة ١٤٤٤هـ.

(ك)

٥٢. كشاف القناع عن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي، طبع: وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى ١٤٢٩هـ.

(ل)

٥٣. لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور، تحقيق: عبد الله بن علي الكبير وزميليه، طبع: دار المعارف بالقاهرة، دون تاريخ.

(م)

٥٤. المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لعبد الحق بن عطية الأندلسي، تحقيق: جماعة من الباحثين، طبع: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، الطبعة الثانية ١٤٢٨هـ.
٥٥. المحكم والمحيط الأعظم، لعلي بن إسماعيل بن سيده، تحقيق: د. مجموعة من المحققين، طبع: معهد المخطوطات العربية بالقاهرة، ١٤٢٤هـ.
٥٦. المخصص، لعلي بن إسماعيل بن سيده، تحقيق: خليل بن إبراهيم جفال، طبع: دار إحياء التراث العربي ببيروت، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.
٥٧. المدخل الفقهي العام، لمصطفى بن أحمد الزرقا، طبع: دار القلم بدمشق، الطبعة الثالثة ١٤٣٣هـ.

٥٨. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد الفيومي، تحقيق: د. عبد العظيم الشناوي، طبع: دار المعارف بالقاهرة، الطبعة الثانية، دون تاريخ.
٥٩. المطلع على ألفاظ المقنع، لمحمد بن أبي الفتح البعلي، تحقيق: محمود الأرناؤوط ومحمود بن ياسين الخطيب، طبع: مكتبة السوادى للتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ.
٦٠. المطلع على دقائق زاد المستقنع «فقه القضاء والشهادات»، لعبد الكريم بن محمد اللاحم، طبع: دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ.
٦١. المعجم الوسيط، لجماعة من علماء اللغة العربية، طبع: مجمع اللغة العربية في مصر، الطبعة الرابعة ١٤٢٥هـ.
٦٢. المغرب في ترتيب المغرب، لناصر الدين المطرزي، تحقيق: محمود فاخوري وعبد الحميد مختار، طبع: مكتبة أسامة بن زيد بحلب، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ.
٦٣. المغني، لعبد الله بن أحمد بن قدامة، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ود. عبد الفتاح محمد الحلو، طبع: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالرياض، الطبعة الرابعة ١٤١٩هـ.
٦٤. المقتضب، لمحمد بن يزيد المبرّد، تحقيق: محمد بن عبد الخالق عزيمة، طبع: وزارة الأوقاف بمصر، ١٤١٥هـ.
٦٥. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، لمحمد أبو زهرة، طبع: دار الفكر العربي، دون معلومات.
٦٦. الممتع في شرح المقنع، لزين الدين ابن المنجى التنوخي، تحقيق: أ.د. عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، طبع: دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٨هـ.
٦٧. المناظرات الفقهية، لعبد الرحمن بن ناصر السعدي (ضمن مجموع مؤلفاته) طبع: دار الميمان للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة ١٤٤٤هـ.



٦٨. المنتخب من غريب كلام العرب، لعلي بن حسن الهنائي، تحقيق: د. محمد بن علي العمري، طبع: جامعة أم القرى، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.
٦٩. المنشور في القواعد، لمحمد بن بهادر الزركشي، طبع: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ.
٧٠. المذهب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق الشيرازي، تحقيق: د. محمد الزحيلي، طبع: دار القلم بدمشق والدار الشامية ببيروت، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.
٧١. الموافقات، لإبراهيم بن موسى الشاطبي، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، طبع: دار ابن عفان في الخبر، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.
٧٢. ما جرى عليه العمل في محاكم التمييز على خلاف المذهب الحنبلي، لفيصل بن إبراهيم الناصر، طبع: دار الحضارة للنشر والتوزيع بالرياض، الطبعة الأولى، ١٤٤١هـ.
٧٣. مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، إصدار: وزارة العدل بالملكة العربية السعودية.
٧٤. مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد ابن قاسم وابنه محمد، طبع: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف بالمدينة، ١٤٢٥هـ.
٧٥. معالم السنن، لحمد بن محمد الخطابي، طبع: المطبعة العلمية بحلب، الطبعة الأولى ١٣٥١هـ.
٧٦. معونة أولي النهى شرح المنتهى، لمحمد بن أحمد الفتوحى الشهير بابن النجار، تحقيق: أ. د. عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، توزيع: مكتبة الأسدى بمكة، الطبعة الخامسة ١٤٢٩هـ.
٧٧. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد بن أحمد الشربيني، طبع: دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.

٧٨. مفردات ألفاظ القرآن، للحسين بن محمد الأصفهاني، تحقيق: صفوان بن عدنان داودي، طبع: دار القلم بدمشق والدار الشامية ببيروت، الطبعة الرابعة ١٤٣٠هـ.

(ن)

٧٩. نفائس الأصول في شرح المحصول، لأحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: عادل بن أحمد عبد الموجود، وعلي بن محمد معوض، طبع: مكتبة نزار بن مصطفى الباز، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.





## عقد المشاركة في الناتج دراسة فقهية مقارنة بنظام المعاملات المدنية

د. عبد الحميد بن عبد الله المجلي

الأستاذ المشارك في المعهد العالي للقضاء



## مقدمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، أما بعد:  
فهذا بحث علمي يكشف قيمة الفقه الإسلامي، ومدى تمكنه للتعايش مع كل ما يعرض للناس في معاشهم وتعاملاتهم، ويتناول بالبحث والتحليل والمناقشة أحد العقود الجديدة في شكلها ومسامها الفقهي والقانوني لا في مضمونها، ألا وهو عقد المشاركة في الناتج.

وهذا العقد هو أحد نواتج نظام المعاملات المدنية الجديد الذي صدر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ، وحيث إن أغلب القوانين المدنية في البلاد الإسلامية - حسب استقراء الباحث منذ مدة من الزمن - تستقي أحكامها المدنية من الفقه الإسلامي قواعد وفروعاً، ولا تقتصر في ذلك على مذهب فقهي معين، فإذا كانت قوانين تلك البلاد الإسلامية بهذه المثابة، فكيف بنظام يصدر من المملكة العربية السعودية التي نص نظامها الأساسي للحكم على ما يلي: «المملكة العربية السعودية، دولة عربية إسلامية، ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ...»<sup>(١)</sup>، وعلاوة على هذه الميزة؛ فإن نظام المعاملات المدنية السعودي يُعد آخر نظام ينظم أحكام التعاملات المدنية، فيكون قد راعى جميع ما صدر قبله من أنظمة، وأخذ أحسنها وترك ما ليس كذلك، وقد ظهرت بالفعل في هذا النظام بعد دراسته كاملاً البراعةُ الفقهية والصناعة القانونية في أغلبه.

(١) المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (أ/٩٠)، وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ.

وقد راعيت في هذا البحث القواعد الشكلية والموضوعية في البحث العلمي، عدا ما يتعلق بتراجم الأعلام، فإني لم أترجم لأي علم يمر، مراعاة لطبيعة هذا النوع من البحوث في محدودية الكم، وحرصاً على استغلال الصفحات فيما يتعلق تعلقاً مباشراً بموضوع البحث، مع ما يضاف إلى ذلك من شهرة هؤلاء الأعلام الذين يرد ذكرهم في هذا البحث، إذ لا يخفى مثلهم على متخصص ومنتسب لهذا العلم.

ورغبةً من الباحث في المشاركة العلمية في ميدان الفقه الإسلامي والأنظمة الموضوعية التي صدرت مؤخراً والتي لا تتعارض معه؛ فقد وقع الاختيار على دراسة هذا العقد والبحث فيه.

وأسأل الله أن يوفقني فيه للصواب، وأن ينفع به، إنه سميع مجيب.

### أهمية الموضوع:

١/ قيمة هذا العقد محل الدراسة؛ ذلك أنه أول عقد من عقود المشاركات غير المعهودة اسماً وتعاملاً وأحكاماً، بخلاف غيره من عقود المشاركات التي نُظِمَتْ أحكامها في كتب الفقه الإسلامي بأوضح صورة.

٢/ وجود هذا العقد عند الفقهاء قبل ظهوره في نظام المعاملات المدنية، فإبراز الجانب الفقهي، ومناقشة نصوص النظام بالاحتكام إلى قواعد الفقهاء في عقود المشاركات القائمة على الاشتراك في الناتج؛ مما يُعطي البحث قيمة موضوعية وأسبقية علمية.

## أسباب اختيار الموضوع:

١/ جدة نظام المعاملات المدنية الذي نشأ في كنفه هذا العقد وظهر بهذا الاسم.

٢/ إبراز قيمة الفقه الإسلامي بأسبقيته في ابتكار هذا العقد والإشارة لأحكامه قبل ظهوره وإبرازه في نظام المعاملات المدنية السعودي، وأن الفقه الإسلامي قد سبق جميع الأنظمة والقوانين لهذا العقد؛ وأن ابتكار النظام لاسم هذا العقد لا ينفي أسبقية الفقه الإسلامي؛ إذ العبرة بالمضمون لا بالاسم، لاسيما إذا علمنا أن أغلب أحكام هذا العقد مستفادة من عقود المشاركات القائمة على الاشتراك في الناتج كما سيظهر للقارئ في ثنايا هذا البحث.

## الدراسات السابقة:

لم أقف على دراسة فقهية أو قانونية لهذا العقد، ويرجع ذلك إلى كون نظام المعاملات المدنية السعودي قد صدر مؤخراً، فلم تكن الفرصة مواتية للباحثين في الكتابة عن هذا العقد.

## تقسيمات البحث:

المبحث التمهيدي: التعريف بمفردات العنوان، وأركان عقد المشاركة في الناتج:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف الإفرادي لعقد المشاركة في الناتج.



- المطلب الثاني: التعريف المركب لعقد المشاركة في الناتج.
- المطلب الثالث: أركان عقد المشاركة في الناتج.
- المبحث الأول: التكييف الفقهي لعقد المشاركة في الناتج.
- المبحث الثاني: التزامات طرفي العقد.
- المبحث الثالث: توزيع الناتج بين طرفي العقد.
- المبحث الرابع: انتهاء عقد المشاركة في الناتج.
- فهرس المصادر.
- فهرس الموضوعات.

## المبحث التمهيدي التعريف بمفردات العنوان، وأركان عقد المشاركة في الناتج

وفيه مطلبان:

### المطلب الأول: التعريف الإفرادي:

#### أولاً: تعريف العقد:

أ- لغة: جمع عقد، والعين والقاف والذال أصل واحد يدل على شدّ وشدة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها. ومن ذلك عقد البناء، والجمع أعقاد وعقود. وعقدت الحبل أعقده عقداً، وقد انعقد، وتلك هي العقدة. وعاقدته مثل عاهدته، وهو العقد والجمع عقود. قال الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(١)</sup>، والعقد: عقد اليمين، ومنه قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾<sup>(٢)</sup>. وعقدة النكاح وكل شيء: وجوبه وإبرامه. والعقدة في البيع: إيجابه. والعقدة: الضيعة، والجمع عقد. يقال: اعتقد فلان عقدة، أي: اتخذها. واعتقد مالا وأخاً، أي: اقتناه. وعقد قلبه على كذا فلا ينزع عنه<sup>(٣)</sup>.

#### ب- اصطلاحاً: للعقد في كلام العلماء رَحْمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى إطلاقان:

- (١) سورة المائدة، جزء من الآية رقم ١.
- (٢) سورة المائدة، جزء من الآية رقم ٨٩.
- (٣) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس، مادة (عقد)، ٤/ ٨٦، الصحاح، للجوهري، مادة (عقد)، ٢/ ٥١٠.

الإطلاق العام للعقد: ويتناول هذا المعنى جميع الالتزامات الشرعية، سواء أكانت نتيجة اتفاق بين طرفين؛ كالبيع، والإجارة، ونحوهما، أم كانت نتيجة إرادة شخص واحد، أراد أن يلزم نفسه بالتزام شرعي خاص؛ كاليمين، والوقف، والطلاق، والنذر، والإعتاق. وقد جاء في كلام الفقهاء ما يدل على إطلاقهم العقد، وإرادتهم هذا المعنى، ومن كلامهم عن العقد بمعناه العام: قول أبي بكر الجصاص رَحِمَهُ اللهُ: «العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه؛ لأن العقد إذا كان في أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الأيمان والعقود عقود المبيعات ونحوها، فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه، وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظراً مراعى في المستقبل من الأوقات، فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً؛ لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقداً؛ لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك، والشركة والمضاربة ونحوها تسمى أيضاً عقوداً؛ لما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه على كل واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه، وكذلك العهد والأمان؛ لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها، وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك، وما لا تعلق له بمعنى في المستقبل ينتظر وقوعه وإنما هو على شيء ماض قد وقع؛ فإنه لا يسمى عقداً»<sup>(١)</sup>.

(١) أحكام القرآن، ٣/ ٢٨٥. وينظر في هذا المعنى أيضاً: أحكام القرآن، لابن العربي، ٥/ ٢، أحكام القرآن، الكيا الهراسي، ٣/ ٨، تحفة الطلاب بشرح تنقيح اللباب، لأبي

## الإطلاق الخاص للعقد:

تعددت تعريفات الفقهاء للعقد بمعناه الخاص، وسنقتصر على تعريف واحد عند كل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة.

فمن تعريفات فقهاء الحنفية للعقد: مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر<sup>(١)</sup>.

وعند فقهاء المالكية: العقد: ما يكون بين اثنين بإيجاب وقبول<sup>(٢)</sup>.

وعند فقهاء الشافعية: العقد: مجموع الإيجاب والقبول<sup>(٣)</sup>.

وعند فقهاء الحنابلة: العقد: الإيجاب والقبول. قال المرادوي: «الإيجاب والقبول اسم لكل تعاقد»<sup>(٤)</sup>.

## ثانياً: المشاركة:

أ- لغة: هي مفاعلة من الشركة، وهي: «مخالطة الشريكين. يقال: اشتركتنا بمعنى تشاركنا...»<sup>(٥)</sup>. وقال الراغب الأصفهاني: «الشركة والمشاركة: خلط

زكريا الأنصاري، ٣/٢، قواعد ابن رجب، ٢٦٨.

(١) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام، ٣/١٨٧، البحر الرائق، لابن نجيم، ٣/٨٥، رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، ٣/٣.

(٢) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، ٢/٥٦١، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ٢/٢٠٩، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، للدردير، ٣/١٢.

(٣) ينظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لابن حجر الهيتمي، ٤/٢١٤، حاشية الجمل على شرح المنهج، ٣/٣٧٧.

(٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ١١/١٤. وينظر: المغني، لابن قدامة، لابن قدامة، ٣/٤٨٠، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، ٢/٣٣.

(٥) ينظر: تهذيب اللغة، للأزهري، مادة (شرك)، ١٠/١٣.

الملكين، وقيل: هو أن يوجد شيء لاثنين فصاعداً، عيناً كان ذلك الشيء، أو معنى، كمشاركة الإنسان والفرس في الحيوانية»<sup>(١)</sup>.

### ب- اصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: «عقد بين المشاركين في الأصل والربح»<sup>(٢)</sup>.

وعرفها المالكية بأنها: «هي إذن كل واحد من المشاركين لصاحبه في أن يتصرف في ماله، أو يبدنه له ولصاحبه مع تصرفها أنفسهما أيضاً»<sup>(٣)</sup>.

وعرفها الشافعية بأنها: «عقد يقتضي ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوخ»<sup>(٤)</sup>.

وعرفها الحنابلة بأنها: «الاجتماع في استحقاق أو تصرف»<sup>(٥)</sup>.

### ثالثاً: تعريف الناتج:

أ- لغة: اسم فاعل من نتج، والناتج: اسم يجمع وضع جميع البهائم. وإذا ولي الرجل ناقة ماخصاً ونتاجها حتى تضع، قيل: نتجها نتجاً. يقال: نتجت الناقة أنتجها إذا وليت نتاجها، فأنا ناتج، وهي منتوجة<sup>(٦)</sup>. فالناتج

(١) المفردات في غريب القرآن، للأصفهاني، ٤٥١.

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد المعروف: بشيخي زاده، ٧١٤/١.

(٣) مواهب الجليل شرح مختصر خليل، للحطاب، ١١٧/٥.

(٤) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، للخطيب الشربيني، ٣١٦/٢.

(٥) المغني، لابن قدامة، ٣/٥.

(٦) لسان العرب، مادة (نتج)، ٣٧٣/٢، تاج العروس، للزبيدي، مادة (نتج)، ٢٣٠/٦.

بهذا المعنى هو: القابل الذي قام بالتوليد واستخرج الولد. وهو بمعناه العام: نتيجة الشيء وثمرته<sup>(١)</sup>، وإذا أردنا ربط المعنى اللغوي للناتج بعقد المشاركة في الناتج نقول: العامل في عقد المشاركة في الناتج هو الناتج؛ إذ هو مثل القابل، فكما أن القابل هو الذي قام بعملية التوليد واستخرج الولد، فكذلك العامل هو الذي يستغل الأصل ويستخرج منه ما ينتج عنه ويتولد منه من نهاء، ولكن الفرق بين المعنى اللغوي وبين ما أراده المنظم: أن المعنى اللغوي للناتج يُطلق على من يتولى المهمة أو العمل ولا يطلق على النتيجة، بيد أن المنظم أراد بالناتج هنا: ثمرة استغلال الأصل الذي قام به العامل كما سيأتي معنا.

ب- اصطلاحاً: لم أقف على تعريف اصطلاحى لهذا اللفظ، وهو في حقيقته التي ساقها المنظم وأرادها تختلف عن المعنى اللغوي. وإذا تأملنا في التعريف المركب -الذي سيرد ذكره- فيمكن القول بأن الناتج هو: ما تولد عن الأصل بعد تقلبيه واستغلاله. فكل عمل قام به العامل أو التاجر في هذا الأصل، وتولد منه أو نتج عنه شيء فاضلٌ عن أصله سواء كان متصلاً أو منفصلاً فهو ناتج.

### المطلب الثاني: التعريف المركب:

يُعدُّ هذا العقد من العقود التي جاء بها نظام المعاملات المدنية، ولم أقف على دراسة سابقة عرّفت هذا العقد أو قامت بدراسته وتحليلية جزئياته ومسائله المتصلة به، فهو بشكله واسمه الذي أورده النظام جديداً على المكتبة

(١) معجم اللغة العربية المعاصرة، مادة (نتج)، ٣/ ٢١٦٤.

الفقهية والقانونية، ولذلك فإن التعريف الاصطلاحي المركب والوحيد لهذا العقد هو الوارد في المادة (٥٦٦) من نظام المعاملات المدنية، حيث عرفته المادة بأنه: «عقدٌ يُسَلَّمُ رب المال بمقتضاه شيئاً غير قابل للاستهلاك لمن يستغله مقابل جزءٍ شائعٍ من الناتج».

وهذا التعريف قد تضمن قيوداً يتحدد بها هذا العقد ويتميز بها عن غيره من بقية العقود التي قد تُشبهه في الشكل أو في الجوهر والمضمون، ولذا فإن من المناسب إبراز هذه القيود، وبيانها بياناً مختصراً؛ لكي تتضح بها حقيقة العقد وتظهر، وهذه المحددات والعناصر المكونة لهذا العقد هي:

١. أنه عقد بين طرفين، أحدهما رب المال، والآخر: العامل. ولم يُحدد التعريف بلفظه أو معناه: أن العامل واحد، بل يمكن أن يكون واحداً، ويمكن أن يكون أكثر من ذلك، كما يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً (اعتبارياً)؛ لأن التعريف أضاف دفع المال لمن يقوم بمهمة استغلال الأصل دون تحديد بعدد، وهذه المهمة قد يقوم بها شخص واحد، وقد يقوم بها أكثر من ذلك، وقد يقوم بها شخص اعتباري أيضاً.

٢. أن أحد الطرفين يُقدم مالا، والآخر يُقدم عملاً، والعمل المقصود هنا هو: استغلال الأصل المدفوع من رب المال، وتقليبه في التجارات بما يحقق عائداً ونتاجاً ينتفع به الطرفان ويقتسمانه بينهم في نهاية العقد. فكل طرفٍ في هذا العقد محدد الالتزام. والعامل الذي يستغل الأصل المقدم من رب المال قد يدفع مالا أيضاً، ولكن هذا المال لا يُدفع بشكل مباشر لرب المال ولا يدفع كحصة في هذا العقد، وإنما قد يحتاج العامل في عمله إلى دفع

بعض التكاليف أثناء استغلاله للأصل، وهذا يقع على عاتقه وليس على رب المال - ما لم يتفقا على خلافه-، فرب المال بتقديمه الأصل للعامل قد وفي بالتزامه.

وإذا تأملنا في التعريف وجدنا أن المنظم استعمل لفظ الاستغلال بدلا من لفظ العمل (كما فعله في عقد المضاربة)<sup>(١)</sup>؛ لأن لفظ الاستغلال في الاستعمال القانوني يكون باستغلال الأصل مع بقائه دون إفناؤه أو التصرف في رقبته، وإنما يُستغلُّ الأصل بحيث تُحصَلُ ثمراته وما يتولد عنه، ويبقى أصله ورقبته من دون تصرف فيه بما يخرج عن ملك ربه، وهذا أحد الفروق بين هذا العقد وبين المضاربة. ويذكر فقهاء القانون المدني حق الاستغلال بمفهومه القانوني الذي ذكرته آنفاً باعتباره أحد عناصر الملكية، وأنه أحد السلطات الثلاث التي يخولها الشرع والقانون للمالك على ملكه، وبقية السلطات هي حق الاستعمال والتصرف<sup>(٢)</sup>.

وأما العمل، فإن المنظم لم يحدد طبيعة وحدود استغلال العامل للأصل المقدم من رب المال، وإنما نصَّ على أن يلتزم العامل ببذل عناية الشخص المعتاد في العمل والمحافظة على المال<sup>(٣)</sup>.

(١) حيث عرّف المضاربة بأنها: «عقدٌ يُسلمُ رب المال بمقتضاه مالا لمن يعمل فيه بجزءٍ شائع من الربح. المادة (٥٥٠) من نظام المعاملات المدنية. ولفظ العمل أشمل من لفظ الاستغلال كما هو ظاهر.

(٢) ينظر: أحكام الملكية في الفقه الإسلامي والقانون، مفلح القحطاني، وهاء الدين العلايلي، ٣٤، الحقوق العينية الأصلية في النظام السعودي، أحمد الزقرد، وأشرف عبد القادر، ٢٩-٣٣. شرح الحقوق العينية والأصلية، أحمد مخلوف، ١١١.

(٣) ينظر: الفقرة (١) من المادة (٥٦٧) من نظام المعاملات المدنية.



وعلى هذا، فتحدد نوع الاستغلال وطبيعته خاضع لتقدير طرفي العقد وما يتفقان عليه، ما دام أن هذا الاستغلال لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام النظام.

٣. أن المقدم من رب المال هو: (شيء غير قابل للاستهلاك)، والشيء لغة: معلوم لا يحتاج إلى تعريف - كما عبر عنه ابن سيده -، ونقل هو عن سيبويه: أن الشيء يقع على كل ما أُخْبِرَ عنه<sup>(١)</sup>. ونسب الزبيدي إلى الراغب الأصفهاني قوله: «الشيء: عبارة عن كل موجود إما حسًا كالأجسام، أو معنى كالأقوال»<sup>(٢)</sup>. وصرح البيضاوي وغيره بأنه يختص بالموجود دون المعدم<sup>(٣)</sup>.

وأما تعريف الشيء في نظام المعاملات المدنية فهو: «كل شيء مادي أو غير مادي يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية، عدا الأشياء التي لا تقبل بطبيعتها أن يستأثر أحدٌ بحيازتها، أو التي تمنع النصوص النظامية أن تكون محلاً للحقوق المالية»<sup>(٤)</sup>. ومعنى كونه غير قابل للاستهلاك: أي أنه يمكن

(١) المحكم والمحيط الأعظم، لابن سيده، مادة (شيء)، ١٣٣/٨، ومثله: لسان العرب، لابن منظور، مادة (شيء)، ١/١٠٤.

(٢) تاج العروس، مادة (شيء)، وقد تكلم الراغب الأصفهاني في كتابه: المفردات في غريب القرآن عن كلمة (شيء)، ولكنه اقتصر في معناها اللغوي على المعنى الذي نقلته عن سيبويه في المتن، وهو أن الشيء: «هو الذي يصح أن يعلم ويخبر عنه...، وأنه يشمل الموجود والمعدم». ثم أطنب في معنى هذه المفردة عند المتكلمين ولوازمها، ولكن لم أقف على ذات النص الذي نقله الزبيدي عن الراغب - فالله أعلم -. ينظر: المفردات في غريب القرآن، للأصفهاني، ٤٧١.

(٣) أنوار التنزيل وأسرار التأويل، للبيضاوي، ١/٥٣.

(٤) المادة (١٩) من نظام المعاملات المدنية.

استغلاله والانتفاع به دون فوائده، بل يبقى بعد الاستغلال، بحيث يعود إلى رب المال بعد انتهاء العقد مقرونًا به حصة ربه من الناتج المتولد منه.

وعليه: فضابط المال الذي يُقدمه رب المال، هو (شيء غير قابل للاستهلاك)، وشيء هنا نكرة، فتشمل كل أصلٍ من الأصول التي يتحقق فيها وصف عدم قابليتها للاستهلاك والفناء بمجرد استغلاله حسب طبيعتها. فيعمُّ جميع الأموال المنقولة وغير المنقولة التي لا تفنى بالاستغلال، وكذلك حقوق الملكية الفكرية، والحقوق المالية الحائلة المستحقة على الغير، والحقوق التي ترد على أي منها، وغير ذلك مما قد تكون له قيمة مالية حالية أو مستقبلية. والأمثلة على الأموال التي لا تفنى بالاستغلال كثيرة، ومنها: العقار، والسيارات، والطائرات، والسفن، والمعدات والآلات، والحقوق الفكرية؛ كحق التأليف وبراءات الاختراع، ونحو ذلك من الأصول التي لا تفنى بالاستغلال. ويخرج عن عقد المشاركة في الناتج: الشيء الذي يفنى بالاستغلال، فلا يطبق على العقد الذي يكون المال المقدم فيه شيئًا قابلاً للفناء بمجرد الاستغلال أحكام عقد المشاركة في الناتج.

٤. أن المقابل الذي يحصل عليه رب المال في ماله الذي تم استغلاله: هو اشتراكه مع العامل في الناتج المتولد من استغلال الشيء المدفوع من رب المال، بحيث يكون له جزء شائع من الناتج، ويقسم بينهم بحسب ما اتفقا عليه قدرًا ووقتًا.

وقد نص التعريف على قيدٍ مهم في الجزء الذي يستحقه رب المال من الناتج ويترتب على هذا القيد أثرٌ في صحة العقد أو فساده، ألا وهو: أن يكون الجزء شائعًا لا معينًا ولا محددًا، فلو كان الجزء غير شائع بأن كان معينًا

أو محددًا لم يصحَّ العقد، وهذا عامٌّ في عقود المشاركات؛ لاحتمال ألا يربح غيره إن كان محدد القدر أو لا يربح في غيره إن كان محدد الوقت؛ كأن يقول: لك ربح شهر رجب ولي ربح شهر شعبان، فهذا معين لا يجوز؛ لاحتمال أن يربح في الشهر الذي لرب المال دون الشهر الذي له، وكذا العكس، فهذا تعيينٌ في الوقت وهو غير جائزٍ كما سبق، أو يقول: لك من الربح عشرون ألفاً والباقي لي، فهذا لا يجوز؛ لاحتمال ألا يربح غير العشرين ألفاً، وهذا تعيين في القدر وتحديدٌ له، وقد حكى ابن المنذر رَحِمَهُ اللهُ الإجماع على عدم صحته ومنعه في المثال الأخير والأول في معناه أيضًا؛ لاتفاقهما في علة المنع. قال رَحِمَهُ اللهُ: «وأجمعوا على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح، أو نصفه أو ما يجتمعان عليه، بعد أن يكون ذلك معلوماً جزءاً من أجزاء. وأجمعوا على إبطال القراض الذي يشترط أحدهما، أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة»<sup>(١)</sup>.

وهنا ملاحظة يحسن تسجيلها على هذا التعريف، وهو أنه قد عبّر عما يُقدم من رب المال بأنه (شيء غير قابل للاستهلاك)، ولو عبّر بلفظ (الأصل) بدلاً من لفظ (الشيء)؛ لكان أنسب وأولى؛ لأن لفظ الشيء عام لا تتناهى صورته، ويشمل الأموال وغير الأموال، فهو - كما سبق - يُطلق على كل ما يصح أن يُعلم ويُخبر به، بخلاف الأصل؛ فإنه أضيق، واتصال دلالاته بالأموال أو ما يمكن أن يُقوّم وتحدد ماليته ألصق من لفظ الشيء. ويتأيد استعمال لفظ (الأصل) بدلاً من لفظ (الشيء): أن المنظم استخدم لفظ (الأصل) في أحكام هذا العقد الواردة في ذات الفصل، وهي المواد (١) الإجماع، ١٠٣.

رقم (٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠)، فكان توحيد اللفظ في الموضوع الواحد أوضح في المعنى وأبعد عن الإلباس والغموض.

هذا بيان موجز لتعريف عقد المشاركة بالناتج، تتضح به ماهيته، وتبرز معالمه. ومن محاسن التعريفات: أن تكون شاملة لأجزاء المعرف التي يتكون منها، ومفصحة عن القيود واللوازم فيه، وهو الذي ظهر لي في تعريف عقد المشاركة بالناتج، وقد وُفق المنظم في تعريفه له.

### المطلب الثالث: أركان عقد المشاركة في الناتج:

لا يقوم عقد من العقود في الفقه الإسلامي وكذا القانون إلا بتوفر أركانه، وهناك أركان أساسية لا يخلو منها عقد، وتزيد بعض العقود أركاناً بحسب طبيعتها. والأركان الأساسية التي لا يخلو منها عقد عند جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة ثلاثة: الصيغة، والعاقدان، والمحل<sup>(١)</sup>. واكتفى الحنفية بركن واحد وهو الصيغة<sup>(٢)</sup>، وأما العاقدان والمحل فهما لازمان لوجود الصيغة، والخلاف بينهما بهذا المظهر لفظي لا معنوي<sup>(٣)</sup>.

(١) قال الأسنوي رَحِمَهُ اللهُ: «أركان العقد ثلاثة: العاقد والمعقود عليه والصيغة، ولا شك أن الركن داخل في الماهية». نهاية السؤل شرح منهاج الأصول، ١٧٩، أسنى المطالب، ٣/٢، الشرح الكبير على مختصر خليل، للدردير، ٢/٣، البهجة في شرح التحفة، للتسولي، ٨/٢، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، ٣/٣٨٢، شرح منتهى الإيرادات، للبهوتي، ٥/٢.

(٢) قال الكاساني رَحِمَهُ اللهُ: «وركن العقد هو الإيجاب والقبول». بدائع الصنائع، ٢/٢٥٣-٢٥٥، ٣٠٦/٥، ٧٩/٦، الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، ٤/٢.

(٣) صيغ العقود، صالح الغليقة، ٣٤-٣٥.

وأما أركان العقد في القانون - وكذا نظام المعاملات المدنية السعودي - فهي ثلاثة: الرضا، والمحل، والسبب<sup>(١)</sup>.

وأما أركان عقد المشاركة في الناتج، فإنه بالتأمل في تعريف عقد المشاركة في الناتج وفي أحكامه التي أوردها النظام؛ فيمكن إرجاع أركان هذا العقد إلى ثلاثة أركان هي:

### ١. الصيغة:

وهي الإيجاب والقبول، قال الزيلعي: «وشركة العقد أن يقول أحدهما: شاركتك في كذا ويقبل الآخر؛ لأنه عقد من العقود، فلا بد من الإتيان بركنه وهو الإيجاب والقبول، بأن يقول شاركتك في بز أو نحوه أو في عموم التجارات»<sup>(٢)</sup>، وفي حكم عقد الشركة سائر العقود كما صرح بذلك الفقهاء. فهو ربط بين عبارتين تصدر إحداهما عن طرف، وتصدر ثانيتهما عن طرف آخر، ويترتب على هذا الربط أثره الشرعي<sup>(٣)</sup>.

ويتم الإيجاب والقبول بكل لفظ يدلُّ على هذا العقد أو معناه، سواءً كان باللفظ أو ما يقوم مقامه كالكتابة، أو الإشارة من الأخرس إذا كانت مفهومة<sup>(٤)</sup>. قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «تتعقد بكل ما دل على مقصودها من

(١) ينظر: نظرية العقد، عبد الرزاق السنهوري، ١/١٤٧ وما بعدها، والمادة (٣٢، ٧٠) من نظام المعاملات المدنية.

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣/٣١٣.

(٣) ينظر: الشركات في الشريعة الإسلامية، عبد العزيز خياط، ١/٧٦.

(٤) هذا في الصيغة فقهاً ونظاماً، وأما ترتب آثار العقد والاحتجاج به فلا يكون إلا إذا كان العقد مكتوباً وإلا اعتبر باطلاً في النظام؛ فقد نصت المادة الثامنة والعشرون بعد

قول أو فعل، فكل ما عدّه الناس بيعاً وإجارة فهو بيع وإجارة، وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال، وليس لذلك حد مستمر؛ لا في شرع ولا في لغة. بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تنوع لغاتهم»<sup>(١)</sup>.

ويتفق نظام المعاملات المدنية مع هذا الاتجاه الفقهي الذي سلكه ابن تيمية في التعبير عن الإرادة - في الجملة -، حيث نص النظام على ما يلي:

«١/ يكون الإيجاب والقبول بكل ما يدل على الإرادة.

٢/ يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة أو بالمعاطاة، وأن يكون صريحاً أو ضمنياً، وذلك ما لم تقتض النصوص النظامية أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة خلاف ذلك»<sup>(٢)</sup>.

وصورة الإيجاب والقبول في عقد المشاركة بالناتج: أن يدفع رب المال للعامل أصلاً غير قابل للاستهلاك (عقاراً، سيارة... ونحوهما)، ويقول له: استغله أو اعمل فيه، ولي مما ينتج من غلته: نصفه أو ثلثه أو غير ذلك مما يتفقان عليه، ويقول العامل: قبلت أو رضيت، ويستلم الأصل، ويبدأ

الخمسة من نظام المعاملات المدنية على الآتي: «يجب أن تكون عقود المشاركة الواردة في هذا الباب مكتوبة، وإلا كانت باطلة، ولا يجوز أن يحتج المتعاقد بالطلان تجاه الغير، ولا يكون للطلان أثرٌ فيما بين المتعاقدين أنفسهم إلا إذا طلب أحدهم الحكم به، فيسري ذلك من تاريخه».

(١) مجموع الفتاوى، ٧/٢٩.

(٢) المادة الثالثة والثلاثون من نظام المعاملات المدنية.

العامل في استغلال الأصل والعمل فيه بما يحقق مقصود الطرفين وغرضهما من هذا العقد وهو: تحقيق الربح الناتج من استغلال هذا الأصل.

## ٢. العاقدان:

وهما في هذا العقد: رب المال، والعامل - كما عبر عنهما النظام -.

ويُشترط أن يكون لهما أهلية الأداء، وتسمى عند بعض الفقهاء بأهلية المعاملة والتصرف<sup>(١)</sup>، وهي صلاحية الإنسان لصدور الأفعال والأقوال منه على وجه يعتد به شرعاً<sup>(٢)</sup>. وأهلية الأداء المطلوبة في هذا العقد: هي أهلية الأداء الكاملة لا الناقصة، وأهلية الأداء الكاملة تتحقق وتثبت للإنسان بعد بلوغه عاقلاً<sup>(٣)</sup>.

وقد نص نظام المعاملات المدنية على هذه الأهلية المطلوبة بقوله: «كل شخص أهل للتصرف؛ ما لم يكن عديم الأهلية أو ناقصها بمقتضى نصٍ نظامي»<sup>(٤)</sup>. وهذا العقد لا يمكن أن يقوم وأحد طرفيه فاقد الأهلية أو ناقصها بنص الفقه والنظام.

(١) ينظر: الفروق، للقرافي، ٣/ ٢٢٦ وما بعدها.

(٢) ينظر: أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، عياض السلمي، ٧٩. عوارض الأهلية عند علماء الأصول، حسين الجبوري، ١١٣-١١٤.

(٣) ينظر: عوارض الأهلية عند علماء الأصول، ١٢١.

(٤) المادة السابعة والأربعون من نظام المعاملات المدنية.

### ٣. المعقود عليه (المحل):

وهو هنا الأصل غير القابل للاستهلاك والعمل، وبهما يحصل الناتج الذي يشترك فيه طرفا العقد بعد تحققه، وبوجود أحدهما وغياب الآخر لا يقوم العقد، ولا يتحقق للطرفين مقصودهما.

وقد نص نظام المعاملات المدنية - كما سبق في شرح التعريف المركب للعقد - على وصف ما يقدم من رب المال، وهو أنه شيء غير قابل للاستهلاك، وذلك لكي يتحقق للعامل القيام بعمله؛ وهو استغلال هذا الأصل بما يحقق ناتجاً يشترك الطرفان في اقتسامه، وبهذا فإن رب المال لو قدم شيئاً قابلاً للاستهلاك؛ فإن العقد والحالة هذه لا يكون عقد مشاركة في الناتج؛ لعدم قيام رب المال بالوفاء بالتزامه كما يجب عليه في هذا العقد.

وأما عمل العامل، فهو قائمٌ هنا على استغلال الأصل المقدم من رب المال، بحيث يبذل فيه عناية الرجل المعتاد في العمل لكي يستخرج منه ناتجاً يقتسمه الطرفان. وللعامل حرية الاستغلال لتحقيق الناتج الذي يتغياها طرفا العقد ما لم يكن هناك اتفاق بين الطرفين على تحديد نوع الاستغلال وطبيعته، فيلتزم حينئذٍ بما تم الاتفاق عليه.



## المبحث الأول

### التكييف الفقهي لعقد المشاركة في الناتج

تمهيد:

سبق معنا أن عقد المشاركة بالناتج هو عقد يسلم رب المال بمقتضاه شيئاً غير قابل للاستهلاك لمن يستغله مقابل جزء شائع من الناتج. وهذا العقد بهذه الصورة سبق أن تعرض الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى له، كما تعرضوا لصور مشابهة له أيضاً.

والصورة التي تتفق مع صورة العقد محل الدراسة قد اختلف الفقهاء في حكمها بناء على الاختلاف في تكييفها، ولم يتفق الفقهاء على ذكر هذه الصورة في باب واحد، بل كان ذكرهم لها متردداً بين ذكرها في كتاب الإجارة أو الشركة، وربما كان التردد واقعاً في مذهب واحد، فالحنابلة ذكروا هذه الصورة مرة في كتاب الإجارة عند الحديث عن شروط الإجارة<sup>(١)</sup>، ومرة في كتاب الشركة، وهو الأغلب في مصنفات الحنابلة<sup>(٢)</sup>، وكذلك الحنفية<sup>(٣)</sup>، وأما المالكية<sup>(٤)</sup> والشافعية<sup>(٥)</sup>، فأيرادهم لها كان في كتاب الإجارة فقط.

ويحسن قبل الشروع في حكاية اختلاف الفقهاء في تكييف الصورة التي ورد بها العقد وتنزيلها على صورة عقد المشاركة في الناتج؛ نقل نصوص

(١) شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، ٢/٢٤٦.

(٢) المغني، لابن قدامة، ٥/٧.

(٣) المبسوط، للسرخسي، ٢٢/٦٠، ٦١، ٦٢.

(٤) المدونة الكبرى، ٣/٥٩٧.

(٥) بحر المذهب، للرويانى، ٧/٧٦.

الفقهاء من المذاهب الأربعة التي تدلُّ على ورود صورة هذا العقد في وقتهم، وتناولهم لها. وحيث إن عقد المشاركة في الناتج التي أوردتها نظام المعاملات المدنية السعودي قد حصر الأصل الذي يُقدم من رب المال على أنه (أصل غير قابل للاستهلاك)، وهذا الأصل بهذا القيد له أمثلة متعددة، وتختلف حسب كل زمان ومكان، فمن أمثله التي ذكرها الفقهاء في وقتهم باعتبارها أصلاً يُدفع من رب المال: الأرض، والدابة، وشبكة الصيد، والمركب، ونحو ذلك، وهذه الأمثلة يصدق عليها أنها أصل غير قابل للاستهلاك، ويتفق مع القيد الذي أوردته نظام المعاملات المدنية. ولم يُورد نظام المعاملات المدنية أمثلة للأصل غير القابل للاستهلاك؛ إذ إن طبيعة النصوص النظامية في غالبها تكتفي بإيراد الحكم أو الضابط مجرداً دون تمثيل؛ إذ الصور لا تتناهى، وإذا فهم النصُّ سهلاً تنزيله على الصور، والتمثيل له. والأصل هو تعبيرٌ عن الأموال التي يمكن المعاوضة بها والمعاوضة عنها، ويُقصد بالأصل في النظام السعودي الوارد في هذا السياق: «الأموال المنقولة وغير المنقولة، وحقوق الملكية الفكرية، والحقوق المالية المستحقة على الغير، سواء أكانت حالة أم آجلة، والحقوق التي ترد على أي منها، وغير ذلك مما قد تكون له قيمة مالية حالية أو مستقبلية»<sup>(١)</sup>. وفيما يلي نقلٌ لنصوص الفقهاء في الصورة التي تماثل صورة عقد المشاركة في الناتج:

### ١. فقهاء الحنفية:

أورد الحنفية رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى صوراً متعددة لمثل هذا العقد، وسأكتفي بنقل الصور المماثلة لهذا العقد دون ما يشبه العقد من وجه ويُخالفه من وجوه:

(١) المادة (الأولى) من نظام معالجة المنشآت المالية المهمة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٨) وتاريخ ٢٥/٤/١٤٤٢هـ.

قال السرخسي رَحْمَهُ اللهُ: «وإذا دفع إلى رجل شبكة ليصيد بها السمك على أن ما صاد بها من شيء فهو بينهما، فصاد بها سمكاً كثيراً، فجميع ذلك للذي صاد... وكذلك لو دفع إليه دابة يستقي عليها الماء ويبيع عليها أو لينقل عليها الطين لبيعه أو ما أشبه ذلك...»<sup>(١)</sup>.

## ٢. فقهاء المالكية:

«قال مالك رَحْمَهُ اللهُ في الرجل يدفع إلى الرجل دابته أو سفينته، يعمل عليها على أن نصف ما يكسب عليها، قال: ما أصاب على الدابة أو السفينة فهو له، ويعطي رب الدابة أجر مثلها. فالرحا والبيت عندي مثل الدابة التي يعمل عليها على النصف عند مالك»<sup>(٢)</sup>.

## ٣. فقهاء الشافعية:

قال الروياني رَحْمَهُ اللهُ: «لو دفع إليه شبكة ليصطاد بها ويكون الصيد بينهما نصفين لم يجز، فإن اصطاد كان الصيد له ولصاحب الشبكة أجر مثلها... وكذلك لو دفع بغلاً إلى رجل وقال: أجره فيما ترى واعمل عليه وانقل عليه ما ترى من لبن وطين وغير ذلك فما كان من فضل فهو بيننا فالقراض فاسد والفضل كله لصاحب البغل وللعامل أجر مثله»<sup>(٣)</sup>.

## ٤. فقهاء الحنابلة:

قال موفق الدين ابن قدامة رَحْمَهُ اللهُ: «وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها، وما يرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو كيفما شرطاً، صح، نص عليه

(١) المبسوط، للسرخسي، ٢٢ / ٦٠.

(٢) المدونة الكبرى، ٣ / ٥٩٧.

(٣) بحر المذهب، للروياني، ٧ / ٧٦.

في رواية الأثرم ومحمد بن أبي حرب وأحمد بن سعيد. ونقل عن الأوزاعي ما يدل على هذا...»<sup>(١)</sup>.

وإذا تأملنا في هذه النصوص الفقهية المذكورة أعلاه، وجدنا أنها تتضمن العناصر التي اشتمل عليها العقد محل الدراسة (عقد المشاركة في الناتج)، ووجه المطابقة: أن الصورة التي تضمنتها النصوص المذكورة أعلاه تشترك مع عقد المشاركة في الناتج في الآتي: وجود عاقلين، أحدهما دفع أصلاً، والآخر سيقوم باستغلال هذا الأصل والعمل فيه، كما أن الأصل المقدم من رب المال هو شيء غير قابل للاستهلاك، كالدابة والسفينة والشبكة (وهذا أحد أخص الوصفين المؤثرين في عقد المشاركة في الناتج)، كما أن الناتج بينهما مشترك على الشيوع (وهذا هو الوصف الآخر المؤثر في عقد المشاركة في الناتج). وإذا تبين ما سبق؛ سهل الشروع في تكييف الفقهاء لهذه الصورة وتنزيلها على عقد المشاركة في الناتج، حيث إن ما يُقال من تكييف فقهي لهذه الصورة يُقال مثله على عقد المشاركة في الناتج تكييفاً وحكماً، وقد اختلف الفقهاء في تكييف هذه المعاملة على أقوال:

### القول الأول:

أن العقد عقد إجارة، وأن الكسب والناتج للعامل، ولرب الأصل أجرة مثله؛ لكون عقد الإجارة أضحى فاسداً. وبهذا قال الحنفية<sup>(٢)</sup> والمالكية<sup>(٣)</sup>.

(١) المغني، لابن قدامة، ٨/٥.

(٢) المبسوط، للسرخسي، ٦٠/٢٢.

(٣) المدونة الكبرى، ٥٩٧/٣.

قال ابن مازه: «وإذا دفع الرجل إلى الرجل بعيراً ليسقي الماء ويبيع على أن ما رزق الله في ذلك من شيء فهو بينهما نصفان فهذا فاسد، لأنه تعذر تصحيح هذا العقد مضاربة؛ لأنه جعل رأس مال المضاربة ما يتعين بالتعيين، وهو منافع الدابة، ولكن هذه الإجارة فاسدة...»<sup>(١)</sup>.

وقال البراذعي: «ولو أعطيته الدابة أو السفينة أو الإبل ليعمل عليها، على أن ما أصاب بينهما؛ لم يجز ذلك، فإن عمِلَ عليها؛ فالكسب ههنا للعامل، وعليه كراء المثل في ذلك ما بلغ، وكأنه اكرى ذلك كراء فاسداً»<sup>(٢)</sup>.

أدلة أصحاب هذا القول:

١/ استدلوا بما روي عن النبي عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الصيد لمن أخذ»<sup>(٣)</sup>.  
 ووجه الدلالة: أن الآخذ هو المكتسب دون الآلة، فيكون الكسب له<sup>(٤)</sup>.  
 ويُجاب عن هذا الدليل: بأن هذا المروي لا أصل له، ولا ذكر له في متون السنة. قال الحافظ ابن حجر العسقلاني: «حديث الصيد لمن أخذه لم أجد له أصلاً»<sup>(٥)</sup>. وقال الزيلعي: «غريب»<sup>(٦)</sup>، فبطل الاستدلال به.

(١) المحيط البرهاني، لابن مازه البخاري، ٧/ ٤٧٥.

(٢) التهذيب في اختصار المدونة، لأبي سعيد ابن البراذعي، ٣/ ٣٤٧.

(٣) لم أقف على هذا المروي في أي متن من متون الحديث المطبوعة. وسيأتي ذكر الحكم عليه في المتن.

(٤) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٢٢/ ٦٠.

(٥) الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ٢/ ٢٥٦.

(٦) نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، ٤/ ٣١٨.

٢/ أن العامل قد استعمل مال الغير (دابة، سفينة، عقار) بشرط العوض لصاحب المال، والعوض هنا مجهول، والعلم بالعوض شرط لصحة عقد الإجارة، فبطل العقد، واستحق رب المال أجره مثله على العامل<sup>(١)</sup>.

ويجاب عن هذا الدليل بأمرين:

أ/ عدم التسليم بأن العقد عقد إجارة، إذ غاية ما فعله الطرفان هو أن أحدهما قد قدم المال (وهو الأصل غير القابل للاستهلاك)، والآخر سيقدم العمل باستغلال الأصل، وهذه حقيقة عقد المضاربة، ولا يُشكل عليه إلا كون رأس المال المقدم في المضاربة من العروض، وهو عند أصحاب هذا القول جائز غير ممنوع.

ب/ أننا لو سلمنا بأنه عقد إجارة؛ فإن العوض مآله إلى العلم بظهور الناتج، فالجهالة مرتفعة.

### القول الثاني:

أن العقد قراض (مضاربة)، ولكن العقد فاسد، فيكون الكسب والناتج كله للعامل، ولرب الأصل أجره المثل. وبهذا قال الشافعية<sup>(٢)</sup>، وخرجه القاضي أبو يعلى من الحنابلة قولاً لهم<sup>(٣)</sup>.

قال الروياني: «لو دفع إليه شبكة ليصطاد بها ويكون الصيد بينهما نصفين لم يجز، فإن اصطاد كان الصيد له ولصاحب الشبكة أجر مثلها...»

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٦٠/٢٢.

(٢) ينظر: كفاية النبيه، لابن الرفعة، ١١/١١٣.

(٣) ينظر: المغني، لابن قدامة، ١٠/٥.

وكذلك لو دفع بغلاً إلى رجل وقال: آجره فيما ترى واعمل عليه وانقل عليه ما ترى من لبن وطين وغير ذلك فما كان من فضل فهو بيننا؛ فالقراض فاسد، والفضل كله لصاحب البغل، وللعامل أجر مثله»<sup>(١)</sup>.

### أدلة أصحاب القول الثاني:

١/ أن العمل على الدابة والشبكة والسفينة يُعدُّ من الأعمال المنضبطة والتي يمكن الاستئجار عليها، وما يمكن الاستئجار عليه، فيُستغنى عن القراض إلى الإجارة، والقراض إنما يكون لما لا يجوز الاستئجار عليه، وهو التجارة التي لا ينضبط قدرها، وتمس الحاجة إلى العقد عليها، فيحتمل فيه -للضرورة- جهالة العوضين، وما نحن فيه ليس كذلك، فبطل القراض، واستحق العامل الناتج والكسب، وكان لرب المال أجر مثله<sup>(٢)</sup>.

### ونوقش هذا الدليل بالآتي:

أ- عدم التسليم بصحة التكييف؛ إذ كون العقد مضاربة متعذرٌ؛ لأن رأس المال هنا من العروض، ولا بد أن يكون رأس المال في المضاربة من غير العروض<sup>(٣)</sup>.

ويناقش: بأن هذا القول مقابلٌ ومعارضٌ بقول بعض الفقهاء الذين أجازوا جعل العروض رأس مالٍ في المضاربة<sup>(٤)</sup>، وليس أحد القولين بأولى من الآخر، والعبرة بقوة الدليل المستند إليه.

(١) بحر المذهب، للرويانى، ٧/ ٧٦.

(٢) فتح العزيز، للرافعي، ٦/ ١١.

(٣) المغني، لابن قدامة، ٥/ ٨ بتصرف.

(٤) وهو إحدى الروايات عن مالك وأحمد صوبها المرادوي. خلافاً للحنفية، وهو المذهب عند المالكية، والشافعية، وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة القائلين بقصر رأس المال =

ب- أن المضاربة في حقيقتها اتجارٌ في الأعيان، ومن الاتجار بيعها عند تحقق الربح، والبيع هنا متعذرٌ بحكم طبيعة العقد، إذ لا يجوز بيع الأصل ولا إخراجه عن ملك مالكه؛ لأن الأصل المقدم من رب المال أصلٌ غير قابل للاستهلاك، ونطاق العقد هو استغلاله لا بيعه، فإذا تعذر بيعه بحكم طبيعة العقد، خرج العقد عن كونه مضاربة؛ لعدم تحقق مطلق الاتجار<sup>(١)</sup>.

وَيُنَاقَشُ: بأن تعذر البيع لا يخرج العقد عن كونه مضاربةً، إذ الاتجار قد يكون ببيع الأصل أو ببيع المنفعة مع بقاء الأصل، فربط بقاء العقد مضاربة بجواز بيعه تحكُّمٌ.

وَيُجَابُ عَنْهُ: بأن رأس المال في المضاربة لا بد وأن يتحقق فيه إمكانية الاتجار به وتقليبه، والأصل المدفوع من رب المال في عقد المشاركة في الناتج هو أصلٌ غير قابل للاستهلاك أو التصرف فيه بما يُخرجه عن ملك ربه، بمعنى أن المتحقق هنا هو الانتفاع به لا تقليبه في أنواع التجارات. فافتراقاً بهذا النظر.

٢/ وهو دليل القاضي من الحنابلة: أن صورة العقد تشبه المضاربة، ولكنها مضاربة فاسدة؛ لكون رأس المال فيها من العروض، والمضاربة بالعروض غير جائزة؛ لتعذر الغاية منها وهو الاتجار<sup>(٢)</sup>.

= في الشركة والمضاربة على الدراهم والدنانير دون العروض. ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي، ٧/٣، الكافي في فقه أهل المدينة، ٧٧٢/٢، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ٢٢٦/٢، المغني، لابن قدامة، ١٣/٥، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١٤/١٤.

(١) المغني، لابن قدامة، ١٣/٥.

(٢) الشرح الكبير على المتن، لأبي الفرج ابن قدامة، ١٧٠/١٤.



ويُجاب عنه بأمرين:

١/ أن القول بمنع المضاربة بالعروض مقابل بقول من أجازها من الفقهاء، وليس أحد القولين بأولى من الآخر، والاعتبار بقوة الدليل.

٢/ أن ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ وهو من أئمة المذهب نقد هذا التخريج بقوله: «وبهذا يتبين أن تخريجها على المضاربة بالعروض فاسد؛ فإن المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقبة المال، وهذا بخلافه»<sup>(١)</sup>.

### القول الثالث:

تخريجها على مسألة: من استأجر دابة؛ ليعمل عليها بنصف ما يرزقه الله تعالى أو ثلثه، جاز. وهو قول القاضي من الحنابلة<sup>(٢)</sup>.

ولكن نقد ابن قدامة هذا التخريج بقوله: «ولا أرى لهذا وجهها؛ فإن الإجارة يشترط لصحتها العلم بالعوض، وتقدير المدة أو العمل، ولم يوجد، ولأن هذا عقد غير منصوص عليه، ولا هو في معنى المنصوص، فهو كسائر العقود الفاسدة، إلا أن يريد بالإجارة المعاملة على الوجه الذي تقدم»<sup>(٣)</sup>.

### القول الرابع:

أن هذه الصورة جائزة، فهي وإن كانت مشاركة في الناتج إلا أنها ليست قسماً من أقسام الشركة؛ كالمضاربة والأبدان ونحوها، وإنما تشبه المساقاة

(١) المغني، لابن قدامة، ٨/٥.

(٢) ينظر: المغني، لابن قدامة، ٨/٥.

(٣) المرجع السابق، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، ٢/٢٢٨.

والمزارعة، فهي عقد من عقود المشاركات القائمة على استغلال الأصل والمشاركة في الناتج، وهذا هو المذهب عند الحنابلة<sup>(١)</sup>.

### أدلة أصحاب القول الرابع:

١/ أنها عين تنمى بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نائها، كالدراهم والدنانير.

٢/ أن حقيقة هذه المعاملة أنها دفع لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض نائها مع بقاء عينها؛ كالشجر في المساقاة، والأرض في المزارعة<sup>(٢)</sup>.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة، فقال: لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والرابع؛ لحديث جابر، «أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أعطى خيبر على الشطر»<sup>(٣)</sup>، وهذا يدل على أنه قد صار في هذا ومثله إلى الجواز؛ لشبهه بالمساقاة والمزارعة، لا إلى المضاربة، ولا إلى الإجارة. ونقل أبو داود، عن أحمد، في من يعطي فرسه على النصف من الغنيمة: أرجو أن لا يكون به بأس.

قال إسحاق بن إبراهيم: قال أبو عبد الله: إذا كان على النصف والرابع، فهو جائز. وبه قال الأوزاعي. ونقل أحمد بن سعيد، عن أحمد، في من دفع

(١) ينظر: المغني، لابن قدامة، ٥/ ٩-١٠، الفروع، لابن مفلح، ٧/ ١٠٤-١٠٥، كشاف القناع، للبهوتي، ٣/ ٥٢٥.

(٢) ينظر: المغني، لابن قدامة، ٥/ ٩-١٠.

(٣) ينظر: صحيح البخاري (٢٣٣١) كتاب المزارعة، باب المزارعة مع اليهود، ٣/ ١٠٥، وصحيح مسلم (١٥٥١) كتاب المساقاة، باب المساقاة، والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، ٣/ ١١٨٧.

عبده إلى رجل ليكسب عليه، ويكون له ثلث ذلك أو رבעه، فجائز، والوجه فيه ما ذكرناه في مسألة الدابة<sup>(١)</sup>.

## التحليل والترجيح:

### أ/ التحليل:

إذا تأملنا في اختلاف الفقهاء في تكييف الصورة التي تماثل عقد المشاركة في الناتج وسريان ذلك عليه؛ نجد أن هذا العقد والصورة المخرجة عليه تستدعي هذا الاختلاف في التكييف، ذلك أن صورة العقد تشبه إلى حدٍ كبير عقد الإجارة، وعقد المضاربة، وعقد المساقاة والمزارعة، وإذا تأملنا في الأحكام التفصيلية لهذا العقد التي أوردتها نظام المعاملات المدنية، وأمعنا النظر فيها ملياً، فإن دائرة الخلاف في التكييف ستضيق، وبالتأمل فيما سبق من حكاية الأقوال في التكييف، يتبين بعد النظر والتحليل أنه لا يمكن تكييف عقد المشاركة في الناتج بأنه مضاربة؛ لأن الأصل المقدم في عقد المشاركة في الناتج لا بد أن يكون غير قابل للاستهلاك، والمال المقدم في المضاربة لا يكون كذلك؛ لأنه والحالة هذه يتعارض مع قاعدة الاتجار وتقليب المال التي يقوم عليها عقد المضاربة - كما سبق -.

وأما التكييفان الباقيان، وهو التكييف على أنه عقد إجارة، أو مثل عقد المساقاة أو المزارعة، فيجمعهما مع عقد المشاركة بالناتج أوجه شبه وهي:

(١) ينظر: المغني، لابن قدامة، ٥/١٠-١١.

١/ أن العقد في كل منهما يقتضي العمل على العين مع بقائها، بخلاف المضاربة.

٢/ أنه لا يجوز التصرف في الأصل بإخراجه عن ملك صاحبه، وإنما يُكتفى باستغلاله بأي نوع من أنواع الاستغلال، بخلاف المضاربة.

٣/ أن الاشتراك بين رب الأصل والعامل هو في الناتج المتولد من استغلال الأصل إذا تحقق الناتج وظهر<sup>(١)</sup>، بخلاف عقد المضاربة فإن الاشتراك في صافي الربح<sup>(٢)</sup>.

٤/ أن النفقات المتعلقة بحفظ الأصل على رب الأصل، ونفقات الاستغلال على العامل أو المؤجر ما لم يتفقا على خلاف ذلك<sup>(٣)</sup>.

٥/ أن العقد في الإجارة لازم، وكذا في المساقاة والمزارعة في قول جمهور من أجازها من الفقهاء<sup>(٤)</sup>، وهو الحال كذلك في عقد المشاركة في الناتج،

(١) وأما إذا لم يظهر الناتج، فإن عقد الإجارة يختلف عن المزارعة والمساقاة وعن عقد المشاركة في الناتج في هذه الحالة، وتكون الأجرة مضمونة للمؤجر إذا لم يظهر الناتج، وينظر إلى المعدل المغل من الأصل، ويجب القسط المسمى كما سيأتي لاحقاً، بخلاف المزارعة وعقد المشاركة في الناتج، لا يستحق رب الأصل شيئاً إذا لم يظهر الناتج ويتحقق، فعقد الإجارة يتفق معهم في حال ظهور الناتج، ويختلف عنهم إذا لم يظهر. والله أعلم.

(٢) ينظر: المغني، لابن قدامة، ٥/ ١٠-١١.

(٣) ينظر: الفقرة (٢) من المادة (٥٦٧) من نظام المعاملات المدنية.

(٤) قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «وهو قول أكثر الفقهاء». المغني، لابن قدامة، ٥/ ٢٩٩. وينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، ٨/ ١٨٨، حاشية الشرح الكبير على مختصر خليل، للدسوقي، ٣/ ٣٧٢، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، ٥/ ٣٨٤، ومجموع الفتاوى، لابن تيمية، ٣٠/ ١١٥.

بحيث لا ينقضي إلا في حالاته المحددة نظامًا، وليس بإرادة منفردة من أحد طرفيه<sup>(١)</sup>.

ويختلف عقد الإجارة مع عقد المشاركة في الناتج في أمرين:

١/ أن المعقود عليه في عقد الإجارة هو المنفعة في قول أكثر الفقهاء<sup>(٢)</sup>، بخلاف عقد المشاركة في الناتج، فالمعقود عليه هو المال والعمل<sup>(٣)</sup>.

٣/ أن الأجرة مضمونة في عقد الإجارة، بخلاف عقد المشاركة في الناتج؛ فإن رب المال يشترك مع العامل في المغنم والمغرم، وليس له شيء مضمون. وبيان ذلك: أن الأجرة في عقد الإجارة مضمونة للمؤجر حتى لو اتفقوا أن الأجرة هي المشاركة فيما يخرج من الأصل، فإنه في حال لم يخرج من الأصل شيء؛ فإنه يُنظر إلى مثل هذا الأصل لو استُغِلَّ، وينظر ما يخرج منها، ويستحق المؤجر القسط المسمى في العقد، فمثلا لو أجره أرضاً بربع ما يزرع فيها من بر أو نحوها، فإن لم يزرعها فيُنظر إلى المغل الموازن لما يخرج منها لو زرعت، والمراد غلتها في العادة، أو ينظر إلى الأرض التي مثلها، بذلك المحل الذي زرعت فيه، من جنس ذلك الطعام، وينظر ما خرج من كل جريب<sup>(٤)</sup> منها من ذلك الطعام، فيجب في الأرض القسط المسمى في

(١) قارن في هذا بالمواد: (٥٥٠) و(٥٦٦) و(٥٧١) من نظام المعاملات المدنية.

(٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي، للمرغيناني، ٣/ ٢٣٠، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، للحطاب، ٥/ ٣٨٩، روضة الطالبين، للنووي، ٥/ ١٧٣، ١٧٧، الشرح الكبير على المقنع، لأبي الفرج ابن قدامة، ١٤/ ٣٧٥.

(٣) ينظر: المادة (٥٦٦) من نظام المعاملات المدنية.

(٤) الجريب: «مقدارٌ معلومٌ الذرع والمساحة، وهو عشرة أقفزة، كل قفيز منها عشرة أعشراء، فالعشير جزء من مائة جزء من الجريب». تهذيب اللغة، مادة (جرب)، ٣٧/١١.

العقد<sup>(١)</sup>. وهذا يتفق مع طبيعة عقود المعاوضات والمدائيات القائمة على ثبوت العوض المقابل للعين أو المنفعة ولزومه، بخلاف عقد المشاركة في الناتج وسائر عقود المشاركات؛ فإنها قائمة على مشاركة الطرفين في المغنم والمغرم وهذه قاعدتها المطردة، ولو اشترط ضمان الناتج أو التعويض عنه أو تحديد جزء معين لبطل العقد بالإجماع<sup>(٢)</sup>.

وأما عقد المساقاة والمزارعة، فإنها يشتركان مع عقد المشاركة في الناتج -بالإضافة لما سبق- في أن كلا منهما من عقود المشاركات، إلا أن الاختلاف بينهما هو في الأصل أو الشيء الذي يدفعه رب المال؛ ففي المزارعة الأصل هو الأرض، وفي المساقاة هو النخل أو الشجر، وأما عقد المشاركة في الناتج فيعمُّ كل شيءٍ أو أصل غير قابل للاستهلاك.

ب/ الترجيح:

الذي يظهر -والله أعلم- هو أن الراجح في تكيف عقد المشاركة في الناتج -وكذلك الصورة المشابهة له الوارد ذكرها عند الفقهاء- هو: أنه نوعٌ من عقود المشاركات، وليس عقد إجارة خاص<sup>(٣)</sup>، وليس شركة من

(١) ينظر: الفروع، لابن مفلح ٧/ ١٣٢، المبدع في شرح المقنع، لبرهان الدين ابن مفلح ٤/ ٣٩٣، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم، ٥/ ٢٩٢.

(٢) ينظر: الإجماع، لابن المنذر، ١٠٣.

(٣) المقصود بعقد الإجارة الخاص هو عقد الإجارة المعروف عند الإطلاق، وهو الذي يتضمن عقداً على منفعة مباحة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة مدة معلومة بعوض معلوم، ويُقابل الإجارة الخاصة الإجارة العامة التي يدخل فيها: الجعالة والرمي والسبق. هذا هو تعبير ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ واصطلاحه. ينظر: الفتاوى الكبرى، ٤/ ٧٣.

شركات العقود (العنان، أو المضاربة، أو الوجوه، أو الأبدان، أو المفاوضة)، بل هو من جملة عقود المشاركات العامة التي يدخل من ضمنها المزارعة والمساقاة، والاختلاف في نوع الأصل المقدم في هذا العقد ونظائره من عقود المشاركات الأخرى (المزارعة والمساقاة) لا يترتب عليه اختلاف في الأحكام، وإنما غايته اختلاف في نوع الأصل المقدم، مع اتفاقهما في شرطه (وهو أنه أصل غير قابل للاستهلاك)، وهذا هو اختيار موفق الدين ابن قدامة، وشيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم<sup>(١)</sup> رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ: «إنه ليس من أقسام الشركة، ولا هو مضاربة. قلنا: نعم، لكنه يشبه المساقاة والمزارعة، فإنه دفع لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض نمائها مع بقاء عينها»<sup>(٢)</sup>.

وقال ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ: «ولهذا جَوَزَ أحمد سائر أنواع المشاركات التي تشبه المساقاة والمزارعة، مثل أن يدفع دابته أو سفينته أو غيرهما إلى من يعمل عليهما والأجرة بينهما»<sup>(٣)</sup>.

وأسباب ترجيح هذا القول:

أن أوصاف عقد المشاركة في الناتج تنطبق وتتحقق في عقود المشاركات المتعلقة باستغلال الأصول (مثل المساقاة والمزارعة ونحوهما)، ولا تتحقق في عقود المؤاجرة والمضاربة، سواء كان في المقصود من العقد أو في الأجرة أو نحوهما ويتبين ذلك من خلال الآتي:

(١) ينظر: زاد المعاد في هدي خير العباد، ٥ / ٧٣٢.

(٢) المغني، لابن قدامة، ٨ / ٥.

(٣) الفتاوى الكبرى، ٤ / ٧٥.

١/ أن المقصود في عقد المشاركة في الناتج وفي عقود المشاركات المتعلقة باستغلال الأصول؛ هو النماء والناتج الحاصل من الاستغلال، بخلاف المؤاجرة فإن المقصود هو العمل.

٢/ أن الأجرة في عقد الإجارة مضمونة في الذمة أو غير معينة، بخلاف عقد المشاركة في الناتج، فالأجرة ليست عيناً ولا شيئاً في الذمة، وإنما هي بعض ما يحصل من النماء، ولهذا متى عين فيها شيء تعين العقد<sup>(١)</sup>.

٣/ أنه لا يشترط في عقد المشاركة في الناتج وفي عقود المشاركات معرفة العمل على وجه الدقة والتفصيل، بخلاف عقد الإجارة على العمل، فإنه يشترط أن يكون العمل معلوماً علمياً تفصيلاً تتحقق به غاية المستأجر.

٤/ أن الأصل المقدم في عقد المشاركة في الناتج لا بد أن يكون غير قابل للاستهلاك، والمال المقدم في المضاربة لا يكون كذلك؛ لأنه والحالة هذه يتعارض مع قاعدة الاتجار وتقليب المال التي يقوم عليها عقد المضاربة.

(١) الفتاوى الكبرى، ٤/ ٦٢.



## المبحث الثاني التزامات طرفي العقد

كل عقد من العقود اللازمة يُرتب التزامات متقابلة بين طرفيه، ويتعين على كلٍّ منهما الوفاء بها وفق ما تم الاتفاق بينهما عليه، وقد نص نظام المعاملات المدنية في سياق تبيانه لأحكام عقد المشاركة في الناتج بإشارات مختصرة لالتزامات طرفي العقد، وهي وفق الآتي:

### أولاً: التزامات رب المال:

١/ يلزم رب المال تمكين العامل من العمل وفق المتفق عليه<sup>(١)</sup>:

وذلك أنه لا يمكن تحقيق مقصود الطرفين من الدخول في هذا العقد إلا إذا تم تمكين العامل من الأصل المتفق على استغلاله. كما أنه يلزم أن يكون التمكين على وفق ما تم الاتفاق عليه، فإذا اتفقوا على أن يُسلم رب المال الأرض -مثلاً- للعامل بعد إزالة البناء الموجود على الأرض أو أي شوائب موجودة عليها، وفي السيارات بعد صيانتها وجاهزيتها للاستعمال، ونحو ذلك؛ فإن حقيقة التمكين لا تكون إلا إذا تحقق ذلك كله، فلو قام رب الأرض أو مالك السيارات بتمكين العامل منها قبل إزالة البناء أو قبل صيانة السيارات؛ فإن رب المال يكون والحالة هذه قد أخلَّ بالتزامه، ولم يحم بتمكين العامل حقيقة؛ لأنه تمكين بخلاف المتفق عليه، فكأنه لم يكن. وهكذا الحال إذا تم الاتفاق على تسليم الأصل في وقت أو مكان معين، أو وفق وضع أو حالة معينة، فيلتزم بذلك كله.

(١) ينظر: الفقرة (١) من المادة السابعة والستين بعد الخمسة من نظام المعاملات المدنية.

٢- تكون نفقات حفظ الأصل على رب المال، ما لم يتفق الطرفان على خلاف هذا<sup>(١)</sup>:

وذلك لأن الأصل المقدم هو ملك محض لرب المال، وليس مشتركاً بينه وبين العامل، كما أن هذا الالتزام يضمن بقاء العقد واستغلال الأصل، وذلك أن الأصل قد يتعرض إلى ما يُهدد بقاءه، واستمرار رب المال في هذا العقد مرهون ببقاء أصله وسلامته للاستغلال، فكان لازماً وعدلاً أن يتولى أي نفقات من شأنها المحافظة على الأصل ودوام بقاءه، وصلاحيته للاستغلال، كالصيانة الأساسية للأصل التي يتوقف عليها بقاءه ودوامه في الأصول الثابتة كالمباني أو المنقولة كالسيارات. وهذا كله فيما إذا لم يتفقوا على خلاف ذلك، فإذا اتفقوا على أن يتحمل العامل نفقات حفظ الأصل وكان ذلك برضا العامل دون إجبارٍ أو إذعان؛ فيجوز ذلك؛ لأنه رضي بالتزام ما ليس بلازم عليه بحكم العقد فجاز ذلك، هذا هو ما نص عليه المنظم في نظام المعاملات المدنية؛ إلا أنه يمكن القول بأنه في حال اشترط أحدهما على الآخر شيئاً مما يلزم الآخر؛ فإنه ينبغي ألا يكون على رب المال أكثر العمل أو نصفه؛ لأن العامل إنما يستحقه بعمله<sup>(٢)</sup>. ولهذا أرى لو عدلت هذه الفقرة

(١) ينظر: الفقرة (٢) من المادة السابعة والستين بعد الخمسة من نظام المعاملات المدنية.

(٢) ينظر: الروض المربع بحاشية ابن قاسم، ٢٨٥/٥. وذهب بعض الحنابلة إلى عدم صحة ذلك، قال البهوتي: «فإن شرط في مساقاة أو مزارعة على أحدهما - أي المالك أو العامل - ما يلزم الآخر أو بعضه فسد الشرط والعقد؛ لأنه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده، كالمضاربة إذا شرط العمل فيها على رب المال». كشف القناع، للبهوتي، ٣/٥٤١، والأول أظهر؛ لأن ما ثبت لأحدهما بموجب العقد يجوز له التنازل عنه

من المادة (٥٦٧)<sup>(١)</sup> إلى الصيغة الآتية لكان أعدل وأوفق مع قواعد عقود المشاركات، بحيث تكون: «تكون نفقات حفظ الأصل على رب المال، ونفقات استغلاله على العامل، وذلك كله ما لم يُتفق على خلافه، على ألا يؤدي الاتفاق المخالف إلى أن يكون على رب المال أكثر العمل أو نصفه».

مع أن ما نحا إليه النظام من جواز تبادل الالتزامات أو بعضها لا يمكن القول بأنه يؤدي إلى إبطال العقد أو فساده؛ لأن رضا الطرفين أهم شروط العقد وركن الصيغة لا يقوم بدونه، فإذا تحقق ذلك تحقق المقصود من العقد، والقياس على المضاربة قياسٌ مع الفارق - كما سبق معنا في تحليل الأقوال الفقهية في التكييف-، إلا أن التعديل الذي ذكرناه قد يكون أقرب إلى مقصود المتعاقدين وإلى طبيعة العقد واتساقه مع عقود المشاركات الأخرى القائمة على استغلال الأصول، ويتحقق به قطع دابر المخاصمات والمنازعات التي قد تنشأ بعد خروج الناتج بحجة تبادل الالتزامات بين الأطراف أو أحدهما، والله أعلم.

للآخر، والقياس على المضاربة قياسٌ مع الفارق، لاختلافهما في طبيعة العقد وأحكامه، وهو مقابل بالقول الآخر في المذهب.

(١) الفقرة (٢) من المادة السابعة والستين بعد الخمسة من نظام المعاملات المدنية جاءت بالصيغة الآتية: «تكون نفقات حفظ الأصل على رب المال، ونفقات استغلاله على العامل، وذلك كله ما لم يُتفق على خلافه».

## ثانيًا: التزامات العامل:

١. يلزم العامل بذل عناية الشخص المعتاد في العمل والمحافظة على المال<sup>(١)</sup>:  
 وهذا الالتزام يتضمن في حقيقته أمرين، أحدهما: العمل وفق ما تم الاتفاق عليه، والآخر: المحافظة على المال حين القيام باستغلال الأصل والعمل فيه، فإذا قام العامل ببذل العناية المطلوبة منه في القيام بهذين الأمرين؛ فإنه يكون قد وفى بالتزامه وإن لم تتحقق النتيجة المرجوة من هذا العقد؛ وهو الناتج من استغلال الأصل. وقد أشارت المادة إلى معيار موضوعي يتحقق بوجوده انتفاء المسؤولية عن العامل إذا لم يخرج من استغلاله للأصل ناتج يُقتسم بين الطرفين، ألا وهو معيار الشخص العادي، بحيث يُنظر إلى أداء العامل؛ فإن كان قيامه به على وجه لو قام به الشخص العادي في نفس ظروف العامل لكان مثل أدائه؛ فإنه والحالة هذه يُوصف العامل بأنه قد بذل العناية اللازمة في مثل هذا العمل، ووفى بالتزامه، ولا يكون ملزمًا بتعويض رب المال إذا لم

(١) يُقسم القانونيون الالتزام العقدي إلى قسمين: ١/ التزام بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام، مثل: الالتزام بنقل حقٍ عيني، والالتزام بعمل معين كتسليم عين أو إقامة مبنى أو نحو ذلك، والالتزام بالامتناع عن عمل معين، فكل هذه الالتزامات يُقصد بها تحقيق غاية معينة، فإذا لم تتحقق الغاية بقي الالتزام غير منفذ. ٢/ التزام ببذل عناية، بحيث يلتزم ببذل الجهد للوصول إلى غرض معين تحقق الغرض أو لم يتحقق، فهو التزام بعمل ولكنه عمل لا تُضمن نتيجته، والمهم فيه أن يبذل المدين لتنفيذه مقدارًا معينًا من العناية، وهو عناية الشخص العادي؛ مثل الطبيب، يلتزم ببذل العناية في علاج المريض، ولكنه لا يضمن نتيجة العلاج وهو الشفاء؛ لارتباطه بعوامل أخرى وكذلك المحامي، يبذل جهد الشخص المعتاد في الدفاع عن موكله، ولكنه لا يضمن كسب القضية؛ لارتباطه بعوامل أخرى. ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، السنهوري، ١/ ٦٥٦ وما بعدها.

يتحقق الناتج؛ لأنه ملتزمٌ ببذل العناية اللازمة وليس ملزماً بتحقيق نتيجةٍ أو غاية هكذا يُعبر القانونيون، وبتعبير الفقهاء لا يكون ملزماً بتعويض رب المال؛ لكونه لم يكن مفراطاً.

وقد نص نظام المعاملات المدنية على هذا المعيار في جميع الالتزامات العقدية التي تكون طبيعة الالتزام فيها التزاماً ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، وهو أن المعيار في نفي المسؤولية المدنية هو بذل عناية الشخص العادي في تنفيذ مثل هذا الالتزام، فنص النظام في الباب المتعلق بآثار الالتزام على ما يلي: «إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيلة في تنفيذ التزامه، فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه عناية الشخص المعتاد ولو لم يتحقق الغرض المقصود، ما لم يقض نص نظامي بخلاف ذلك، أما إذا كان المطلوب هو تحقيق غاية فلا يُعدُّ الوفاء حاصلًا إلا بتحقيق تلك الغاية»<sup>(١)</sup>. وهذا الأصل متفقٌ عليه في القوانين المدنية<sup>(٢)</sup> ولا يتعارض مع أصول الشريعة وقواعد الفقهاء، القائمة على أن المفرط لا يكون محلاً للمراعاة والإعفاء من المسؤولية أو الضمان، وبناء على ما سبق، فإذا قام العامل باستغلال الأصل، ولكن لم ينتج عن هذا الاستغلال ناتجٌ يقتسمه الطرفان، وادعى رب المال أن العامل لم يقيم ببذل عناية الشخص المعتاد في مثل هذا العمل؛ فإن على

(١) المادة الثامنة والستون بعد المئة من نظام المعاملات المدنية.

(٢) ينظر في هذا على سبيل المثال: قطبي القوانين المدنية وهما: القانون المدني المصري، قانون رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م، المادة رقم (١ / ٢١١)، والقانون المدني الأردني، قانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م، المادة (١ / ٣٥٨).

رب المال عبء الإثبات على صحة ما ادعاه من عدم قيام العامل بالتزامه؛ ليثبت له التعويض؛ لقيام الخطأ العقدي المتمثل في عدم تنفيذ الالتزام كما أوجبه النظام واتفاق المتعاقدين<sup>(١)</sup>، وثبوت التعويض في هذه الحالة عند تفريط العامل جارٍ على قواعد الفقهاء، وهو بالقياس على المساقاة والمزارعة (باعتبار كلٍّ منهما من عقود المشاركات القائمة على استغلال الأصول)، وقد نص ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ على طريقة تعويض رب المال في حال تفريط العامل في المساقاة فقال: «وإذا ترك العامل العمل حتى فسد الثمر فينبغي أن يجب عليه ضمان نصيب المالك، وينظر كم يجي لو عمل بطريق الاجتهاد؛ كما يضمن لو ييس الشجر، وهذا لأن تركه العمل من غير فسخ العقد حرام وغرر، وهو سبب في عدم هذا الثمر...»، ثم قال: «وعلى هذا فالعامل في المزارعة إذا ترك العمل فقد استولى على الأرض وفوت نفعها، فينبغي أيضاً ضمان إتلاف أو ضمان إتلاف ويد، لكن هل يضمن أجره المثل أو يضمن ما جرت به العادة في مثل تلك الأرض، مثل أن يكون الزرع في مثلها معروفاً فيقاس بمثلها. أما على ما ذكره أصحابنا فينبغي أن يضمن بأجرة المثل، والأصوب الأقيس بالمذهب: أن يضمن بمثل ما يثبت، وعلى هذا فلا يكون ضمان يد وإنما هو ضمان تعزير»<sup>(٢)</sup>.

والعامل في عقد المشاركة في الناتج إذا استلم الأصل، ولكنه تخاذل وتكاسل أو فرط في استغلاله؛ فإن لرب المال أن يلزمه بالوفاء بالتزامه، فإن لم يقم بتنفيذ الالتزام؛ فإنه يكون في مثل هذه الحالة متسبباً في عدم

(١) ينظر: شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، أحمد خوالده، ١٤٣، ١٤٧.

(٢) الفتاوى الكبرى، ٤٠٦/٥.

تحقيق الناتج الذي هو مقصود الطرفين في هذا العقد، ويكون قد فوّت على رب المال استغلال الأصل وتحصيل ناتجه، فيلزمه تعويضه؛ وقد نص نظام المعاملات المدنية على أنه: «إذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب إذنًا من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنًا، ويجوز للدائن في حال الاستعجال تنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون إذن المحكمة»<sup>(١)</sup>.

والأصل في العمل في هذا العقد أن يقوم به العامل؛ باعتباره التزامًا يقع على عاتق العامل أصالة بصفته أحد طرفي العقد، ولكن أجاز المنظم السعودي في نظام المعاملات المدنية للعامل أن يستأجر على نفقته إجراء ليستعين بهم على القيام بكل الأعمال أو بعضها<sup>(٢)</sup>.

ولكن جواز الاستئجار ليس مطلقًا، بل هو مقيّد بما إذا لم يكن العامل مقصودًا لشخصه في العقد، فإذا كان العامل مقصودًا لشخصه في العقد، فلا يمكن والحالة هذه أن يقوم بالاستئجار إلا إذا وافق رب المال على ذلك، ويدلُّ لهذا القيد ما يلي:

١/ أن المنظم في سياق سرده لأحكام هذا العقد، قد نص على أن من جملة الحالات التي ينتهي بها هذا العقد: هو «موت العامل إذا كان مقصودًا لشخصه في العقد»<sup>(٣)</sup>. ولو كان جواز الاستئجار مطلقًا حتى ولو كان

(١) الفقرة (٢) من المادة السابعة والستين بعد المائة من نظام المعاملات المدنية.

(٢) الفقرة (٣) من المادة السابعة والستين بعد الخمسة من نظام المعاملات المدنية.

(٣) الفقرة (٢) من المادة السبعين بعد الخمسة من نظام المعاملات المدنية.

العامل مقصوداً لشخصه في العقد لما انتهى العقد بموته، وإنما يستمر العقد إلى أن يتم العمل بمن تم استئجارهم، فلما نص المنظم صراحة على انتهائه بذلك، دلّ على صحة القيد المذكور لنص الاستئجار.

٢/ أن هذا القيد يتفق مع قواعد الالتزام بالعمل التي نص عليها نظام المعاملات المدنية، حيث إن من قواعد النظام في هذا، هو أن الالتزام إذا كان بعمل، و«نص الاتفاق أو اقتضت طبيعة العمل أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين»<sup>(١)</sup>. والعامل في عقد المشاركة في الناتج ملتزمٌ بعمل، وهو استغلال الأصل وتحصيل الناتج، فلزمه حكم هذه القاعدة تبعاً.

وبهذا القيد الوارد على نص الاستئجار؛ تأتلف نصوص النظام وتجتمع، وتتفق أحكام هذا العقد مع قواعد عقود المشاركات القائمة على استغلال الأصول، وتتحقق بهذا مصالح طرفي العقد، وفي فهم النص بدون هذا القيد يختل التوازن بين مصالح الطرفين، ذلك أن لو قلنا بأنه يجوز الاستئجار مطلقاً؛ فإن هذا سيتعارض مع مصلحة رب المال إذا كان اختياره للعامل لغرض شخصي متعلق به لا بغيره؛ ككفاءة أو حذق في استغلال الأصول، أو سابق عمل بينهما، أو تجربة في مشاريع وأعمال أخرى، ونحوهما من الأمور التي تستدعي الاعتبار الشخصي؛ فإذا أجزنا للعامل أن يستأجر على نفقته من يقوم بتنفيذ الأعمال؛ نكون بهذا قد فوتنا على رب المال مقصوده، الأمر الذي من شأنه أن يرتب نزاعاً وخصومةً لاحقة بينهما لأي أمر يتعلق

(١) الفقرة (١) من المادة السابعة والستين بعد المائة من نظام المعاملات المدنية.



بقدر الناتج أو كفاءته، كما أنه في المقابل نجد أننا لو منعنا العامل من أن يستأجر على نفقته من يقوم بتنفيذ بعض الأعمال؛ فإن هذا الأمر قد يتعارض مع تنفيذ العقد أساساً؛ باعتبار أن بعض العقود قد يكون طبيعة استغلال الأصل تتطلب مجهود أشخاصٍ مجتمعة في التنفيذ من غير إهدار لدور العامل في التخطيط والإشراف على تنفيذ الأعمال -مثلاً-، كما قد نجده في تطوير العقار سواءً كان لأعمال مدنية أو تجارية، وغيرها من صور الاستغلال؛ لهذا كان فهم نص الاستئجار بما ذكرنا من قيد هو المتعين، والموافق لمصلحة طرفي العقد.

وأما الفقهاء، فإنهم قد قرروا في عقود المشاركات القائمة على استغلال الأصول والمشاركة في الناتج كأصل عام: جواز الاستئجار على العمل، إلا أنهم قد قرروا أن يكون ذلك بموافقة رب المال أو في حال عجز العامل عن القيام بعمله منفرداً. قال ابن نجيم: «له أن يستأجر أجيراً من ماله لإقامة عمل المزارعة»<sup>(١)</sup>. وفي الفتاوى الهندية: «ويكون له أن يستأجر أجراً بماله لإقامة عمل المزارعة إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه»<sup>(٢)</sup>.

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ في المساقاة: «وإن عجز العامل عن العمل، لضعفه أو عن بعضه، أقام مقامه من يعمل»<sup>(٣)</sup>.

(١) البحر الرائق، ١٨٩/٨.

(٢) الفتاوى الهندية، ٢٥٠/٥.

(٣) الكافي، ١٦٦/٢.

ولما سبق بيانه، ومنعاً للالتباس في فهم نص الاستئجار في هذا العقد؛ فإنني أرى أن يتم تعديل الفقرة (٣) من المادة السابعة والستين بعد الخمسة (١)؛ لتكون بالنص الآتي: «للعامل أن يستأجر على نفقته أجراً ليستعين بهم على القيام بكل الأعمال أو بعضها؛ ما لم يكن نص الاتفاق أو طبيعة العمل تقتضي قيام العامل به دون غيره، فيتعين عليه؛ إلا أن يأذن له رب المال في ذلك».

٢. تكون نفقات استغلال الأصل على العامل، ما لم يتفق الطرفان على خلافه: وهذا التزامٌ مُقَابِلٌ بالتزام رب المال بتحمل نفقات حفظ الأصل، فهذا العقد يقتضي أن يكون كلٌّ منهما ملتزماً بنفقات ما قَدَّمَ، والعامل هنا ملتزمٌ ببذل العناية في استغلال هذا الأصل، فكل ما يترتب على هذا الاستغلال من نفقات؛ فإن العامل هو الذي يتحملها بمفرده؛ لأن المشاركة في هذا العقد هي في الناتج، وليس كما هو الحال في الشركات المدنية أو الشركات التجارية التي تتطلب أن يكون هناك خلط في الأموال وعملٌ بها من الطرفين أو أحدهما، بل هذا العقد في طبيعته من عقود المشاركات القائمة على استغلال الأصل من العامل لا من رب المال، كالمزراعة والمساقاة ونحوهما، ولهذا فإن أحكام هذا العقد تتشابه مع عقد المزارعة والمساقاة في الطبيعة والأحكام، وأحكامها لا تتضمن خلطة، وإنما كل من رب المال والعامل يتحمل نفقة ما يحتاجه إليه في هذا الاستغلال، ولهذا نجد أن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ يُقررون هذا الالتزام على العامل في المساقاة والمزارعة المشابهة لعقد المشاركة في الناتج، فيقررون على رب المال حفظ الأصل، وعلى العامل نفقات الاستغلال.

(١) جاءت صيغة الفقرة (٣) من المادة السابعة والستين بعد الخمسة من نظام المعاملات المدنية بالصيغة الآتية: «للعامل أن يستأجر على نفقته أجراً ليستعين بهم على القيام بكل الأعمال أو بعضها».

يقول ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ في التزامات الطرفين في عقد المساقاة: «ويلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها، مثل حرث الأرض تحت الشجر، والبقر التي تحرث، وآلة الحرث، وسقي الشجر، واستقاء الماء، وإصلاح طرق الماء وتنقيتها... وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل، كسد الحيطان، وإنشاء الأنهار، وعمل الدولاب، وحفر بئر، وشراء ما يلحق به»<sup>(١)</sup>، وهو مذهب جمهور الفقهاء أيضاً<sup>(٢)</sup>.

وهذا الأصل الذي ذكره ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ والجمهور؛ وهو أن نفقات حفظ الأصل على رب المال، ونفقات الاستغلال على العامل؛ يتفق تمام الاتفاق مع ما نص عليه نظام المعاملات المدنية في التزامات رب المال والعامل في عقد المشاركة في الناتج، ويتفق مع الترجيح الذي ذكرناه في تكييف هذا العقد وأنه من قبيل عقود المشاركات القائمة على الاشتراك في الناتج؛ مثل المساقاة والمزارعة.

وهذا كله في حال لم يتفقا على خلافه، فإن اتفقا على خلافه بحيث يشترط على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر؛ فيصح؛ كما هو الحال في المساقاة والمزارعة<sup>(٣)</sup>، وقد سبق بيان ذلك في التزام رب المال بحفظ الأصل، فليراجع.

(١) المغني، لابن قدامة، ٥/٢٩٧.

(٢) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، ٨/١٨٩، الذخيرة، للقرافي، ٦/٩٩، روضة الطالبين، للنووي، ٥/١٥٩، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، ١٤/٢١٣.

(٣) ينظر: الروض المربع بحاشية ابن قاسم، ٥/٢٨٥. وذهب بعض الحنابلة إلى عدم صحة ذلك، قال البهوتي: «فإن شرط في مساقاة أو مزارعة على أحدهما - أي المالك أو العامل - ما يلزم الآخر أو بعضه فسد الشرط والعقد؛ لأنه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده، كالمضاربة إذا شرط العمل فيها على رب المال». كشف القناع، للبهوتي، =

## المبحث الثالث توزيع الناتج بين طرفي العقد

أرسى المنظم السعودي في نظام المعاملات المدنية قواعد تحكم توزيع الناتج بين الطرفين، وتشمل وقت استحقاق الناتج، وما الذي يرجع لرب المال والعامل مع الناتج، وما هو حال حصة كلٍّ منهما في الناتج إذا تعرض العقد للبطلان، وهي قواعد ثلاث:

**الأولى:** يستحق كل متعاقد نصيبه من الناتج بتحقيقه، ويجوز الاتفاق على طريقة حساب الناتج ومواعيد استحقاقه<sup>(١)</sup>.

ومعنى هذا أن الاستحقاق الذي يترتب عليه مطالبة أحد طرفي العقد بنصيبه منه إنما هو إذا تحقق الناتج وظهر، وأما قبل ظهور الناتج وتحققه فلا يستحق أحد المتعاقدين شيئاً، وبالتالي فليس له المطالبة بنصيبه؛ لعدم تحققه. وهذا يتفق مع قواعد المشاركة في المساقاة والمزارعة، حيث نص الفقهاء على أن العامل لا يستحق نصيبه من الثمرة -التي هي ناتج العمل- إلا بعد ظهور الثمرة، بحيث يتحقق الناتج في هذه الحالة، ويستحق كل متعاقد نصيبه من الثمرة.

= ٥٤١ / ٣، والأول أظهر؛ لأن ما ثبت لأحدهما بموجب العقد يجوز له التنازل عنه للآخر، والقياس على المضاربة قياس مع الفارق، لاختلافهما في طبيعة العقد وأحكامه، وهو مقابل بالقول الآخر في المذهب.

(١) الفقرة (١) من المادة الثامنة والستين بعد الخمسة من نظام المعاملات المدنية.

قال ابن الحاجب رَحْمَةُ اللَّهِ: «وتستحق الثمار فيها بالظهور اتفاقاً بخلاف القراض»<sup>(١)</sup>.

وقال النووي رَحْمَةُ اللَّهِ: «ويملك العامل حصته من الثمرة بالظهور على المذهب. وقيل: قولان كالقراض. والفرق على المذهب: أن الربح في القراض وقاية لرأس المال، بخلاف الثمر»<sup>(٢)</sup>.

وقال الحجاوي رَحْمَةُ اللَّهِ: «ويملك العامل حصته بالظهور»<sup>(٣)</sup>.

وإذا تبين أن العامل يستحق نصيبه من الناتج بمجرد تحققه وفقاً لأحكام النظام وقواعد المشاركة؛ فإنه يجوز لها الاتفاق على أي طريقة من طرق حساب الناتج ومواعيد الاستحقاق؛ لأن الحق لهما في ذلك، فإذا اتفقا على شيء مما يجوز لهما الاتفاق عليه ساع؛ كأن يتفقا على أن يكون تقسيم الناتج في حال ظهوره نصف سنوي أو سنوي، أو نحو ذلك من الطرق التي يتفقون عليها في قسمة الناتج بينهما حسب الاتفاق.

الثانية: إذا انتهى عقد المشاركة في الناتج رُدَّ إلى رب المال الأصل الذي قدمه، ورُدَّت إلى العامل الزيادات المنفصلة التي أنفقها ولم تدخل في الناتج، وما أنفقه من نفقات متصلة نافعة ما لم يكن فصلها يضر الأصل، فلرب المال

(١) جامع الأمهات، لابن الحاجب، ٤٢٩، الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لابن شاس، ٩١٣/٣.

(٢) روضة الطالبين، ١٦٠/٥، فتح العزيز، للرافعي، ٥١/٦.

(٣) الإقناع، ٢٧٧/٢، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ٧٠٦/١/٢.

في هذه الحال تملكها بقيمة ما أنفقه العامل أو بمقدار ما زاد في قيمة الأصل؛ وذلك كله ما لم يتفق على خلافه<sup>(١)</sup>.

وهذه القاعدة ذكرها المنظم بعد ذكر وقت استحقاق الناتج لكل من طرفي العقد، ذلك أن هذه القاعدة تتكلم عن الأساس الذي بناء عليه تحقق الناتج، وهو الأصل المقدم من رب المال، والعمل والنفقات التي قدمها العامل، وبدون هذين لن يتحقق الناتج، فناسب ذكر حكمهما بعد ذكر حكم الناتج.

وجماع هذه القاعدة هو: أن ما قدمه كل واحد من طرفي العقد فإنه يرجع إليه بعد انتهاء العقد، فرب المال يرجع إليه الأصل الذي قدمه، والعامل يرجع إليه جميع ما أنفقه من نفقات على استغلال الأصل، سواء ترتب على ما أنفقه زيادات متصلة أو منفصلة عن الأصل.

هذا هو الأصل فيما يعود إلى طرفي العقد بعد انتهائه وفق هذه القاعدة، إلا أن هذه القاعدة يتعلق بها استثناء على حكم الزيادات التي تعود إلى العامل، وهذا الاستثناء يتفق في معالجته مع معنى القاعدة وإن كان يختلف في طريقتها، إلا أنه في محصلته يحقق العدالة والمصلحة لكلا الطرفين، ويرفع الضرر عن كل منهما، وهذا الاستثناء ضيق الحدود، وهو متعلق بالنفقات النافعة التي أنفقها العامل وأصبحت متصلة بالأصل، ولا يمكن فصلها عنه إلا بضرر يعود على الأصل، ففي مثل هذه الحال تبقى هذه الزيادات المتصلة بالأصل لرب المال، ويُحير العامل في التعويض عنها بأحد طريقتين:

(١) الفقرة (٢) من المادة الثامنة والستين بعد الخمسة من نظام المعاملات المدنية.

١/ أن يدفع رب المال للعامل قيمة النفقات التي تضمنت زيادةً متصلة بالأصل.

٢/ أو يدفع له مقدار ما زاد في قيمة الأصل، وذلك بأن يُقيّم الأصل بدون هذه الزيادة، وقيّم بها، والفرق بينهما هو الذي يقوم رب المال بدفعه للعامل.

ونص المادة وإن لم يُصرح بأن صلاحية الاختيار للعامل؛ إلا أن الأقرب للعدالة هو جعل الاختيار للعامل؛ لأنه هو المتضرر، فالاختيار في نوع التعويض الذي يجبر الضرر الذي لحقه يكون له؛ لا سيما وأن التعويض هنا بالقيمة لا بالمثل في كلا الحالتين.

وهذا الحكم الذي أورده المنظم يتفق في مجمله مع عقد المشاركات النظرية لهذا العقد؛ كعقد المساقاة والمزارعة، حيث إنه بعد انتهاء العقد أو حصول الثمرة وخروجها - حسب ما يتفقان عليه - يرجع الأصل (الأرض أو الشجر) إلى ربها، ويحتفظ العامل بكل ما أنفقه سواءً من آلات أو معدات أو غيرها من المنقولات التي عادت بنفع على الأرض أو الشجر، ولم يُنقل عن أحد من المذاهب الفقهية الأربعة خلاف هذا.

ولعل علة هذا الحكم - والله أعلم - هو أن المشاركة في هذا العقد إنما هو في الناتج لا في أصل المال، ومقتضى هذا أن الذي يُقسم بينهما هو الناتج، وأما ما قدمه أحدهما وما عمله الآخر وأنفقه، فلا يكون محلاً للقسمة، وإنما يرجع لصاحبه، ما لم يتفق أحدهما على خلافه؛ فإن اتفقوا على خلافه؛ كان لهم ذلك ولزمهم حكمه؛ لأن الحق في ذلك لهما.

الثالثة: إذا أُبطلَ عقد المشاركة في الناتج، فالناتج لرب المال وللعامل أجر مثل عمله ما لم تكن المواد التي تولد منها الناتج من العامل فيكون الناتج له، ولرب المال أجرة المثل عن مدة استغلال الأصل<sup>(١)</sup>.

ومؤدى هذه القاعدة: أن العقد إذا تعرض للإبطال لأي سببٍ من الأسباب الموجبة لذلك؛ فإنه يترتب عليه أن يكون الناتج لرب المال وللعامل أجر مثل عمله هذا هو الأصل في حكم المادة التي أوردها النظام.

وهذا يتفق مع قول جمهور الفقهاء في نظائر هذا العقد من عقود المشاركات الأخرى؛ كالمساقاة، حيث نصوا أن المساقاة إذا فسدت بعد أن قام العامل بالعمل، فله أجر مثله، وهو مذهب الحنفية<sup>(٢)</sup>، وقياس إحدى الروايتين عن الإمام مالك<sup>(٣)</sup>، والمذهب عند الشافعية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة<sup>(٥)</sup>. هذا هو أحد الأقوال في المسألة. ويُعلل أصحاب هذا القول لذلك بالآتي:

- (١) المادة التاسعة والستون بعد الخمسمائة من نظام المعاملات المدنية.
- (٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، ٨٠/٣، البناية شرح الهداية، للعيني، ٥١٨/١١.
- (٣) وللملكية تفصيل طويلٌ بحسب طبيعة كل صورة من صور المساقاة، وليس هذا موضع سردها وبيان تفاصيلها، وما يُناسب هذا المقام هو الاكتفاء بما ذكر، وتفصيل ذلك كله يُراجع في كتب المذهب: ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد الحفيد، ٣٣/٤، الذخيرة، للقرافي، ١١٤/٦، التاج والإكليل شرح مختصر خليل، للأبي، ٤٨٦/٧، مواهب الجليل، للحطاب، ٣٨٦/٥.
- (٤) ينظر: التهذيب في فقه الإمام الشافعي، للبغوي، ٤٠٩/٤، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، للهيتمي، ١١٢/٦.
- (٥) ينظر: المغني، لابن قدامة، ٢٩٣/٥، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، ٢٣٩/٢.



١/ القياس على الإجارة الفاسدة، فإنه يجب فيها أجره المثل إذا فسدت<sup>(١)</sup>.  
وبعض الحنابلة قاسها على المضاربة الفاسدة<sup>(٢)</sup>.

٢/ أن العامل قد بذل منافعه بعوض لم يسلم له، فرجع إلى بدله؛ وهو أجره المثل<sup>(٣)</sup>.

والقول الآخر في المسألة: أن المساقاة إذا فسدت بعد أن عمل العامل، فإن العامل يستحق نصيب المثل، وهو ما جرت العادة في مثله، لا أجره المثل كما ذكر أصحاب القول الأول. وهذا القول الثاني هو إحدى الروايات عن الإمام مالك<sup>(٤)</sup>، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية<sup>(٥)</sup>، وابن القيم<sup>(٦)</sup>، وابن عثيمين<sup>(٧)</sup> - رحمهم الله جميعاً -.

واستدلوا لما ذهبوا إليه: بأن العقد إذا فسد فإنه يلحق بصحيحه في الآثار المترتبة عليه، ومقتضى هذا أن يكون نصيب العامل في المساقاة وفي غيرها من عقود المشاركات (كالعقد محل البحث) مثل نصيبه في حال صحة العقد وعدم فساده، ويرجع في تقدير المثل في ذلك إلى العرف، لا أن يكون في حال الصحة له حكم، وإذا فسد يأخذ حكم عقد آخر. ولهذا نجد القاضي عبد

(١) ينظر: الهداية، للمرغيباني، ٤/ ٣٤٤، بحر المذهب، للرويانى، ٧/ ١٣٠.

(٢) ينظر: المغني، لابن قدامة، ٥/ ٢٩٣.

(٣) ينظر: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، للرحبياني الحنبلي، ٣/ ٥٧٥.

(٤) ينظر: بداية المجتهد، ٤/ ٣٣.

(٥) ينظر: مجموع الفتاوى، ٢٨/ ٨٥.

(٦) ينظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ٢١٢.

(٧) ينظر: الشرح المتمتع على زاد المستقنع، لابن عثيمين، ٩/ ٤٢٢، ٤٥١.

الوهاب المالكي رَحِمَهُ اللهُ يُقرر مسلماً في عقود المعاوضات والمشاركات إذا فسدت بمثل هذا القول، حيث يقول: «الأصول موضوعة على أن شبهة كل عقد فاسدٍ مردود إلى صحيحه كالبيع والإجارة والنكاح وغير ذلك، وكذلك القراض، وليس في الأصول عقد يرد فاسده إلى صحيح غيره أو فاسده، ولأن العامل دخل على مثل ما دخل عليه رب المال من رجاء الفضل ونهاء المال، لا على أن يأخذ أحدهما مما سوى ذلك من مال لآخر...»<sup>(١)</sup>.

وبنحو هذا يقول ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «ولهذا كان الصحيح من قولي العلماء: أن هذه المشاركات إذا فسدت وجب نصيب المثل لا أجره المثل، فيجب من الربح أو النماء إما ثلثه وإما نصفه؛ كما جرت العادة في مثل ذلك؛ ولا يجب أجره مقدرة؛ فإن ذلك قد يستغرق المال وأضعافه، وإنما يجب في الفاسد من العقود نظير ما يجب في الصحيح والواجب في الصحيح ليس هو أجره مسماة؛ بل جزء شائع من الربح مسمى فيجب في الفاسدة نظير ذلك»<sup>(٢)</sup>.

وقال ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ: «ولهذا كان الصحيح أن هذه المشاركات إذا فسدت وجب فيها نصيب المثل، لا أجره المثل، فيجب من الربح والنماء في فاسدها نظير ما يجب في صحيحها، لا أجره مقدرة، فإن لم يكن ربح ولا نماء: لم يجب شيء، فإن أجره المثل قد تستغرق رأس المال وأضعافه وهذا ممتنع، فإن قاعدة الشرع: أنه يجب في الفاسد من العقود نظير ما يجب في

(١) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ٦٤١ / ٢.

(٢) مجموع الفتاوى، ٨٥ / ٢٨.

الصحيح منها، كما يجب في النكاح الفاسد مهر المثل، وهو نظير ما يجب في الصحيح، وفي البيع الفاسد إذا فات: ثمن المثل، وفي الإجارة الفاسدة أجره المثل، فكذا يجب في المضاربة الفاسدة: ربح المثل، وفي المساقاة والمزارعة الفاسدة: نصيب المثل، فإن الواجب في صحيحها ليس هو أجره مسماة فتجب في فاسدها أجره المثل، بل هو جزء شائع من الربح، فيجب في الفاسدة نظيره»<sup>(١)</sup>.

ويظهر مما سبق: أن القول الثاني قولٌ قويٌّ في التعليل، وأقرب لتحقيق العدالة، ومقصود الطرفين، وهو الذي يتفق مع مراد الطرفين حين إبرام العقد؛ إذ العامل - كما يقول القاضي عبد الوهاب - قد دخل على مثل ما دخل عليه رب المال من رجاء الفضل ونماء المال، لا على أن يأخذ أحدهما مما سوى ذلك من مال الآخر. كما أن القواعد تقتضي أن العقود الفاسدة تأخذ حكم العقود الصحيحة في الآثار المترتب على الفساد، وأما القياس الذي اعتمد عليه أصحاب القول الأول وهو القياس على الإجارة الفاسدة أو المضاربة الفاسدة، فهو قياسٌ مع الفارق؛ لاختلاف طبيعة كلا العقدين عن طبيعة عقود المشاركات القائمة على الاشتراك في الناتج - كما سبق في التكييف الفقهي لهذا العقد -، ولهذا فإن مقتضى القياس إلحاق النظير بنظيره في الحكم، بأن يكون حكم الفاسد حكم الصحيح فيما يتعلق بنصيب العامل، لا أن يأخذ حكم عقدٍ آخرٍ يختلف معه في الطبيعة وكثير من الأحكام.

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ٢١٢.

وتأسيساً على ما سبق؛ فإن الصحيح فيما انتهى إليه هذا البحث، أن عقود المشاركات إذا فسدت؛ فإن الواجب فيها للعامل هو نصيب المثل لا أجرة المثل، بحيث يكون المستحق للعامل في حال إبطال العقد هو جزء شائع من الربح، يُقدر بحسب العرف في عمل العامل المعتاد في مثل هذا النوع من الاستغلال، ويكون الباقي لرب المال، وإذا أخذنا بهذا، فلا حاجة إلى الاستثناء المذكور في نهاية المادة وهو قول المنظم في عَجْز الفقرة: «ما لم تكن المواد التي تولد منها الناتج من العامل فيكون الناتج له، ولرب المال أجرة المثل عن مدة استغلال الأصل».

ولهذا فإنه وفقاً لما انتهى إليه هذا البحث من نتيجة فيما يتعلق باستحقاق العامل في حال بطلان العقد؛ فإني أقترح مناسبة تعديل المادة بالكامل لتكون بالصيغة الآتية: (إذا أبطل عقد المشاركة في الناتج، فللعامل نصيب المثل، والباقي لرب المال)<sup>(١)</sup>. ونصيب المثل هنا يُقدر بحسب العرف، وبهذا تكون المادة مختصرة، ووافية في حكمها لما يتعلق بنصيب الطرفين في حال بطلان العقد.

فلو قال قائل: إن لجوء النظام لتقرير أجرة المثل بدلا عن نصيب المثل؛ إنما هو لكون ذلك أسهل وأوضح في استخراج النصيب.

(١) ونص المادة التاسعة والخمسين بعد الخمسمائة من نظام المعاملات المدنية هي: «إذا أبطل عقد المشاركة في الناتج، فالناتج لرب المال وللعامل أجر مثل عمله ما لم تكن المواد التي تولد منها الناتج من العامل فيكون الناتج له، ولرب المال أجرة المثل عن مدة استغلال الأصل».

قيل له: ليس الأمر كما يُظن، بل كلُّ من أجره المثل ونصيب المثل لا بد فيها من تقدير، والتقدير راجعٌ إلى العرف، فإذا كانت الطريقة في استخراج النصيب في كلِّ منها خاضعةً للاجتهاد والتقدير، فتكون الطريقة التي تتفق مع مقتضى القياس والقواعد القائمة على إلحاق النظر بالنظر أخرى بالأخذ دون ما ليس كذلك. والله أعلم.



## المبحث الرابع حالات انتهاء عقد المشاركة في الناتج

تمهيد:

أورد المنظم في نظام المعاملات المدنية ثلاث حالات ينتهي بها عقد المشاركات في الناتج، وهذا الحصر يقتضي أن المنظم يرى أن هذا العقد عقدٌ لازم لا ينقضي بإرادة منفردة من أحد الأطراف، بل لابد من اتفاق الجميع على إنهائه، أو قيام أحد الحالات الثلاث - التي ستأتي - لكي ينتهي العقد بموجبها، فهو ليس عقدًا جائزًا يجوز لأحد الطرفين التحلل منه متى ما شاء. وهذا النهج الذي أخذ به المنظم يتفق مع قول جمهور الفقهاء القائلين بأن عقود المشاركات القائمة على الاشتراك في الناتج عقود لازمة لا جائزة، وهو مذهب الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، والشافعية<sup>(٣)</sup>، واختيار ابن تيمية<sup>(٤)</sup>، وابن عثيمين<sup>(٥)</sup>.

(١) ونص مذهبهم - من غير الإمام حيث إنه لا يرى جواز المساقاة والمزارعة أصلاً بخلاف صاحبيه -: أن المساقاة عقدٌ لازم من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه إلا من عذر، بخلاف المزارعة فإنها غير لازمة في جانب صاحب البذر. ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، ١٨٧/٦، رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، ٢٧٤/٦.

(٢) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، ابن عبد البر، ٧٦٧/٢، مواهب الجليل، للحطاب، ٣٨٢/٥.

(٣) ينظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي، ٢٣٧/٢، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للشربيني، ٤٢١/٣.

(٤) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٢٠٢/١٤.

(٥) ينظر: الشرح المتع على زاد المستقنع، ٤٥٣/٩.

خلافًا للحنابلة، فإنهم يرون أن عقود المشاركات من مضاربة ومساقاة ومزارعة عقود جائزة لا لازمة، وهو من مفردات المذهب كما ذكره المرادوي رَحْمَةُ اللَّهِ<sup>(١)</sup>.

والقول بلزوم عقود المشاركات ومنها هذا العقد هو الأقرب لتحقيق مقصود الطرفين من هذا العقد؛ وفيه دفع للضرر عن الطرف الذي يرغب في بقاء العقد واستمراره، وتحقيق نصيبه من الناتج. والله أعلم.

### حالات انتهاء عقد المشاركة في الناتج:

١ - ينتهي عقد المشاركة في الناتج بانقضاء الأجل، أو بإنجاز العمل<sup>(٢)</sup>.

وهذه الحالة تتفق مع كون العقد لازماً؛ إذا الجمهور القائلين بلزوم هذا العقد يشترطون له مدة؛ لئلا يبقى العقد لازماً مدى الدهر، أو مدة لا يعلم بها الأطراف، وتحديد مدة العقد إما أن تكون بتحديد وقت معين؛ كسنة أو سنتين أو نحوهما مما يتفقون عليه، أو يكون تحديده بانتهاء العمل، فمتى ما انتهى العمل؛ انتهى العقد.

وما ذكره المنظم هنا في حالة انتهاء العقد بانقضاء المدة، يتفق مع قول جمهور الفقهاء القائلين بلزوم عقود المشاركات القائمة على الاشتراك في الناتج؛ كالمساقاة والمزارعة<sup>(٣)</sup>، ولا يتأتى على قول الحنابلة؛ لأن مقتضى كون العقد جائزاً فسخه في أي وقت دون اشتراط مضي المدة.

(١) ينظر: الكافي، لابن قدامة، ١٦٣/٢، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرادوي، ٢٠٠/١٤.

(٢) الفقرة (١) من المادة السبعين بعد الخمسة من نظام المعاملات المدنية.

(٣) ينظر: الدر المختار، للحصكفي، ٦٣٩.

٢- ينتهي عقد المشاركة في الناتج بموت العامل إن كان مقصوداً لشخصه في العقد، أو إذا اختار الورثة عدم إتمام العمل، ولرب المال طلب فسخ العقد إذا لم تتوفر في الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل<sup>(١)</sup>. وهذه الحالة تدلُّ على أن الأصل أن موت العامل لا ينتهي العقد بموجبه إلا في حالتين:

أ- إذا كان رب المال قد اختار العامل لذاته وليس لذات العمل؛ كأن يكون العامل متميزاً عن غيره في استغلال الأصل، ويمكن أن يحقق من عمله نتائجاً أكثر مما لو عمل غيره عليه؛ لسببٍ راجع إلى ذات العامل؛ كاحترافٍ أو سابق خبرة أو نجاح في أعمال ومشاريع أخرى، فهنا لا يمكن للغير من ورثة أو غيره إتمام عمل العامل؛ لأن رب المال قد اختار العامل لأمر يتعلق بشخصه.

ب- إذا اختار الورثة عدم إتمام العمل، فإذا لم يكن العامل مختاراً لشخصه، ورفض الورثة إتمام العامل؛ فهنا يكون الاستمرار في العقد متعذراً، فينتهي حينئذٍ، أما لو اختار الورثة إتمام العمل ولم يكن العامل مختاراً لشخصه؛ فهنا لا ينتهي العقد، ويمكن لحق رب المال في العمل وتحقيق مقصوده في الناتج أن يطلب من الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، فإذا تعذر على الورثة تقديم الضمانات الكافية لحسن العمل؛ جاز لرب المال فسخ العقد؛ لأن عدم تقديم الضمانات الكافية على حسن تنفيذ العمل قد يكون مؤشراً على عدم ملاءة الورثة أو جديتهم في تنفيذ

(١) الفقرة (٢) من المادة السبعين بعد الخمسة من نظام المعاملات المدنية.



العمل، ومن شأن هذا أن يلحق ضرراً برب المال، فلا هو رجع إليه الأصل الذي قدمه، ولا هو مطمئن للناتج من عمل الورثة على الأصل؛ فجاز له والحالة هذه فسخ العقد، وهذا الاتجاه من المنظم فيه موازنة بين حق العامل وورثته في الناتج وبين حق رب المال.

وما ذكره المنظم هنا من حلول الورثة محل العامل في الاستمرار في العمل بدلا منه إذا مات؛ يتفق مع قول جمهور الفقهاء في عقود المشاركات القائمة على الاشتراك في الناتج؛ كالمساقاة، وهو مذهب الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، والشافعية<sup>(٣)</sup>، وأحد القولين عند الحنابلة<sup>(٤)</sup>؛ تأسيساً على لزوم العقد عندهم، وأما الحنابلة، فإنهم يرون انفساخ العقد بموت العامل أو رب المال؛ قياساً

(١) الحنفية يصرحون بانتهاء عقد المساقاة بموت العامل؛ إلا أن الأمر جوازي لورثته في الاستمرار مقام العامل في العمل وإن أبي رب الأرض، فليس الأمر في حقهم وجوبياً، بل جوازياً. ينظر: الدر المختار، للحصكفي، ٦٣٩، الهداية، للمرغيناني، ٤ / ٣٤٥.

(٢) يرى المالكية أن استمرار ورثة العامل في عمله بعد موته وجوبيٌّ لا جوازي، وأنهم إذا لم يستطيعوا فإنهم يستأجروا من تركته من يقوم بالعمل، ولا يرون انتهاء العقد بموت العامل، فهم يتفقون مع الحنفية من حيث حلول الورثة محل العامل، ويختلفون معهم في الإلزام بذلك، وأن العقد من حيث الأصل ينتهي بموت العامل. ينظر: التهذيب في اختصار المدونة الكبرى، لأبي سعيد ابن البراذعي، ٣ / ٤١٩، المعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضي عبد الوهاب، ١ / ١١٣٤.

(٣) يرى الشافعية أن الورثة يستمرون في عمل العامل بعد موته، لكن إذا أبوا؛ فإنه يُستأجر من يتم العمل من تركه العامل، وهم بهذا يرون أن العقد لا يزال لازماً، ولا ينتهي بموت العامل، فهم متفقون مع مذهب المالكية بهذا التفصيل، ومعهم ومع الحنفية في حلول الورثة محل العامل. ينظر: الحاوي الكبير، للهاوردي، ٧ / ٣٨٣، المهذب في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي، ٢ / ٢٤١.

(٤) ينظر: الكافي، لابن قدامة ٢ / ١٦٤، الشرح الكبير على المقنع، لأبي الفرج ابن قدامة، ١٤ / ٢٠٥.

على ما لو فسخها أحدهم؛ لكون العقد جائزاً عندهم على الصحيح من المذهب - كما سبق -<sup>(١)</sup>.

وبهذا فإن ما ذهب إليه المنظم السعودي في هذا العقد يتفق مع قول جمهور الفقهاء، وهو الراجح في الدليل والتعليل.

وما سبق كله فيما إذا مات العامل، فإذا مات رب المال فما الحكم في هذه الحالة؟

نص نظام المعاملات المدنية على أن عقد المشاركة في الناتج لا ينتهي بموت رب المال<sup>(٢)</sup>.

وهذا الحكم هو مقتضى مذهب الحنفية<sup>(٣)</sup>، .....

(١) وعلى قول من رأى لزوم العقد من الحنابلة - كقول الجمهور -؛ فإن العقد لا يفسخ، ويقوم الوارث مقام العامل الميت؛ لأنه عقد لازم، فأشبهه الإجارة. ولكن إن أبى وارث العامل القيام مقامه، لم يجبر؛ لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على موروثه إلا ما أمكن دفعه من تركته، والعمل ليس مما يمكن ذلك فيه، فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل، فإن لم تكن له تركة، أو تعذر الاستئجار منها، فلرب المال الفسخ؛ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، فيثبت الفسخ، كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه. ينظر: المغني، لابن قدامة، ٥/ ٣٠٢، الفروع، لابن مفلح، ٧/ ١٢٢.

(٢) الفقرة (٣) من المادة السبعين بعد الخمسة من نظام المعاملات المدنية.

(٣) إنما قلنا هو مقتضى مذهب الحنفية لا نص مذهبهم؛ لأن نص مذهبهم أن المساقاة والمزارعة تنتهي بموت أحد الطرفين سواء كان رب المال أو العامل في حال كون الثمر - في المساقاة - بسرّاً لا مكتملاً؛ ومع ذلك يميزون - في حال موت رب الشجر - للعامل أن يقوم على الثمر حتى تتم وتكتمل وإن كره الورثة ذلك؛ استحساناً، ودفعاً للضرر عن العامل، وعدم حقوق الضرر على الورثة، ويقسم الناتج بينه وبين ورثة رب الشجر، ويميزون في حال موت العامل أن يقوم ورثته مقامه في العمل حتى يتم ويقسم الناتج حتى ولو كره رب الأرض ذلك؛ استحساناً كما هو حال في موت رب الأرض،

..... وهو مذهب المالكية<sup>(١)</sup>، والشافعية<sup>(٢)</sup>، وأحد قولي الحنابلة<sup>(٣)</sup>، في عقود المشاركات القائمة على الاشتراك في الناتج، وهو أن العقد لا ينتهي بموت رب المال؛ لأن هذا العقد وما شابهه قائمٌ على الناتج، والناتج لا يتحقق إلا بالعمل، والعامل هو الذي يتولى العمل، وهو لا يزال باقياً على قيد الحياة، فيتحقق بهذا مقصود العاقدين من هذا العقد وهو تحصيل الناتج، ويكون نصيب رب المال لورثته بعد اقتطاع نصيب العامل وحصته.

وأما المذهب عند الحنابلة، فإنهم يرون انفساخ العقد بموت العامل أو رب المال؛ قياساً على ما لو فسخها أحدهم؛ لكون العقد جائزاً عندهم على الصحيح من المذهب - كما سبق -<sup>(٤)</sup>.

والأظهر هو قول الجمهور في هذه المسألة؛ لقيام هذا العقد وما شابهه على العمل، وهو يقع على عاتق العامل دون رب المال، وهذا متحقق ما دام العامل على قيد الحياة. والله أعلم.

- 
- فمذهب الحنفية متفق مع بقية المذاهب الأربعة في النتيجة في هذه المسألة. ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار، للحصكفي، ٦٣٩، الهداية، للمرغيناني، ٤/٣٤٤.
- (١) ينظر: التهذيب في اختصار المدونة الكبرى، للبراذعي، ٣/٤١٩، المعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضي عبدالوهاب، ١/١١٣٤.
- (٢) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي، ٧/٣٨٣، المهذب في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي، ٢/٢٤١.
- (٣) ينظر: المغني، لابن قدامة، ٥/٣٠٢، الفروع، لابن مفلح، ٧/١٢٢.
- (٤) ينظر: المغني، لابن قدامة، ٥/٣٠٢، المبدع في شرح المقنع، لبرهان الدين ابن مفلح، ٤/٣٩٥.

## الخاتمة

وتتضمن أبرز النتائج والتوصيات:

### أولاً: النتائج:

- ١- عقد المشاركة في الناتج هو: عقدٌ يُسَلَّمُ رب المال بمقتضاه شيئاً غير قابل للاستهلاك لمن يستغله مقابل جزءٍ شائعٍ من الناتج.
- ٢- يقوم عقد المشاركة في الناتج على أركان ثلاثة: الصيغة - وهي الإيجاب والقبول-، والعاقدان - وهما رب المال والعامل-، والمعقود عليه - وهو ما يقدمه رب المال من أصل غير قابل للاستهلاك والعمل الذي سيقدمه العامل-.
- ٣- يجب أن يكون الأصل المقدم من رب المال شيئاً غير قابل للاستهلاك.
- ٤- يجب أن يكون الناتج شائعاً بين الطرفين بحسب ما يتفقان عليه، وإلا بطل العقد.
- ٥- التكييف الفقهي الصحيح لعقد المشاركة في الناتج: أنه عقد من عقود المشاركات القائمة على استغلال الأصل والمشاركة في الناتج؛ مثل المساقاة والمزارعة، وليس قسماً من أقسام الشركة؛ كالمضاربة والأبدان ونحوها.
- ٦- يستحق كل متعاقد نصيبه من الناتج بتحقيقه، ويجوز الاتفاق على طريقة حساب الناتج ومواعيد استحقاقه.

- ٧- يقع على عاتق رب المال من الالتزامات: تمكين العامل من العمل وفق المتفق عليه، وأن تكون نفقات حفظ الأصل عليه لا على العامل.
- ٨- يلزم العامل بذل عناية الشخص المعتاد في العمل والمحافظة على المال، وتكون نفقات استغلال الأصل على العامل لا على رب المال، ما لم يتفقا على خلافه، ويلتزم العامل برد الأصل إلى رب المال الذي قدمه.
- ٩- إذا أبطل عقد المشاركة في الناتج، فالناتج لرب المال وللعامل أجر مثل عمله، هذا ما نص عليه نظام التعاملات المدنية. ويرى البحث: أن الصحيح أن للعامل في هذه الحالة نصيب مثله الذي عمل كعمله بجزء شائع من الناتج، لا بأجر المثل.
- ١٠- ينتهي عقد المشاركة في الناتج بانقضاء الأجل، أو بإنجاز العمل، أو بموت العامل إن كان مقصودًا لشخصه في العقد، أو إذا اختار الورثة عدم إتمام العمل، ولا ينتهي العقد بموت رب المال.

### ثانيًا: التوصيات:

١/ تعديل الفقرة (٢) من المادة السابعة والستين بعد الخمسائة من نظام المعاملات المدنية لتكون بالصيغة الآتية: «تكون نفقات حفظ الأصل على رب المال، ونفقات استغلاله على العامل، وذلك كله ما لم يُتفق على خلافه، على ألا يؤدي الاتفاق المخالف إلى أن يكون على رب المال أكثر العمل أو نصفه»؛ للأسباب المذكورة في ثنايا البحث.

٢ / تعديل الفقرة (٣) من المادة السابعة والستين بعد الخمسائة من نظام المعاملات المدنية لتكون بالصيغة الآتية: «للعامل أن يستأجر على نفقته أجراء ليستعين بهم على القيام بكل الأعمال أو بعضها؛ ما لم يكن نص الاتفاق أو طبيعة العمل تقتضي قيام العامل به دون غيره، فيتعين عليه؛ إلا أن يأذن له رب المال في ذلك»؛ للأسباب المذكورة في ثنايا البحث.

٣ / تعديل المادة التاسعة والخمسين بعد الخمسائة من نظام المعاملات المدنية لتكون بالصيغة الآتية: «إذا أبطل عقد المشاركة في الناتج، فللعامل نصيب المثل، والباقي لرب المال»؛ للأسباب المذكورة في ثنايا البحث.



## فهرس المصادر

١. الإجماع، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق ودراسة: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، الناشر: دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى لدار المسلم، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
٢. أحكام القرآن، تأليف: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، تحقيق: محمد صادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان.
٣. أحكام القرآن، تأليف: علي بن محمد بن علي الطبري المعروف بالكيا الهراسي الشافعي، تحقيق: موسى محمد علي وعزة عبد عطية، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
٤. أحكام الملكية في الفقه الإسلامي والقانون، مفلح القحطاني، وبهاء الدين العلايلي، طبعة خاصة، الطبعة الثانية، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.
٥. الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود الموصللي، تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة، الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة - (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها)، تاريخ النشر: ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م.
٦. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تأليف: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، (ت ٩٢٦هـ)، دار الكتاب الإسلامي.
٧. الإشراف على نكت مسائل الخلاف، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، المحقق: الحبيب بن طاهر، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
٨. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات بدار الفكر، الناشر: دار الفكر - بيروت -.

٩. أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، عياض بن نامي بن عوض السلمي، الناشر: دار التدمرية، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
١٠. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (المطبوع مع المقنع والشرح الكبير)، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي - الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
١١. أنوار البروق في أنواء الفروق، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الناشر: عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ.
١٢. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
١٣. بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني (ت ٥٠٢هـ)، المحقق: طارق فتحي السيد، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
١٤. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، الناشر: دار الحديث - القاهرة، بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
١٥. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
١٦. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب)





الإمام مالك)، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوقي، الشهير بالصاوي المالكي،  
الناشر: دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ.

١٧. البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين  
الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت،  
لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

١٨. التاج والإكليل لمختصر خليل، تأليف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم، أبو  
عبد الله المواق المالكي، (ت ٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى،  
١٤١٦هـ - ١٩٩٤م.

١٩. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين  
الزليعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق،  
القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ.

٢٠. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، روجعت  
وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، الناشر: المكتبة التجارية  
الكبرى بمصر، بدون طبعة، عام النشر: ١٣٥٧هـ - ١٩٨٣م.

٢١. تقرير القواعد وتحرير الفوائد، المشهور بقواعد ابن رجب، زين الدين عبد  
الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، المحقق: أبو عبدة مشهور بن حسن آل  
سلمان، الناشر: دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية،  
الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٢٢. تهذيب اللغة، تأليف: محمد بن أحمد الأزهرى (ت ٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد  
عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.

٢٣. التهذيب في اختصار المدونة، خلف بن أبي القاسم القيرواني، دراسة وتحقيق:  
الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، الناشر: دار البحوث للدراسات  
الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

٢٤. التهذيب في فقه الإمام الشافعي، أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٢٥. جامع الأمهات، عثمان بن عمر بن الحاجب الكردي، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضرى، الناشر: اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
٢٦. الجامع الصحيح وهو الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله وسننه وأيامه، تأليف: أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، تشرف بخدمته والعناية به: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٢٧. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، تأليف: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
٢٨. حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، (بدون ناشر) الطبعة الأولى، ١٣٩٧هـ.
٢٩. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (نسبة إلى بني عدي، بالقرب من منفلوط) (المتوفى: ١١٨٩هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، الناشر: دار الفكر - بيروت.
٣٠. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.



٣١. الحقوق العينية الأصلية في النظام السعودي، أحمد الزقرد، وأشرف عبد القادر، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م.
٣٢. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محمد بن علي بن محمد الحِصْنِي المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي، المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
٣٣. الدراية في تحريج أحاديث الهداية، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني، الناشر: دار المعرفة - بيروت.
٣٤. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الناشر: عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٣٥. الذخيرة، تأليف: أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٣٦. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه أبو حنيفة، تأليف: محمد أمين بن عمر عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
٣٧. روضة الطالبين وعمدة المفتين، تأليف: أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
٣٨. زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة السابعة والعشرون، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م.
٣٩. شرح الحقوق العينية والاصلية، أحمد صالح مخلوف، دار الإجازة، الرياض، ١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م.

٤٠. شرح الزركشي على مختصر الخرق في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، تحقيق وتخرّيج: عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.
٤١. الشرح الكبير (المطبوع مع المقنع والإنصاف)، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي - الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
٤٢. الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح بن محمد العثيمين، دار النشر: دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ - ١٤٢٨هـ.
٤٣. الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، عبد العزيز الخياط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٤٤. شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية دراسة مقارنة، أحمد مفلح خوالده، دار الثقافة، عمّان، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
٤٥. الصحاح وتاج اللغة وصحاح العربية، تأليف: إسماعيل بن حماد الجوهري (ت ٣٩٣هـ)، حققه: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، الطبعة الرابعة، ١٩٩٠م.
٤٦. صيغ العقود في الفقه الإسلامي، صالح بن عبد العزيز الغليقة، دار كنوز إشبيلية، الرياض، الطبعة الثانية، ٢٠١٢م.
٤٧. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، المحقق: نايف بن أحمد الحمد، الناشر: دار عالم الفوائد - مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.



٤٨. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي، دراسة وتحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحمر، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٤٩. عوارض الأهلية عند علماء الأصول، حسين خلف الجبوري، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي في جامعة أم القرى بمكة المكرمة، الطبعة الثانية، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
٥٠. غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى، مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، اعتنى به: ياسر إبراهيم المزروعى، رائد يوسف الرومي، الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع والدعاية والإعلان، الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
٥١. الفتاوى الكبرى لابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.
٥٢. الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣١٠هـ.
٥٣. فتح العزيز بشرح الوجيز، أو الشرح الكبير، عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣هـ)، الناشر: دار الفكر، بدون معلومات أخرى.
٥٤. فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ)، الناشر: دار الفكر، بدون معلومات.
٥٥. فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل (منهج الطلاب اختصره زكريا الأنصاري من منهاج الطالبين للنووي ثم شرحه في

- شرح منهج الطلاب)، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجمل، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٥٦. الفروع، تأليف: شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، ومعه تصحيح الفروع تأليف: المرادوي، وحاشية ابن قندس على الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ودار المؤيد، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
٥٧. القانون المدني الأردني، قانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م.
٥٨. القانون المدني المصري، قانون رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م.
٥٩. الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (ت ٦٢٠هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٦٠. الكافي في فقه أهل المدينة، تأليف: يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق: محمد أحميد ولد مادايك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض-السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.
٦١. كشاف القناع عن متن الإقناع، تأليف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: محمد أمين الضناوي، عالم الكتب، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
٦٢. كفاية النبيه في شرح التنبيه، أحمد بن محمد الأنصاري، المعروف بابن الرفع، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
٦٣. لسان العرب، تأليف: محمد بن مكرم بن علي ابن منظور (ت ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت-لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.



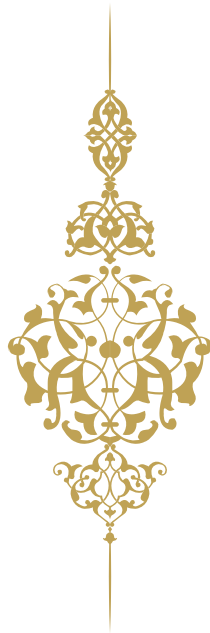
٦٤. المبدع شرح المقنع، تأليف: برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن مفلح الحنبلي، تحقيق: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٦٥. المبسوط، تأليف: شمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت - لبنان ١٤٠٩هـ.
٦٦. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بشيخي زاده، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٦٧. مجموع الفتاوى، لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (ت ٧٢٨هـ)، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية-السعودية، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.
٦٨. المحكم والمحيط الأعظم في اللغة، تأليف: علي بن إسماعيل بن سيده (ت ٤٥٨هـ)، حققه: عبد الستار أحمد فراج، معهد المخطوطات بجامعة الدول العربية، الطبعة الأولى، ١٣٧٧هـ-١٩٥٨م.
٦٩. المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن مازة البخاري الحنفي (المتوفى: ٦١٦هـ)، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
٧٠. المدونة، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٧١. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد الرحبياني، الناشر: المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٧٢. معجم اللغة العربية المعاصرة، د أحمد مختار عبد الحميد عمر، بمساعدة فريق عمل، الناشر: عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.

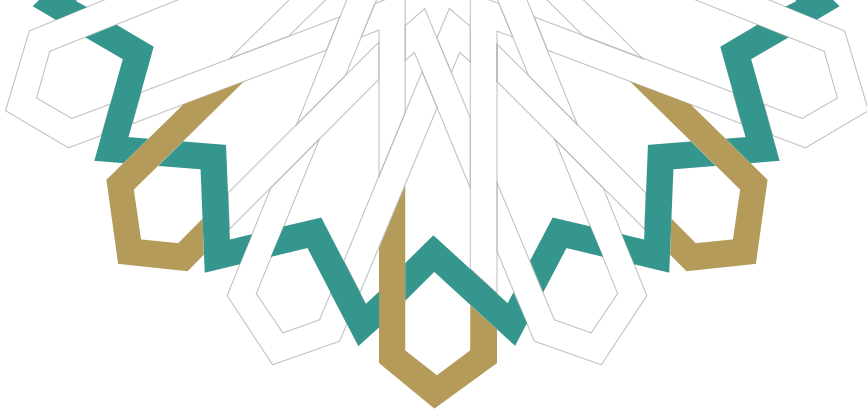
٧٣. المعونة على مذهب عالم المدينة، عبد الوهاب بن علي البغدادي، تحقيق: حميش عبد الحق، الناشر: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة.
٧٤. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٧٥. المغني شرح مختصر الخرقى، تأليف: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (ت ٦٢٠هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض - السعودية، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ.
٧٦. المفردات في غريب القرآن، أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.
٧٧. مقاييس اللغة، تأليف: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
٧٨. المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، الناشر: دار الكتب العلمية.
٧٩. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
٨٠. نصب الراية لأحاديث الهداية، عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، تحقيق: محمد عوامة، الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.





٨١. النظام الأساسي للحكم، الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (أ/٩٠)،  
وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ.
٨٢. نظام المعاملات المدنية، الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/١٩١)  
وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ.
٨٣. نظام معالجة المنشآت المالية المهمة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٨)  
وتاريخ ٢٥/٤/١٤٤٢هـ.
٨٤. نظرية العقد، عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية،  
بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٩م.
٨٥. نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي  
الشافعي، أبو محمد، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة  
الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
٨٦. الهداية شرح بداية المبتدي، تأليف: برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، علق  
عليه وخرج آياته وأحاديثه: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية،  
بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
٨٧. الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، دار النهضة  
العربية، القاهرة، ١٩٨٦م.





# الضرر اليسير وأثره في المسائل الفقهية دراسة تأصيلية تطبيقية

منيرة بنت حمد بن عبد الله الزامل

باحثة دكتوراه في تخصص الفقه المقارن بجامعة القصيم



## المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الكريم محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه أجمعين.  
أما بعد:

فإن الله تعالى امتن على عباده بإرسال الرسل، واختار لهذه الأمة خير الأنبياء، وأفضل الرسل، فدعا الناس إلى عبادة الله تعالى ونبذ الشرك وطرق الكفر، وسعى إلى تحقيق العدل ورفع الظلم وإزالة الضرر، ومن سنة الله تعالى أن يظهر للناس وقائع ونوازل مع تقادم الزمن وتغير الأحوال ليس لها حكم قاطع في كتاب الله تعالى، وسنة نبيه محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فتتنوع فيها الأقوال، وتتباين فيها الآراء، ومن ذلك بعض المسائل الفقهية المشتملة على الضرر اليسير؛ فمن أهل العلم من يرى أن هذا الضرر يسير ومغتفر، ومنهم من يرى أن هذا الضرر وإن كان يسيراً فهو مؤثر في الحكم ومعتبر، ومن هذا المنطلق قمت بجمع عدد من المسائل الفقهية القديمة والمعاصرة المشتملة على ضرر يسير، تحت هذا العنوان: الضرر اليسير وأثره في المسائل الفقهية، وفيما يلي بيان لمشكلة البحث وأهميته وأهدافه وحدوده ومنهجه وخطته، أسأل الله تعالى أن يكتب له القبول والنفعة والفائدة، والحمد لله رب العالمين.

### مشكلة البحث:

اقتران الضرر اليسير بالمسائل الفقهية، منه ما هو مؤثر في الحكم بالتحريم أو المنع، ومنه ما هو مغتفر غير مؤثر، وسوف تجيب هذه الدراسة عن هذا الضرر في هذه المسائل، من خلال الإجابة عن الأسئلة الآتية:



- ما المراد بالضرر اليسير؟ وما أقسامه؟
- ما المسائل الفقهية المشتملة على الضرر اليسير؟
- ما ضابط الضرر اليسير المغتفر في الفقه الإسلامي؟
- ما ضابط الضرر اليسير غير المغتفر في الفقه الإسلامي؟
- ما المسائل الفقهية التي اغتفر فيها الضرر اليسير، والتي لم يغتفر فيها؟
- ما المسائل الفقهية المعاصرة المشتملة على الضرر اليسير؟ وما أثره فيها؟
- ما التطبيقات القضائية للضرر اليسير في محاكم المملكة العربية السعودية - حرسها الله -؟

### أهمية البحث:

إن موضوع الضرر اليسير في المسائل الفقهية له أهمية بالغة لا تخفى على طالب العلم، ومن ذلك:

- ١- كثرة المسائل المتعلقة بالضرر اليسير في الكتب الفقهية، وهذا البحث يجمع شتاتها ويوازن بينها، مما يعود على الباحث والقارئ بالفائدة.
- ٢- اختلاف الفقهاء في ضابط الضرر اليسير وأثره، مما يدعو إلى جمع مسائله ودراساتها؛ للوصول إلى القول الراجح فيها.
- ٣- الضرر اليسير لا يختص بباب دون آخر، بل يدخل في أغلب أبواب الفقه، وهذا يدل على أهمية العلم به للعامة والخاصة.

٤- بيان يسر الشريعة الإسلامية ومراعاتها لأحوال الناس سواء في جانب العبادات، أو المعاملات مع اختلاف الأعصار والأمصار ومرور الأزمان وتغير الأحوال.

### أهداف البحث:

إن موضوع الضرر اليسير وأثره في المسائل الفقهية، يهدف إلى تحقيق عدد من الأمور، ومنها:

١. معرفة المراد بالضرر اليسير عند الفقهاء، وأقسامه.
٢. معرفة المسائل الفقهية المشتملة على الضرر اليسير في أبواب الفقه.
٣. بيان ضابط الضرر اليسير المغتفر في الفقه الإسلامي.
٤. بيان ضابط الضرر اليسير غير المغتفر في الفقه الإسلامي.
٥. معرفة المسائل الفقهية التي اغتفر فيها الضرر اليسير، والتي لم يغتفر فيها.
٦. معرفة المسائل الفقهية المعاصرة المشتملة على الضرر اليسير وأثره فيها.
٧. بيان التطبيقات القضائية للضرر اليسير في محاكم المملكة العربية السعودية - حرسها الله -.

### حدود البحث:

هذا البحث ينحصر في بيان الضرر اليسير وأثره، والمسائل الفقهية التي صرح الفقهاء بأن الضرر فيها يسير - سواء كان مؤثراً أو غير مؤثر-، أو

أن سبب الضرر يسير كالعيب اليسير والغبن ونحو ذلك، والمسائل الفقهية المعاصرة المشتملة على الضرر اليسير، وما أمكن الوقوف عليه من التطبيقات القضائية في المحاكم السعودية للضرر اليسير بنوعيه؛ المؤثر، وغير المؤثر.

### منهج البحث:

سوف أعتمد - بإذن الله - في هذا البحث على المنهج التأصيلي للضرر اليسير وأثره وضوابط ذلك، والمنهج الاستقرائي في جمع المسائل التي تشتمل على الضرر اليسير، والمنهج التحليلي في دراستها، والمنهج التطبيقي للضرر اليسير في المحاكم القضائية في المملكة العربية السعودية - حرسها الله -.

### خطة البحث:

اشتمل هذا البحث على فصلين، وخاتمة؛ على النحو الآتي:

الفصل الأول: الضرر اليسير - دراسة تأصيلية:

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الضرر اليسير:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الضرر اليسير باعتباره مركباً.

المطلب الثاني: تعريف الضرر اليسير باعتباره لقباً.

المبحث الثاني: الفرق بين الضرر اليسير والألفاظ ذات العلاقة:

وفيه أربعة مطالب:



المطلب الأول: الفرق بين الضرر اليسير والمشقة اليسيرة.

المطلب الثاني: الفرق بين الضرر اليسير والغرر اليسير.

المطلب الثالث: الفرق بين الضرر اليسير والحرج اليسير.

المطلب الرابع: الفرق بين الضرر اليسير والحاجة اليسيرة.

المبحث الثالث: تقسيمات الضرر اليسير وضوابطه:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: أقسام الضرر اليسير من حيث محل تأثيره:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الضرر المادي اليسير.

المسألة الثانية: الضرر المعنوي اليسير.

المطلب الثاني: أقسام الضرر اليسير من حيث وقت تحققه:

المسألة الأولى: الضرر الحالي اليسير.

المسألة الثانية: الضرر المآلي اليسير.

المطلب الثالث: أقسام الضرر اليسير باعتبار مقابله بضرر آخر وعدم

مقابله:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الضرر اليسر المقابل بضرر آخر.





المسألة الثانية: الضرر اليسير المجرد.

المطلب الرابع: أقسام الضرر اليسير باعتبار أثره:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الضرر اليسير المؤثر.

المسألة الثانية: الضرر اليسير غير المؤثر.

المطلب الخامس: ضوابط الضرر اليسير غير المؤثر.

الفصل الثاني: الضرر اليسير - دراسة تطبيقية:

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: الضرر اليسير عند الفقهاء المتقدمين:

المبحث الثاني: الضرر اليسير عند الفقهاء المعاصرين.

المبحث الثالث: الضرر اليسير في الأنظمة السعودية.

المبحث الرابع: الضرر اليسير في المحاكم السعودية.

الخاتمة:

وفيه أهم نتائج البحث.

فهرس المصادر والمراجع.

## الفصل الأول الضرر اليسير- دراسة تأصيلية

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

تعريف الضرر اليسير

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الضرر اليسير باعتباره مركباً:

أولاً: تعريف الضرر:

أصل الضرر في اللغة العربية من الفعل الثلاثي الماضي: (ض ر ر)، وهذا الفعل يأتي على عدة معاني في اللغة العربية ومنها: الضّر -بضم الضاد- الفاقة، والفقر، والشدة، والهزال، وسوء الحال، كقول الله جلّ جلاله: ﴿وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبَيْهِ﴾<sup>(١)</sup>.

والضّر -بفتح الضاد- خلاف النفع، وهو مصدر ضره، يضره، وأضر به، وضاره مضارة وضراراً، قال الله جلّ جلاله: ﴿لَا يَضُرُّكُمْ كَيْدُهُمْ شَيْئاً﴾<sup>(٢)</sup>.

(١) سورة يونس، الآية (١٢).

(٢) سورة آل عمران، الآية (١٢٠).

والضرر: النقصان، تقول: دخل عليه ضرر في ماله، ومنه قول الله  
جَلَّ جَلَالُهُ: ﴿وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبَيْهِ أَزْوَاجًا أَوْ قَائِمًا فَلَمَّا كَشَفْنَا  
عَنْهُ ضُرَّهُ مَرَّ كَأَن لَّمْ يَدْعُنَا إِلَى ضُرِّ مَسَّهُ﴾ (١)، (٢).

من خلال المعاني اللغوية السابقة نخلص إلى أن الضرر إذا أطلق يراد به:  
سوء الحال وشدته في المال والبدن ونحوهما.

وأما الضرر في الاصطلاح فهو: إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً (٣).

### ثانياً: تعريف اليسير:

اليسير في اللغة ضد العسير ويراد به: اللين والانقياد والسهولة، وفي  
الحديث: ((إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ)) (٤) أي سهل سمح قليل التشديد.

يقال: يسر الله الأمر إذا تيسر، واستيسر، وسهل، وأمكن، ولان، وانقاد،  
ويقال: تيسر للقتال إذا تهيأ له، وفي قول الله جَلَّ جَلَالُهُ: ﴿فَسَيَسِّرُهُ لِيُسْرَى  
﴿٧﴾﴾ (٥) أي سنيته للعود إلى العمل الصالح.

ويقال هو يسر أي سهل الانقياد، ويقال: ولدت المرأة ولداً يسراً أي في  
سهولة، ويسر الرجل سهلت ولادة إبله وغنمه ولم يعطب منها شيء.

(١) سورة يونس، الآية (١٢).

(٢) لسان العرب (٤ / ٤٨٢)، المعجم الوسيط (١ / ٥٣٨)، القاموس المحيط (ص:  
٤٢٨)، جمهرة اللغة (١ / ١٢٢)، تهذيب اللغة (١١ / ٣١٤)، المصباح المنير (٢ / ٣٦٠)  
مادة (ض ر ر)، مقاييس اللغة (٣ / ٣٦٠).

(٣) شرح الزرقاني على الموطأ (٤ / ٦٦).

(٤) أخرجه البخاري في الإيمان باب الدين يسر (١ / ١٦) (ح ٣٩).

(٥) سورة الليل، الآية (٧).

ويطلق اليسير على القليل، يقال: يسر الشيء يسراً ويسارة إذا خف وقل فهو يسير، ويقال شيء يسير أي هين<sup>(١)</sup>.  
من خلال المعاني اللغوية السابقة نخلص إلى أن اليسير يطلق على: القليل، وكل ما تهيأت أسبابه وهانت آثاره.

### المطلب الثاني: تعريف الضرر اليسير باعتباره لقباً:

اعتنى الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى قديماً وحديثاً ببيان أحكام الضرر وحالات المضطر عن طريق ذكر أنواع الضرر، ودرجاته، وما يترتب عليه من آثار وأحكام، إلا أنني لم أجد تعريفاً خاصاً بالضرر اليسير في كتبهم غير ما ذكره الشيخ محمد أبو زهرة<sup>(٢)</sup> في كتابه التكافل الاجتماعي، حيث قال: «الضرر القليل: وهو أن يكون الضرر المترتب على استعمال الحق المأذون فيه نادر الوقوع، أو كان في ذاته قليلاً، وهو لا يلتفت إليه لقلته»<sup>(٣)</sup>.

(١) لسان العرب (٥ / ٢٩٥)، المصباح المنير (٢ / ٦٨٠) مادة (ي س ر)، المعجم الوسيط (٢ / ١٠٦٤).

(٢) محمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد بن عبد الله أبو زهرة: ولده بمدينة المحلة الكبرى، وتعلم بمدرسة القضاء الشرعي، واشتغل بالتدريس والتأليف، ومن مؤلفاته: الخطابة، وتاريخ الجدل في الإسلام، والملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، وغيرها، توفي عام ١٣٩٤هـ، انظر: الأعلام للزركلي (٦ / ٢٥)، ومقدمة كتاب التكافل الاجتماعي (ص: ٥)، وكتاب من أعلام الدعوة والحركة الإسلامية المعاصرة (ص ٧٧١).

(٣) التكافل الاجتماعي لمحمد أبو زهرة (ص ٥٥)، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٦ / ٤٥٨٥).

ولكن الملاحظ في هذا التعريف أنه مقيد بالضرر اليسير الناتج من استعمال الحق - سواء في الملكية العامة أم الخاصة -، ولا يشمل الضرر اليسير الناتج عن التعدي على الغير.

يمكن تعريف الضرر اليسير بأنه: كل أذى قليل يتساهل فيه الناس عادة، سواء كان في النفس، أو الجسد، أو المال، أو العرض، ونحوه.

## المبحث الثاني الفرق بين الضرر اليسير والألفاظ ذات العلاقة

وفيه أربعة مطالب:

**المطلب الأول: الفرق بين الضرر اليسير والمشقة اليسيرة:**

**أولاً: أوجه الاتفاق:**

الأول: أن الضرر والمشقة مترادفان في المعنى اللغوي، فيطلق الضرر على المشقة.

الثاني: أن الضرر أشد أنواع المشقة، وهو سبب من أسبابها التي تقتضي التيسير.

الثالث: أن الضرر اليسير والمشقة اليسيرة كلاهما في أدنى الدرجات فلم يبلغا درجة الشدة والصعوبة من جنسهما؛ ولذا فأثرهما قليل ونتائجها خفيفة مقارنة بأثر الضرر الجسيم والمشقة الشديدة<sup>(١)</sup>.

**ثانياً: أوجه الاختلاف:**

الأول: أن العلاقة بين الضرر والمشقة هي علاقة العموم والخصوص المطلق، فكل ضرر يسير يترتب عليه مشقة، ولا يلزم من وجود المشقة

(١) قاعدة المشقة تجلب التيسير للدكتور يعقوب الباحسين (ص ٢٧)، المشقة بين الشرع والطب للدكتور محمد بن سعد المقرن (ص ٢٢)، قاعدة الضرورات تبيح المحظورات لطالب بن عمر الكثيري (ص ١٨). تطبيقات قاعدتي لا ضرر ولا ضرار والمشقة تجلب التيسير في الأحكام الطبية للدكتور أحمد بن محمد الجهني (ص ٤٣)، الممتع في القواعد الفقهية للدكتور مسلم بن محمد الدوسري (ص ٢٢٠).

اليسيرة الضرر، مثال ذلك: الوضوء في فصل الشتاء فيه نوع من المشقة ولكن هذه المشقة لا تستلزم وجود الضرر.

الثاني: يجب على المكلف فعل العبادات مع وجود المشقة اليسيرة، بخلاف الضرر اليسير؛ حيث إن وجوده سبب في التخفيف وسقوط التكليف أحياناً، فالسجود في الصلاة ركن لا يسقط بسبب الحر والبرد اليسير؛ لأن المشقة المترتبة عليه يسيرة محتملة، وفي المقابل يسقط السجود عن المتضرر به كالمسن العاجز عن السجود؛ حفاظاً على نفسه من زيادة المرض أو تأخر البرء ونحوه<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني: الفرق بين الضرر اليسير والغرر اليسير:

غرر الآخرين وإلحاق الضرر بهم فيه مخالفة لمقاصد الشريعة الإسلامية التي تدعو إلى العدل والبر والإحسان، وتنهى عن الجشع والظلم وإلحاق الضرر بالنفس فضلاً عن إلحاق الضرر بالغير، ومن هذا الوجه يتفق الضرر مع الغرر، ولكنها يختلفان في أمرين، وهما:

الأول: أن السبب في تحريم الغرر إقامة العدل، وتحريم الظلم، وإلحاق الضرر بالغير؛ وحيثما وجد الغرر وجد الضرر على أحد المتعاقدين، فإن كان غرراً يسيراً فضرره يسير، وإن كان غرراً فاحشاً فضرره جسيم؛ ولذا ثبت

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨١).

عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ حَبْلِ الْحَبْلَةِ»<sup>(١)</sup>؛<sup>(٢)</sup> لأن هذا المبيع لا يعلم ذكر أم أنثى؟ وهل هو واحد أو اثنان، وهل هو حي أو ميت؟ فنُهي عنه؛ لما فيه من الضرر والغرر<sup>(٣)</sup>.

وأما بالنسبة للضرر فلا يتضمن غرراً في كل حال، فمثلاً الإكراه على البيع يتضمن ضرراً -يسيراً أو جسيماً- ولكن هذا الضرر لا يلحقه غرر مطلقاً، فكل غرر يلحقه ضرر، ولا يلزم من وجود الضرر الغرر.

الثاني: أجمع العلماء على أن الغرر اليسير مغتفر معفو عنه، كأخذ الأجرة على دخول الحمام، مع اختلاف الناس في استعمال الماء<sup>(٤)</sup>، بخلاف أثر الضرر اليسير الذي يغتفر في بعض الأحوال دون الأخرى، كأنهدام جزء يسير من الدار المؤجرة، حيث إن هذا الضرر له أثر في قيمة الإيجار بقدره وإن كان الضرر الذي خلفه يسيراً<sup>(٥)</sup>.

(١) بيع حبل الحبلة: هذا بيع معروف في الجاهلية، قال ابن حجر عن صفة هذا البيع: أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي نتجت، وقال النووي: أي بيع ولد الناقة الحامل في الحال، ينظر: فتح الباري لابن حجر (٤/٣٥٧)، وشرح النووي على مسلم (١٠/١٥٨).

(٢) أخرجه البخاري في البيوع باب بيع الغرر وحبل الحبلة (ح ٢١٤٣) (٣/٧٠)، ومسلم في البيوع باب تحريم بيع حبل الحبلة (ح ١٥١٤) (٣/١١٥٣).

(٣) تيسير العلام شرح عمدة الأحكام (ص: ٤٦١)

(٤) المجموع للنووي (٩/٢٥٨).

(٥) الذخيرة للقرافي (٥/٥٣٢)



## المطلب الثالث: الفرق بين الضرر اليسير والخرج اليسير:

أولاً: أوجه الاتفاق:

الأول: أن الضرر اليسير والخرج اليسير كلاهما في أدنى الدرجات، فلم يبلغا درجة الشدة والصعوبة من جنسهما؛ ولذلك كان أثرهما قليل، ونتائجهما خفيفة مقارنة بالضرر الجسيم والخرج الشديد.

الثاني: الخرج والضرر كلاهما سبب للتخفيف في الشريعة الإسلامية غالباً.

الثالث: الحكمة من رفع الخرج هو دفع الضرر الواقع أو المتوقع<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أوجه الاختلاف:

الأول: الضرر أشد من الخرج، والمتضرر بلغ فوق مرتبة المخرج، وللمضطر استثناءات وأحكام تفوق حالة الواقع في الخرج<sup>(٢)</sup>.

الثاني: الخرج له أكثر من معنى يخالف للضرر، حيث ورد الخرج بمعنى الشك، كقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا

(١) الموافقات للشاطبي (٤/٥٩)، رفع الخرج في الشريعة الإسلامية لشهب بوبكر (ص ٢٩).

(٢) رفع الخرج في الشريعة الإسلامية للدكتور صالح بن عبد الله بن حميد (ص ٥٦).

﴿٦٥﴾<sup>(١)</sup>، وجاء بمعنى الإثم، كقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الضُّعَفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ﴾<sup>(٢)</sup> (٣).

## المطلب الرابع: الفرق بين الضرر اليسير والحاجة اليسيرة:

### أولاً: أوجه الاتفاق:

الأول: يتفقان في المعنى اللغوي، فكلاهما يطلق على الافتقار، إضافة إلى أن الضرورة في اللغة تأتي بمعنى الحاجة، كما أن الحاجة في اللغة تأتي بمعنى الضرورة.

الثاني: الضرر اليسير والحاجة اليسيرة كلاهما في أدنى الدرجات، فلم يبلغا درجة الشدة والصعوبة من جنسهما؛ ولذا فأثرهما قليل، ونتائجهما خفيفة مقارنة بالضرر الجسيم والحاجة الشديدة.

الثالث: الحاجة والضرورة سبب في الرخصة غالباً، فكلاهما يؤثر في تغيير الحكم فيبيح المحظور ويميز ترك الواجب.

الرابع: الحاجة والضرورة أصلهما المشقة وهي سبب نشأتها؛ ولذلك فكل منهما يستدعي التيسير والتخفيف مع الاختلاف في مقدار المشقة.

الخامس: عدم رعاية الحاجة والضرورة يجعل حياة الإنسان صعبة وعسيرة<sup>(٤)</sup>.

(١) سورة النساء، الآية (٦٥).

(٢) سورة التوبة، الآية (٩١).

(٣) قاعدة الضرورات تبيح المحظورات للدكتور طالب بن عمر الكثيري (ص ١٧).

(٤) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا (٢/ ١٠٠٥) القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدلان (ص ٢٨٨)، أثر الحاجة في المعاملات المالية لجوزاء العتيبي (ص ٢١)، =

## ثانياً: أوجه الاختلاف:

**الأول:** الحاجة والضرورة كلاهما من المصالح المعتبرة، لكن مرتبة الضروريات أشد اعتباراً من مرتبة الحاجيات، فالحاجي كل ما وسع العبد تركه، وأما ما لا يسع العبد تركه فهو ضروري<sup>(١)</sup>.

**الثاني:** الضرورة تبيح المحظور، سواء كان الاضطرار حاصلًا للفرد أم الجماعة، أما الحاجة فلا تكون سبباً في التيسير إلا إذا كانت الحاجة عامة أو خاصة بطائفة كثيرة غير محصورة<sup>(٢)</sup>.

**الثالث:** الأحكام الاستثنائية الثابتة بالضرورة تكون في الغالب إباحة لمحظور ممنوع بنص شرعي خاص صريح، وتكون هذه الإباحة مؤقتة حيث تنتهي بزوال الاضطرار وتنفيد بالشخص المضطر.

أما الأحكام الاستثنائية الثابتة بالحاجة فهي غالباً لا تخالف نصاً خاصاً صريحاً ولكنها تخالف النصوص العامة أو القواعد العامة في الشرع، والحكم الثابت بها يكون في الغالب ثابتاً بصورة دائمة ويستفيد منها المحتاج وغيره<sup>(٣)</sup>.

= نظرية الضرر في الشريعة الإسلامية لياسمين درادكة (ص ١٠٨)، حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور محمد بن حسين الجيزاني (ص ٤٥)، أثر الحاجة في المعاملات المالية (ص ٣٢).

(١) المنشور في القواعد الفقهية (٢ / ٣١٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٥).

(٢) المتمتع في القواعد الفقهية للدكتور مسلم بن محمد الدوسري (ص ٢٠٧).

(٣) القواعد والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد بن عثمان شبير (ص ٢١٦)، قاعدة الضرورات تبيح المحظورات للدكتور طالب بن عمر الكثيري (ص ١٧).

الرابع: أن ما حرم لذاته لا يباح إلا عند الضرورة، وما حرم لغيره يباح عند الحاجة.



## المبحث الثالث

### تقسيمات الضرر اليسير وضوابطه

وفيه خمسة مطالب:

**المطلب الأول: أقسام الضرر اليسير من حيث محل تأثيره:**

وفيه مسألتان:

**المسألة الأولى: الضرر المادي اليسير:**

ينقسم الضرر المادي اليسير من حيث المحل الذي يقع فيه إلى قسمين، وهما: الضرر الجسمي، والضرر المالي، وفيما يلي تعريف وبيان لهذين القسمين:

**القسم الأول: الضرر الجسمي:**

والضرر الجسمي هو ما كان محلّه جسد الإنسان، كالجرح اليسير والضرب اليسير، وأحكام الشريعة الإسلامية راعت هذا النوع من الضرر ولم تغفله، وفرضت عقوبات وجزاءات لكل من يتسبب في إيقاع هذا الضرر بغير حق، ولم تلغ ما يفوت هذا الضرر من المصالح وإن كانت خفيفة يسيرة، ومن ذلك أنها شرعت للمجني عليه حق القصاص وإن كان الضرر الذي خلفته الجناية يسيراً، قال الله جَلَّ جَلَالُهُ: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ (١٧٩) (١) (٢).

(١) سورة البقرة، الآية (١٧٩).

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامية للسنهوري (٦/٨٦)، الفصل في القواعد الفقهية للدكتور يعقوب الباحسين (ص ٣٤٦).

### القسم الثاني: الضرر المالي:

والضرر المالي هو ما كان محلله المال، سواء كان حيواناً أو منقولاً أو عقاراً، وسواء كان الضرر الذي لحقه إتلافاً، أو تعطيلاً لبعض الصفات، أو حدوث نقص فيه وتعييب، بحيث يخرج المال من أن يكون منتفعاً به المنفعة المطلوبة، أو عن طريق إنقاص قيمته.

ومن أمثلة ذلك: أن سرقة القليل من المال مضمونة، فيجب على السارق رد المال المسروق إن كان موجوداً أو رد مثله أو قيمته إن كان تالفاً، وللحاكم تعزير الجاني بما يراه مناسباً

### المسألة الثانية: الضرر المعنوي اليسير:

الضرر المعنوي: هو كل أذى يصيب الإنسان في عرضه، أو عاطفته وشعوره، أو سمعته واعتباره.

وسمي هذا الضرر ضرراً أدبياً أو معنوياً؛ لأنه غير مادي، حيث إن محلله الشعور والعاطفة.

ومن أمثلة الأضرار المعنوية اليسيرة: السب والشتم، والانتقاص من اللون أو الجنس أو اللقب، وكذا التعبير بالعاهات المستكرهة، كيا أقرع، ويا أقطع، ويا أعمى، ونحوها<sup>(١)</sup>.

(١) المفصل في القواعد الفقهية للدكتور يعقوب الباحسين (ص ٣٤٦).

## المطلب الثاني: أقسام الضرر اليسير من حيث وقت تحققه:

وفيه مسألتان:

## المسألة الأولى: الضرر الحالي اليسير:

وهو ما كان متحققاً في الحال<sup>(١)</sup>، ويمكن التمثيل لهذا النوع من الضرر بأمثلة كثيرة، ومنها: إنشاء محل تجاري وسط الحي السكني؛ لأنه يسبب أضرار عديدة متنوعة، ومنها الإزعاج والازدحام المروري، وكثرة المخلفات، وغيرها.

## المسألة الثانية: الضرر المآلي اليسير:

والضرر المآلي اليسير هو ما كان الضرر فيه لا يظهر حالاً، وإنما يتأخر ظهوره إلى ما بعد العمل أو التصرف المؤثر في ذلك<sup>(٢)</sup>، ويمكن التمثيل لهذا النوع من الضرر بأمثلة كثيرة، ومنها: أن حق الشفعة<sup>(٣)</sup> ثابت في الشريعة الإسلامية، والحكمة منه المنع والتخفيف من المشاكل والأضرار المستقبلية بين الشركاء<sup>(٤)</sup>، ومن المشاكل اليسيرة والأضرار التي قد يتسبب بها أحد الشريكين على الآخر في المستقبل قيامه برمي مخلفاته عند مدخل جاره

(١) المفصل في القواعد الفقهية للدكتور يعقوب الباحسين (ص ٣٤٧).

(٢) المفصل في القواعد الفقهية للدكتور يعقوب الباحسين (ص ٣٤٧).

(٣) هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه، وهذا الحق ثابت في النصوص الشرعية وإجماع العلماء، يقول جابر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (قضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة) متفق عليه، ينظر: المغني لابن قدامة (٥/٢٢٩).

(٤) موسوعة القواعد الفقهية (١٠/٥٥٩).

وشريكه، أو إيقاف سيارته أمام بابه دون إذنه، وكذا الصخب وتشغيل الأصوات العالية، ونحوها؛ فلذا شرع الله حق الشفعة دفعاً لتلك الأضرار وغيرها.

### المطلب الثالث: أقسام الضرر اليسير باعتبار مقابله بضرر آخر وعدم مقابله:

وفيه مسألتان:

#### المسألة الأولى: الضرر اليسير المقابل بضرر آخر:

الضرر المقابل بضرر آخر هدفه الانتقام والأخذ بالثأر<sup>(١)</sup>، ومنه الضرر الذي نهى عنه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حين قال: ((لا ضرر ولا ضرار))<sup>(٢)</sup>، والمراد به: أن يَضُرَّ بمن قد أضَرَّ به على وجه غير جائز<sup>(٣)</sup>، أو هو مقابلة الضرر بالضرر<sup>(٤)</sup>، أو إلحاق الإنسان مفسدة بمن أضر به على سبيل المجازاة، على وجه غير جائز معني<sup>(٥)</sup>، مثال ذلك: من أتلف مالا يسيراً لغيره لا يجوز أن يقابل بإتلاف مال مثله؛ لأن في ذلك توسعة للضرر من غير فائدة، وأفضل

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص ٢٥٥).

(٢) أخرجه ابن ماجه في الأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (٧٨٤/٢) (ح ٢٣٤١)، وقال البيهقي في السنن الكبرى (٦/٢٦١): مرسل، وقال ابن عبد البر في الاستذكار (٧/١٩٠): مرسل وروي مسنداً، وقال الحاكم في المستدرک (٢/٦٦): «هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه»، وقال الألباني في إرواء الغليل (٣/٤٠٨): حديث صحيح.

(٣) جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي (٢/٢١٢).

(٤) موسوعة القواعد الفقهية (٨/٨٧٣).

(٥) المتمتع في القواعد الفقهية للدكتور مسلم بن محمد الدوسري (ص ٢١٣).



منه تضمنين المتلف قيمة ما أتلف؛ لأن مقابلة الإلتلاف بالإلتلاف مقابلة ضرر بضرر بلا نفع ولا فائدة<sup>(١)</sup>.

### المسألة الثانية: الضرر اليسير المجرد:

الضرر المجرد هو أن يَضُرَّ بمن لا يَضُرُّه<sup>(٢)</sup>، أو إلحاق الإنسان مفسدة غيره ابتداء<sup>(٣)</sup>، مثال ذلك: أن يقوم شخص ببيع سلعة معينة ويكتم عن المشتري عيباً يسيراً فيها، كمن يبيع جهازاً إلكترونياً ويزعم أنه جديد، وهو في الحقيقة متأثر ببعض الخدوش، هذا التصرف فيه ضرر يسير على المشتري بسبب تدليس البائع، ولا شك أنه محرم ممنوع في الشريعة الإسلامية؛ لأن فيه إضراراً بالمشتري بغير حق.

### المطلب الرابع: أقسام الضرر اليسير باعتبار أثره:

وفيه مسألتان:

#### المسألة الأولى: الضرر اليسير المؤثر:

هو الأذى الذي يدخل على الإنسان في عباداته أو معاملاته وشؤون حياته فيغير الحكم أو يوجب الضمان ونحو ذلك، والفقهاء رَجَّهُوا اللَّهَ ذَكَرُوا عِدداً من الأمثلة التي توضح هذا النوع من الضرر، ومنها: أن الحامل والمرضع

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه للدكتور محمد صدقي بن أحمد البورنو (ص ٢٥٦)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للدكتور محمد بن مصطفى الزحيلي (١/٢٠١).

(٢) جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي (٢/٢١٢).

(٣) المتمع في القواعد الفقهية للدكتور مسلم بن محمد الدوسري (ص ٢١٣).

يجوز لهما الفطر في رمضان إذا خافتاً ضرراً يسيراً على الطفل، جاء في كتاب منح الجليل: «وَشَبَّهَ فِي الْجَوَازِ وَالْوُجُوبِ فَقَالَ (كَحَامِلٍ) جَنِينًا فِي بَطْنِهَا (وَمُرْضِعٍ) وَلَدَهَا (لَمْ يُمَكِّنْهَا) أَيُّ: الْمُرْضِعِ (اسْتِئْجَارًا) لِمُرْضِعٍ تُرْضِعُ وَلَدَهَا بَدَلَهَا لِعَدَمِ مَالٍ لِأَبِيهِ وَلَهُ وَلَهَا أَوْ مُرْضِعَةٍ أَوْ عَدَمِ قَبُولِ الْوَالِدِ غَيْرَهَا (أَوْ غَيْرُهُ) أَيُّ: الْإِسْتِئْجَارِ وَهُوَ إِرْضَاعُهَا بِنَفْسِهَا أَوْ غَيْرَهَا مَجَانًا (خَافَتَا) أَيُّ: تَحَقَّقَتْ أَوْ ظَنَّتْ الْحَامِلُ وَالْمُرْضِعُ ضَرَرًا بِالصَّوْمِ (عَلَى وَلَدَيْهِمَا) فَيَجُوزُ فِطْرُهُمَا إِنْ خَافَتَا ضَرَرًا يَسِيرًا وَيَجِبُ إِنْ خَافَتَا هَلَاكًا أَوْ أَدَى شَدِيدًا»<sup>(١)</sup>.

### المسألة الثانية: الضرر اليسير غير المؤثر:

هو الأذى الذي يدخل على الإنسان في عباداته أو معاملاته وشؤون حياته من غير أن يكون له تبديل أو أثر معتبر، فلا يغير حكماً ولا يوجب ضماناً ولا يشغل ذمة، بل إن وجود هذا الضرر كعدمه، والفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ ذكروا عدداً من الأمثلة التي توضح هذا النوع من الضرر،

ومنها: أن الهدى<sup>(٢)</sup> المعيب عيباً يسيراً لا أثر للنقص والضرر المترتب عليه، مثل أن يكون في الهدى عور غير بين أو عرج يسير ففي هذه الحالة لا يلزم صاحب الهدى العوض ويجزئه ذلك الهدى؛ لأن العيب اليسير لا يؤثر

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل (٢/ ١٥١).

(٢) الهدى: ما يهدى إلى الحرم من النعم للتقرب فيه إلى الله، والأنعام هي الإبل والبقر والغنم، قال النووي: «قال العلماء والهدى ما يهدى إلى الحرم من حيوان وغيره»، وقال البهوتي: «الهدى ما يهدى للحرم من نعم وغيرها، سمي بذلك؛ لأنه يهدى إلى الله»، انظر: حاشية ابن عابدين (٢/ ٦١٤)، المجموع للنووي (٨/ ٣٥٦)، الروض المربع (ص ٢٨٨).

في صحة الهدى، كما جاء في التبصرة: «ولا يتطوع بهدي المعيب، وإن كان العيب يسيراً أجزأه»<sup>(١)</sup>.

ومن هنا نستنتج أن الضرر اليسير ليس له حكم واحد محدد، فقد يكون مؤثراً في بعض الأحيان فيغير الأحكام ويوجب الضمان ويشغل الذمم، وقد يكون غير مؤثر ولا معتبر، وفي المطلب القادم -ياذن الله- سأذكر ما توصلت إليه من ضوابط للضرر اليسير المؤثر.

### المطلب الخامس: ضوابط الضرر اليسير غير المؤثر.

الأضرار اليسيرة لها أنواع كثيرة، وهي تدخل على الإنسان في جانب عباداته ومعاملاته فتخففها وتسقط عنه التكليف أو بعضه، ولكن هذا الأثر ليس على إطلاقه بل إن من الأضرار اليسيرة عرفاً ما ليس لأثره وجود، ولا للأحكام المترتبة عليه اعتبار، ولبيان ذلك قمت بحصر الضوابط والشروط التي مع وجودها لا يقوم للضرر اليسير أي أثر في تغيير الحكم الشرعي.

الضابط الأول: أن تكون المشقة المترتبة على الضرر اليسير لا يمكن الاحتراز عنها عادة<sup>(٢)</sup>.

(١) التبصرة للخملي (٣/ ١٢٣٩).

(٢) الضرر في الفقه الإسلامي للدكتور أحمد موافي (ص ٧٤١)، الممتع في القواعد الفقهية للدكتور مسلم الدوسري (ص ١٨٥).

**الضابط الثاني:** أن يكون الضرر متوهماً غير حقيقي سواء في الحال أو المستقبل، فلا تتغير الأحكام بسبب ضرر موهوم أو نادر الحصول، ولا يجوز أن تبنى عليه أحكام التخفيف<sup>(١)</sup>.

**الضابط الثالث:** أن يكون للشارع مقصد من وراء التكليف بهذا العمل المؤدي إلى الضرر، كالأضرار المترتبة على الجهاد والكفارات والقصاص، فهذه الأضرار غير مؤثرة يسيرة كانت أو فاحشة؛ لأن الشارع له مقصد من التكليف بها<sup>(٢)</sup>.

**الضابط الرابع:** أن يترتب على إعمال أثر الضرر اليسير ضرر أكبر يؤدي إلى تفويت مصلحة أعظم<sup>(٣)</sup>.

**الضابط الخامس:** وجود وسيلة أخرى من المباحات تغني عن إعمال أثر الضرر اليسير، فإذا كان هذا الضرر يترتب عليه مخالفة الأوامر والنواهي مع وجود البدائل التي يندفع بها هذا الضرر لم يكن ضرراً مؤثراً<sup>(٤)</sup>.

(١) الضرر في الفقه الإسلامي للدكتور أحمد موافي (ص ٧٢١)، نظرية الضرورة الشرعية للدكتور وهبة الزحيلي (ص ٦٦)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية للدكتور محمد بن عثمان شبير (ص ١٧١)، الفصل في القواعد الفقهية للدكتور يعقوب الباحثين (ص ٢٤٢)، حقيقة الضرورة الشرعية للدكتور محمد الجيزاني (ص ٦٥).

(٢) الموافقات للشاطبي (٢/ ٢١٥)، الضرر في الفقه الإسلامي للدكتور أحمد موافي (ص ٨٥٩)، المتع في القواعد الفقهية للدكتور مسلم الدوسري (ص ١٨٥).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٧)، الفصل في القواعد الفقهية للدكتور يعقوب الباحثين (ص ٢٤٢)، المتع في القواعد الفقهية للدكتور مسلم الدوسري (ص ١٨٥)، حقيقة الضرورة الشرعية للدكتور محمد الجيزاني (ص ٦٥).

(٤) نظرية الضرورة الشرعية للدكتور وهبة الزحيلي (ص ٦٩)، الفصل في القواعد الفقهية للدكتور يعقوب الباحثين (ص ٢٤٢)، حقيقة الضرورة الشرعية للدكتور محمد الجيزاني (ص ٦٥).

الضابط السادس: أن يترتب على إعمال أثر الضرر اليسير إبطال حق

الغير<sup>(١)</sup>.



(١) الضرر في الفقه الإسلامي للدكتور أحمد موافي (ص ٧٧٥)، نظرية الضرورة الشرعية للدكتور وهبة الزحيلي (ص ٦٩)، المفصل في القواعد الفقهية للدكتور يعقوب الباحسين (ص ٢٤٢).

## الفصل الثاني

### الضرر اليسير - دراسة تطبيقية

وفيه أربعة مباحث:

#### المبحث الأول

#### الضرر اليسير عند الفقهاء المتقدمين

ذكر الفقهاء المتقدمون رَحْمَهُمُ اللهُ عدداً من المسائل الفقهية المتعلقة بالضرر اليسير، وبينوا أثر ذلك الضرر على الحكم الشرعي، وسوف أذكر عدداً من المسائل المدونة في كتبهم.

**المسألة الأولى: ترك صلاة الجماعة بسبب المرض اليسير:**

**أولاً: النص الفقهي على وجود الضرر اليسير:**

قال النووي رَحْمَهُ اللهُ: «قَالَ أَصْحَابُنَا وَمِنُ الْأَعْدَارِ فِي تَرْكِ الْجَمَاعَةِ أَنْ يَكُونَ بِهِ مَرَضٌ يَشُقُّ مَعَهُ الْقَصْدُ وَإِنْ كَانَ يُمْكِنُ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي ذَلِكَ وَحَرَجًا وَقَدْ قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>(١)</sup>، فَإِنْ كَانَ مَرَضٌ يَسِيرٌ لَا يَشُقُّ مَعَهُ الْقَصْدُ كَوَجَعِ ضَرْسٍ وَصُدَاعِ يَسِيرٍ وَحُمَى خَفِيفَةٍ فَلَيْسَ بِعُدْرٍ، وَضَبَطُوهُ بِأَنْ تَلْحَقَهُ مَشَقَّةٌ كَمَشَقَّةِ الْمَشِيِّ فِي الْمَطْرِ»<sup>(٢)</sup>.

**ثانياً: صورة المسألة:**

رجل أدركه وقت الصلاة وهو مريض، فهل يجوز له ترك حضور صلاة الجماعة إذا كان مرضه يسير؟

(١) سورة الحج، الآية (٧٨).

(٢) المجموع للنووي (٤/٢٠٥).

### ثالثاً: حكم صلاة الفرض جماعة:

قبل الشروع في بيان حكم ترك الجماعة بسبب المرض اليسير لا بد من بيان مذاهب الفقهاء في حكم صلاة الفرض جماعة للرجال الأحرار.

اختلف الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ في حكم صلاة الفريضة جماعة للرجال الأحرار، والراجح من أقوال أهل العلم هو القول بأن صلاة الجماعة واجبة وجوباً عينياً، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الحنفية<sup>(١)</sup>، وهو القول المعتمد عند الحنابلة<sup>(٢)</sup>، وذهب فقهاء المالكية<sup>(٣)</sup>، والشافعية<sup>(٤)</sup> إلى القول بأنها سنة مؤكدة، وجاء عن الشافعية في وجه أنها فرض كفاية<sup>(٥)</sup>،<sup>(٦)</sup>

- (١) بدائع الصنائع (١/١٥٥)، الاختيار لتعليل المختار (١/٥٧)، البحر الرائق (١/٣٦٥).
- (٢) المغني لابن قدامة (٢/١٣٠)، الإنصاف للمرداوي (٢/٢١٠)، الروض المربع (ص: ١٢٣).
- (٣) جامع الأمهات (ص: ١٠٧)، شرح مختصر خليل للخرشي (٢/١٧)، حاشية الصاوي (١/٤٢٤).
- (٤) المجموع للنووي (٤/١٨٣)، تحفة المحتاج (٢/٢٤٧)، مغني المحتاج (١/٤٦٥).
- (٥) المجموع للنووي (٤/١٨٣)، تحفة المحتاج (٢/٢٤٧)، مغني المحتاج (١/٤٦٥).
- (٦) اختصاراً للبحث وبعداً عن الإطالة والاستطراد تم حذف الأدلة والمناقشات الواردة في هذه المسألة، ويمكن الرجوع لها في كتب المذاهب الفقهية المتقدمة، ومن أهمها كتاب بدائع الصنائع (١/١٥٥)، والبحر الرائق (١/٣٦٥) عند الحنفية، وكتاب بداية المجتهد (١/١٥٠)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٢/١٧) عند المالكية، وكتاب المجموع للنووي (٤/١٨٣)، مغني المحتاج (١/٤٦٥) عند الشافعية، وكتاب المغني لابن قدامة (٢/١٣٠)، والروض المربع (ص: ١٢٣) عند الحنابلة.

رابعاً: هل تسقط صلاة الجماعة عن المريض؟

الأمراض ليس لها حكم واحد؛ لتعدد أنواعها، وتفاوت آثارها، ويمكن تقسيم الأمراض من حيث درجة المشقة إلى نوعين:

النوع الأول: المرض الشديد:

إذا كان في خروج المريض لصلاة الجماعة مشقة شديدة كزيادة ألم أو تأخر براء ونحوه فلا يلزمه الخروج باتفاق الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ<sup>(١)</sup>، واستدلوا على ذلك بعدد من الأدلة، ومنها:

الدليل الأول: لما اشتد مرض النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تخلف عن الصلاة في المسجد وقال: ((مُرُوا أَبَا بَكْرٍ فَلْيُصَلِّ بِالنَّاسِ))<sup>(٢)</sup>.

الدليل الثاني: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((مَنْ سَمِعَ الْمُنَادِيَ فَلَمْ يَمْنَعَهُ مِنْ اتِّبَاعِهِ، عُدْرٌ))، قَالُوا: وَمَا الْعُدْرُ؟ قَالَ: ((خَوْفٌ أَوْ مَرَضٌ، لَمْ تُقْبَلْ مِنْهُ الصَّلَاةُ الَّتِي صَلَّى))<sup>(٣)</sup>.

(١) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٢/١٢٦)، المغني لابن قدامة (١/٤٥١).

(٢) أخرجه البخاري في الأذان باب حد المريض أن يشهد الجماعة (١/١٣٣) (ح ٦٦٤)، ومسلم في الصلاة باب استخلاف الإمام إذا عرض له عذر من مرض وسفر (١/٣١٣) (ح ٤١٨).

(٣) أخرجه أبو داود في الصلاة باب في التشديد في ترك الجماعة (١/١٥١) (ح ٥٥١)، وقال الحاكم في المستدرک (١/٣٧٢): صحيح على شرح الشيخين ولم يخرجاه.



## النوع الثاني: المرض اليسير:

ذكر النووي رَحْمَهُ اللهُ ضابط المرض اليسير فقال هو الذي: «لَا يَشُقُّ مَعَهُ الْقَصْدُ كَوَجَعِ ضُرْسٍ، وَصُدَاعِ يَسِيرٍ، وَحُمَى خَفِيفَةٍ»<sup>(١)</sup>.

وذكرنا سابقاً أن الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ اختلفوا في حكم صلاة الجماعة على ثلاثة أقوال-الوجوب والسنية وفرض الكفاية- وبعد التتبع والنظر في كتبهم وجدت أنهم في حكم ترك صلاة الجماعة للمريض مرضاً يسيراً على اتجاهين:

**الاتجاه الأول:** التصريح بأن المريض مرضاً يسيراً حكمه حكم الصحيح، فلا يعد مرضه عذراً مسقطاً لترك صلاة الجماعة<sup>(٢)</sup>.

**الاتجاه الثاني:** عدم التصريح بحكم هذه المسألة على وجه الخصوص- وهم الأغلب-<sup>(٣)</sup>، فذكروا حكم صلاة الجماعة ثم بينوا أن من الأعذار المسقطة لصلاة الجماعة المرض الشديد، وقولهم المرض الشديد دليل على أن المرض اليسير لا يعد عذراً مسقطاً لترك صلاة الجماعة، وأن المريض في هذه الحالة يلحق حكمه بالصحيح.

(١) المجموع للنووي (٤/٢٠٥).

(٢) المجموع للنووي (٤/٢٠٥).

(٣) حاشية ابن عابدين (١/٥٥٤)، القوانين الفقهية (ص٤٨)، منح الجليل (١/٤٥٠)، المبدع في شرح المقنع (٢/١٠٤).

واستناداً إلى ما سبق: يُلحق المريض مرضاً يسيراً بالصحيح في الحكم في كل مذهب؛ لأنه قادر على حضور الجماعة كالصحيح، ولأن مشقته يسيرة محتملة فلم يكن لمرضه أثر في تغيير الحكم<sup>(١)</sup>.

خامساً: أثر الضرر اليسير في هذه المسألة:

المرض اليسير ليس له تأثير في حكم صلاة الجماعة؛ لأن مشقته يسيرة غير معتبرة، فيعامل المريض مرضاً يسيراً معاملة الصحيح وليس لمرضه أثر، فمن قال بوجوب صلاة الجماعة من الفقهاء قال بوجوب شهوده الجماعة، ومن قال بأنها سنة قال يسن له شهودها، فاختلاف الحكم بناء على اختلاف الفقهاء في الحكم الأولي لصلاة الجماعة، وأما المرض هنا فليس له تأثير، والله أعلم.

المسألة الثانية: أثر الغبن اليسير في بيع المسترسل<sup>(٢)</sup>:

أولاً: النص الفقهي على وجود الضرر اليسير:

قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «ويثبت الخيار في البيع للغبن في مواضع: أحدها، تلقي الركبان، إذا تلقاهم فاشترى منهم وباعهم وغبنهم. الثاني:

(١) سبق بيان حكم صلاة الجماعة بداية هذه المسألة، والمريض مرضاً يسيراً ملحق بالصحيح في حكم حضور صلاة الجماعة فلا يلزم إعادة أقوال والأدلة؛ ولهذا السبب آثرت عدم الإعادة اختصاراً.

(٢) الاسترسال في اللغة: الاستئناس والطمأنينة إلى الإنسان والثقة به فيما يحدثه، والاسترسال: التأنى في مشية الدابة، وأصله السكون والثبات، يقال: استرسل الشيء: إذا سلس، انظر: الصحاح (٤ / ١٧٠٨) مادة (رسل)، لسان العرب (١١ / ٢٨٣)، تاج العروس (٢٩ / ٧٧).

بيع النجش. ويذكران في مواضعهما. الثالث: المسترسل إذا غبن غبناً يخرج عن العادة؛ فله الخيار بين الفسخ والإمضاء»<sup>(١)</sup>.

ثانياً: صورة المسألة:

رجل اشترى سلعة وبعد إتمام العقد علم أنه غبن في ثمنها غبناً يسيراً، وكان سبب حدوث الغبن جهله بقيمة السلعة، وقلة خبرته، واسترساله في الشراء؛ فهل يؤثر ذلك على صحة العقد؟

ثالثاً: حكم المسألة:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الغبن اليسير في بيع المسترسل غير مؤثر في صحة البيع؛ فالبيع صحيح نافذ<sup>(٢)</sup>، واستدل الفقهاء على ذلك بعدد من الأدلة، منها:

والمسترسل في الاصطلاح: هو الجاهل بقيمة السلعة، ولا يحسن المبايعه، فكأنه استرسل إلى البائع، فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة، ولا معرفة بغبنه، يقول للبائع: أعطني هذا: معتمداً على صدق غيره؛ لسلامة سريره فينقاد له انقياد الدابة لقائدها، انظر: المغني لابن قدامة (٣/ ٤٩٨)، حاشية الروض المربع (٤/ ٤٣٦).

(١) المغني لابن قدامة (٣/ ٤٩٧).

(٢) البحر الرائق (٥/ ٢٨٥)، حاشية ابن عابدين (٥/ ١٤٣)، البيان والتحصيل (١١/ ١٣)، مواهب الجليل (٤/ ٤٦٩)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٢٨٥)، المجموع للنووي (١٢/ ٣٢٦)، الهداية على مذهب الإمام أحمد (ص: ٢٣٣)، الشرح الكبير على متن المقنع (٤/ ٧٩)، المبدع في شرح المقنع (٤/ ٧٧).

الدليل الأول: كان حبان بن منقذ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ يُجَدِّعُ فِي الْبَيْعِ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: ((إِذَا أَنْتَ بَايَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ<sup>(١)</sup>، ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيَالٍ، فَإِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ، وَإِنْ سَخِطْتَ فَارْذُدْهَا عَلَى صَاحِبِهَا))<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة: في هذا الحديث دليل على أن المسترسل المغبون ليس له خيار بسبب الغبن؛ لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمره بشرط الثلاث، ولو كان هذا الغبن يُثَبِّتُ الْخِيَارَ لِأَمْرِهِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالْفَسْخِ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ، وَلَمَّا قَدَرَهُ بِالثَّلَاثِ<sup>(٣)</sup>.

الدليل الثاني: البيع لا يخلو من غبن يسير عادة، ولو حكم برد البيع بسبب الغبن اليسير ما نفذ بيع أبدأ<sup>(٤)</sup>.

الدليل الثالث: المبيع سليم ولم يوجد من جهة البائع تدليس، وإنما فرط المشتري في ترك الاستظهار؛ فلم يجز له الرد<sup>(٥)</sup>.

(١) لا خلابة: أي: لا خداع، وقال النووي: «ومعنى «لا خلابة»: لا خديعة، أي: لا تحل لك خديعتي»، انظر: غريب الحديث لابن الجوزي (١ / ٢٩٤)، شرح النووي على مسلم (١٠ / ١٧٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه في الأحكام باب الحجر على من يفسد ماله (٢ / ٧٨٩) (ح ٢٣٥٥)، وقال شعيب الأرنؤوط في تحقيقه سنن ابن ماجه (٣ / ٤٤٢): حديث صحيح.

(٣) الذخيرة للقرافي (٥ / ١١٢).

(٤) أحكام القرآن لابن العربي (٤ / ٢٦١)، كشاف القناع (٣ / ٢١٩).

(٥) المجموع للنووي (١٢ / ٣٢٦).

رابعاً: أثر الضرر اليسير في هذه المسألة:

الغبن اليسير في بيع المسترسل يترتب عليه ضرر يسير على المشتري، ولكن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ اتفقوا على أن هذا الضرر غير مؤثر في الحكم الشرعي؛ لأن الغبن اليسير في البيوع لا يمكن الاحتراز منه عادة، فالبيع نافذ صحيح، والضرر مغتفر، والله أعلم.

المسألة الثالثة: أثر العيب اليسير في أحد الزوجين على عقد النكاح:

أولاً: النص الفقهي على وجود الضرر اليسير:

قال الزيلعي رَحِمَهُ اللهُ: «ولأن النكاح يشبه البيع؛ لأنه عقد مبادلة، والبيع يرد بالعيب فكذا النكاح... ترد المرأة إذا كان بالرجل عيب فاحش بحيث لا تطبق المقام معه؛ لأنها تعذر عليها الوصول إلى حقها المعنى فيه فكان كالجب والعنة»<sup>(١)</sup>.

وقال الصاوي رَحِمَهُ اللهُ: «والبرص يرد به بشرط أن يكون فاحشاً لا يسيراً»<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: صورة المسألة:

نكح رجل امرأة، وبعد عقد النكاح تبين له وجود عيب يسير فيها؛ فهل يؤثر وجود ذلك العيب على عقد النكاح؟

(١) تبين الحقائق (٣/ ٢٥).

(٢) حاشية الصاوي (٢/ ٤٧١).

### ثالثاً: حكم المسألة.

ذهب عامة الفقهاء إلى جواز فسخ عقد النكاح؛ بسبب وجود العيب في أحد الزوجين في الجملة<sup>(١)</sup>، والدليل على ذلك: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((فر من المجذوم كما تفر من الأسد))<sup>(٢)</sup>، وقال في حديث آخر: ((لا توردوا الممرض على المصح))<sup>(٣)</sup>؛ فالنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر أمراً عاماً فيه وجوب البعد والفرار عن أصحاب الأمراض والعايات، ويؤخذ من هذا العموم: جواز فسخ عقد النكاح، وثبوت الخيار بسبب وجود عيب في أحد الزوجين<sup>(٤)</sup>.

ولكن الأمراض والعيوب مختلفة متنوعة سواء في العصر الحديث أو القديم، والفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ كذلك اختلفوا في ثبوت فسخ النكاح في أغلب الأمراض والعيوب، إلا أنهم اتفقوا على أن العيب اليسير لا يعد سبباً لثبوت فسخ النكاح<sup>(٥)</sup>؛ لأن النكاح عقد معاوضة لا يتحمل الفسخ إلا إذا وجدت أسباباً تخل بالمقصود منه، والمقصود من النكاح: قضاء الشهوة والنسل<sup>(٦)</sup>.

(١) المنشور في القواعد الفقهية للزرکشي (٤٢ / ٣).

(٢) أخرجه البخاري في الطب باب الجذام (١٢٦ / ٧) (ح ٥٧٠٧).

(٣) أخرجه البخاري في الطب باب لا عدوى (١٣٩ / ٧) (ح ٥٧٧٤)، ومسلم بلفظ مقارب في السلام باب لا عدوى، ولا طيرة، ولا هامة، ولا صفر، ولا نوء، ولا غول، ولا يورد ممرض على مصح (٤ / ١٧٤٤) (ح ٢٢٢١).

(٤) شرح النووي على مسلم (٢٢٨ / ١٤).

(٥) الاستذكار لابن عبد البر (٥ / ٤٢٢)، بداية المجتهد (٣ / ٧٣).

(٦) المبسوط للسرخسي (٥ / ٩٥).

فالقرع مثلاً عيب يسير لا يمنع كمال الاستمتاع، ولا يخل بمقصود النكاح؛ فلا يعد سبباً من أسباب فسخ النكاح باتفاق الفقهاء<sup>(١)</sup>.  
رابعاً: أثر الضرر اليسير في هذه المسألة:

العيب اليسير في أحد الزوجين يترتب عليه ضرر يسير على الطرف الآخر، ولكن هذا الضرر مغتفر وغير مؤثر باتفاق الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ؛ لأن العيوب اليسيرة كثيرة ومتنوعة، ويترتب على الحكم بفسخ النكاح بسبب كل عيب يسير في أحد الزوجين ضرر أعظم وتفويت مصلحة أكبر، وهي النكاح، بشرط ألا تخل تلك العيوب اليسيرة بالمقصود الأصلي في عقد النكاح، فإذا أخلت لا تغتفر.

(١) المغني لابن قدامة (٧/ ١٨٦).

## المبحث الثاني الضرر اليسير عند الفقهاء المعاصرين

ذكر الفقهاء المعاصرون عدداً من المسائل الفقهية المتعلقة بالضرر اليسير، وبينوا أثر ذلك الضرر على الحكم الشرعي، وسوف أذكر أمثلة منها.

### المسألة الأولى: الضرر اليسير في عقود الأنظمة المعلوماتية:

قبل بيان أثر الضرر اليسير في عقود الأنظمة المعلوماتية سوف أقوم بتصوير المسألة، وبيان معنى عقود الأنظمة المعلوماتية.

#### أولاً: صورة المسألة:

رجل اتفق مع آخر على إنشاء برنامج تعليمي إلكتروني للأطفال على شبكة الإنترنت بمواصفات وشروط محددة مقابل مبلغ مالي، وبعد إتمام العقد واستلام المبرمج للثمن قام بتشغيل البرنامج وتفاجأ بوجود عيوب يسيرة في البرنامج تشوش عليه وتمنعه من استعمال البرنامج بالشكل المطلوب كظهور إعلانات منبثقة، أو بطء في التحميل؛ بسبب ثقل البرنامج ونحو ذلك.

#### ثانياً: تعريف عقود الأنظمة المعلوماتية:

عرفت العقود المعلوماتية بعدد من التعريفات، منها: «العقد المعلوماتي عقد يرد على برامج الحاسب الآلي سواء أكانت تشغيلية، وهي التي تعمل على تشغيل جهاز الحاسوب واستمرارية عمله، وتُخزن على ذاكرته الرئيسية، وتعتبر بنية تحتية لغيرها من البرامج بالنظر إلى ضرورتها الفنية كتشغيل



الحاسوب والذي لا يعمل إلا بها، أم كانت تطبيقية تصمم لتحقيق مهام وظيفية معينة كالبرامج الخاصة بالتشريعات القانونية للمحامين أو البرامج الخاصة بالرسم الهندسي أو البرامج الخاصة بالأسهم والسندات والبرامج المنظمة لحسابات العملاء في البنوك أو برامج الأطفال وغيرها»<sup>(١)</sup>.

وعرفت أيضاً بأنها: «ذلك العقد الذي يلجأ الشخص من خلاله إلى شراء برنامج المعلومات، ويحدث ذلك عندما يندمج برنامج المعلومات في وسيط مادي يتم عرضه في الأسواق مثل: الأسطوانات والكتب، ويبدو ذلك بصورة خاصة عندما يكون البرنامج جزءاً من مكونات الحاسب الإلكتروني فيشمله البيع»<sup>(٢)</sup>.

يلاحظ من التعريفين السابقين بيان معنى عقود الأنظمة المعلوماتية بشكل مفصل ودقيق، غير أن التعريف الأول أجمع وأفضل؛ لأنه شمل البرامج التشغيلية والبرامج التطبيقية بخلاف التعريف الثاني حيث حصر عقود الأنظمة المعلوماتية على البرامج التطبيقية.

ثالثاً: أثر الضرر اليسير في عقود الأنظمة المعلوماتية:

عقود الأنظمة المعلوماتية من عقود المعاوضات المالية، وعقود المعاوضات يجب فيها على أطراف العقد الالتزام بالشروط والأوصاف المتفق عليها، فإذا استلم المشتري من المبرمج البرنامج الذي اتفقا عليه ثم

(١) حكم الاستغلال في عقود المعلوماتية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني (ص ٦)، نقلاً عن النظام القانوني لعقود برامج الحاسوب لإياد بطاينة.

(٢) الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت لبشار محمود دودين (ص ٤٠).

اكتشف فيه عيباً مؤثراً في العقد؛ ثبت له حق الخيار، كما قال أحد الباحثين المعاصرين في معرض حديثه عن شروط ضمان العيب المعلوماتي: «أن يكون العيب المعلوماتي مؤثراً: لا يضمن المتعهد العيب إلا إذا كان على قدر من الجسامة والأهمية، فالعيوب التي لا تؤثر في النظام المعلوماتي إلا تأثيراً طفيفاً لا يضمنها المتعهد»<sup>(١)</sup>.

وجاء في كتاب «الإطار القانوني»: «أن يكون العيب مؤثراً؛ لكي يستطيع المستخدم الادعاء بوجود العيب الخفي، فقد اشترط المشرع أن يكون هذا العيب مؤثراً بالإضافة لكونه قديماً وخفياً، ويكون العيب مؤثراً إذا تم حدوث نقص في أداء الوظيفة المرادة من البرنامج، ويرجع في تحديد الوظيفة أو المنفعة التي أرادها المستخدم من البرنامج إلى عدة معايير يتم من خلالها تحديد مدى تأثير العيب الخفي على البرنامج، فالعيب المؤثر يكون على قدر من الأهمية بحيث لو علم المستخدم بمدى تأثيره قبل التعاقد لامتنع عن التعاقد وقام بالبحث عن برامج أو عروض أفضل تحقق غاياته»<sup>(٢)</sup>.

وجاء في كتاب «النظام القانوني لعقود إعداد برامج الحاسوب»: «أن يكون العيب مؤثراً: يكون العيب مؤثراً في البرنامج، إذا كان ينقص من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه، وحسبها هو مذكور وموضح في

(١) بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد التاسع والثلاثون، عام ١٤٣٠هـ، بعنوان: مدى ضمان العيب الخفي في عقود المعلوماتية للدكتور طارق كاظم عجيل (ص ٢٧١).

(٢) الإطار القانوني لعقود إعداد البرامج الإلكترونية للدكتور محمد موسى خلف (ص ٣١٥).

العقد أو القواعد العامة، أو حسبما يظهر من طبيعته ومدى تأثيره على المنفعة المرجوة منه، أو استعماله للغرض الذي أعد من أجله»<sup>(١)</sup>.

فإذا كان العيب الموجود في النظام المعلوماتي يسيراً عرفاً بحيث يجري التسامح فيه في عادة الناس وعرفهم؛ اغتفر ولم يؤثر في صحة العقد وسلامته، وهذا القول هو الموافق لقول الفقهاء من قديم الزمان؛ حيث اتفقوا على أن الغبن اليسير في المعاملات المالية غير مؤثر في صحة العقد، كما ثبت عن ابن هبيرة رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ قَالَ: «واتفقوا على أن الغبن في البيع بما لا يفحش لا يؤثر في صحته»<sup>(٢)</sup>.

### المسألة الثانية: الضرر اليسير في الدعايات والإعلانات التجارية:

قبل بيان أثر الضرر اليسير في الدعايات والإعلانات التجارية سوف أقوم ببيان معنى الدعايات والإعلانات التجارية، وطرق التضليل والخداع فيها، وبيان حكمهما في الشريعة الإسلامية.

#### أولاً: تعريف الدعايات والإعلانات التجارية:

الدعاية التجارية: كل إخبار يتعلق بالمنتج أو الخدمة، أيًا كانت أداة هذا الإخبار<sup>(٣)</sup>.

(١) النظام القانوني لعقود إعداد برامج الحاسوب لرقاد عبد الرحيم (ص ٥٠).

(٢) الإفصاح عن معاني الصحاح (ص ١٦٤).

(٣) إعلام البائع (المنتج، الموزع) بالوسائل الحديثة وموقف الفقه الإسلامي منها للدكتور إبراهيم عماري، وهو بحث منشور في مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية العدد الخامس (ص ٣٣).

الإعلان التجاري: هو كل ما يستخدمه التاجر لحفز المستهلك من أجل الإقبال على سلعته<sup>(١)</sup>.

وعند التأمل في هذين المصطلحين نجد أنهما متقاربان تقارباً شديداً، فالدعاية لمنتج ما تستعمل فيها وسائل الإعلان الأكثر شيوعاً، وأما الإعلان عن منتج ما، فهو يؤدي إلى الدعاية له في وسط المستهلكين كي يقدموا على شرائه، وعلى ذلك يكون بين المصطلحين عموم وخصوص، وفي الواقع نرى تداخل المصطلحين واستعمال الناس لهما كمصطلحين مترادفين<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أمثلة لطرق وأساليب التضليل في الدعايات والإعلانات التجارية:

اهتمام التاجر بالإعلان لمنتجاته وخدماته يجذب المستهلكين ويحفزهم على الشراء، وللتاجر أن يعلن عن سلعه ومنتجاته بجميع الوسائل المسموعة، والمرئية، والمقروءة، كالتلفاز، والمذياع، والصحف، والملصقات والألواح الضوئية التي تعلق في الشوارع والأماكن العامة، وكذا إرسال الرسائل الدعائية للمستهلكين عن طريق أرقام الهواتف أو الحسابات الإلكترونية، ولكل وسيلة من هذه الوسائل جمهورها الذي يثق فيها، ويتابع المادة الإعلانية التي تقوم بنشرها.

وفي الواقع نجد أن كثيراً من هذه الإعلانات التجارية تفتقد المصداقية والأمانة، لقيام التجار وأرباب السلع بالتحايل على المستهلكين والكذب

(١) الخداع الإعلاني وأثره في معيار التدليس (ص ٢٢٠).

(٢) إعلام البائع (المنتج، الموزع) بالوسائل الحديثة وموقف الفقه الإسلامي منها للدكتور إبراهيم عماري، وهو بحث منشور في مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية العدد الخامس (ص ٣٣).

عليهم وخذاعهم بطرق خفية في مواصفات السلعة أو ثمنها، بهدف دفعهم إلى الشراء والتعاقد معهم ظانين أن ذلك المنتج في مصلحتهم، ومن أمثل طرق التحايل والتضليل التي يستعملها التجار اليوم في الدعايات والإعلانات التجارية ما يلي:

المثال الأول: تقليد وتزوير الأسماء والعلامات التجارية<sup>(١)</sup>:

المثال الثاني: إظهار البائع السلعة في غير صورتها:

حيث يقوم البائع بإظهار الجزء الحسن وإخفاء الجزء السيئ؛ فيدلس بذلك على المشتري<sup>(٢)</sup>.

المثال الثالث: إعلان بعض الشركات عن عروض وأسعار منافسة لمنتجاتها:

فإذا عزم المشتري على الشراء يفاجأ أن هذا السعر لا يشمل الرسوم والضرائب المالية<sup>(٣)</sup>.

(١) قضايا الفقه الإسلامي، الإعلان التجاري نموذجاً (ص ٦٤).

(٢) قضايا الفقه الإسلامي، الإعلان التجاري نموذجاً (ص ٦٤)، الإعلانات التجارية للدكتور عبد المجيد محمود، وهو بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون العدد الحادي والعشرون (ص ٣٥).

(٣) الإعلانات التجارية للدكتور عبد المجيد محمود، وهو بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون العدد الحادي والعشرون (ص ٣٥).

### المثال الرابع: إعلان بعض الشركات عن تخفيضات:

تصل إلى ٥٠٪ على جميع المنتجات والخدمات، ثم قيامها برفع أسعار هذه المعروضات بنسبة مساوية لنسبة التخفيض أو أزيد؛ مما يجعل التخفيض لا معنى له<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: حكم الدعايات والإعلانات التجارية:

الإعلان التجاري من المعاملات المالية التي تهدف إلى ترويج السلع والخدمات، والأصل في حكمها الجواز<sup>(٢)</sup>، والدليل على ذلك ما يلي:

الدليل الأول: قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾<sup>(٣)</sup>.

وجه الدلالة: في هذه الآية أمر من الله تعالى لعباده في طلب المكاسب والتجارات، ولا شك أن الإعلان التجاري سعي في طلب المكاسب والأرزاق من قبل المروجين له، فهو داخل في هذا العموم<sup>(٤)</sup>.

(١) الإعلانات التجارية للدكتور عبد المجيد محمود، وهو بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون العدد الحادي والعشرون (ص ٣٥)، إعلام البائع (المنتج، الموزع) بالوسائل الحديثة وموقف الفقه الإسلامي منها للدكتور إبراهيم عمّاري، وهو بحث منشور في مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية العدد الخامس (ص ٤١).

(٢) قضايا الفقه الإسلامي، الإعلان التجاري نموذجاً (ص ٥٦)، الإعلانات التجارية مفهومها وضوابطها لعلي المناصير (ص ٤٧)، الإعلانات التجارية للدكتور عبد المجيد محمود، وهو بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون العدد الحادي والعشرون (ص ٣٥).

(٣) سورة الجمعة، الآية (١٠).

(٤) تفسير السعدي (ص ٨٤٣)، قضايا الفقه الإسلامي، الإعلان التجاري نموذجاً (ص ٦٤).

**الدليل الثاني:** عن قيس بن أبي غرزة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمُ قَالَ: كُنَّا فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَسْمَى السَّمَاةَ فَمَرَّ بِنَا رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَسَمَانَا بِاسْمِ هُوَ أَحْسَنُ مِنْهُ، فَقَالَ: ((يَا مَعْشَرَ التَّجَارِ، إِنْ الْبَيْعَ يَحْضُرُهُ اللَّغْوُ وَالْحَلْفُ، فَشُوبُوهُ بِالصَّدَقَةِ))<sup>(١)</sup>.

**وجه الدلالة:** الإعلان والدعاية التي يتعامل بها الناس اليوم فيها شبه كبير بعمل الدلال المعروف قديماً، وهو من يعرف بمكان السلعة ومزاياها وصاحبها، وينادي في الأسواق عليها، وغالباً ما يصاحب ذلك الشناء على السلعة بما لا يعرفه المشتري، وعمل الدلالة جائز كما هو ظاهر في الحديث الشريف، فيقاس حكم الإعلان التجاري عليه ويأخذ حكمه لشبهه به<sup>(٢)</sup>.

**الدليل الثالث:** اتفق الفقهاء على أن الأصل في المعاملات الإباحة ولا يجرم منها إلا ما ورد في الشرع تحريمه<sup>(٣)</sup>، وليس ثمّ دليل من كتاب أو سنة

(١) أخرجه أبو داود في البيوع باب في التجارة يخالطها الحلف واللغو (٣/ ٢٤٢) (ح/٣٣٢٦)، والترمذي بلفظ مقارب في البيوع باب ما جاء في التجار وتسمية النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إياهم (٣/ ٥٠٦) (ح/١٢٠٨)، والنسائي بلفظ مقارب في الحلف والكذب لمن لم يعتقد اليمين بقلبه (٧/ ١٤) (ح/٣٧٩٧)، وابن ماجه بلفظ مقارب في التجارات باب التوقي في التجارة (٢/ ٧٢٦) (ح/٢١٤٥)، وقال الترمذي في سننه (٣/ ٥٠٦): «وهذا حديث حسن صحيح».

(٢) الإعلانات التجارية مفهوماً وضوابطها لعلّي المناصير (ص٤٧)، قضايا الفقه الإسلامي، الإعلان التجاري نموذجاً (ص٥٦)، إعلام البائع (المنتج، الموزع) بالوسائل الحديثة وموقف الفقه الإسلامي منها للدكتور إبراهيم عمّاري، وهو بحث منشور في مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية العدد الخامس (ص٤١).  
(٣) البناية شرح الهداية (٨/ ٣)، المجموع للنووي (٩/ ١٤٥)، المغني لابن قدامة (٣/ ٤٨٠).

أو إجماع أو قياس يدل على تحريم الدعايات الصادقة، فيبقى الحكم حينئذ على الأصل وهو الإباحة<sup>(١)</sup>.

رابعاً: أثر الضرر اليسير في الدعايات والإعلانات التجارية:

الضرر اليسير في الإعلانات التجارية سببه الغش والخداع والكذب على المشتري، فمن اشترى سلعة ووجد فيها عيباً أو اختلافاً عن المواصفات التي ظهرت له في الإعلان التجاري كان له الحق في رد تلك السلعة إذا كان ذلك الاختلاف سبباً في نقص القيمة والضرر.

فلا يغتفر الضرر وإن كان يسيراً في هذه المسألة؛ لأن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ اتفقوا على ثبوت الخيار إذا كان العيب سبباً في نقص قيمة المبيع، وكان الغالب السلامة من ذلك العيب في تلك السلعة<sup>(٢)</sup>، والله أعلم.

(١) قضايا الفقه الإسلامي، الإعلان التجاري نموذجاً (ص ٥٦)، إعلام البائع (المنتج، الموزع) بالوسائل الحديثة وموقف الفقه الإسلامي منها للدكتور إبراهيم عماري، وهو بحث منشور في مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية العدد الخامس (ص ٤١).

(٢) المبسوط للسرخسي (٩٩/١٣)، تحفة الفقهاء (٩٣/٢)، حاشية ابن عابدين (٣/٥)، التاج والإكليل (٣٣٤/٦)، مواهب الجليل (٤٢٩/٤)، حاشية الدسوقي (١٠٨/٣)، نهاية المطلب (٢٢٨/٥)، المجموع للنووي (٣١٠/١٢)، الفروع وتصحيح الفروع (٢٣٥/٦)، كشاف القناع (٢١٩/٣)، حاشية الروض المربع (٤٤١/٤).



## المبحث الثالث

### الضرر اليسير في الأنظمة السعودية

جاء في النظام السعودي عدداً من الأنظمة المتعلقة بالضرر اليسير، مع بيان أثر ذلك الضرر، وسوف أذكر أحد تلك الأنظمة.

**عنوان المسألة: الغرامات المالية بسبب الضرر اليسير في الأماكن العامة:**

**أولاً: نص النظام السعودي على وجود الضرر اليسير:**

المثال الأول: جاء في المادة الخامسة من لائحة المحافظة على الذوق العام: «لا تجوز الكتابة أو الرسم أو ما في حكمهما على جدران مكان عام، أو أي من مكوناته، أو موجوداته، أو أي من وسائل النقل؛ ما لم يكن مرخصاً بذلك من الجهة المعنية»<sup>(١)</sup>.

ثم جاء في جدول الجزاءات عن المخالفات البلدية الصادر من وزارة الشؤون البلدية والقروية

ما يلي: «الكتابة على الجدران يترتب عليها أثر غير جسيم وقيمة غرامتها مائة ريال، ويجب على المخالف تصحيح المخالفة وتنظيف الجدار، وتضاعف عليه الغرامة عند التكرار»<sup>(٢)</sup>.

(١) موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، لائحة المحافظة على الذوق العام. <https://cutt.us/8FOX>

(٢) تعميم وزارة الداخلية رقم (١٠١٦٦) والصادر في تاريخ ١٤٤٣هـ، وجدول الجزاءات عن المخالفات البلدية الصادر من وزارة الشؤون البلدية والقروية والإسكان في عام ١٤٤٤هـ. <https://cutt.us/cn49Z>

المثال الثاني: جاء في المادة السادسة من لائحة المحافظة على الذوق العام: «لا يسمح في الأماكن العامة بأي قول أو فعل فيه إيذاء لمرتاديهما، أو إضرار بهم، أو يؤدي إلى إخافتهم أو تعريضهم للخطر»<sup>(١)</sup>.

ثم جاء في تعميم وزارة الداخلية (١٠١٦٦) ما يلي: «اللفظ بقول أو الإتيان بفعل في الأماكن العامة فيه إيذاء أو إخافة لمرتاديهما غرامته مائة ريال وفي حال التكرار تتضاعف الغرامة إلى مائتي ريال»<sup>(٢)</sup>.

المثال الثالث: إتلاف المزروعات والنباتات والأشجار في الحدائق والساحات العامة يترتب عليه أثر غير جسيم وقيمة غرامتها ألف ريال، ويجب على المتلف تعويض قيمة التالف، وتضاعف عليه الغرامة عند التكرار<sup>(٣)</sup>.

المثال الرابع: البصق وإلقاء النفايات في غير الأماكن المخصصة لها يترتب عليه غرامة قيمتها خمس مائة ريال، وفي حال التكرار تتضاعف الغرامة إلى ألف ريال<sup>(٤)</sup>.

(١) موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، لائحة المحافظة على الذوق العام <https://cutt.us/dqMKL>.

(٢) تعميم وزارة الداخلية رقم (١٠١٦٦) والصادر في تاريخ ١٤٤٣هـ.

(٣) جدول الجزاءات عن المخالفات البلدية الصادر من وزارة الشؤون البلدية والقروية والإسكان في عام ١٤٤٤هـ.

<https://cutt.us/6b7Hv>.

(٤) تعميم وزارة الداخلية رقم (١٠١٦٦) والصادر في تاريخ ١٤٤٣هـ.

المثال الخامس: تخطي طوابير الانتظار في الأماكن العامة لغير الحالات المستثناة، غرامته خمسون ريالاً وفي حال التكرار تتضاعف الغرامة إلى مائتي ريال<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أثر الضرر اليسير في الأماكن العامة في النظام السعودي:

من خلال الأمثلة السابقة يتبين عدم اغتفار الأضرار اليسيرة في الأماكن العامة؛ لأن فيه انتهاك وتعدي على حقوق الآخرين، فتم تحديد غرامات مالية على كل من اعتدى أو خالف الذوق العام.

(١) تعميم وزارة الداخلية رقم (١٠١٦٦) والصادر في تاريخ ١٤٤٣هـ.

## المبحث الرابع الضرر اليسير في المحاكم السعودية

التطبيقات القضائية المتعلقة بالضرر اليسير والمدونة في المواقع والمجلات القضائية كثيرة ومتنوعة، وسوف أذكر أمثلة منها.

**القضية الأولى:** المطالبة بتعويض قيمة التذاكر بعد استهلاكها بسبب الغبن:

قبل بيان أثر الضرر اليسير في هذه القضية سوف أقوم بعرض ملخص لهذه الدعوى ثم بيان الحكم القضائي الذي صدر فيها.

**أولاً:** ملخص الدعوى:

نظرت هذه الدعوى في عام ١٤٣٤هـ، ورقمها (١٨٩٧٥)، وتتلخص وقائع الدعوى في أن الشركة المدعية تقدمت إلى المحكمة الإدارية في الرياض بدعوى ضد الشركة المدعى عليها حيث قامت الشركة المدعية بتأمين تذاكر سفر داخلية ودولية لموظفي شركة المدعى عليها، وقد بقي على المدعى عليها من ثمن التذاكر التي استلمتها مبلغ مليون وتسعمائة وتسعة وخمسين ألفاً وخمسمائة وواحد وخمسين ريالاً، وطلب المدعي إلزام المدعى عليها بدفع المبلغ المذكور، ولكن المدعى عليها دفعت بعدم اختصاص ديوان المظالم بنظر هذه القضية، وأضافت بأن المدعية أضافت نسبة (١٤٪) على قيمة التذاكر وتحملت المدعى عليها هذه الزيادة دون وجه حق، وطلبت تعيين خبير للنظر في الأسعار التي كانت تتعامل بها المدعية مع المدعى عليها؛ لتحديد مدى الغبن الذي لحق بالمدعى عليها، وتحديد ما تستحقه المدعية من قيمة التذاكر<sup>(١)</sup>.

(١) موقع ديوان المظالم، المدونات القضائية <https://cutt.us/bAFJx>.

ثانياً: الحكم الصادر في القضية:

حكمت المحكمة بقبول الدعوى وإلزام الشركة المدعى عليها دفع كامل مبلغ التذاكر للشركة المدعية، وذلك للأسباب الآتية:

**السبب الأول:** لا يصح ما ذكرته المدعى عليها بعدم اختصاص ديوان المظالم بالنظر في مثل هذه القضية بل إن الدوائر التجارية في ديوان المظالم تختص بنظر هذه القضية وعلى المدعى عليها الإجابة على هذه الدعوى.

**السبب الثاني:** الشركة المدعى عليها أقرت بأنها اشترت التذاكر من الشركة المدعية بالمبلغ محل المطالبة.

**السبب الثالث:** على التسليم بوجود الغبن في قيمة التذاكر الذي ذكرته الشركة المدعى عليها وهو الزيادة في أسعار التذاكر بنسبة (١٤٪) فإن حكم المغبون الخيار في رد البيع أو إمساكه فقط دون حط ما غبن به من الثمن، وبما أن المدعى عليها استهلكت المبيع -التذاكر- فقد سقط حقها في خيار الغبن.

**السبب الرابع:** بالنظر إلى الزيادة في ثمن التذاكر التي تدعيها المدعى عليها وهي (١٤٪) فإنها -على افتراض صحتها- ليست زيادة فاحشة إذ إن زيادة أربعة عشر ريالاً في المائة ريال وزيادة ريال ونصف في العشرة ريالات لا تخرج عن الزيادة المعتادة، ومن المعلوم أن الغبن الموجب للخيار هو ما كان فاحشاً خارجاً عن العادة -بحسب ما قرره الفقهاء- مع جهل المشتري بقيمة البيع<sup>(١)</sup>.

(١) موقع ديوان المظالم، المدونات القضائية <https://cutt.us/TIRR7>.

ثالثاً: أثر الضرر اليسير في هذه الدعوى:

الضرر اليسير في هذه الدعوى متعلق بزيادة أسعار التذاكر بنسبة (١٤٪) عن سعر السوق المعتاد، ولكن ليس لهذه الزيادة أثر وليس للضرر المترتب عليها حكم، فعقد البيع صحيح ولازم بحكم المحكمة؛ لأن هذه الزيادة غير فاحشة ولا يترتب عليها كثير ضرر، حيث إنها لم تخرج عن المألوف في الأسعار؛ فيعفى عن يسير ضررها ويغتفر.

القضية الثانية: الطعن في تقدير قيمة العقار المنزوع لصالح مشروع طريق عام:

قبل بيان أثر الضرر اليسير في هذه القضية سوف أقوم بعرض ملخص لهذه الدعوى ثم بيان الحكم القضائي الذي صدر فيها.  
أولاً: ملخص الدعوى:

نظرت هذه القضية في عام ١٤٣٦هـ ورقمها (٢١٦٣) وتتلخص في مطالبة المدعين إلغاء قرار المدعى عليها -وزارة النقل بمنطقة مكة المكرمة- المتضمن تقدير قيمة عقار مورثهم المنزوع لصالح مشروع الطريق الدائري الثاني بمكة المكرمة، بسبب تضررهم من الغبن الفاحش في تميمين الأرض، فقامت المحكمة بنذب خبير للوصول إلى القيمة العادلة للأرض وانتهى الخبير إلى أن الغبن الذي لحق بالمدعين هو من قبيل الغبن اليسير، واليسير مغتفر؛ لعسر الاحتراز منه، ولجريان عادة الناس بإغفاله؛ لكثرة وقوعه في معاملاتهم<sup>(١)</sup>.

(١) موقع ديوان المظالم، المدونات القضائية <https://cutt.us/vLzZP>.

ثانياً: الحكم الصادر في القضية:

حكمت المحكمة برفض الدعوى التي تقدم بها المدعين ضد المدعى عليها -وزارة النقل بمنطقة مكة المكرمة-؛ لأن القرار الذي تم اعتماده في تثمين قيمة الأرض المنزوعة لصالح المصلحة العامة كان سالماً من الغبن الفاحش والبخس الظاهر، فيبقى القرار على أصل صحته<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أثر الضرر اليسير في هذه الدعوى:

الضرر الذي طلب المدعي إزالته والتعويض عنه ضرر يسير غير مؤثر في الحكم بناء على قول الخبير المنتدب من قبل المحكمة؛ ولذلك قررت المحكمة رفض الدعوى، لأن الضرر اليسير مغتفر غالباً ويصعب الاحتراز منه.

**القضية الثالثة: المطالبة بعزل مدير الشركة بسبب الضرر:**

قبل بيان أثر الضرر اليسير في هذه القضية سوف أقوم بعرض ملخص لهذه الدعوى ثم بيان الحكم القضائي الذي صدر فيها.

**أولاً: ملخص الدعوى:**

نظرت هذه القضية في عام ١٤٣٥هـ، ورقمها (٤٩٤) وتتلخص في منازعة بين شريك ومدير إدارة شركة، حيث طلبت المدعية عزل مدير إدارة الشركة لارتكابه العديد من المخالفات الشرعية أثناء إدارته والتي تسببت في حدوث خسائر جسيمة، حيث تجاوزت الخسائر رأس مال الشركة دون أن يتم تزويد المدعية بنسخة من ميزانية الشركة أو تقرير المدير عن أعمالها لإبداء

(١) موقع ديوان المظالم، المدونات القضائية <https://cutt.us/vLzZP>.

الرأي حولها إلا نسخة إنجليزية تم تسليمها لها بعد إلحاح شديد، ومنذ تسلم المدعى عليه إدارة الشركة لم يتم الدعوى لعقد اجتماعات ولقاءات للنظر في أعمال ومهام الشركة، وجرت مفاهيم ومخاطبات بين المدعية والمدعى عليه بخصوص ذلك الأمر ومن أجل الوصول إلى حل ودي بما يحفظ حقوق المدعية كشريك إلا أن المدعى عليه تعنت في الوصول لحل ودي، ويرفض أن يمد المدعية بالمستندات اللازمة ولا يسمح للمدعية بالاطلاع على أوراق ودفاتر الشركة مخالفاً بذلك النظام.

فالمدعية تطالب بعزل المدعى عليه مدير الشركة خشية أن يتم توريث المدعية بخسائر جديدة، وإلزامه بسداد جميع الخسائر التي ترتبت على الشركة نتيجة سوء إدارته ولإخفائه الحقائق عن الشركاء حتى دخلت الشركة في الديون الكبيرة التي تفوق طاقة الشركاء، ومنع المدعى عليه من السفر حتى انتهاء الدعوى خشية هروبه بما لديه من وثائق ومستندات<sup>(١)</sup>.

ثانياً: الحكم الصادر في القضية:

حكمت المحكمة برفض الدعوى التي تقدمت بها المدعية وما تضمنتها من طلبات، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: عزل المدير من إدارة الشركة إجراء يتطلب تعديل عقد الشركة الذي يلزم له موافقة أغلبية الشركاء الذين يمثلون ثلاثة أرباع رأس المال، والمدعية التي تطالب بذلك وحدها تمثل حصتها (٢٠٪) من رأس

(١) موقع ديوان المظالم، المدونات القضائية <https://cutt.us/7mSbV>.



المال بينما خالف رأيها بقية الشركاء في الشركة والذين يمثلون (٨٠٪) من رأس المال؛ وبالتالي فإن المعبر هو قرار الأغلبية.

**السبب الثاني:** لم يثبت مخالفة ما جاء في العقد لنص من شرع أو نظام، والمؤمنون على شروطهم؛ فلا يجوز للمدعية الانفكاك عن الالتزام بنود عقد الشركة.

**السبب الثالث:** بعد الاطلاع على الأوراق والمستندات لم تجد الدائرة ما يثبت الضرر على المدعية، بل إن الثابت وجود اجتماعات بين الشركاء وأن المدعية على علم بجميع ما يجري في الشركة.

**السبب الرابع:** الثابت نجاح مدير إدارة الشركة في أعماله الموكلة إليه، حيث إن الشركاء في الشركة لم يلحظوا عليه سوء إدارة وإلا لما أبقوه أو طابوا وقف الشركة مما يدل على رضاهم بعمل مديرها.

**السبب الخامس:** ما ثبت من أضرار وأخطاء قام بها مدير إدارة الشركة هي من قبيل الأخطاء اليسيرة التي لا يسلم منها أحد عادة، ووجودها لا يعتبر مبرراً كافياً لإجابة المدعية في طلبها<sup>(١)</sup>.

**ثالثاً: أثر الضرر اليسير في هذه الدعوى:**

بعد رفع القضية والنظر في مستنداتها قررت المحكمة رفض الدعوى التي تقدمت بها المدعية؛ لأن ما ثبت من خطأ وضرر قام به المدعى عليه هو

(١) موقع ديوان المظالم، المدونات القضائية <https://cutt.us/7mSbV>.

من قبيل الأضرار اليسيرة، واليسير مغتفر غير مؤثر في العقود والأحكام غالباً؛ لصعوبة التحرز منه.

وبعد ذكر عدد من التطبيقات الفقهية للمسائل المتعلقة بالضرر اليسير يتبين أن مقدار الضرر والغبن والعيب اليسير مرتبط بعرف الناس وعاداتهم، فما اعتبروه يسيراً في عرفهم فهو يسير، وما اعتبروه فاحشاً فهو فاحش، فيختلف اليسير باختلاف الزمان والمكان والحال.



## الخاتمة

أحمد الله تعالى أولاً وآخراً، وظاهراً وباطناً على ما يسر وأعان، وأسأله المزيد من فضله وإحسانه.

وبعد هذا العرض الموجز لموضوع الضرر اليسير وأثره في المسائل الفقهية توصلت إلى عدد من النتائج وهي على النحو التالي:

١. الضرر اليسير هو كل أذى قليل يتساهل فيه الناس عادة، سواء كان في النفس، أو الجسد، أو المال، أو العرض، ونحوه.

٢. العلاقة بين الضرر والمشقة هي علاقة العموم والخصوص المطلق، فكل ضرر يسير يترتب عليه مشقة، ولا يلزم من وجود المشقة اليسيرة الضرر.

٣. أجمع العلماء على أن الغرر اليسير مغتفر معفو عنه، كأخذ الأجرة على دخول الحمام، وشرب الماء من السقاء مع اختلاف الناس في استعمال الماء وشربه، بخلاف الضرر اليسير فلا يغتفر مطلقاً.

٤. حالة الضرورة في إطلاق الشرع أشد من حالة الحرج، فالواقع في الاضطرار قد بلغ فوق مرتبة الحرج، وللمضطر استثناءات وأحكام تفوق حالة الواقع في الحرج.

٥. الحاجة حالة افتقار وضيق، تستدعي التيسير والتخفيف، ولكنها لا تبلغ مرتبة الضرورة.

٦. إلحاق الضرر ابتداء ممنوع محرم في الشريعة الإسلامية؛ تحقيقاً لمبدأ العدل ومنعاً لأسباب الاعتداء والظلم، وأما إلحاق الضرر على وجه المقابلة

فقد يكون مشروعاً؛ -كالقتل قصاصاً-، وقد يكون محرماً -كالخروج على الحاكم الظالم-.

٧. الأضرار اليسيرة لها أنواع كثيرة، وهي تدخل على الإنسان في جانب عباداته ومعاملاته فتخففها وتسقط عنه التكليف أو بعضه، ولكن هذا الأثر ليس على إطلاقه بل إن من الأضرار اليسيرة عرفاً ما ليس لأثره وجود، ولا للأحكام المترتبة عليه اعتبار، فيكون دخوله عليها كعدمه.

٨. ليس للضرر اليسير أثر إذا كان متوهماً، أو مألوفاً ولا يمكن الاحتراز عنه، أو كان في مقابل ضرر آخر، أو كان إعماله يبطل حق الغير، أو كان للشارع مقصد وراءه فوجوده كالعدم.

٩. عرف الناس معتبر في تحديد مقدار العيب اليسير، والغبن اليسير، والضرر اليسير.

١٠. الغبن اليسير لا يؤثر في صحة البيع؛ لأن البيع لا يخلو من غبن يسير عادة، ولو حكم برده ما نفذ بيع أبداً.

١١. إذا كان في خروج المريض لصلاة الجماعة مشقة شديدة كزيادة ألم أو تأخر براء ونحوه فلا يلزمه الخروج باتفاق الفقهاء رَحْمَهُمُ اللَّهُ.

١٢. يلحق المريض مرضاً يسيراً بالصحيح في الحكم؛ لأنه قادر على حضور الجماعة كالصحيح، ولأن مشقته يسيرة محتملة فلم يكن لمرضه أثر في تغيير الحكم.

١٣. وجود العيب اليسير في أحد الزوجين لا يعد سبباً يثبت فيه فسخ عقد النكاح، إلا إذا أخل بالمقصود الأصلي من العقد.

١٤. يغتفر العيب اليسير الموجود في النظام المعلوماتي إذا تعارف الناس على التسامح في مثله عادة بناء على أن الغبن اليسير في المعاملات المالية غير مؤثر في صحة العقد.

١٥. من اشترى سلعة ووجد فيها عيباً أو اختلافاً عن المواصفات التي ظهرت له في الإعلان التجاري كان له الحق في رد تلك السلعة إذا كان ذلك الاختلاف سبباً في نقص القيمة وكان الغالب السلامة من ذلك العيب في تلك السلعة.

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

## فهرس المصادر والمراجع

### أولاً: الكتب والأبحاث العلمية:

١. أثر الحاجة في المعاملات المالية، للدكتورة جوزاء بنت بادي العتيبي، وهي رسالة مقدمة لجامعة الملك سعود لاستكمال متطلبات درجة الدكتوراه عام ١٤٣٣هـ.
٢. الاختيار لتعليل المختار: لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، مطبعة الحلبي، القاهرة، تاريخ النشر: ١٣٥٦هـ.
٣. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: لمحمد ناصر الدين الألباني، إشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ.
٤. الاستذكار: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
٥. أسد الغابة في معرفة الصحابة، لأبي الحسن علي بن أبي الكرم الشيباني الجزري، المحقق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.
٦. الإشراف على مذاهب العلماء، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، المحقق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، الناشر: مكتبة مكة الثقافية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ.
٧. إعلام البائع (المنتج، الموزع) بالوسائل الحديثة وموقف الفقه الإسلامي منها للدكتور إبراهيم عماري، وهو بحث منشور في مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد الخامس.



٨. الأعلام: لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي الدمشقي، الناشر: دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر، ٢٠٠٢م.
٩. الإعلانات التجارية مفهومها وأحكامها في الفقه الإسلامي لعلي بن عبد الكريم المناصير، وهي رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في قسم الفقه وأصوله التابع للجامعة الأردنية ٢٠٠٧م.
١٠. الإعلانات التجارية، أحكامها وضوابطها في الفقه الإسلامي للدكتور عبد المجيد بن محمود الصلاحيين، وهو بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون العدد الحادي والعشرين، ١٤٢٥هـ.
١١. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية.
١٢. البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
١٣. بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة: لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، مكتبة ومطبعة محمد علي صباح، القاهرة.
١٤. بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث - القاهرة، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ.
١٥. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.
١٦. البناية شرح الهداية: لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي، بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.

١٧. البيان في مذهب الإمام الشافعي: لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، المحقق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ.
١٨. البيان والتحصيل: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المحقق: د. محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ.
١٩. التاج والإكليل لمختصر خليل: لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.
٢٠. تاريخ الإسلام وَوَفِيَاتِ الْمُشَاهِرِ وَالْأَعْلَامِ: لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، المحقق: الدكتور بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
٢١. تاريخ بغداد: لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي، المحقق: الدكتور بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٢٢. تاريخ دمشق: لأبي القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر، المحقق: عمرو بن غرامة العمروي، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، عام النشر: ١٤١٥هـ.
٢٣. التبصرة لعلي بن محمد الربيعي، المعروف باللخمي، تحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في قطر، الطبعة الأولى ١٤٣٢هـ.
٢٤. تحفة الفقهاء: لمحمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٤هـ.
٢٥. تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، عام النشر: ١٣٥٧هـ.





٢٦. تهذيب الأسماء واللغات: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الكتب العلمية، بيروت.
٢٧. تهذيب التهذيب: لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، الناشر: مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، الطبعة الأولى، ١٣٢٦هـ.
٢٨. تهذيب الكمال في أسماء الرجال: ليوسف بن عبد الرحمن بن يوسف، أبو الحجاج، جمال الدين ابن الزكي أبي محمد القضاعي الكلبي المزي، المحقق: د. بشار عواد معروف، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٠هـ.
٢٩. تهذيب اللغة: لمحمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور، المحقق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
٣٠. تيسير العلام شرح عمدة الأحكام، لأبي عبد الرحمن عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح البسام، تحقيق محمد صبحي بن حسن حلاق، الناشر: مكتبة الصحابة، الطبعة العاشرة، ١٤٢٦هـ.
٣١. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان: لعبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي، المحقق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
٣٢. جامع الأمهات: لعثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب الكردي المالكي، المحقق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية ١٤٢١هـ.
٣٣. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه «المعروف بصحيح البخاري»: لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٣٤. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر.
٣٥. حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع: لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي، الطبعة الأولى - ١٣٩٧هـ.
٣٦. حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، للدكتور محمد بن حسين الجيزاني، الناشر: مكتبة دار المنهاج، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ.
٣٧. الخداع الإعلاني وأثره في معيار التدليس، لرضا بن متولي وهدان، وهو بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية في جامعة المنصورة، العدد الثالث والأربعين.
٣٨. الذخيرة: لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، المحقق: محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد أبو خبزة، دار الغرب الإسلامي-بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٣٩. رجال صحيح مسلم، لأحمد بن علي بن محمد بن إبراهيم، أبو بكر ابن منجويه، المحقق: عبد الله الليثي، الناشر: دار المعرفة، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ.
٤٠. رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، دار الفكر-بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ.
٤١. رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ضوابطه وتطبيقاته، للدكتور صالح بن عبد الله بن حميد، وهي رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في قسم الفقه وأصوله التابع لجامعة أم القرى، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ.
٤٢. رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، لشهب أبوبكر، وهي رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الشريعة الإسلامية ١٩٩١م.



- ٤٣ . رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، للدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، وهي رسالة علمية مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في جامعة الأزهر، الناشر: مكتبة الرشد، الطبعة الرابعة ١٤٢٢هـ.
- ٤٤ . الروض المربع شرح زاد المستقنع: لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الناشر: دار المؤيد - مؤسسة الرسالة.
- ٤٥ . روضة الطالبين وعمدة المفتين: لذكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ.
- ٤٦ . سنن ابن ماجه: لابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.
- ٤٧ . سنن أبي داود: لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السُّجِسْتَانِي، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت.
- ٤٨ . سنن الترمذي: لمحمد بن عيسى بن سَورَة بن موسى بن الضحاك الترمذي، أبو عيسى، المحقق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، سنة النشر: ١٩٩٨م.
- ٤٩ . سنن النسائي: عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.
- ٥٠ . سير أعلام النبلاء: لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايَاز الذهبي، المحقق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥هـ.

٥١. طبقات الشافعيين: لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، تحقيق: د أحمد عمر هاشم، د محمد زينهم محمد عزب، الناشر: مكتبة الثقافة الدينية، تاريخ النشر: ١٤١٣هـ.
٥٢. الطبقات الكبرى: لأبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البصري البغدادي، المعروف بابن سعد، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.
٥٣. عون المعبود شرح سنن أبي داود، لمحمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ.
٥٤. فتح الباري شرح صحيح البخاري: لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ.
٥٥. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: لأحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين الفراوي الأزهري المالكي، دار الفكر، تاريخ النشر: ١٤١٥هـ.
٥٦. قضايا الفقه الإسلامي الإعلان التجاري وضوابطه أنموذجاً، لعبد الرب بن سالم بن عبد الرب اليافعي، وهي رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في جامعة مؤتة ٢٠١٠م.
٥٧. القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، للدكتور محمد بن عثمان شبير، دار النفائس، الطبعة الثانية ١٤٢٨هـ.
٥٨. القوانين الفقهية: لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي.
٥٩. كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي: لمحمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ.



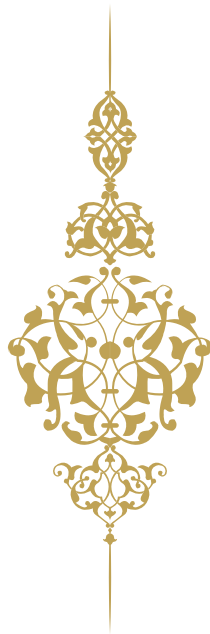
٦٠. كشف القناع عن متن الإقناع: لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الناشر: دار الكتب العلمية.
٦١. لسان العرب: لمحمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة الثالثة - ١٤١٤هـ.
٦٢. المبدع في شرح المقنع: لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
٦٣. المبسوط: لأبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة - بيروت، تاريخ النشر: ١٤١٤هـ.
٦٤. المجموع شرح المذهب: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر.
٦٥. مختصر تاريخ دمشق لابن عساكر، لمحمد بن مكرم بن علي الأنصاري الرويفعي الإفريقي، المحقق: روحية النحاس، رياض عبد الحميد مراد، محمد مطيع، دار النشر: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، الطبعة: الأولى، ١٤٠٢هـ.
٦٦. المدخل الفقهي العام، للدكتور مصطفى الزرقاء، دار القلم، الطبعة الثانية ١٤٢٥هـ.
٦٧. المستدرک علی الصحیحین، لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤١١هـ.
٦٨. مسند الإمام أحمد بن حنبل: لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، المحقق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ.

٦٩. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «المعروف بصحيح مسلم»: لمسلم بن الحجاج النيسابوري، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
٧٠. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت.
٧١. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
٧٢. المغني لابن قدامة: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة ١٣٨٨هـ.
٧٣. المفصل في القواعد الفقهية، للدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباسين، دار التدمرية، الطبعة الثانية ١٤٣٢هـ.
٧٤. المتمع في القواعد الفقهية، للدكتور مسلم بن محمد الدوسري، الناشر: دار زدني، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ.
٧٥. من أعلام الدعوة والحركة الإسلامية المعاصرة، لعبد الله العقيل، دار البشير، الطبعة الثامنة ١٤٢٩هـ.
٧٦. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: لشمس الدين أبو عبد الله الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرعيني المالكي، دار الفكر، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ.
٧٧. نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي للدكتور وهبة الزحيلي مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ.
٧٨. نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية للدكتور ياسين أحمد درادكة، وهي رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في قسم الفقه المقارن التابع لجامعة الأزهر، الطبعة الأولى ١٣٩٤هـ.

٧٩. الهداية في شرح بداية المبتدي: لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، المحقق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٨٠. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان البرمكي الإربلي، المحقق: إحسان عباس، الناشر: دار صادر.

### ثانياً: المواقع الالكترونية:

٨١. موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، <https://laws.boe.gov.sa>
٨٢. موقع ديوان المظالم <https://www.bog.gov.sa/>







## أثر التعليق في فقه الأسرة مقارنة بنظام الأحوال الشخصية السعودي

د. عادل بن ناصر بن مرسل الصيعري

الأستاذ المساعد بقسم الفقه بكلية الشريعة بالجامعة الإسلامية

## مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد، عليه وعلى آله وصحبه أفضل الصلاة وأتم التسليم، أما بعد: فإن الله تعالى خلق عباده من ذكر وأنثى، وأنشأهم في الأرض ليعمروها، وأنزل عليهم الشرائع لتوصلهم لمرضاته، وتصلح شؤونهم.

وإن مما شرع الله سبحانه وتعالى لخلقهم: النكاح، فجعله سنة الأنبياء والمرسلين، وعظم من شأنه فسماه ﴿مِيثَاقًا عَلِيًّا﴾<sup>(١)</sup>، وأمر بإشهاره وإعلانه، وأحاطه بما يزيد استيثاقه؛ من وجود شهود وولي وغيرها.

وكما هو معلوم فإن الأصل في هذا العقد وما يترتب عليه من تصرفات وعقود بسببه أن يكون بلفظ منجز، فيتلفظ الولي بالنكاح، والزوج بالطلاق وغيره لفظاً منجزاً، فينعقد النكاح، ويقع الطلاق وغيره.

ولكن قد يطرأ على العقود والفسوخ في هذا الباب: ما يؤجل وقت إيقاعها، فيربط حصول النكاح أو الطلاق أو غيرها بشيء؛ إذا تحقق هذا الشيء وقع المعلق، وهذا ما يسمى بالتعليق.

ومن هنا جاءت فكرة هذا البحث، حيث إن فقه الأسرة فيه عقود وفسوخ وأيمان، وهذه التصرفات قد تكون معلقة، وطروء التعليق قد يغير الحكم في هذه العقود والفسوخ وغيرها، فأحببت أن أبحث في هذا الموضوع بحثاً فقهيّاً مقارناً، ثم أقارن البحث الفقهي بما جاء في نظام الأحوال

(١) سورة النساء: ٢١.

الشخصية السعودي، وقد أسميته: أثر التعليق في فقه الأسرة مقارنة بنظام الأحوال الشخصية السعودي.

### أهمية الموضوع:

تظهر أهمية الموضوع من خلال النقاط التالية:

- (١) أن تعليق العقود والتصرفات في فقه الأسرة من المسائل المهمة التي اعتنى بها الأئمة في مصنفاتهم، وبسطوا فيها الكلام، وما ذلك إلا لأهميته.
- (٢) أن هذا الموضوع له تعلق بعلم اللغة؛ وذلك أن ألفاظ التعليق ومعانيها إنما يؤخذ من اللغة، وهذا مما يجعل مسأله دقيقة.
- (٣) أن المسائل المترتبة عليه شديدة الخطر؛ وذلك أنه يتعلق بفقه الأسرة الذي يكون به استحلال الفروج وتحريمها، وإخراج المرأة من عصمة زوج، وإباحتها لآخر.

### أسباب اختيار الموضوع:

- (١) اطلاع الباحث على نظام الأحوال الشخصية السعودي مع بداية صدوره، وقراءته للمواد النظامية المتعلقة بفقه الأسرة على وجه الخصوص.
- (٢) أن المواد الواردة في نظام الأحوال الشخصية السعودي ورد فيها الكلام عن التعليق في الصيغ، فأردت ربط تلك المواد بتأصيلها الشرعي.
- (٣) أن البحث فيه نقل للفقه من الجانب النظري، إلى الجانب التطبيقي القضائي، وهذا من أهم ثمار العلم.

(٤) لم أجد من بحث مسائل التعليق في فقه الأسرة في موضع واحد.

### هدف البحث:

بيان أثر تعليق الصيغ الواردة في فقه الأسرة، ومقارنته بنظام الأحوال الشخصية السعودي.

### الدراسات السابقة:

لم أجد من تطرق لهذا الموضوع بشكله الذي بحثته، لكن هناك من بحث بعض التعليقات لبعض العقود في فقه الأسرة، ومن البحوث التي فيها الكلام عن التعليق بصورة جزئية:

(١) بحث بعنوان: صيغ العقود في الفقه الإسلامي، للدكتور: صالح الغليقة، وأصل البحث رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، وهو بحث قيّم في بابه، وتطرق لتعليق العقود على اختلافها، والمسألة التي تتقاطع مع بحثي مسألة واحدة وهي: تعليق الإيجاب في عقود المعاوضات، وبحثه كان عاماً في عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والنكاح وغيرها، ولم يكن خاصاً بالنكاح؛ ولذلك فالأدلة كانت من جميع أبواب المعاوضات، وبحثي في هذه المسألة خاص بعقد النكاح، وأيضاً فإن بحثي مقارن بنظام الأحوال الشخصية السعودي.

(٢) بحث بعنوان: اقتران صيغة الخلع بشرط أو إضافتها إلى أجل، للدكتور سامح محمد، منشور في موقع إلكتروني (الألوكة) في أربع صفحات، بحث مختصر أشبه بورقة عمل، تكلم فيه عن تعليق الخلع في صفحة واحدة

على طريق الإجمال، ثم تحدث عن شرط الخيار في الخلع، واقتران الخلع بشرط الرجعة، وليس هذا من موضوعات البحث الذي أنا بصددده.

### خطة البحث:

يتكون هذا البحث من مقدمة، وتمهيد، وستة مباحث، وخاتمة، وفهارس، وهذا بيانها إجمالاً:

#### المقدمة:

وفيها بيان أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، وهدفه، والدراسات السابقة، وخطة البحث، ومنهجه.

#### التمهيد:

وفيه بيان مفردات البحث:

وتحتة أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التعليق.

المطلب الثاني: ألفاظ التعليق.

المطلب الثالث: شروط التعليق.

المطلب الرابع: التعريف بنظام الأحوال الشخصية السعودي.

المبحث الأول: أثر التعليق في عقد النكاح:

وتحتته مطلبان:

المطلب الأول: تعليق النكاح على شرط ماضٍ، أو شرط حاضر.

المطلب الثاني: حكم تعليق عقد النكاح على شرط.

المبحث الثاني: أثر التعليق في عقد الخلع.

المبحث الثالث: أثر التعليق في الطلاق:

وتحتته مطلبان:

المطلب الأول: إضافة الطلاق إلى زمن مستقبل.

المطلب الثاني: تعليق الطلاق على فعل، أو على ترك:

وهذا على قسمين.

المبحث الرابع: أثر التعليق في الرجعة.

المبحث الخامس: أثر التعليق في الإيلاء.

المبحث السادس: أثر التعليق في الظهار.

الخاتمة.

### منهج البحث:

سلكت في هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي، وبيان ذلك:

(١) بحث المسألة الفقهية وفق الطريقة المتبعة في دراسة المسائل الفقهية،

وهي:

أ. حررت محل النزاع، وذلك بذكر مواطن الإجماع، ومواطن الاختلاف، وتوثيقها من الكتب المعتمدة في ذلك.

ب. ذكرت الأقوال منسوبة لقائلها، فإن كان قائلوها من الأئمة الأربعة وأصحابهم: اكتفيت بنسبتها للمذهب من الكتب المعتمدة، وإن كان القول انفراداً به إمام من غيرهم: ذكرته، ووثقت قوله من المراجع المعتمدة.

ج. ذكرت أدلة الأقوال بعد ذكر الأقوال كاملة، مرتبةً حسب ترتيب الأقوال، أبدأ بالكتاب، ثم بالسنة، ثم بالإجماع، ثم بقول الصحابي، ثم بالأدلة العقلية.

د. ذكرت وجه الدلالة من الآيات والأحاديث.

هـ. ذكرت ما يرد على الأقوال من مناقشاتٍ، وجواب عن المناقشات، فإن كانت منقولةً؛ ذكرت المرجع في الحاشية، وإن كانت المناقشة والجواب من الباحث: صدرتها بقول: يمكن أن يناقش، أو يمكن أن يجاب.

و. بيّنت الراجع من الأقوال مع بيان سبب الترجيح، وذلك في المسائل التي ظهر لي وجه الترجيح فيها.

ز. ذكرت المادة النظامية من نظام الأحوال الشخصية السعودي، وقارنت المادة بما جاء عن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى.

(٢) رتبت مفردات المسائل على المعتمد من الفقه الحنبلي.

(٣) ذكرت الآيات بالرسم العثماني للمصحف الشريف، وبجواره أثبت اسم السورة والآية.

- ٤) خرجت الأحاديث الشريفة، فإن كانت في الصحيحين أو في أحدهما، اكتفيت بعزوها لهما، وإن كانت في غيرهما، ذكرت درجتها بعد التخريج.
- ٥) لم أعرف بالأعلام وذلك لشهرتهم.
- ٦) اكتفيت في التوثيق بذكر اسم الكتاب، مع بيان رقم الجزء والصفحة. ختاماً، هذا ما تيسر جمعه وإعداده في هذا البحث المتواضع، وأسأل الله القبول والسداد.





## التمهيد

وفيه أربعة مطالب:

### المطلب الأول: تعريف التعليق:

#### التعليق لغة:

عند الرجوع إلى كتب اللغة نجد أن مادة الكلمة؛ وهي (علق) تدل على: ربط شيء بشيء وإصاقه به، فقد جاء في مقاييس اللغة: «العين واللام والقاف: أصل كبير صحيح يرجع إلى معنى واحد، وهو: أن يناط الشيء بالشيء العالي.... وقد علق به: إذا لزمه»<sup>(١)</sup>. ويقال: علق بالشيء: نشب به<sup>(٢)</sup>.

والمعنى اللغوي مقارب للمعنى الاصطلاحي كما سيأتي.

#### التعليق اصطلاحاً:

عرّف الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ التعليق بأنه: ربط حصول مضمون جملة؛ بحصول مضمون جملة أخرى<sup>(٣)</sup>.

(١) مقاييس اللغة (٤/١٢٥).

(٢) ينظر: العين (١/١٦٢)، وتاج العروس (٢٦/١٩٨).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٣١٧)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق (٤/٢)، والكليات (ص: ٢٥٥)، وكشاف القناع (٥/٢٨٤)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (٣/٣٤١).

وبيانه: أن يقال: التعليق التزام أمرٍ لم يوجد بعد، على أمر يمكن وجوده في المستقبل بأن أو إحدى أخواتها، وهي أدوات التعليق كما سيأتي<sup>(١)</sup>.  
والتعليق هو من قبيل الشروط اللغوية<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني: ألفاظ التعليق:

للتعليق ألفاظ ذكرها الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ في كتبهم، وذكروا أحكامها، وما يوجب الفور منها وما لا يوجبه، وما يوجب التكرار منها وما لا يوجبه، ومنها ما هو جازم وما ليس بجازم، والهدف من هذه الأدوات هي: ربط الفعل المعلق بجزائه، وأقتصر في هذا المطلب على تعدادها حتى لا نخرج عن مقصود البحث.

فنقول: الأدوات التي تستخدم غالباً في التعليق هي<sup>(٣)(٤)</sup>:

- (١) ينظر: غمز عيون البصائر (٤/ ٤١)، وشرح القواعد الفقهية (ص: ٤١٥).
- (٢) ومن نصّ على ذلك: القرافي في الفروق (١/ ٦٢)، وينظر: البحر المحيط في أصول الفقه (٤/ ٤٣٩)، والتحبير شرح التحرير (٣/ ١٠٦٨)، ويلاحظ أن الربط قد يقع بغير أدوات الشرط مما يقوم مقامها في إفادة الربط، كما لو قال: امرأته طالق إلا أن يقدم زيد مثلاً؛ فإنه يحمل على الشرط، فيصير كأنه قال: إن لم يقدم زيد فامرأته طالق، لكن المقصود في هذا البحث من التعليق: هو ما كان بأدوات الشرط. ينظر: شرح القواعد الفقهية (ص: ٤١٥).
- (٣) والفقهاء يتناولون هذه الأدوات في بابي الأيمان والطلاق، ولهم فيها تفصيل كثير في أحكامها، ومن أراد الاستزادة فالمراجع في الحاشية التالية.
- (٤) ينظر: البناية شرح الهداية (١/ ١٤٥)، والبحر الرائق (٤/ ٣)، وعقد الجواهر الثمينة (٢/ ٥٣٧)، والمختصر الفقهي (٤/ ١٤٦)، والعزیز شرح الوجيز (٩/ ٧٤)، وروضة الطالبين (٨/ ١٢٨)، والمبدع (٦/ ٣٥٨)، وكشاف القناع (٥/ ٢٨٦).

١. إن: ومثالها: إن شفى الله مريضى؛ فعلي صوم يوم لله.
٢. إذا: ومثالها: إذا خرجت من الدار؛ فأنت طالق.
٣. متى: ومثالها: متى رجعت أبي؛ فعلي صدقة.
٤. من: ومثالها: من دخلت الدار من إحداكن؛ فهي طالق.
٥. أي: ومثالها: أي واحدة منكن تخرج من الدار؛ فهي طالق.
٦. كلما: ومثالها: كلما كذبت؛ فعلي صدقة.
٧. حيثما: ومثالها: حيثما كذبت؛ فأنت طالق.
٨. مهما: ومثالها: مهما قمت؛ فأنت طالق.

### المطلب الثالث: شروط التعليق:

للتعليق شروط لا يصح إلا بتوفرها، وهي متفق عليها في الجملة، وفي بعضها خلاف، وفيما يلي تعدادها:

الشرط الأول: أن يكون المعلق عليه: أمراً معدوماً على خطر الوجود، ومعناه: أن المعلق عليه متردد بين أن يوجد أو أن لا يوجد<sup>(١)</sup>.

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي (١١٩/٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٣١٨)، والدر المختار (٣/٣٤٢).

الشرط الثاني: أن يكون الشرط والجزاء متصلين، فلا يوجد فاصل بينهما، فلو قال لزوجته: أنت طالق، ثم قال بعد مضي وقت: إن خرجت من الدار؛ لم يكن تعليقاً للطلاق، ويكون الطلاق واقعاً بالجملة الأولى<sup>(١)</sup>.

الشرط الثالث: أن يكون المعلق عليه أمراً مستقبلاً، فلا يصح التعليق على أمر ماضٍ<sup>(٢)</sup>.

الشرط الرابع: أن لا يقصد بالتعليق المجازاة والمكافأة، فلو سبته زوجته بما يؤذيه فقال: إن كنت كما قلت؛ فأنت طالق، وقع الطلاق حالاً؛ سواء أكان الزوج كما قالت أو لم يكن؛ لأن الزوج في الغالب لا يريد إلا مجازاتها بالطلاق، فإن أراد التعليق؛ فيدّين فيما بينه وبين الله عَزَّوَجَلَّ، وهذا الشرط خاص بالتعليق في الطلاق<sup>(٣)</sup>.

الشرط الخامس: أن يوجد رابط بين الشرط وجزائه؛ كالفاء، وهذا إذا كان الجزاء متأخراً، كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، وإن لم يوجد الرابط فيكون منجزاً<sup>(٤)(٥)</sup>.

(١) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٣١٨)، والبحر الرائق (٣/٤)، وكشاف القناع (٥/٢٨٤)، والدر المختار (٣/٣٤٣).

(٢) ينظر: الفروق للقرافي (١/٧٧).

(٣) ينظر: روضة الطالبين (٨/١٨٧)، والبحر الرائق (٣/٤)، والدر المختار (٣/٣٤٣).

(٤) التنجيز: أصله التعجيل؛ يقال: نجز الوعد وأنجزه، أي: عجلت ووفيت به، والمناجزة في الحرب: أن يتبارز الفارسان حتى يقتل أحدهما صاحبه. ينظر: العين (٦/٧١)، ومقاييس اللغة (٥/٣٩٣)، وتاج العروس (١٥/٣٤٣)، وهو ضد التعليق.

(٥) وهذا الشرط ليس محل اتفاق، بل إن من الفقهاء من لا يجعله منجزاً إذا سقط حرف الجزاء، بل يجعله معلقاً على حصول الشرط كالحنابلة اعتباراً بالمعنى من الكلام، ينظر:

الشرط السادس: أن يكون الذي يصدر منه التعليق مالكا للتنجيز، وهذا متفق عليه في جميع التعليقات عدا تعليق الطلاق، فإنهم اختلفوا إذا قال لأجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق، وهذا التعليق فيه خلاف.

فالحنفية والمالكية: لا يشترطون ذلك؛ فيقع الطلاق عندهم في الصورة السابقة إذا تزوجها؛ لأنه تعليق للطلاق على وجود الملك؛ فإنه إن تزوجها: تحقق الشرط وهو ملكه لتنجيز الطلاق، فيقع المعلق وهو الطلاق<sup>(١)</sup>.

أما الشافعية والحنابلة: فإن هذا التعليق عندهم باطل، ولا يقع به الطلاق إذا تزوجها<sup>(٢)</sup>؛ بقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعَدُّوْنَهَا فَمِتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٤٩]، فذكر النكاح قبل الطلاق<sup>(٣)</sup>.

#### المطلب الرابع: التعريف بنظام الأحوال الشخصية السعودي:

كان القضاة في المملكة العربية السعودية يحكمون في غالب القضايا بمذهب الإمام أحمد رَحْمَةُ اللَّهِ، وذلك بموجب القرار رقم (١٠٣٣) وتاريخ

المغني (٤٤٧/٧)، وشرح تنقيح الفصول (ص: ١٠١)، والبحر الرائق (٣/٤)، ورفع النقاب عن تنقيح الشهاب (٢١٦/٢).

(١) ينظر: المسبوط للسرخسي (١٢٧/٦)، وبدائع الصنائع (١٣٢/٣)، والتفريع (٥٧/٢)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٣٨/٤).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٢٥/١٠)، وروضة الطالبين (٦٨/٨)، والإنصاف (٤٣٩/٢٢)، وكشاف القناع (٢٨٥/٥).

(٣) وروي حديث قد اختلف فيه وهو: «لا طلاق قبل نكاح» وله طرق وألفاظ، وليست هذه المسألة من شرط البحث، وللإستزادة: ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء (٢١٨/٥)، وبداية المجتهد (١٠٣/٣).

٢٠ / ٣ / ١٣٤٧ هـ، المتضمن تصديق الملك عبد العزيز رَحْمَهُ اللهُ على قرار الهيئة القضائية رقم (٣) في ٧ / ١ / ١٣٤٧ هـ والذي تقرر فيه: أن يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقاً على المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل رَحْمَهُ اللهُ؛ لسهولة مراجعة كتبه، والعناية فيها بذكر الدليل على مسائله، على أن للقضاة في حال وجود مشقة في تطبيق مسألة من مسائله، ومخالفة لمصلحة العموم: الأخذ بما يحقق المصلحة، ويدراً المشقة من أقاويل المذاهب الأخرى، بعد البحث والنظر<sup>(١)</sup>.

واستمر الإلزام بالمذهب الحنبلي إلى أن صدر نظام المرافعات الشرعية بالمرسوم الملكي رقم (م/٢١) وتاريخ ٢٠ / ٥ / ١٤٢١ هـ فرفع الإلزام بالقضاء الحنبلي بأول مادة من مواده، ونصها: «تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة، وتتقيد في إجراءات نظرها بنا ورد في هذا النظام»<sup>(٢)</sup>.

واستمر العمل على القضاء بما ترجح للقاضي باجتهاده في القضايا المعروضة أمامه، في جميع القضايا، ومنها: قضايا الأحوال الشخصية، إلى أن صدر نظام الأحوال الشخصية بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٧٣) وتاريخ ٦ / ٨ / ١٤٤٣ هـ، فنسخ ما لم يرد في هذا النظام؛ حيث جاء في المادة

(١) ينظر: المبادئ القضائية في الشريعة الإسلامية وارتباط النظام القضائي في المملكة العربية السعودية بها، ص ٦٠.

(٢) وزارة العدل، مركز البحوث، نظام المرافعات الشرعية، الإصدار الثاني ١٤٤٢ هـ - ٢٠٢١ م.

الثانية والخمسين بعد المائتين: «يعمل بهذا النظام بعد مضي (تسعين) يوماً من تاريخ نشره، ويلغي كل ما يتعارض معه من أحكام»<sup>(١)</sup>.

وقد جاء النظام في مائتين واثنين وخمسين مادة، توزعت على ثمانية أبواب، ابتدأها المنظم بباب الزواج؛ اندرج تحته أربعة فصول، ثم الباب الثاني؛ وهو متعلق بآثار عقد الزواج، وجاء في فصلين، ثم الباب الثالث؛ وهو في أحكام الفرقة بين الزوجين، جاء في أربعة فصول، ثم يتبعه الباب الرابع؛ وهو في آثار الفرقة بين الزوجين، جاء في فصلين، ثم الباب الخامس؛ وهو متعلق بالوصايا والولاية، اندرج تحته خمسة فصول، يتبعه الباب السادس؛ وهو متعلق بالوصية، شمل ثلاثة فصول، ثم بعده الباب السابع، وهو متعلق بالتركة والإرث، جاء في ستة فصول، وهو أكثرها مواد، ثم الباب الثامن وهو الأخير، وفيه أحكام ختامية.

(١) صفحة النظام، ضمن مجموعة الأنظمة السعودية، على موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، <https://laws.boe.gov.sa>

## المبحث الأول أثر التعليق في عقد النكاح

### تحرير محل النزاع:

هذا الباب من الأبواب التي يطرقها الفقهاء في باب الشروط في النكاح غالباً<sup>(١)</sup>، والمطلع على أقوال الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى يجد أنهم ينصون على أن النكاح لا يقبل التعليق على شرط<sup>(٢)</sup>، ومع ذلك نجد أنهم رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى يذكرون صحة عقود<sup>(٣)</sup> نكاح اقترنت بالتعليق<sup>(٤)</sup>، وهذا مما جعل الباحث يعيد النظر في مناط تلك المتعلقة التي أجازوا فيها التعليق في عقد النكاح، والتفريق بينها وبين ما لا يصح التعليق عليه.

ولذا فإني أحاول في هذه النقاط التالية أن أحرر محل النزاع، فأقول مستعينا بالله:

(١) وهذا عند فقهاء الشافعية والحنابلة؛ ينظر على سبيل المثال: الحاوي الكبير (٩/٥٠٤ - ٥٠٦)، والهداية على مذهب الإمام أحمد (ص: ٣٩٢)، وجاء أيضاً في بعض كتب الحنفية ككتاب: المحيط البرهاني (٣/١٥).

(٢) ينظر على سبيل المثال: المبسوط للسرخسي (٦/٢٢)، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٢/٢٨٦)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٥/٣٨)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢/٦١٢)، وروضة الطالبين (٧/٤٠)، والشرح الكبير على المقنع (٢٠/٤٢٠).

(٣) جمع عقد، وله تعريفات كثيرة، من أجمعها: العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١/١٠٥)، وللإستزادة: يراجع كتاب: صيغ العقود في الفقه الإسلامي ص ٢٥ وما بعدها.

(٤) كالتعليق على شرط ماض متحقق الوقوع، وتعليق الأب إيجاب تزويج ابنته على وفاته، وتعليق النكاح برضى الأم، وسيأتي بحث هذه المسائل في الصفحات التالية.



أولاً: الشروط في النكاح منها ما يكون شرطاً تعليقياً، ومنها ما يكون شرطاً تقييداً، والفرق بينهما:

- أن الشرط التقييدي: يكون حكم العقد فيه ثابتاً في الحال، ولكن العقد يكون عرضة للزوال؛ إن لم يوجد الشرط في المستقبل.

- وأما الشرط التعليقي: فيكون حكم العقد فيه غير واقع في الحال، لكنّ العقد يحتمل انعقاده عند وجود الشرط الذي عُلق عليه.

وأوجز من ذلك أن يقال: الشرط التعليقي هو: تعليق أصل العقد، أي: تعليق ابتداء العقد على شرط<sup>(١)</sup>، والشرط التقييدي هو: ما جزم فيه بالأصل، وإنما شرط فيه أمر آخر، أي: إن العقد قد تمّ، ولكنّ الفسخ معلق بالشرط<sup>(٢)</sup>.

#### الأمثلة:

مثال الشرط التقييدي: أن يقول الولي: زوجتك ابنتي بشرط ألا تخرجها من بلدها، فيقول الخاطب: قبلت.

مثال الشرط التعليقي: أن يقول الولي: زوجتك ابنتي إن رضيت أمها، فيقول الخاطب: قبلت.

والذي سأبحثه هنا: الشرط التعليقي.

(١) ينظر: الإنصاف (٢٠/٤٢٠).

(٢) ينظر: المنشور للزركشي (١/٣٧٠)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٦/١٦٧).

ثانياً: اتفق الفقهاء على أن من شروط الصيغة -وهي ركن في عقد النكاح-: اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، ولا يصح أن يتخلف القبول عن الإيجاب إلى ما بعد انتهاء مجلس العقد<sup>(١)</sup>، ويستثنى المالكية من ذلك: الوصية بتزويج البنت؛ فإن الأب إذا أوصى في مرض موته فقال: إن متُّ من مرضي؛ فقد زوجت ابنتي فلانة من ابن أخي فلان: فإن ذلك جائز؛ وذلك إذا قبله ابن أخيه إن كان كبيراً، أو وليه إن كان صغيراً، وإن طال الأمر قبل القبول، وعللوا ذلك: بأن عقد النكاح من الأب لازم للبنت بموته؛ إن قبل الزوج بالقرب<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: الجمهور على أن النكاح المعلق انعقاده إلى وقت مستقبل<sup>(٣)</sup> لا يصح<sup>(٤)</sup>، كأن يقول لامرأة: إذا مضى شهر فأنا أتزوجك، فرضيت هي

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٣٢)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين (٣/١٤)، وحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/٤٠)، والحاوي الكبير (٩/١٦٣)، وروضة الطالبين (٧/٣٨)، والمغني (٧/٨٠)، ومطالب أولي النهى (٥/٥٠).

(٢) ينظر: الجامع لمسائل المدونة (٩/٥٧)، والبيان والتحصيل (٥/٢٧)، وليس من شرط صحة الوصية أن يكون الرجل ابن أخ الميت، وإنما ذكرت هذا المثال؛ لأنه نص جواب المسألة عن الإمام مالك رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، ومن أشار إلى أن هذه المسألة هي المستثناة فقط: العدوي في حاشيته، فقال: «يشترط الفور بين القبول والإيجاب، ولا يضر التفريق اليسير، بخلاف الكثير إلا في صورة واحدة؛ وهي ما إذا كان رجل مريضاً، وقال: إن مت من مرضي هذا فقد زوجت ابنتي من فلان، ومات بعد شهر مثلاً، وقبل الزوج بعد موته، فإنه يصح». حاشية العدوي (٢/٤٠).

(٣) يسمى: المعلق على شرط محض، وهو متحقق الوقوع.

(٤) ينظر: البناية شرح الهداية (٥/٨) وجاء فيه: «زوجت نفسي بعد انقضاء عدتي: لا يصح»، والذخيرة للقرافي (٤/٤٠٢)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٥/١٨٤)، والعزیز شرح الوجيز (٧/٤٩٨)، وروضة الطالبين (٧/٤٠)، والشرح الكبير على المقنع (٢٠/٤٢٠)، والإنصاف (٢٠/٤٢٠).

ووليها؛ فهذا نكاح باطل، وكذا لو قال: زوجتكها غداً<sup>(١)</sup>.

رابعاً: نُقل إجماع أهل العلم على أن النكاح لا يثبت فيه خيار، سواء أكان خيار مجلس أو خيار شرط<sup>(٢)</sup>، وذلك أن النكاح يسبق غالباً بالخطبة التي يتروى فيها العاقدان ويبحثان عن الطرف الآخر، فلا يصلان إلى العقد إلا وقد جزما بإرادته، فلا حاجة للخيار<sup>(٣)</sup>.

ومعنى ذلك: أنه إذا صدر الإيجاب والقبول بين المتعاقدين؛ صحَّ من غير خيار يثبت لواحد منها<sup>(٤)</sup>.

### المطلب الأول: تعليق النكاح على شرط ماضٍ، أو شرط حاضر:

اختلف أهل العلم رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في عقد النكاح إذا علق على شرطٍ ماضٍ، كقوله: زوجتك فلانة إن كانت بنتي، وهما يعلمان ذلك، أو شرط حاضر؛ كقوله: زوجتك فلانة إن شئت، فقال: شئت وقبلت، على قولين:

#### القول الأول: يصح عقد النكاح عند الحنفية<sup>(٥)</sup> والحنابلة<sup>(٦)</sup>.

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٣٢٨/٢)، والمحيط البرهاني (١٤/٣)، والذخيرة للقرافي (٤٠٢/٤)، ومنح الجليل (٣٠٤/٣)، وروضة الطالبين (٤٠/٧)، والإنصاف (٤٢٠/٢٠).

(٢) ينظر: المدونة (١٢٩/٢)، وتفسير الطبري (٦٣٥/٦)، وأحكام القرآن للجصاص (٢٢٨/٢)، والمغني (٨١/٧)، والمجموع شرح المهذب (١٧٧/٩).

(٣) ينظر: المغني (٤٨٣/٣).

(٤) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (٢٢٨/٢).

(٥) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٢٠٤/٦)، والفتاوى الهندية (٢٧٣/١).

(٦) ينظر: الإنصاف (٩٧/٢٠)، وشرح منتهى الإرادات (٦٦٩/٢)، وكشاف القناع (٤٠/٥).

القول الثاني: لا يصح عقد النكاح، وهو قول الشافعية<sup>(١)</sup>.

### دليل القول الأول:

أن التعليق بشرط كائن من باب التنجيز؛ لأنه يحمل على التوكيد<sup>(٢)</sup>.

### أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن صيغة التعليق تنافي عقد النكاح<sup>(٣)</sup>.

نوقش: أنه ليس تعليقاً حقيقة؛ بل توكيد وتقوية<sup>(٤)</sup>.

الدليل الثاني: أن العقد يكون حينئذ موقوفاً، والنكاح لا يقع إلا منجزاً<sup>(٥)</sup>.

نوقش: أن حقيقة العقد: أنه عقد منجز، وليس موقوفاً<sup>(٦)</sup>.

### الراجع:

لعل الرجح - والله أعلم - القول الأول القاضي بصحة التعليق على شرط ماضٍ يعلمانه، وعلى حاضر؛ كالمشيئة؛ وذلك أنه ليس تعليقاً على أمر

(١) ينظر: نهاية المطلب (١٢/١٧٩)، وروضة الطالبين (٧/٤٠)، والنجم الوهاج في شرح المنهاج (٧/٥٣).

ولم أقف على قول المالكية في هذه المسألة.

(٢) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٦/٢٠٤)، والفتاوى الهندية (١/٢٧٣)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٦٦٩).

(٣) ينظر: نهاية المطلب (١٢/١٧٩)، والنجم الوهاج في شرح المنهاج (٧/٥٣).

(٤) ينظر: شرح منتهى الإرادات (٢/٦٦٩).

(٥) ينظر: نهاية المطلب (١٢/١٧٩)، والعزيز شرح الوجيز (٧/٤٩٨).

(٦) ينظر: كشاف القناع عن متن الإقناع (٥/٤٠).

مجهول، فيكون عرضة لوقوعه أو عدم وقوعه؛ بل هو واقع، وهما يعلمانه، فلا غرر فيه.

### المطلب الثاني: حكم تعليق عقد النكاح على شرط:

اختلف أهل العلم في النكاح إن عُلق بشرط، كأن يقول الولي: زوجتك ابنتي إن جئت بالمهر إلى كذا وكذا، وإلا فليس بيننا نكاح، ثم قال الزوج: قبلت، وكقوله: زوجتك ابنتي إن رضيت أمها، ثم يقول الزوج: قبلت، فهل يبطل النكاح بهذه الصيغة؟ أم أن النكاح صحيح؟ وفي حال صحة النكاح، هل يصح الشرط؟ أو أنه يبطل مع صحة العقد؟

اختلف أهل العلم في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن النكاح باطل، وهذا مذهب جمهور أهل العلم من الحنفية<sup>(١)</sup>، .....

(١) ينظر: المحيط البرهاني (١٥/٣)، حيث جاء فيه: «ولو قال: تزوجتك إن رضي أبي لم يصح، قال الفقيه أبو الليث رَحْمَةُ اللَّهِ: لأنه علق النكاح بالخطر، ولا يعلق كذلك»، والجوهرية النيرة (٨/٢)، وجاء فيه: «ولو قالت امرأة لرجل بحضرة شاهدين: تزوجتك على كذا من المال إن أجاز أبي، أو رضي، فقال: قبلت؛ لا يصح، فإن كان الأب حاضراً في المجلس فقال: رضيت أو أجزت جاز»، وتبيين الحقائق (١٣٤/٢).

..... والمالكية<sup>(١)</sup>، والشافعية<sup>(٢)</sup>، والمشهور من مذهب الحنابلة<sup>(٣)</sup>.

**القول الثاني:** أن النكاح صحيح، والشرط باطل، وهو قول طاووس<sup>(٤)</sup>، وعطاء<sup>(٥)</sup>، والثوري<sup>(٦)</sup>، وهو رواية عن الإمام أحمد<sup>(٧)</sup>، وقول أبي ثور<sup>(٨)</sup>.

**القول الثالث:** أن النكاح والشرط صحيحان، وهو قول ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا<sup>(٩)</sup>، .....

(١) ينظر: المدونة (١٢٩/٢) وجاء فيها: «قال مالك في الذي يتزوج المرأة بصداق كذا وكذا، على أنه إن لم يأتها بصداقها إلى أجل كذا وكذا فلا نكاح بينهما، قال مالك: هذا نكاح فاسد ويفرق بينهما»، والبيان والتحصيل (٤٧٧/٤)، والمختصر الفقهي (٢٣٦/٣)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٣٨/٥).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (١٧٩/١٢)، والعزيز شرح الوجيز (٤٩٨/٧)، وروضة الطالبين (٤٠/٧)، ومغني المحتاج (٢٣١/٤).

(٣) ينظر: المغني (٩٢/٧)، والشرح الكبير مع الإنصاف (٤٢٠/٢٠)، وحكاية المذهب المعتمد: متفق عليها في اشتراط رضا الأم، وأما إن قال: إن جئت بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بيننا، فالمذهب مختلف فيه على قولين، الأول: بطلان النكاح والشرط، وهذا الشرط جعله ابن قدامة في المغني تحت قسم: ما يبطل النكاح من أصله، والرواية الثانية: صحة النكاح مع بطلان الشرط، وهي المرجحة عند المتأخرين. ينظر: شرح منتهى الإرادات (٦٦٩/٢)، وكشاف القناع (٩٨/٥).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٥١٠/٩).

(٥) ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء (٦٩/٥)، والحاوي الكبير (٥١٠/٩).

(٦) ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء (٦٩/٥).

(٧) ينظر: الهداية على مذهب الإمام أحمد (ص: ٣٩٣)، والشرح الكبير (٤٢١/٢٠)، والكافي (٤٢/٣).

(٨) ينظر: الحاوي الكبير (٥١٠/٩)، والمغني (٩٥/٧).

(٩) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة باب: في الرجل يتزوج المرأة، فيشترطوا عليه: إن جئت بمهرها إلى كذا وكذا، وإلا فلا نكاح بيننا (٥٠٩/٣) والأثر قد احتج به أحمد حيث =

..... والزهري<sup>(١)</sup>، والأوزاعي<sup>(٢)</sup>، ورواية عن الإمام أحمد<sup>(٣)</sup>،  
اخترها أبو العباس ابن تيمية<sup>(٤)</sup> وابن القيم<sup>(٥)</sup>.

### أدلة القول الأول:

الدليل الأول: القياس على البيع، والجامع بينهما: أنها عقد معاوضة،  
ولذا لم يصح تعليقه على شرط مستقبل<sup>(٦)</sup>.

- = جاء في أحكام أهل الذمة (٢/٧٥٥): «.. قال الأثرم: سألت أبا عبد الله عن الرجل تزوج المرأة على أنه إن جاء بالمهر إلى كذا وكذا، وإلا فلا نكاح بيننا؟ فقال: لا أدري، فقيل له: حديث ابن عباس: النكاح ثابت، والشرط فاسد؟ قال: نعم»، وينظر: الإشراف على مذاهب العلماء (٥/٦٩)، والحاوي الكبير (٩/٥١٠).
- (١) ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء (٥/٦٩).
- (٢) ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء (٥/٦٩).
- (٣) ينظر: الشرح الكبير (٢٠/٤٢٠)، والكافي (٣/٤٢)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٦٦٩).
- (٤) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/٣٥٠)، وقاعدة (العقود) لابن تيمية ص ٢٢٧ فإنه قال: «ونحن قد بينا في غير هذا الموضوع: أنه يجوز تعليق العقود بالشروط إذا كان في ذلك منفعة للناس، ولم يكن متضمنا ما نهى الله عنه ورسوله»، وقد ألف ابن تيمية كتاباً مفصلاً في هذه المسألة سما: الرد على السبكي في مسألة تعليق الطلاق، وبدائع الفوائد (٤/٩٦)، والفروع (٨/٢٦٦).
- (٥) ينظر: إعلام الموقعين (٣/٣٠٠) و(٤/٨٠)، وبدائع الفوائد (٤/٩٦).
- (٦) ينظر: الشرح الكبير على المقنع (٢٠/٤٢٠)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٦٦٩).

نوقش: أن تعليق البيع على شرط غير متفق عليه في المنع، فقد نصَّ الإمام أحمد على جواز تعليق البيع بالشرط في قوله: إن بعت هذه الجارية فأنا أحق بها بالثمن، واحتج بأنه قول ابن مسعود<sup>(١)</sup>.

وكذا فقد رهن الإمام أحمد رَحْمَةُ اللَّهِ نَعْلَهُ وقال للمرتهن: إن جئتك بالحق إلى كذا، وإلا فهو لك، وهذا بيع بشرط، فقد فعله وأفتى به<sup>(٢)</sup>.  
ويمكن أن يجاب: أن هذه الشروط تقييدية، وليست تعليقية.

وعلى التسليم أنه لا فرق بينهما فيقال: إنه وإن كان البيع يجوز تعليقه على أحد القولين، إلا أن النكاح ينبغي أن يحتاط فيه أكثر؛ لأن هذا فيه حفظ للأبضاع، والدليل على هذا الاحتياط أن الشارع اشترط الإشهاد في النكاح دون غيره من العقود<sup>(٣)</sup>.

الدليل الثاني: أن التعليق فيه وقف للنكاح على شرط، والنكاح لا يجوز وقفه على الشرط<sup>(٤)</sup>.

(١) يشير إلى ما رواه مالك في الموطأ (٤/ ٨٩٠) في باب: ما يفعل في الوليدة، إذا بيعت. والشرط فيها رقم (٢٢٨٠) بإسناده: أن عبد الله بن مسعود، ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية، واشترطت عليه: أنك إن بعتها، فهي لي بالثمن الذي تبيعها به، فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب، فقال عمر بن الخطاب: لا تقر بها، وفيها شرط لأحد. وصححه النووي في المجموع (٩/ ٣٦٨).

(٢) إعلام الموقعين (٣/ ٣٠٠-٣٠١).

(٣) ينظر: مغني المحتاج (٤/ ٢٣١)، وإعانة الطالبين (٣/ ٣٢١).

(٤) ينظر: نهاية المطلب (١٢/ ١٧٩)، والشرح الكبير على المقنع (٢٠/ ٤٢٠)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٦٦٩).



ومعنى هذا: أن عقد النكاح يقتضي أن تكون المرأة زوجة للرجل، والرجل زوجاً للمرأة؛ مباشرة بعد القبول والإيجاب وتمام الأركان والشروط، والتعليق يمنع ذلك.

الدليل الثالث: أن الأصل في عقد النكاح أن يكون عقداً لازماً، وتعليق انعقاده بالشروط يوجب أن يكون العقد جائزاً لا لازماً<sup>(١)</sup>.

الدليل الرابع: أن العقد المعلق يحتمل الوجود ويحتمل العدم؛ لأن التعليق يتوقف على أمر مستقبلي، مما يعني أن التملك في العقد المعلق فيه مخاطرة، فقد ينشأ العقد، وقد لا ينشأ، وهذا غرر في العقد المعلق لا يصح<sup>(٢)</sup>.

دليل القول الثاني: القياس على العتق، فإنه إذا باع عبداً واشترط شرطاً باطلاً؛ كاشتراط الولاء له إذا أعتقه المشتري: نفذ العتق، وبطل الشرط<sup>(٣)</sup>.

(١) العقد اللازم هو: العقد الذي لا يمكن لأحد المتعاقدين فسخه، والعقد الجائز: ما جاز للعاقدين فسخه. ينظر: الحدود في الأصول ص: ١١٥، والمنثور في القواعد الفقهية (٣٠٤/٢).

(٢) ينظر: المحيط البرهاني (١٥/٣).

(٣) كما أفاده قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»، فإن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أبطل الشرط المنافي للعقد وهو اشتراط الولاء للبائع، وأبقى البيع صحيحاً، والحديث رواه البخاري في مواضع منها: كتاب الشروط، باب: الشروط في الولاء رقم (٢٧٢٩)، ومسلم في مواضع منها: كتاب العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق رقم (١٥٠٤)، ينظر: الشرح الكبير (٤٢١/٢٠)، والكافي (٤٢/٣).

## أدلة القول الثالث:

الدليل الأول: قوله تعالى في قصة موسى مع ابنة صاحب مدين: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نُنكَحَكَ بِإِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَجَجٌ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَمْلِكَ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنْ الصَّالِحِينَ ﴿٢٧﴾﴾ [القصص: ٢٧].

وجه الدلالة: أن هذا نكاح وقع معلقاً على شرط، وهو من أصح الأنكحة التي حكاها الله سبحانه وتعالى<sup>(١)</sup>.

ونوقش هذا الاستدلال بأمرين:

الأول: أن هذا شرع من قبلنا، وشرعنا ناسخ له.

وأجيب: «لم يأت في شريعتنا ما ينسخه، بل أتت مقررة له كقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنْ أَحَقَّ الشُّرُوطُ أَنْ تَوْفُوا بِهِ؛ مَا اسْتَحَلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»<sup>(٢)</sup>، فهذا صريح في أن حلَّ الفروج بالنكاح قد يعلّق على شرط»<sup>(٣)</sup>.

الثاني: أن قوله ﴿إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾ يدل على أن هذا عرض للنكاح لا عقد له؛ لأنه لو كان عقداً لوجب تعيين المعقود عليها في النكاح<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: إعلام الموقعين (٣/ ٣٠٠).

(٢) رواه البخاري في كتاب الشروط، باب: الشروط في المهر عند عقدة النكاح رقم (٢٧٢١)، ومسلم في كتاب النكاح، باب: الوفاء بالشروط في النكاح رقم (١٤١٨) من حديث عقبة بن عامر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) إعلام الموقعين (٣/ ٣٠٠).

(٤) ينظر: تفسير القرطبي (١٣/ ٢٧٢).

الدليل الثاني: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1].

وجه الدلالة: أن الآية الكريمة تدل على وجوب الوفاء بكل عقد وشرط لا يخالف الشرع؛ لأن إطلاق الاسم يتناول جميع العقود، سواء كانت منجزةً أو معلقةً، ولا دليل على تقييدها بالعقود المنجزة، والنكاح من جملة تلك العقود<sup>(١)</sup>.

الدليل الثالث: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن أحق الشروط أن توفوا به؛ ما استحللتم به الفروج»<sup>(٢)</sup>.

الدليل الرابع: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المسلمون على شروطهم»<sup>(٣)</sup>، ووجه الدلالة ظاهر.

الدليل الخامس: روى أبو داود في سننه عن ميمونة بنت كردم<sup>(٤)</sup>، قالت: خرجت مع أبي في حجة رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فرأيت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فدننا إليه أبي وهو على ناقه له، ومعه درة كدرة الكتاب<sup>(٥)</sup>، فسمعت

(١) ينظر: الفروع (٦/١٩٠)، والشرح الممتع (١٢/١٦٣).

(٢) سبق تخريجه، ووجه الدلالة: مذكور في الدليل الأول، فلا حاجة لتكراره.

(٣) رواه أبو داود في كتاب الأفضية، باب في الصلح رقم (٣٥٩٤) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، والترمذي في أبواب الأحكام، في باب: ما ذكر عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الصلح بين الناس رقم (١٣٥٢) من حديث عمرو بن عوف المزني رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وقال عنه الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(٤) ميمونة بنت كردم بن سفيان اليسارية، ويُقال: الثقفية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، روى لها أبو داود وابن ماجه. ينظر: تهذيب الكمال (٣٥/٣١٣)، والإصابة في تمييز الصحابة (٨/٣٢٨).

(٥) قال المنذري: الدرّة: هي التي يضرب بها، ويشبه أن يكون أراد بدرة الكتاب التي يؤدب بها المعلم صبيانه، تشير إلى صغرها. عون المعبود (٦/٩٢-٩٣).

الأعراب والناس وهم يقولون: الطبطبية الطبطبية الطبطبية<sup>(١)</sup>، فدنا إليه أبي، فأخذ بقدمه، فأقر له، ووقف عليه، واستمع منه، فقال: إني حضرت جيش عثران، - قال ابن المنى: جيش عثران<sup>(٢)</sup> - فقال طارق بن المرقع<sup>(٣)</sup>: من يعطيني ربحاً بثوابه؟ قلت: وما ثوابه؟ قال: أزوجه أول بنت تكون لي، فأعطيته ربحي، ثم غبت عنه، حتى علمت أنه قد ولد له جارية وبلغت، ثم جئته فقلت له: أهلي جهزهن إلي، فحلف أن لا يفعل حتى أصدقه صداقاً جديداً غير الذي كان بيني وبينه، وحلفت أن لا أصدق غير الذي أعطيته، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وبقرن<sup>(٤)</sup> أي النساء هي اليوم؟» قال: قد رأيت القتير، قال: «أرى أن تتركها» قال: فراعني ذلك، ونظرت إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلما رأى ذلك مني قال: «لا تأثم، ولا يَأْثِمُ صاحبك». قال أبو داود: القتير: الشيب<sup>(٥)</sup>.

- (١) يحتمل وجهين: أحدهما أن يكون أرادت بها حكاية وقع الأقدام أي يقولون بأرجلهم: على الأرض طب طب.
- والوجه الآخر: أن يكون كناية عن الدرة، تريد صوتها إذا خفقت. ينظر: معالم السنن (٢٠٨/٣).
- (٢) جيش في الجاهلية. ينظر: عون المعبود (٩٣/٦).
- (٣) قال عنه أبو نعيم الأصبهاني: «... لا يعرف له في الإسلام أثر، ولا ذكر، فكيف في الصحابة». ينظر: إكمال تهذيب الكمال (٥١/٧).
- (٤) القرن: بنو سن واحدة، والمراد: في سن أي النساء هي؟، ينظر: معالم السنن (٢٠٨/٣)، وجامع الأصول (٤٥٥/١١).
- (٥) رواه أبو داود في: كتاب النكاح، باب في تزويج من لم يولد رقم (٢١٠٣)، والحديث ضعفه الألباني ونقل عن ابن المنذر أنه قال: «اختلف في إسناد هذا الحديث، وفي إسناده من لا يعرف». ينظر: ضعيف أبي داود (٢٠٩/٢).

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم ينكر عليه الشرط، ولم يقل له: لا نكاح بينكما<sup>(١)</sup>.

نوقش: بأن الحديث ضعيف، فلا يصح الاحتجاج به.

الدليل السادس: أنه قول ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، ولم يكن له مخالف.

الدليل السابع: أن الأصل في الشروط الصحة والجواز، وهو أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة؛ فلا يستغني عنه المكلف، وقد صح تعليق العقود في الشرع<sup>(٢)</sup>.

### الراجع:

لم يترجح للباحث شيء بعد البحث، وذلك أن القول الثالث القاضي بصحة الشرط: قول قوي؛ لقوة أدلته، واتساقه مع قواعد الشرع، والأصول العامة.

وقول الجمهور أحوط؛ خاصة في عقد قد مَيَّزَه الشارع بمزيد من الاحتياط؛ كالإشهاد والإعلان، وجعله ميثاقاً غليظاً، فالله أعلم بالصواب.

### ثمرة الخلاف:

يترتب على القول بأن النكاح لا يصح: أن آثار النكاح لا تترتب على هذا العقد ولو وقع المعلق عليه؛ كرضى الأم ونحوه، فلا تعد المرأة من طلاق أو وفاة، وليس لها مهر، ولا ميراث.

(١) أحكام أهل الذمة (٢/ ٧٥٥).

(٢) منها ما مرّ، ومنها: تعليق النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولاية الإمارة بالشرط، وتعليق عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عقد المزارعة بالشرط، ينظر: إعلام الموقعين (٣/ ٣٠٠-٣٠١).

ويترتب على القول بأن النكاح يصح إذا وقع المعلق عليه؛ كرضى الأم ونحوه، ثم مات الزوج: أن الزوجة تعتد من وفاة زوجها، ولها المهر، والميراث<sup>(١)</sup>.

### مقارنة المسألة مع نظام الأحوال الشخصية:

جاء نظام الأحوال الشخصية متوافقاً مع قول الجمهور، حيث جاء في المادة السادسة عشرة من النظام:

«يشترط في الإيجاب والقبول:

١. أن يكونا متوافقين صراحة.

٢. أن يكونا مقترنين في مجلس واحد حقيقةً، ويصح أن يكونا مقترنين في مجلس واحد حكماً؛ وذلك وفقاً لما تقرره الأحكام النظامية في هذا الشأن.

٣. أن يكونا منجزين، لا معلقين على شرط، ولا مضافين إلى مستقبل<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر: الشرح الممتع (١٢/١٨٠).

(٢) صفحة النظام، ضمن مجموعة الأنظمة السعودية، على موقع هيئة الخبراء بمجلس

الوزراء، <https://laws.boe.gov.sa>

## المبحث الثاني

### أثر التعليق في عقد الخلع

الخلع من العقود التي يحصل بها الفرقة بين الزوجين، وصورته: أن تطلب المرأة فراق زوجها، بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها، بألفاظ مخصوصة<sup>(١)</sup>.

وقد عرّفه المنظم في المادة الخامسة والتسعين بأنه: «فراق بين الزوجين، بطلب الزوجة وموافقة الزوج، مقابل عوض تبذله الزوجة أو غيرها»<sup>(٢)</sup>.

والفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى اختلفت أقوالهم في صحة تعليقه بالشرط؛ كقول الزوج: إن أعطيتني ألفاً، أو متى ضمنت لي ألفاً، فقد خلعتك، وقول الزوجة: إن خالعتني فلك ألف، ويمكن أن نجمل اختلافهم في ثلاثة أقوال:

القول الأول: يصح الخلع المعلق بشرط، سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة، وهو مذهب المالكية<sup>(٣)</sup>، والشافعية<sup>(٤)</sup>، ورواية عند الحنابلة<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: كشف القناع (٥/٢١٢).

(٢) صفحة النظام، ضمن مجموعة الأنظمة السعودية، على موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، <https://laws.boe.gov.sa>

(٣) ينظر: عقد الجواهر الثمينة (٢/٤٩٦)، والتوضيح (٤/٣٠٧)، والشرح الكبير (٢/٣٥٨).

(٤) ينظر: نهاية المطالب (١٣/٣٢٨)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/١٩)، وروضة الطالبين (٧/٣٨١).

(٥) ينظر: التعليقة الكبيرة (٣/١٥٧)، والمبدع (٦/٩٦)، ومطالب أولي النهى (٥/٣٠٧).

القول الثاني: يصح الخلع المعلق بشرط إذا كان التعليق من قبل الزوج، ولا يصح إذا كان التعليق من قبل الزوجة، وهو مذهب الحنفية<sup>(١)</sup>.

القول الثالث: لا يصح تعليق الخلع بشرط مطلقاً، سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة، وهو المذهب عند الحنابلة<sup>(٢)</sup>.

### أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن الخلع من باب المعاوضة التي تؤول إلى الجعالة، وبيان ذلك: أنه التماس من قبل الزوجة للطلاق الذي يستقل به الزوج، فهو كقولها: إن رددت عبدي الآبق فلك كذا<sup>(٣)</sup>.

الدليل الثاني: أنه من باب الفسخ<sup>(٤)</sup>، والفسوخ يجوز تعليقها<sup>(٥)</sup>.

### دليل القول الثاني:

أ) دليل صحة تعليق الخلع من قبل الزوج: أن الخلع من قبله بمنزلة اليمين، واليمين يجوز تعليقها.

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي (١٧٣/٦)، وبدائع الصنائع (١٤٥/٣)، والجوهرية النيرة (٦٠-٥٩/٢).

(٢) ينظر: الفروع (٤٣١/٨)، والإنصاف (٨٢/٢٢)، وحاشية ابن قائد على منتهى الإرادات (٢٠٤/٤)، ويستثنى من ذلك: إذا نوى به الطلاق، وحينئذ يكون ذلك من باب تعليق الطلاق لا الخلع. ينظر: شرح منتهى الإرادات (٦٣٣/٢).

(٣) ينظر: نهاية المطلب (٣٢٨-٣٣٣/١٣)، ونهاية المحتاج (٤٠٨/٦).

(٤) الفسخ: رفع العقد على وصف كان قبله، بلا زيادة ونقصان. التعريفات الفقهية (ص: ١٦٤).

(٥) ينظر: مواهب الجليل (٣٧/٤)، والإنصاف (٨٢/٢٢).



ب) دليل عدم صحة الخلع المعلق من قبل الزوجة: أن الخلع من جانبها إنما هو التزام بالمال، فيكون الخلع بمنزلة البيع، والبيع لا يصح تعليقه على شرط<sup>(١)</sup>.

نوقش عدم صحة تعليق الخلع من قبل الزوجة:

لا يصح قياسه على البيع؛ لأن الخلع يصح بالمجهول والغرر<sup>(٢)</sup>، بخلاف البيع، فلا يصح بثمن مجهول.

**دليل القول الثالث:**

أن الخلع عقد معاوضة يتوقف على رضا المتعاقدين، كالبيع؛ فلا يصح تعليقه بشرط<sup>(٣)</sup>.

نوقش:

لا يصح قياسه على البيع؛ لأن الخلع يصح بالمجهول<sup>(٤)</sup>، بخلاف البيع، فلا يصح بثمن مجهول.

**الراجع:**

لعل الأرجح والعلم - عند الله تعالى - صحة القول الأول القاضي بصحة تعليق الخلع مطلقاً؛ سواء كان التعليق من قبل الزوج أو من قبل الزوجة؛ وذلك لقوة أدلتهم وخلوها من المناقشة.

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي (١٧٣/٦)، وبدائع الصنائع (١٤٥/٣)، والجوهرية النيرة (٥٩/٢-٦٠).

(٢) ينظر: شرح التلقين (٧٦٩/٢)، والشرح الكبير (٥٩/٢٢)، والإنصاف (٥٩/٢٢).

(٣) ينظر: الفروع (٤٣١/٨)، والإنصاف (٨٢/٢٢)، وحاشية ابن قائد على منتهى الإرادات (٢٠٤/٤).

(٤) ينظر: شرح التلقين (٧٦٩/٢)، والشرح الكبير (٥٩/٢٢)، والإنصاف (٥٩/٢٢).

## مقارنة المسألة مع نظام الأحوال الشخصية:

جاءت مواد الخلع في نظام الأحوال الشخصية في الفصل الثالث من المادة الخامسة والتسعين، إلى المادة الثانية بعد المئة، ولم يتطرق النظام إلى التعليق في الصيغة؛ إنما ذكر صحة الخلع بأي لفظ فقد جاء في المادة السابعة والتسعين:

«يقع الخلع بأي لفظ دل على الفرقة بالنطق أو الكتابة، وعند العجز عنها فبالإشارة المفهومة، ويعد فسخاً لعقد الزواج ولو كان بلفظ الطلاق، ويكون فرقة بائنة بينونة صغرى، ولا يحسب من التطليقات الثلاث»<sup>(١)</sup>.

وعموم المادة الذي جاء بلفظ: «بأي لفظ»، قد يفهم منه: جواز الصيغة المعلقة<sup>(٢)</sup>، هذا ما ظهر لي، والعلم عند الله.

- (١) صفحة النظام، ضمن مجموعة الأنظمة السعودية، على موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، <https://laws.boe.gov.sa>
- (٢) قد تشمل المادة أنها المراد منها مسألة: هل يقع الخلع بلفظ الطلاق؟ أو أنه لا يقع إلا بلفظ الخلع؟ بدلالة عدّه فسخاً للعقد، ولو وقع بلفظ الطلاق، والمسألة من المسائل التي اختلف فيها أهل العلم، وهي محتملة، والله أعلم.

## المبحث الثالث أثر التعليق في الطلاق

في هذا المبحث نتكلم عن التعليق في الطلاق، وهذا الباب من الأبواب التي أفردتها أهل العلم رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في مصنفاتهم بالتأليف، وأكثروا الكلام فيها؛ ذلك أن هذا الباب من الأبواب التي لها تعلق بباب الأيمان كما سيأتي، وأيضاً فإن التعليق يكون بأدوات الشرط، والبحث فيها من علوم اللغة، وثالث الأسباب التي جعلت الفقهاء يكثرون البحث في هذا الباب، وهو من أهمها؛ أنه يتعلق بباب عظيم وهو الطلاق، الذي يترتب على وقوعه: تحريم المرأة على زوجها، وإباحتها لرجل آخر، والاحتياط في هذا الباب عسير جداً، فمن رام أن يحتاط بعدم إيقاع الطلاق؛ لأن الأصل عنده بقاء الزوجية، فاحتياطه هذا عند غيره: غير وجيه؛ لأنه - في اجتهاد غيره - قد أباح امرأة وقع عليها الطلاق، للرجل المطلق الذي خرجت من عصمته، فبقاء هذه المرأة معه محرم؛ لأنها أجنبية عنه، ولطول مسائله وتشعبها؛ فإني أقتصر في هذا المبحث على مطلبين، وهما من أصول التعليق في هذا الباب، فأقول مستعينا بالله:

### المطلب الأول: إضافة الطلاق إلى زمن مستقبل:

كأن يقول لزوجته: إذا طلعت الشمس فأنت طالق، أو إذا دخل رمضان فأنت طالق ونحو ذلك، والحكم فيه: أنه يقع الطلاق بسبب التعليق بالإجماع<sup>(١)</sup>، وإنما اختلف العلماء في وقت وقوعه، هل يقع إذا جاء الوقت

(١) نقل الإجماع: ابن حزم في مراتب الإجماع ص: ٧٢، لكنه قال في كتابه المحلى (٩/ ٤٧٩): «من قال: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، أو ذكر وقتاً ما؟ فلا تكون طالقاً بذلك، لا =

الذي علق الطلاق عليه؟ أو أنها تطلق في الحال؟ على قولين:

**القول الأول:** أن الطلاق لا يقع حتى يأتي الزمن الذي علق الطلاق عليه. وهذا قول الجمهور من الحنفية<sup>(١)</sup>، والشافعية<sup>(٢)</sup>، والحنابلة<sup>(٣)</sup>.

**القول الثاني:** أن المرأة تطلق في الحال، وهو قول المالكية<sup>(٤)</sup>.

### أدلة القول الأول:

**الدليل الأول:** فتوى ابن عباس حيث كان يقول في الرجل: يقول لامرأته: أنت طالق إلى رأس السنة. قال: يطاء فيما بينه وبين رأس السنة<sup>(٥)</sup>.

= الآن، ولا إذا جاء رأس الشهر»، وينظر: الإقناع في مسائل الإجماع (٣٤ / ٢)، ومجموع الفتاوى لابن تيمية (٤٦-٤٧ / ٣٣) وقال: «لكن ابن حزم زعم أنه لا يقع به الطلاق، وهو قول الإمامية، مع أن ابن حزم ذكر في» كتاب الإجماع «: إجماع العلماء على أنه يقع به الطلاق، وذكر أن الخلاف إنما هو فيما إذا أخرجه مخرج اليمين: هل يقع الطلاق؟ أو لا يقع ولا شيء عليه؟ أو يكون يمينا مكفرة؟». وذكر أيضاً في نقد مراتب الإجماع ص: ٢٩٥: «وقد اختار في كتابه الكبير في الفقه، «شرح المحلى» خلاف هذا، وأنكر على من ادعى الإجماع في ذلك.... لكن هو في غير موضع يخالف ما هو إجماع عند عامة العلماء، وينكر أنه إجماع».

(١) ينظر: الأصل للشيباني (٤٨٩ / ٤)، والنهر الفائق شرح كنز الدقائق (٣٣٧ / ٢)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين (٢٦٤ / ٣).

(٢) ينظر: الأم (١٩٧ / ٥)، والحاوي الكبير (١٩٢ / ١٠)، والعزیز شرح الوجيز (٥٩ / ٩).

(٣) ينظر: المغني (٤٢٣ / ٧)، والمحزر (٦٢ / ٢) وكشاف القناع (٢٧٧ / ٥).

(٤) ينظر: الجامع لمسائل المدونة (٦٦١ / ١٠)، وعقد الجواهر الثمينة (٥٤٠ / ٢)، ومناهج التحصيل (٢٩٣ / ٤)، والمختصر الفقهي (٢٠١ / ٤).

(٥) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة (٧٠ / ٤) كتاب الطلاق، باب: من قال: لا يطلق حتى يحل الأجل رقم (١٧٨٩٤) عن ابن عباس، قال: «إلى الأجل»، والبيهقي في: جماع أبواب ما يقع به الطلاق من الكلام ولا يقع إلا بنية، باب: الطلاق بالوقت والفعل رقم =

الدليل الثاني: القياس على العتق، والجامع بينهما: أن فيها إزالة ملك يصح تعليقه بالصفات، فمتى علقه بصفة: لم يقع قبل وجود الصفة<sup>(١)</sup>.

### دليل القول الثاني:

القياس على نكاح المتعة، والجامع بينهما: أنها وطء مستباح إلى أجل، والعلماء مجمعون على إبطال النكاح إلى أجل<sup>(٢)</sup>.

نوقش: أن القياس لا يصح؛ لأن النكاح عقد يمتنع فيه دخول الأجل، فيفسد بالأجل، بخلاف الطلاق، فإنه حد لانتهاء النكاح، فهو من قبيل الفسخ لا العقد<sup>(٣)</sup>.

### الراجع:

لعل الراجح والعلم عند الله تعالى: قول الجمهور القاضي بوقوع الطلاق في الزمن الذي علق عليه، وذلك لقوة أدلتهم، فهو قول ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وليس له مخالف من الصحابة، وورود المناقشة على أدلة المالكية رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى.

= (١٥٠٩١) السنن الكبرى (٥٨٣/٧)، ورواه ابن حزم بإسناده إلى ابن عباس بلفظه. المحلى (٤٧٩/٩)، والإشراف على مذاهب العلماء (٢٣١/٥) فإنه قال: «وقد روينا عن ابن عباس أنه قال في رجل قال لامرأته: أنت طالق إلى سنة قال: هي امرأته إلى سنة».

(١) ينظر: المغني (٤٢٣/٧).

(٢) ينظر: الجامع لمسائل المدونة (٦٦١/١٠)، وبداية المجتهد (١٠٠/٣).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٩٢/١٠).

## المطلب الثاني: تعليق الطلاق على فعل، أو على ترك:

وهذا على قسمين:

**القسم الأول:** أن يكون قصد الزوج: إيقاع الطلاق عند تحقق الصفة التي علق عليها:

كأن يقول لزوجته: إن خرجت من البيت فأنت طالق، وهو يقصد طلاقها عند خروجها من البيت، ثم تخرج من البيت، فهذا التعليق: يقع به الطلاق إذا وجدت الصفة بالإجماع<sup>(١)</sup>.

**القسم الثاني:** أن يكون قصد صاحبه الحلف أو القسم:

وهو: المنع من فعل شيء، أو الحث على فعله، أو التصديق أو التكذيب، وهو لا يريد إيقاع الطلاق إذا وجدت الصفة، كأن يقول: إن خرجت من البيت فأنت طالق، وهو يقصد منعها من الخروج، ولا يريد طلاقها حقيقة: فهذا حكمه حكم الحلف بالطلاق عند الفقهاء<sup>(٢)</sup>، ولكن: هل إذا حنث في يمينه بالطلاق: يقع الطلاق؟ أم لا يقع؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

(١) ينظر: مراتب الإجماع ص: ٧٢، وبداية المجتهد (٣/ ٩٩)، والإقناع في مسائل الإجماع (٢/ ٣٤)، ومجموع الفتاوى (٣٣/ ٤٦).

(٢) ينظر: مراتب الإجماع ص: ٧٢، وبدائع الصنائع (٣/ ٢١)، والمقدمات الممهدة (١/ ٥٧٩)، والعزيز شرح الوجيز (٩/ ١١٨)، والمغني (٧/ ٤٣٤)، ومجموع الفتاوى (٣٣/ ٤٦)، وبعضهم يسميه يميناً مجازاً.

القول الأول: أنه يقع الطلاق إذا حنث، وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، والشافعية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة<sup>(٤)</sup>، وحكى بعضهم الإجماع عليه<sup>(٥)</sup>.

القول الثاني: أن الحلف بالطلاق يعتبر يميناً غير منعقدة، فلا شيء فيها إذا حنث؛ لا كفارة، ولا وقوع، وهو قول نسب لطاووس<sup>(٦)</sup>، والظاهرية<sup>(٧)</sup>.

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٣٠)، والمحيط البرهاني (٣/٣٦٢)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين (٣/٧٢٤).

(٢) ينظر: المقدمات الممهדות (١/٥٧٩-٥٨٠)، والفواكه الدواني (١/٤١٧)، والشرح الكبير (٢/١٣٨).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٢١٨)، والعزيز شرح الوجيز (٩/١١٨)، وروضة الطالبين (٨/١٦٧).

(٤) ينظر: المغني (٧/٤٣٤)، والإنصاف (٢٢/٥٢٤)، وكشاف القناع (٥/٣٠٢).

(٥) وممن حكى الإجماع: المروزي في كتابه: اختلاف الفقهاء (ص: ٤٩١) فقال: «فإن حلف بطلاق أو عتاق: فقد أجمعت الأمة على أن الطلاق لا كفارة عليه، وأنه إن حنث في يمينه: فالطلاق لازم له»، وابن المنذر في الإشراف (٧/١١٥) فقال: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحالف بالطلاق على زوجته في أمر ألا يفعله، ففعله، أن الطلاق يقع عليها»، وابن عبد البر في الاستذكار (٥/١٨١) وقال: «فإن حلف بطلاق: فقد أجمعت الأمة على أن الطلاق لا كفارة له، وأنه إن حنث في يمينه: فالطلاق لازم له»، وابن رشد في المقدمات الممهדות (١/٥٧٦)، والسبكي في فتاواه (٢/٣١٠)، والدررة المضوية ص ١٣.

(٦) ينظر: مصنف عبد الرزاق (٦/٤٠٦) كتاب الطلاق، باب: طلاق المكره، رقم (١١٤٠١) «عن ابن جريج قال: أخبرني ابن طاووس، عن أبيه، أنه كان يقول: الحلف بالطلاق باطل ليس بشيء، قلت: أكان يراه يمينا؟ قال: لا أدري». والمحلى (٩/٤٧٨).

(٧) ينظر: المحلى (٩/٤٧٦)، وقد جعلها مسألة خلافية في مراتب الإجماع فقال: «واختلفوا في اليمين بالطلاق أهو طلاق فيلزم، أو يمين فلا يلزم». مراتب الإجماع (ص: ١٥٩)، ونسبه ابن القيم إلى عكرمة مولى ابن عباس، ولم أقف على من نسبه إلى عكرمة غيره، ينظر: إعلام الموقعين (١/٢١٢).

القول الثالث: أن الحلف بالطلاق حكمه حكم اليمين، إذا حثت فيها: ففيها الكفارة كغيرها من الأيمان.

وقد علّق القول به أبو ثور، فقال: إن لم تجمع الأمة على لزومه؛ فهو يمين تكفر<sup>(١)</sup>، وهو قول أبي العباس ابن تيمية<sup>(٢)</sup>، وابن القيم<sup>(٣)</sup>.

### أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَالْحَمْسَةُ أَنْ لَعَنَ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ

[النور: ٧].

وجه الدلالة: أن الملاعن يقصد بهذا الشرط التصديق، فهو خارج مخرج اليمين، ومع ذلك فهو موجب للعة والغضب على تقدير كذبه<sup>(٤)</sup>.

الدليل الثاني: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المسلمون على شروطهم»<sup>(٥)</sup>.

وجه الدلالة: أن الزوج التزم وقوع الطلاق على وجود الشرط، وقد وجد الشرط، فيلزمه الطلاق<sup>(٦)</sup>.

(١) ينظر: اختلاف الفقهاء (ص: ٤٩٢)، وإعلام الموقعين (٤/ ٨٧)، وقال: «وقد تبين أن الأمة لم تجمع على لزومه».

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٣/ ٤٥).

(٣) ينظر: إعلام الموقعين (٣/ ٦٦) وما بعدها.

(٤) ينظر: فتاوى السبكي (٢/ ٣١٠).

(٥) سبق تحريجه في ص ٢١٩.

(٦) ينظر: فتاوى السبكي (٢/ ٣٠٦).



الدليل الثالث: ما رواه البخاري معلقاً: «طلق رجل امرأته البتة إن خرجت، فقال ابن عمر:» إن خرجت فقد بتت منه، وإن لم تخرج فليس بشيء»<sup>(١)</sup>.

وجه الدلالة: أن ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أفتى بوقوع الطلاق، مع أن الظاهر أن الرجل إنما أراد منع امرأته من الخروج.

نوقش: أن هذا التعليق من قبيل الطلاق بصيغة الشرط والجزاء، والزوج قصد به الطلاق عند وجود الشرط<sup>(٢)</sup>.

الدليل الرابع: ما روي عن ابن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في رجل قال لامرأته: إن فعلت كذا وكذا فهي طالق؛ فتفعله، قال: «هي واحدة، وهو أحق بها»<sup>(٣)</sup>.

وجه الدلالة: أن ابن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أفتى بوقوع طلاق المرأة بهذه الصيغة، والظاهر من الزوج أنه يريد منعها.

نوقش: أن الأثر منقطع<sup>(٤)</sup>.

(١) رواه البخاري في صحيحه معلقاً، في كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكره، والسكران والمجنون وأمرهما، والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره، صحيح البخاري (٤٥/٧)، ولم أقف على من وصله.

(٢) ينظر: إعلام الموقعين (٤٨/٣).

(٣) رواه البيهقي في جماع أبواب ما يقع به الطلاق من الكلام ولا يقع إلا بنية، باب: الطلاق بالوقت والفعل السنن الكبرى (٥٨٣/٧) رقم (١٥٠٩٠).

(٤) ينظر: إعلام الموقعين (٤٩/٣).

الدليل الخامس: إجماع أهل العلم على إيقاع الطلاق من الهازل، مع القطع بأنه لم يرد الطلاق<sup>(١)</sup>، ولا وجه للتفريق بينه وبين الحالف لأجل المنع أو الحث.

الدليل السادس: أن هذا التعليق وإن قصد به المنع أو الحث؛ فالطلاق مقصود به -أيضاً- على ذلك التقدير، ولذلك نصبه الزوج مانعاً له من ذلك الفعل<sup>(٢)</sup>، ولولا ذلك لما امتنع<sup>(٣)</sup>.

### دليل القول الثاني:

قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من كان حالفًا؛ فليحلف بالله أو ليصمت»<sup>(٤)</sup>.

وجه الدلالة: أن الحلف بغير الله عَزَّوَجَلَّ معصية، وليس يمينًا، وما ليس بيمين فلا ينعقد<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء (٥/٢٣٠)، والاستذكار (٥/٥٤٢)، والمغني (٧/٣٩٧)، والإقناع في مسائل الإجماع (٢/٣١).

(٢) أو حائثاً له على فعله.

(٣) ينظر: فتاوى السبكي (٢/٣١٠).

(٤) رواه البخاري في كتاب الشهادات، باب: كيف يستحلف رقم (٢٦٧٩)، ومسلم في كتاب الأيمان، في باب: النهي عن الحلف بغير الله تعالى عن عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا رقم (١٦٤٦).

(٥) ينظر: المحلى بالآثار (٩/٤٧٧).

### أدلة القول الثالث:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَٰكِنْ يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَرْتُمْ ۖ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ۖ فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ۚ ذَٰلِكَ كَفَّارَةٌ لِّأَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ۚ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ ۚ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ ۚ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ [المائدة: ٨٩].

وجه الدلالة: أن الآية تدل على أن كل يمين منعقدة فهذه كفارتها، وقد أدخل الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ في هذا النص: الحلف بالعتق<sup>(١)</sup>.

نوقش: أن اليمين المرادة هنا: هي اليمين الشرعية التي انعقدت باسم الله جَلَّ جَلَالُهُ، بدلالة قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من كان حالفاً؛ فليحلف بالله أو ليصمت»<sup>(٢)</sup>.

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ ۚ تَبَتَّغِي مَرَضَاتٍ أَرْوَجَكَ ۗ وَاللَّهُ عَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [التحریم: ١-٢].

وجه الدلالة: أن الآية عامة في كل يمين يحلف بها المسلمون: فقد فرض الله لهم تحلتها، وليست خاصة باليمين بالله، بدلالة سبب نزولها، وهو تحريم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على نفسه للعسل، أو تحريمه مارية القبطية على

(١) ينظر: إعلام الموقعين (١/ ٢٨٨).

(٢) ينظر: الدرر المضية ص ٢٧-٢٩، والحديث سبق تخرجه في الصفحة السابقة.

اختلاف الروايات، فدل على أن تحريم الحلال يعتبر يمينا على ظاهر الآية، وعليه؛ فأيمان الطلاق منها<sup>(١)</sup>.

نوقش: أن تسمية التعليق يمينا لم يرد به الشرع، وإنما يسمى يمينا على وجه المجاز، فلا يدخل تحت النصوص الواردة في حكم الأيمان الشرعية<sup>(٢)</sup>.

الدليل الثالث: قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا حَلَفْتَ عَلَى يَمِينٍ، فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا، فَكْفَرُ عَنْ يَمِينِكَ، وَائْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ»<sup>(٣)</sup>.

وجه الدلالة: أن الحلف بالطلاق من جملة الأيمان التي في معنى الحلف بالله، ولذا يجزئه كفارة يمين إذا حنث<sup>(٤)</sup>.

الدليل الخامس: أنه قول سبعة من الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ بعدم وقوع الحلف بالعتق، وهم: عبد الله بن عمر، وابن عباس، وأبو هريرة، وعائشة، وأم سلمة، وحفصة، وزينب ربيبة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

ومن ذلك ما أفتى به الصحابة: ابن عمر وابن عباس وحفصة وزينب بنت أبي سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُنَّ امرأة قالت: «هي يهودية، وهي نصرانية، وكل

(١) ينظر: القواعد النورانية (ص: ٣٢٩-٣٣٣)، والرد على السبكي في مسألة تعليق الطلاق (١١/١).

(٢) ينظر: فتاوى السبكي (٣١٠/٢).

(٣) رواه البخاري في كتاب: كفارات الأيمان، باب: الكفارة قبل الحنث وبعده رقم (٦٧٢٢)، ومسلم في كتاب الأيمان، في باب: ندب من حلف يمينا فرأى غيرها خيرا منها، أن يأتي الذي هو خير، ويكفر عن يمينه رقم (١٦٥٢) عن عبد الرحمن بن سمرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) ينظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٣/٢٢٣)، والجواب عنه كسابقه.

مملوك محرر، وكل مال لها هدي: إن لم يطلق امرأته، إن لم تفرق بينكما» بأن قالوا: «كفري عن يمينك، وخلي بين الرجل وامرأته»<sup>(١)</sup>.

وروي عن أبي هريرة وعائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا نحوه<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة منها: أن فتوى الصحابة في من حنث بحلفه بالعتق بأن عليه كفارة يمين؛ من باب التنبيه على الحلف بالطلاق؛ فإنه إذا كان حلفه بالعتق الذي هو قرابة، لَمَّا خرج مخرج اليمين: أجزأت فيه الكفارة، فإنه من باب أولى أن يكون حكم الحلف بالطلاق كحكمه؛ لأنه ليس بقرابة، فإما أن تجزئ فيه الكفارة، أو لا يجب فيه شيء على قول من يقول: نذر غير الطاعة لا شيء فيه<sup>(٣)</sup>.

نوقش: أما ما ورد عن الصحابة في الحنث في الحلف بالعتق، فقد روي عن ابن عمر وابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا رواية أخرى توجب على الحالف عتق ممالئكه إذا حنث<sup>(٤)</sup>.

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى (١١٣/١٠)، كتاب الأيمان، باب: من جعل شيئاً من ماله صدقة، أو في سبيل الله أو في رتاج الكعبة على معاني الأيمان رقم (٢٠٠٤٣)، وقد جمع البيهقي رَحِمَهُ اللَّهُ الآثار عن الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم في هذا الباب من ص ١١١ إلى ص ١١٤، فليراجع.

(٢) المرجع السابق.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٦٤/٣٥).

(٤) ينظر: المغني (٥١٨-٥١٩)، والفتاوى الكبرى لابن تيمية (١٢٢/٤) وجاء فيه: عن الإمام أحمد رواية الأثرم: أنه سأل عن قصة المرأة التي سألت ابن عمر وحفصة فأمروها بكفارة يمين: فقال الإمام أحمد: ليس يقول فيه كل مملوك إلا التيمي. قلت (القائل الأثرم): فإذا حلف بعتق مملوكه فحيث؟ قال (أحمد): يعتق، كذا يروى عن

الدليل السادس: القياس على الحلف بالنذر، كأن يقول: إن فعلت كذا فعلي الحج، أو مالي صدقة ونحوها، فمذهب جمهور الصحابة: أنه يجزئه كفارة يمين<sup>(١)</sup>؛ لقوله قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كفارة النذر: كفارة اليمين»<sup>(٢)</sup> (٣).

نوقش: بالفرق بين الحلف بالنذر والحلف بالطلاق من ثلاثة وجوه:

ابن عمر وابن عباس أنهما قالوا: الجارية تعتق. وقال ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٢٦١/٣٥): «وقد اعتذر الإمام أحمد عما ذكرناه عن الصحابة في كفارة العتق بعذرين: أحدهما: انفراد سليمان التيمي بذلك. والثاني: معارضته بما رواه عن ابن عمر وابن عباس أن العتق يقع من غير تكفير».

(١) ومن ذلك: ما روي عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن أخوين من الأنصار كان بينهما ميراث، فسأل أحدهما صاحبه القسمة، فقال: «لئن عدت تسألني القسمة، لم أكلمك أبداً، وكل مال لي في رتاج الكعبة»، فقال عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إن الكعبة لغنية عن مالك، كفر عن يمينك، وكلم أخاك، فإني سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «لا يمين عليك، ولا نذر في معصية الرب، ولا في قطيعة الرحم، ولا فيما لا تملك» رواه البيهقي في السنن الكبرى (١١٠/١١١-١١٤)، كتاب الأيمان، باب: من جعل شيئاً من ماله صدقة، أو في سبيل الله أو في رتاج الكعبة على معاني الأيمان رقم (٢٠٠٣٨)، وروي عن عائشة أم المؤمنين أنها سئلت عن رجل، قال: مالي في رتاج الكعبة. فقالت عائشة: يكفره ما يكفر اليمين. رواه مالك في الموطأ (٦٨٦/٣) باب: جامع الأيمان رقم (١٧٥٢)، وعبد الرزاق في المصنف (٤٨٣/٨) كتاب الأيمان والنذور، باب: من قال: مالي في سبيل الله رقم (١٥٩٨٧)، وابن أبي شيبة في المصنف (٨٥/٣)، كتاب الأيمان والنذور والكفارات، باب: في الرجل يردد الأيمان في الشيء الواحد رقم (١٢٣٤٤).

(٢) رواه مسلم في صحيحه (١٢٦٥/٣) عن عقبة بن عامر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في كتاب: النذر، باب: في كفارة النذر رقم (١٦٤٥).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٥٣/٣٥).

الأول: أن الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فرقوا بين النذر، وبين الطلاق والعتق، فأجازوا الكفارة في النذر دون العتق والطلاق<sup>(١)</sup>.

الثاني: أن الحلف بالنذر حلف على التزام المندور، والحلف بالطلاق حلف على وقوع الطلاق.

الثالث: أن الطلاق مفوض إلى العبد، يقع بسببه تنجيزاً وتعليقاً، ومتى وجد سببه: لا يتأخر عنه، أما النذر فليس مفوضاً إليه مطلقاً، بل على وجه خاص، وإذا وجد سببه وترتب في الذمة يمكن سقوطه بخلاف الطلاق<sup>(٢)</sup>.

### الراجع:

هذه المسألة من عُضَل المسائل في الفقه، والكلام فيها طويل جداً، والإلزامات لكل قول قوية، والترجيح فيها عسير، والاحتياط فيها غير وارد، وأجدني - بعد عرضي لأهم الأدلة في المسألة، وما يعترها من مناقشات-: غير قادر على الترجيح؛ ذلك أن المسألة قد نُقِلَ فيها الإجماع على وقوع الطلاق: غير واحد من أهل العلم الثقات، ولا يجزئ المسلم على مخالفة الإجماع إن ثبت، والقول بعدم وقوعه، ووجوب الكفارة: موافق لأصول كثيرة في الشريعة، ولذا؛ فلا يترجح لي شيء في هذه المسألة، والله أعلم بالصواب.

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٦٢/٣٥)، وذكر أن الإمام أحمد أخذ بهذا الفرق.

(٢) ينظر: فتاوى السبكي (٣٠٦/٢).

## مقارنة المسألة مع نظام الأحوال الشخصية:

جاءت المادة الحادية والثمانون من النظام متوافقةً مع القول المجمع عليه في وقوع الطلاق المعلق؛ إذا وقع ما علق عليه، لكننا نجد أنها أخذت بالقول الذي انتصر له ابن تيمية وتلميذه بعدم وقوع الطلاق إذا كان التعليق بنية الحث أو المنع أو التصديق أو التكذيب، وكذا عدم وقوع الطلاق بالحنث في يمينه، وهذا نص المادة.

« ١- يقع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه؛ إلا إذا كان التعليق بنية الحث أو المنع أو التصديق أو التكذيب، ولم يقترن بالتعليق قصد إيقاع الطلاق.

٢- لا يقع الطلاق بالحنث بيمين الطلاق أو الحرام إلا إذا قصد به الطلاق»<sup>(١)</sup>.

ومما يؤيد ذلك أيضاً: تعريف النظام للطلاق، فقد جاء في المادة السابعة والسبعين ما نصه:

«الطلاق حل عقد الزواج بإرادة الزوج باللفظ الدال عليه»<sup>(٢)</sup>.

(١) صفحة النظام، ضمن مجموعة الأنظمة السعودية، على موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، <https://laws.boe.gov.sa>

(٢) صفحة النظام، ضمن مجموعة الأنظمة السعودية، على موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، <https://laws.boe.gov.sa>



## المبحث الرابع أثر التعليق في الرجعة

الكلام في الرجعة فرع عن الكلام في النكاح؛ لأنها إرجاع للنكاح لما كان عليه قبل الطلاق، ومن هنا نجد أن جمهور الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ يعللون عدم صحة تعليق الرجعة: بعدم صحة تعليق النكاح.

ومثال تعليقها: أن يقول الزوج: إذا رضي زيد فقد راجعتك، فلا تصح الرجعة؛ لأنها منجزة عندهم، ولا يصح تعليقها، وهذا قول الجمهور من الحنفية<sup>(١)</sup> والمالكية<sup>(٢)</sup> والشافعية<sup>(٣)</sup> والحنابلة<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي (٢٢/٦)، وبدائع الصنائع (٣/١٨٥)، والجوهرة النيرة (٥٠/٢).

(٢) ينظر: الجامع لمسائل المدونة (٩/٤٥٣)، والتبصرة (٦/٢٤٩٩)، وشرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناي (٤/٢٥٤)، وقد ذكر الخرشي احتمالاً لإضافة الرجعة لوقت مستقبل، فقال: «اختلف في الرجعة إذا كانت متعلقة غير منجزة كقوله: إذا كان في غد فقد راجعتك هل تبطل حالاً ومالاً، ولا تصح رأساً؛ لأن الرجعة ضرب من النكاح، وهو لا يصح مؤجلاً، ولا تحتاجها لنية مقارنة، أو تبطل الآن فقط، وتكون صحيحة غداً؛ لأنها حق للزوج فله تعليقها...» شرح مختصر خليل للخرشي (٤/٨٤)، لكن الأظهر عندهم الأول وهو الموافق لقول الجمهور، ينظر: الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (٢/٤٢٠).

(٣) ينظر: الأم (٥/٢٦١)، والبيان (١٠/٢٥٠)، وروضة الطالبين (٨/٢١٦).

(٤) ينظر: الكافي (٣/١٥٠)، والإنصاف (٢٣/٩٢)، وشرح منتهى الإرادات (٣/١٤٩)، وقد ذكر ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ صحة ذلك فقال: «وكذلك يصح أيضاً تعليق الرجعة بالشرط، وإن قال كثير من أصحابنا وغيرهم: لا يصح». أحكام أهل الذمة (٢/٧٥٢)، ولم ينسب هذا القول لأحد من الأئمة قبله، لكنه استدلل بأن الأصل في الشروط الصحة، وقال ابن عثيمين في الشرح الممتع (١٣/١٩١): «ولهذا قال بعض

## مقارنة المسألة مع نظام الأحوال الشخصية:

جاء نظام الأحوال الشخصية متوافقاً مع قول الجمهور من عدم صحة تعليق الرجعة، فقد جاء نص المادة التسعة والثمانين من النظام: «لا تصح المراجعة إلا منجزاً، ولا يجوز تعليقها على شرط أو إضافتها إلى المستقبل»<sup>(١)</sup>.

أهل العلم: إنها تصح الرجعة معلقة بشرط، وهذا القول أصح. ولو وقفت على قول أقدم منهما لذكرته في المتن، لكنني لم أقف، مع إجلالي لهذين العالمين، وعلو قدرهما في العلم والعمل.

(١) صفحة النظام، ضمن مجموعة الأنظمة السعودية، على موقع هيئة الخبراء بمجلس

الوزراء، <https://laws.boe.gov.sa>

## المبحث الخامس أثر التعليق في الإيلاء

في هذا المبحث أبحث أثر التعليق في الإيلاء، والإيلاء هو: أن يحلف الرجل بالله تعالى: ألا يطأ امرأته أكثر من أربعة أشهر<sup>(١)</sup>.

وحيث ذكرنا في التعريف أن الإيلاء حلف؛ فإن هذا مشعر بجواز تعليقه؛ لأن الأيمان يجوز تعليقها، وهو ما نص عليه جمهور العلماء من الحنفية<sup>(٢)</sup>، والمالكية<sup>(٣)</sup>، والشافعية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة<sup>(٥)</sup> في أبواب الإيلاء، وذكروا صوراً من الأشياء التي يعلق فيها الزوج عدم وطئه لزوجته، ويعتبرونها إيلاءً، ومن أمثلته: ما إذا قال الزوج لزوجته: والله لا وطئتك إن دخلت الدار؛ فيصير مولياً بدخولها الدار<sup>(٦)</sup>.

### مقارنة المسألة مع نظام الأحوال الشخصية:

عند مطالعة نظام الأحوال الشخصية، لا نجد نصاً صريحاً عن الإيلاء، لكننا نجد صورته، والواجب عند حصوله، حيث أشار المنظم إلى صورته

- (١) ينظر: التفرغ (٢/٣٠)، والبيان (١٠/٢٨٤).
- (٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٤/٤٨٧)، والمحيط البرهاني (٣/٤٤٢)، والدر المختار (٣/٤٣١).
- (٣) ينظر: عقد الجواهر الثمينة (٢/٥٤٧)، وجامع الأمهات ص: ٢٩٣، والمختصر الفقهي (٤/٣٠٣).
- (٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٣٦٧)، والبيان (١٠/٢٨٩)، وروضة الطالبين (٨/٢٤٤).
- (٥) ينظر: الكافي (٣/١٥٨)، والمبدع (٧/١٢)، وشرح منتهى الإرادات (٣/١٥٩).
- (٦) ينظر: الفروع (٩/١٦٤).

في الفصل الرابع المتعلق بفسخ عقد الزواج، في المادة الثالثة عشرة بعد المائة حيث جاء فيها:

«على المحكمة أن تفسخ عقد الزواج بناء على طلب الزوجة في الحالتين الآتيتين:

١. إذا حلف زوجها على عدم جماعها مدة تزيد على (أربعة) أشهر، ما لم يرجع عن يمينه قبل انقضاء الأشهر الأربعة.
  ٢. إذا امتنع عن جماعها مدة تزيد على (أربعة) أشهر بلا عذر مشروع»<sup>(١)</sup>.
- والحالة الأولى هي الإيلاء، ونجد أنه لم يذكر حكم تعليقه على شرط، ولكن ذكره للحلف ظاهر في جواز تعليقه؛ لأن الأيمان يجوز تعليقها.
- أما الحالة الثانية فهي امتناع دون لفظ، وهي خارجة عن موضوع البحث؛ لأن البحث يبحث في أثر التعليقات، وهي إنما تكون بالقول فقط.

(١) صفحة النظام، ضمن مجموعة الأنظمة السعودية، على موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، <https://laws.boe.gov.sa>

## المبحث السادس أثر التعليق في الظهار

الظهار هو: أن يشبه الرجل زوجته بأمه، فيقول: أنت علي كظهر أمي، وهو أمر محرم، وكان يعتبر في الجاهلية طلاقاً<sup>(١)</sup>، فجعل له الشارع أحكاماً تخصه، والكلام هنا سيكون عن: أثر التعليق في صيغة الظهار.

عند الرجوع إلى كتب الفقهاء: نجد أنهم يوقعون الظهار بصيغتيه: المنجزة والمعلقة، ويرتبون أحكامه عليها<sup>(٢)</sup>.

### مقارنة المسألة مع نظام الأحوال الشخصية:

لم يشرِ نظام الأحوال الشخصية إلى حكم الظهار؛ ذلك أنه من قبيل الأحكام التي يدين فيها الإنسان بينه وبين ربه، وليست مما يترافع به الأزواج عند المحاكم، فإن تضررت المرأة من ظهار زوجها، فلها أن تقدم طلباً لفسخ النكاح للمحكمة بناءً على الضرر الواقع عليها، وفي هذا الجانب، قد وردت

(١) ينظر: المبسوط (٦/٢٢٣).

(٢) ينظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٦/٢٣٠)، وبدائع الصنائع (٣/٢٣٢)، والدر المختار (٣/٤٧٠).

ومذهب المالكية، ينظر: الجامع لمسائل المدونة (١٠/٧٦١)، والتوضيح (٤/٥١٨)، ومواهب الجليل (٤/١٢١).

ومذهب الشافعية، ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٣٤)، والبيان (١٠/٣٣٨)، وروضة الطالبين (٨/٢٤٤).

ومذهب الحنابلة، ينظر: الكافي (٣/١٦٧)، والمغني (٨/١٤)، والمحزر (٢/٨٥)، والإنصاف (٢٣/٢٦١).

عدة مواد تجيز الفسخ إذا ثبت وقوع الضرر على الزوجة، ومنها: المادة الثامنة بعد المائة، حيث جاء فيها:

«تفسخ المحكمة عقد الزواج بناء على طلب الزوجة لإضرار الزوج بها ضرراً يتعذر معه دوام العشرة بالمعروف، إذا ثبت وقوع الضرر».

وكذا أشارت المادة الثالثة عشرة بعد المائة إلى: «أن على المحكمة أن تفسخ عقد الزواج بناء على طلب الزوجة» في حالتين، منها: «إذا امتنع عن جماعها مدة تزيد على (أربعة) أشهر بلا عذر مشروع»<sup>(١)</sup>.

ولا شك أن ظهار الرجل من امرأته يقتضي عدم وطئها حتى يكفر، فإذا لم يكفر؛ فإنه يكون ممتنعاً عن وطئها بلا عذر مشروع، وذلك إضرار بالمرأة، فلها أن تطالب برفع الضرر الواقع عليها.

(١) صفحة النظام، ضمن مجموعة الأنظمة السعودية، على موقع هيئة الخبراء بمجلس

الوزراء، <https://laws.boe.gov.sa>

## الخاتمة

وبعد حمد الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى، ونهاية هذا البحث، تبين للباحث ما يلي:

- (١) أن التعليق هو ربط حصول أمر، بحصول أمر آخر، بأدوات الشرط.
- (٢) أن التعليق يصح في الفسوخ؛ كالطلاق، والأيمان؛ كالإيلاء والظهار، ومختلف في صحته في عقود المعاوضات كالنكاح، وما يشابهها؛ كالرجعة.
- (٣) أن الخلع متردد بين المعاوضات وبين الفسوخ، ولذا وقع الخلاف في أثر التعليق فيه.

(٤) عناية الشريعة بالألفاظ الصادرة من الزوج، وذلك احتياطاً لحرمان المسلمين.

(٥) أن تدوين الفروع الفقهية في الأحوال الشخصية على هيئة مواد نظامية، بلغة واضحة عصرية، يكفل لكل فرد حقه، ومعرفة ما له وما عليه.

(٦) أن تدوين الفروع الفقهية فيه ضبط لبعض الاختلافات القضائية الواردة في بعض القضايا الأسرية، وتقريب للأحكام الشرعية.

### التوصيات:

- (١) أن يجعل في مقررات الدراسات العليا لكليات الشريعة بالمملكة العربية السعودية: مواد لدراسة أنظمة السلطة القضائية، ومقارنتها بالفقه الإسلامي.

٢) أن تقوم الأقسام العلمية في كليات الشريعة في المملكة بتبني شرح أنظمة السلطة القضائية بالمملكة على هيئة بحوث تكميلية، وبحوث ماجستير ودكتوراه، مع مقارنتها مع المذاهب الفقهية المعتمدة.





## المراجع

١. أحكام القرآن، لأحمد الجصاص الحنفي، تحقيق: عبد السلام شاهين، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
٢. أحكام أهل الذمة، لمحمد ابن قيم الجوزية، تحقيق: يوسف البكري وآخر، الناشر: رمادى للنشر - الدمام، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٣. اختلاف الفقهاء، لمحمد بن نصر المروزي، تحقيق: د. محمد حكيم، الناشر: أضواء السلف - الرياض، الطبعة الأولى الكاملة، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
٤. الاستذكار، ليوسف بن عبد البر القرطبي، تحقيق: سالم عطا وآخر، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٥. الأشباه والنظائر، لزين الدين بن إبراهيم، المعروف بابن نجيم، وضع حواشيه وخرج أحاديثه، الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
٦. الإشراف على مذاهب العلماء، لمحمد بن المنذر النيسابوري، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري، الناشر: مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
٧. الإصابة في تمييز الصحابة، لأحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: عادل عبد الموجود وآخر، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
٨. الأصل المعروف بالمبسوط، لمحمد بن الحسن الشيباني، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، الناشر: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي، دون طبعة وتاريخ نشر.
٩. إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (حاشية على فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين)، لعثمان الدمياطي الشافعي، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

١٠. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد ابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩١م.
١١. الإقناع في مسائل الإجماع، لعلي الحميري ابن القطان، تحقيق: حسن الصعيدي، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.
١٢. إكمال تهذيب الكمال في أسماء الرجال، لمغلطاي الحكري الحنفي، تحقيق: أبو عبد الرحمن محمد وآخر، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
١٣. الأم، لمحمد بن إدريس المطلبي القرشي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، سنة النشر: ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.
١٤. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (المطبوع مع المقنع والشرح الكبير)، لعلي بن سليمان المرادوي، تحقيق: د. عبد الله التركي وآخر، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
١٥. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم المصري، وفي آخره، تكملة البحر الرائق لمحمد الطوري الحنفي، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، دون تاريخ نشر.
١٦. البحر المحيط في أصول الفقه، لبدر الدين محمد الزركشي، الناشر: دار الكتبي، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
١٧. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، الناشر: دار الحديث - القاهرة، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
١٨. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر بن مسعود الكاساني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.



١٩. بدائع الفوائد، لمحمد ابن قيم الجوزية، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، دون طبعة وتاريخ نشر.
٢٠. البناية شرح الهداية، لمحمود الغيتابي العيني، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
٢١. البيان في مذهب الإمام الشافعي، يحيى العمراني اليمني، تحقيق: قاسم النوري، الناشر: دار المنهاج - جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
٢٢. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لمحمد بن رشد القرطبي (الجد)، حققه، د محمد حجي وآخرين، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
٢٣. تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمد الحسيني الزبيدي، تحقيق: مجموعة من تحقيقين، الناشر: دار الهداية، دون طبعة وتاريخ نشر.
٢٤. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، لعثمان البارعي الزيلعي، الحاشية، لأحمد الشلبي، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ (ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي ط ٢).
٢٥. التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، لعلي بن سليمان المرادوي، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين وآخرين، الناشر: مكتبة الرشد - السعودية - الرياض، الطبعة الأولى، الجزء الأول ١٤٢١هـ - الجزء الثاني ٢٠٠٠م.
٢٦. التعليقة الكبيرة في مسائل الخلاف علي مذهب أحمد، للقاضي أبي يعلى الفراء، تحقيق: لجنة مختصة من تحقيقين بإشراف نور الدين طالب، الناشر: دار النوادر، الطبعة الأولى، ١٤٣١هـ، ٢٠١٠م.
٢٧. التفریع في فقه الإمام مالك بن أنس رَحْمَةُ اللَّهِ، لعبيد الله بن الحسين ابن الجلاب، تحقيق: سيد حسن، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.



٢٨. تفسير الطبري = جامع البيان عن تأويل آي القرآن، لمحمد بن جرير الطبري، تحقيق: د. عبد الله التركي وآخرين، الناشر: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
٢٩. الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، لمحمد بن أحمد الخزرجي القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وآخر، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤هـ-١٩٦٤م.
٣٠. تهذيب الكمال في أسماء الرجال، ليوسف القضاعي المزي، تحقيق: د. بشار معروف، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.
٣١. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، لخليل بن إسحاق الجندي، تحقيق: د. أحمد نجيب، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.
٣٢. جامع الأصول في أحاديث الرسول، لأبي السعادات المبارك الشيباني الجزري ابن الأثير، تحقيق، عبد القادر الأرئوط وآخر، الناشر، مكتبة الحلواني - مطبعة الملاح - مكتبة دار البيان، الطبعة الأولى، ١٣٨٩هـ-١٩٦٩م.
٣٣. جامع الأمهات، لعثمان بن عمر ابن الحاجب الكردي، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، الناشر: اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٣٤. الجامع لمسائل المدونة، لمحمد بن يونس التميمي الصقلي، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، الناشر: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى توزيع، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م.



٣٥. الجوهرة النيرة، لأبي بكر بن علي الحدادي الزبيدي، الناشر: المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى، ١٣٢٢هـ.
٣٦. منتهى الإيرادات مع حاشية المنتهى لابن قائد النجدي، لعثمان النجدي الشهير بابن قائد، تحقيق: د. عبد الله التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
٣٧. بلغة السالك لأقرب المسالك (المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير)، لأحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي، الناشر: دار المعارف.
٣٨. التعريفات الفقهية، لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي، الناشر: دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان ١٤٠٧هـ-١٩٨٦م)، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٣٩. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، لعلي بن أحمد الصعيدي العدوي، تحقيق: يوسف البقاعي، الناشر: دار الفكر - بيروت، تاريخ النشر: ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
٤٠. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، لعلي بن محمد البغدادي، الشهير بالماوردي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض وآخر، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
٤١. الحدود في الأصول (مطبوع مع الإشارة في أصول الفقه)، لسليمان بن خلف الباجي، تحقيق: محمد إسماعيل، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٤٢. درر الأحكام شرح غرر الأحكام، لمحمد بن فرامرز الشهير بملا خسرو، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٤٣. الدررة المضية في الرد على ابن تيمية، لعلي السبكي، عني بنشرها: القدسي، دمشق، مطبعة الترقى ١٣٤٧هـ.

- ٤٤ . الذخيرة، لأحمد بن إدريس الشهير بالقرافي، تحقيق: محمد حجي وآخرين، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
- ٤٥ . رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عمر بن عابدين الدمشقي، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٤٦ . الرد على السبكي في مسألة تعليق الطلاق، أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية، تحقيق: عبد الله المزروع، دار عطاءات العلم، الطبعة الثالثة، ١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م.
- ٤٧ . رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، للحسين بن علي الرجراجي، تحقيق: د. أحمد السراح، وآخر، أصل هذا الكتاب: رسالتنا ماجستير، الناشر: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض - السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- ٤٨ . روضة الطالبين وعمدة المفتين، ليحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
- ٤٩ . سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق: محمد عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، دون طبعة وتاريخ نشر.
- ٥٠ . سنن الترمذي = الجامع الكبير، لمحمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، سنة النشر، ١٩٩٨م.
- ٥١ . السنن الكبرى، لأحمد بن الحسين البيهقي، تحقيق: محمد عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- ٥٢ . شرح التلقين، لمحمد بن علي التميمي المازري، تحقيق: سماحة الشيخ محمد المختار السلامي، الناشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
- ٥٣ . شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، ومعه، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، لعبد الباقي بن يوسف الزرقاني، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام



- محمد أمين، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م.
٥٤. شرح القواعد الفقهية، لأحمد بن الشيخ محمد الزرقا، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، الناشر: دار القلم - دمشق - سوريا، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.
٥٥. الشرح الكبير (المطبوع مع المقنع والإنصاف)، لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د. عبد الله التركي وآخر، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
٥٦. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي الناشر: دار الفكر. دون طبعة وتاريخ نشر.
٥٧. الشرح الممتع على زاد المستقنع، لمحمد بن صالح العثيمين، دار النشر، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢-١٤٢٨هـ.
٥٨. شرح تنقيح الفصول، لأحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الشهير بالقرافي تحقيق: طه سعد، الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م.
٥٩. شرح مختصر خليل للخرشي، لمحمد بن عبد الله الخرخشي، الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت. دون طبعة وتاريخ نشر.
٦٠. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس البهوتي، الناشر: عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
٦١. صحيح البخاري = الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه، لمحمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير

- الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٦٢. صحيح مسلم = المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لمسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، دون طبعة وتاريخ نشر.
٦٣. صيغ العقود في الفقه الإسلامي، د. صالح الغليقة، كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
٦٤. ضعيف أبي داود، لمحمد ناصر الدين الألباني، دار النشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع - الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
٦٥. العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، لعبد الكريم بن محمد الرافي القزويني، تحقيق: علي عوض وآخر، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
٦٦. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لعبد الله بن نجم بن شاس، دراسة وتحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحم، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.
٦٧. عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم، تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، لمحمد أشرف الصديقي، العظيم آبادي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ.
٦٨. العين، للخليل بن أحمد الفراهيدي، تحقيق: د. مهدي المخزومي وآخر، الناشر: دار ومكتبة الهلال. دون طبعة وتاريخ نشر.
٦٩. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، لأحمد بن محمد الحسيني الحموي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.





٧٠. فتاوى السبكي، لعلي بن عبد الكافي السبكي، الناشر: دار المعارف. دون طبعة وتاريخ نشر.
٧١. الفتاوى الكبرى، لأحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م.
٧٢. الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣١٠هـ.
٧٣. الفروع (معه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي)، لمحمد بن مفلح الحنبلي، تحقيق: د. عبد الله التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٧٤. الفروق = أنوار البروق في أنواع الفروق، لأحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرافي، الناشر: عالم الكتب. دون طبعة وتاريخ نشر.
٧٥. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأحمد النفراوي الأزهرري، الناشر: دار الفكر، تاريخ النشر: ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
٧٦. قاعدة (العقود) تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، تحقيق: محمد الفقي، طبعة مكتبة السنة المحمدية، القاهرة. دون طبعة وتاريخ نشر.
٧٧. القواعد النورانية الفقهية، لأحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني، حققه وخرج أحاديثه: د. أحمد الخليل، الناشر: دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٧٨. الكافي في فقه الإمام أحمد، لعبد الله بن أحمد بن قدامة، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
٧٩. كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي، الناشر: دار الكتب العلمية. دون طبعة وتاريخ نشر.

٨٠. الكليات (معجم في المصطلحات والفروق اللغوية)، لأيوب بن موسى الكفوي، تحقيق: عدنان درويش وآخر، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت. دون طبعة وتاريخ نشر.
٨١. المبادئ القضائية في الشريعة الإسلامية وارتباط النظام القضائي في المملكة العربية السعودية بها، د. حسين بن عبدالعزيز آل الشيخ، دار التوحيد للنشر ١٤٢٦هـ، الطبعة الأولى.
٨٢. الموطأ، لمالك بن أنس الأصبحي، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، الناشر: مؤسسة زايد آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٨٣. المبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد ابن مفلح، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٨٤. المبسوط، لمحمد بن أحمد شمس الأئمة السرخسي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، تاريخ النشر، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٨٥. مجموع الفتاوى، لأحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، عام النشر، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
٨٦. المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، ليحيى بن شرف النووي، الناشر: دار الفكر. دون طبعة وتاريخ نشر.
٨٧. المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعبد السلام بن عبد الله ابن تيمية الحراني، الناشر: مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
٨٨. المحلى بالآثار، لعلي بن أحمد بن حزم، الناشر: دار الفكر - بيروت، دون طبعة وتاريخ نشر.

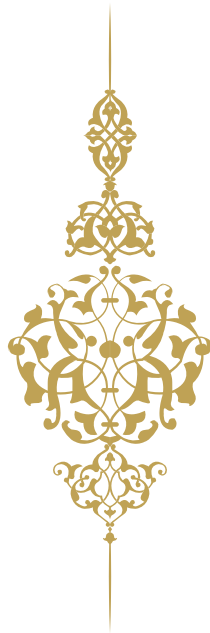


٨٩. المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، لمحمود بن أحمد بن مازة البخاري، تحقيق: عبد الكريم الجندي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
٩٠. المختصر الفقهي لابن عرفة، لمحمد بن محمد ابن عرفة الورغمي، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، الناشر: مؤسسة خلف الحبتور للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.
٩١. المدونة، للملك بن أنس الأصبحي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٩٢. مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، لعلي بن أحمد بن حزم، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت. دون طبعة وتاريخ نشر.
٩٣. الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، لعبد الله بن محمد العسبي (ابن أبي شيبه)، تحقيق: كمال الحوت، الناشر: مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ.
٩٤. المصنف، لعبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: المجلس العلمي - الهند. المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
٩٥. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى بن سعد الرحبياني، الناشر: المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٩٦. معالم السنن، لحمد بن محمد المعروف بالخطابي، الناشر: المطبعة العلمية - حلب، الطبعة الأولى، ١٣٥١هـ - ١٩٣٢م.
٩٧. المغني، لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الناشر: مكتبة القاهرة، تاريخ النشر، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

٩٨. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
٩٩. مقاييس اللغة، أحمد بن فارس الرازي، تحقيق: عبد السلام هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
١٠٠. المقدمات الممهדות، لمحمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: د. محمد حجي، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
١٠١. مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، لعلي بن سعيد الرجرجي، اعتنى به: أبو الفضل الدميّاطي وآخر، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.
١٠٢. المنشور في القواعد الفقهية، لمحمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
١٠٣. منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن أحمد بن عيش، الناشر: دار الفكر - بيروت، تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.
١٠٤. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لمحمد الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
١٠٥. الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، عدد الأجزاء، ٤٥ جزءاً، الطبعة (من ١٤٠٤-١٤٢٧هـ).
١٠٦. النجم الوهاج في شرح المنهاج، لمحمد الدّميري، الناشر: دار المنهاج (جدة)، تحقيق: لجنة علمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
١٠٧. نظام الأحوال الشخصية، مجموعة الأنظمة السعودية، المجلد الخامس، أنظمة السلطة القضائية وحقوق الإنسان، صفحة النظام. <https://laws.boe.gov.sa>



١٠٨. نظام المرافعات الشرعية، وزارة العدل، مركز البحوث، الإصدار الثاني ١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م.
١٠٩. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لمحمد بن أبي العباس الرملي، الناشر: دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
١١٠. نهاية المطلب في دراية المذهب، لعبد الملك بن عبد الله الجويني، حققه وصنع فهارسه، أ. د. عبد العظيم الديب، الناشر: دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
١١١. النهر الفائق شرح كنز الدقائق، لسراج الدين عمر بن نجيم، تحقيق: أحمد عزو عناية، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
١١٢. الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، لمحمود الكلوذاني، تحقيق: عبد اللطيف هميم وآخر، الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
١١٣. الهداية في شرح بداية المبتدي، لعلي بن أبي بكر المرغيناني، تحقيق: طلال يوسف، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، دون طبعة وتاريخ نشر.





## التعريض بالقذف ونماذج قضائية تطبيقية له

د. شريفة بنت عبد الله الغديان التميمي

الأستاذ المشارك بقسم الفقه في كلية الشريعة

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين  
نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن الشرائع قد جاءت بحفظ الضرورات الخمس وهي: حفظ الدين،  
والنفس، والنسل، والمال، والعقل، وهي في كل ملة.

وهذه الضرورات لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إنها إذا  
فُقدت لم تجرِ مصالح الدنيا على استقامة؛ بل على فسادٍ وتهارج وفوت حياة،  
وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين<sup>(١)</sup>.

وقد شرع الله تعالى إقامة الحدود لحفظ هذه الضرورات، ومن هذه  
الحدود: حدّ القصاص، وحدّ الزنا، وحدّ القذف.. وغيرها.

وحّد القذف سُرع لحفظ العِرض من أن يُتعرض له، يقول ابن العربي:  
«لا خلاف أن الله عزَّوجلَّ جعل الأعراض ثلث الدين في أبواب المنهيات  
وصانها بالتغليظ فيها رجماً في الفرج فإنه من العِرض، وحدّاً في النسب  
لأنه سبب من أسباب الأحكام فقال عزَّوجلَّ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾  
[النور: ٤]، فصانه بالحدِّ وقصر به عن الزنى، لِيُبيِّن تفاوت المراتب في المعاصي  
والفحشاء، والرمي الذي يوجب الحدّ كل ما عاد إلى الفرج، وغير ذلك فيه  
الأدب من السب والإذابة»<sup>(٢)</sup> اهـ.

(١) ينظر: الموافقات (٢/١٧-٢٠).

(٢) القبس شرح الموطأ (٢٠/٢١٠-٢١١).



ولما كان الأمر كذلك، كان لدراسة ما يتعلق بحفظ العرض الذي هو أحد الضرورات الخمس أمراً بالغ الأهمية؛ فاخترت أن يكون موضوع بحثي: التعريض بالقذف، وصور تطبيقية قضائية له، وتظهر أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يأتي:

١. أن العرض من الضرورات الخمس التي جاءت جميع الملل بحفظها، وموضوع البحث له علاقة بهذه الضرورة.

٢. تساهل كثير من الناس بالألفاظ التي تصدر منهم خاصة عند الخصام والنزاع، فلا يدركون أثرها وما يترتب عليها، ومنها الألفاظ غير الصريحة في القذف، لذا أحببت بيانها وما يترتب على ذلك.

٣. تظهر أهميته مع انتشار وسائل التواصل وظهور النقاش والجدل وتعدّي البعض على غيرهم بالألفاظ النابية والسيئة عند الغضب، فكانت الحاجة داعية لبيان ذلك.

أضف إلى أن الإنسان محاسب عند الله على ما يقول: ﴿مَا يَلْفُظُ مِنْ قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ﴾ [ق: ١٨]، فلا لفاظه أثرها المترتب عليها في الدنيا.

### الدراسات السابقة في الموضوع:

- يتكلم الفقهاء عن التعريض بالقذف عند كلامهم في حدّ القذف على صيغ القذف، وأنه صريح وغير صريح، ثم يتكلمون عن إقامة الحدّ على القاذف.

وهناك دراسات خاصة في الموضوع من أهمها:

١. بحث للشيخ يوسف بن خلف الحارثي - موظف بمحكمة الطائف الكبرى - بعنوان: التعريض بالقذف: حكمه، عقوبته، منشور في مجلة العدل التابعة لوزارة العدل في العدد الثامن، شوال ١٤٢١هـ.

تكلم فيه عن تعريف القذف والتعريض في اللغة والاصطلاح، وأمثلة على ألفاظ التعريض، ثم ذكر الخلاف في إقامة الحدّ على المُعرّض بصورة مختصرة حيث ذكر القولين وثلاثة أدلة لكل قول، ثم الترجيح ومناقشة القول المرجوح، ثم تكلم على عقوبته بالحد والتعزير، ثم موانع العقوبة. ويفارق موضوعي:

أ. في عدم بيانه لأنواع القذف على جهة التفصيل، وذكر الفرق بين التعريض وبين غيره من الألفاظ المشابهة.

ب. أنه اختصر الخلاف في المسألة، حيث اقتصر على ثلاثة أدلة فقط لكل قول.

ج. ضمّنت بحثي بعض الصور التطبيقية القضائية للتعريض بالقذف وموجبه.

٢. حكم معاريض الكلام في الفقه الإسلامي، ضمن حلقة نقاش أُقيمت في كلية العلوم الإسلامية، موضوع للدكتور عماد أموري جليل، نُشر في مجلة الفتح، العدد ٣٠، ٢٠٠٧م، كلية التربية - جامعة ديالي، في (١٦) صفحة.

تكلم عن حكم المعاريض بشكل عام، والألفاظ ذات الصلة بها، ومشروعية المعاريض، ثم ذكر حكم التعريض بالقذف، وخلاف العلماء فيه

بشكل مجمل بذكر القولين وأدلتها دون مناقشة، في مطلب من ثلاثة مطالب هو أحدها.

### منهج البحث:

سرت على المنهج الآتي:

١. عزوت الآيات إلى سورها ورقم الآية.
٢. خرّجت الأحاديث من مظانّها.
٣. رجعتُ إلى الكتب المعتمدة في كل فنّ بحسب الحاجة إليها؛ في اللغة، والفقه، والحديث وغيرها.
٤. وثقت ما ورد في البحث بحسب مرجعه، وما لم يُذكر له مرجعُ فهو من الباحثة.
٥. وضعتُ فهرسًا للمصادر والمراجع رتبته حسب حروف الهجاء، وفهرسًا للموضوعات ورتبته حسب ترتيب الموضوعات في البحث.

### خطة البحث:

يقع البحث في مقدمة، وتمهيد، وأربعة مباحث، وخاتمة، وفهارس.

أولاً: المقدمة:

وفيها: الاستهلال بما يناسب الموضوع، وأهميته وأسباب اختياره، والدراسات السابقة فيه، ومنهج البحث، وخطة البحث.

ثانيًا: التمهيد في التعريف بمصطلحات البحث، والألفاظ ذات الصلة بالقذف، والتعريض والفرق بينها: وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بمصطلحات البحث: القذف، التعريض، القضاء.

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالقذف والتعريض والفرق بينها.

ثالثًا: المبحث الأول: حكم القذف، ومقدار الحدّ فيه، وما يُعتبر لإقامة الحدّ:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم القذف.

المطلب الثاني: مقدار الحدّ في القذف.

المطلب الثالث: ما يُعتبر لإقامة الحدّ في القذف.

المبحث الثاني: أنواع القذف.

المبحث الثالث: إقامة الحدّ بالتعريض بالقذف.

المبحث الرابع: نماذج تطبيقية للتعريض بالقذف.

رابعًا: الخاتمة:

وفيها أهم النتائج والتوصيات.

خامساً: فهرس المصادر والمراجع.

والله أسأل التسديد والقبول، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه  
أجمعين.



## التمهيد التعريف بمصطلحات البحث، والألفاظ ذات الصلة بالقذف، والتعريض، والفرق بينها

وفيه مطلبان:

### المطلب الأول: التعريف بمصطلحات البحث:

#### أولاً: القذف:

في اللغة: القاف والذال والفاء أصلٌ يدل على الرمي والطرح، يقال: قذف الشيء يقذفه قذفًا إذا رمى به<sup>(١)</sup>، وأصله القذف بالحجارة ونحوها، ثم يُستعمل مجازًا في الرجم بالمكراه<sup>(٢)</sup>.

والقذف: الرمي، والقذف بالحجارة: الرمي بها، وقذف المحصنة رماها<sup>(٣)</sup>.

#### القذف في الاصطلاح: الرمي بالزنا صريحًا<sup>(٤)</sup>.

فكان القاذف وضع حجر القذف في مقدمة لسانه ورمى إلى المقذوف<sup>(٥)</sup>.

(١) مقاييس اللغة (٥/ ٦٨)، مادة (قذف).

(٢) الذخيرة (١٢/ ٩٠).

(٣) ينظر: الصحاح ص (٨٤٣-٨٤٤) مادة (قذف)، تحرير ألفاظ التنبيه (١/ ٣٢٥).

(٤) تبين الحقائق (٣/ ١٩٩)، وينظر: المبدع (٧/ ٤٠١)، النهاية في غريب الحديث والأثر (٤/ ٢٩)، تحرير ألفاظ التنبيه (١/ ٣٢٥).

(٥) البناية (٦/ ٣٦٢)، وقد عرفه بعض العلماء بتفصيل أكثر فقال: «الرمي بوطء حرام في قِبَلٍ أو دُبُرٍ، أو نفي النسب للأب، بخلاف النفي من الأم، أو تعريض بذلك». القوانين

جاء في الحاوي<sup>(١)</sup>: أن القذف ما احتمل الصدق والكذب، أما ما قُطِع فيه بالصدق أو قُطِع فيه بالكذب فليس بقذف.

ثانياً: التعريض:

في اللغة: خلاف التصريح، يُقال: عرّضت لفلان وبفلان إذا قلت قولاً وأنت تعنيه<sup>(٢)</sup>. ويُقال: عرفت ذلك في معراض كلامه ومعرض كلامه<sup>(٣)</sup>. ومنه: معارض الكلام وذلك أنه يخرج في معرض غير لفظه الظاهر<sup>(٤)</sup>، وهي التورية بالشيء عن الشيء<sup>(٥)</sup>.

التعريض في الاصطلاح: التعبير عن الشيء باللفظ الموضوع لضده<sup>(٦)</sup>. والتعريض كلام له وجهان من صدق وكذب، أو ظاهر وباطن<sup>(٧)</sup>. قال القاضي عياض: «وهو التورية بالشيء عن آخر بلفظٍ يُشركه فيه أو يتضمن فصلاً من جملة أو يحتمله مجازة وتصريفه»<sup>(٨)</sup>. ومنه المعارض جمع معراض

الفقهية ص (٥٣٣)، وينظر: منتهى الإرادات (١٢٩/٥).  
(١) (١٠٣/١١).

(٢) الصحاح ص (٦٩٢)، مادة (عَرَض).

(٣) النهاية في غريب الحديث والأثر (١٨٦/٢).

(٤) مقاييس اللغة (٢٧٤/٤)، مادة (عرض).

(٥) الصحاح ص (٦٩٢)، مادة (عرض).

(٦) الفواكه الدواني (٣٤٥/٢).

(٧) المفردات ص (٥٦٠)، وينظر: فتح الباري (١٧٥/١٢).

(٨) مشارق الأنوار (٤٣٩/٢).

من التعريض وهو خلاف التصريح من القول<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: تعريف القضاء:

في اللغة: أصله قضائي، لأنه من قضيت، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف هُزمت<sup>(٢)</sup>.

والقاف والضاد والحرف المعتل أصل يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته، والقضاء الحكم، ولذلك سُمي القاضي قاضياً، لأنه يحكم الأحكام وينفذها<sup>(٣)</sup>.

القضاء في الاصطلاح: تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومة<sup>(٤)</sup>.

(١) النهاية في غريب الحديث والأثر (١٨٦/٢)، وينظر: الحاوي (٢٦٢/١٣).  
جاء في الاقتضاب (٣٩٤-٣٩٦/٢): «التعريض أن يذكر الرجل شيئاً ويُبري بأن مراده شيء آخر، وهو مشتق من قولهم: عَرَّضْتُ الشيء إذا وَسَّعْتَهُ وجعلت له عرضاً أي اتساعاً، لأن المَعْرُض يأتي بكلام يَتَّسِعُ فيه التأويل» اهـ.

(٢) الصحاح ص (٨٦٧)، مادة (قضى).

(٣) مقاييس اللغة (٩٩/٥)، مادة (قضى)، وينظر: الصحاح ص (٨٦٧)، مادة (قضى)، الزاهر ص (٥٥٠).

(٤) الروض المربع (٥٠٨/٧)، وينظر في تعريفه: أنيس الفقهاء ص (٨٤)، مواهب الجليل (٦٤/٨)، تحرير ألفاظ التنبيه ص (٣٣١).



## المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالقذف والتعريض، والفرق بينها.

### أولاً: الألفاظ ذات الصلة بالقذف والفرق بينها.

تقدم أن القذف هو الرمي بالزنا صريحاً.

وهناك ألفاظ لها صلة بالقذف وهي: السب، الشتم، اللعان، الزنا:

١. السب، من السباب والمشاتمة، وهو كل كلام قبيح سوى القذف، وكذلك الشتم هو الكلام القبيح، وهو رمي الغير بما فيه نقص وازدراء<sup>(١)</sup>.

وكما يظهر فالسب والشتم أعم من القذف، لأن القذف خاص بالرمي بالزنا، أما السب والشتم فهو كل كلام قبيح سوى القذف<sup>(٢)</sup>.

٢. وأما اللعان، فهو ما يجري بين الزوجين من الشهادات الأربع، وسببه قذف الرجل امرأته بالزنا<sup>(٣)</sup>، وهو سببٌ لدرء حد القذف عن الزوج، فالزوج إذا اتهم زوجته بالزنا وجب عليه أن يُلاعن حتى لا يقام عليه حد القذف<sup>(٤)</sup>. قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾﴾ [النور: ٦].

(١) ينظر: مشارق الأنوار (١٢٤/٢)، حاشية الدسوقي (٣٠٩/٤)، التوقيف على مهمات التعاريف ص (٤٢٤)، معجم لغة الفقهاء ص (٢٣٩، ٢٥٧).

(٢) ينظر: الموسوعة الفقهية (٥/٣٣).

(٣) ينظر: أنيس الفقهاء ص (٥٧).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٠٧/٥)، الإشراف على نكت الخلاف (٧٨٠/٢)، المجموع (٣٩٨/١٧)، المبدع (٤٢/٧).

٣. وأما الزنا، فهو نفس الفاحشة، والقذف اتهامٌ بالزنا<sup>(١)</sup>، فالفرق بينهما ظاهر؛ إذ الزنا نفس الفاحشة، والقذف الرمي بها. ومن خلال ما سبق تبين معنى تلك الألفاظ وعلاقتها بالقذف والفرق بينها وبينه.

### ثانياً: الألفاظ ذات الصلة بالتعريض، والفرق بينها.

سبق أن التعريض هو ما يفهم به السامع مراد المتكلم من غير تصريح. ومن الألفاظ ذات الصلة بالتعريض: الكناية والتورية.

١. أما الكناية: فهي ما استتر فيه مراد المتكلم من حيث اللفظ، كقولهم في البيع: جعلته لك بكذا، وفي الطلاق: أنت خلية<sup>(٢)</sup>. فهو لفظٌ يُستعمل في لازم معناه الموضوع هو له مع جواز إرادة ذلك المعنى الحقيقي<sup>(٣)</sup>. والفرق بين التعريض والكناية: أن التعريض تضمنين الكلام دلالة ليس لها فيه ذكر، كقولهم: ما أقبح البخل، تعرض بأنه بخيل، أما الكناية فهي ذكر الرديف وإرادة المردوف، كقولهم: فلان كثير الرماد - يعني كريمٌ، كثير الضيوف<sup>(٤)</sup>.

وسياتي زيادة بيان للفرق بينها بإذن الله عند الكلام على أنواع القذف.

(١) ينظر: الموسوعة الفقهية (٥/٣٣).

(٢) البحر المحيط (٢/٢٤٩)، وينظر: التوقيف على مهمات التعاريف ص (٦١٠).

(٣) ينظر: نشر البنود (١/١٤٤).

(٤) ينظر: معجم لغة الفقهاء ص (١٣٥).

٢. وأما التورية: من ورى، وهو أن يريد بكلامه خلاف ظاهره، بأن يطلق لفظاً ظاهراً في معنى، ويريد معنى آخر يتناوله ذلك اللفظ لكن خلاف ظاهره<sup>(١)</sup>.

والفرق بين التورية والتعريض<sup>(٢)</sup>:

أنه إن كان ذلك المعنى مما وضع له اللفظ إلا أنه بعيد الفهم منه فتورية، وإن لم يكن كذلك فتعريض.

ذكر النووي في الأذكار النووية كلاماً جميلاً في مقدمة باب التعريض والتورية أسوقه بتمامه لفائدته قال: «اعلم أن هذا الباب من أهم الأبواب فإنه مما يكثر استعماله وتعم به البلوى، فينبغي لنا أن نعتني بتحقيقه... وقد قدمنا ما في الكذب من التحريم الغليظ، وما في إطلاق اللسان من الخطر، وهذا الباب طريقٌ إلى السلامة من ذلك. واعلم أن التورية والتعريض معناهما أن تُطلق لفظاً هو ظاهر في معنى وتريد به معنى آخر يتناوله ذلك اللفظ، لكنه خلاف ظاهره، وهذا ضربٌ من التغرير والخداع، قال العلماء: فإن دعت إلى ذلك مصلحة شرعية راجحة على خداع المخاطب أو حاجة لا مندوحة عنها إلا بالكذب، فلا بأس بالتعريض، وإن لم يكن شيء من ذلك

(١) ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف ص (٢١٤)، معجم لغة الفقهاء ص (١٥١).

(٢) ينظر: الأذكار النووية مع الفتوحات الربانية (٧/ ١٦٥-١٦٦).

فهو مكروه وليس بحرام، إلا أن يُتوصَّل به إلى أخذ باطل أو دفع حق فيصير حينئذٍ حرامًا، هذا ضابط الباب»<sup>(١)</sup> اهـ.



(١) ينظر: الأذكار النووية مع الفتوحات الربانية (١٦٥ / ٧).

وقد ذكر ابن القيم في إعلام الموقعين (١٨٠ / ٥): نقلاً عن شيخ الإسلام الضابط في التعريض «قال شيخنا: والضابط أن كل ما وجب بيانه فالتعريض فيه حرام، لأنه كتمان وتدليس، ويدخل في هذا الإقرار بالحق والتعريض في الحلف عليه... وكل ما حُرِّم بيانه فالتعريض فيه جائز بل واجب إذا أمكن ووجب الخطاب، كالتعريض لسائل عن مال معصوم أو نفسه يريد أن يعتدي عليه...» اهـ.

## المبحث الأول

### حكم القذف، ومقدار الحد فيه، وما يُعتبر لإقامة الحد

وفيه ثلاثة مطالب:

#### المطلب الأول: حكم القذف:

القذف محرم بالإجماع، وهو من الكبائر<sup>(١)</sup>، ومما يدل على تحريمه:

١. من القرآن: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَا يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤﴾﴾ [النور: ٤]. وقال سبحانه: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لَعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣١﴾﴾ [النور: ٢٣].

٢. من السنة: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اجتنبوا السبع الموبقات». قالوا: وما هنَّ يا رسول الله؟ قال: «الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حَرَّمَ اللهُ، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتوليُّ يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات»، متفق عليه<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر: البناية (٦/٣٦٢)، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (٨/٢٥٧)، روضة الطالبين (١٠/١٠٦)، الحاوي (١٣/٢٥٣)، المبدع (٧/٤٠١)، شرح الزركشي (٦/٣٠٦)، المغني (١٢/٣٨٣).

(٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا﴾ [النساء: ١٠]، (٢٧٦٦)، ص (٤٥٨)، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب الكبائر وأكبرها، (٢٦٢)، ص (٥٣).

## المطلب الثاني: مقدار الحد في القذف:

قَدْرُ الْحَدِّ فِي الْقَذْفِ ثَمَانُونَ جَلْدَةً، لِلآيَةِ وَالْإِجْمَاعِ إِذَا كَانَ الْقَاذِفُ حُرًّا<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثالث: ما يُعتبر لإقامة الحد في القذف:

يُعتبر لإقامة الحد بعد تمام القذف بشروطه شرطان<sup>(٢)</sup>:

١. مطالبة المقذوف؛ لأنه حقُّ له فلا يُستوفى قبل طلبه كسائر حقوقه<sup>(٣)</sup>.

٢. أن لا يأتي بيّنة، لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]. قال ابن حزم: «واتفقوا أن القاذف إذا أتى بيّنة على ما ذكر أن الحد سقط عنه»<sup>(٤)</sup> اهـ.

(١) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/١٤٥)، مجمع الأنهر (٢/٢٤٣)، التاج والإكليل (٨/٤٠٥)، الفواكه الدواني (٢/٣٤٤)، روضة الطالبين (١٠/١٠٦)، الحاوي (١٣/٢٥٥)، المغني (١٢/٣٨٣)، الإنصاف (٢٦/٣٤٨).

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/١٤٥)، البناية (٦/٣٦٢)، مجمع الأنهر (٢/٢٤٣)، شرح الزركشي (٦/٣٠٩)، المغني (١٢/٣٨٦)، المبدع (٧/٤٠٤). وينظر في شروط القذف سواء المتعلقة بالقاذف أو المقذوف: بدائع الصنائع (٧/٦٥-٦٨)، تبيين الحقائق (٣/١٩٩)، المعونة ص (١٤٠٢)، الذخيرة (١٢/١٠٢)، القوانين الفقهية ص (٥٣٣)، روضة الطالبين (١٠/١٠٦)، المهذب (٥/٣٩٨)، شرح الزركشي (٦/٣٠٦-٣٠٩)، المغني (١٢/٣٨٤-٣٨٥).

(٣) الإجماع ص (١١٩)، وينظر: المهذب (٥/٤٠٩)، وهناك خلاف بين العلماء هل حدُّ القذف حقُّ لله أو حقُّ لآدمي؟، وكثيرٌ من أهل العلم يُغلب أنه حق لآدمي، ينظر: التجريد (٣/١٤٩٠)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب (٨/٢٨٦)، حلية العلماء (٨/٤٠)، المغني (١٢/٣٨٩).

(٤) مراتب الإجماع ص (١٣٤).

إذا كان القاذف زوجاً اعتبر شرط ثالث: وهو امتناعه عن اللعان، قال ابن قدامة: «ولا نعلم خلافاً في هذا كله»<sup>(١)</sup> اهـ.



(١) المغني (٣٨٦/١٢)، ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٠٧/٥)، الإشراف على نكت الخلاف (٧٨٠/٢)، المجموع - تكملة المطيعي - (٣٩٨/١٧).

## المبحث الثاني أنواع القذف

إذا قذف الإنسان شخصاً آخر، فإما أن يُصرِّح بلفظٍ من ألفاظ القذف التي لا تحتمل غيره، وإما أن لا يُصرِّح<sup>(١)</sup>.

وقد ذكر الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ ألفاظاً للقذف صريحة لا تحتمل غير القذف، وألفاظاً تحتمل القذف وتحتمل غيره.

ومن الفقهاء من يذكر أن القذف صريحٌ وكناية، ويجعل التعريض من الكناية، ومنهم من يذكر أن القذف صريحٌ وكنايةٌ وتعريض<sup>(٢)</sup>، وذلك عند ذكرهم لصيغ القذف وألفاظه.

وبناءً على ذلك فقد اختلفوا في بعض الألفاظ بماذا تلحق؟

وسأذكر أنواع القذف الثلاثة وأمثلة لها كما ذكرها الفقهاء، دون التعرّض للخلاف في وجوب الحدِّ في كلِّ لفظٍ منها<sup>(٣)</sup>.

(١) قال القرافي في الذخيرة (١٢/٩٣): «قاعدة: الصريح في كل بابٍ ما يتعيَّن له وضعاً، والكناية ما يحتمله مع غيره» اهـ.

(٢) جاء في الإقناع في حلِّ ألفاظ أبي شجاع (٣/١٠٢): «اللفظ الذي يُقصد به القذف: إن لم يحتمل غيره فصريح، وإلا: فإن فهم منه القذف بوضعه فكناية، وإلا فتعريض». وينظر: الموسوعة الفقهية (٦/٣٣).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٦٥)، الذخيرة (١٢/٩٠-٩٣)، التاج والإكليل (٨/٤٠٥)، نهاية المطلب (١٥/٧٢)، المهذب (٥/٤٠٢)، المغني (١٢/٣٩١)، شرح الزركشي (٦/٣١٤)، منتهى الإرادات (٥/١٣٢-١٣٣).



## أنواع القذف ثلاثة:

### ١. القذف الصريح:

وذلك أن يكون القذف بصريح الزنا<sup>(١)</sup>، وما يجري مجرى الصريح وهو نفي النسب، ومن أمثله: يا زاني، زنيت، أو أنت زاني<sup>(٢)</sup>.

واتفق العلماء على أن القذف إذا كان بلفظ صريح فإنه يوجب الحد<sup>(٣)</sup>. وقد نقل ابن رشد الاتفاق على أن القذف الذي يجب به الحد على وجهين<sup>(٤)</sup>:

أحدهما: أن يرمي القاذف المقذوف بالزنى.

الثاني: أن ينفيه عن نسبه إذا كانت أمه حرة مسلمة<sup>(٥)</sup>.

(١) واللفظ الصريح: اسمٌ لما هو ظاهر المراد عند السامع بحيث يسبق إلى أفهام السامعين المراد منه، نحو: أنت طالق، بعت، اشتريت. البحر المحيط (٢/٢٤٩).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٦٥)، القوانين الفقهية ص (٥٣٣)، المهذب (٥/٤٠٢)، روضة الطالبين (٨/٣١١)، المغني (١٢/٣٩٦)، منتهى الإرادات (٥/١٣٢).

(٣) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/١٤٤)، بدائع الصنائع (٧/٦٥)، المعونة ص (١٤٠٢)، بداية المجتهد (٢/٣٦٨)، القوانين الفقهية ص (٥٣٣)، المهذب (٥/٤٠٢)، المغني (١٢/٣٩١)، شرح الزركشي (٦/٣١٤).

(٤) بداية المجتهد (٢/٣٦٨)، وينظر: الذخيرة (١٢/٩٠)، شرح الزركشي (٦/٣٠٦).

(٥) قال ابن عبد البر في الاستذكار (٢٠/٢٢٩): «لا خلاف بين السلف والخلف من العلماء فيمن نفى رجلاً عن أبيه وكانت أمه حرة مسلمة عفيفة أن عليه الحد التام ثمانين جلدة إن كان حراً» اهـ.

جاء في بدائع الصنائع<sup>(١)</sup> عند الكلام على الشروط التي ترجع إلى المقذوف به: «أن يكون القذف بصريح الزنا، وما يجري مجرى الصريح وهو نفي النسب» اهـ.

## ٢. القذف بالكناية:

الإتيان بكنيات القذف<sup>(٢)</sup>. وهو الإتيان بما يدل على الزنا بقريضة بيّنه<sup>(٣)</sup>. وقد ذكر الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى أمثلةً للكناية منها<sup>(٤)</sup> يا فاجر: يا فاسق، يا خبيث، يا ابن الفاجرة، يا ابن القحبة، مخنث، يا ابن الفاسقة<sup>(٥)</sup>. واختلفوا في بعض الألفاظ هل هي من الكناية أو لا؟ وهل يُحدّ القاذف بهذه الألفاظ أو لا؟ وليس هذا موضع إيراد الخلاف فيها فیراجع في مظانّه<sup>(٦)</sup>.

(١) (٤٢/٧).

(٢) الحاوي (٢٦٢/١٣).

(٣) التاج والإكليل (٤٠٥/٨).

(٤) ينظر: الذخيرة (٩٤/١٢)، القوانين الفقهية ص (٥٣٣)، مواهب الجليل (٤٠٦/٨)، التاج والإكليل (٤٠٥/٨)، الحاوي (٢٦٢/١٣)، المهذب (٤٠٢/٥)، روضة الطالبين (٣١١/٨)، المغني (٣٩٢/١٢)، شرح الزركشي (٣١٤/٦)، منتهى الإرادات (١٣٥/٥).

(٥) كما ذكروا من الأمثلة أيضًا: أن يقول لعربي: يا نبطي، يا فارسي، أنا ما زنيت، يا حلال ابن الحلال.

(٦) ينظر: هامش (٦). يقول ابن رشد في بداية المجتهد (٣٦٩/٢): «والحق أن الكناية قد تقوم في مواضع مقام النص، وقد تضعف في مواضع؛ وذلك أنه إذا لم يكتر الاستعمال لها» اهـ.

### ٣. التعريض بالقذف:

هو التلويح بالشيء من القبيح بغير صريح لفظه لكن بما يفهمه بقصد<sup>(١)</sup>.

جاء في الاقتصاب شرح غريب الموطأ<sup>(٢)</sup> أن التعريض نوعان:

أحدهما: أن ينفي الرجل عن نفسه أمراً وغرضه أن يُثبته لآخر.

والثاني: يكون بين الألفاظ المشتركة التي تقع على معانٍ مختلفة، فيُوهم

المتكلم أنه يريد معنى من المعاني وغرضه معنى آخر.

ومن الأمثلة التي ذكرها الفقهاء رَجْمَهُ اللَّهُ للتعريض بالقذف<sup>(٣)</sup>: ما أنا

بزان، أُمي ليست زانية، يا ابن الحلال، يا حلال ابن الحلال، ما يعرفك

الناس بالزنى، مخنث<sup>(٤)</sup>.

(١) مشارق الأنوار (٢/٤٣٩).

(٢) ينظر: (٢/٣٩٤-٣٩٦).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٧٠)، الذخيرة (١٢/٩٦)، المهذب (٥/٤٠٢)، الحاوي

(١٣/٢٦٢)، المغني (١٢/٣٩٢)، منتهى الإرادات (٥/١٣٥).

(٤) ذكر القرافي في الذخيرة (١٢/٩٣): نقلاً عن المدونة (٤/٤٨٨) إن قال: يا مخنث

حُدَّ إلا أن يحلف ما أراد قذفاً فيؤدب... ونقل القرافي عن ابن يونس: «لاشتهاره في

الفاحشة، وأصل التخنث الميل، وقد يكون صاحبه متقياً، ومنه المخنث الذي يدخل

على بيت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ» اهـ. وضرب ابن قدامة أمثلة على التعريض أيضاً:

الدُّيُوث، الكَشْخَان، والقَوَاد، وذكر أن الديوث الذي يُدخل الرجال على امرأته،

وكذلك الكَشْخَان. ينظر: المغني (١٢/٣٩٤)، وينظر هذه الأمثلة وغيرها في: الذخيرة

(١٢/٩٦)، الشرح الكبير (٢٦/٣٩١)، الإنصاف (٢٦/٣٩٤). ونقل ابن قدامة

أيضاً في المغني (١٢/٣٩٣) عن أبي الخطاب أنه ذكر من صور التعريض أن يقول

لزوجة آخر: قد فضحت، وغطيت رأسه، وجعلت له قروناً، وعلقت عليه أولاداً من

وقد يكون في بعض الأمثلة خلاف في كونها تعريضاً أو كناية كما في قسم الكناية.

وحقيقة التعريض: أنه لفظٌ مستعمل في أصله -أي معناه الحقيقي- أو فرعه -أي معناه المجازي- لِيُشار به إلى غيره لكن لا من جهة الوضع الحقيقي أو المجازي، بل من معونة السياق والقرائن، وذلك الغير هو المعنى المُعرِّض به، وهو المقصود الأصلي<sup>(١)</sup>.

فالمُعَرِّض يُضَمِّن الكلامَ ما يصلح للدلالة على مقصوده، وتحصل الدلالة على غير مقصوده، إلا أنَّ إشعاره بخلاف المقصود أتمُّ وأرجح<sup>(٢)</sup>.

كقول السائل للغني: جئتكَ لأسلم عليك، يريد به الإشارة إلى طلب شيءٍ منه<sup>(٣)</sup>.

(١) نشر البنود (١٤٦٨).

(٢) ينظر: معجم الفروق اللغوية ص (١٢٧)، البحر المحيط (٢/٢٥٦)، ونقله الزركشي عن فخر الدين في تفسيره، وقد ذكر الزركشي أنَّ هناك خلافاً بين الأصوليين والبيانين هل التعريض من الحقيقة أو المجاز؟ وليس هذا موضع ذكره. ينظر: البحر المحيط (٢/٢٤٩-٢٥١).

(٣) معجم الفروق اللغوية ص (١٢٧).

والفرق بين الكناية والتعريض<sup>(١)</sup>:

أن الكناية أن تذكر الشيء بذكر لوازمه، كقولك: فلان طويل النجاد، كثير الرماد، والتعريض أن تذكر كلاماً محتملاً لمقصودك، إلا أن قرائن أحوالك تؤكد حملة على غير مقصودك.

فالتعريض يراد استعماله في المعنى الحقيقي، لكن يُلوّح به إلى غرض آخر هو المقصود، فهو يشبه الكناية إذا قُصد بها الحقيقة<sup>(٢)</sup>.

(١) نقل الزركشي في البحر المحيط (٢/ ٢٥٢): أن الفقهاء لم يتعرضوا للفرق بين الكناية والتعريض إلا في باب اللعان، فقد ذكروا الصريح والكناية والتعريض أقساماً، وفي الخطبة ذكروا التصريح والتعريض ولم يذكروا الكناية.

(٢) البحر المحيط (٢/ ٢٥١)، وينظر: معجم الفروق اللغوية ص (١٢٧)، فتح الباري (١٩/ ٤٤٢)، وقد ذكر الزركشي مثلاً للتعريض وهو قول إبراهيم عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا﴾ [سورة الأنبياء: ٦٣]، قال: «فكلام إبراهيم في حق نفسه ضربه مثلاً لمقصوده من التعريض فهو من مجاز التمثيل» اهـ، البحر المحيط (٢/ ٢٥٢).

## المبحث الثالث إقامة الحدّ بالتعريض بالقذف

إذا عرّض شخص بالقذف على آخر باستعمال لفظٍ من الألفاظ السابقة<sup>(١)</sup>، فهل يُقام عليه الحدُّ أم لا؟

اختلف العلماء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في إقامة الحدِّ بالتعريض بالقذف على قولين:

**القول الأول: أنه لا يُحدُّ:**

وهو مذهب الحنفية<sup>(٢)</sup>، والشافعية<sup>(٣)</sup>، ورواية عند الحنابلة<sup>(٤)</sup>.

(١) ذكر القرافي ضابطاً في الألفاظ غير الصريحة في القذف فقال: «ضبط هذا الباب الاشتهارات العرفية، أو القرائن الحالية، فمتى أحلف أو وجد أحدهما حدّاً، وإن انتقل العرف فيقال الأصل الحدّ، ويختلف ذلك بحسب الأعصار والأمصار». الذخيرة (٩٣/١٢).

(٢) ينظر: التجريد (٥٩٥٥/١١)، بدائع الصنائع (٧٠/٧)، البناية (٣٦٢/٦).

(٣) ينظر: نهاية المطلب (١١٧/١٥)، روضة الطالبين (٣١٢/٨)، الحاوي (١٣١/١١)، (٢٦١/١٣)، المهذب (٤٠٢/٥). وقد ذكر الشافعية أنه لا يكون قذفاً إلا بالإرادة، فإن أراد القذف حدّاً، وإن أنكر إرادة القذف أحلف لها. ينظر الحاوي (١٣١/١١)، (٢٦٢/١٣).

(٤) ينظر: المغني (٣٩٢/١٢)، شرح الزركشي (٣١٤/٦)، الشرح الكبير (٣٨٩/٢٦).

## القول الثاني: أنه يُحَدُّ:

وهو مذهب المالكية<sup>(١)</sup>، ورواية عند الحنابلة<sup>(٢)</sup>.

### أدلة الأقوال:

- أدلة أصحاب القول الأول القائلين بأنه لا يُحَدُّ:

١. عن أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ أَعْرَابِيًّا أَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: إِنَّ امْرَأَتِي وَلَدَتْ غَلَامًا أَسْوَدَ وَإِنِّي أَنْكَرْتَهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ؟». قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: «فَمَا أَلْوَاهُهَا؟». قَالَ: حُمْرٌ، قَالَ: «هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرُقٍ؟»<sup>(٣)</sup>. قَالَ: إِنَّ فِيهَا لَوْزُقًا، قَالَ: «فَأَنَّى تَرَى ذَلِكَ جَاءَهَا؟».

(١) ينظر: بداية المجتهد (٢/٣٦٨)، الذخيرة (١٢/٩٤)، القوانين الفقهية ص (٥٣٣)، جاء في المدونة (٤/٤٩٤): «في التعريض بالقذف، قلت: رأيت الرجل يقول للرجل: ما أنا بزأنٍ، أو يقول: قد أخبرتك أنك زان؟ قال: يُضرب الحدَّ في رأيي، لأنَّ مالكا قال في التعريض الحدَّ كاملاً» اهـ. واستثنى المالكية الأب إذا عرَّض لولده لم يُحدَّ لبعده عن التهمة في ولده. ينظر: الذخيرة (١٢/٩٧)، الفواكه الدواني (٢/٣٤٥).

(٢) ينظر: المغني (١٢/٣٩٢)، الشرح الكبير (٢٦/٣٨٩)، وقد ذكر ابن قدامة أنه قذف عند الخصومة، فقال: «فإن لم يكن ذلك في حال الخصومة ولا وجدت قرينة تصرف إلى القذف فلا شك أنه لا يكون قذفاً» اهـ. المغني (١٢/٣٩٣)، وينظر: الشرح الكبير (٢٦/٣٩١)، كما نقل ابن قدامة رجوع الإمام أحمد عن القول بوجوب الحدِّ في التعريض فقال: «وذكر أبو عبد العزيز أنَّ أبا عبد الله رجع عن القول بوجوب الحدِّ في التعريض»، المغني (١٢/٣٩٢)، وينظر: الشرح الكبير (٢٦/٣٨٩).

(٣) أورق: الأورق الذي فيه سواد ليس بحالك، بل يميل إلى الغبرة، ومنه قيل للحمامة: ورَّقاء. فتح الباري (٩/٤٤٣).

قال: يا رسول الله عرقُ نزعها، قال: «ولعلَّ هذا عرقُ نزعها»، ولم يُرخص له في الانتفاء منه»<sup>(١)</sup>.

فلم يجعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هذا التعريض بالقذف صريحاً<sup>(٢)</sup>، مع أنه ذكر أن امرأته ولدت غلاماً أسود وهو لا يذكره إلا منكرًا له، وجواب النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يدل على أنه لم يره قذفًا يحكم عليه فيه باللعان أو الحد لوجود احتمال في قوله، وأنه لم يُرد القذف وإنما التعجب والمسألة عن ذلك<sup>(٣)</sup>.

نوقش الاستدلال من وجهين:

أ. أنه إنما يكون صريحاً في الغضب، ولم يظهر منه غضب<sup>(٤)</sup>.

أجيب عن ذلك:

أنَّ حاله يشهد بغضبه؛ لأنه أنكر من زوجته وهما أبيضان أن تلد غلاماً أسود يخالفهما في الشبه<sup>(٥)</sup>.

(١) رواه البخاري في صحيحه في كتاب: الاعتصام، باب من شبه أصلاً معلوماً بأصل مبيّن قد بين الله حكمهما ليفهم السائل (١٠١/٩) ح (٧٣١٤)، واللفظ له، ومسلم في صحيحه في كتاب اللعان، (١١٣٧/٢) ح (١٥٠٠).

(٢) ينظر: الحاوي (١٣١/١١)، المغني (٣٩٢/١٢).

(٣) ينظر: الأم (١٤٢/٥).

(٤) الحاوي (١٣١/١١).

(٥) ينظر: المرجع السابق.



ب. أنه جاء على سبيل الاستفتاء والمستفتي لا يجب عليه حد ولا تعزير<sup>(١)</sup>.

أجيب عن ذلك:

أن المستفتي قد يستفتي بلفظ لا يقتضي القذف ولفظ يقتضيه، فمن الأول: أن يقول مثلاً: إذا كان زوج المرأة أبيض فأنت بولد أسود ما الحكم؟ ومن الثاني: أن يقول مثلاً: إن امرأتي أتت بولد أسود وأنا أبيض، فيكون تعريضاً أو يزيد فيه مثلاً زنت فيكون تصريحاً، والذي ورد في الحديث هو الثاني<sup>(٢)</sup>.

٢. عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا جاء رجل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: إنَّ عندي امرأة هي من أحبُّ الناس إليَّ، وهي لا تمنع يد لأمس، فقال: «طلِّقها»، قال: لا أصبر عنها، قال: «استمتع بها»<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: إحكام الأحكام (٢/٢٠٣)، شرح ابن بطلال على البخاري (٨/٤٨٣)، فتح الباري (٩/٤٤٣).

(٢) ينظر: فتح الباري (٩/٤٤٣).

(٣) رواه النسائي (٣٢٣١) كتاب النكاح، باب تزويج الزانية، الأبيكار ص (٤٤٦). قال النسائي: «هذا الحديث ليس بثابت، وعبد الكريم ليس بالقوي، وهارون بن رثاب أثبت منه وقد أرسل الحديث، وهارون ثقة وحديثه أولى بالصواب من حديث عبد الكريم» اهـ.

ورواه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب تزويج الأبيكار (٢٠٤٩)، ص (٢٩٧)، بنحوه.

وأورده الزيلعي في البدر المنير (٨/١٧٧-١٨٠)، وذكر من رواه: الشافعي وأبو داود والنسائي بالإسناد، ثم قال: «وهذه الأسانيد كل رجالها ثقات»، قال: وأما ابن الجوزي فذكره في موضوعاته: «وذكر ابن المنير طريقاً آخر أورده ابن الجوزي ثم قال: وهذا لا

وهذا تعريضٌ بالقذف ولم يجعله قاذفًا<sup>(١)</sup>.

نوقش: أن المراد يد ملتمس، أي طالب لماله، لتبذيرها له، ولم يرد التماس الفاحشة<sup>(٢)</sup>.

أجيب: لا يصح هذا التأويل لأمرين<sup>(٣)</sup>:

أ. أنه لو أراد ذلك لقال يد ملتمس.

ب. لو قصد هذا لم يؤمر بطلاقها، ولأمر بحبس ماله عنها.

٣. أنه ورد عن بعض الصحابة والتابعين أنه لا حدّ في التعريض<sup>(٤)</sup>.

يقدم فيما أسلفناه من الطرق». قال العراقي في المغني عن حمل الأسفار (١/ ٤٧٤): «رواه أبو داود والنسائي من حديث ابن عباس، قال النسائي: ليس بثابت، والمرسل أولى بالصواب، وقال أحمد: حديث منكر، وذكره ابن الجوزي في الموضوعات». ينظر: الموضوعات (٣/ ٧٠). قال شيخ الإسلام: «وقد ضعفه أحمد وغيره فلا تقوم به حجة». مجموع الفتاوى (٣٢/ ١١٦).

(١) الحاوي (١١/ ١٣١).

(٢) ينظر: المرجع السابق. قال الإمام أحمد: «أي أنها تعطي من ماله من يلتمس منها، أي يطلب، قال: وهذا أشبه، إذ لم يكن يأمره بإمسائها وهي تفجر». شرح سنن أبي داود لابن رسلان (٩/ ٢٦٢)، وينظر: البدر المنير (٨/ ١٨١)، ذكر ابن المنير أنه اختلف في معنى قوله: «لا ترد يد لامس» على قولين: أنه التبذير، أو الفجور، ونقل عن النووي استبعاده للمعنى الأول، وقال شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى (٣٢/ ١١٦): «من الناس من يؤول اللامس بطالب المال لكنه ضعيف».

(٣) ينظر: الحاوي (١١/ ١٣١).

(٤) منهم: عبد الله بن مسعود، وعطاء، والقاسم بن محمد، والشعبي، وطاووس، والحسن، وحماد بن أبي سليمان، وعمرو بن دينار، والثوري. وينظر الآثار في ذلك: مصنف عبد الرزاق (٧/ ٣٥٧-٣٦٠، ٣٦٣-٣٦٤)، الآثار (١٤٦٣٠، ١٤٦٣٩، ١٤٦٤٣، ١٤٦٦١، ١٤٦٦٢، ١٤٦٦٣، ١٤٦٦٦)، مصنف ابن أبي شيبة (٥/ ٤٩٩-٥٠٠)، الآثار (٢٨٣٦٩-٢٨٣٧٤)، الاستذكار (٢٠/ ٢٢٨)، المغني (١٢/ ٣٩٢).

نوقش: أنه ورد أيضًا عن بعض الصحابة والتابعين أن الحدَّ في التعريض (١).

٤. أن الله فرَّق بين التعريض بالخطبة والتصريح بها، فأباح التعريض وحرَّم التصريح، فقال تعالى في التصريح بالخطبة: ﴿وَلَا تَعْرِضُوا عُقْدَةَ الزَّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٥]، وقال تعالى في التعريض بها: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ [البقرة: ٢٣٥] (٢)، فجعل التعريض مخالفًا للتصريح فلا يُحدُّ إلا بقذف صريح (٣).

نوقش: أن التعريض بالخطبة جائز، لأن النكاح لا يكون إلا بين اثنين، فإذا صرَّح بالخطبة وقع عليه الجواب بالإيجاب أو الوعد فمُنَع، وإذا عرَّض فأفهم أن المرأة من حاجته لم يحتج إلى جواب، والتعريض بالقذف يقع من الواحد ولا يفتقر إلى جواب فهو قاذف من غير أن يُخفيه عن أحد فقام مقام الصريح (٤).

(١) كما سيأتي عند استدلال أصحاب القول الثاني.

(٢) قال ابن عطية في المحرر الوجيز (٢/٣٠٦): «فرغ الله الجناح عمن أراد تزوج المعتدة مع التعريض ومع الإكناح - أي الإضمار -، ونهى عن المواعدة التي هي تصريح بالتزوج وبناءً عليه، واتفاق على وعد» اهـ.

(٣) ينظر: الأم (٥/١٤٢)، مختصر المزني مع الحاوي (١٣/٢٦١-٢٦٢)، المغني (١٢/٣٩٢).

(٤) فتح الباري (١٢/١٧٥)، قال ابن حجر بعدما ساق المناقشة: «ويعكَّر عليه أن الحدَّ يُدفع بالشبهة» اهـ.

٥. أن كل كلام يحتمل معنيين لم يكن قذفاً<sup>(١)</sup>.
٦. أن الكناية لا توجب الحدَّ، لأنَّ الكناية محتملة والحدُّ لا يجب مع الشبهة فمع الاحتمال أولى<sup>(٢)</sup>.
- نوقش: أن القرائن مع اللفظ تصيِّره كالصريح بخلاف مجرد النية، والتعريض أبلغ موقعاً<sup>(٣)</sup>.
٧. أن تعلق الحدِّ بالقذف، والكناية تجري مجراه، والحدُّ إذا وجب بمعنى لم يجب بما يقوم مقامه، كما لا يجب حدُّ الزنا بالوطء فيما دون الفرج، وكما لا يجب حدُّ السرقة في الخلسة<sup>(٤)</sup>.
٨. أن الإنسان مأمور بدرء الحدود دون التوصل إلى إثباتها<sup>(٥)</sup>.
٩. أن معاريض الإقرار بالزنا لا تكون كصريح الإقرار بالزنا، فكذلك معاريض القذف به<sup>(٦)</sup>.
١٠. أن كل ما كان كناية في الرضا كان كناية في الغضب كالكنيات في الطلاق<sup>(٧)</sup>.

(١) الشرح الكبير (٢٦ / ٣٩٠).

(٢) بدائع الصنائع (٧ / ٦٨).

(٣) ينظر: الذخيرة (١٢ / ٩٥).

(٤) التجريد (١١ / ٥٩٥٥).

(٥) ينظر: المرجع السابق.

(٦) الحاوي (١١ / ١٠٢).

(٧) الحاوي (١١ / ١٣٢).

١١. كل ما لو نسبه إلى نفسه لم يكن إقرارًا بالزنا وجب إذا نسبه إلى غيره أن لا يكون قذفًا بالزنا قياسًا على حال الرضا، لأنه لو قال لنفسه: أنا ما زنيت لم يكن إقرارًا، كذلك إذا قال لغيره: أنا ما زنيت، لم يكن قذفًا<sup>(١)</sup>.

- أدلة أصحاب القول الثاني القائلين بأنه يُجحد:

١. ما ورد في عهد عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: أنَّ رجلين استبَّيا في زمان عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فقال أحدهما للآخر: والله ما أبي بزاني ولا أُمِّي بزانية، فاستشار في ذلك عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فقال قائل: مدح أباه وأمه، وقال آخرون: وقد كان لأبيه وأمه مدح سوى هذا، فرأى أن يُجلد، فجلده عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ثمانين<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة: أنَّ الرجل قال للآخر تلك العبارة على وجه المشاتمة<sup>(٣)</sup>، وقد حدَّ عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في التعريض بالزنا وليس له مخالف فكان

(١) المرجع السابق.

(٢) رواه البيهقي في السنن الكبرى عن عمرة بنت عبد الرحمن، جماع أبواب القذف، باب من حدَّ في التعريض ح (١٧١٤٧)، (٤٤٠/٨)، وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب التعريض (١٤٦٥٤)، (٣٦٢/٧)، وابن أبي شيبة في مصنفه، من كان يرى في التعريض عقوبة (٢٨٣٧٦)، (٥٠٠/٥٠)، ومالك في موطئه، كتاب الحدود، باب الحد في القذف والنفي والتعريض، ح (١٩)، ص (٨٢٩). قال الألباني في إرواء الغليل (٣٩/٨): «وهذا إسناد صحيح».

(٣) ذكر ابن القيم في إعلام الموقعين (٥٤٥/٤): أنَّ هذا التعريض أوجع وأنكى من التصريح وأبلغ في الأذى وظهوره عند كل سامع بمنزلة ظهور الصريح. وقال الباجي في المنتقى (١٥٠/٧): «والمفهوم في لسان العرب من هذا إضافة مثل هذا إلى أم المسبوب وفجره عليه بسلامة أمه بذلك مع شاهد الحال من المشاتمة يقتضي أنَّ أمَّ المسبوب معيبة بذلك، ولو استويا في السلامة لم يكن هذا وقت ذكرها، لأنه لا يتضمن ذلك مزيةً للسبِّ على المسبوب» اهـ.

إجماعاً<sup>(١)</sup>.

نوقش: من وجهين<sup>(٢)</sup>:

أ. أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قد وجد من يخالفه<sup>(٣)</sup>.

ب. أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «إنَّ في المعارض مندوحة عن الكذب»<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: الأم (٣١٢ / ٧)، الحاوي (١٣٢ / ١١). وروى الدارقطني والبيهقي: «كان عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يجلد في التعريض الحدَّ». رواه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات (٣٤٧٦)، (٢٨٩ / ٤)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، جماع أبواب القذف، باب من حدَّ في التعريض (١٧٢٣١)، (٤٤٠ / ٨).

(٢) ينظر: الحاوي (١٣٢ / ١١).

(٣) ينظر: إعلام الموقعين (٥١١ / ٤).

(٤) أثر عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رواه البخاري في الأدب المفرد، باب المعارض (٨٨٤)، ص (٣٠٥) بلفظ: «أما في المعارض ما يكفي المسلم عن الكذب ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الأدب، من كره المعارض ومن كان يحب ذلك» (٢٦٠٩٦)، (٢٨٢ / ٥)، ورواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب المعارض فيها مندوحة عن الكذب، (٢٠٨٤١)، (٣٣٦ / ١٠)، والأثر يُروى عن عمران بن حصين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مرفوعاً وموقوفاً، والموقوف هو الصحيح، بلفظ: «إنَّ في المعارض المندوحة عن الكذب». رواه البخاري في الأدب المفرد، باب المعارض (٨٨٥)، ص (٣٠٥)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب المعارض فيها مندوحة عن الكذب (٢٠٨٤٢)، (٣٣٦ / ١٠)، قال البيهقي: «هذا هو الصحيح موقوفاً». ورواه الطبراني في المعجم الكبير (٢٠١)، (١٠٦ / ١٨). وينظر: ضعيف الجامع الصغير للألباني (٢٧٥ / ١).

والمعنى أن في المعارض ما يستغني به الرجل عن الاضطرار إلى الكذب<sup>(١)</sup>، وهو أصل في جواز المعارض واستعمالها فيما يجوز ويحل<sup>(٢)</sup>. ومعنى مندوحة: أي سعة وفسحة عن تعمد الكذب<sup>(٣)</sup>.

٢. أنه ورد عن بعض الصحابة والتابعين أنهم حدوا في التعريض<sup>(٤)</sup>.

نوقش: أنه أيضًا قد ورد عنهم أنهم لم يحدوا في التعريض، كما سبق في أدلة القول الأول<sup>(٥)</sup>.

٣. أنه قول يفهم منه القذف فيُحدُّ به كالصريح<sup>(٦)</sup>، لا سيما والكناية عند العرب أبلغ في المخاطبات من التصريح<sup>(٧)</sup>.

٤. أن الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح، وإن كان اللفظ فيها مستعملًا في غير موضعه<sup>(٨)</sup>.

(١) غريب الحديث لأبي عبيد (٢٨٧/٤).

(٢) ينظر: شرح ابن بطال على صحيح البخاري (٣٥٧/٩).

(٣) معجم لغة الفقهاء (١/١٣٥)، وينظر: الصحاح (١/٣٠٧)، نيل الأوطار (٨/٢٥١).

(٤) منهم: عمر وعثمان رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا وعمر بن عبد العزيز والزهري وعطاء. ينظر الآثار في ذلك: مصنف عبد الرزاق (٥/٣٦١-٣٦٢)، الآثار (١٤٦٤٧-١٤٦٥٣)، مصنف ابن أبي شيبة (٥/٥٠٠)، الآثار (٢٨٣٧٧-٢٨٣٨٣)، الاستذكار (٢٠/٢٢٦-٢٢٧).

(٥) ينظر: ص (١٦).

(٦) ينظر: القبس (٢٠/٢١١)، الذخيرة (١٢/٩٥).

(٧) ينظر: القبس (٢٠/٢١١)، المنتقى (٧/١٥٠).

(٨) بداية المجتهد (٢/٣٦٨)، وينظر: المغني (١٢/٣٩٣). والذي يُلحظ أن بعض الأدلة الواردة في مسألة التعريض فيها تصريح بالكناية، ولعلمهم اعتبروا التعريض نوع من الكناية.

٥. أن القرائن مع اللفظ تصيِّره كالصريح بخلاف مجرد النية، ولذلك تقول العرب: رُبَّ إشارة أفصح من عبارة، والتعريض أبلغ موقعاً<sup>(١)</sup>.

### الترجيح:

من خلال عرض القولين وأدلتها، ومناقشة ما أمكن مناقشته من أدلة القولين الذي يظهر - والله أعلم - أنه يصعب القول بإقامة الحد بالتعريض مطلقاً، خاصةً مع القول بدرء الحدود بالشبهات، أو القول بعدم إقامة الحد مطلقاً، فيقال إن مرجع ذلك إلى القاضي إذا رُفعت له القضية ينظر فيها وفي ملاساتها، ويحكم بناءً على ذلك.

وللتأديب والتعزير<sup>(٢)</sup> مدخلٌ في ذلك كما سيتبين في المسألة التالية.

- (١) ينظر: الذخيرة (٩٥ / ١٢).
- (٢) التعزير: هو المنع، يقال: عزَّرتُه أي منعتُه، ومنه سُمِّيَ التأديب، ولأنه يمنع من تعاطي القبيح. ينظر: المبدع (٤٢٣ / ٧).
- جاء في لسان العرب (٥٦٢ / ٤): «عزَّرتُ فلاناً، أي أدبته ففعلت به ما يردعه عن القبيح» اهـ.
- والتعزير تأديبٌ دون الحدِّ، وقد عرَّفَه الفقهاء بأنه العقوبة المشروعة على جناية لا حدَّ فيها، أو هو الواجب في كل معصية لا حدَّ فيها ولا كفارة. ينظر: البحر الرائق (٤٤ / ٥)، أنيس الفقهاء (٦٢ / ١)، الذخيرة (١١٨ / ١٢)، تحرير ألفاظ التنبيه ص (٣٢٨)، المبدع (٤٢٣ / ٧).
- ومرجع التعزير لاجتهاد الإمام، وقد يكون بالضرب، والحبس، والتوبيخ وغيرها. ينظر: الذخيرة (١١٨ / ١٢)، نهاية المطلب (٣٤٨ / ١٧)، المغني (١٧٨ / ٩).
- ذكر النووي في تحرير ألفاظ التنبيه ص (٣٢٨) أن التعزير «يوافق الحدَّ في أنه زجرٌ وتأديبٌ للصالحٍ يختلف بحسب الذنب، ويخالفه من ثلاثة أوجه: أحدها: أن تعزير أهل الهيئات أخف من تعزير غيرهم، ويستونون في الحدِّ، الثاني: يجوز الشفاعة والعفو



- مسألة:

إذا سقط الحد في التعريض بالقذف فهل يُعزَّر المُعرِّض؟

ذكر العلماء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى أنه وإن لم يُقَمَّ الحدُّ في التعريض أو لم يجب فإن الحاكم يؤدِّبه بما يراه، لأنه آذى من لا يجوز له أذاه<sup>(١)</sup>.

قال ابن حجر: «ومن لم يقل بالحدِّ في التعريض يقول بالتأديب فيه؛ لأنَّ في التعريض أذى المسلم»<sup>(٢)</sup> اهـ.

وقال ابن قدامة بعد أن ذكر أمثلةً للتعريض: «والقذف بذلك كله يوجب التعزير؛ لأنه قذفه بما لا يوجب الحدَّ»<sup>(٣)</sup> اهـ.

وكذا قال العلماء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى فيمن آذى بالسبِّ والشتم، حيث ذكروا أن: «ما كان ظاهره الفحش والسبُّ كقوله: يا فاسق، يا فاجر فهو أبلغ من

في التعزير دون الحدِّ، والثالث: لو تلف من التعزير ضمن، ولو تلف من الحدِّ فهدر» اهـ. وينظر: الحاوي (١٣/٤٢٤).

(١) جاء في الإنصاف (٣٩٣/٢٦): «حيث قلنا لا يُحدُّ بالتعريض فإنه يُعزَّر» اهـ. ينظر: الذخيرة (٩٣/١٢)، الفواكه الدواني (٣٤٦/٢)، المهذب (٤٠٩/٥)، الحاوي (١٣/٢٦٢)، فتح الباري (١٢/١٧٥)، المبدع (٤١١/٧)، منتهى الإرادات (١٣٦/٥).

(٢) فتح الباري (١٢/١٧٥)، وقد نقل ابن حجر عن إبراهيم النخعي أنه قال: في التعريض عقوبة، وقال عطاء وعمرو بن دينار: فيه نكال.

(٣) المغني (١٢/٣٩٤).

التصريح؛ لأنه سبُّ في الرضا والغضب فيُعزَّر به في الأحوال إلا أن يريد به القذف، فيُحدُّ»<sup>(١)</sup>.



(١) الإنصاف (٣٩٣/٢٦)، وينظر: الحاوي (٢٦٢/١٣). ورد عن عمر وعثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنها كان يعاقبان على الهجاء، وورد عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في الرجل يقول للرجل: يا خبيث، يا فاسق، قال: ليس عليه حدُّ معلوم، يُعزَّر الوالي بما رأى، وقال في الرجل يقول للرجل: يا كافر، يا فاسق، يا حمار، قال: ليس فيه حد، وإنما فيه عقوبة من السلطان. ينظر: مصنف عبد الرزاق (٣٦٦/٧)، مصنف ابن أبي شيبة (٥٠٠/٥)، سنن البيهقي (٤٤٠/٨).

## المبحث الرابع

### صور تطبيقية، قضائية للتعريض بالقذف وعقوبة ذلك

تقدم معنا أن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى قد أوردوا أمثلة للتعريض بالقذف، وذكروا أنه إذا لم يُجَدِّ الشخص بالتعريض فإنه يُعزَّر، وفيما يلي إيراد لبعض الصور القضائية التي رُفعت للقضاء كتطبيق لما سبق ذكره<sup>(١)</sup>.

كما أنني سأذكر بعض التطبيقات القضائية للسبِّ والشتم، وهما أدنى من القذف، لكن يجمعها أنها كلام قبيح وفيه أذى، وقد ذكر العلماء أنه يُعزَّر بالسبِّ والشتم أيضاً<sup>(٢)</sup>.

#### التطبيق الأول:

الرقم التسلسلي: ٨٤٣.

محكمة الدرجة الأولى: المحكمة العامة برأس تنورة.

رقم القضية: ٣٤٣٠٥٠٧٢.

تاريخها: ١٤٣٤هـ.

محكمة الاستئناف: محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، ج(١١).

(٢) قال في الإنصاف (٣٩٣/٢٦): «يُعزَّر بقوله: يا كافر، يا فاجر، يا حمار، يا تيس، يا خبيث البطن، يا عدو الله، يا ظالم، يا كذاب، يا خائن...».

ومما دفعني لإيراد صور قضائية للسبِّ والشتم أن بعض ألفاظها قد يذكره بعض العلماء كمثال للتعريض، إضافةً إلى أنه قد يكون في ذكر هذه الصور والأمثلة القضائية ردعٌ وزجرٌ لمن يتهاون بمثل هذه الألفاظ إذا رأى العقوبة المترتبة عليها.

رقم القرار: ٣٥١٧٣٣٤٧.

تاريخه: ١١ / ٠٣ / ١٤٣٥ هـ.

السند الشرعي أو النظامي:

احتمال اللفظ القذف وغيره.

ملخص الدعوى:

أقام المدعي العام دعواه ضد المدعى عليه؛ طالباً إثبات إدانته بقذف زوجته بقوله لها: (يا خنيثة) وشتمها وضربها وتسببه في إصابتها، وطلب معاقبته بحد القذف وبعقوبة تعزيرية، كما حضرت المدعية بالحق الخاص وادعت بمثل ما ادعى به المدعي العام وطلبت حقها الخاص، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أقر بصحتها ودفعت بأنه قصد بلفظ (خنيثة) مجرد السب ولم يقصد القذف، ونظراً لأن ذلك اللفظ غير صريح في القذف شرعاً وعرفاً، لذا فقد حكم القاضي بصرف النظر عن إقامة حد القذف على المدعى عليه، وثبت لديه إدانته بالتلفظ على المدعية وضربها والتسبب في إصابتها، وحكم للحق العام بجلده عشرين جلدة، وللحق الخاص بجلده خمسين جلدة دفعة واحدة لتلفظه على المدعية، وبجلده عشرين جلدة لضربه المدعية، فاعترض المدعي العام والمدعى عليه، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

من خلال الدعوى السابقة والحكم الذي صدر تبين أن مصطلح كلمة (خنيثة) ليست صريحة في القذف لا شرعاً ولا عرفاً، خاصة وأن المتلفظ بها

أيضاً لم يُقصد به القذف، وتبيّن أنها من ألفاظ السبِّ، ولذلك حكم القاضي بتعزيره.

### التطبيق الثاني:

الرقم التسلسلي: ٨٥٤.

محكمة الدرجة الأولى: المحكمة الجزائية بمحافظة جدة.

رقم القضية: ٣٣٦٨٩٣٩٨.

تاريخها: ١٤٣٣هـ.

محكمة الاستئناف: محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة.

رقم القرار: ٣٥٣٠١٦٧١.

تاريخه: ١٤٣٥ / ٠٧ / ٠٢هـ.

### السند الشرعي أو النظامي:

القاعدة الفقهية: «المرء مؤاخذ بإقراره».

### ملخص الدعوى:

أقام المدعي دعواه ضد المدعى عليه؛ طالباً مجازاته لتلفظه عليه بالألفاظ الواردة في دعواه<sup>(١)</sup> أثناء دفن قريب لهم، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أقر بصحتها ودفع بأنه أكبر سنّاً من المدعى، وأنه عندما سلم عليه لم يتقدم لمصافحته، ونظراً لإقرار المدعى عليه بصحة الدعوى، لذا فقد حكم

(١) مثل: يا واطي، أنت شايف نفسك مثل الشيوخ، وأبوك كان يقول لي: يا سيدي.

القاضي بسجنه لمدة ثلاثة أيام، وبجلده عشرة أسواط دفعة واحدة، فاعترض الطرفان، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

### التطبيق الثالث:

الرقم التسلسلي: ٨٥٦.

محكمة الدرجة الأولى: المحكمة الجزائية بالدمام.

رقم: القضية: ٣٣٣٨١٤١٢.

تاريخها: ١٤٣٣هـ.

محكمة الاستئناف: محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية.

رقم القرار: ٣٥١٠١٦٦٥.

تاريخه: ١٤٣٥ / ٠١ / ٠٢هـ.

### السند الشرعي أو النظامي:

١. القاعدة الشرعية: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

٢. المادة (١٠٩) من نظام المرافعات الشرعية ولوائح التنفيذة.

### ملخص الدعوى:

أقام المدعي دعواه ضد المدعى عليه؛ طالباً بالحكم بتعزير المدعى عليه لقيامه بسبه ولعنه وتلفظ عليه بقوله: (يا خنيث)، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أنكر صحتها ودفع بأن المدعي هو من قام بتهديده وشتمه، وبطلب البينة من المدعي قرر أنه لا بينة لديه وطلب يمين المدعى عليه على

نفي دعواه فنكل عن أدائها بعد إنذاره ثلاث مرات بأنه إن لم يؤد اليمين فإنه يعد ناكلاً ويقضى عليه بالنكول، ولذا فقد حكم القاضي بتعزير المدعى عليه بالجلد خمسين جلدة دفعة واحدة، فاعترض المدعى عليه، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

هذه الدعوى كالتى وردت ص ٣٠٠، وهي التلغظ بكلمة (خنيث)، وحكم القاضي بتعزير المدعى عليه.

### التطبيق الرابع:

الرقم: التسلسلي: ٨٦٢.

محكمة الدرجة الأولى: المحكمة الجزائية بمحافظة جدة.

رقم القضية: ٣٣٣٠٧٢٧٢.

تاريخها: ١٤٣٣هـ.

محكمة الاستئناف: محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة.

رقم القرار: ٣٥١٤٧٢٩١.

تاريخه: ١٤٣٥ / ٠٢ / ١٤هـ.

### السند الشرعي أو النظامي:

١. قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه».

٢. قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده».

٣. القاعدة الشرعية: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

### ملخص الدعوى:

أقام المدعي دعواه ضد المدعى عليه؛ طالباً تعزيره لتلفظه عليه بالسب والشتم<sup>(١)</sup>، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أنكر صحتها، وبطلب البينة من المدعي قرر أن شاهديه هما عضوا لجنة الصلح بإحدى المحاكم وقد امتنعا عن الحضور، وطلب يمين المدعى عليه على نفي دعواه فنكل عن أدائها، ولذا فقد ثبت لدى القاضي تلفظ المدعى عليه على المدعي بألفاظ تتضمن الشتم والسب، ونظراً لكبر سن المدعى عليه - ما استدعى تخفيف العقوبة - فقد حكم بجلده عشر جلدات دفعة واحدة، فاعترض المدعى عليه، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

### التطبيق الخامس:

الرقم التسلسلي: ٨٦٣.

محكمة الدرجة الأولى: المحكمة الجزائية بمحافظة القطيف.

رقم: القضية: ٣٤٣٠٢٦٢٦.

تاريخها: ١٤٣٤هـ.

محكمة الاستئناف: محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية.

رقم: القرار: ٣٥١٠٧٨١٩.

(١) مثل: يا حرمة، يا قليل الأصل...



تاريخه: ٠٨ / ٠١ / ١٤٣٥ هـ.

## السند الشرعي أو النظامي:

قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنْ دَمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ».

## ملخص الدعوى:

أقام المدعي دعواه ضد المدعى عليه؛ طالباً الحكم بتعزيره بسجنه وجلده لتهديده له وسبه عن طريق الهاتف، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أنكر تعرضه له بذلك، وبطلب البينة من المدعي قدم تسجيلاً صوتياً للمكالمة الهاتفية فتم بعثه للأدلة الجنائية إلا أنها لم تتمكن من مقارنة الصوت لرداءة التسجيل، ثم طلب المدعي يمين المدعى عليه على نفي الدعوى فنكل عن أدائها وطلب ردها على المدعي فأداها طبق ما طلب منه، ونظراً لأن التهديد بالضرب كان مقروناً بتحذير المدعى عليه للمدعي من لمس أمه وليس تهديداً مطلقاً، لذا فقد ثبت لدى القاضي إدانة المدعى عليه بتهديد المدعي بكسر رأسه وتلفظه عليه بقوله: (يا حيوان يا كلب)، وحكم بجلده أربعين جلدة دفعة واحدة مع تمكين المدعي من حضور تنفيذ العقوبة، فاعترض المدعى عليه، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

هذه الدعوى والتي قبلها تبين أن الألفاظ الواردة فيهما من الألفاظ التي يُقصد بها السبُّ والشتم ولا يُقصد بها القذف، وهي: (يا حرمة، يا قليل

الأصل، يا حمار، يا كلب...»، وبناءً على ذلك حكم القاضي بتعزير المدعى عليه المتلفظ بتلك الألفاظ.

### التطبيق السادس:

الرقم التسلسلي: ٨٦٧.

محكمة الدرجة الأولى: المحكمة الجزائية بالرياض.

رقم القضية: ٣٤٢١٢٦٣١.

تاريخها: ١٤٣٤هـ.

محكمة الاستئناف: محكمة الاستئناف بمنطقة الرياض.

رقم القرار: ٣٥٢١٢٥٦٨ تاريخه: ١٧/٠٤/١٤٣٥هـ.

### السند الشرعي أو النظامي:

١. قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً».

٢. ما روي أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال للحضرمي: «ألك بينة؟» قال

لا. قال: «فلك يمينه؟» قال: يا رسول الله، إن الرجل فاجر لا يبالي على ما

حلف عليه وليس يتورع من شيء، فقال: «ليس لك منه إلا ذلك»، فانطلق

ليحلف، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما أدبر: «أما لئن حلف على ماله

ليأكله ظمًا ليلقين الله وهو عنه معرض».

٣. قول القاضي عياض في (إكمال المعلم بفوائد مسلم) (١/٤٣٨ -

٤٣٩): «وفيه أن الرجل إذا رمى خصمه في حال الخصومة بجرحه أو خلة

سوء لمنفعة يستخرجها في خصامه، وإن كان في ذلك أذى خصمه لم يعاقب إذا عرف صدقه في ذلك، بخلاف لو قاله على سبيل المشاتمة والأذى المجرد، وذلك إذا كان رماه به من نوع دعواه ولينبه بها على حال المدعى عليه».

٤. قول القرطبي في (المفهم) (١/٣٤٩): «وظاهر هذا الحديث أن ما يجري بين المتخاصمين في مجلس الحكم من مثل هذا السب والتقييح جائز ولا شيء فيه؛ إذ لم ينكر ذلك النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ».

٥. قول النووي في (شرح على صحيح مسلم) (٢/١٦٢-١٦٣): «وفيه أن أحد الخصمين إذا قال لصاحبه إنه ظالم أو فاجر أو نحوه في حال الخصومة يحتمل ذلك منه».

٦. المواد (٨٣) و(١/٣٢) من نظام المرافعات الشرعية.

### ملخص الدعوى:

أقام المدعي دعواه ضد المدعى عليه؛ طالباً الحكم بتعزيره لقيامه بتقديم مذكرة دفاع في قضية منظورة أمام إحدى المحاكم تضمنت سبه والإساءة لسمعته واتهامه بأنه من أرباب السوابق<sup>(١)</sup>، كما طلب إلزامه بتعويضه عن الأضرار التي لحقت به، ويعرض الدعوى على المدعى عليه أقر بتقديم المذكورة، ودفع بأنه قدمها للقاضي ناظر القضية التي بينه وبين المدعى وما جاء فيها متعلق بموضوع الدعوى، ونظراً لأن ما صدر من المدعى عليه ناتج عن خصومة بينه وبين المدعي، ولأنه يقبل في معرض الشكوى من (١) يقول المدعي: معروف أن أرباب السوابق هم أصحاب الجرائم الكبيرة مثل شاربي الخمر والزناة.

الألفاظ ما لا يقبل في غيرها ما لم يكن ذلك على سبيل المشاتمة والأذى المجرد، لذا فقد حكم القاضي برد دعوى المدعي وأخلى سبيل المدعى عليه منها، فاعترض المدعي، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

### التطبيق السابع:

الرقم التسلسلي: ٨٤٤.

محكمة الدرجة الأولى: المحكمة الجزائية بالمدينة المنورة.

رقم القضية: ٣٥٤٤٥١١.

تاريخها: ١٤٣٥.

محكمة الاستئناف: محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة.

رقم القرار: ٣٥٣١٠٣٨٤.

تاريخه: ١٤٣٥ / ٠٧ / ٠٩ هـ.

### السند الشرعي أو النظامي:

احتمال اللفظ القذف وغيره.

### ملخص الدعوى:

أقامت المدعية دعواها ضد المدعى عليه؛ طالبةً الحكم بتأديبه لتلفظه عليها بقوله عنها: (إن هذه ليست بكراً)، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أقر بصحتها، ودفع بأنه لا يقصد قذفها بل يقصد أنها كانت متزوجة بشخص قبله، وأن تلفظه عليها كان في حال خصومة، ونظرًا لأن ما تلفظ به

المدعى عليه لا يعد قذفاً صريحاً، ولأن فيه إساءة للمدعية وذلك محرم شرعاً، لذا فقد ثبت لدى القاضي إدانة المدعى عليه بما نُسب إليه في الدعوى، وحكم بجلده سبعين جلدة دفعةً واحدة، فاعترض المدعى عليه، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

تبيّن من خلال هذه الدعوى أنّ لفظة: (إن هذه ليست بكرًا) ليست قذفاً صريحاً، ولذلك قُبِل قول المدعى عليه أنه لم يقصد بها القذف، لكن حكم القاضي بتعزيره؛ لأنه أساء للمدعية. ولعلّ هذا اللفظ يُعدُّ مثالاً للتعريض بالقذف، والذي يحتاج لنية وقصد المتلفّظ.

### التطبيق الثامن:

الرقم التسلسلي: ٨٤٨.

محكمة الدرجة الأولى: المحكمة الجزائية بالدمام.

رقم القضية: ٣٤٣٦٧٨٤٩.

تاريخها: ١٤٣٤هـ.

محكمة الاستئناف: محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية.

رقم القرار: ٣٥١٩٧٣٧٦.

تاريخه: ١٤٣٥ / ٠٤ / ٠٤هـ.

## السند الشرعي أو النظامي:

قول البهوتي في «كشاف القناع» (١٤ / ٨٧): «ويعزر بقوله: يا كافر، يا منافق.. يا ديوث ونحوها من كل ما فيه إيذاء وليس بصريح في الزنى، فيعزر به لارتكابه معصية وكفأله من أذى المعصومين».

## ملخص الدعوى:

أقام المدعي دعواه ضد المدعى عليه؛ طالباً بالحكم بتعزيره لقيامه بالتلفظ عليه بقوله: «يا ديوث»، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أنكر صحتها، وأقر بأنه قام بسب المدعي وشتمه ببعض الألفاظ الأخرى، ونظراً لأن موجب الكلمة التي يدعي المدعي تلفظ المدعى عليه بها وموجب الشتم والسب واحد وهو التعزير، لذا فقد حكم القاضي بجلد المدعى عليه ثلاثين جلدة دفعة واحدة، فاعترض المدعي، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

ورد في هذه الدعوى لفظ (ديوث)، وهو من الألفاظ التي ذكرها الفقهاء كمثالٍ للتعريض بالقذف<sup>(١)</sup>، وقد عزّر القاضي قائلها، وعلل ذلك: «أن موجب الكلمة التي يدعي المدعي تلفظ المدعى عليه بها وموجب الشتم والسبُّ واحد وهو التعزير».

موضوع القرار: المطالبة بإقامة حد القذف والتعزير لما صدر من المدعى عليه من تهديد<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر: ص ١٢ من البحث، هامش (٢).

(٢) ينظر: مدونة الأحكام القضائية (٣ / ١١٨).

## التطبيق التاسع:

رقم القرار: ٤/٣٢٩ تاريخ: ٢٨/٠٦/١٤٢٦ هـ

تصنيف القرار: جزائي - قذف.

ملخص القرار:

الحكم على المدعى عليه بما يلي:

أولاً: جلده ثمانين جلدة حداً للقذف علناً لقاء قذفه للمدعي في الحق الخاص.

ثانياً: جلده ثمانين جلدة حداً للقذف علناً لقاء قذفه للمدعية في الحق الخاص.

ثالثاً: جلده ثمانين جلدة حداً للمسكر علناً بين كل حد وآخر خمسة عشر يوماً، وتكون حدود القذف بحضور صاحب الحق الخاص إذا رغب ذلك والحكم بعدم قبول شهادة المدعى عليه والتعميم على الدوائر الحكومية بموجب ذلك حتى يتوب من قذفه وتوبته بأن يكذب نفسه.

والحكم على المدعى عليه تعزيراً لقاء تهديده للمدعي الخاص بفأس ولحاقه بضربه واعتدائه على أبواب المدعي الخاص بما يلي:

أ. سجنه ثمانية أشهر من إدخاله التوقيف.

ب. جلده تسعين جلدة مفرقة على مرتين بين كل مرة وأخرى عشرة أيام، وبين أول دفعة من التعزير وآخر حد خمسة عشر يوماً.

ج. أخذ التعهد على المدعى عليه بعدم العودة لمثل ما حصل منه مرّة أخرى، والحكم التعزيري في السجن خمسة أشهر للحق الخاص ونصف الجلد للحق الخاص ويكون الجلد التعزيري الذي للحق الخاص للمدعي للحق الخاص بحضوره إذا رغب ذلك وباقي الحكم التعزيري للحق العام. تقرير ما ذكره صاحب الإقناع من أنه لا يقبل رجوع المقرر بالقذف عنه كسائر حقوق الأدميين.

تقرير أن قول: يا ابن الزنا لرجل هو قذف لأمه كما ذكر ذلك صاحب الكشاف.

تقرير أن القول الصحيح هو عدم سقوط الحد بالتقادم.

تقرير اعتبار القذف بالرسائل عن طريق الجوال استناداً إلى ما قرره علماء القواعد الفقهية من أن الكتاب كالخطاب، وما قرره العلماء من عدم اشتراط اللفظ في القذف حيث أوجبوا الحد على القاذف الأخرس بالإشارة المفهومة للقذف.

هذا القرار فيه إقامة الحدّ على القاذف، وهو ثمانون جلدة كما جاء بذلك النصّ، وإن كان لم يُصرّح باللفظة التي قالها المحكوم عليه، وإنما ذكر القرار إقامة الحدّ على القاذف.

من خلال عرض التطبيقات السابقة تبين أنّ كل قضية يحكم بالقاضي بحسب ملابساتها وما يُحيط بها، مع سؤال المدعى عليه عن قصده ونيّته<sup>(١)</sup>.

(١) وقد ذكرتُ في الترجيح أنّ مرجع ذلك للقاضي، ينظر ص ٢٠ من البحث.



## الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على خير البريات، نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

من النتائج التي توصلتُ إليها في هذا البحث:

١. أن حفظ العرض ضرورة من الضرورات الخمس التي جاءت جميع الأديان بحفظها، وقد حفظ الشرع الحكيم الأعراض بحدِّ الزنا وحدِّ القذف، كما حفظها بمشروعية النكاح.

٢. أن القذف محرم ومن كبائر الذنوب، وحدُّ القاذف ثمانون جلدة بنصِّ الكتاب والإجماع.

٣. أنَّ القذف يكون بصريح الزنا، ويكون بغير الصريح، ومن غير الصريح التعريض.

٤. أن التعريض بالقذف يكون بالتلويح بالشيء القبيح بغير صريح لفظه لكن بما يفهمه بقصده، ومن أمثله: ما أنا بزاني، وأمي ليست بزانية.

٥. أن لفظي الكناية والتورية لهما علاقة بالتعريض لكن بينهما فروق.

٦. الذي ظهر من عرض مسألة إقامة الحد على من يتلفظ بلفظ من ألفاظ التعريض بالقذف أن مرجع ذلك إلى القاضي ينظر إلى ملابسات القضية، ومن ثمَّ يحكم بإقامة حدِّ القذف من عدمه.

٧. من قال بعدم وجوب الحدّ في التعريض بالزنا قال بالتعزير لأنه آذى من لا يجوز له أذاه.

٨. ينبغي للإنسان أن يعتبر بغيره لا بنفسه، وذلك باطلاعه على آثار إطلاق الألفاظ السيئة وعقوبتها.

أما التوصيات: فإنني أوصي بما يلي:

١. توعية المجتمع توعية قوية بخطورة التساهل بإطلاق الألفاظ التي قد يكون فيها اتهام للشخص؛ خاصةً مع انتشار وسائل التواصل، وفتح المجال للنقاش فيها، مما يؤدي إلى خروج الإنسان عن طبيعته -مع حضور الشيطان- فتخرج منه تصرفات لا تُحمد عُقباها.

٢. على المعلمين والمشرّفين والخطباء وأهل الرأي وغيرهم التنبيه إلى خطورة اللسان وأن الإنسان محاسب على ما يصدر منه ﴿مَا يَلْفُظُ مِنْ قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ﴾ [ق: ١٨].

٣. يُقترح دراسة مثل هذه الموضوعات دراسة أكاديمية عن طريق طرحها لتكون مجالاً للبحث والمدارسة ولو في البحوث الصفيّة.

٤. يُقترح على الجهات المعنية العناية بصياغة الأنظمة واللوائح المتعلقة بالألفاظ المؤذية، والسبِّ والشتم والقذف ووضع بعض الضوابط والقواعد العامة التي تجمع معاني المصطلحات التي في هذا المجال، بحيث يدخل فيها ما هو موجود في هذا العصر والذي قبله، وما يستجدُّ أيضًا فيما بعد.

٥. حثُّ الباحثين وطلاب الدراسات العليا على دراسة الأحكام القضائية الصادرة في أبواب الفقه المختلفة، والاستفادة منها دراسة نظرية تطبيقية.

والله أسأل أن يُصلح أحوالنا وبيارك في أقوالنا وأفعالنا ونياتنا، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

## فهرس المصادر والمراجع

١. الإجماع؛ لمحمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق ودراسة: عبد المنعم أحمد، الناشر: دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
٢. إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام؛ لابن دقيق العيد، الناشر: مطبعة السنة المحمدية، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
٣. الأذكار النواوية؛ للنووي = الفتوحات الربانية.
٤. الاستذكار؛ لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر، مع التمهيد والقبس (موسوعة شروح الموطأ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م.
٥. الإشراف على مذاهب العلماء؛ لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، الناشر: مكتبة مكة الثقافية - رأس الخيمة، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ / ٢٠١٤م.
٦. الإشراف على نكت مسائل الخلاف؛ للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي، تحقيق: الحبيب بن طاهر، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.
٧. إعلام الموقعين عن رب العالمين؛ لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية، قدّم له وعلّق عليه وخرّج أحاديث وآثاره: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، شارك في التحرير: أبو عمر أحمد عبد الله أحمد، الناشر: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
٨. الاقتضاب في غريب الموطأ وإعرابه على الأبواب؛ لمحمد بن عبد الحق اليفرنى، تحقيق: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، الناشر: مكتبة العبيكان، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م.

٩. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع؛ لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، الناشر: دار الفكر - بيروت.
١٠. الإقناع في مسائل الإجماع؛ لعلي بن محمد، أبي الحسن بن القطان، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٤م.
١١. الأم؛ لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.
١٢. الإنصاف؛ لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي الحنبلي، مع المقنع والشرح الكبير، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ود. عبد الفتاح محمد الحلوة، الناشر: دار هجر - مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.
١٣. البحر المحيط في أصول الفقه؛ لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن هادر الزركشي، الناشر: دار الكتبي، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
١٤. بداية المجتهد ونهاية المقتصد؛ لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، صححه: محمد شارك، الناشر: مكتبة الخانجي، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.
١٥. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع؛ لعلاء الدين، أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.
١٦. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير؛ لأبي حفص عمر بن علي الشافعي، المعروف بابن الملتن، تحقيق: مصطفى أبو الغيط - عبد الله بن سليمان - ياسر بن كمال، الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.
١٧. البناية شرح الهداية؛ لأبي محمد محمود بن أحمد الحنفي بدر الدين العيني، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م.

١٨. التاج والإكليل لمختصر خليل؛ لأبي عبد الله المواق محمد بن يوسف، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٤م.
١٩. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي؛ لعثمان بن علي الزيلعي الحنفي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد الشلبي، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ.
٢٠. التجريد؛ لأحمد بن جعفر القدوري، دراسة وتحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية أ. د. محمد سراج، أ. د. علي جمعة، الناشر: دار السلام - القاهرة، مصر، ١٤٢٤هـ.
٢١. تحرير ألفاظ التنبيه؛ لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: عبد الغني الدقر، الناشر: دار القلم - دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٨.
٢٢. تحفة الفقهاء، وهي أصل: «بدائع الصنائع» للكاساني؛ لعلاء الدين السمرقندي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
٢٣. التفریع في فقه الإمام مالك بن أنس؛ لعبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب المالكي، تحقيق: سيد كسروي حس، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م.
٢٤. التلخيص الخبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير؛ لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: أبي عاصم حسن ابن قطب، الناشر: مؤسسة قرطبة، مصر.
٢٥. التوضیح شرح مختصر ابن الحاجب؛ لخليل بن إسحاق الجندي المالكي، تحقيق: أبي الفضل الدمياطي، الناشر: دار ابن حزم - بيروت، لبنان، ١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م.
٢٦. التوقيف على مهمات التعاريف؛ لزين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف الحدادي ثم المناوي القاهري، تحقيق: عبد الخالق ثروت - القاهرة، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م.



٢٧. جامع الترمذي؛ لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الناشر: دار السلام، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.
٢٨. حاشية الخرشبي على مختصر خليل؛ لمحمد بن عبد الله الخرشبي، ومعه حاشية العدوي على الخرشبي، ضبطه وخرّج آياته وأحاديثه: زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.
٢٩. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير؛ لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، الناشر: دار الفكر.
٣٠. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (وهو شرح مختصر المزني)؛ لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد، الشهير بالماوردي، تحقيق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م.
٣١. الدر المختار مع حاشية ابن عابدين؛ الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.
٣٢. الدراية في تخريج أحاديث الهداية؛ لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم البيهاني المدني، الناشر: دار المعرفة - بيروت.
٣٣. الذخيرة؛ لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: د. محمد حجي - محمد بوخبزة، الناشر: دار الغرب الإسلامي - تونس، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٣٤. روضة الطالبين وعمدة المفتين؛ لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ/١٩٩١م.
٣٥. الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي؛ لمحمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، تحقيق: مسعد عبد الحميد السعدني، الناشر: دار الطلائع.

٣٦. سنن ابن ماجه؛ لأبي عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجه الربيعي القزويني، الناشر: دار السلام - الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م.
٣٧. سنن أبي داود؛ لأبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، الناشر: دار السلام - الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م.
٣٨. سنن الدارقطني؛ لأبي الحسن علي بن عمر البغدادي الدارقطني، حققه وضبطه نصه وعلق عليه: شعيب الأرناؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٤م.
٣٩. السنن الكبرى؛ لأحمد بن شعيب النسائي، حققه وخرّج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي (بمساعدة مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة)، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، قدّم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ / ٢٠٠١م.
٤٠. السنن الكبرى؛ لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، ومعه الجوهر النقي لابن التركماني، الناشر: دار المعرفة - بيروت، لبنان، ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م.
٤١. شرح الزركشي؛ لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي، الناشر: دار العبيكان.
٤٢. شرح السنة؛ لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي الشافعي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط - محمد زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م.
٤٣. شرح العمدة في بيان مناسك الحج والعمرة؛ لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية، دراسة وتحقيق: صالح بن محمد الحسن، الناشر: مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م.
٤٤. الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف؛ لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله التركي، الناشر: هجر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.





٤٥. الشرح الكبير؛ لأحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، مع حاشية الدسوقي، وتقريرات عlish، خرّج آياته وأحاديثه: محمد عبد الله شاهين، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.
٤٦. شرح سنن أبي داود؛ لأبي العباس أحمد بن حسين بن رسلان الشافعي، تحقيق: عدد من الباحثين بدار الفلاح بإشراف خالد الرباط، الناشر: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، الفيوم - جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ/ ٢٠١٦م.
٤٧. شرح مختصر الطحاوي؛ لأبي بكر الرازي الجصاص، تحقيق: رسائل دكتوراه، في الفقه، كلية الشريعة، جامعة أم القرى مكة المكرمة، أعد الكتاب للطباعة وراجعته وصححه: أ. د. سائد بكداش، الناشر: دار البشائر الإسلامية - ودار السراج، الطبعة الأولى، ١٤٣١هـ/ ٢٠١٠م.
٤٨. الصحاح في اللغة؛ لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، اعتنى به: خليل مأمون شيحا، النشار: دار المعرفة - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م.
٤٩. صحيح البخاري؛ لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، الناشر: دار السلام، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.
٥٠. صحيح مسلم؛ لمسلم بن الحجاج أبي الحسن القشيري النيسابوري، اعتنى به: إبراهيم التميمي، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ/ ٢٠١٣هـ.
٥١. طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية؛ لنجم الدين عمر النسفي، علّق عليه: محمد حسن الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.
٥٢. العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير؛ لعبد الكريم، أبي القاسم الرافعي القزويني، تحقيق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.

٥٣. العناية شرح الهداية؛ لمحمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين البابرتي، الناشر: دار الفكر.
٥٤. غريب الحديث؛ لأبي عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي، تحقيق: د. محمد خان، الناشر: مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد - الدكن، الطبعة الأولى، ١٣٨٤هـ / ١٩٦٤م.
٥٥. فتح الباري شرح صحيح البخاري؛ لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، 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.
٥٦. فتح القدير؛ لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام؛ الناشر: دار الفكر - بيروت.
٥٧. الفتوحات الربانية على الأذكار النواوية؛ لمحمد بن علان الصديقي الشافعي، الناشر: جمعية النشر والتأليف الأزهرية.
٥٨. الفروع؛ لأبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي الحنبلي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٣م.
٥٩. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زي القيرواني؛ لأحمد بن غانم (أو غنيم) بن شهاب الدين النفراوي الأزهرية، الناشر: دار الفكر.
٦٠. القاموس المحيط؛ لمجد الدين أبي طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق: مكتب تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م.
٦١. القبس = ينظر: الاستذكار (شروح الموطأ).
٦٢. القوانين الفقهية؛ لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي.



٦٣. كشف القناع؛ لمنصور بن يونس البهوتي الحنبلي، تحقيق: لجنة في وزارة العدل - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى.
٦٤. لسان العرب؛ لجمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م.
٦٥. المبدع في شرح المقنع؛ لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، تحقيق: محمود الأرنؤوط - ياسين محمود الخطيب، الناشر: مكتبة السوادى للتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م.
٦٦. المبسوط؛ لشمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م.
٦٧. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر؛ لعبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بـ(داماد أفندي)، الناشر: المطبعة العامرة - تركيا، ١٣٢٨هـ.
٦٨. مجموع الفتاوى؛ لأبي العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية - المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ / ١٩٩٥م.
٦٩. المجموع شرح المهذب؛ لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، حققه وعلّق عليه وأكملته بعد نقصانه: محمد نجيب المطيعي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.
٧٠. مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، وزارة العدل - مركز البحوث.
٧١. المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز؛ لأبي محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري - السيد عبد العال السيد إبراهيم، طبع على نفقة الشيخ خليفة بن حمد آل ثاني - أمير دولة قطر، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٧٢. مختار الصحاح؛ زين الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.
٧٣. مختصر المزني مع الحاوي = الحاوي.
٧٤. مدونة الأحكام القضائية - وزارة العدل - مركز البحوث.
٧٥. المدونة الكبرى، برواية سحنون بن سعيد التنوخي، عن عبد الرحمن بن القاسم، عن مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، الناشر: مطبعة السعادة - مصر، ١٣٢٣هـ.
٧٦. مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات؛ لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت.
٧٧. مشارق الأنوار على صحاح الآثار؛ لعياض بن موسى اليحصبي السبتي، الناشر: المكتبة العتيقة ودار التراث.
٧٨. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير؛ لأبي العباس أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، تحقيق: عادل مرشد، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.
٧٩. المصنف؛ لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي - الهندي، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
٨٠. المصنف؛ لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، تحقيق وتخريج: محمد عوامة، الناشر: مؤسسة علوم القرآن (دمشق)، الطبعة الأولى، ١٤٢٧م/ ٢٠٠٦م.
٨١. معجم الفروق اللغوية؛ لأبي هلال الحسن بن عبد الله بن سهل العسكري، تحقيق: الشيخ بيت الله بيات، ومؤسسة النشر الإسلامي، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين ب(قم)، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.

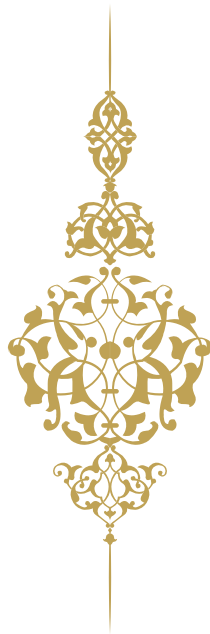


٨٢. المعجم الكبير؛ لسليمان بن أحمد أبي القاسم الطبراني، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، الناشر: مكتبة ابن تيمية - القاهرة، الطبعة الثانية.
٨٣. معجم لغة الفقهاء؛ لمحمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي، الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
٨٤. المعونة على مذهب عالم المدينة؛ للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي، تحقيق: محمد حسن الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.
٨٥. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج؛ لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.
٨٦. المغني عن حمل الأسفار في الأسفار، في تخريج ما في الإحياء من الأخبار (مطبوع بهامش إحياء علوم الدين)؛ لأبي الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين العراقي، الناشر: دار ابن حزم، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م.
٨٧. المغني؛ لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي - د. عبد الفتاح الحلو، الناشر: دار عالم الكتب - الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.
٨٨. المفردات في غريب القرآن؛ لأبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، الناشر: دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.
٨٩. مقاييس اللغة؛ لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، تحقيق: عبد السلام محمد هارون؛ الناشر: دار الفكر، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م.
٩٠. المقنع؛ لابن قدامة المقدسي مع الشرح الكبير والإنصاف = ينظر: الشرح الكبير.

٩١. مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحلّ مشكلاتها؛ لأبي الحسن علي ابن سعيد الرجراجي، اعتنى به: أبو الفضل الدمياطي - أحمد بن علي، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م.
٩٢. المنتقى شرح الموطأ؛ لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
٩٣. المهذب في فقه الإمام الشافعي؛ لأبي إسحاق الشيرازي، تحقيق: د. محمد الزحيلي، الناشر: دار القلم - دمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.
٩٤. الموافقات؛ لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، تحقيق: أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.
٩٥. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل؛ لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.
٩٦. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، ١٤٠٤-١٤٢٧هـ.
٩٧. الموطأ؛ لأبي عبد الله الإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، تحقيق: د. بشار معروف، ومحمود محمد خليلي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.
٩٨. نشر البنود على مراقي السعود؛ لعبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، تقديم: الداوي ولد سيدي باب - أحمد رمزي، الناشر: مطبعة فضالة بالمغرب، بدون طبعة، بدون تاريخ.
٩٩. نصب الراية لأحاديث الهداية؛ لأبي محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، تحقيق: محمد عوامة، الناشر: مؤسسة الريان - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.



١٠٠. نهاية المطلب في دراية المذهب؛ لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجويني، تحقيق: أ. د. عبد العظيم محمود الديب، الناشر: دار المنهاج للنشر والتوزيع - جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م.
١٠١. النهاية في غريب الحديث والأثر؛ لأبي السعادات المبارك بن محمد ابن الأثير، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م.
١٠٢. النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات؛ لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني المالكي، تحقيق: د. عبد الفتاح محمد الحلو ومجموعة، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
١٠٣. نيل الأوطار؛ لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، الناشر: دار الحديث.
١٠٤. الهداية على مذهب الإمام أحمد لمحمود بن أحمد بن الحسن، أبي الخطاب الكلوزاني، تحقيق: عبد اللطيف هميم وماهر ياسين الفحل، الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.







# الإثبات بالدليل الرقمي وتطبيقاته القضائية دراسة فقهية مقارنة بنظام الإثبات السعودي

**د. مبارك بن محمد الخالدي**

الأستاذ المساعد بقسم القانون الخاص  
في كلية الحقوق بجامعة الملك فيصل

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على النبي الأمين، محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن بأثرهم اقتفى إلى يوم الدين، وبعد:

فالدعوى القضائية مرافعة ومدافعة، والقاضي بنحو ما يسمع يقضي، والدعوى تتأرجح بين الخصوم إثباتاً ونفياً بحسب جودة ما يقدم بين يدي حاكمها من وقائع مؤثرة، وبينات موصلة تثبت الدعوى أو تنفيها، ولما كان للحق طرقٌ يثبت بها، ولكل طريق منها خصائصه وأنواعه، وشروطه وحجياته.

ولما كان الدليل الرقمي أحد هذه الطرق التي نص نظام الإثبات السعودي على اعتباره، وأعلى منزلته بين هذه الطرق، فقد رأيت أن أبحث بعض أحكامه في الفقه الإسلامي، وأوضح أنواعه المنصوصة نظاماً، وأن أحاول الممايزة بينها، وأوضح شروط الاستدلال به، وكان هذا البحث قائماً على دراسة الإثبات بالدليل الرقمي دراسة فقهية مقارنة بنظام الإثبات السعودي، مع الاهتمام والعناية بالتطبيقات القضائية التي تسفر عن العمل القضائي وما استقر عليه في تطبيق هذه الأحكام، ولما لهذا الدليل من انتشار واسع وتطبيقات غير منتهية، وأمثلة شتى، ولما يتوقع له من كثرة في الاستخدام في الاستدلال القضائي، فقد رأيت أن أصرف له جهداً في البحث والمقارنة، راجياً الله أن ينفع به كل من اطلع عليه، وخاصة من رام دراسات متخصصة في نظام الإثبات السعودي الجديد، وأن يكون لبنة

صالحة لكل باحث ودارس ومهتم، للبناء عليها، واقتفاء أثرها، وتصحيح ما قد يقع فيها من خطأ.

هذا، وأسأل الله سبحانه العون فيما عزمت، والسداد فيما كتبت، والعفو عما زلت.

### أهمية الموضوع:

١. أن أغلب طرق الإثبات إن لم تكن كلها قد ترد في الدعوى بهيئة دليل رقمي، مما يبين أهمية هذا النوع من طرق الإثبات، وأهمية معرفة أحكامه.

٢. أن الدليل الرقمي له طبيعة مختلفة عن بقية طرق الإثبات، مما يدعو لتوضيح أحكامه للمتداعين والمتعاقدين.

٣. حداثة نظام الإثبات السعودي، وحداثة ما نص عليه من بعض الأحكام لهذا النوع من أدلة الإثبات.

### أسباب اختيار الموضوع:

١. لما سبق بيانه في أهمية الموضوع.

٢. أن الباحث لم يجد من بحث هذه المسألة جامعاً بين التأصيل الفقهي المقارن بالنظام السعودي مع بحث التطبيق القضائي - وذلك لحداثة النظام - وحداثة سريانه أيضاً.

٣. سعة انتشار واستخدام الدليل الرقمي - بسبب التطور السريع والكبير - في ترسيخ الخدمات الإلكترونية بالمملكة العربية السعودية، مما يستدعي الاهتمام به وبيان أحكامه.

## الدراسات السابقة:

بعد اطلاعي وبحثي في المكتبات العامة، وفي فهارس وقواعد بيانات مراكز البحوث العلمية المتاحة، كمركز الملك فيصل للدراسات الإسلامية، ومكتبة الملك فهد الوطنية، ومكتبة الأمير سلطان بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ومكتبة المعهد العالي للقضاء، ومكتبة جامعة الملك سعود، ومكتبة الجامعة الإسلامية بالمدينة، ومكتبة الملك عبد الله الجامعة في جامعة أم القرى، والمكتبة السعودية الرقمية لم أجد -بحسب اطلاعي القاصر- من قام ببحث هذا العنوان جامعاً بين التأصيل الفقهي والمقارنة بنظام الإثبات الجديد مع إيراد التطبيقات القضائية الموثقة لما استقر عليه العمل القضائي في المسألة محل البحث، وكل ما كتب إنما هو متقاطع مع البحث من جهة التعاريف وبيان الأنواع والشروط، وأشير لبعض ما يتقاطع مع بحثي مما له صلة بالموضوع فيما يلي:

١. وسائل الإثبات الإلكترونية - دراسة فقهية مقارنة بالنظام السعودي للتعاملات الإلكترونية، للباحثة: منى بنت محمود بركة، وهي رسالة ماجستير مقدمة لكلية التربية بجامعة الملك سعود، وقد تكلمت فيها الباحثة عن أنواع الأدلة الرقمية، وتحديث عن نظام التعاملات الإلكترونية، وأبرز الفروق بينها وبين هذا البحث هو قدم الدراسة، فقد قدمت هذه الرسالة في العام ١٤٣٠-١٤٣١هـ، وقد صدر بعدها عدة أنظمة ولوائح كنظام الإثبات الجديد ونظام المحاكم التجارية وغيرها، وتطورت وظهرت صور كثير من الأدلة الرقمية، لم تتحدث عنها الباحثة، وكذلك يفترق بحثي عن

هذا البحث باختلاف مأخذ التأصيل للدليل الرقمي في الفقه الإسلامي، وأيضاً بتوثيق التطبيق القضائي لموضوع البحث.

٢. حجية الأدلة الرقمية في النظام القضائي الإسلامي، لبهاء الدين الجاسم، وهو بحث منشور بمجلة الدراسات الإسلامية، وقد هدف البحث لتأصيل حجية الأدلة الرقمية في الفقه الإسلامي، ويفترق عن هذا البحث بأنني قد قارنت التأصيل الفقهي للأدلة الرقمية بالنظام السعودي خصوصاً، ووضحت أنواعه وشروطه، وذكرت أحكامه التي نص عليها، وكذلك قد وثقت البحث بالتطبيقات القضائية لموضوع البحث، بخلاف أن البحث عام وليس مقارنا بالنظام السعودي للإثبات.

٣. حجية الدليل الرقمي في الإثبات - دراسة في نظام الإثبات السعودي، لزياد ماجد العبد الجبار، وهو بحث منشور بمجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، وهو بحث قانوني مختصر في الحديث عن الجوانب الفقهية للأدلة الرقمية، ويفترق بحثي عن هذا البحث بأني جمعت بين التأصيل الفقهي المقارن بالنظام السعودي، والتأصيل للحجية بمنهجية مقارنة، وكذلك بدراسة التطبيق القضائي لموضوع البحث وكذلك بالتمييز التفصيلي بين أنواع الأدلة الرقمية.

٤. ماهية الدليل الرقمي في النظام السعودي - دراسة مقارنة، ليفصل السيف وسلطان الجدعاني، وهو بحث منشور بالمجلة العالمية للقانون والدراسات السياسية، وهدف كاتبه منه أن يكون جزءاً من التمهيد لرسالته في الماجستير، ويفترق عن بحثي بأنه قارن بين أحكام الدليل الرقمي بين

النظام السعودي والأردني، وأنا أقارن بين الفقه الإسلام والنظام السعودي، ويفترق أيضاً بأن الطابع القانوني هو الغالب والأصل في بحثه، بخلاف بحثي فهو دراسة فقهية مقارنة، وقد اختلفت معه في عدة مواضع منها التمييز بين أنواع الأدلة الرقمية، وكذلك أزيد عنه بدراسة التطبيق القضائي لموضوع البحث.

٥. حجية الدليل الرقمي في النظام السعودي والفقه الإسلامي، للدكتور أنس الشهري، وهو بحث منشور بمجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بجامعة الأزهر فرع كفر الشيخ، وهو بحث حديث، ولم أطلع عليه إلا بعد الانتهاء من بحثي، ويفترق بحثي عن هذا البحث بأي بحث أحكام الدليل الرقمي بشكل عام وأصلت له بشكل مقارن، بينما مشكلة البحث المشار له هي مدى حجية الدليل الرقمي، وكذلك قام بدراسة الحجية لأدلة الإثبات التقليدية إن جاءت بقالب إلكتروني، وهذا ليس داخلياً ضمن إشكالية بحثي، وكذلك زدت عنه بدراسة التطبيق القضائي لموضوع البحث، وكذلك بمحاولة التمييز التفصيلي بين أنواع الأدلة الرقمية.

### مشكلة البحث وتساؤلاته:

السؤال المركزي للبحث: ما هي أحكام الإثبات بالدليل الرقمي؟ ونتج عنه أسئلة فرعية تجيب عنها مباحث الدراسة، فالمبحث الأول: يجيب عن سؤال ما هي حقيقة الدليل الرقمي في الإثبات؟ وما أنواعه؟ وما الشروط اللازمة للاعتداد به؟ والمبحث الثاني يجيب عن تساؤل هو: ما التأصيل الفقهي للاحتجاج بالدليل الرقمي؟ وماهي رتبته بين الأدلة؟ وما هو

التأصيل النظامي لذلك - بحسب نظام الإثبات الجديد -؟ والمبحث الثالث:  
يجيب عن تساؤل ماهي التطبيقات القضائية للاحتجاج بالدليل الرقمي؟  
وعلى ماذا استقر العمل بشأنه قضاء بعد صدور نظام الإثبات الجديد؟

### أهداف البحث:

١. بيان معنى الدليل الرقمي في اللغة والاصطلاح والإثبات.
٢. تعداد أنواع الدليل الرقمي، والتمييز بينها، وأهم صفات الدليل الرقمي.
٣. التأصيل الفقهي المقارن للاحتجاج بالدليل الرقمي، وبيان رتبته بين الأدلة.
٤. التأصيل النظامي للاحتجاج بالدليل الرقمي.
٥. توضيح شروط الاستدلال بالدليل الرقمي.
٦. دراسة التطبيقات القضائية للعمل بالدليل الرقمي، ومدى الاحتجاج به.

### منهج البحث:

١. اتخذ الباحث المنهج الوصفي التحليلي منهجاً لكتابة هذا البحث.
٢. أصور المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها ليتضح المقصود من دراستها - إن احتاجت المسألة إلى تصوير -.
٣. إذا كانت المسألة متفقاً عليها ذكرت حكمها مقروناً بأدلته مؤثّقاً من مظانه المعتمدة.

٤. إذا كانت المسألة من مسائل الاختلاف بين أهل العلم فأحرر محل النزاع إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف وبعضها محل اتفاق، وأذكر الأقوال في المسألة، وأبين من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب المذاهب الفقهية المعتمدة.

٥. أوثق الأقوال من مصادرها الأصلية.

٦. الاختصار في إيراد أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات وما يجب عنها - إن أمكن ذلك - وأذكر ذلك بعد الدليل مباشرة، وما لا أذكر له مرجعاً منها فيكون من قولي.

٧. التركيز على صلب البحث وتجنب الاستطراد.

### خطة البحث:

يتكون البحث إجمالاً من: مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة.

#### المقدمة:

وتشتمل على:

- الاستهلال.
- أهمية الموضوع.
- أسباب اختيار الموضوع.
- الدراسات السابقة.
- مشكلة البحث وتساؤلاته.



- أهداف البحث.

- منهج البحث.

- خطة البحث: وتتكون من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة:

المبحث الأول: حقيقة الدليل الرقمي في الإثبات:

وتحتة مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بالدليل الرقمي.

المطلب الثاني: أنواع الأدلة الرقمية، وأهم صفاتها.

المبحث الثاني: حجية الدليل الرقمي في الإثبات:

وتحتة ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حجية الدليل الرقمي في الفقه.

المطلب الثاني: حجية الدليل الرقمي في النظام.

المطلب الثالث: الشروط اللازمة للإثبات بالدليل الرقمي.

المبحث الثالث: التطبيقات القضائية على الإثبات بالدليل الرقمي:

وتحتة ستة مطالب:

المطلب الأول: قضية المطالبة بقيمة عقد نقل دليلها المراسلات الرقمية.

المطلب الثاني: قضية في عقد مقاوله دليلها المراسلات الرقمية.

المطلب الثالث: قضية في شركة مضاربة دليلها المراسلات الرقمية.

- المطلب الرابع: قضية في عقد توريد دليلها المراسلات الرقمية.
- المطلب الخامس: قضية أتعاب محاماة دليلها البريد الرقمي.
- المطلب السادس: قضية أجره خدمات دليلها المراسلات الرقمية.
- الخاتمة:
- تشتمل على أهم النتائج والتوصيات.
- الفهارس.



## المبحث الأول حقيقة الدليل الرقمي في الإثبات

وتحت مطالبان:

**المطلب الأول: التعريف بالدليل الرقمي:**

وتحت فرعان:

**الفرع الأول: التعريف اللغوي بالمفردات:**

الإثبات في اللغة: من ثبت، والثبوت أي الدوام<sup>(١)</sup>، وإذا قيل أثبت حجته فالمقصود: أقامها وأوضحها، وقول ثابت أي: صحيح، والثبت في اللغة: الحجة والبينة<sup>(٢)</sup>.

الدليل في اللغة: هو الأمانة في الشيء، أو ما يستدل به على الشيء، والدليل: الدال على الشيء المسفر عنه<sup>(٣)</sup>.

والرقمي في اللغة: الرّقم هو: الخط أو الكتابة أو الختم، فكل مكتوب هو رقم<sup>(٤)</sup>، وقيل هو ما يكتب على الثياب من أثمانها<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: مقاييس اللغة (١/ ٣٩٩)، مادة: (ثبت).

(٢) ينظر: لسان العرب (٢/ ٢٠)، مادة: (ثبت).

(٣) ينظر: مقاييس اللغة (٢/ ٢٥٩)، لسان العرب (١١/ ٢٤٨)، مادة: (دلل).

(٤) ينظر: مقاييس اللغة (٢/ ٤٢٥)، لسان العرب (١٢/ ٢٤٩)، مادة: (رقم).

(٥) ينظر: لسان العرب (١٢/ ٢٤٩).

## الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي بالمفردات:

ويستخدم الفقهاء مصطلح إقامة البينة أو الحجة فيما يقابل الإثبات في الاصطلاح ويعنون به: إقامة الحجة أو البينة أمام القاضي، في الخصومة محل النزاع<sup>(١)</sup>.

وفي الاصطلاح القانوني: هو إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، على واقعة قانونية ترتبت آثارها<sup>(٢)</sup>.

والمقصود بالدليل في الاصطلاح الفقهي هو: «ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري»<sup>(٣)</sup>.

وعرف بأنه: «هو الذي يلزم من العلم به العلم بشيء آخر»<sup>(٤)</sup> وهو ظاهر، وذكر بعضهم أن ما أوصل إلى علم قطعي سمي دليلاً، وما أدى للظن سمي أمانة أو قرينة، ولم يقبل هذا التقسيم جمهور الفقهاء<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢٢٣)، الذخيرة (١١/٨)، تحفة المحتاج (١٠/٢٨٥)، كشف القناع (١٥/٢٢٠).

(٢) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، للسنهوري (٢/١٤).

(٣) ينظر: شرح العضد (١/١٢٤)، الواضح في أصول الفقه (١/٥٩)، التلخيص في أصول الفقه (١/١١٥)، الأحكام في أصول الأحكام (١/٩)، شرح الكوكب المنير (١/٥٢)، الحدود في الأصول (ص ١٠٣).

(٤) ينظر: التعريفات (ص ١٠٤).

(٥) ينظر: شرح العضد (١/١٢٤)، الواضح في أصول الفقه (١/٥٩)، التلخيص في أصول الفقه (١/١١٥)، الأحكام في أصول الأحكام (١/٩)، شرح الكوكب المنير (١/٥٢)، الحدود في الأصول (ص ١٠٣).

وعرفه بعض القانونيين بأنه: «الوسيلة التي يستعين بها القاضي في تكوين قناعته القضائية، للوصول إلى الحقيقة من خلال تقديره السليم لها»<sup>(١)</sup>.

وتعريف مفردة الرقمي في الاصطلاح العلمي ترجع لأصل الكلمة اللاتيني (Digital) وهي: معبرة عن طريقة حفظ البيانات في الحاسب الآلي أو ما يعمل بطريقته من أنظمة، بحيث يفهم الحاسب الحرف أو الرقم المطبوع على لوحة المفاتيح بأحد الرقمين صفر (٠) أو واحد (١) ويخزنها، ومن ثم يعيد عرضها بطريقتنا المفهومة المعتادة حروفاً وأرقاماً على شاشة العرض أو الطابعة<sup>(٢)</sup>.

ولم يعرف الفقهاء الدليل الرقمي كمصطلح مركب لحدثه، فلم يكن معروفاً قبل اختراع الحواسيب والشبكات والنظم الإلكترونية، وقد عُرف بعدة تعريفات منها:

تعريف المنظمة العالمية لدليل الحاسوب (IOCE): «المعلومات ذات القيمة المحتملة والمخزنة أو المنقولة في صورة رقمية»<sup>(٣)</sup>.

وعرف بأنه: «الدليل المشتق بواسطة النظم البرمجية المعلوماتية الحاسوبية ومعدات وأدوات الحاسب الآلي، أو شبكات الاتصالات من

(١) ينظر: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية (ص ٢٧٣).

(٢) ينظر: الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية (ص ٥)، مقدمة في الحاسب الآلي والإنترنت (ص ٢٠).

(٣) ينظر: وسائل إثبات جريمة الإزعاج بواسطة الوسائل السلوكية واللاسلكية (ص ٤٨٤).

خلال إجراءات قانونية وفنية، يتم تقديمها للقضاء، بعد تحليلها علمياً أو تفسيرها في شكل نصوص مكتوبة، أو رسومات، أو صور أو أشكال...»<sup>(١)</sup>.  
وعُرف بأنه: الدليل المأخوذ من أجهزة الحاسب ويكون في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية ممكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات وتكنولوجيا خاصة، لتظهر في شكل صور أو تسجيلات صوتية أو مرئية<sup>(٢)</sup>.

وقد عرفه المنظم السعودي بأنه: «كل دليل مستمد من أي بيانات تنشأ أو تصدر أو تسلم أو تحفظ أو تبلغ بوسيلة رقمية، وتكون قابلة للاسترجاع أو الحصول عليها بصورة يمكن فهمها»<sup>(٣)</sup>.

ويؤخذ من التعريف أن الأدلة الرقمية هي أشبه بالوعاء لعموم الأدلة ما دامت واردة في شكل رقمي، ويظهر الارتباط بين المعنى اللغوي والاصطلاحي: في أن الأدلة الرقمية بمعناها الاصطلاحي هي مسفرة وموضحة لما تدل عليه.

هل هناك فرق بين مسمى: الدليل الرقمي والدليل الإلكتروني؟

لم يفرق المنظم السعودي بينهما بشكل صريح، وقد استخدم لفظ الدليل الإلكتروني في نظام المحاكم التجارية في الباب السابع الملغى بنظام

(١) ينظر: الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية (ص ١٣).  
(٢) ينظر: البحث والتحقيق الجنائي في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت (ص ٨٨).  
(٣) ينظر: المادة: (٥٣) من نظام الإثبات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ.

الإثبات الجديد، وقد ذهب بعض القانونيين إلى أنها بمعنى واحد، وذهب البعض أن بينهما خصوصاً وعموماً نسبياً فالرقمي هو الإلكتروني، ولكن الإلكتروني لا يشترط أن يكون رقمياً<sup>(١)</sup>، ورأي ثالث يقول: أن الفرق هو في أصل الدليل، فما كان له أصل ورقي سمي دليلاً إلكترونيًا، وما كان أصله إلكترونيًا سمي دليلاً رقمياً<sup>(٢)</sup>، ورأي أحد الباحثين أن المنظم السعودي أراد توسيع مفهوم الدليل الرقمي كما قوى حججته عما كان عليه سابقاً، وعليه فيكون الدليل الرقمي أعم، وبذلك يجمع بين الأقوال السابقة بحسب رأيه<sup>(٣)</sup>، إلا أنني لم أقف على وجه صحيح للتفريق! وخصوصاً مع حداثة نظام المحاكم التجارية والصادر في عام ١٤٤١ هـ والذي سمي ذات الأدلة أدلة إلكترونية! فالتعليل بإرادة المنظم التوسيع بتغيير المصطلح إلى «رقمي» قد لا يكون دقيقاً، وكذلك فإنه وبحسب تعريفنا للدليل الرقمي فإنه لا علاقة نسبية بينهما، بل كل دليل رقمي إلكتروني، وكل إلكتروني رقمي ولو كان أصله ورقياً، إذ إنه لم يحمل صفة الإلكترونيّة إلا بعد تحوله لرموز رقمية يفهمها الحاسب ويخزنها، وعليه فيرى الباحث أنه لا فرق بين المصطلحين، والله أعلم.

(١) ينظر: حجية الأدلة الرقمية في النظام القضائي الإسلامي (ص ١٧٦).

(٢) ينظر: العقود الرقمية في قانون الإنترنت (ص ١١٧).

(٣) ينظر: حجية الدليل الرقمي في الإثبات (ص ١٣٦).

## المطلب الثاني: أنواع الأدلة الرقمية، وأهم صفاتها:

وتحتة فرعان:

### الفرع الأول: أنواع الأدلة الرقمية:

وقد جاء في المادة الرابعة والخمسين من نظام الإثبات تعداد لأبرز أنواع الأدلة الرقمية، وإن كان المنظم السعودي لم يعرف بهذه الأنواع للتمييز بينها، إلا أنه أشار في مشروع الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات بأنه يرجع في مفهوم أنواع الدليل الرقمي المنصوص عليها في المادة (الرابعة والخمسين) من النظام - أي نظام الإثبات - للأنظمة ذات الصلة، ومنها: نظام التعاملات الإلكترونية<sup>(١)</sup>، وعليه سأعدد ما ذكره النظام من أنواع الأدلة محاولاً التمييز بينها:

١. السجل الرقمي: جاء في نظام التعاملات الإلكترونية التعريف بالسجل الإلكتروني بأنه: «البيانات التي تنشأ أو ترسل أو تسلم أو تبث أو تحفظ بوسيلة إلكترونية، وتكون قابلة للاسترجاع أو الحصول عليها بشكل يمكن فهمها»<sup>(٢)</sup>، ويلحظ على هذا التعريف تطابقه مع تعريف الدليل الرقمي! فكل دليل رقمي هو سجل رقمي والعكس كذلك بحسب هذا التعريف، إلا أنه وبعد استعراض اللائحة التنفيذية لنظام التعاملات

(١) ينظر: المادة (٦٠) من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات، الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٩٢١) وتاريخ ١٦/٠٣/١٤٤٤هـ.

(٢) ينظر: المادة (١) من نظام التعاملات الإلكترونية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) وتاريخ ٨/٣/١٤٢٨هـ.



الإلكترونية، يظهر أن هذا التعريف عمم معنى السجل الرقمي بأكثر مما يراد به في الواقع العملي، ويفهم باستعراض المواد من الثانية وحتى التاسعة من اللائحة التنفيذية لنظام التعاملات الإلكترونية، وكذلك المادة السادسة والستون من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات والتي تنص على أنه: «عند منازعة الخصم في صحة المستخرج من الدليل الرقمي، فيجب مطابقته على سجله الرقمي». إن السجل الإلكتروني هو في حقيقته المستند الموثق لأي حركة رقمية تمت على الدليل الإلكتروني، فهو أشبه بالسجل التاريخي للبيانات الأساسية لأي تصرف أو واقعة إلكترونية، -وبناء على هذا الفهم- يكون لكل دليل رقمي سجل إلكتروني، وقد أفرد بكونه نوعاً ودليلاً مستقلاً توافقاً مع ما جاء بالمادة الثامنة من نظام التعاملات الإلكترونية وذلك بكون السجل الإلكتروني: «أصلاً بذاته عندما تستخدم وسائل وشروط فنية تؤكد سلامة المعلومات الواردة فيه من الوقت الذي أنشئ فيه بشكله النهائي على أنه سجل إلكتروني، وتسمح بعرض المعلومات المطلوب تقديمها متى طلب ذلك، وتحدد اللائحة الوسائل والشروط الفنية المطلوبة»، وقد جاء في اللائحة التنفيذية: أنه: «يجب أن يتضمن السجل الإلكتروني البيانات التي تحدد هوية السجل، وارتباطه بالتعامل الإلكتروني والسجلات الإلكترونية الأخرى، وتشمل تلك البيانات العناصر التالية بوصفها الحد الأدنى:

- معلومات منشئ السجل الإلكتروني.
- معلومات مرسل السجل الإلكتروني، إذا كان مختلفاً عن المنشئ.
- معلومات المرسل إليه السجل الإلكتروني.



- رقم العملية التي يتضمنها السجل الإلكتروني وطبيعتها.
- تاريخ إنشاء السجل الإلكتروني. ووقته.
- تاريخ إرسال السجل الإلكتروني ووقته.
- تاريخ استلام السجل الإلكتروني ووقته.
- معلومات إعادة الإرسال، أو التعديل، أو الإلغاء، وكذلك رسائل إقرار الوصول في حالة اشتراط ذلك من قبل المرسل<sup>(١)</sup>.

٢. المحرّر الرقمي: وكذلك المحرر الرقمي لم يعرفه المنظم السعودي، ولم ينص على تعريفه في أي نظام آخر، إلا أن بعض الباحثين أشار إلى أنه وبناء على الاطلاع على الأنظمة القانونية الأخرى يمكن التفريق بين المحرر الرقمي والسجل الرقمي بناء على طريقة إنشائها، فالمحرر الرقمي هو ما كان أصله وحفظه وتداوله إلكترونياً، والسجل الرقمي هو ما كان أصله يدوياً ولكنه حفظ أو تم تداوله بطريقة إلكترونية<sup>(٢)</sup>، ولكن هذا التفريق لا يراعي طبيعة توافق تعريف السجل الرقمي مع المحرر الرقمي، فالمحرر الرقمي يبدو من اسمه أنه «محرر» كسائر المحررات نشأ أو تداول عبر الوسائل الرقمية، ولو كان أصله ورقياً! والسجل الرقمي أعم وأوسع من المحررات الرقمية بحكم التعريف والخصائص التي وردت في اللائحة التنفيذية لنظام التعاملات الإلكترونية التي أشرت لها حين الحديث عنه.

(١) ينظر: الفقرة الثالثة من المادة الثانية (٢) من اللائحة التنفيذية لنظام التعاملات الإلكترونية الصادرة بقرار وزير الاتصالات وتقنية المعلومات رقم (٢) وتاريخ ١٤٢٩/٠٣/١٠هـ.

(٢) ينظر: ماهية الدليل الرقمي في النظام السعودي (ص ٥٥).

٣. التوقيع الرقمي: وقد جاء في نظام التعاملات الإلكترونية تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه: «بيانات إلكترونية مدرجة في تعامل إلكتروني أو مضافة إليه أو مرتبطة به منطقياً تستخدم لإثبات هوية الموقع وموافقته على التعامل الإلكتروني واكتشاف أي تعديل يطرأ على هذا التعامل بعد التوقيع عليه»<sup>(١)</sup>.

٤. المراسلات الرقمية بما فيها البريد الرقمي: وإن كان لم يرد من المنظم تعريف لها، إلا أن كل مراسلة تتم عبر الوسائل الإلكترونية، كرسائل التواصل الخاصة أو العامة ووسائل التواصل الاجتماعي والبريد الإلكتروني ونحوها تعتبر دليلاً رقمياً.

٥. وسائل الاتصال: وكذلك لم يتم التعريف بالمقصود بها، إلا أن عموم اللفظ يجعله شاملاً لكل وسيلة للاتصال بما يشمل تطبيقات التواصل الصوتي أو المرئي أو حتى الكتابي عبر الإنترنت!<sup>(٢)</sup> أو وسائل الاتصال الاعتيادية كالمكالمات الشبكية ونحوها فيما لو حفظت أو سجلت بشكل رقمي.

٦. الوسائط الرقمية: لم يرد لها تعريف في الأنظمة السعودية، وهي برامج تجمع بين مجموعة من الوسائط كالصوت والصورة والحركة والنص والرسم بحيث تعمل كلها في وقت واحد لإيصال المعلومة<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: الفقرة الرابعة عشرة من المادة الثانية (٢) من نظام التعاملات الإلكترونية.  
(٢) وفي التطبيقات القضائية في المبحث الثالث من البحث ص ٣٤ سيرد أن ناظر القضية عد التراسل عبر برنامج الواتساب من وسائل الاتصال الرقمية وهذا يعد من باب التفسير القضائي للنص النظامي.

(٣) ينظر: الوسائط الرقمية الحديثة من شبكات التواصل (ص ١٩٥).

٧. أي دليل رقمي آخر: وبهذا النص من المنظم يتضح لنا مدى أهمية هذا الدليل وميزة من ميزاته وهو تجدد صورته وتطورها بتطور العلم والتقانة، وقد جاء في ضوابط إجراءات الإثبات إلكترونياً بالمادة الرابعة عشرة: «تشمل الوسائل الرقمية الأخرى -التي يجوز تقديم الدليل الرقمي بها والمنصوص عليها في المادة (الستين) من النظام حال تقديمه إلكترونياً- أي وسيلة رقمية، تتيح تقديم الدليل، والتحقق منه عند الاقتضاء»<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني: أهم صفات الدليل الرقمي:

اهتم المنظم بالدليل الرقمي فنص عليه، ونظم بعض أحكامه لما له من صفات ينفرد بها عن الأدلة التقليدية، وسأورد بعضاً من هذه الصفات:

١. أن له طبيعة خاصة: فهو دليل محفوظ أو منقول من شكل رقمي برموز وأكواد خاصة، إلى صورة يمكن الاستدلال بها أو فهمها، ليسهل عرضها أمام القضاء للإقناع بها<sup>(٢)</sup>.

٢. أنه دليل قابل لتعدد نسخه: فيمكن تكراره ونسخه ليشكل عدة صور متطابقة مما يُصعب إزالته بالكلية أو حذفه، مما يعطيه ميزة الديمومة بخلاف الأدلة الحسية الأخرى<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: إجراءات الإثبات الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٩٢١) وتاريخ ١٦/٠٣/١٤٤٤هـ.

(٢) ينظر: الدليل الجنائي الرقمي وحججه أمام القضاء الجزائري (ص ٢٧٣).

(٣) ينظر: أهمية الأدلة الرقمية في الإثبات الجنائي: (ص ٢٦).

٣. أنه دليل يمكن تعديله: والإضافة عليه أو حتى التلاعب به، مما يجعلنا أمام نوع من الأدلة محتاج للفحص والتيقن من أصله ثم من محتواه ثم من دلالاته<sup>(١)</sup>.

٤. أنه دليل غير منتهي الصور: فما دامت التقنية في تطور فالأدلة الرقمية تسايرها، فكما أن الحوادث لا تنتهي فكذلك الأدلة الرقمية وصورها ما دامت التقنية متطورة فالعلاقة بينهما علاقة طردية<sup>(٢)</sup>.

٥. أن الدليل الرقمي محتاج للتفسير والشرح العلمي الخاص: سواء عبر برامج مخصصة لذلك، أو عبر مختصين - في بعض أنواع الدليل الرقمي - يشرحونه أو يحولونه للصيغة المفهومة<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: حجية الأدلة الرقمية في النظام القضائي الإسلامي (ص ١٧٩).

(٢) ينظر: الدراسات السابقة.

(٣) ينظر: وسائل إثبات جريمة الإزعاج بواسطة الوسائل السلوكية واللاسلكية، (ص ٤٨٦).

## المبحث الثاني حجية الدليل الرقمي في الإثبات وتحته ثلاثة مطالب:

### المطلب الأول: حجية الدليل الرقمي في الفقه:

وتحته مسألتان:

#### المسألة الأولى: الخلاف في مسألة حصر أدلة الإثبات وعدم حصرها:

اتفق الفقهاء في الجملة على أن ما ورد فيه نص من أدلة الإثبات فإنه طريق صحيح موصل للحكم، فاتفقوا على أن الشهادة واليمين والنكول والإقرار والقسامة طرق معتبرة في الإثبات - على اختلاف في أثرها وطريقة إثباتها- واختلفوا في بقية الأدلة على قولين:

القول الأول: أن طرق الإثبات (البيانات) محصورة، ومقصورة على مورد النص، ولا يصح اعتبار غيرها طريقاً موصولاً للحكم<sup>(١)</sup>، وقد تفرع أصحاب هذا القول إلى مذاهب<sup>(٢)</sup>، فمنهم من عين للإثبات ستة طرق هي: الشهادة واليمين والنكول والإقرار والقسامة والقرينة القاطعة<sup>(٣)</sup>، ومنهم من عين له ثلاثاً هي: الشهادة واليمين والنكول، وجعل القضاء بالإقرار مجازاً<sup>(٤)</sup>، وبعضهم عدد لها سبعة عشر طريقاً<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: الفروق (١/ ١٢٩).

(٢) ينظر: تحفة المحتاج (١٠/ ٢٨٦)، روضة الطالبين (١٢/ ٣)، كشاف القناع (١٥/ ٢١٩)، الطرق الحكمية (ص ٩٥).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر (ص ٢١٠).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٢٢).

(٥) ينظر: الفروق (٤/ ٨٣).

ويستدل لقولهم بأن طرق الإثبات محصورة على مورد النص بأنهم قبلوا طرفاً ورفضوا أخرى بناء على هذا المبدأ<sup>(١)</sup>، ومما يستدل لهم به:

١. يستدل لهم بقوله تعالى: ﴿وَأَن أَحْكَمَ بَيْنَهُمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَأَحْذَرُهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ...﴾<sup>(٢)</sup>

وجه الاستدلال: أن ما لم يرد به النص من طرق الإثبات، فلا يصلح دليلاً صحيحاً للوصول للحكم.

ويناقش: بأن الله قد أرشدنا للاعتبار والقياس على مورد النص، وقد قال لنبية صلى الله عليه وسلم: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَبَكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنَ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾<sup>(٣)</sup> وقال المفسرون: «وقوله تعالى: ﴿بِمَا أَرَبَكَ اللَّهُ﴾ معناه: على قوانين الشرع، إما بوحى ونص، أو بنظر جار على سنن الوحي»<sup>(٤)</sup>.

٢. وكذلك يستدل لهم بقوله تعالى في آية الدين<sup>(٥)</sup>: ﴿... وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَأَمْرَاتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا...﴾<sup>(٦)</sup>

(١) ينظر: وسائل الإثبات (٢/ ٦٠٥).

(٢) ينظر: سورة المائدة من الآية: (٤٩).

(٣) ينظر: سورة النساء من الآية: (١٠٥).

(٤) ينظر: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز (٢/ ١٠٨).

(٥) ينظر: سورة البقرة من الآية: (٢٨٢).

(٦) ينظر: المرجع السابق.

٣. وقوله تعالى: ﴿...وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٍ بِالْعَدْلِ...﴾ (٢٨٢) (١).
٤. وقوله تعالى: ﴿...وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ...﴾ (٢٨٢) (٢).
٥. وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ...﴾ (١٣٥) (٣).

وجه الاستدلال: أن هذه النصوص قد وجهت بأدلة مخصصة للإثبات كالشهادة والكتابة والإقرار - إذ الشهادة على النفس إقرار - وغيرها مما ورد النص باعتباره كالقافة والقرائن والقسامة ونحوها فوجب الوقوف عنده. ونوقش هذا الاستدلال: بأن الأمر بحفظ الحقوق أعم من طرق الحكم، ومن ثم فالنصوص هنا ليست في معرض الاختصار على هذه الطرق لإثبات الحق، بل هي في معرض ذكر طرق حفظ الحقوق، وحفظ الحقوق شي وإثباتها شيء آخر (٤).

٦. أن البينة وردت في السنة مراداً بها الشهادة، ومنها:

أ. حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بشريك ابن سحماء، فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البينة أو حد

(١) ينظر: سورة البقرة من الآية: (٢٨٢).

(٢) ينظر: المرجع السابق.

(٣) ينظر: سورة النساء من الآية: (١٣٥).

(٤) ينظر: الطرق الحكيمة (ص ١١٦).



في ظهرك»، فقال: «يا رسول الله، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً، ينطلق يلمس البينة؟»، فجعل يقول: «البينة وإلا حد في ظهرك»<sup>(١)</sup>.

وجه الاستدلال: أن المراد بالبينة في الحديث هم الشهود، وذلك لأن القرآن قد ذكر أن البينة التي يثبت بها الزنا أربعة من الشهود، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً...﴾<sup>(٢)</sup>.

ب. حديث الأشعث بن قيس: أنه اختصم مع أحدهم في بئر فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «بينتك أو يمينه»<sup>(٣)</sup>.

وجه الاستدلال: أن المراد بالبينة في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «بينتك أو يمينه» الشهود، وذلك لما ورد في رواية أخرى أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «شاهدك أو يمينه»<sup>(٤)</sup>.

وكل ما سبق يفيد بأن المراد من البينة إنما هو: الشهود، وذلك لبيان وظهور الحق بشهادتهم<sup>(٥)</sup>.

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣ / ١٧٨) برقم: (٢٦٧١) (كتاب الشهادات، باب إذا ادعى أو قذف).

(٢) ينظر: سورة النور من الآية: (٤).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٦ / ٣٤) برقم: (٤٥٤٩) (كتاب تفسير القرآن، باب إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا)، وللحديث ألفاظ أخرى، كما سيأتي في البحث ص ٢٠.

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣ / ١٤٣) برقم: (٢٥١٥) (كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن).

(٥) ينظر: تحفة المحتاج (١٠ / ٢٨٥).

ويناقد: أن هذه الأحاديث ليس فيها ما يدل على أن البيئة منحصرة بالشهادة، بدلالة أنكم تقولون بتعدد طرق الإثبات متى ما جاء بها النص كاليمين والنكول والقسامة ونحوها وكلها لم ترد في القرآن<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن يجاب عنه: أنها هذه الطرق وردت لحفظ الحقوق ولإثباتها. ويناقد: بأنه لا إشكال في ذلك، ولكن لا لدليل على الحصر والاقتصار عليها للإثبات دون غيرها.

٧. ويمكن الاستدلال لأصحاب هذا القول بالمعقول: أن نظام القضاء يقتضي تحديد وسائل محددة للإثبات، دفعًا لظلم القضاة باعتمادهم وسائل ضعيفة لا ترقى للإثبات، ومنعًا للظلمة من التسلط على أموال الناس أو أعراضهم بالإثباتات الواهية<sup>(٢)</sup>.

ويناقد: بأن حصر طرق الإثبات مع تجدد الحوادث وتقدم العصور، وتجدد التقنية، فيه نوع من تضييع الحقوق، فقد استجدت طرق إثبات موصولة لعلم شبه يقيني أكثر من بعض ما سبق النص عليه، وكذلك فإن وسائل الإثبات المستجدة خاضعة لنظر العلماء ودرجات التقاضي المختلفة، وكذلك لاعتراض المعارضين، وليست نصًا قاطعة على أي حال، فحصرها نوعًا أضبط من حصرها عددًا، وأوجه من ناحية استدراك هذا الملحظ ومراعاة حاجات الناس وتغير أحوالهم وتجدد حوادثهم.

(١) ينظر: الطرق الحكيمة (ص ٦٤).

(٢) ينظر: وسائل الإثبات (٢/٦٠٨).

القول الثاني: أن طرق الإثبات (البيئات) غير محصورة، فالبيئة اسم لكل ما أظهر الحق وبينه، وإليه ذهب جمع من المحققين<sup>(١)</sup>.

واستدلوا لقولهم بما يلي:

١. أن البيئة إنما أتت في القرآن مراداً بها الحجة والبرهان، ولم تأت قط بمعنى الشهادة<sup>(٢)</sup>:

أ. قال تعالى: ﴿قُلْ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي وَكَذَّبْتُمْ بِهِ مَا عِنْدِي مَا تَسْتَعْجِلُونَ بِهِ إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ يَقُصُّ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ ﴿٥٧﴾﴾<sup>(٣)</sup>.

ب. قال تعالى: ﴿أَفَمَن كَانَ عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّهِ كَمَن زُيِّنَ لَهُ سُوءُ عَمَلِهِ وَاتَّبَعُوا أَهْوَاءَهُمْ ﴿١٤﴾﴾<sup>(٤)</sup>.

ج. قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ جَاءَكُمْ مُوسَىٰ بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ اتَّخَذْتُمُ الْعِجْلَ مِن بَعْدِهِ وَأَنْتُمْ ظَالِمُونَ ﴿٩٢﴾﴾<sup>(٥)</sup>.

د. قال تعالى: ﴿بِالْبَيِّنَاتِ وَالزُّبُرِ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٤٤﴾﴾<sup>(٦)</sup>.

(١) كابن تيمية وابن القيم وابن فرحون، ينظر: الطرق الحكيمة (ص ٦٤)، تبصرة الحكام (١/ ٢٤٠).

(٢) ينظر: الطرق الحكيمة (ص ١١).

(٣) ينظر: سورة الأنعام من الآية: (٧٥).

(٤) ينظر: سورة محمد من الآية: (١٤).

(٥) ينظر: سورة البقرة من الآية: (٩٢).

(٦) ينظر: سورة النحل من الآية: (٤٤).

هـ. قال تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُ وَكَانَتْ تَأْتِيهِمْ رُسُلُهُمْ بِالْبَيِّنَاتِ فَقَالُوا أَبَشْرٌ يَهْدُونَنَا فَكَفَرُوا وَتَوَلَّوْا وَاسْتَغْنَى اللَّهُ وَاللَّهُ عَنِّي حَمِيدٌ﴾ (١).

وجه الاستدلال: أن هذه الآيات وغيرها أتت فيها البينة بمعنى الحجة أو الدليل أو البرهان، أي الأمر الواضح البين، وعليه فالبيّنات أوسع من حصرها في الشهادة فقط.

ويناقش: أن ما سرد من الآيات ليس وارداً في محل الإثبات القضائي (٢).  
ويجاب عنه: بأن الأصل أن المعنى اللغوي مراد حتى يرد ما يصرف عنه، ولم يوردوا دليلاً صحيحاً على الحصر (٣).

٢. حديث ألك بينة: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لأحد الصحابة لما اشتكى على خصم له: «ألك بينة؟» (٤).

٣. حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» (٥).

(١) ينظر: سورة التغابن من الآية: (٦).

(٢) ينظر: تعارض البيّنات في الفقه الإسلامي، (ص ٣٥).

(٣) ينظر: المرجع السابق.

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣ / ١٢١) برقم: (٢٤١٦) (كتاب الإشخاص والخصومات، باب كلام الخصوم بعضهم في بعض)، ومسلم في «صحيحه» (١ / ٨٥) برقم: (١٣٨) (كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار).

(٥) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣ / ١٤٣) برقم: (٢٥١٤) (كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن)، ومسلم في «صحيحه» (٥ / ١٢٨) برقم: (١٧١١) (كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه)، وكلاهما بلفظ: «بيئتك أو يمينه»، وأخرجه =

٤. ما جاء في كتاب الخليفة الفاروق عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لأبي موسى الأشعري رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «... البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر...»<sup>(١)</sup>.

وجه الاستدلال من الأحاديث السابقة: أن البينة هي اسم لكل ما يظهر الحق ويبينه، وعليه «فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه»<sup>(٢)</sup>.

٥. واستدلوا بواقعة استئجار النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في سفر الهجرة دليلاً مشرئاً على دين قومه، فأمنه، ودفع إليه راحلته، وقبل قوله في ذلك<sup>(٣)</sup>.

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قبل الحق من المشرك، وعليه فلا يجوز للقاضي رد الحق بعد ما تبين، وظهرت أماراته لقول أحد من الناس. والمقصود أن «البينة» في الشرع: اسم لما يبين الحق ويظهره، وهي تارة تكون أربعة شهود، وتارة ثلاثة بالنص في بيعة المفلس وهكذا...<sup>(٤)</sup>.

= البيهقي في «سننه الكبير» (١٠ / ٢٥٢) برقم: (٢١٢٥٨) (كتاب الدعوى والبيانات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه) باللفظ الوارد بالمتن.

(١) أخرجه البيهقي في «سننه الكبير» (١٠ / ١٥٠) برقم: (٢٠٦٠١) (كتاب الشهادات، باب لا يحيل حكم القاضي على المقضي له والمقضي عليه) وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٠ / ٦٧٩) برقم: (٢١٢١٧) (كتاب البيوع والأقضية، في الرجلين يختصمان فيدعي أحدهما على الآخر الشيء على من تكون اليمين)، قال ابن القيم: «وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة، والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه وإلى تأمله والتفقه فيه». ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين (٢ / ١٦٣).

(٢) ينظر: الطرق الحكمية (ص ١٣).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣ / ٨٨) برقم: (٢٢٦٣) (كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة).

(٤) ينظر: الطرق الحكمية (ص ٢٣-٢٤)، تبصرة الحكام (١ / ٢٤٢) و(٢ / ١٢١) وما بعدها.

٦. أنه قد ثبت أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد عمل بطرق لم ترد في القرآن الكريم، والصحابة بعده قد حكموا بطرق أخرى من طرق الإثبات وبقرائن الأحوال بما لم يرد في الكتاب والسنة، وتبعهم في ذلك مجتهدو الأمة<sup>(١)</sup>.

وجه الاستدلال: أن المقصود بالبينة في الشرع: كل ما يبين الحق ويظهره، وهي تارة تكون أربعة شهود، وتارة ثلاثة بالنص في بينة المفلس، وتارة تكون قرينة ظاهرة، وتارة تكون فراسة وهكذا...<sup>(٢)</sup>.

٧. أن الشريعة لا تفرق بين المتماثلات، ولا تجمع بين المفترقات، «فالشريعة لا ترد حقاً، ولا تكذب دليلاً، ولا تبطل أمانة صحيحة» فمتى ما كان الدليل دالاً على مدلوله وجب العمل به، وإن لم ينص عليه الشارع، اكتفاء بالقياس والاعتبار<sup>(٣)</sup>.

٨. أن الناظر المتأمل في عدل الشريعة وحرصها على حفظ الحقوق ورد المظالم، فإنه يقطع يقيناً بأنها لن «تخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم تنفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة، وأبين أمانة، فلا تجعله منها» أو أن تمنع ثبوت الأحكام عند ثبوت موجبها بأمانة لم تنص عليها النصوص المحدودة مقابل الحوادث والوقائع غير المحصورة، فالله سبحانه قد أرشدنا «أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأبي طريق استخراج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له»<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: الطرق الحكمية (ص ٦) وما بعدها، تبصرة الحكام (٢ / ١٢١).

(٢) ينظر: الطرق الحكمية (ص ٢٣-٢٤)، تبصرة الحكام (١ / ٢٤٢) و(٢ / ١٢١) وما بعدها.

(٣) ينظر: الطرق الحكمية (ص ٢٣): بتصرف يسير.

(٤) ينظر: المرجع السابق.

والأقرب - والله أعلم - هو ما ذهب له أصحاب القول الثاني لما في تعليلاتهم لمذهبهم من قوة، وخصوصاً أنهم سببوا مذهبهم وعللوه بأن مناط الحكم والقبول لطرق الإثبات إنما هو صحة إيصالها للمقصود وهو إظهار الحق وتبينه، وكذلك لعدم قيام الدليل الصحيح على حصر طرق الإثبات وعدم جواز استعمال ما يستجد منها، وكذلك لثبوت قبول أصحاب القول الأول الإثبات بأدلة غير المنصوص عليها، ولكون هذا القول أقرب لموافقة مقاصد الشريعة.

والناظر يستشعر أن الخلاف في حقيقته ليس خلافاً كبيراً، فالفقهاء - في جملتهم - متفقون على العمل بالقرائن المتعددة، وإن لم تكن منصوصة، وإن اختلفوا في بعض صورها، كما دللنا لذلك بالدليل السادس لأصحاب القول الثاني، وما لم يرد نص يمنع من إعمالها<sup>(١)</sup>، وعليه فمناط الاختلاف هو في تحقيق رتبة هذه القرينة ومدى حجيتها، ومن هذا الباب يمكن اعتبار الدليل الرقمي قرينة مقبولة عند الجمهور - في الجملة -، مما يستجرنا للحديث عن القرائن.

### المسألة الثانية: القرائن وعلاقتها بحجية الأدلة الرقمية:

القرينة في اللغة: من قرن الشيء بالشيء أي جمع شيئاً إلى شيء، والقرينة: فعيلة بمعنى مفعولة من الاقتران، وقد اقترن الشيئان وتقارنا إذا اجتمعا<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر: وسائل الإثبات (٢/ ٥٥٣).

(٢) ينظر: مقاييس اللغة (٥/ ٧٦)، لسان العرب (١٣/ ٣٣٦).

والقرينة في الاصطلاح: قيل هي: «أمر يشير إلى المطلوب»<sup>(١)</sup>، وقيل هي الأمانة، والأمانة: «هي التي يلزم من العلم بها الظن بوجود المدلول، كالغيم بالنسبة إلى المطر، فإنه يلزم من العلم به الظن بوجود المطر»<sup>(٢)</sup>.

ولم يعتن الفقهاء بتعريف القرينة تعريفاً حديداً لوضوحها عندهم، واكتفوا بأمثلتها، وعرفت بأنها: «كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه نفياً أو إثباتاً»<sup>(٣)</sup>، ويظهر من التعريف أن القرائن لا بد لها من:

١. من أمر ظاهر ثابت ليكون أساساً لاعتماده في الاستدلال منه على الأمر الخفي.

٢. وجود الاقتران بين الأمانة الظاهرة والأمر الخفي اقترانا منطقياً عرفياً أو حالياً ونحوها.

٣. أن القرينة دليل ثانوي لا أصلي، إذ لا بد لها من مقارن، بخلاف البيئات الأخرى المستقلة بذاتها، وعليه نفهم أن القرينة في مرتبة أقل من البيئات على الأصل - ماعدا القطعي منها -<sup>(٤)</sup>.

٤. وأن القرينة متى ما عورضت بالبيئة أو بقرينة أقوى منها فلا يصح الاستدلال بها<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: التعريفات (ص ١٧٤).

(٢) ينظر: المرجع السابق (ص ٣٦).

(٣) ينظر: تعارض البيئات، (١١١).

(٤) ينظر: الطرق الحكمية (ص ٣).

(٥) ينظر: أضواء البيان (٢ / ٢١٦).



وعليه فإن القرائن وعلى أساس ظهورها وقوة اقترانها من عدمه تنقسم بحسب قوتها وحجيتها إلى ثلاثة أقسام:

١. القرائن القوية: وهي القرائن القطعية التي لا تحتاج لدليل آخر يقويها لأنها بذاتها موصلة لعلم يقيني<sup>(١)</sup>، ومنه قوله تعالى في قصة يوسف: ﴿قَالَ هِيَ رَاوَدَتْنِي عَنْ نَفْسِيَّ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ وَقَدْ مِّنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾<sup>(٢)</sup>، قال المفسرون: «يُفْهَمُ مِنْ هَذِهِ الْآيَةِ لَزُومُ الْحُكْمِ بِالْقَرِينَةِ الْوَاضِحَةِ الدَّالَّةِ عَلَى صِدْقِ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ وَكَذِبِ الْآخَرِ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ اللَّهِ لِهَذِهِ الْقِصَّةِ فِي مَعْرُضِ تَسْلِيمِ الْاِسْتِدْلَالِ بِتِلْكَ الْقَرِينَةِ عَلَى بَرَاءَةِ يُوسُفَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْحُكْمَ بِمِثْلِ ذَلِكَ حَقٌّ وَصَوَابٌ؛ لِأَنَّ كَوْنَ الْقَمِيصِ مَشْقُوقًا مِنْ جِهَةِ دَبْرِهِ دَلِيلٌ وَاضِحٌ عَلَى أَنَّهُ هَارَبَ عَنْهَا، وَهِيَ تَنْوِشُهُ مِنْ خَلْفِهِ»<sup>(٣)</sup>

٢. القرائن الضعيفة: أو الكاذبة وهي التي توصل لعلم متوهم أو مظنون أو خاطيء، وهذه لا عبرة بها، ولا يجوز العمل بها، وليس عليها المعول، كما هي القرينة في قصة يوسف لما أبطلها يعقوب عَلَيْهِ السَّلَامُ بفهمه كذب بنيه لما ادعوا أن الذئب أكله دون أن يوجد شق في القميص<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: الطرق الحكيمة (ص ٦).

(٢) ينظر: سورة يوسف من الآية: (٢٦).

(٣) ينظر: أضواء البيان (٢ / ٢١٥).

(٤) ينظر: أضواء البيان (٢ / ٢١٦).

٣. القرينة الظنية: وهذه القرينة المقصودة عند الإطلاق، وهي ما يوصل لعلم ظني، ولا بد لها من الانضمام لدليل فلا تنفرد بالإثبات لعدم قوتها على الانفراد، ومثالها: انضمام القرينة العرفية لدليل المرأة أو الرجل فيما شهد العرف أنه من متاعه إذا اختلفوا في متاع الزوجية وكان لأحدهما دليل، فتكون هذه القرينة مقوية لجانبه، وإن لم تكن قطعية<sup>(١)</sup>.

وبناء على ما سبق فإن الأدلة الرقمية وتخريجاً على ما ذكرناه من التأصيل السابق هي قرائن تختلف قوة وضعفًا بحسب ما توصل له من العلم ظنياً أو قطعياً.

وقد جاء قرار المحكمة العليا بالمملكة<sup>(٢)</sup> مصدقاً لذلك، فرأت أن الدليل الرقمي: «حجة معتبرة في الإثبات متى سلم من العوارض، ويختلف قوة وضعفًا حسب الواقعة وملابساتها وما يحتف بها من قرائن».

### المطلب الثاني: حجية الدليل الرقمي في النظام:

وتحته مسألتان:

#### المسألة الأولى: تاريخ حجية الدليل الرقمي في النظام السعودي:

وقبل الولوج في هذه القضية أشير إلى أن القانونيين قد انقسموا لثلاثة فُرق في مسألة حصر طرق الإثبات وعدم حصرها:

(١) ينظر: تبصرة الحكام (٢/ ٦٨).

(٢) ينظر: القرار رقم (٣٤) وتاريخ ٢٤/٠٤/١٤٣٩هـ، ولا تفوت الإشارة إلى أن هذا القرار قبل صدور نظام الإثبات الجديد، وسيأتي الحديث عن الحجية النظامية في المبحث التالي.

الفريق الأول: القائلون بأن طرق الإثبات محصورة مقيدة لا بد أن ينص عليها في التقنين، وسمّوه بالمذهب المقيد، وذلك لأنه يقيد حرية المتعاقدين في طرق الإثبات لتعاملهما، ويتميز بكونه أدعى لاستقرار التعامل وإن ضيق الحرية في اختيار طريق الاستدلال، وعابوا عليه أن الواقعة التي يصعب إثباتها قضاء قد تكون اشتهرت واستفاضت حتى غلب صدقها، إلا أنه إن لم تثبت بطرق الإثبات المنصوصة فلا عبرة بحقيقتها الواقعية<sup>(١)</sup>.

الفريق الثاني: وهم القائلون بعدم حصر أدلة الإثبات، فيصح الإثبات عندهم بكل ما يوصل القاضي للقناعة بأقوال المتداعين، ويسمى بالمذهب الحر، لأنه يوسع على المتخاصمين في إثبات دعواهم بأي طريقة مقنعة للقضاء، وإن كان في هذا نظريا تقريبا للحقائق الواقعية من الحقائق القضائية، إلا أنهم عابوا عليه السلطة التقديرية الكبيرة للقاضي في موازنة قيمة البيّنات، مما قد يجحد بالحقائق الواقعية عن الحقائق القضائية متى ما جار القضية أو وزنوا خطأ الأدلة المقدمة بين أيديهم<sup>(٢)</sup>.

والفريق الأخير: وهم القائلون بالتوسط بين التقييد والإطلاق، فأوسع ما يكون في الإثبات الجنائي، فيعطي للقاضي سلطة واسعة في وزن الأدلة، ويقيد بشيء من التقييد عند الإثبات التجاري مع مراعاة التوسع بما لا يتوسعه مذهب المقيدين، وهو وسط بين المذهبين السابقين، وتحاشا ما انتقد

(١) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني (٢/ ٢٩)، رسالة الإثبات (١/ ٢٩).

(٢) ينظر: المرجع السابق (٢/ ٢٨)، رسالة الإثبات (١/ ٣٠).

عليها<sup>(١)</sup>، وقد أخذ المنظم السعودي بهذا الاتجاه عند تنظيمه لنظام المرافعات الشرعية ومن بعده نظام الإثبات وأدلتته الإجرائية.

وللحديث عن تاريخ حجية الدليل الرقمي في النظام السعودي، فالباحث وبعد اطلاعه على الأنظمة المختلفة يجد أن الدليل الرقمي كان قرينة مقبولة بحسب قوتها وضعفها قبل صدور أي نظام يعطيه القوة الإثباتية، وإن كان العمل بها لم يكن واسعاً، وخصوصاً مع عدم انتشار التقانة والتطور الحاصل في وقتنا الحاضر، وما لبثت المملكة تتطور على شتى الصُّعد حتى صدر نظام التعاملات الإلكترونية عام ١٤٢٨هـ وقد جاء فيه صراحة أنه: «يكون للتعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية حجيتها الملزمة، ولا يجوز نفي صحتها أو قابليتها للتنفيذ ولا منع تنفيذها بسبب أنها تمت كلياً أو جزئياً بشكل إلكتروني بشرط أن تتم تلك التعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية بحسب الشروط المنصوص عليها في هذا النظام»<sup>(٢)</sup>.

وجاء في المادة التاسعة من نظام التعاملات الإلكترونية: «١- يقبل التعامل الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني دليلاً في الإثبات إذا استوفى سجله الإلكتروني متطلبات حكم المادة (الثامنة) من هذا النظام.

٢- يجوز قبول التعامل الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني قرينة في الإثبات، حتى وإن لم يستوف سجله الإلكتروني بمتطلبات حكم المادة (الثامنة) من هذا النظام.

(١) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني (٢/ ٢٩)، رسالة الإثبات (١/ ٣٠-٣١).

(٢) ينظر: المادة الخامسة (٥) من نظام التعاملات الإلكترونية.

٣- يعد كل من التعامل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني والسجل الإلكتروني حجة يعتد بها في التعاملات وأن كلا منها على أصله (لم يتغير منذ إنشائه) ما لم يظهر خلاف ذلك.

٤- يراعى عند تقدير حجية التعامل الإلكتروني مدى الثقة في الآتي:

أ) الطريقة التي استخدمت في إنشاء السجل الإلكتروني أو تخزينه أو إبلاغه، وإمكان التعديل عليه.

ب) الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات.

ج) الطريقة التي حددت بها شخصية المنشئ.<sup>(١)</sup>

ويلحظ هنا أن النظام الصادر عام ١٤٢٨هـ قد جعل للدليل الرقمي درجتين في الحجية، فقد عد النظام السجلات الإلكترونية دليلاً - قائماً بذاته - لا مجرد قرينة عند توافر الشروط المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية، والتي تدور حول موثوقيته وسلامته من التلاعب ودقة محتواه وسلامته من العبث من الناحية الفنية، والدرجة الثانية للدليل الرقمي وهي أنه يعتبر قرينة في الإثبات متى ما لم يحقق كافة تلك الشروط، وذكر النظام ما يراعى في تقدير حجية هذه القرينة بما ذكر آنفاً بالفقرة الرابعة من المادة التاسعة من نظام التعاملات الإلكترونية.

(١) وقد نص على الشروط في المادة الثانية وما بعدها من اللائحة التنفيذية لنظام التعاملات الإلكترونية.

وقد صدر بعد ذلك قرار المحكمة العليا، بناء على ما لها من صلاحية في تقرير المبادئ القضائية برقم (٣٤) وتاريخ ٢٤ / ٠٤ / ١٤٣٩ هـ، والذي نص على أنه: «وبعد دراسة... والاطلاع على نظام التعاملات الإلكترونية ولائحته التنفيذية، ولأن الدليل الرقمي يختلف قوة وضعفاً بالنظر لقوة تأمين أو سهولة اختراقه أو تزويره؛ لذلك كله... تقرر ما يلي: الدليل الرقمي حجة معتبرة في الإثبات متى سلم من العوارض، ويختلف قوة وضعفاً حسب الواقعة وملابساتها وما يحتف بها من قرائن».

ولا أجد في نص المبدأ معنى زائداً عما قرره نظام التعاملات الإلكترونية سوى النص على أن الدليل الإلكتروني له حجية تختلف قوة وضعفاً بحسب سلامتها من العوارض، وبحسب الأحوال والقرائن.

### المسألة الثاني: مسألة حجية الدليل الرقمي بناء على نظام الإثبات الحالي:

وقد جاء نظام الإثبات داعماً ومؤكداً على حجية الدليل الرقمي، وجعله دليلاً مستقلاً قائماً بذاته، لا مجرد قرينة، ونص على ذلك فقال: «يكون للإثبات بالدليل الرقمي حكم الإثبات بالكتابة الوارد في هذا النظام»<sup>(١)</sup>.

وقد جعل النظام الدليل الرقمي نوعين:

١. الدليل الرقمي الرسمي: وهو الذي يُثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، طبقاً للأوضاع النظامية، وفي حدود سلطته واختصاصه، ومن ضمنه ما يصدر

(١) ينظر: المادة الخامسة والخمسون (٥٥) من نظام الإثبات.

ألياً من الأنظمة الرقمية للجهات العامة أو الجهات المكلفة بخدمة عامة.<sup>(١)</sup>، وهو حجة على الكافة بما دُون فيه من أمور قام بها محرره في حدود مهمته، أو حدثت من ذوي الشأن في حضوره؛ ما لم يثبت تزويره بالطرق المقررة نظاماً<sup>(٢)</sup>.

٢. الدليل الرقمي العادي - غير الرسمي -: وهو ما لم يستوف الضابط السابق الخاص بالدليل الرقمي الرسمي<sup>(٣)</sup>، ويعد الدليل الرقمي العادي صادراً ممن وقَّعه وحجة عليه متى كان ذوو الشأن قد وقعوه<sup>(٤)</sup>، «وهو حجة على أطراف التعامل - ما لم يثبت خلاف ذلك - في الحالات الآتية:

١. إذا كان صادراً وفقاً لنظام التعاملات الإلكترونية أو نظام التجارة الإلكترونية.

٢. إذا كان مستفاداً من وسيلة رقمية منصوص عليها في العقد محل النزاع.

٣. إذا كان مستفاداً من وسيلة رقمية موثقة أو مشاعة للعموم<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: المادة الخامسة والعشرون (٢٥) والسادسة والخمسون (٥٦) من نظام الإثبات.

(٢) ينظر: المادة السادسة والعشرون (٢٦) من نظام الإثبات.

(٣) ينظر: المادة التاسعة والخمسون (٥٩) من نظام الإثبات.

(٤) ينظر: المادة التاسعة والعشرون (٢٩) من نظام الإثبات.

(٥) ينظر: المادة السابعة والخمسون (٥٧) من نظام الإثبات.

ومما أعلى حجية الدليل الرقمي بنظام الإثبات أنه: لا يجوز الطعن على الدليل الرقمي بنوعيه إلا بادعاء التزوير، أما إنكار الختم أو الإمضاء أو البصمة فلا يرد إلا على الدليل الرقمي العادي<sup>(١)</sup>.

وكذلك فإن على الخصم الذي ينكر صدور المحرر العادي منه أو ينكر ذلك خلفه أو نائبه أو ينفي علمه به، فيقع على خصمه عبء إثبات صدوره منه أو من سلفه<sup>(٢)</sup>، بينما على الخصم الذي يدعي عدم صحة الدليل الرقمي المنصوص العادي عبء إثبات ادعائه<sup>(٣)</sup>، وهذا يجعل الدليل الرقمي العادي - غير الرسمي - ذا حجية أقوى من المحرر العادي، لأن من ينكر صدور المحرر العادي فخصمه (المستدل بالمحرر العادي) من عليه الإثبات! أما من ينكر الدليل الرقمي العادي فالمنكر هو من عليه عبء الإثبات، مما يجعل حجية الدليل الرقمي في منزلة أقوى.

### المطلب الثالث: الشروط اللازمة للإثبات بالدليل الرقمي:

بناء على ما سبق بيانه من خصائص للدليل الرقمي<sup>(٤)</sup>، وبناء على ما وضحته من كون الفقهاء قد صنفوا القرائن أنها في مرتبة دون مرتبة الدليل وتختلف حجيتها قوة وضعفاً بحسب ما يعترضها من عوارض، وبناء على ما نص عليه في نظام الإثبات من كون الدليل الرقمي يعامل معاملة الكتابة

(١) ينظر: الفقرة (١) من المادة التاسعة والثلاثون (٣٩) من نظام الإثبات.

(٢) ينظر: الفقرة (٢) من المادة التاسعة والثلاثون (٣٩) من نظام الإثبات.

(٣) ينظر: المادة الثامنة والخمسون (٥٨) من نظام الإثبات.

(٤) كما جاء في ص ١٦ من هذا البحث.



من حيث الحجية<sup>(١)</sup>، وكذلك ما نص عليه النظام من: أن تسري على الدليل الرقمي الأحكام المنصوص عليها في الباب (الثالث) من هذا النظام - وهو الخاص بدليل الكتابة -، بما لا يتعارض مع طبيعته الرقمية<sup>(٢)</sup>، فإني أخص أهم الشروط اللازمة للإثبات بالدليل الرقمي:

١. سلامة الدليل الرقمي من التلاعب أو العبث أو التحريف، والتحقق من سلامته من الناحية الفنية وتحقيق اشتراطاته المنصوصة نظاماً وركون المحكمة لصحته.

٢. عدم معارضته لدليل رقمي بذات الدرجة من القوة.

٣. أن يكون صادراً من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، يثبت فيه ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، طبقاً للأوضاع النظامية، وفي حدود سلطته واختصاصه، لينال الدليل الرقمي حجية المحررات الرسمية، ومثله في الحجية ما يصدر آلياً من الأنظمة الرقمية للجهات العامة أو الجهات المكلفة بخدمة عامة<sup>(٣)</sup>.

٤. ليكون الدليل الرقمي العادي - غير الرسمي - حجةً على أطراف التعامل - ما لم يثبت خلاف ذلك - فيجب أن تتوفر أحد الحالات الآتية:

(١) ينظر: المادة الخامسة والخمسون (٥٥) من نظام الإثبات.

(٢) ينظر: المادة الرابعة والستون (٦٤) من نظام الإثبات.

(٣) ينظر: المادة السادسة والعشرون (٢٦) والمادة التاسعة والخمسون (٥٩) من نظام الإثبات.

- أ- أن يكون صادرًا وفقًا لنظام التعاملات الإلكترونية أو نظام التجارة الإلكترونية.
- ب- أن يكون مستفادًا من وسيلة رقمية منصوص عليها في العقد محل النزاع.
- ج- أن يكون مستفادًا من وسيلة رقمية موثقة أو مشاعة للعموم<sup>(١)</sup>.
٥. يجب على من يحتج بالدليل الرقمي المستفاد من وسيلة رقمية منصوص عليها في العقد محل النزاع أو مشاعة للعموم أو موثقة، أن يقدم ما يثبت ذلك<sup>(٢)</sup>.
٦. يشترط في الدفاتر والأوراق الخاصة -المدونة رقميًا- لتكون حجة على من صدرت منه توفر أحد حالتين:
- أ- إذا أورد فيها صراحة أنه استوفى دينه.
- ب- إذا أورد فيها صراحة أنه قصد بها دونه أن يقوم مقام السند لمن أثبت حقا لمصلحته.
- وفي الحالتين إذا كان ما ورد من ذلك غير موقع ممن صدر عنه جاز له إثبات عكسه بكافة طرق الإثبات<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: المادة السابعة والخمسون (٥٧) من نظام الإثبات.

(٢) ينظر: الفقرة الأولى (١) من المادة الواحدة والستين (٦١) من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات.

(٣) ينظر: المادة الثانية والثلاثون (٣٢) من نظام الإثبات.

٧. يجب أن يرافق تقديم أي دليل رقمي للإثبات أمام المحكمة أن يتم: بيان نوع الدليل الرقمي، وأن يتم بيان مضمون الدليل، وأن تزود المحكمة بنسخة منه؛ متى كانت طبيعته تسمح بذلك<sup>(١)</sup>.

٨. عند طلب المحكمة فإنه يجب تقديم محتوى الدليل الرقمي مكتوبا -إن كانت طبيعته تسمح بذلك-<sup>(٢)</sup>.

٩. يشترط عدم مخالفة النظام العام ليجوز للمحكمة أن تقبل في الإثبات المحرّر الرقمي الصادر خارج المملكة والمصدق عليه من الجهات المختصة في الدولة التي صدر فيها والجهات المختصة في المملكة<sup>(٣)</sup>.

١٠. مراعاة طبيعة القضايا الجزائية عند الاستدلال بالدليل الرقمي<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: المادة الثالثة والستون (٦٣) من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات.

(٢) ينظر: المادة الرابعة والستون (٦٤) من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات.

(٣) ينظر: المادة الثانية والخمسون (٥٢) من نظام الإثبات.

(٤) ينظر: المادة الأولى (١) من نظام الإثبات، والمادة الثامنة عشرة بعد المائتين (٢١٨) من نظام الإجراءات الجزائية.

## المبحث الثالث التطبيقات القضائية للإثبات بالدليل الرقمي

وتحت ستة مطالب:

**المطلب الأول: قضية المطالبة بقيمة عقد نقل دليها المراسلات الرقمية<sup>(١)</sup>:**

**الفرع الأول: موضوع القضية ووقائعها:**

تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن المدعي وكالة تقدم بصحيفة دعوى، وبعد قيد الدعوى وإحالتها للدائرة، نظرتهما الدائرة على النحو المثبت في محاضرها، ففي جلسة ١٩ / ٠٦ / ١٤٤٤هـ المنعقدة مرئياً عن بعد: حضر ممثل المدعية بموجب الهوية رقم (...) وبموجب سجل تجاري رقم (...)، ولم يحضر من يمثل المدعى عليها رغم تبلغها، وفيها أحال ممثل المدعية على صحيفة الدعوى، وعليه أفهمته الدائرة بتحديد نطاق الأدلة وتقديم حصر لجميع مستنداته مع مذكرة توضيحية لها، ورفعت الجلسة لذلك. ثم عقدت الدائرة جلسة مرئية في تاريخ: ٢٣ / ٠٧ / ١٤٤٤هـ وفيها: حضر وكيل المدعية فيما لم تحضر المدعى عليها ولا من ينوب عنها رغم تبلغها بموعد الجلسة ولم تقدم عذراً عن تخلفها، ونظراً لصلاحية الدعوى للفصل فيها؛ قررت الدائرة قفل باب المرافعة؛ ثم نظقت بحكها علناً مبنياً على الآتي:

(١) ينظر: القضية رقم (٤٤٧٠٣٧٥٤٤١) لعام ١٤٤٤هـ، البوابة العلمية القضائية:

<https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/55158>

## الفرع الثاني: الأسباب والحكم:

تأسيساً على ما جرى إيرادُه من الوقائع سالفة البيان، ولما كانت العبرة بالطلبات الختامية، وكان وكيل المدعية يطلب الحكم بإلزام المدعى عليها أن تدفع له مبلغاً إجمالياً قدره (٢٦، ٤٠٧، ١٢٩ ريالاً)، والذي يمثل الباقي من قيمة نقل وشحن شحنات المدعية من قبل المدعى عليها، ويطلب كذلك الحكم لموكلته بأتعاب المحاماة، وبما أن المدعى عليها تخلفت عن الجواب والحضور، وبما أن تخلف المدعى عليها عن الحضور مع عدم تقديمها عذراً يمنعها من ذلك، رغم علمها بالدعوى وتبلغها بها، وفق ما هو مثبت في وقائع هذا الحكم، وحيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من نظام المحاكم التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩٣) وتاريخ ١٥/٠٨/١٤٤١هـ على أنه: «إذا تبلغ المدعى عليه لشخصه أو وكيله، أو حضر أي منهما في أي جلسة أمام المحكمة، أو قدم مذكرة بدفاعه، عدت الخصومة حضورية، ولو تخلف بعد ذلك»؛ وبما أن التبليغ عن طريق نظام أبشر تعدد الدائرة تبليغاً لشخص المدعى عليها، وبما أنه ظهر للدائرة لها جديّة المدعية في دعواها بناءً على ما تستند إليه؛ وبما أن الثابت عدم حضور المدعى عليها أو من يمثلها شرعاً، رغم علمها بالدعوى لإبداء أو تقديم ما يثبت خلو ذمتها وتخالصها من هذا الالتزام، الأمر الذي يجعل طلب المدعية الحكم لها بمطالبتها استناداً لما تقدم حري بالإجابة، وبما أن المدعية قدمت سنداً لصحة دعواها مراسلات بينها وبين المدعى عليها، تقرر فيها الأخيرة صحة ما طالبت به، فاستناداً للمادة الثالثة والخمسين من نظام الإثبات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ١٤٤٣/٥/٢٦هـ ونصها: يعد دليلاً رقمياً

كل دليل مستمد من أي بيانات تنشأ أو تصدر أو تسلم أو تحفظ أو تبلغ بوسيلة رقمية، وتكون قابلة للاسترجاع أو الحصول عليها بصورة يمكن فهمها. والمادة الرابعة والخمسون من ذات النظام ونصها: يشمل الدليل الرقمي الآتي: السجل الرقمي. المحرّر الرقمي، التوقيع الرقمي، المراسلات الرقمية بما فيها البريد الرقمي، وسائل الاتصال، الوسائط الرقمية، أي دليل رقمي آخر. وما جاء في المادة التاسعة والخمسين من النظام ذاته ونصها: فيما عدا ما نصت عليه المادتان: (السادسة والخمسين) و(السابعة والخمسين) من هذا النظام؛ يكون للدليل الرقمي الحجية المقررة للمحرّر العادي؛ وفقاً لأحكام هذا النظام. وبما أن الفقرة الأولى من المادة التاسعة والعشرون من نظام الإثبات بينت حكم المحرر العادي ونصها ما يلي: يعد المحرّر العادي صادراً ممن وقعه وحجة عليه؛ ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أو ينكر ذلك خلقه أو ينفي علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق؛ وأما عن طلب المدعية الحكم لها بأتعاب المحاماة فيما أنه ثبت للدائرة صحة دعوى المدعية، ولما كانت المدعية وفي سبيل المطالبة بحقوقها أقامت عنها وكيلاً للمطالبة بدعواها؛ فإن الدائرة تغرم المدعى عليها ما تحملته المدعية لقاء إقامة الوكيل؛ لذلك فإنّ الدائرة تنتهي إلى الحكم في الدعوى، وتقضي بالنحو الوارد في منطوقه.

نص الحكم:

حكمت الدائرة بإلزام شركة... للخدمات اللوجستية سجل تجاري رقم: (...) بأن تدفع لـ شركة... للتصميم شركة شخص واحد سجل

تجاري رقم: (...). ما يلي: أولاً: مبلغاً قدره: (٢٦, ٤٠٧, ١٢٩) مائة وتسعة وعشرون ألفاً وأربع مائة وسبعة ريالات سعودية وستة وعشرون هللة. ثانياً: مبلغاً قدره: (١٢, ٩٠٠) اثنا عشر ألفاً وتسع مائة ريال مقابل أتعاب المحاماة؛ لما هو موضح بالأسباب، صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى نَبِينَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ.

### الفرع الثالث: التعليق:

يتضح من الحكم القضائي استناده إلى مضمون المراسلات الرقمية المقدمة من المدعى عليها، وإقامتها دليلاً قاطعاً في الدعوى، واعتماد ما جاء بها من إقرار، وهذا متسق مع ما قرره المنظم من حجية للأدلة الرقمية، ويلحظ الباحث على الحكم، اختصار مضمون الصك وعدم تفصيله لمضمون الدليل الرقمي، وكذلك يلحظ أن فضيلة ناظر القضية لم يوضح نوع الدليل المقدم واكتفى بقوله: «مراسلات»، وإن فهم من التسبيب كونها إلكترونية، إلا أن الأولى أن يوضح نوع هذه المراسلات كما نص على ذلك النظام.

### المطلب الثاني: قضية في عقد مقاوله دليلها المراسلات الرقمية<sup>(١)</sup>:

#### الفرع الأول: موضوع القضية ووقائعها:

تتلخص الوقائع في أن المدعي تقدم بصحيفة دعوى، وبنظرها في الجلسة التحضيرية المعقودة عن بعد عبر الاتصال المرئي بتاريخ ٢٤ / ٠٧ / ١٤٤٤ هـ، (١) ينظر: على القضية رقم ٤٤٧٠٥٩٨٧٨٢ لعام ١٤٤٤ هـ، البوابة العلمية القضائية:

. <https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/57199>

وفيها حضر: المدعي أصالة:....، يحمل هوية وطنية رقمها: (...). كما حضر لحضوره وكيلاً عنه...، بموجب وكالة إلكترونية رقمها: (٤٤٢٠٨٢٠٤٢) وتاريخها: ١٤ / ٠٤ / ١٤٤٤هـ، وحضر لحضورهما/...، يحمل هوية وطنية رقمها: (...). بصفته مالك ومدير شركة... للمقاولات، وتشير الدائرة إلى تعذر إعداد محضر الجلسة التحضيرية لعدم تحرير المدعي لدعواه، وبناء عليه تمهله الدائرة لتحرير دعواه وبيان العلاقة العقدية بدء وانتهاء وهل العقد ما زال ساريًا، وبيان الأعمال المنفذة والمتبقية وفق إجمالي النسبة المتفق عليها في العقد، وبيان المبالغ المستلمة على جهة التفصيل، ومدى التزام موكلته بما أنيط بها في العقد المبرم بينهما، مع ضرورة تقديم كافة مستنداته وطلباته على وجه الحصر في موعد أقصاه خمسة أيام، وإلا عد عاجزًا، وإلى حينه جرى رفع الجلسة وإقفال المحضر. وفي الجلسة المعقودة عن بعد عبر الاتصال المرئي بتاريخ ٢٤ / ٠٧ / ١٤٤٤هـ، وفيها حضر: المدعي أصالة:....، يحمل هوية وطنية رقمها (...). كما حضر لحضوره وكيلاً عنه...، بموجب وكالة إلكترونية رقمها: (٤٤٢٠٨٢٠٤٢) وتاريخها: ١٤ / ٠٤ / ١٤٤٤هـ، ولم تحضر المدعى عليها ولا من يمثلها، واستنادًا على ما ورد في المادة رقم (٩٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية فقد أفهمت الدائرة الأطراف بأن هذه الدعوى تقع في ولاية اختصاصها القضائي، وترى الدائرة أن هذه الدعوى مقبولة شكلاً، وقد تحققت فيها شروط قبول الدعوى، وتفيد الدائرة بأن المدعى عليها لم تتقدم بمذكرة الدفاع الأولى على الرغم من ثبوت إبلاغها بقبول الدعوى وتحديد موعد لنظرها، وبالإذن لوكيل المدعى ادعى



بما نصه: «تحرير دعوى موكلي عليه نفيذ فضيلتكم بأن موكلي / ... بصفته صاحب مؤسسة ... للعوازل والأغشية قد تعاقد مع المدعى عليها شركة ... بموجب العقد المؤرخ في ١٦ / ١٢ / ٢٠٢٠م على أن يقوم موكلي بتنفيذ أعمال مقاوله عبارة عن مقاوله تركيب طبقات عوازل لمردم بلدية تبوك، بتركيب الطبقات حسب المواصفات المتفق عليها التالية: طبقة (GCL)، وطبقة غشاء صناعي لاينر (HDPE LINER)، وطبقة جيكومبسات (GEOCOMPSIT)، وطبقة جيوتكستال: (GEOTEXTILE).

وقد بدأ العمل بتاريخ ٢٠ / ١٢ / ٢٠٢٠م على المشروع، وقد انتهى العمل بين الطرفين وذلك بتنفيذ الأعمال بتاريخ ١٦ / ٠١ / ٢٠٢١م، وقد كان الاتفاق بين الطرفين في العقد على مبلغ قدره (٧٩٩, ٨٦٨, ٠٠) سبع مئة وتسعة وتسعون ألفاً وثمان مئة وثمانية وستون ريال سعودي، مشمولاً بالضريبة، وسنوضح لفضيلتكم المساحة المنفذة من طرف موكلي.

والأعمال المنفذة والاستحقاق لموكلي: بلغت مساحة الأعمال المنفذة من طرف موكلي بالمساحة المنفذة ب: ٥٧, ٥٩٤, ١٢١م (مائة وواحد وعشرون ألف وخمسمائة وأربعة وتسعون متر مربع وسبعة وخمسون سم) - وبمبلغ وقدره: (٠٠٠, ٠٦٠, ٤٦٢ ريال سعودي (أربعمائة واثنان وستون وستون ريالاً - شاملة الضريبة - سددت المدعى عليها مبلغ وقدره (٨٢٦, ٣٤٧) ثلاث مائة وسبعة وأربعون وثمانمائة وستة وعشرون ريالاً، مضاف لها ضريبة القيمة المضافة بمبلغ: ٩, ١٧٣, ٥٢ ريالاً - اثنان وخمسون ألف ريال ومائة وثلاثة وسبعون ريال.

على النحو التالي:

١- دفعة بتاريخ ٣١ / ١٢ / ٢٠٢٠م بمقدار: مئة ألف ريال سعودي (شاملة الضريبة).

٢- دفعة بتاريخ ٢٩ / ٠٤ / ٢٠٢١م بمقدار: مئة ألف ريال (شاملة الضريبة)..

٣- دفعة بتاريخ ٢٠ / ٠٩ / ٢٠٢١م بمقدار: مئتان ألف ريال (شاملة الضريبة).

والمتبقي في ذمة المدعى عليها من غير ضريبة القيمة المضافة مبلغ (٢٣٥, ١١٤) مائة وأربعة عشر ألفاً ومئتان وخمسة وثلاثون ريال سعودي وستون هللة.

علمًا أن حالة المشروع أنه منفذ بشكل كامل من طرف موكلي ولا يوجد متبقي من الأعمال، وقد انتهى العقد بين الطرفين، ونشأ الحق بتاريخ ١٤ / ٠٧ / ١٤٤٣هـ الموافق ١٥ / ٠٢ / ٢٠٢٢م، بموجب المراسلات الذي جرت مع المدعى عليها.

وعليه فإن موكلي قد تواصل مع المدعى عليها مرارًا ووعده المدعى عليها بالسداد أكثر من مرة، وعليه فقد ماطل نتيجة ذلك؛ مما أحوج موكلي إلى رفع هذه الدعوى ونشأ عن ذلك أضرار التقاضي متمثلة بتوكيل محامي للترافع في القضية.

لذا نطلب إلزام المدعى عليها بـ:

١. دفع المبلغ المتبقي وقدره (٣٧٠, ١٣١) مائة وواحد وثلاثون ألفاً وثلاث مائة وسبعون ريالاً - مشمولة بالضريبة. (٢٣٥, ١١٤ مضروبة في ١٥٪ = ٣٧٠, ١٣١ ريالاً).

٢. إلزام المدعى عليها بسداد أتعاب المحاماة بمبلغ وقدره (٥٠, ٠٠٠ ألف ريال) خمسون ألف ريال». وتتنحصر بينة موكلي فيما أرفقته من العقد المبرم بين بين الطرفين والمراسلات عن طريق برنامج واتس أب بتاريخ ٠٩ مارس ٢٠٢٣م وكان مضمون رسالة موكلي للمدعى عليه: (أبو معاذ، هذا الرفع المساحي للموقع، وجرى الرد من طرف المدعى عليها بما نصه (طيب بكذا كم يطلع حسابك) وتم الرد عليه من طرف موكلي بأن المبلغ ٣٧٠, ١٣١ ريال مع الضريبة - وجرى الرد من طرف المدعى عليها بما نصه (طيب نحولك المبلغ وأول ما يجاسبونا الشركة أدفع لك الضريبة). والرفع المساحي للمشروع. وبسؤال هل لديك مزيد إضافة فأضاف بقوله: أكتفي بما قدمت، وعليه ونظرًا لصلاحيّة الدعوى للفصل فيها، قررت الدائرة إقفال باب المرافعة للمداولة والنطق بالحكم.

### الفرع الثاني: الأسباب والحكم:

لما كان النزاع بين الطرفين متعلقًا بأعمال مقاوله بين تاجرين اندرج تحت اختصاص المحاكم والدوائر التجارية استنادًا للفقرة (١) من المادة (١٦) من نظام المحاكم التجارية الصادر بالأمر الملكي رقم (م/٩٣) في ١٥/٨/١٤٤١هـ، والدائرة مختصة بنظره بموجب المادة الثالثة من نظام المحاكم التجارية المشار إليه، والمادة (١١) من اللائحة التنفيذية لنظام المحكمة التجارية الصادرة بقرار معالي وزير العدل رقم (٨٣٤٤) في

٢٦ / ١٠ / ١٤٤١ هـ. أما عن موضوع الدعوى: فإن المدعي يطلب إلزام المدعى عليه بمبلغ قدره (٣٧٠, ١٣١) مائة وواحد وثلاثون ألف وثلث مائة وسبعون ريالاً، مقدماً في سبيل ذلك العقد المبرم بين الطرفين في ١٦ - ١٢ - ٢٠٢٠ م، ورفعاً مساحياً للأعمال المنفذة، ورسالة عن طريق برنامج (واتس آب) بتاريخ ٠٩ مارس ٢٠٢٣ م تتضمن رسالة من المدعي للمدعى عليه نصها: (أبو معاد هذا الرفع المساحي للموقع)، فرد المدعى عليه بما نصه: (طيب بكذا كم يطلع حسابك) فرد المدعي بما نصه: «المبلغ ٣٧٠, ١٣١ ريال مع الضريبة - ثم رد المدعى عليه بما نصه (طيب نحولك المبلغ وأول ما يحاسبون الشركة أدفع لك الضريبة)، الأمر الذي يثبت به استحقاق المدعي لما يطالب به، ويتقرر به انشغال ذمة المدعى عليه بالمبلغ محل المطالبة، استناداً إلى الفقرة رقم: (١) من المادة التاسعة والعشرين من نظام الإثبات الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/٤٣) وتاريخ ٢٦ / ٥ / ١٤٤٣ هـ، ونصها: «يعد المحرر العادي صادراً ممن وقعه وحجته عليه؛ ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أو ينكر ذلك خلفه أو ينفي علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق». واستناداً إلى المادة الثلاثين من ذات النظام، ونصها: «تكون للمراسلات الموقع عليها أو الثابت نسبتها إلى مرسلها؛ حجية المحرر العادي في الإثبات، ما لم يثبت المرسل أنه لم يرسل الرسالة»، والمادة الثالثة والخمسين، ونصها: «يعد دليلاً رقمياً كل دليل مستمد من أي بيانات تنشأ أو تصدر أو تسلم أو تحفظ أو تبلغ بوسيلة رقمية، وتكون قابلة للاسترجاع أو الحصول عليها بصورة يمكن فهمها»، والمادة الرابعة والخمسين، ونصها: «يشمل الدليل الرقمي

الآتي: ١- وسائل الاتصال...»، والمادة الخامسة والخمسين، ونصها: «يكون للإثبات بالدليل الرقمي حكم الإثبات بالكتابة الوارد في هذا النظام» ولا ينال من ذلك ما قد يرد على دعوى المدعي من احتمال الاستيفاء ونحوه؛ لأن الأصل صحة المستندات وانشغال ذمة المدعى عليه بالمبلغ محل المطالبة، والدفع بما يوجب العدول عن ذلك حق للمدعى عليه وقد أسقطه بتخلفه عن الحضور وعن تقديم الجواب رغم تبلغه، الأمر الذي يتقرر به سلامة ما قدمه المدعي عما يعارضه، ويتقرر به ثبوت المبلغ المطالب به في ذمة المدعى عليه، وهو ما يوجب إلزامه بدفعه للمدعي. وبناء على أن المدعى عليه قد تبلغ بموعد الجلسة وثبت ذلك للدائرة، وعملاً بالفقرتين رقم (١) و(٢) من المادة (٣٠) من نظام المحاكم التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩٣) في ١٥/٨/١٤٤١هـ، فإن حكم الدائرة حينئذ يعد في حقه حضورياً، وتطبق على هذا الحكم إجراءات الحكم الحضورى. وأما مطالبة المدعي بأتعاب المحاماة وقدرها (٥٠٠,٠٠٠) خمسون ألف ريال، فبما أنه قد تقرر قضاء أن المطالب إذا مظل غريمه وأحوجه إلى الشكاية وغرم بسبب ذلك فإنه يغرمه، ولما ظهر مما انتهت إليه الدائرة من أن الذي ألجأ المدعي إلى إقامة هذه الدعوى هو المدعى عليه، وكان في مكتبته حصرها دون إقامتها وتحميلها مغبة ذلك، والدائرة بسلطتها التقديرية وفق ملاسبات الدعوى رأت تعويض المدعي بما يوازي ١٠٪ من المبلغ المحكوم به، ورأت كفايته في رتق الضرر ورفعها، وانتهت إلى إلزام المدعى عليه بمبلغ قدره: (١٣٧, ١٣) ريال عن أتعاب المحاماة، مضمومة إلى مبلغ المطالبة الأصلي وذلك وفق المنطوق أدناه.

## نص الحكم:

إلزام المدعى عليها/ شركة... للمقاولات، شركة شخص واحد، رقم سجلها التجاري: (...). بأن تدفع للمدعي/...، يحمل هوية وطنية رقمها: (...). مبلغاً قدره (٥٠٧, ١٤٤) مائة وأربع وأربعون ألفاً وخمسة مائة وسبعة ريالات، ورفض ما زاد عن ذلك.

## الفرع الثالث: التعليق:

يتضح من الحكم القضائي استناده إلى مضمون المراسلات الرقمية، وإقامتها دليلاً قاطعاً في الدعوى، واعتماد ما جاء بها، وتحقيق هذا الاستدلال لشروط الإثبات بالدليل الرقمي، وهذا متسق مع ما قرره المنظم من حجية للأدلة الرقمية، وأشار أن الحكم هنا فسر قضائياً المقصود بوسائل الاتصال فعد المراسلة عبر الواتساب من الأدلة الرقمية المندرجة تحت نوع: وسائل الاتصال، ويرى الباحث أنها أقرب إلى نوع: المراسلات الرقمية، ولا مشاحة في الاصطلاح ولا يظهر حالياً فرق بين النوعين مؤثر في الحكم.

## المطلب الثالث: قضية في شركة مضاربة دليلها المراسلات الرقمية<sup>(١)</sup>:

### الفرع الأول: موضوع القضية ووقائعها:

تتلخص وقائع هذه الدعوى وبالقدر اللازم لإصدار هذا الحكم في أنه وردت إلى المحكمة التجارية لائحة دعوى مقدمة من المدعي وكالة/

(١) ينظر: القضية رقم (٤٣٩١٥٧٣١٥) لعام ١٤٤٣هـ، البوابة العلمية القضائية: <https://>

[www.sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/48289](https://www.sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/48289)

سليمان... هوية وطنية رقم (...). بموجب الوكالة رقم (٤٣١٩٩٣٨٤٩) ضد المدعى عليه والمثبتة ببياناته بملف القضية والمحالة إلى هذه الدائرة - حيث تتلخص الدعوى أنه بتاريخ ١٢/٨/٢٠٢٠م اتفقت مع المدعى عليه على تسليمه (٢٠٠,٠٠٠) مائتان ألف ريال لتشغيلها في بيع الذهب والمجوهرات، وقررت بتسليم المدعى عليه المبلغ على دفعات حيث سلمته مبلغ (١٢٥,٠٠٠) مائة وخمسة وعشرين ألف ريال وذهب بقيمة (٧٥,٠٠٠) خمسة وسبعين ألف ريال ليقوم المدعى عليه بتشغيلها في بيع وشراء الذهب والمجوهرات. وكان تاريخ نشوء الحق بتاريخ ١٢/٨/٢٠٢٠م ومدة الشراكة سنتان، ونوع الشراكة مضاربة (مساهمات) تم الاتفاق مع المدعى عليه على تشغيل المبلغ مقابل أرباح شهريه وقدرها (٨٪) من إجمالي المبلغ المسلم للمدعى عليه مبلغ وقدره (١٦,٠٠٠) ستة عشر ألف ريال شهرياً، ولا يوجد عقد مكتوب بين الطرفين وإنما تم الاتفاق شفهيّاً بموجب رسائل واتساب وخطاب تعهد من المدعى عليه وحوالات بنكية. قام المدعى عليه بتسليمي مبلغ وقدره (٥٠,٠٠٠) خمسون ألف ريال في الشهور الأولى من بدء العمل وبعدها لم يسلمني المدعى عليه أي أرباح منذ ثمانية شهور لم يسلمني المدعى عليه أي مبلغ ليصبح إجمالي المطالبة عن الفترة الماضية مبلغ (١٧٤,٠٠٠) مائة وأربعة وسبعين ألف ريال، لذا نأمل من فضيلتكم إلزام المدعى عليه بدفع مبلغ (٣٧٤,٠٠٠) ثلاثمائة وأربعة وسبعون ألف ريال قيمة رأس المال وأرباح الفترة الماضية، وخلص إلى طلب: ١- رد قيمة رأس المال وقدره (٢٠٠٠٠٠٠) مائتا ألف ريال سعودي للأسباب الآتية: (لم يقيم المدعى عليه بتسليم الأرباح) استناداً على (خطاب تعهد) وحالة رأس المال

في الوضع الحالي (تحت يد المدعى عليه). ٢- دفع أرباحي في الشراكة القائمة بيننا وقدرها (١٧٤٠٠٠) مائة وأربعة وسبعين ألفاً ريال سعودي ومستند هذه الأرباح (محدثات واتساب) عن الفترة من التاريخ ١٤٤٢/٠٤/٢٧ هـ وحتى: ١٤٤٣/٠٤/٠١ هـ حيث إنها مستحقة في تاريخ ١٤٤٢/١٢/٢٢ هـ وذلك بسبب (لم يتم المدعى عليه بتسليم الأرباح)....، وبعد أن قيدت الأوراق قضية بالرقم المشار إليه بعاليه؛ أحيلت إلى هذه الدائرة فباشرت نظرها على النحو الموضح بمحاضر الضبط وفي جلسة ١٤٤٣/٠٨/١١ هـ المرئية عن بعد، وبعد تثبيت حضور المحامية عن المدعية، وتخلف المدعى عليه أو من يمثله عن الحضور رغم ثبوت الإبلاغ حسب تقرير التبليغات المرفق، تشير الدائرة إلى أنها عقدت هذه الجلسة التحضيرية طبقاً للمادة ٩٠ من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية للتحقق من المسائل الأولية، وبعد تجاوز ذلك تقرر الدائرة المضي نظر الدعوى على الوجه الحضوري بالنظر إلى الدعوى والبيانات عليها، وعليه سألت الدائرة المحامية هل انتهى عقد الشراكة بين الطرفين؟ فأجابت بأنه بسبب عدم التزام المدعى عليه بالاتفاق فإن موكلتها تطالب برأس مالها وأرباحها المستحقة وسألتها الدائرة عن الذهب المدفوع للمدعى عليه وهل هو حلي مصاغ أو ذهب خام وكيف تم حساب قيمة الذهب بمبلغ ٧٥ ألف ريال؟ فأجابت بأن الذهب حلي مصاغ وتم تقدير قيمته بذلك المبلغ ٧٥ ألف ريال من قبل المدعى عليه حسب سعر السوق، لأنه يتاجر ويعمل في الذهب ويعرف أسعارها، وعليه رأت الدائرة تأجيل الجلسة للنظر والتأمل في بيانات المدعية والله الموفق. وفي جلسة ١٤٤٣/٠٨/٢١ هـ المرئية وبعد تثبيت حضور



المدعية وكالة/ رشا... سجل مدني رقم (...). بموجب وكالة إلكترونية رقم (٤٣٢٨٧٢٢٢٧) في حين تخلف المدعى عليه أو من يمثله عن الحضور رغم الإبلاغ، وبعد مداولة أعضاء الدائرة في بينات المدعية رأت صلاحية القضية للفصل فيها وأصدرت حكمها المنتهي إلى: عدم قبول الدعوى وفق ما ورد في أسبابه، وبالاعتراض عليه أمام الاستئناف الثانية صدر حكم الدائرة بما يلي: أولاً: إلغاء حكم الدائرة الخامسة بالمحكمة التجارية بالرياض المؤرخ في ٠٢ / ٠٩ / ١٤٤٣ هـ، الصادر في القضية رقم (٤٣٩١٥٧٣١٥).

ثانياً: إعادة أوراق القضية للدائرة مصدرة الحكم. وذلك لما هو مبين بأسباب هذا الحكم، حيث ورد في أسباب حكم الاستئناف التالي: «بما أن الاعتراض محل الاستئناف جرى تقديمه من ممثل المدعية أثناء الأجل المحدد نظاماً؛ فإن دائرة الاستئناف تنتهي إلى قبوله شكلاً، أما فيما يتعلق بالحكم وبما أن الدائرة قررت في تسيبها أن مدة عقد الشراكة عامان ولم تبين مستندها في ذلك التقرير، وبما أن المدعية قد قررت في طلب الاستئناف أن عقد الشراكة مشروط بقاؤه بالإلزام بدفع الأرباح في حينها، وبما أن الظاهر من التعهد المنسوب للمدعى عليه هو ضمان رأس مال الشركة وهذا محل النظر مما تنتهي معه الدائرة إلى منطوق حكمها.» وعليه تم عقد جلسة ٣٠ / ٢ / ١٤٤٤ هـ وفيها حضرت وكيلة المدعية السابق حضورها فيما تبين عدم حضور من يمثل المدعى عليه رغم ثبوت تبلغهم بموعد ورابط هذه الجلسة، وتشير الدائرة إلى عودة ملف هذه القضية إلى الدائرة بعد إلغاء حكمها السابق من قبل دائرة الاستئناف الثانية في المحكمة، وعليه قررت الدائرة مواصلة نظر الدعوى موضوعاً وحيث تم استيفاء النظر من قبل الدائرة لأوراق القضية

ومستنداتهما فان الدائرة تقرر صلاحية القضية للفصل موضوعاً وعليه رفعت الجلسة للحكم فيها.

### الفرع الثاني: الأسباب والحكم:

بناءً على ما سبق من الدعوى والإجراءات المتخذة فيها، وحيث ثبت للدائرة بعد عودة ملف القضية انتهاء تاريخ عقد الشراكة في ١٢ / ٨ / ٢٠٢٢ م، وحيث ثبت لدى الدائرة بموجب خطاب التعهد الصادر من المدعى عليه المتضمن إقراره بإعادة مبلغ ٠٠٠, ١٢٥ ريال للمدعية في أي وقت تشاء وذلك بطلب مسبق للمبلغ قبله بعام تقريباً، فيصدق على هذا التعهد حجية الدليل الكتابي الوارد في المادة ٢٩ من نظام الإثبات، كما ثبت للدائرة تسلمه لذهب بقيمة ٧٥ ألف ريال عبر محادثات رقمية ببرنامج (واتس أب) وهو دليل رقمي مكتسب الحجية طبقاً للمادة ٥٧ / ٣ من نظام الإثبات، مما يثبت معه استلام المدعى عليه من المدعية رأس مال قدره ٢٠٠ ألف ريال، ولأن الأصل في المال السلامة وعدم تعرضه للخسارة أو التلف، ولأن المدعية طالبت باستعادة رأس مالها لانتهاء عقد الشراكة ولعدم التزام المدعى عليه بصرف الأرباح الشهرية حسب الاتفاق، ولنص خطاب التعهد على ضمان رأس المال، فإنه يلزم المدعى عليه إعادة رأس المال كاملاً للمدعية، وأما بخصوص الأرباح فيما أن الأرباح لا يمكن ضمانها لمخالفة ذلك لمقتضيات الشراكة، وإنما تُستحق بالظهور والتمييز عن رأس المال وهو ما لم يثبت للدائرة مما تنتهي معه الدائرة إلى رفض المطالبة بالأرباح، ولأن الحكم حضوري وفق المواد المنظمة لذلك في نظام المحاكم التجارية لثبوت مبلغ المدعى عليه دون حضور أو دفاع، مما يجعل الحكم خاضع للاعتراض لمدة

٣٠ يوم من اليوم التالي لتاريخ الاستلام طبقاً للمادة ٧٩ من نظام المحاكم التجارية، فإن مضت المدة دون اعتراض اكتسب الحكم القطعية واصبح واجب النفاذ.

### نص الحكم:

حكمت الدائرة: بإلزام مشاري... هوية وطنية رقم: (...). أن يدفع لـ عواطف... هوية وطنية رقم: (...). مبلغاً قدره (٢٠٠,٠٠٠) مائتا ألف ريال ورفض ما عدا ذلك من طلبات.

### الفرع الثالث: التعليق:

يتضح من الحكم القضائي استناده إلى مضمون المراسلات الرقمية، وإقامتها دليلاً قاطعاً في الدعوى، واعتماد ما جاء بها، وتحقيق هذا الاستدلال لشروط الإثبات بالدليل الرقمي، وهذا متسق مع ما قرره المنظم من حجية للأدلة الرقمية، ونلاحظ أن التسبيب قد نص على أن الواتساب مصنف من ضمن المراسلات الرقمية.

### المطلب الرابع: قضية في عقد توريد دليلها المراسلات الرقمية<sup>(١)</sup>:

#### الفرع الأول: موضوع القضية ووقائعها:

تتلخص وقائع هذه الدعوى وبالقدر اللازم لإصدار الحكم، في أن المدعية تقدمت إلى هذه المحكمة بصحيفة دعوى تختصم فيها المدعى

(١) ينظر: القضية رقم (٤٤٧١١٥٨٤٧٠) لعام ١٤٤٤هـ، البوابة العلمية القضائية:

<https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/48289>

عليها والمتضمنة: طلب إلزام المدعى عليها بدفع المبلغ المتبقي البالغ قدره (٣, ٤٤٤, ٥٥) ثلاثة آلاف وأربع مئة وأربعة وأربعون ريالاً وخمس وخمسون هللة، تمثل توريد المدعية للمدعى عليها مواد غذائية، بالإضافة إلى التعويض عن أضرار التقاضي بمبلغ قدره (٣٥٠) ثلاث مئة وخمسون ريال سعودي. وبإحالة الدعوى للدائرة عقدت لنظرها جلستها التحضيرية المؤرخة بتاريخ ١٧/١٢/١٤٤٤هـ، والمنعقدة عن بعد بطريق الاتصال المرئي، وفيها حضر من يمثل المدعية بموجب الوكالة رقم (٤٣٤٦٠٠٩٩٧) ولم يحضر من يمثل المدعى عليها رغم تبلغها بموعد ورابط الدخول لهذه الجلسة بموجب البلاغ رقم (٧٧٨٠٢٤٢٥)، وبناء على المادة (٣٠) من نظام المحاكم التجارية قررت الدائرة السير في الدعوى حضورياً في حق المدعى عليها، وبعد تحقق الدائرة من المسائل الأولية وفقاً للمادة (٩٠ - ٢٤٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية وبعد إفهام الحاضر بمضمون المادة (٢٤٥) من ذات اللائحة التي تنص على: «في جميع الأحوال لا يقبل من الأطراف تقديم أي طلبات أو بينات أو دفوع لم يتم إبدائها قبل انتهاء الجلسة التحضيرية»، وبسؤال الدائرة الحاضر عن محضر المصالحة في منصة تراضي؟ فأجاب بأنه تم اللجوء إلى منصة تراضي وتم الجلوس فيها بمقدار ثلاث جلسات ولم يحضر الطرف الآخر وتعذر الصلح، ثم عرضت الدائرة الصلح على الحاضر وانتهت الدعوى ودياً فرفض الصلح وطلب السير في الدعوى، وبسؤال الدائرة الحاضر عن الدعوى أحال إلى ما ورد في صحيفة الدعوى المرفقة، والذي انتهى فيها إلى طلب إلزام المدعى عليها بدفع المبلغ

المتبقي البالغ قدره (٣, ٤٤٤, ٥٥) ثلاثة آلاف وأربع مئة وأربعة وأربعون ريالاً وخمسة وخمسون هللة، تمثل توريد المدعية للمدعى عليها مواد غذائية، بالإضافة إلى التعويض عن أضرار التقاضي بمبلغ قدره (٣٥٠) ثلاث مئة وخمسون ريال سعودي، وبسؤاله عن بيناته وأسانيده التي يستند عليها في دعواه ذكر أنه يستند على الفاتورة ذات الرقم (١٢٢١٢٢٣٦٩) وتاريخ ٢٩ / ١٢ / ٢٠٢٢م بمبلغ وقدره (٧, ٤٧١, ٥٥) ريال وكشف الحساب ورسالة عبر تطبيق الواتس أب، وباطلاع الدائرة على هذه المرفقات تبين صلاحية الدعوى للفصل فيها وبناء عليه قررت الدائرة إقفال باب المرافعة بناء على المادة (٥٨) من نظام المحاكم التجارية، ثم أصدرت حكمها محمولاً على أسبابه....

### الفرع الثاني: الأسباب والحكم:

بناء على ما تقدم ذكره ولما كان منشأ هذه الدعوى متعلق بين تاجرين، الأمر الذي يجعل الاختصاص بنظر الدعوى منعقد للمحاكم التجارية استناداً على الفقرة (١) من المادة (١٦) من نظام المحاكم التجارية، أما ما يتعلق بموضوع الدعوى: فإن المدعية تهدف من إقامة دعواها إلى إلزام المدعى عليها بدفع المبلغ المتبقي البالغ قدره (٣, ٤٤٤, ٥٥) ثلاثة آلاف وأربع مئة وأربعة وأربعون ريالاً وخمس وخمسون هللة، تمثل توريد المدعية للمدعى عليها مواد غذائية، بالإضافة إلى التعويض عن أضرار التقاضي بمبلغ قدره (٣٥٠) ثلاث مئة وخمسون ريال سعودي، وقدمت لإثبات دعواها الفاتورة ذات الرقم (١٢٢١٢٢٣٦٩) وتاريخ ٢٩ / ١٢ / ٢٠٢٢م

بمبلغ وقدره (٧, ٤٧١, ٥٥) ريال وكشف الحساب ورسالة عبر تطبيق الواتس أب، وهو ما يثبت حقيقة التعامل بين الطرفين وتراه الدائرة حجة على المدعى عليها، ودليلاً على ثبوت المبلغ في حقها، قال ابن فرحون: «وإن قال لفلان عندي أو قبلي كذا وكذا بخط يده قضى عليه؛ لأنه خرج مخرج الإقرار بالحقوق» (تبصرة الأحكام لابن فرحون ١ / ٤٤٧)، وبما أن نظام الإثبات نص على اعتبار المحرر العادي صادراً ممن وقع أو ختم عليه أنه يعد حجة عليه ما لم ينكره وذلك حسب الفقرة (١) من المادة (٢٩) وفق النص الآتي: «يعد المحرر العادي صادراً ممن وقع وحجة عليه؛ ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أو ينكر ذلك خلفه أو ينفي علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق»، واعتبار النظام أيضاً الدليل الرقمي من أدلة الإثبات المعتبرة استناداً لمواده ذوات الأرقام (٥٣-٥٤-٥٥-٥٧)، وأما طلب المدعية أضرار التقاضي فإنه من المقرر فقهاً وقضاءً أن من ألجأ شخصاً للمطالبة بحقه الثابت فإنه يكلف بأتعاب مرافعته، وقد ألجأت المدعى عليها المدعية إلى القضاء لأخذ حقها منها، وكما قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «وإذا كان الذي عليه الحق قادراً على الوفاء، ومطل صاحب الحق حقه، حتى أحوجه إلى الشكاية، فما غرمه بسبب ذلك فهو على الظالم المبطل، إذا كان غرمه على الوجه المعتاد»، وأيضاً قال البهوتي رَحِمَهُ اللهُ: «ولو مطلق المدين رب الحق حتى شكاه عليه فما غرمه رب الحق فعلى المدين المماطل، إذا كان غرمه على الوجه المعتاد، لأنه تسبب في غرمه بغير حق»، ولأن للدائرة سلطتها التقديرية في التعويض عن أضرار



التقاضي، مع الأخذ بالاعتبار الجهد الذي بذلته المدعية، والدعوى التي حضرتها المدعية لأخذ حقها، ومبلغ المطالبة، استناداً لما نصت عليه المادة (١٦٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية، وبما أن الفقرة (١) من المادة (٣٠) من نظام المحاكم التجارية تنص على أنه: «إذا تبلغ المدعى عليه لشخصه أو وكيله، أو حضر أي منهما في أي جلسة أمام المحكمة، أو قدم مذكرة بدفاعه، عُدَّت الخصومة حضورية، ولو تخلف بعد ذلك»، وقد ثبت للدائرة تبلغ المدعى عليها جلسة هذه الدعوى، إلا أنها - بعدم حضورها - أسقطت حقها في الدفاع عن نفسها وحيث ثبت غيابها؛ مما يعد قرينة على صحة الدعوى من المدعية ونكولاً وامتناعاً من المدعى عليها عن الرد على دعوى المدعية وكما أن العادة جرت أن من له دفعاً صحيحاً لا يتخلف عن الحضور من غير عذر، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى الحكم وفق ما ورد في منطوق حكمها وبه تقضي.

### نص الحكم:

حكمت الدائرة:- أولاً: إلزام المدعى عليها/ شركة... لتقديم الوجبات شركة شخص واحد سجل تجاري رقم (...). بأن تدفع للمدعية/ شركة... للتجارة سجل تجاري رقم (...). مبلغاً وقدره (٥٥، ٤٤٤، ٣) ثلاثة آلاف وأربع مئة وأربعة وأربعون ريالاً وخمسة وخمسون هللة.

ثانياً: إلزام المدعى عليها / ... سجل تجاري رقم (...). بأن تدفع للمدعية / ... سجل تجاري رقم (...). مبلغاً وقدره (٣٠٠) ثلاثمائة ريال سعودي

تمثل أضرار التقاضي ورفض ما زاد عن ذلك؛ لما هو موضح بالأسباب، وبالله التوفيق.

### الفرع الثالث: التعليق:

يتضح من الحكم القضائي استناده إلى مضمون المراسلات الرقمية، وإقامتها دليلاً قاطعاً في الدعوى، واعتماد ما جاء بها، وتحقيق هذا الاستدلال لشروط الإثبات بالدليل الرقمي، وهذا متسق مع ما قرره المنظم من حجية للأدلة الرقمية.

### المطلب الخامس: قضية أتعاب محاماة دليلها البريد الرقمي<sup>(١)</sup>:

#### الفرع الأول: موضوع القضية ووقائعها:

تتحصل وقائع هذه القضية حسبما يتبين من مطالعة أوراقها المقدمة، وبالقدر اللازم لإصدار هذا الحكم؛ بأن وكيل المدعي تقدّم إلى المحكمة التجارية في الرياض بصحيفة دعوى اختصم فيها المدعى عليها جاء فيها ما نصه: (إنه تم التعاقد بيني وبين المدعى عليها بتاريخ ١٥ / ١١ / ١٤٤٠ هـ، على أن أقوم بـ (مطالبة مالية) في الدعوى المقامة من (شركة... للمقاولات المحدودة) ضد (شركة...) المقيدة في المحكمة التجارية بالرياض برقم (١٥٣٣٨) وتاريخ ١٥ / ١١ / ١٤٤٠ هـ، والمنظورة لدى (الدائرة السابعة) بشأن المطالبة بـ (تعاقدت المدعية مع المدعى عليها بتاريخ ٠٩ / ٠١ / ١٤٣٦ هـ، عقد مقاوله من الباطن الخاص بمشروع الهيئة العامة للطيران المدني لتنفيذ

(١) ينظر: القضية رقم (٤٤٧٠٨١٢٥٥٩) لعام ١٤٤٤ هـ، البوابة العلمية القضائية:



عقد خدمات التشغيل والصيانة بمطار الملك عبد العزيز الدولي وقامت المدعية بأعمال المشروع وإعادة تأهيل خزانات المياه الاستراتيجية شمال المطار رقم (٤٢٥-٢) وأتمت المدعية عملها على أكمل وجه من الأعمال المسندة إليها، وتبقى في ذمة المدعى عليها مبلغٌ وقدرة (٤, ١٤٠, ٠٠٠) أربعة ملايين ومائة وأربعون ألف ريال) لصالح (شركة... للمقاولات المحدودة)، حسب الشرط التالي: نسبة ١٠٪ من المبلغ المحكوم به؛ على أن أستحق نسبة (١١٪) من المبلغ المحكوم به متى اتفق بين الطرفين، والقضية انتهت بحكم نصه (حكمت الدائرة: بتأييد حكم الدائرة السابعة بالمحكمة التجارية بالرياض الصادر بتاريخ ٠٣/٠٧/١٤٤٢ في القضية الابتدائية رقم (١٥٣٣٨) لعام ١٤٤٠ والقاضي أولاً: إلزام شركة... بأن تدفع لشركة... للمقاولات المحدودة سجل تجاري رقم (...)) مبلغ قدره (٣, ١٦٠, ٧٤٦) ثلاثة ملايين ومائة وستون ألفاً وسبعمائة وستة وأربعون ريالاً وعدم قبول ما زاد عن ذلك، ثانياً: إلزام شركة... بأن تدفع لشركة... للمقاولات المحدودة أتعاب محاماة مبلغاً وقدرة (١٥٠, ٠٠٠) مائة وخمسون ألف ريال ورفض ما عاد ذلك، ثالثاً إلزام شركة... بأن تدفع لشركة... للمقاولات أتعاب الخبرة مبلغ وقدرة (٥٢, ٠٠٠) اثنان وخمسون ألف ريال، وبالله التوفيق.) وذلك حسب الصك رقم (٤٠٩٢٢٣٣٦١) وتاريخ ١٤٤٣/٠٢/٩هـ، وعليه أستحق (٣٦٣, ٤٨٥, ٠٠) ثلاث مئة وثلاثة وستون ألفاً وأربع مئة وخمسة وثمانون ريال سعودي، وصل جزء منه وهو (١٠٠, ٠٠٠, ٠٠) مائة ألف ريال سعودي، والمتبقي (٢٦٣, ٤٨٥, ٠٠) مئتان وثلاثة وستون

ألفاً وأربع مئة وخمسة وثمانون ريالاً سعودياً). وانتهى إلى المطالبة بإلزام المدعى عليه بتسليم النسبة التي في ذمته حالاً، وذلك للمسوغات الآتية: اكتساب حكم لصالح المدعى عليها. فُقِّدَت أوراق الدعوى قضية بالرقم المدون أعلاه، ومن ثم أُحيلت إلى هذه الدائرة في ٢٠/٠٨/١٤٤٤هـ، وباشرت نظرها على النحو المثبت بمحاضر الضبط. ففي الجلسة المنعقدة بتاريخ ٣٠/٠٧/١٤٤٤هـ، عبر الاتصال المرئي، حضر المدعي وكالة/ فيصل...، بالوكالة رقم: (٤١١٢١٠٥٦١)، وحضرت المدعى عليها وكالة/ حنين...، بالوكالة رقم: (٤٣١٩٠٧٨١٧)، وبسؤال المدعي وكالة عن دعوى موكله، ادعى بما يلي: (تم التعاقد بين موكلي المدعى عليها بتاريخ ١٥/١١/١٤٤٠هـ على أن يقوم موكلي بـ(مطالبة مالية) في الدعوى المقامة من (شركة... للمقاولات المحدودة) ضد (شركة...) المقيدة في المحكمة التجارية بالرياض برقم (١٥٣٣٨) وتاريخ ١٥/١١/١٤٤٠هـ والمنظورة لدى (الدائرة السابعة) بشأن المطالبة بـ(تعاقدت المدعية مع المدعى عليها بتاريخ ٠٩/٠١/١٤٣٦هـ عقد مقاوله من الباطن الخاص بمشروع الهيئة العامة للطيران المدني لتنفيذ عقد خدمات التشغيل والصيانة بمطار الملك عبد العزيز الدولي وقامت المدعية بأعمال المشروع وإعادة تأهيل خزانات المياه الاستراتيجية شمال المطار رقم (٤٢٥-٢) وأتمت المدعية عملها على أكمل وجه من الأعمال المسندة إليها وتبقى في ذمة المدعى عليها مبلغ قدره (٤, ١٤٠, ٠٠٠) أربعة ملايين ومائة وأربعون ألف ريال) لصالح (شركة دجي جدة للمقاولات المحدودة)، وصدر حكم لصالح المدعى عليها

بمبلغ وقدره (٧٤٦, ١٦٠, ٣) ثلاثة ملايين ومائة وستون ألفاً وسبعمئة وستة وأربعون ريالاً، وأصبح الحكم نهائياً وتم تنفيذ الحكم وتحصيل المبلغ للمدعى عليها، لذا يطالب موكلي بأتعاب المحاماة عن القضية المذكورة، حيث استلم موكلي مبلغ وقدره (١٠٠٠٠٠٠) مائة ألف ريال، وتبقى في ذمة المدعى عليها لصالح موكلي مبلغ وقدره (٤٨٥, ٠٠, ٢٦٣) مئتان وثلاثة وستون ألفاً وأربع مئة وخمسة وثمانون ريالاً سعودي. لذا نأمل من فضيلتكم إلزام المدعى عليها بدفع مبلغ وقدره (٤٨٥, ٠٠, ٢٦٣) مئتان وثلاثة وستون ألفاً وأربع مئة وخمسة وثمانون ريالاً سعودي، وبطلب الجواب من وكالة المدعى عليها أجابت بما يلي: (أفاد موكلي بأن ما ذكره الزميل المدعي غير صحيح، والصحيح إنه تم سداد كامل أتعاب المحامي الزميل بمبلغ وقدره (١٠٠, ٠٠٠) مائة ألف ريال بموجب حوالة بنكية بتاريخ ٢٢/١٠/١٤٤٣ هـ. وأنه لا يوجد أي اتفاق بخلاف ذلك ولا يوجد أي عقد مبرم بين الطرفين. بناء عليه: نطلب من فضيلتكم رد دعوى المدعي، فيما عقب وكيل المدعي بعدم صحة ذلك، فأفهمته الدائرة بأن عليه الجواب التفصيلي وإرفاق ما لديه من مستندات خلال خمسة أيام، وأفهمت وكالة المدعى عليها بأن عليها الجواب مع إرفاق المستندات خلال الخمسة أيام التالية؛ فاستعدا بذلك. وبتاريخ ٤/٩/١٤٤٤ هـ قدم وكل المدعي مذكرة تضمنت ما يلي: (نتقدم لفضيلتكم بردنا هذا وذلك بعد أن أنكرت المدعى عليها الأتعاب المتفق عليها، ونلخص ردنا لفضيلتكم بما يلي: ١- بعد انتهاء القضية وتحصيل المدعى عليها لمبلغ المطالبة، أصدر موكلي فاتورة مطالبة

بمبلغ وقدره (٧٩, ٤٨٥, ٣٦٣) ثلاثمائة وثلاثة وستون ألفاً وأربعمائة وخمسة وثمانون ريالاً، وخمس وسبعون هللة، وقام موكلي بإرسالها للمدعى عليها عن طريق الإيميل. (مرفق لفضيلتكم البريد كمستند رقم ١). ٢- تواصلت المدعى عليها مع موكلي هاتفياً وطلبت خصم على الفاتورة، وبناءً عليه قام موكلي بعمل خصم ٢٠٪ من قيمة الفاتورة بشرط أن يتم السداد قبل نهاية شهر مارس لعام ٢٠٢٢م. (مرفق لفضيلتكم البريد كمستند رقم ٢). ٣- تم الرد من قبل المدعى عليها بطلب صورة فاتورة بعد الخصم، وتم تزويد موكلي للمدعى عليها فاتورة بعد الخصم، وتم الرد من قبل المدعى عليها ب(سأقوم بتحويله إلى قسم الشؤون المالية لدينا ل يتم تصفيته في أسرع وقت ممكن. (شكراً لك). (مرفق لفضيلتكم البريد كمستند رقم ٣) أصحاب الفضيلة، تلاعبت المدعى عليها بموكلي ولم تقم بتحويل المبلغ الذي تم الاتفاق عليه وبناءً على ما ذكر أعلاه، نأمل من فضيلتكم وكلنا أمل في عدالتكم إلزام المدعى عليها بدفع مبلغ وقدره (٠٠, ٤٨٥, ٢٦٣) مئتان وثلاثة وستون ألفاً وأربع مئة وخمسة وثمانون ريال سعودي). وبتاريخ ٨ / ٩ / ١٤٤٤هـ. قدم وكيل المدعى عليها مذكرة تضمنت ما يلي: (نتمسك بما ذكرناه سابقاً لفضيلتكم من عدم صحة دعوى المدعي ونتمسك بإنكارها جملة وتفصيلاً، ونوضح لفضيلتكم التالي: ١- فيما يخص المرفق رقم (١) ورقم (٢) المقدمين من المدعي فهم عبارة عن رسائل بريد إلكترونية مرسلة من قبله ولم تقم موكلتي بالرد عليها بالإيجاب، بل العكس هو الصحيح حيث ردت موكلتي على الرسائل المذكورة بطلبها الحصول على الاتفاقية المبرمة (إن وجدت).

مرفق لفضيلتكم صورة من البريد الإلكتروني والذي تعمد المدعي بعدم إرفاقه لفضيلتكم لخداع الدائرة حيث يظهر بأن موكلتي ليس لديها علم عن قيمة الأتعاب، ولم يتم المدعي بإرسال الاتفاقية المطلوبة. وعليه تكون هذه المرفقات (دليل مصطنع) من صنع المدعي لنفسه ولا يجوز الاستناد عليها وإلزام موكلتي بشيء لم يصدر من قبلها أو موافقتها، كما أنه لا يوجد عقد مبرم بين الطرفين أو اتفاق وعلى المدعية تقديم بيئتها على ذلك. ٢- فيما يخص المرفق رقم (٣) والمقدم من المدعي (البريد الإلكتروني) حيث إن هذا المرفق لا يعتبر دليل أو بيينة كما يستشهد به المدعي وذلك لتضمن الرسالة لما نصه «سأقوم بتحويله إلى قسم الشؤون المالية لدينا ليتم تصفيته في أسرع وقت ممكن» فوضح لفضيلتكم أن ذلك مجرد إجراء روتيني للتأكد من مستحقات المدعي وعليه تم إرسالها لقسم المالية للتأكد منها، وبمراجعة ذلك من قبل قسم المحاسبة تبين عدم استحقاق المدعي لما يطالب به وأن استحقاقه ينحصر في مبلغ ١٠٠,٠٠٠ مئة ألف ريال، وعليه تم سداد كامل أتعاب المحاماة بمبلغ وقدره (١٠٠,٠٠٠) ريال. عليه نطلب من فضيلتكم: رد دعوى المدعي). وفي الجلسة المنعقدة بتاريخ ١٤/٠٩/١٤٤٤هـ عبر الاتصال المرئي حضر المدعي وكالة/ فيصل...، بالوكالة رقم: (٤١١٢١٠٥٦١)، وحضرت المدعى عليها وكالة/ حنين...، بالوكالة رقم: (٤٣١٩٠٧٨١٧)، وبسؤال المدعي وكالة عن الحوالة البالغة ١٠٠,٠٠٠ مئة ألف لموكله، فأجاب بأنها كانت بعد إرسال الفاتورة للمدعى عليها، وأكدت ذلك وكيلة

المدعى عليها، وعليه رأت الدائرة صلاحية القضية للفصل فيها، فقررت رفع الجلسة، وأصدرت حكمها المائل بناء على ما يلي:

### الفرع الثاني: الأسباب والحكم:

بعد سماع الدعوى والإجابة؛ ولما كانت العلاقة بين الطرفين تتعلق بأتعاب محاماة، ولما كان النظر في الاختصاص من أولى المسائل التي يجب بحثها قبل الشروع في نظر موضوع النزاع، وحيث تضمنت المادة (٢٦) من نظام المحاماة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٨) وتاريخ ٢٨/٠٧/١٤٢٢هـ، ما نصه: «تحدد أتعاب المحامي وطريقة دفعها باتفاق يعقده مع موكله، فإذا لم يكن هناك اتفاق أو كان الاتفاق مختلفاً فيه أو باطلاً قدرتها المحكمة التي نظرت في القضية عند اختلافهما، بناءً على طلب المحامي أو الموكل بما يتناسب مع الجهد الذي بذله المحامي والنفع الذي عاد على الموكل»، وحيث إن أصل النزاع منظور أمام هذه الدائرة، وعليه فإنها مختصة بنظر هذه الدعوى. وأما عن موضوع الدعوى: فلما كان وكيل المدعى يطلب إلزام المدعى عليها بأن تدفع لموكله مبلغاً قدره (٠٠, ٤٨٥, ٢٦٣) مئتان وثلاثة وستون ألفاً وأربع مئة وخمسة وثمانون ريالاً، عن أتعاب المحاماة في القضية رقم (١٥٣٣٨ لعام ١٤٤٠هـ)، المحكوم فيها من هذه الدائرة، تأسيساً على أن الأتعاب المتفق عليها كان مقدارها (٠٠, ٤٨٥, ٣٦٣) ثلاثمائة وثلاثة وستون ألفاً وأربعمائة وخمسة وثمانون ريالاً، وقد سددت المدعى عليها منها (٠٠٠, ١٠٠) مائة ألف ريال، وحيث تلخص جواب وكيلة المدعى عليها في أنه لا يوجد اتفاق على تحديد الأتعاب وأنها قد سددت للمدعى

مبلغاً قدره (١٠٠, ٠٠٠) مائة ألف ريال، ولم يعد له حق في ذمتها غيره، وحيث إن المدعي وكالة قدم بينة تمثلت في مراسلات البريد الإلكتروني بينه وبين ممثل المدعى عليها وقد تضمنت المراسلات إشعاراً من المدعي لممثل المدعى عليها بأن الأتعاب مقدارها بعد الخصم (٦٣, ٧٨٨, ٢٩٠) مائتان وتسعون ألفاً وسبعمائة وثمانية وثمانون ريالاً وثلاث وستون هللة، على أن تسدد في مدة محددة، وقد لاقى ذلك قبولاً من ممثل المدعى عليها بإحالة له للإدارة المالية لتصفية المستحقات، ومن ثم شرعت المدعى عليها بسداد جزء منها مقدارها (١٠٠, ٠٠٠) مائة ألف ريال، وتخلفت عن سداد المتبقي، وحيث إن هذه المفاهمة بين الطرفين هي المتيقنة في تحديد الأتعاب، إذ إنها محل توافق من المدعي وممثل المدعى عليها على البريد الإلكتروني بصفته واحد من الأدلة الرقمية التي لها حجية الإثبات بالكتابة، وفق ما ورد في المادة الخامسة والخمسين من نظام الإثبات التي نصت على: «يكون للإثبات بالدليل الرقمي حكم الإثبات بالكتابة الوارد في هذا النظام»، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى ما يرد في المنطوق أدناه.

### نص الحكم:

حكمت الدائرة: بإلزام المدعى عليها/ شركة... للمقاولات المحدودة شركة شخص واحد. سجل تجاري رقم (...). بأن تدفع للمدعي/ فراس.... سجل مدني رقم (...). مبلغاً قدره (٦٣, ٧٨٨, ١٩٠) مائة وتسعون ألفاً وسبعمائة وثمانية وثمانون ريالاً وثلاث وستون هللة، وبالله التوفيق وصلى الله وسلم على نبينا محمد. وقد صدق الحكم من الاستئناف.

## الفرع الثالث: التعليق:

يتضح من الحكم القضائي استناده إلى مضمون البريد الرقمي المقدم من المدعي، وإقامته دليلاً قاطعاً في الدعوى، واعتماد ما جاء به، وتحقيق هذا الاستدلال لشروط الإثبات بالدليل الرقمي، وقد قام هنا الدليل الرقمي -البريد الرقمي- مقام الكتابة، وهذا متسق مع ما قرره المنظم من حجية للأدلة الرقمية.

## المطلب السادس: قضية أجره خدمات دليها المراسلات الرقمية<sup>(١)</sup>:

### الفرع الأول: موضوع القضية ووقائعها:

تتلخص وقائع هذه الدعوى في تقديم وكيل المدعية بلائحة دعوى إلى المحكمة التجارية بجدة ذكر فيها: أنه بتاريخ ٢٣/٠٧/١٤٤٣ هـ الموافق ٢٤/٠٢/٢٠٢٢ م -تقريباً- تعاقد المدعي مع المدعى عليه على أن يقوم المدعي بنقل معدات طبية وهي عبارة عن (معدات طبية) عن طريق الجو، ولم أستلم من الأجرة شيئاً، علماً أن نشوء الحق كان بتاريخ ٠٣/١١/١٤٤٣ هـ الموافق ٠٢/٠٦/٢٠٢٢ م -تقريباً-، ونشأ بسبب هذه العلاقة التجارية التالي: عدم تسليم أجره النقل وقدرها (٢٥٠,٠٠,١٩٤) مائة وأربعة وتسعون ألفاً ومئتان وخمسون ريالاً سعودياً استناداً على (مطابقة رصيد وإقرار بالمديونية) وأضرار تقاضي، وطالب إلزام المدعى عليها: ١- دفع مبلغ أجره النقل وقدره (٢٥٠,٠٠,١٩٤) مائة وأربعة وتسعون ألفاً

(١) ينظر: القضية رقم (٤٤٧٠٤١١١٩٩)، البوابة العلمية القضائية: <https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/58795>.



ومئتان وخمسون ريالاً سعودياً. ٢- التعويض عن أضرار التقاضي بمبلغ قدره (٥٠,٠٠٠,٠٠٠) خمسون ألفاً ريالاً سعودياً، وقدم سنداً لطلبه: مطابقة الرصيد. وقيدت قضية بالرقم المين في ديباجة الحكم ولنظرها عقدت الدائرة جلسة مرئية بتاريخ: ٢٧/٠٥/١٤٤٤هـ، وفيها: حضر الأطراف، وبسؤال المدعي عن دعواه، أرفقها من خلال المحادثة ونصها: «إنه بتاريخ ٢٣/٧/١٤٤٣هـ الموافق ٢٤/٢/٢٠٢٢م تم الاتفاق بين موكلتي مؤسسة... للخدمات اللوجستية وبين شركة... للتجارة على أن تقوم موكلتي بنقل معدات طبية- وهي عبارة عن: (سرير مستشفى مع ملحقاته الطبية من عربات الطوارئ بعدد (٤٨) عربة كتان-ترولي- بعدد: (١) جهاز طبي: (بحجم ١١٢١ متر مكعب) بعدد: (١) نظام التصوير الإشعاعي: (إكس-راي) بعدد (٢) طاولات وسرر طبية بعدد: (٩) نظام أشعة بالموجات الصوتية، عدد: (٢) للمدعى عليه، من منشئها (الولايات المتحدة- أسبانيا - الصين كوريا الجنوبية- المملكة المتحدة) إلى مطار جدة، وذلك وفقاً لعرض الأسعار- الخاص بكل بلد- المرسل لهم عبر البريد الإلكتروني والموافق عليه من قبلهم. وقد حدث نتيجة هذه العلاقة التجارية عدة تعاملات بين الطرفين، ترتب على إثرها أجرة نقل قدرها: (٢٥٠, ١٩٤) مئة وأربعة وتسعون ألفاً ومئتان وخمسون ريالاً سعودياً، لم تقم المدعى عليها بدفعها حتى تاريخه، وقد أقرت المدعى عليها بصحة المطالبة، وذلك بموجب مطابقة رصيد، عليه نطلب من فضيلتكم إلزام المدعى عليها بما يلي: ١- دفع مبلغ أجرة النقل وقدره (٢٥٩, ١٩٤) مئة وأربعة وتسعون ألفاً ومئتان

وخمسون ريال سعودي. ٢- التعويض عن أضرار التقاضي ببلغ وقدره (٥٠,٠٠٠) خمسون ألف ريال سعودي. «... وأفهمت الدائرة وكيل المدعى عليها إرفاق رده على الدعوى عبر خانة الطلبات متضمنا جميع دفعه فيما يتعلق بالاختصاص وتحرير الدعوى خلال خمسة أيام، وعلى وكيل المدعية الرد على ذلك بنفس الطريقة والمدة، وعليه رفعت الجلسة. وفي تاريخ: ٩ / ٨ / ١٤٤٤هـ، افتتحت هذه الجلسة عبر الاتصال المرئي وفيها: حضر وكيل المدعية: معاذ...، بموجب الوكالة رقم: (٤٤٢٢١٧٥٦٠) كما حضر وكيل المدعى عليها: إسماعيل...، بموجب الوكالة رقم: (٤٣٤٣٤١٢١٢) وبسؤال وكيل المدعى عليه عما استمهل من أجله أرفق ردًا نصه: (ما جاء في دعوى المدعية من اتفاقها مع موكلتي على شحن المعدات الموصوفة في الدعوى غير صحيح، فموكلتي لا تعلم عن عدد الكميات التي تم شحنها تحديداً أو الدول التي شحنت منها وكم تكلفة الشحن، فالمدعية لم تقم بتوقيع عقد مع موكلتي يوضح ذلك تفصيلاً فموكلتي تتعامل مع الكثير من شركات الشحن وبينها وبينهم عقود، وليس بين موكلتي وبين الشركة المدعية أي عقد ونطلب منها تقديم البينة على ما ذكرت، أما ما يخص مصادقة الرصيد المرفقة في الدعوى فإن موكلتي تنكر ما جاء فيها من توقيع وختم استناداً إلى نظام الإثبات، إذ إن المخول بالتوقيع عن موكلتي هو مديرها العام... لذلك نطلب من المدعية تقديم البينة على الاستحقاق وفي حال عجزها عن ذلك نطلب من مقام الدائرة رد الدعوى لعدم الاستحقاق) وبعرض ذلك على وكيل المدعية طلب مهلة للرد، وعليه أفهمته الدائرة بأن

عليه الرد عبر خانة الطلبات خلال خمسة أيام وعلى وكيل المدعية الرد على ذلك بنفس الطريقة والمدة. وفي تاريخ: ٣٠/٠٨/١٤٤٤هـ، عقدت هذه الجلسة عبر الاتصال المرئي، وفيها: حضر وكيل المدعية بموجب الوكالة رقم: (٤٤٢١٩٦٣٥٦) كما حضر وكيل المدعى عليها بموجب الوكالة رقم: (٤٣٤٣٤١٢١٢) وبسؤال وكيل المدعى عليها عن رده على مذكرة وكيل المدعية المرفقة بتاريخ: (١٢/٥/١٤٤٤هـ) والمتضمنة مراسلات (بريدية) مع مدير الشركة المدعى عليها تفيد وجود تعامل بين الطرفين، ومراسلة عبر تطبيق (الواتس أب) مع مدير الشركة تفيد إقراره بصحة مطابقة الرصيد، أجاب بما نصه: (موكلي لا يعلم صاحب الصفة الحقيقية في هذا الاتفاق لأن الذي تواصل معه وسيط وليس صاحب المؤسسة) وعليه رأت الدائرة رفع الجلسة للنطق بالحكم.

### الفرع الثاني: الأسباب والحكم:

وتأسيساً على الوقائع آنفة الذكر وبعد سماع الدعوى والإجابة، ولما كانت الدعوى مقامة بين تاجرين، وبمناسبة عقد تجاري عليه تكون المحكمة التجارية مختصة بنظر النزاع استناداً للمادة: (١/١٦) من نظام المحاكم التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩٣) وتاريخ: ١٥/٠٨/١٤٤٢هـ، وأما عن الموضوع: فقد حصر وكيل المدعية طلباته في إلزام المدعى عليها بدفع مبلغ أجره النقل وقدرها: (٢٥٠, ١٩٤) مائة وأربعة وتسعون ألفاً ومئتان وخمسون ريالاً سعودياً. والتعويض عن أضرار التقاضي بمبلغ قدره: (٥٠, ٠٠٠) خمسون ألفاً ريالاً سعودياً، وبما أن وكيل

المدعية قدم البينة التي تثبت استحقاق موكلته لمبلغ المطالبة، والمتمثلة في مصادقة رصيد بختم المدعى عليها، وبما أنه استقر القضاء على أن الأختام تعبر عن إرادة أصحابها ما لم يثبت العكس، وقد جرى العرف التجاري على توثيق معاملات التجار وعقودهم بأختامهم؛ لما تعطيه تلك الأختام من الثقة في التعاملات بينهم، وبناءً على المادة: (٢٩) من نظام الإثبات حيث نصت على: «يعد المحرّر العادي صادرًا ممن وقعه وحجة عليه؛ ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أو ينكر ذلك خلفه أو ينفي علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق» وحيث إنه من المقرر في الأصول الشرعية والأنظمة المرعية لزوم نهوض الادعاء على البينة المعتبرة لإثباته كمحل في الدعوى، وبما أن البينة التي قدمها وكيل المدعية ترى الدائرة أنها موصلة للحق المطالب به، مما تنتهي معه الدائرة إلى قبوله، ولا ينال من ذلك ما دفع به وكيل المدعى عليها من إنكاره للتعامل وأن مطابقة الرصيد موقعه من غير المخول بالتوقيع، حيث قدم وكيل المدعية مراسلات (بريدية) مع مدير الشركة المدعى عليها تفيد وجود تعامل بين الطرفين، ومراسلة عبر تطبيق (الواتس أب) مع مدير الشركة تفيد إقراره بصحة مطابقة الرصيد، وهو ما لا ينكره وكيل المدعى عليها، وبناءً على المادة: (٧٥) من نظام الإثبات: «يكون الدليل الرقمي غير الرسمي حجةً على أطراف التعامل - ما لم يثبت خلاف ذلك - في الحالات الآتية: ... ٣- إذا كان مستفادًا من وسيلة رقمية موثقة أو مشاعة للعموم».

وأما ما يتعلق بطلب أتعاب المحاماة فإن إلقاء المدعية إلى التقاضي ورفع

الدعاوى وبذل الوقت والجهد في المحاكم للحصول على حقها هو من الضرر الذي تنفيه الشريعة قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا ضرر ولا ضرار» وبما أن المدعى عليها تسببت في تحميل المدعية أعباء وأتعاب هذا الترافع رغم ثبوت الحق وظهوره مما يجعل وصف المماطلة وإجاء المدعية لرفع الدعوى ثابتين على المدعى عليها، ولأن الدائرة هي المخولة بتقدير هذه الأتعاب على الوجه المعتاد دون زيادة أو نقصان الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى قبول هذا الطلب جزئياً، وعليه ولجميع ما سبق وتقرر فإن الدائرة تنتهي إلى حكمها أدناه.

### نص الحكم:

حكمت الدائرة: بإلزام المدعى عليها: (شركة... للتجارة) سجل رقم: (... ) بأن تدفع للمدعية: (مؤسسة... للخدمات اللوجستية) سجل رقم: (... ) مبلغاً قدره: (٢٥٠, ١٩٤) مائة وأربعة وتسعون ألفاً ومئتان وخمسون ريالاً سعودياً. ومبلغاً قدره: (٣٠٠٠٠٠) ثلاثون ألف ريال سعودي، أتعاب محاماة، وبالله التوفيق.

### الفرع الثالث: التعليق:

نص الحكم القضائي في تسببه على الاستناد إلى مضمون البريد الرقمي والمحادثات المرسلة عبر الوسيلة العامة المشاعة للعموم (الواتساب) المقدم من المدعى، وإقامته دليلاً قاطعاً في الدعوى، واعتماد ما جاء به، وتحقيق هذا الاستدلال لشروط الإثبات الدليل الرقمي (البريد الرقمي) والمراسلات الرقمية بالوسيلة المشاعة للعموم (الواتساب)، وهذا متسق مع ما قرره

المنظم من حجية للأدلة الرقمية وشروط الاستدلال بها، ونلاحظ أن الحكم القضائي هنا قد عد محادثات الواتساب من ضمن المراسلات الرقمية لا وسائل الاتصال.



## الخاتمة

بعد حمد الله على إيعانته وتسهيله، فإني أجمل ما توصلت إليه من النتائج وأهم التوصيات، فأقول وبالله الإعانة:

### أهم النتائج:

1. عرف الدليل الرقمي بأنه: كل دليل مستمد من أي بيانات تنشأ أو تصدر أو تسلم أو تحفظ أو تبلغ بوسيلة رقمية، وتكون قابلة للاسترجاع أو الحصول عليها بصورة يمكن فهمها، وهو بهذا التعريف يشمل كل أنواع الأدلة حتى التقليدي منها متى ما وضع في شكل رقمي.
2. توصل الباحث إلى أنه لا فرق بين مصطلح رقمي ومصطلح إلكتروني بحسب ما وقف عليه في تحليل الفروق المميزة بين المصطلحين.
3. عدّد المنظم أهم أنواع الدليل الرقمي، ولم يفرق بينها بفروق تمايزها عن بعضها البعض، وقد حاول الباحث الممايزة بينها بما ظهر له من فروق، وقد نص على اعتبار أي دليل رقمي مستجد.
4. للأدلة الرقمية صفات متعددة أهمها: إمكانية نسخه وتكراره وتعديله، وإمكانية دخول التحريف بمضمونها، وغيرها من الصفات.
5. اختلف الفقهاء في مدى كون طرق الإثبات محصورة ومقصورة على مورد النص، أو غير محصورة إلا بما يظهر الحق ويبينه وإن لم يكن منصوصاً، وقد اختار الجمهور من المذاهب الأربعة انحصارها في الطرق المنصوصة، واختار بعض المحققين عدم الانحصار، ورجح الباحث عدم الانحصار،

إلا أن الباحث يظن أن الجمهور لا يختلفون- في الجملة- في اعتبار القرائن الموصلة للحقيقة، وإن لم تكن منصوصة وهذا يجعل التأصيل للدليل الرقمي كقرينة مقبولة لدى الجمهور من الفقهاء- في الجملة-.

٦. انقسم القانونيون إلى ثلاثة مذاهب في مسألة حصر طرق الإثبات وعدم حصرها، وتميز كل مذهب بميزات، ولو حظ على كل منها بعض السلبات، إلا أن المذهب المختلط كان وسطاً بينها وهو ما اتجه له المنظم السعودي.

٧. الدليل الرقمي كان مجرد قرينة في النظام القضائي السعودي، بناء على الاعتبار الفقهي، ومن ثم صدر نظام التعاملات الإلكترونية وقد عده قرينة يمكن أن تصل لمرتبة الدليل الذي يعتمد عليه للإثبات مستقلاً، وقد جاء قرار المحكمة العليا في المبدأ الخاص بحجية الأدلة الرقمية مصدقاً لذلك، وبعد صدور نظام الإثبات الجديد انتقل الدليل الرقمي ليكون دليلاً ذا حجية ثبوتية تعادل دليل الكتابة، ولم يعد مجرد قرينة قد تصل في أقوى درجاتها لدليل مستقل.

٨. يشترط لسلامة الاحتجاج بالدليل الرقمي عدة شروط أهمها سلامته من القوادح التي تعيبه كالتحريف أو التضليل أو المعارضة بما هو أقوى، وغيرها مما أورده المنظم تفصيلاً في نظام الإثبات.

٩. اختلف التفسير القضائي في التمييز بين أنواع الأدلة الرقمية، فقد عدت بعض الأحكام القضائية المحادثات المرسلة عبر الواتساب دليلاً رقمياً نوعه: المراسلات الرقمية، وبعضهم عده من وسائل الاتصال الرقمية، ولعل



مرجع ذلك إلى عدم تفريق المنظم بينهما بفرق واضح، وحتى لحظتنا هذه قد لا يتضح أهمية هذا التفريق، إلا أن تمييز الأنواع قد يترتب عليه اختلاف في أساليب مناقشة حجية كل دليل منها ومدى سلامته ونحو ذلك.

١٠. بعد الاستقراء الجزئي لما يقرب من ستين حكمًا قضائيًا عبر البوابة العلمية القضائية وغيرها، يرى الباحث أن أغلب أنواع الأدلة الرقمية المستخدمة للإثبات هو دليل المراسلات الرقمية بأنواعها.

### أهم التوصيات:

١. أن يبحث موضوع الدليل الرقمي من حيث مقارنته وبقية أدلة الإثبات بحسب نظام الإثبات السعودي.

٢. أن يتنبه المنظم لمسألة التفريق بين أنواع الأدلة الرقمية، لاختلاف ما قد يوجه لها من مطاعن قد تخل من درجة ثبوتها فما يتوجه للمراسلات يختلف عما يتوجه لوسائل الاتصال الصوتي ونحوها، وإن كان الطعن المقبول هو الطعن بالتزوير فقط.

٣. أن تدرس بقية أدلة الإثبات دراسة مقارنة لحاجة المكتبة العلمية لذلك.

٤. أن تدرس مسألة تعارض الدليل الرقمي مع غيره من الأدلة، وأن تدرس مسألة ضوابط الإثبات بالدليل الرقمي في القضايا الجنائية.

٥. الاهتمام بتحرير الأحكام المنشورة عبر البوابة العلمية القضائية، فقد وجد الباحث فيها كثيرًا من الأخطاء اللغوية والصياغية، ووجد أن أصل

هذه الأخطاء يرجع لكون العمل جارياً على ضبط مذكرات الخصوم بما تشتمله من أخطاء كما هي دون إعادة تصحيح أخطائها اللغوية أو التعبيرية، وهذا وإن كان سائغاً-تجاوزاً- في الضبوط، إلا أنه لا يصح عند تصدير الصكوك أو نشر الأحكام القضائية - مع وافر الإعذار لأصحاب الفضيلة القضاة لعظيم ما يحملونه من أعباء تنوء بحملها الجبال الراسيات!



## فهرس المراجع

١. الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية - دراسة تطبيقية مقارنة، عبد الناصر فرغلي، ومحمد المساري، دراسة صادرة عن جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ٢٠٠٧م، والمقدمة للمؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي.
٢. الإحكام في أصول الأحكام، علي بن محمد الآمدي، علق عليه: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، (دمشق - بيروت)، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ.
٣. الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات، الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٩٢١) وتاريخ ١٦/٠٣/١٤٤٤هـ.
٤. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
٥. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
٦. إعلام الموقعين عن رب العالمين، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
٧. أهمية الأدلة الرقمية في الإثبات الجنائي دراسة وفق الأنظمة السعودية، ناصر البقمي، دورية الفكر الشرطي - القيادة العامة لشرطة الشارقة، العدد ٨٠، مجلد: ٢١.

٨. البحث والتحقيق الجنائي في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، ممدوح عبد المطلب، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦م.
٩. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مطبعة شركة المطبوعات العلمية بمصر ومطبعة الجمالية بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٢٧ - ١٣٢٨هـ.
١٠. البوابة العلمية القضائية: <https://sjp.moj.gov.sa/>.
١١. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
١٢. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ١٣٥٧هـ - ١٩٨٣م.
١٣. تعارض البينات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة، أ. د. محمد بن عبد الله بن محمد بن الشنقيطي، الجمعية العلمية القضائية السعودية - الطبعة الثالثة، ١٤٤٢هـ.
١٤. التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
١٥. التلخيص في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين، المحقق: عبد الله جولم النيبالي وبشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية - بيروت.
١٦. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه «صحيح البخاري»، أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بردزبه البخاري الجعفي، تحقيق: جماعة من العلماء، دار طوق النجاة - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.



١٧. حجية الأدلة الرقمية في النظام القضائي الإسلامي، بهاء الدين الجاسم، بحث منشور في مجلة الدراسات الإسلامية، العدد ٣٧، ٢٠٢١م.
١٨. حجية الدليل الرقمي في الإثبات: دراسة في نظام الإثبات السعودي، لزياد ماجد العبد الجبار، بحث منشور بمجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية المجلد: ٦، العدد: ٢٦، ٢٠٢٢م.
١٩. الحدود في الأصول، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي الذهبي المالكي، المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٢٠. الدليل الجنائي الرقمي وحجتيه أمام القضاء الجزائري دراسة مقارنة، بن فردية، بحث منشور بالمجلة الأكاديمية للبحوث القانونية، العدد ١، المجلد: ٥، ٢٠١٤م.
٢١. الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، بتحقيق مجموعة من المحققين، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٢٢. رسالة الإثبات، أحمد نشأت، القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٧٢م.
٢٣. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
٢٤. السنن الكبرى للبيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، مجلس دائرة المعارف العمانية بحيدر آباد الدكن - الهند، الطبعة الأولى، ١٣٥٢ - ١٣٥٥هـ.
٢٥. شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي، عضد الدين عبد الرحمن الإيجي، ومعه عدة حواش، المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.

٢٦. شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى المعروف بابن النجار الحنبلي، المحقق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٢٧. صحيح مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، عام النشر: ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.
٢٨. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، مكتبة دار البيان.
٢٩. العقود الرقمية في قانون الإنترنت «دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والتشريعات العربية والأمريكية والأوروبية»، رانيا عزب، دار الجامعة الجديدة-مصر، ٢٠١٢م.
٣٠. الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، عالم الكتب.
٣١. كشاف القناع عن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، تحقيق وتخرىج وتوثيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٢١ - ١٤٢٩هـ) / (٢٠٠٠ - ٢٠٠٨م).
٣٢. لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، الحواشي: ليازجي وجماعة من اللغويين، دار صادر - بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٣٣. ماهية الدليل الرقمي في النظام السعودي: دراسة مقارنة، ليفصل السيف وسلطان الجدعاني، بحث منشور بالمجلة العالمية للقانون والدراسات السياسية العدد: ٥، المجلد: ٢، ٢٠٢٣م.



٣٤. المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي المحاربي، المحقق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٣٥. معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
٣٦. مقدمة في الحاسب الآلي والإنترنت، لعبد العزيز الموسى، الطبعة السادسة، ١٤٣١هـ.
٣٧. نظام الإثبات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ١٤٤٣/٥/٢٦هـ.
٣٨. نظام التعاملات الإلكترونية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) وتاريخ ١٤٢٨ / ٣ / ٨هـ.
٣٩. الواضح في أصول الفقه، أبو الوفاء، علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي الظفري، المحقق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
٤٠. الوسائط الرقمية الحديثة من شبكات التواصل الاجتماعي، ولد الصديق ميلود، المنشور بمجلة أكاديميا، العدد ٤، ٢٠١٦م.
٤١. وسائل إثبات جريمة الإزعاج بواسطة الوسائل السلكية واللاسلكية، منى موسى ومصطفى هادي، بحث منشور بمجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، مجلد: ٢٦، عدد: ٩، ٢٠١٨م.
٤٢. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، د. محمد مصطفى الزحيلي، مكتبة دار البيان - دمشق بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

- ٤٣ . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٦٨ م.
- ٤٤ . الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، أحمد فتحي سرور، دار النهضة العربية، ٢٠١٤ م.







## الدفاتر التجارية الإلكترونية ومدى حجيتها في النظام السعودي

د. محمد بن عبد الله آل تنيبيك العتيبي

أستاذ مساعد في قسم القانون في كلية الدراسات النظرية والعلوم الإنسانية  
بالجامعة السعودية الإلكترونية

## مقدمة

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضلَّ له، ومن يُضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، أما بعد:

فيُعدُّ التحول الإلكتروني -أو الرقمي- السمة المميزة للعصر الحديث في كافة التعاملات، والمجالات التجارية والإدارية؛ بل القانونية، فالتجارة الإلكترونية أصبحت واقعاً نعيشه في ظل التطور التكنولوجي الكبير، ووسائل الاتصال الحديثة؛ إذ أصبح الكثير من المعاملات التجارية يتم بشكل إلكتروني كامل.

وفي ظل هذا التحول الإلكتروني الكبير، اتجهت الحكومات والأنظمة إلى التحول نحو الرقمية، واستبدال كافة التعاملات والسجلات الورقية بتعاملات وسجلات إلكترونية تتماشى مع العصر الحديث.

هذا، ولما كانت الدفاتر التجارية أحد الالتزامات النظامية التي يجب على التاجر الالتزام بها؛ فقد اتجه التجار في ظل هذا التحول الرقمي إلى استعمال الدفاتر التجارية الإلكترونية بديلاً عن الدفاتر الورقية (التقليدية)؛ بحيث يُدوّن التجار معاملاتهم التجارية عبر أجهزة الحاسب الآلي، وغيره من الوسائل الإلكترونية الحديثة؛ ما يسهل عليهم تدوينها، وكذلك لتقليص حجم السجلات والدفاتر بالمقارنة بالسجلات، والدفاتر التقليدية.

فلم يعد الأسلوب التقليدي في مسك التاجر للدفاتر الورقية منسجماً مع الواقع الذي نعيش فيه؛ بل أصبحت الدفاتر التجارية الإلكترونية الأسلوب

الذي يتفق مع العصر الحديث، ومع معطيات الواقع التكنولوجي؛ ما يقودنا للحديث عن مدى حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في النظام السعودي، وهذا ما عقدت له هذا البحث.

### أولاً: أهداف البحث:

- يهدف هذا البحث وبصفة أساسية إلى:
- التعرف إلى ماهية الدفاتر التجارية الإلكترونية.
- التعرف إلى خصائص الدفاتر التجارية الإلكترونية، وأشكالها.
- التعرف إلى مدى حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر.
- التعرف إلى مدى حجية الدفاتر التجارية في الإثبات بالنسبة لخصوم التاجر.
- التعرف إلى شروط حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في النظام السعودي.

### ثانياً: أهمية البحث:

تظهر أهمية هذا البحث من خلال الواقع العملي الذي يتمثل في أن الدفاتر التجارية الإلكترونية أصبحت واقعاً وبديلاً للدفاتر التجارية التقليدية في أغلب دول العالم، ومنها المملكة العربية السعودية؛ ما يُظهر أهمية بيان وتوضيح ماهية الدفاتر التجارية الإلكترونية، والشروط التي يجب توافرها في الدفاتر التجارية الإلكترونية، والتنظيم القانوني لها في النظام السعودي؛ حتى تتمتع بالحجية القانونية في الإثبات.

### ثالثاً: مشكلة البحث وتساؤلاته:

تتمثل مشكلة البحث في أن الدفاتر التجارية الإلكترونية أصبحت واقعاً مُطبّقاً لدى كثير من التجار بالمملكة العربية السعودية كبديل عن الدفاتر التقليدية (الورقية)؛ ما يثير العديد من الإشكالات حول تحديد ماهية تلك الدفاتر، وبيان خصائصها، وأشكالها، والشروط اللازم توافرها في تلك الدفاتر، فضلاً عن تحديد بيان مدى حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في النظام السعودي، بما تتضمنه من بيانات وقيود خاصة، في ظل عدم إحاطة نظام الدفاتر التجارية السعودي بالكثير من الأحكام النظامية المتعلقة بتنظيم الدفاتر التجارية الإلكترونية.

ومن خلال الإشكالية السابقة تظهر العديد من التساؤلات التي تتمثل فيما يأتي:

- ١- ما الدفاتر التجارية الإلكترونية؟
- ٢- ما خصائص وأشكال الدفاتر التجارية الإلكترونية؟
- ٣- هل تُعد الدفاتر التجارية الإلكترونية حجة للتاجر أو ضده في الإثبات، وفقاً للنظام السعودي؟
- ٤- ما الشروط النظامية لحجية الدفاتر التجارية الإلكترونية؟

### رابعاً: حدود البحث:

الحدود الموضوعية: يقتصر نطاق البحث من حيث حدوده الموضوعية على موضوع الدفاتر الإلكترونية دون غيرها كالدفاتر التقليدية.

الحدود الزمانية: تقتصر الحدود الزمانية للبحث من بداية صدور نظام الدفاتر التجارية عام ١٤٠٩هـ حتى الآن.

الحدود المكانية: المملكة العربية السعودية.

### خامساً: منهجية البحث:

للإحاطة بكافة جوانب هذا الموضوع، وتحقيق أهداف البحث، والإجابة عن تساؤلاته؛ سوف يعتمد البحث - وبصفة أساسية - على المنهج الوصفي التحليلي، وذلك بتحليل الحالة محل البحث بشكل معمق، والوقوف على أبعادها وأطرافها من خلال الرجوع إلى الأنظمة القانونية المتعلقة بالدفاتر التجارية بالمملكة العربية السعودية، لا سيما نظام الدفاتر التجارية، ونظام المعاملات التجارية الإلكتروني، ونظام الإثبات، وغير ذلك من الأنظمة القانونية المتعلقة بالموضوع، وتحليل تلك النصوص، وبيان ما تحتوي عليه من أحكام، وتناول المتغيرات المرتبطة بها؛ ما يؤدي إلى نتائج أكثر دقة وموضوعية.

### سادساً: الدراسات السابقة:

بالبحث عن دراسات سابقة حول الموضوع وجدنا بعض الدراسات التي قد تتشابه مع هذا البحث في بعض النواحي، ورغم ذلك يظل هناك اختلاف كبير بين تلك الدراسات وهذا البحث، ومن تلك الدراسات ما يأتي:

١- إبراهيم ، مجيد أحمد (٢٠١٨)، الدفاتر التجارية الإلكترونية ومدى حجيتها في الإثبات، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد (١٧) عدد (١)، العراق:

قسم الباحث دراسته إلى مبحثين ، تناول في المبحث الأول ماهية الدفتر التجاري الإلكتروني، حيث تناول بيان التعريف بالدفتر التجاري التقليدي والإلكتروني، وشروط مسك الدفاتر التجارية الإلكترونية وموقف المشرع العراقي، أما المبحث الثاني فتناول الحجية القانونية للدفاتر التجارية الإلكترونية، من حيث القيمة الشبوتية للدفاتر التجارية الإلكترونية وحجية الدفاتر في القانون العراقي، وتقديم الدفاتر التجارية الإلكترونية.

ويتشابه هذا البحث مع بحثي من حيث الإطار العام في تناول حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية، أما عن تفاصيل البحث فيوجد ثمة خلاف كبير بين الباحثين، حيث تناول بحثي الاستفاضة في توضيح مفهوم الدفاتر التجارية الإلكترونية وخصائصها وأشكالها، كذلك يوجد ثمة اختلاف كبير بين الباحثين في الحديث عن حجية الدفاتر الإلكترونية، لا سيما وأن بحثي في النظام السعودي، أما هذا البحث ففي القانون العراقي.

٢- جامع، مليكة ، بكر اوي، محمد المهدي (٢٠٢١)، حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مجلد (١) عدد (٣)، الجزائر:

قسم الباحث دراسته إلى مطلبين، تناول المطلب الأول الإطار الموضوعي للدفاتر التجارية الإلكترونية، حيث تناول مفهوم الدفاتر

التجارية الإلكترونية وشروط مسك الدفاتر التجارية الإلكترونية في القانون الجزائري، أما المطلب الثاني فتناول بيان دور الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات، من حيث بيان مدى حجية الدفاتر التجارية في الإثبات في القانون الجزائري، وطرق الاستعانة بالدفتر التجارية الإلكترونية أمام القضاء.

ويتشابه هذا البحث مع بحثي من حيث الإطار العام في تناول بيان الدفاتر التجارية الإلكترونية وحجيتها، ورغم التشابه في الإطار العام للموضوع إلا أنه يوجد ثمة خلاف كبير بين الباحثين، فبحثي قد تناول كافة التفاصيل المتعلقة ببيان مفهوم الدفاتر التجارية الإلكترونية وخصائصها وأشكالها، ولم يتناول هذا البحث تلك التفاصيل، فضلاً على أن بحثي يتناول الحديث عن حجية الدفاتر التجارية في النظام السعودي من خلال الاعتماد على نظام الدفاتر التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٦١) بتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ والأنظمة ذات العلاقة بينما هذا البحث في القانون الجزائري، وبما يظهر الخلاف الكبير بين الباحثين من حيث تناول الموضوع محل البحث.

٣- ميشيل، جورج نبيل (٢٠٢٣)، حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات في النظام السعودي، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، عدد (٤٠):

قسم الباحث دراسته إلى ثلاثة مباحث، تناول في المبحث التمهيدي ماهية الدفاتر التجارية، تعريف الدفاتر التجارية وأهميتها وأنواعها، أما المبحث الأول فتناول شروط انتظام الدفاتر التجارية الإلكترونية، حيث تناول الشروط الخاصة بالدفاتر التجارية التقليدية ثم الشروط الخاصة

بالدفاتر التجارية الإلكترونية، أما المبحث الثاني فتناول القوة الثبوتية للدفاتر التجارية الإلكترونية.

ويتشابه البحث مع بحثي من حيث تناول موضوع حجية الدفاتر الإلكترونية في النظام السعودي، ورغم هذا التشابه في الإطار العام للبحث إلا أن ثمة خلافاً كبيراً في تناول تفاصيل الموضوع، لا سيما وأن الباحث في درسته قد تناول الحديث عن الدفاتر التقليدية من حيث أنواعها أو الشروط الخاصة بها، بينما ارتكزت دراستي على الدفاتر التجارية الإلكترونية حصراً من حيث بيان مفهومها وخصائصها التي تميزها عن الدفاتر العادية أو أشكالها الإلكترونية، كذلك يوجد اختلاف في تفاصيل تناول حجية الدفاتر الإلكترونية، حيث اعتمدنا في البداية على إثبات الحجية النظامية للدفاتر الإلكترونية من خلال الأنظمة ذات العلاقة لا سيما نظام الدفاتر التجارية السعودي (١٤٠٩هـ) ونظام التعاملات الإلكترونية (١٤٢٨هـ) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) بتاريخ ٨/٣/١٤٢٨هـ، و ضوابط وإجراءات الإثبات إلكترونياً، الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٩٢١) وتاريخ ١٦/٣/١٤٤٤هـ، ذلك باعتبار أن الدفاتر التجارية هي أحد المحررات الرقمية الإلكترونية التي يجب فيها توافر شروط معينة حددها الأنظمة ذات العلاقة حتى يجوز الدفاتر الإلكترونية الحجية النظامية؟ فضلاً عن الاعتماد على الأحكام والقرارات القضائية التي تثبت الحجية للدفاتر الإلكترونية، كل ذلك يظهر وجود اختلاف كبير بين الباحثين من حيث تناول تفاصيل الموضوع.



## سابعاً: تقسيات البحث:

تأسيساً على ما سبق، فقد قُسم هذا البحثُ إلى:

مبحث تمهيدي: التعريف بمصطلحات البحث.

المبحث الأول: ماهية الدفاتر التجارية الإلكترونية:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالدفاتر التجارية الإلكترونية.

المطلب الثاني: خصائص الدفاتر التجارية الإلكترونية.

المطلب الثالث: أشكال الدفاتر التجارية الإلكترونية.

المبحث الثاني: حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في النظام السعودي:

وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: شروط حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في النظام

السعودي.

المطلب الثاني: حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات لمصلحة

التاجر.

المطلب الثالث: حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات لمصلحة

خصوم التاجر.

الخاتمة.

## مبحث تمهيدي التعريف بمصطلحات البحث

أوضح فيما يأتي التعريف بأهم المصطلحات التي ترد في البحث، وذلك على النحو التالي:

### الدفاتر التجارية:

عبارة عن دفاتر ذات صفحات مُرقّمة يمسكها التاجر؛ لبيان مركزه المالي على الوجه الذي يتطلبه النظام<sup>(١)</sup>.

### دفتر اليومية:

ذلك الدفتر الذي تُقيد فيه جميعُ العمليات المالية التي يقوم بها التاجر، وكذلك مسحوباته الشخصية، ويتم هذا القيد يوماً بيوم بالتفصيل باستثناء المسحوبات الشخصية، والتي يمكن أن تُقيد إجمالاً شهراً بشهر<sup>(٢)</sup>.

### دفتر الجرد:

ذلك الدفتر الذي يقيد فيه تفاصيل البضاعة الموجودة لدى التاجر في آخر سنته المالية، أو بيان إجمالي عنها إذا كانت تفاصيلها واردة بدفاتر، أو قوائم مستقلة، وفي هذه الحالة تُعد هذه الدفاتر أو القوائم جزءاً متمماً للدفتر

(١) كريم، د. زهير عباس كريم، ومخولوف، د. أحمد صالح مخلوف، (١٤٤١هـ)، المدخل إلى النظام التجاري السعودي، ط ١، مركز الدراسات والبحوث - معهد الإدارة العامة، الرياض، ص: ٢٦٣.

(٢) المادة (٣) من نظام الدفاتر التجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦١) بتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ.

المذكور، كما تُقيّد بدفتر الجرد صورةً من قائمة المركز المالي للتاجر في كل سنة إذا لم تُقيّد في دفتر آخر<sup>(١)</sup>.

### دفتر الأستاذ:

ذلك الدفتر الذي تُرَحَّل إليه العمليات المالية ذات الطبيعة الواحدة من دفتر اليومية؛ بحيث يمكن استخلاص نتيجة كل حساب على حدة بسهولة في أي وقت<sup>(٢)</sup>.

### دفتر المراسلات:

ذلك الدفتر الذي يحتفظ فيه بصورة طبق الأصل من جميع المراسلات والوثائق المتعلقة بتجارته الصادرة منه، والواردة إليه، ويكون الحفظ بطريقة منتظمة، تسهل معها مراجعة القيود الحسابية، وتكفل عند اللزوم التحقق من الأرباح والخسائر<sup>(٣)</sup>.

### الدفاتر الإلكترونية:

سجلات إلكترونية يُدوّن فيها التاجر البيانات والقيود التي تتعلق بأعمال تجارته، سواءً أكان مسكها إلزامياً، أم اختيارياً<sup>(٤)</sup>.

(١) المادة (٤) من نظام الدفاتر التجارية.

(٢) المادة (٥) من نظام الدفاتر التجارية.

(٣) المادة (٦) من نظام الدفاتر التجارية.

(٤) عبد الصمد هلو محمد صالح، ناموس، نهاد منصور (٢٠١٩م)، الحجية القانونية للدفاتر التجارية الإلكترونية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد (٨)، عدد (٢٩)، العراق، ص: ١٥٤.

## التاجر:

هو الذي يشتغل بالمعاملات التجارية، ويتخذها مهنة له<sup>(١)(٣)</sup>.

## الإثبات:

تعريف الإثبات في الفقه الإسلامي:

إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق، أو على واقعة معينة تترتب عليها آثار شرعية<sup>(٢)(٤)</sup>.

تعريف الإثبات في النظام:

هو إقامة الدليل بمجلس القضاء بالطرق المحددة نظاماً على وجود واقعة قانونية تُرتب آثارها<sup>(٣)(٥)</sup>.

(١) المادة الأولى من نظام المحكمة التجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٢) وتاريخ ١٥/١/١٣٥٠هـ.

(٢) الزحيلي: محمد مصطفى، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، سوريا، ص: ٢٣.

(٣) القضاة: د. منذر عبد الكريم (١٤٣٧هـ)، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ص: ٢١.

## المبحث الأول ماهية الدفاتر التجارية الإلكترونية

في ظل التطور التكنولوجي، وانتشار استعمال الوسائل الرقمية، والحاسب الآلي، والأساليب الحديثة في كافة المعاملات -ومنها المعاملات التجارية- ظهر استخدام الدفاتر الإلكترونية محل الدفاتر التقليدية (الورقية)؛ لمناسبة استخدام الدفاتر الإلكترونية مع التطور التكنولوجي، والسرعة في العمل التجاري الحديث.

كلُّ ذلك وغيره قد جعل الدفاتر التجارية الإلكترونية تحل بديلاً فعّالاً وحديثاً للدفاتر الورقية. وفيما يأتي بيان التعريف بالدفاتر التجارية الإلكترونية، وخصائصها، وأشكالها، وذلك من خلال ثلاثة مطالب على النحو التالي:

### المطلب الأول: التعريف بالدفاتر التجارية الإلكترونية:

الدفاتر التجارية هي سجلات يُقَيّد فيها التاجر تفاصيل عملياته التجارية؛ كالإيرادات، والمصروفات، وما له من حقوق، وما عليه من التزامات متعلقة بتجارته؛ بهدف معرفة وتوضيح مركزه المالي<sup>(١)</sup>.

ويُعَدُّ الالتزام بمسك الدفاتر التجارية -بصفة عامة- أحد أهم الالتزامات التي تفرضها الأنظمة التجارية على التاجر؛ حيث نصّ نظام

(١) داخلي، رحاب محمود (١٤٣٧هـ)، القانون التجاري السعودي، ط ١، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ص: ١٩٩.

الدفاتر التجارية على أنه: «يجب على كل تاجر أن يمسك الدفاتر التجارية، والتي تستلزمها طبيعة تجارته، وأهميتها، بطريقة تكفل بيان مركزه المالي بدقة، وبيان ما له من حقوق، وما عليه من التزامات متعلقة بتجارته، ويجب أن تكون هذه الدفاتر منتظمة، وباللغة العربية، ويجب أن يمسك على الأقل الدفاتر الآتية:

- دفتر اليومية الأصلي.

- دفتر الجرد.

- دفتر الأستاذ العام.

ويعفى من مسك هذه الدفاتر التاجر الذي لا يزيد رأس ماله على مائة ألف ريال<sup>(١)</sup>.

فالنظام السعودي يفرض على كل تاجر يزيد رأس ماله على مائة ألف ريال وجوب الالتزام بـمسك الدفاتر التجارية؛ لأنها تُعد المرآة التي تعكس المركز المالي الحقيقي للتاجر، ومن خلالها يمكن معرفة مدى نجاح المشروع التجاري، أو خسارته، والإجراءات اللازمة؛ لتصحيح المسار المالي للتاجر في الوقت المناسب قبل الوصول إلى مرحلة الفشل التجاري، ومن ثم إفلاس التاجر والمشروع.

إلى جانب ذلك؛ فإن الدفاتر التجارية تُعد وسيلة حقيقية وفعّالة في تحديد الوعاء الضريبي، ومن خلالها يمكن تحديد نسبة الأرباح التي تخضع

(١) المادة (الأولى) من نظام الدفاتر التجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦١) بتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ.

للضرائب، وتستطيع هيئة الزكاة والضريبة والجمارك أن تعتمد على تلك الدفاتر في تقدير الضريبة بدلاً من اللجوء إلى التقدير الجزافي الذي كثيراً ما لا يكون في مصلحة التاجر، ومثاراً للنزاع أمام القضاء<sup>(١)</sup>.

وقد ظهرت الدفاتر الإلكترونية لتكون بديلاً لتلك الدفاتر التقليدية، خاصة في ظل انتشار استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة في كافة المعاملات التجارية، وإبرام كافة التصرفات والعقود من خلالها؛ ما جعل التجار يستخدمون تلك الدفاتر بديلاً عن الدفاتر التقليدية. وليبيان تعريف الدفاتر التجارية الإلكترونية؛ فإنني أوضح تعريف الدفاتر لغةً، ثم اصطلاحاً، ثم التعريف النظامي، وأخيراً تعريف الباحث لها كما يلي:

### أولاً: التعريف بالدفاتر لغةً:

الدَّفْتَرُ في اللغة: بفتح الدال، وقد تُكسر<sup>(٢)</sup>، وَلَا يُعْرَفُ لَهُ اسْتِثْقَاءٌ، وَبَعْضُ الْعَرَبِ يَقُولُ: تَفْتَرُ، بِالتَّاءِ، عَلَى الْبَدَلِ. وَقِيلَ: الدَّفْتَرُ: جَرِيدَةُ الْحِسَابِ<sup>(٣)</sup>، والدفتر مفرد واحد، والجمع: الدفاتر، وهي الكراريس<sup>(٤)</sup>.

- (١) الجبر، د. محمد بن حسن (١٤١٧هـ)، القانون التجاري السعودي، ط ٤، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية - الرياض، المملكة العربية السعودية، ص: ١١٤.
- (٢) الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر (٢٠٠٥م)، القاموس المحيط، كتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، ط ٨، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ص ٣٩٢.
- (٣) الزبيدي، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، دون تاريخ، دار الهداية للنشر والتوزيع - القاهرة، ص: ٣٠٥.
- (٤) ابن منظور، محمد بن مكرم (١٩٩٣م)، لسان العرب، ط ٤، دار صادر - بيروت، لبنان، ص: ٢٨٩.

وعرّف معجم اللغة العربية المعاصرة (الدفتر) بأنه: مجموعة أوراق مضمومة، مستوية الطول والعرض، ذات غلاف يحكمها<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: تعريف الدفاتر التجارية الإلكترونية اصطلاحاً:

لم يتطرق شراح القانون - في البداية - لتعريف الدفاتر التجارية الإلكترونية بشكل مستقل، وإنما تناولوا تعريف السجل الإلكتروني باعتبار أن الدفاتر التجارية الإلكترونية هي سجل إلكتروني، يشتمل على بيانات وحسابات التاجر، ثم بعد ذلك تعدد التعريفات الاصطلاحية للدفاتر الإلكترونية في إطار تعريف السجل الإلكتروني على النحو التالي:

عرّف البعض السجل الإلكتروني بأنه: «كافة المعلومات الإلكترونية التي تُرسل أو تُستلم عبر وسائل إلكترونية، أيًا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه»<sup>(٢)</sup>.

فالسجل الإلكتروني هو تلك المعلومات التي تدوّن في وسيط ملموس، أو تكون مخزونة بوسيلة إلكترونية، أو بواسطة أخرى.

وتكون قابلة للاستخراج بشكل مفهوم يُعدُّ، ويُستخرج، ويُرسل، ويُستلم بوسيلة إلكترونية<sup>(٣)</sup>.

(١) عبد الحميد، أحمد مختار (٢٠٠٨م)، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط ١، عالم الكتب للنشر والتوزيع - القاهرة، مصر، ص: ٧٥٢.

(٢) البشكاني، هادي مسلم يونس (٢٠٠٩م)، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية «دراسة مقارنة»، دار الكتب القانونية للنشر والتوزيع - القاهرة، مصر، ص: ٤٨٣.

(٣) فكري، أيمن عبد الله (٢٠٠٧م)، جرائم نظم المعلومات «دراسة مقارنة»، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية، مصر، ص: ٤٨.



ومن خلال التعريفات المختلفة للسجل الإلكتروني عرّف البعض الدفاتر التجارية الإلكترونية بأنها: «عبارة عن قيد التاجر لعملياته التجارية بالوجه الذي يتطلبه القانون؛ لبيان مركزه المالي بوسيلة إلكترونية، مثل: الحاسب الآلي، أو غيره من الأجهزة التقنية الحديثة بطريقة منتظمة، تمنع أية تعديلات، أو محو لبياناتها»<sup>(١)</sup>.

كذلك تُعرّف الدفاتر التجارية الإلكترونية بأنها: سجلات إلكترونية يُدوّن فيها التاجر البيانات والقيود التي تتعلق بأعمال تجارته، سواءً أكان مسكها إلزامياً، أم اختيارياً<sup>(٢)</sup>.

فتعريفات شراح الأنظمة قد ركزت على أن الدفاتر التجارية الإلكترونية هي كافة السجلات الإلكترونية التي يُعدّها التاجر من خلال الوسائل الإلكترونية المختلفة؛ ليدوّن فيها كافة البيانات والحسابات التجارية المتعلقة بنشاطه التجاري بشكل إلكتروني، من خلال الوسائل التكنولوجية الحديثة؛ كالحاسب الآلي، وغيره.

(١) فوزي، تيماء محمود، محمد، منار شكور (٢٠١٣م)، حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في إثبات العمل المصرفي الإلكتروني «دراسة مقارنة»، مجلة الرافيدين للحقوق، مجلد (١٦)، عدد (٥٧)، السنة (١٨)، العراق، ص: ٢١١.

(٢) عبد الصمد هلو محمد صالح، ناموس، نهاد منصور (٢٠١٩م)، الحجية القانونية للدفاتر التجارية الإلكترونية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد (٨)، عدد (٢٩)، العراق، ص: ١٥٤.

### ثالثاً: تعريف النظام السعودي للدفاتر التجارية الإلكترونية:

عرّف نظام الضريبة على الدخل الدفاتر التجارية بصفة عامة بأنها: «مجموعة الدفاتر التجارية، التي يحتفظ بها المكلف، والتي يجب أن تسجل بها جميع المعاملات التجارية»<sup>(١)</sup>.

فالنص السابق يوضح أن الدفاتر التجارية - بصفة عامة - كل ما يقيد فيه التاجر معاملاته التجارية، وبالرجوع إلى نظام الدفاتر التجارية، نجد أنه لم يتناول النصّ تعريفًا صريحًا للدفاتر التجارية الإلكترونية، وإنما أشار إليها فقط دون وضع تعريف محدد لها؛ حيث نصّ نظام الدفاتر التجارية على أنه: «يجوز أن تدوّن البيانات الخاصة بالدفاتر التجارية عن طريق الحاسب الآلي، وذلك بالنسبة للمؤسسات والشركات التي تستخدم الحاسب الآلي في حساباتها، وتحدد اللائحة التنفيذية الإجراءات والقواعد، والتي تكفل صحة وسلامة البيانات التي يشتمها الحاسب الآلي»<sup>(٢)</sup>.

فالمادة السابقة تشير إلى أن الدفاتر التجارية الإلكترونية هي تلك الدفاتر التي يُدوّن التجار - أفرادًا كانوا، أو شركاتٍ - بياناتها من خلال الحاسب الآلي. ولا شك أن تلك المادة السابقة يشوبها النقص؛ ذلك لأنها تقصر الدفاتر التجارية الإلكترونية في الدفاتر التي تتم من خلال استخدام الحاسب الآلي، رغم وجود آلات ووسائل إلكترونية حديثة - غير الحاسب الآلي - يمكن أن تُدوّن من خلالها بيانات الدفاتر الإلكترونية.

(١) المادة الأولى من نظام الضريبة على الدخل، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ١٥/١/١٤٢٥هـ.

(٢) المادة الثانية من نظام الدفاتر التجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦١) بتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ.

وإذا كان نظام الدفاتر التجارية السعودي لم يُشر في نص صريح إلى تعريف الدفاتر التجارية الإلكترونية - كما سبق - فإن المملكة العربية السعودية - وتماشياً مع تطوير الأنظمة بها بما يتفق والواقع التكنولوجي الحديث - قد أصدرت نظام التعاملات الإلكترونية، وقد تناول هذا النظام تعريف السجل الإلكتروني بأنه: «البيانات التي تُنشأ، أو ترسل، أو تسلّم، أو تُبث، أو تُحفظُ بوسيلة إلكترونية، وتكون قابلةً للاسترجاع، أو الحصولِ عليها بشكل يمكن فهمها»<sup>(١)</sup>.

وقد علمنا أن الدفاتر التجارية الإلكترونية هو سجل إلكتروني؛ ما يجعل المادة السابقة تشير - بين جوانبها - إلى تعريف الدفاتر التجارية الإلكترونية؛ لتشمل كافة البيانات الخاصة بالتاجر التي يدونها من خلال أي وسيلة إلكترونية، ومما يجعل تلك المادة تتلاقى النقص الموجود في تعريف الدفاتر الإلكترونية في نظام الدفاتر التجارية، ولائحته التنفيذية، والتي حصرت الدفاتر الإلكترونية في تلك التي تُدوّن بياناتها من خلال الحاسب الآلي فقط، بخلاف تلك المادة، والتي توسّعت في ألفاظها، بما يجعلها تشمل كافة البيانات التي تُدوّن بشكل إلكتروني من خلال أي وسيلة إلكترونية.

#### رابعاً: تعريف الباحث للدفاتر التجارية الإلكترونية:

من جميع ما سبق، يمكن لنا تعريف الدفاتر التجارية الإلكترونية بأنها: «كافة السجلات الإلكترونية التي تتم عبر أي وسيلة إلكترونية يدوّن من

(١) المادة الأولى من نظام التعاملات الإلكترونية، (١٤٢٨هـ)، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) بتاريخ ٨/٣/١٤٢٨هـ.

خلالها التاجر كافة البيانات والقيود والحسابات، والتي تتعلق بأعمال تجارته، وفق الاشتراطات التي ينص عليها النظام».

فالتعريف السابق يوضح أن الدفاتر التجارية الإلكترونية هي كل سجل إلكتروني يتم بواسطة (أي وسيلة إلكترونية)، بما يشمل الحاسب الآلي، وغيره من الوسائل الإلكترونية الأخرى، يدون من خلالها التاجر كافة البيانات والقيود والحسابات التي تتعلق بأعمال تجارته من: شراء، وبيع، ومصاريف، وأرباح، وخسائر، وغير ذلك.

فضلاً عن أن التعريف السابق قد وُضِعَ قيداً مهماً في التعريف (وفق الاشتراطات التي ينص عليها النظام)، ومعنى ذلك: أنه يجب أن يكون التدوين الإلكتروني للبيانات، والقيود، والحسابات، وغيرها من المسائل المتعلقة بالتاجر؛ قد تم وفق الاشتراطات النظامية التي يحددها النظام في الدفاتر التجارية الإلكترونية، إذ إن النظام السعودي يشترط بعض الشروط المعينة، والتي يجب توافرها في عملية تدوين الدفاتر التجارية بشكل إلكتروني؛ حتى يكتسب تلك الصفة، وتكون له حُجية نظامية -على نحو ما سنرى-.

### المطلب الثاني: خصائص الدفاتر التجارية الإلكترونية:

تُعد الدفاتر التجارية الإلكترونية تطوراً كبيراً في عملية إنشاء وحفظ الدفاتر التجارية التقليدية (الورقية)؛ بحيث تدوّن كافة تعاملات التاجر، وتنظيم دفاتره المختلفة (دفتر اليومية، ودفتر الجرد، ودفتر الأستاذ العام، وغير ذلك من الدفاتر الأخرى) من خلال استخدام الوسائل الإلكترونية

الحديثة؛ ما يجعل الدفاتر التجارية الإلكترونية تتميز ببعض الخصائص المميزة لها عن الدفاتر التقليدية، وتتمثل تلك الخصائص فيما يأتي:

### أولاً: تتميز الدفاتر التجارية الإلكترونية بالسهولة والسرعة:

من الخصائص المميزة للدفاتر التجارية الإلكترونية أنها تمتاز بالسهولة في إعدادها، والسرعة في الاطلاع عليها، والبحث عن البيانات والمعلومات المدونة بها؛ ما يجعلها أكثر اتفاقاً مع ما تتميز به المعاملات التجارية من تطورٍ وسرعةٍ كبيرة؛ وذلك لأن الدفاتر الإلكترونية تتم من خلال الوسائل الإلكترونية الحديثة، ما يجعل هناك سهولة كبيرة في عملية إنشاء تلك الدفاتر، وتدوين البيانات بها؛ ما يوفر الجهد والوقت، بخلاف الدفاتر الورقية التي تُعدُّ من خلال الكتابة؛ ما يحتاج وقتاً وجهداً كبيراً في إعدادها، أو الاطلاع والبحث على ما بها من بيانات ومعلومات<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: تُعد وسيلة اقتصادية لحفظ الدفاتر التجارية:

كذلك من الخصائص المميزة للدفاتر التجارية الإلكترونية أنها وسيلة اقتصادية، وغير مكلفة لحفظ الدفاتر؛ ذلك لأن عملية حفظ الدفاتر التقليدية تحتاج إلى مكان كبير؛ ما يترتب عليه تحمُّل التاجر تكلفة اقتصادية لتخصيص مكانٍ لحفظ تلك الدفاتر، خاصة أن النظام السعودي قد ألزم

(١) الوتيدي، قاسم عبد الحميد (٢٠٠٠م)، الدفاتر التجارية ومدى حجيتها في ظل تواجد الحاسوب، بحث مقدّم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات العربية، ص: ١٤.

التاجر بحفظ الدفاتر التجارية لمدة عشر سنوات<sup>(١)</sup>؛ ما يجعل التاجر ملزماً بحفظ كمية كبيرة من الدفاتر التقليدية الورقية لمدة زمنية طويلة، ويجعله يحتاج إلى مكان كبير للتخزين؛ حيث يمكن أن تصل تلك الدفاتر في الشركات الكبرى إلى أطنان من الأوراق، ما يجعلها تحتاج إلى جهد وتكلفة مالية في النقل والتخزين في مساحات كبيرة، وتكون معرضة للتلف بمرور الزمان، والعوامل البيئية المختلفة، بخلاف الدفاتر الإلكترونية التي تتميز بسهولة في التخزين عبر الوسائل الإلكترونية المختلفة<sup>(٢)</sup>.

**ثالثاً: الالتزام بمسك الدفاتر التجارية الإلكترونية اختياريًا في النظام السعودي:**

إذا كان النظام السعودي قد ألزم التاجر الذي يتجاوز رأس ماله مائة ألف ريال بمسك الدفاتر التجارية - وفق ما نصت عليه المادة (الأولى) من نظام الدفاتر التجارية - فإن ذلك لا يجعل التاجر ملزماً بأن تكون تلك الدفاتر في صورة دفاتر إلكترونية؛ بل الأصل أن تكون الدفاتر ورقية، وهو الذي يكون التاجر ملزماً به بحسب الأصل.

أما أن يمسك التاجر الدفاتر في شكل إلكتروني فذلك أمرٌ اختياري يرجع إلى تقدير التاجر، حيث نصَّ نظام الدفاتر التجارية على أنه: «يجوز أن تدوّن

(١) يُنظر: المادة (الثامنة) من نظام الدفاتر التجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦١) بتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ.

(٢) عبد المؤمن، ناجي (٢٠٠٠م)، ملاحظات حول حجية الدفاتر التجارية في ظل انتشار الكمبيوتر، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات العربية، ص: ١١.

البيانات الخاصة بالدفاتر التجارية عن طريق الحاسب الآلي، وذلك بالنسبة للمؤسسات والشركات التي تستخدم الحاسب الآلي في حساباتها»<sup>(١)</sup>.

فالمنظم السعودي - وفق المادة السابقة - يطلق كامل الحرية والاختيار للتاجر - فرداً، أو شركة - في استخدام الدفاتر الإلكترونية، ولم يلزمه بأن تكون الدفاتر في صورة إلكترونية؛ وإنما جعل ذلك أمراً جوازياً واختيارياً للتاجر، ومع ذلك فقد قرر المنظم أن الدفاتر التجارية الإلكترونية تقوم مقام الدفاتر التجارية التقليدية، وتكون لها حجية بشروط معينة - على نحو ما سيأتي -.

وبذلك، نجد أن الدفاتر التجارية الإلكترونية تتمتع بالعديد من الخصائص المميزة لها التي تجعلها تتناسب مع التطور التكنولوجي الحديث، والسرعة في المعاملات التجارية، فضلاً عن سهولة إنشاء وتدوين تلك الدفاتر، والبحث، والاطلاع عليها بكل سهولة، بخلاف الدفاتر التقليدية.

### المطلب الثالث: أشكال الدفاتر التجارية الإلكترونية:

في البداية، يجب أن أشير إلى أن أنواع الدفاتر التجارية بصفة عامة، سواءً كانت دفاتر تقليدية، أو إلكترونية، تنقسم - بدورها - من حيث الالتزام بمسكها إلى: دفاتر إلزامية، ودفاتر اختيارية، والدفاتر الاختيارية

(١) ينظر: المادة (الثانية) من نظام الدفاتر التجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٦١) بتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ.

هي الدفاتر التي ينظمها التجار - عادةً - لتنظيم معاملاتهم دون أن يكونوا ملزمين بذلك نظاماً<sup>(١)</sup>.

أما الدفاتر الإلزامية فقد تناول نظام الدفاتر التجارية تحديدها التي يجب على التاجر مسكها؛ حيث نص النظام على أنه: «يجب على كل تاجر أن يمسك الدفاتر التجارية، والتي تستلزمها طبيعة تجارته، وأهميتها، بطريقة تكفل بيان مركزه المالي بدقة، وبيان ما له من حقوق، وما عليه من التزامات متعلقة بتجارته، ويجب أن تكون هذه الدفاتر منتظمة، وباللغة العربية، ويجب أن يمسك على الأقل الدفاتر الآتية: دفتر اليومية الأصلي - دفتر الجرد - دفتر الأستاذ العام، ويُعفى من مسك هذه الدفاتر التاجر الذي لا يزيد رأس ماله على مائة ألف ريال»<sup>(٢)</sup>.

فالدفاتر السابقة يكون التاجر ملزماً بها، وهي دفتر اليومية الأصلي، ودفتر الجرد، ودفتر الأستاذ العام، وسواءً كانت تلك الدفاتر في شكل تقليدي (ورقي)، أو في صورة دفتر إلكتروني.

فإذا كانت الدفاتر السابقة (دفتر اليومية الأصلي، ودفتر الجرد، ودفتر الأستاذ العام) في صورة دفتر إلكتروني؛ فإنها لا تكون على شكل، أو نوع واحد؛ بل أظهر التطور التكنولوجي استخدام أشكال متعددة في مسك الدفاتر الإلكترونية تُحفظ من خلالها تلك الدفاتر الإلكترونية، على النحو التالي:

(١) محمد بن، جلال (١٩٩٥م)، المبادئ العامة في القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع - الإسكندرية، ص: ٢٣٥، وما بعدها.

(٢) المادة (الأولى) من نظام الدفاتر التجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦١) بتاريخ ١٢/١٧/١٤٠٩هـ.





## أولاً: التخزين في ذاكرة جهاز الكمبيوتر:

يُعد إنشاء وتدوين وتخزين الدفاتر التجارية الإلكترونية على ذاكرة جهاز الكمبيوتر -الحاسب الآلي- من أهم أنواع وأشكال الدفاتر التجارية الإلكترونية؛ بحيث يستخدم التاجر جهاز الكمبيوتر في إنشاء وتدوين وحفظ الدفاتر الإلكترونية، من خلال استخدام الكتابة الرقمية، وتدوين كافة المعلومات والبيانات المتعلقة بكل دفتر من الدفاتر التجارية، سواءً دفتر اليومية، أو الجرد، أو دفتر الأستاذ العام، وتخزين تلك الدفاتر على الذاكرة الداخلية لجهاز الحاسوب<sup>(١)</sup>.

وفي إطار ذلك، نصّ نظامُ الدفاتر التجارية على أنه: «يجوز أن تُدوّن البيانات الخاصة بالدفاتر التجارية عن طريق الحاسب الآلي؛ وذلك بالنسبة للمؤسسات والشركات التي تستخدم الحاسب الآلي في حساباتها»<sup>(٢)</sup>.

فالدفاتر التجارية الإلكترونية -في تلك الحالة- تتم بشكل كامل، من خلال جهاز الحاسب الآلي؛ بحيث تُدون وتُخزن الدفاتر على الجهاز لتكون تلك البيانات المخزنة على جهاز الكمبيوتر هي الدفاتر التجارية للتجار، دون اشتراط وجود دفاتر تجارية تقليدية سابقة للتاجر<sup>(٣)</sup>.

(١) العزام، كوثر أحمد فالح (٢٠١٠م)، حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات، رسالة ماجستير - جامعة جدارا، الأردن، ص: ٣٦.

(٢) ينظر: المادة (الثانية) من نظام الدفاتر التجارية السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦١) بتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ.

(٣) المساعدة، أحمد محمود (٢٠١٢م)، حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد (٤)، ص: ١١٢.

## ثانيًا: الدفاتر التجارية على شكل مصغرات فلمية (microfilms):

المصغرات الفلمية عبارة عن أفلام فوتوغرافية تُستخدم في تصوير صفحات البيانات مع تصغيرها لدرجة متناهية الصغر، عن طريق أجهزة إلكترونية مخصصة لذلك، ويمكن بعد ذلك عرض تلك البيانات من خلال الأجهزة الإلكترونية، أو طباعتها في صورة ورقية مرة أخرى<sup>(١)</sup>.

ووفقًا لذلك؛ فالمصغرات الفلمية تقوم على فكرة إدخال المحرر أو الورقة الأصلية إلى أجهزة إلكترونية تستنسخ عنها صورة، وتخزنها بشكل مصغر، أو مضغوط، ويمكن استرجاعها وإعادة طباعتها ورقياً مرة أخرى، أو تكبير تلك الصورة وعرضها على جهاز إلكتروني مخصص لذلك<sup>(٢)</sup>.

وفي إطار ذلك، تُحول الدفاتر التجارية التقليدية إلى مصغرات فلمية عن طريق استخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة؛ ومنها المساحات الضوئية، ومن ثمّ تصغر الدفاتر التقليدية، ويختصر حجمها؛ ما يؤدي إلى التقليل من مشاكل تخزين وحفظ الدفاتر الورقية، وتعرضها للتلف، والحاجة إلى المساحات الكبيرة، خاصة في المؤسسات والشركات الكبرى<sup>(٣)</sup>.

(١) عبد اللاه، هلاي (١٩٩٧م)، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية «دراسة مقارنة»، ط١، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع - القاهرة، مصر، ص: ٢٠.

(٢) لطفي، محمد حسام (١٩٨٧م)، الحجية القانونية للمصغرات الفلمية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع - القاهرة، مصر، ص: ١٥.

(٣) العزام، كوثر أحمد، حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات، مرجع سابق، ص: ٣٥.

وعلى ذلك؛ فإن المصغرات الفلمية تُعد نسخة إلكترونية للدفاتر التقليدية (الورقية) التي تُصغر عن طريق الماسحات الضوئية (الإسكانر)، وتُحوّل إلى ملفاتٍ أو صورٍ رقمية تكون نسخة من الدفاتر التجارية؛ ولكن في شكل إلكتروني.

### ثالثاً: حفظ الدفاتر التجارية الإلكترونية على شبكة الإنترنت:

الإنترنت عبارة عن شبكة اتصالات تتألف من مئات الحاسبات الآلية المترابطة بعضها ببعض، إما عن طريق خطوط التلفون، وإما عن طريق الأقمار الصناعية، وتمتد عبر العالم لتؤلّف في النهاية شبكة عالمية هائلة، تسمح بتبادل المعلومات والبيانات، ونقلها، وتخزينها عبر تلك الشبكة بين شبكات أصغر تتصل من خلالها الحواسيب حول العالم، تعمل وفق أنظمة محددة، ويعرف بـ «البروتوكول الموحد»، وهو بروتوكول إنترنت<sup>(١)</sup>.

ومن خلال استخدام شبكة الإنترنت يستطيع التاجر تخزين دفاتره التجارية الإلكترونية على تلك الشبكة، والدخول على الموقع الخاص به، وإدخال بياناته الشخصية؛ لفتح الموقع، ثم حفظ البيانات والملفات الإلكترونية التي يرغب في حفظها عن طريق الشبكة العنكبوتية بشكل مباشر، إلا أن تلك الوسيلة تُعاب بعدم الأمان؛ لإمكانية اختراق الموقع الخاص بالتاجر، وقرصنة وسرقة المعلومات والبيانات الخاصة به<sup>(٢)</sup>.

(١) الصغير، جميل عبد الباقي (٢٠١٢م)، الإنترنت والقانون الجنائي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع - القاهرة، مصر، ص: ٥، وما بعدها.

(٢) المطالقة، محمد فواز (٢٠٠٦م)، الوجيز في العقود التجارية «دراسة مقارنة»، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، الأردن، ص: ٢١٤.

## رابعًا: حفظ الدفاتر التجارية الإلكترونية على الأقراص المرنة (Floppy Disk):

يُعد القرص المرن من أشهر وسائط تخزين البيانات، ويتنشر استخدامه في الحاسبات الصغيرة والمتوسطة؛ نتيجة سهولة استخدامه وتداوله. والقرص المرن دائري الشكل قطره خمس بوصات وربع البوصة، يصنع من مادة رقيقة من البلاستيك مغطاة بطبقة من مادة مغناطيسية حساسة من أكسيد الحديد، وتوجد به فتحة كبيرة تسمى بـ «فتحة القراءة والكتابة»، من خلالها ترتبط بوحدة إدارة الأقراص على جهاز الحاسب الآلي، وبما يمكن من تخزين المعلومات، واسترجاعها من خلال القرص<sup>(١)</sup>.

وعلى هذه الأقراص المرنة يحفظ التاجر دفاتره التجارية الإلكترونية بكل سهولة ويسر؛ لتخزين تلك البيانات، واسترجاعها، وتداولها، إلا أن هذه الأقراص يُعاب عليها أنها تمثل خطورة على ما تحتويه من بيانات وقيد إذا ما تعرّض القرص للخدش والتلف، ومن ثم صعوبة استرجاع ما تحتويه من معلومات وبيانات<sup>(٢)</sup>.

وعلى هذا؛ فإن الدفاتر التجارية الإلكترونية يمكن أن تأخذ أشكالاً متعددة؛ بعضها يُخزن، ويكون له أصل مادي مكتوب يُنسخ في صورة مصغرات فلمية إلكترونية، والبعض الآخر -وهو الغالب- لا يكون (١) عبد اللاه، هلال، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية، مرجع سابق ص: ١٩، ١٨.

(٢) عبد الصمد، هلو محمد صالح، الحجية القانونية للدفاتر التجارية الإلكترونية، مرجع سابق، ص: ١٥٧.

له أصل مادي مكتوب؛ بل يُعدُّ بشكل كامل من خلال استخدام الكتابة الرقمية، ومن ثمَّ تُخزن تلك الملفات إما على جهاز الحاسب الآلي، وإما على الأقراص المرنة، وغيرها، وإما على شبكة الإنترنت.

وتتميز كافة تلك الأشكال المختلفة من الدفاتر التجارية الإلكترونية بسهولة وسرعة الاستخدام، وسهولة الحفظ، دون الحاجة إلى أماكن واسعة بالمقارنة بالدفاتر التجارية التقليدية، ورغم ذلك تحتاج الدفاتر التجارية الإلكترونية إلى ضرورة وجود أنظمة حماية معلوماتية تمنع قرصنة وسرقة البيانات الإلكترونية لتلك الدفاتر، أو إحداث تعديل، أو تلاعب فيها.

## المبحث الثاني حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في النظام السعودي

كان التطور التكنولوجي في كافة الوسائط والوسائل الإلكترونية قد أدى إلى ظهور الدفاتر التجارية الإلكترونية؛ لتكون بديلاً حديثاً من الناحية العملية للدفاتر التجارية التقليدية (الورقية)، خاصة أن الكثير من المنشآت قد تحوّل إلى استخدام الدفاتر الإلكترونية، من خلال قيد البيانات إلكترونياً بدلاً من قيدها يدوياً في الدفاتر التجارية التقليدية؛ وذلك بفضل ما توفره التكنولوجيا من سرعة ودقة في التدوين، وسهولة في إعداد الحسابات الختامية، والميزانيات، وغيرها من المميزات الأخرى<sup>(١)</sup>.

وتطبيق استخدام الدفاتر التجارية الإلكترونية بالمملكة العربية السعودية يثير الحديث عن مدى حجية تلك الدفاتر في النظام السعودي، ودورها - من الناحية النظامية - كأداة يمكن الاعتماد عليها في إثبات المعاملات التجارية وغير التجارية.

إذ إن الدفاتر التجارية الإلكترونية يمكن أن تكون عرضةً للتعديل، والتحريف، وأعمال القرصنة؛ ما يستدعي وجود شروط وأحكام خاصة لتكون الدفاتر التجارية الإلكترونية بنفس مرتبة الدفاتر التجارية التقليدية في الإثبات.

(١) القرشي، زياد أحمد، الزهراني، عدنان صالح (١٤٤٠هـ)، القانون التجاري في المملكة العربية السعودية، ط١، مكتبة جرير للنشر والتوزيع - الرياض، المملكة العربية السعودية، ص: ١١٣.

حيث إن المتعارف عليه بين التجار أن دفاتر التاجر وقيوداته يمكن أن تكون حجةً لصاحبها، أو حجةً عليه؛ ذلك أن التجار ملزمون -نظاماً وعُرفاً- بإثبات ما لهم وما عليهم في دفاترهم التجارية، والمبدأ المستقر هو حرية الإثبات في المواد التجارية<sup>(١)</sup>.

وفي إطار ذلك؛ فإنني أوضح بيان شروط حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في النظام السعودي، ومدى حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية كوسيلة للإثبات لمصلحة التاجر، وكذا بالنسبة للخصوم، وذلك من خلال ثلاثة مطالب -كما سيأتي-.

### المطلب الأول: شروط حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في النظام السعودي:

نظراً لسرعة التعاملات التجارية؛ فإنها تقوم على مبدأ حرية الإثبات، بحيث يجوز إثباتها بكافة الوسائل، بما في ذلك: البيّنة، والقرائن، والدفاتر، وغيرها من الوسائل، ومهما بلغت قيمة التصرف؛ أي: دون التقيّد بما تنص عليه بعض القوانين والتشريعات في وجوب إثبات قيمة المعاملات التي تتجاوز مبالغ معينة بوسائل محددة، أما التعاملات التجارية؛ فإنها لا تتقيّد بذلك، لأنها تقوم على أساس الثقة في التعامل والسرعة<sup>(٢)</sup>.

ودعماً للسرعة، وتقوية الثقة في التعاملات التي تحصل بين التجار؛ فإن الدفاتر التجارية تحظى بدور مهم في إثبات الحقوق، حيث إن المتعارف عليه

- (١) الجبر، محمد بن حسن، القانون التجاري السعودي، مرجع سابق، ص: ١٢٣.  
 (٢) عوض، علي جمال الدين (١٩٩٤م)، القانون التجاري، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع - القاهرة، مصر، ص: ١٢٨.

بين التجار أن دفاتر التاجر وقيوداته يمكن أن تكون حجةً لصاحبها، أو حجةً عليه؛ ذلك أن التجار ملزمون -نظاماً وعرفاً- بإثبات ما لهم وما عليهم في دفاترهم التجارية<sup>(١)</sup>.

وفي إطار ذلك؛ فإن النظام السعودي يقرُّ بحجية الدفاتر التجارية كوسيلة للإثبات في المعاملات التجارية، وسواءً أكانت تلك الدفاتر ورقية، أم إلكترونية؛ حيث إن النصوص النظامية تساوي بين حجية الأدلة الرقمية (الإلكترونية) والأدلة الورقية، وهذا ما أكده نظام الإثبات، حيث نص على أنه: «يكون للإثبات بالدليل الرقمي حكم الإثبات بالكتابة الواردة في هذا النظام»<sup>(٢)</sup>.

وحتى تتمتع الدفاتر التجارية بتلك الحجية النظامية؛ فإن المنظم يشترط بعض الشروط التي يجب توافرها، وتختلف تلك الشروط في الدفاتر التجارية التقليدية عن الإلكترونية. ولما كان موضع البحث هو الدفاتر التجارية الإلكترونية؛ فسوف نقتصر على بيان شروط حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في النظام السعودي على النحو التالي:

نصَّ نظام الدفاتر التجارية السعودي على أنه: «يجوز أن تدوّن البيانات الخاصة بالدفاتر التجارية عن طريق الحاسب الآلي؛ وذلك بالنسبة

(١) رقم القضية: ٦٨٨ / ١ / ق لعام ١٤٠٨هـ، رقم الحكم الابتدائي: ٨٩ / د / تج / ٩ لعام ١٤٠٩هـ، رقم حكم التدقيق: ١١٤ / ت / ٤ لعام ١٤٠٩هـ، تاريخ الجلسة: ١٣ / ٧ / ١٤٠٩هـ.

(٢) المادة (الخامسة والخمسون) من نظام الإثبات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / ٤٣) وتاريخ ٢٦ / ٥ / ١٤٤٣هـ.



للمؤسسات والشركات، والتي تستخدم الحاسب الآلي في حساباتها، وتحدد اللائحة التنفيذية الإجراءات والقواعد التي تكفل صحة وسلامة البيانات، والتي يثبتها الحاسب الآلي»<sup>(١)</sup>.

ووفقاً للنص السابق؛ فإن نظام الدفاتر التجارية قد أحال تحديد الشروط التي يلزم توافرها في الدفاتر التجارية الإلكترونية (حتى تتمتع بالحجية النظامية، وتقوم مقام الدفاتر التقليدية) إلى اللائحة التنفيذية للنظام. وبالرجوع إلى اللائحة التنفيذية لنظام الدفاتر التجارية؛ نجد أنها نصت على الآتي:

«أولاً: يجب أن يتصف نظام الحاسب الآلي بما يلي:

أ. أن يسمح النظام المتبع في معالجة المعلومات التي تدوّن على الحاسب الآلي بالتفتيش على هذه المعلومات في أي وقت.

ب. يجب استخراج بيانات مطبوعة من الحاسب الآلي «مخرجات» بشكل دوري منتظم (أسبوعياً، شهرياً، وربع سنوي... إلخ)، وتكون هذه المخرجات مرقمة الصفحات، ومؤرخة، وتتضمن جميع المعلومات المدخلة في الحاسب الآلي؛ لتكون مستنداً يمكن الرجوع إليه لتحديد أي إضافات، أو حذف من المعلومات المدونة على تلك المخرجات؛ بحيث يمكن ربط ومقارنة البنود الظاهرة في المخرجات بمفردات المدخلات مفردةً مفردةً.

(١) المادة (الثانية) من نظام الدفاتر التجارية السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦١) بتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ.

ج. أن يكون كل بند من البنود الظاهرة في المخرجات مؤيِّدًا بمستند مكتوب، وفي حالة غياب ذلك بسبب إدخال المعلومات مباشرة في الحاسب الآلي؛ يجب أن يعزّز البند بإيضاح مكتوب.

د. أن تتوفر إمكانية استخراج وإعادة استخراج المخرجات - المذكورة أعلاه - في أي وقت.

هـ. أن توثق المنشأة نظام إدخال وتوجيه المعلومات (القيود المحاسبية) في (الحاسب الآلي) وبرامج الحاسب الآلي إذا كانت تعدّها المنشأة بنفسها، والتعليقات المتعلقة بتشغيل الحاسب الآلي، ووظائف واختصاصات الأفراد الذين يشغلونه؛ وذلك للرجوع إليها عند الحاجة.

ز. أن تتوفر لدى المنشأة وسائل الأمان الكافية التي تكفل الحفاظ على أمن وسلامة أجهزة الحاسب الآلي، وبرامجها، وأن تكون لديها ضوابط رقابية كافية تحوّل دون التلاعب في البرامج والمعلومات المعبأة على الحاسب الآلي (المدخلات والمخرجات)، وأنه يمكن فحص ومراجعة الوسائل والضوابط.

ثانياً: أن تكون المنشآت التجارية التي تستخدم الحاسب الآلي لدفاتها التجارية مسؤولة -مسؤولية مباشرة- عن صحة البيانات المحاسبية المدونة في الدفاتر التجارية، وبما يطابق فعلاً ما احتُفِظَ به لتلك البيانات، والمستندات، والمعلومات المحفوظة بالملفات، وفي حالة حدوث ما يخالف ذلك تُطبّق على المنشأة وكل من تسبب في ذلك ما تقضي به الأنظمة والتعليقات المعتمدة.

ثالثاً: يجب على المحاسب القانوني المرخص له مزاولة المهنة أن يضمّن تقريره عن المنشآت التي يراجع حساباتها ما يفيد بأن المنشأة تدوّن بياناتها

الخاصة بالدفاتر التجارية على الحاسب الآلي حسب النظام، وأن القوائم المالية مطابقة لما هو مدوّن على الحاسب الآلي»<sup>(١)</sup>.

فالمادة السابقة تناولت تحديد الشروط التي يجب توافرها في الدفاتر التجارية الإلكترونية؛ حتى تتمتع بالحجية النظامية كالدفاتر التقليدية (الورقية)، بحيث تقوم مقام الدفاتر التجارية التقليدية إذا توافرت فيها الشروط النظامية، والتي تتمثل في وجوب أن يسمح النظام الإلكتروني بالتفتيش على البيانات التي تُدون إلكترونياً في أي وقت، فضلاً عن وجوب استخراج بيانات مطبوعة (ورقية) مرقمة ومنتظمة للدفاتر التجارية، ومؤرخة، تتضمن جميع بيانات الدفاتر الإلكترونية.

وهذا الشرط يُعد شرطاً جوهرياً في الدفاتر الإلكترونية؛ ذلك لأن إمكانية استخراج بيانات مطبوعة ومارقمة ومؤرخة من الدفاتر الإلكترونية بشكل دوري، مع اشتراط وجود المستندات التي على أساسها أُعدّ الدفاتر الإلكترونية؛ تجعل الدفاتر الإلكترونية منتظمة، وصحيحة، ومتوافقة مع الواقع والحقيقة، وبما يجعلها حجةً صالحةً للإثبات، خاصةً في حالة تعرّض التاجر للإفلاس؛ إذ من خلالها يستطيع التاجر أن يثبت براءته من جريمة الإفلاس بالتقصير، أو التدليس<sup>(٢)</sup>.

(١) المادة (الثالثة) من اللائحة التنفيذية لنظام الدفاتر التجارية، الصادرة بالقرار الوزاري رقم (١١١٠) وتاريخ ٢٤/١٢/١٤١٠هـ.

(٢) ابن سعيد، لزهرة (٢٠١٠م)، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، ط١، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، مصر، ص: ١٢٩.

فضلاً عن وجوب وجود مستندات مكتوبة تؤكد صحة كافة البيانات التي دُوّنت في الدفاتر الإلكترونية، ووجود وسائل الأمان المعلوماتي، والتي تكفل حماية البيانات التي دُوّنت، وعدم التلاعب، أو العبث، أو التعديل فيها من قِبَل أي شخص آخر، وأن تكون كافة البيانات والمستندات الإلكترونية محفوظة بشكل آمن<sup>(١)</sup>.

كذلك؛ فإن اللائحة التنفيذية تجعل المنشآت التجارية التي تستخدم الدفاتر الإلكترونية مسؤولة -مسؤولية مباشرة- عن صحة البيانات المحاسبية المدونة في الدفاتر التجارية، وبما يطابق فعلاً ما احتفظ به لتلك البيانات، والمستندات، والمعلومات المحفوظة بالملفات، وأن تُراجع كافة البيانات، والتي دُوّنت في الدفاتر الإلكترونية من قِبَل محاسب قانوني مرخص له بمزاولة المهنة؛ للتأكد من صحة بيانات وقيودات الدفاتر التجارية الإلكترونية، واتفاقها مع المستندات التي تؤكد ذلك.

فإذا توافرت كافة الشروط السابقة؛ فإن الدفاتر التجارية الإلكترونية تكون لها حجية وقيمة الدفاتر التقليدية (الورقية) في الإثبات، وفق النظام السعودي، ولا تختلف تلك الحجية والقيمة النظامية؛ لكونها محررات إلكترونية.

وهذا ما أكدته نظام التعاملات الإلكترونية الذي نص على أنه: «تكون للتعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية حجيتها الملزمة، ولا يجوز

(١) رستم، محمد خالد جمال (٢٠٠٦م)، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية والإثبات في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، لبنان، ص: ٣٣٤، وما بعدها.

نفي صحتها، أو قابليتها للتنفيذ، ولا منع تنفيذها؛ بسبب أنها تمت - كلياً أو جزئياً - بشكل إلكتروني»<sup>(١)</sup>.

وإلى جانب الشروط السابق ذكرها في لائحة نظام الدفاتر التجارية، حتى تتمتع الدفاتر التجارية الإلكترونية بالحجية النظامية وسيلة للإثبات؛ فإنني أرى أنه لا بد أن تتوافر - أيضاً - في الدفاتر التجارية الإلكترونية الشروط التي تناول نظام التعاملات الإلكترونية النص عليها فيما يخص السجلات الإلكترونية؛ إذ إن الدفاتر التجارية الإلكترونية - كما سبق أن أوضحت - تُعدّ سجلاً إلكترونياً.

وقد حدد نظام التعاملات الإلكترونية تلك الشروط التي يجب توافرها في السجلات الإلكترونية؛ حيث نص على أنه:

«١ - مع عدم الإخلال بما تنص عليه المادة (الثالثة) من هذا النظام، إذا اشترط أي نظام في المملكة حفظ وثيقة أو معلومة لأي سبب؛ فإن هذا الشرط يتحقق عندما تكون تلك الوثيقة، أو المعلومة محفوظة، أو مرسله في شكل سجل إلكتروني، بشرط مراعاة ما يلي:

أ) حفظ السجل الإلكتروني بالشكل الذي أنشئ، أو أرسل، أو تُسَلَّم به، أو بشكل يمكن من إثبات أن محتواه مطابق للمحتوى الذي أنشئ به، أو أرسل به، أو تم تسلمه به.

ب) بقاء السجل الإلكتروني محفوظاً على نحو يتيح استخدامه، والرجوع إليه لاحقاً.

(١) المادة (الخامسة) من نظام التعاملات الإلكترونية، (١٤٢٨هـ)، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨)، بتاريخ ٨/٣/١٤٢٨هـ.

ج) أن تحفظ مع السجل الإلكتروني المعلومات التي تمكّن من معرفة المنشئ والمرسل إليه، وتاريخ إرسالها، وتسلمها، ووقتها.

٢- يجوز لأي شخص أن يستوفي -على مسؤوليته- المتطلبات المنصوص عليها في الفقرة (١) من هذه المادة بالاستعانة بخدمات شخص آخر.

٣- تحدد اللائحة الإجراءات الخاصة بحفظ السجلات، والبيانات الإلكترونية، والشروط اللازمة؛ لإبرازها في هيئتها الإلكترونية، وشروط الاطلاع عليها، وضوابطها<sup>(١)</sup>.

والمادة السابقة تحدد بعض الشروط التي يلزم توافرها في السجلات الإلكترونية؛ حتى تتمتع بالقيمة القانونية كوسيلة للإثبات. وأرى أن الشروط السابقة تسري -أيضاً- على الدفاتر التجارية الإلكترونية، ويلزم توافرها -إلى جانب الشروط التي حددتها اللائحة التنفيذية لنظام الدفاتر التجارية- حتى تصبح للدفاتر التجارية الإلكترونية حجية وقيمة نظامية كوسيلة للإثبات، وفي تلك الحالة تكون لها قيمة، وحجية الدفاتر، والأدلة التقليدية (الورقية).

وهذه ما أكدته المحكمة العليا بقولها: «إن الدليل الرقمي يُعتبر أداة إثبات، أو دليل طالما أنه واضح من أي شك، ولكن مع هذا؛ فإن قابليتها للتنفيذ كأداة إثباتٍ مختلفة باختلاف الحالة، ووقائعها»<sup>(٢)</sup>.

(١) المادة (السادسة) من نظام التعاملات الإلكترونية، (١٤٢٨هـ)، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) بتاريخ ٨/٣/١٤٢٨هـ.

(٢) قرار المحكمة العليا السعودية رقم (٣٤) بتاريخ ٢٤/٤/١٤٣٩هـ.

وخلاصة ما سبق، إن الدفاتر التجارية الإلكترونية تكون لها حجية وقيمة قانونية كالدفاتر التقليدية إذا توافرت فيها الشروط النظامية التي تؤكد صحتها، وسلامتها من التلاعب، أو التزوير، أو العبث والاختراق، وتوافر المستندات، والتي تؤكد صحة البيانات والمعلومات التي دُوّنت في الدفتر التجاري الإلكتروني.

### المطلب الثاني: حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات لمصلحة التاجر:

وفق ما سبق؛ فإن الدفاتر التجارية الإلكترونية تكون لها حجية وقيمة الدفاتر التجارية التقليدية إذا توافرت في تلك الدفاتر الإلكترونية الشروط النظامية التي تنصّ عليها الأنظمة السارية بالمملكة العربية السعودية؛ ما يدعو إلى بيان نطاق حجية تلك الدفاتر الإلكترونية كوسيلة للإثبات لمصلحة التاجر، وأوضح ذلك على النحو التالي:

إن القاعدة العامة في الإثبات أنه لا يجوز للشخص أن يستند إلى دليل يصنعه بنفسه، وتطبيق ذلك المبدأ يفقد القيمة القانونية للدفاتر التجارية، سواءً كانت تقليدية، أو إلكترونية، إلا أن النظم القانونية تخرج على ذلك المبدأ في إطار المعاملات التجارية، وتمنح الدفاتر التجارية قيمة وحجة قانونية للإثبات لمصلحة التاجر؛ بحيث يجوز للتاجر أن يستند إلى دفاتره التجارية لإثبات حقه<sup>(١)</sup>.

(١) الجبر، محمد بن حسن، القانون التجاري السعودي، مرجع سابق، ص: ١٢٥.

لكن حق التاجر في الإثبات بمقتضى دفاتره التجارية، سواءً أكانت ورقية، أم إلكترونية، ليس في مواجهة جميع خصومه؛ بل يختلف بحسب ما إذا كان الخصم تاجرًا، أو غير تاجر، وذلك على النحو التالي:

**أولاً: حجة الدفاتر التجارية الإلكترونية لمصلحة التاجر ضد خصم غير تاجر:**

لا يجوز للتاجر أن يستند إلى دفاتره التجارية الإلكترونية ضد خصمه غير التاجر كوسيلة للإثبات؛ حيث نص نظام الإثبات على أنه: «لا تكون دفاتر التجار حجة على غير التجار، ومع ذلك؛ فإن البيانات المثبتة فيها تصلح أساسًا يميز للمحكمة أن توجه اليمين المتممة لمن قوي جانبه من الطرفين، وذلك فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود»<sup>(١)</sup>.

فمقتضى النص السابق يوضح أن الدفاتر التجارية الإلكترونية لا تصلح أن تكون حجة لمصلحة التاجر ضد خصمه غير التاجر، إلا أن تلك الدفاتر تمنح السلطة للمحكمة بتوجيه اليمين المتممة، وهو أمر جوازي للمحكمة، وليس للخصم أن يوجه هذه اليمين لخصمه، أو يطلب من القاضي توجيهها؛ بل تستند إليها لتوجيه اليمين المتممة لاستكمال دليل ناقص، يجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال<sup>(٢)</sup>.

(١) المادة (٣١) من نظام الإثبات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ.

(٢) كريم، زهير عباس (١٩٩٥م)، مبادئ القانون التجاري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، الأردن، ص: ١٤٥.



ووفقاً لذلك، لا يجوز للتاجر أن يستند إلى الدفاتر التجارية الإلكترونية كحجة في الإثبات في مواجهة خصمه غير التاجر، وفق النظام السعودي؛ وذلك لأن خصم التاجر في تلك الحالة هو شخص مدني - غير تاجر - ومن ثمّ فلا يمكن الاحتجاج ضده بالدفاتر التجارية الإلكترونية؛ لاختلاف المراكز النظامية بين التاجر وغير التاجر، حيث إن الأخير - غير التاجر - لا يكون ملزماً بمسك دفاتر تجارية يستطيع الاعتماد عليها في الإثبات كالتاجر. ومن ثمّ تُطرح الدفاتر التي يتمسك بها التاجر في مواجهة خصمه غير التاجر، ولا تكون حجة للإثبات، وتطبق القاعدة العامة، والتي لا تجيز للشخص أن يصنع دليلاً لنفسه، ومن ثمّ تفقد الدفاتر التجارية حجيتها النظامية في مواجهة غير التاجر<sup>(١)</sup>.

**ثانياً: حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية لمصلحة التاجر ضد خصم تاجر:**

علمنا أن النظام السعودي - وفق ما سبق - لا يعتد بحجية الدفاتر التجارية الإلكترونية كوسيلة للإثبات لمصلحة التاجر ضد خصمه غير التاجر؛ لكن ذلك الوضع يتغير إذا كان خصمُ التاجر تاجرًا -أيضاً- حيث يمنح النظام السعودي الدفاتر التجارية الإلكترونية الحجية القانونية للإثبات لمصلحة التاجر ضد خصمه التاجر.

(١) العمر، عدنان صالح، درويش، عبد الله (٢٠١٧م)، شرح النظام التجاري السعودي، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، الأردن، ص: ١٤٤.

حيث نص نظام الإثبات على أنه: «تكون دفاتر التجار الإلزامية المنتظمة حجة لصاحبها التاجر ضد خصمه التاجر»<sup>(١)</sup>.

فالنص السابق يقرر الحجية القانونية للدفاتر التجارية الإلكترونية لمصلحة التاجر ضد خصمه التاجر، بحيث يجوز للتاجر أن يتمسك بدفاتره التجارية الإلكترونية كحجة ووسيلة للإثبات ضد خصمه التاجر.

وحجية الدفاتر التجارية الإلكترونية لمصلحة التاجر في تلك الحالة تكون مرهونة بعدة شروط، وهي:

١ - أن يكون النزاع بين تاجرين<sup>(٢)</sup>:

من خلال نص المادة السابقة يظهر أن حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية لمصلحة التاجر تكون بشرط أن يكون النزاع بين تاجرين، والغرض من ذلك الشرط أن كلاً طرفي النزاع يكون ملزماً بمسك الدفاتر التجارية لتدوين بياناتها المحاسبية، ومن ثمَّ يمكن التحقق من صحة المسألة المدعى

(١) المادة (٢/٣١) من نظام الإثبات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ.

(٢) التاجر - وفق أحكام النظام السعودي - هو: «مَن اشتغل بالمعاملات التجارية، واتخذها مهنة له». ينظر: نص المادة الأولى من النظام التجاري «نظام المحكمة التجارية»، ١٣٥٠هـ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) وتاريخ ١٥/١/١٣٩٠هـ، ولفظ «التاجر» في النظام السعودي «يشمل التاجر الفرد، أو الشركة التي يكون غرضها الرئيس القيام بالأعمال التجارية». ينظر: نص المادة (الأولى) من نظام الدفاتر التجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦١) بتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ.

بها من خلال مراجعة البيانات الواردة في دفاتر كلا التاجرَيْن، فضلاً عن أن الخصوم يكونون في مركز نظامي متساوٍ؛ كون كلٍّ منهما له صفة التاجر<sup>(١)</sup>.

## ٢- أن يكون النزاع بشأن عملٍ تجاري:

حتى تتمتع الدفاتر التجارية الإلكترونية بحجيتها وقيمتها في الإثبات لمصلحة التاجر ضد خصمه التاجر؛ يلزم أن يكون النزاع بشأن عمل تجاري، حيث إن العبرة في الإثبات بالدفاتر التجارية يكون في نطاق المعاملات التجارية فقط دون غيرها؛ حتى يمكن الإثبات بكافة الوسائل، بما في ذلك الدفاتر التجارية الإلكترونية، أما إذا كان النزاع غير تجاري -ولو بين تاجرَيْن- فلا يجوز التمسك بحجية الدفاتر التجارية في تلك الحالة؛ لأن النزاع غير تجاري<sup>(٢)</sup>.

فلا يكفي أن يكون النزاع بين تاجرَيْن؛ بل يشترط -أيضاً- أن يكون النزاع متعلقاً بعمل تجاري؛ لأنه يمكن أن يكون النزاع بين تاجرَيْن، ولكن بخصوص معاملة مدنية، ومن ثم فإنه يخضع للقواعد العامة في الإثبات، ولا يمكن التمسك بحجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في تلك الحالة.

(١) خليل، محمد إبراهيم، (٢٠٠٠م)، قانون التجارة الجديد «معلقاً على نصوصه بآراء الفقه وأحكام القضاء»، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع - القاهرة، مصر، ص: ١٢٥، وما بعدها.

(٢) الغامدي، عبد الهادي محمد (١٤٣٨هـ)، القانون التجاري السعودي، ط ٢، مكتبة الشقري - الرياض، المملكة العربية السعودية، ص: ١٢٥.

٣- أن تكون الدفاتر التجارية الإلكترونية إلزامية<sup>(١)</sup> ومنتظمة<sup>(٢)</sup>:

لا يمكن الاحتجاج بكافة الدفاتر التجارية الإلكترونية التي يمسكها التاجر لمصلحته ضد خصمه التاجر؛ ولكن يشترط أن تكون تلك الدفاتر، والتي يتمسك بها التاجر، دفاتر إلزامية منتظمة، ووفق ذلك لا يجوز التمسك بالدفاتر الاختيارية، أو الدفاتر غير المنتظمة، سواء أكانت إلزامية، أم اختيارية.

وتكون الدفاتر التجارية الإلكترونية منتظمة إذا أتبع التاجر كافة الشروط، والضوابط، والإجراءات المحددة نظاماً لمسك الدفاتر التجارية الإلكترونية، سواء كانت في شكل ميكرو فيلم، أو في شكل بيانات إلكترونية ليس لها أصل مادي مكتوب، أيًا كانت وسيلة تخزينها، ما دامت توافرت فيها الشروط النظامية التي تكفل صحتها وسلامتها من العبث، أو التزوير، أو غير ذلك<sup>(٣)</sup>.

فإذا توافرت الشروط السابقة جاز للتاجر أن يتمسك بدفاتره التجارية الإلكترونية ضد خصمه التاجر، ولا فرق في تلك الحالة بين ما إذا كان

(١) حددت المادة الأولى من نظام الدفاتر التجارية الإلكترونية الإلزامية بأنها: «دفتر اليومية الأصلي، دفتر الجرد، دفتر الأستاذ العام»، ينظر: نص المادة (الأولى) من نظام الدفاتر التجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦١) بتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ.

(٢) تكون الدفاتر التجارية الإلكترونية منتظمة إذا توافرت فيها الشروط التي نصت عليها لائحة نظام الدفاتر التجارية، والتي وضحت في المطلب الأول من هذا البحث، ص: ٤٤٧.

(٣) العزام، كوثر أحمد، حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات، مرجع سابق، ص: ١٢٧.

التاجر الآخر يمسك دفاتر تقليدية، أو دفاتر إلكترونية، فلا تكون الدفاتر التقليدية في مرتبة نظامية أعلى من الدفاتر التجارية الإلكترونية؛ بل يتساوى النوعان من حيث القيمة النظامية، والحجية في الإثبات، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها: «إن الدليل الرقمي يُعتبر أداة إثبات، أو دليل طالما أنه واضح من أي شك»<sup>(١)</sup>.

كما نص نظام التعاملات الإلكترونية على أنه: «تكون للتعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية حجيتها الملزمة، ولا يجوز نفي صحتها، أو قابليتها للتنفيذ، ولا منع تنفيذها؛ بسبب أنها تمت -كلياً، أو جزئياً- بشكل إلكتروني»<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، فالحجية المقررة للدفاتر التجارية الإلكترونية لمصلحة التاجر ضد خصمه التاجر ليست حجية مطلقة؛ حيث إن الحجية المقررة للدفاتر التجارية الإلكترونية تسقط بإثبات عكس ما ورد فيها بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك دفاتر الخصم المنتظمة<sup>(٣)</sup>.

حيث يكون باستطاعة الخصم إسقاط الحجية المقررة للدفاتر التجارية الإلكترونية بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك تقديمه دفاتره التجارية، سواءً كانت تقليدية، أو إلكترونية، وتكون العبرة في ترجيح أحد الدفترين

(١) قرار المحكمة العليا السعودية رقم (٣٤) بتاريخ ٢٤ / ٤ / ١٤٣٩ هـ.

(٢) المادة (الخامسة) من نظام التعاملات الإلكترونية ١٤٢٨ هـ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) بتاريخ ٨ / ٣ / ١٤٢٨ هـ.

(٣) المادة (٢/٣١) من نظام الإثبات، لعام ١٤٤٣ هـ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦ / ٥ / ١٤٤٣ هـ.

على الآخر بمدى صحته وانتظامه، دون النظر إلى كونه دفترًا تقليديًا، أو إلكترونيًا. ويقارن القاضي بين كلا الدفترين؛ لمعرفة مدى التطابق، وصحة البيانات الواردة في كلٍّ منهما، والتأكد من صحة ما يدّعي به المدعي على خصمه، وترجيح بيانات أحدهما على الآخر<sup>(١)</sup>.

وخلاصة ما سبق أن الدفاتر التجارية الإلكترونية تكون حجةً للإثبات لمصلحة التاجر ضد خصمه التاجر ما دام النزاع يتعلق بمعاملة تجارية، وأن تكون الدفاتر الإلكترونية التي يستند إليها التاجر دفاتر إلزامية، ومنتظمة، تتوافر فيها الشروط، والتي حددتها الأنظمة واللوائح النافذة في المملكة العربية السعودية.

وسواءً كان الخصم يتمسك بدفتر تجاري إلكتروني، أو دفتر تقليدي؛ فإن ذلك لا يُغيّر من الأمر شيئًا، إذ يتمتع كلا النوعين - من الدفاتر التجارية التقليدية، والدفاتر التجارية الإلكترونية - بذات الحجية، والقيمة النظامية في الإثبات، ولا يترجّح أحدهما على الآخر إلا لكونه منتظمًا، وبياناته صحيحة؛ وفق ما ترى المحكمة.

### المطلب الثالث: حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات لمصلحة خصوم التاجر:

لما كان الغرض من إمساك الدفاتر التجارية الإلكترونية هو تنظيم التاجر معاملاته التجارية، وما له من حقوق، وما عليه من التزامات، بما

(١) سامي، فوزي محمد (٢٠٠٦م)، شرح القانون التجاري «الجزء الأول»، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمّان، الأردن، ص: ١٢٦.

يمكن من الوقوف على مركزه المالي الحقيقي، ومدى تقدم تجارته؛ فإن تلك الدفاتر تكون إقراراً كتابياً من جانبه بكافة ما بها من حقوق، وما عليه من التزامات وحقوق لمصلحة الآخر، وبما يجعل الدفاتر التجارية الإلكترونية الإلزامية حجة للإثبات لمصلحة الخصوم، سواءً كان الخصم تاجرًا، أو غير تاجر، وسواءً كان ذلك الدفاتر التجاري الإلكتروني الذي يستند إليه الخصم منتظمًا، أو غير منتظم؛ فهو يكون حجةً ضد صاحبه التاجر في جميع الأحوال، والقول بغير ذلك يؤدي إلى إفادة المهمل من إهماله، والمقصر من تقصيره<sup>(١)</sup>.

وقد أكد نظام الإثبات ذلك؛ حيث نص على أنه: «تكون دفاتر التجار الإلزامية -منتظمة كانت، أو غير منتظمة- حجة على صاحبها التاجر فيما استند إليه خصمه التاجر، أو غير التاجر، وفي هذه الحالة تعد القيود التي في مصلحة صاحب الدفاتر حجة له -أيضاً-»<sup>(٢)</sup>.

فالنص السابق يقرر الحجية النظامية للدفاتر التجارية الإلكترونية ضد التاجر، سواءً كانت منتظمة، أو غير منتظمة؛ لأن تلك الدفاتر قد أعدت من التاجر نفسه، أو من خلال أحد الأشخاص المكلفين من قبل التاجر، وبما يجعل البيانات الواردة في الدفاتر التجارية الإلكترونية كالإقرار، ومن ثم تكون حجة ضد التاجر في جميع الأحوال<sup>(٣)</sup>.

(١) الجبر، محمد بن حسن، القانون التجاري السعودي، مرجع سابق، ص: ١٢٦.  
 (٢) المادة (٣/٣١) من نظام الإثبات، لعام ١٤٤٣هـ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٤٣/م) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ.  
 (٣) العزام، كوثر أحمد، حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات، مرجع سابق، ص: ١٣٢.

فيكون للخصوم التمسك بالبيانات الواردة في الدفاتر التجارية الإلكترونية للتاجر، وفي تلك الحالة تكون كافة البيانات والقيود الواردة في الدفاتر حجة ضد التاجر، ولا يكون للخصم التمسك بالحجية النظامية للدفاتر التجارية الإلكترونية في جزء من الدفاتر دون جزء آخر؛ بل تكون بمثابة الإقرار الكتابي من التاجر، فإنه تُعمل قاعدة «عدم تجزئة الإقرار»؛ ومن ثمّ فلا يجوز لخصم التاجر تجزئة البيانات المتعلقة بالعملية المتنازع حولها بأن يعتمد على ما يؤيد دعواه منها، ويستبعد ما يكون عكس ذلك<sup>(١)</sup>.

ومن ثمّ؛ فإنه يمكن للخصم أن يطلب من القاضي إلزام خصمه التاجر بتقديم دفاتره التجارية لفحص القيود الخاصة بالعملية المتنازع حولها، والاستناد على تلك البيانات؛ لإثبات ما يدعيه، وتعدُّ دليلاً كاملاً ضد التاجر؛ لأنه قيدها بنفسه، أو على الأقل بعلمه، وتحت إشرافه<sup>(٢)</sup>.

وفي إطار ذلك، نصّ نظام الدفاتر التجارية على أنه: «للجهة القضائية المختصة عند نظر الدعوى أن تقرر -من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم- تقديم الدفاتر التجارية؛ لفحص القيود المتعلقة بالموضوع المتنازع فيه، واستخلاص ما ترى استخلاصه منها، وللجهة القضائية المختصة عند

(١) الجبر، محمد بن حسن، القانون التجاري السعودي، مرجع سابق، ص: ١٢٦، فضلاً عن أن نص المادة (٣١/٣) من نظام الإثبات قد أشار إلى ذلك؛ حيث نص على أنه: «تكون دفاتر التجار الإلزامية -منتظمة كانت، أو غير منتظمة- حجة على صاحبها التاجر فيما استند إليه خصمه التاجر، أو غير التاجر، وفي هذه الحالة تعدّ القيود التي في مصلحة صاحب الدفاتر حجة له -أيضاً-».

(٢) حكم ديوان المظالم في القضية رقم: ٥٨٥٥/٢/ق لعام ١٤٣٥هـ، تاريخ الجلسة: ١٤٣٨/٦/٨هـ.



امتناع التاجر عن تقديم دفاتره أن تعتبر امتناعه بمثابة قرينة على صحة الوقائع المراد إثباتها بالدفاتر»<sup>(١)</sup>.

ومقتضى النص السابق أن الاحتجاج بالدفاتر التجارية الإلكترونية ضد التاجر يكون من خلال طلب المحكمة - من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم - الاطلاع - بشكل كلي أو جزئي - على الدفاتر التجارية الإلكترونية للتاجر، وفحصها، والتأكد من صحة ما بها من بيانات وقيودات، ويمكن أن يُطَّلَع من خلال المحكمة بنفسها، أو أن تُكَلَّف خبيراً للقيام بالاطلاع على الدفاتر التجارية الإلكترونية، وفحصها، وإعداد تقرير عما بها من بيانات وقيودات تتعلق بموضوع النزاع<sup>(٢)</sup>.

ويكون من حق خصوم التاجر التقدم بطلب للمحكمة؛ للاطلاع على الدفاتر التجارية الإلكترونية للتاجر المتعلقة بالنزاع محلّ الدعوى، وفي حالة امتناع التاجر عن تقديم الدفاتر التجارية الإلكترونية التي طلب الخصوم الاطلاع عليها؛ عدّ ذلك تفريطاً من قبله<sup>(٣)</sup>، وقرينةً على صحة الوقائع المراد إثباتها بالدفاتر<sup>(٤)</sup>.

(١) المادة رقم (١٠) من نظام الدفاتر التجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦١) بتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ.

(٢) جامع، مليكة، بكر اوي، محمد المهدي (٢٠٢١م)، حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مجلد (١٠)، عدد (٣)، الجزائر، ص: ٢٥٩.

(٣) الحكم الصادر من الدائرة التجارية الثانية بديوان المظالم بالرياض في القضية رقم: ١٤٢٠/١/١٠٤٢٠ ق لعام ١٤٣٥هـ، تاريخ الجلسة: ٩/٧/١٤٣٨هـ.

(٤) الحكم الصادر من الدائرة السادسة من المحكمة التجارية بالرياض في القضية رقم: ١٤٣٣/١/١١٦٠٨ ق لعام ١٤٣٣هـ، تاريخ الجلسة: ١١/٦/١٤٣٩هـ.

ويكون من حق التاجر أن يثبت أن البيانات والقيودات الموجودة في الدفاتر التجارية الإلكترونية التي يستند إليها الخصم قد دُوّنت بشكل خطأ، وأن يثبت عكس ما ورد في دفاتره بكافة طرق الإثبات<sup>(١)</sup>.

وخلاصة ما سبق، إن الدفاتر التجارية الإلكترونية تكون حجة ضد التاجر لمصلحة الخصوم، سواء كانوا تجارًا، أو غير تجار، وسواء كانت الدفاتر منتظمة، أو غير منتظمة، وإن امتنع التاجر عن تقديم الدفاتر التجارية الإلكترونية في حالة إذا طلبت المحكمة ذلك من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب الخصوم، وامتنع التاجر عن تقديم دفاتره؛ عدّ ذلك قرينةً على صحة الوقائع المراد إثباتها في الدفاتر التجارية الإلكترونية.

(١) الغامدي، عبد الهادي محمد، القانون التجاري السعودي، مرجع سابق، ص: ١٢٦.

## الخاتمة

انتهيتُ من بحثي الموسوم بـ«الدفاتر التجارية الإلكترونية ومدى حجيتها في النظام السعودي»، وقد ظهر لي كيف أن ذلك الموضوع غاية في الأهمية؛ نظرًا لأن الدفاتر التجارية الإلكترونية أصبحت واقعًا مطبّقًا لدى كثير من التجار، وفي أغلب الشركات بالمملكة العربية السعودية؛ ما يُظهر أهمية بيان ماهية تلك الدفاتر الإلكترونية، وتوضيح مدى حجيتها كوسيلة للإثبات في النظام السعودي.

وفي نهاية هذا البحث، توصلتُ إلى بعض النتائج والتوصيات على النحو التالي:

### أولاً: النتائج:

- الدفاتر التجارية الإلكترونية هي كافة السجلات الإلكترونية التي تتم بواسطة أي وسيلة إلكترونية، يدون من خلالها التاجر كافة البيانات، والقيود، والحسابات، والتي تتعلق بأعمال تجارته، وفق الاشتراطات التي ينصُّ عليها النظام.

- تتميز الدفاتر التجارية الإلكترونية بالعديد من الخصائص التي تجعلها تتصف بالسهولة، والسرعة في التدوين، وقلة التكلفة في التخزين، بالمقارنة بالدفاتر التجارية التقليدية.

- الدفاتر التجارية الإلكترونية إما أن يكون لها أصل مادي مكتوب (ورقي)، ثم تُصغر عن طريق المساحات الضوئية (الإسكانر)، وتحويلها إلى ملفات أو صور رقمية تكون نسخة من الدفاتر التجارية؛ ولكن في

شكل إلكتروني (مصغرات فلمية)، وإما أن تكون تلك الدفاتر قد أُنشئت، ودُوِّنت، وحُزِّنت بشكل إلكتروني دون أن يكون لها أصل مادي.

- لكي تتمتع الدفاتر التجارية الإلكترونية بالحجية في النظام السعودي لا بد من توافر شروطٍ تولى النظام النصَّ عليها في نظام الدفاتر التجارية، ولائحته التنفيذية، فإذا لم تتوافر تلك الشروط فلا يكون للدفاتر التجارية الإلكترونية أي قيمة قانونية.

- تتمتع كل من الدفاتر التجارية التقليدية والدفاتر التجارية الإلكترونية بذات الحجية، والقيمة النظامية في الإثبات، ولا ترجَّح إحداهما على الأخرى إلا لكونها منتظمة، وبياناتها صحيحة وفق ما ترى المحكمة.

- تكون الدفاتر التجارية الإلكترونية الإلزامية حجة لمصلحة التاجر ضد خصمه التاجر بتوافر شروط معينة حددها النظام، أما إذا لم يكن الخصم تاجرًا فلا تكون للدفاتر التجارية الإلكترونية حجة نظامية للإثبات لمصلحة التاجر ضد الخصم غير التاجر.

- تكون الدفاتر التجارية الإلكترونية الإلزامية حجة ضد التاجر لمصلحة الخصوم، سواءً أكان ذلك الخصم تاجرًا، أم غير تاجر، وسواءً أكانت الدفاتر منتظمةً، أم غير منتظمة؛ إذ إنها تُعدُّ بمثابة إقرار كتابي من التاجر بما تشتمل عليه من بيانات وقيودات.

- يُعد امتناع التاجر عن تقديم الدفاتر التجارية الإلكترونية للمحكمة بمثابة قرينة قانونية على صحة الوقائع المراد إثباتها بالدفاتر التجارية الإلكترونية بالنسبة للخصوم.

## ثانياً: التوصيات:

- نوصي المنظم السعودي بتعديل نص المادة الثانية من نظام الدفاتر التجارية السعودية، والتوسع في بيان الدفاتر التجارية الإلكترونية، وعدم حصرها في الدفاتر التي تتم من خلال استخدام الحاسب الآلي رغم وجود آلات ووسائل إلكترونية حديثة غير الحاسب الآلي، يمكن أن تُدَوَّن من خلالها بيانات الدفاتر التجارية الإلكترونية.

- نوصي المنظم السعودي بإضافة مادة إلى نظام الدفاتر التجارية تنص -بشكل صريح وواضح- على تمتع الدفاتر التجارية الإلكترونية بذات القيمة النظامية المقررة للدفاتر التقليدية.

- يحتاج نظام الدفاتر التجارية السعودية إلى تحديث؛ بحيث يشمل على وضع قواعد وشروط تتفق مع طبيعة الدفاتر التجارية الإلكترونية، وعدم الاقتصار على النصوص المتعلقة بالدفاتر التقليدية؛ لوجود اختلافاتٍ جوهرية بين كلٍّ منهما.

- نوصي وزارة التجارة بالمملكة العربية السعودية -وغيرها من الجهات المختصة- بمراقبة وفحص الدفاتر التجارية الإلكترونية للتجار؛ بالتأكد من صحة البيانات والقيودات المدونة بها بشكل دوري.

- تطبيق وتفعيل الدفاتر التجارية الإلكترونية يستدعي بذل الجهات الأمنية والشرطية مزيداً من الجهد في مكافحة الجرائم الإلكترونية، ومحاربة عمليات القرصنة؛ إذ إن الدفاتر التجارية الإلكترونية سوف تكون عرضةً لتلك الجرائم؛ بالاختراق، والقرصنة، والعبث بها، وغير ذلك.

- على الجهات المعنية بالمملكة العربية السعودية عقد الندوات والورش التعليمية للتجار؛ لبيان كيفية استخدام الدفاتر التجارية الإلكترونية، وطرق إنشائها، وحفظها، وتوضيح الشروط النظامية التي يجب توافرها في تلك الدفاتر؛ حتى تكون لها قيمة نظامية وحجية في الإثبات.

- لم يتناول المنظم بالمملكة العربية السعودية النص على ضرورة ترقيم بيانات الدفاتر التجارية الإلكترونية، وكذلك التوقيع عليه إلكترونياً؛ ما يستدعي إضافة تلك الشروط، حتى تتمتع الدفاتر التجارية الإلكترونية بالحجية النظامية.

- نوصي بضرورة إعداد نظام جديد للدفاتر التجارية -بشكل عام- يتناول تنظيم أحكام الدفاتر التجارية التقليدية، والدفاتر التجارية الإلكترونية، والنص على الشروط والإجراءات التي تتفق وطبيعة كلٍّ منهما على حدة.

- نوصي وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية بضرورة عقد الدورات الفنية اللازمة لأعضاء الجهات القضائية -خاصة في المحاكم التجارية- للتعرف إلى كيفية الاطلاع على الدفاتر التجارية الإلكترونية، وكيفية فحصها، والتأكد من صحة ما بها من بيانات وقیودات، ولتقدير مدى حُجَّيتها في الدعاوى القضائية المنظورة.

## قائمة المراجع والمصادر

## أولاً: الكتب:

١. ابن سعيد، لزهرة (٢٠١٠م)، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، ط ١، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، مصر.
٢. ابن منظور، محمد بن مكرم (١٩٩٣م)، لسان العرب، ط ٤، دار صادر - بيروت، لبنان.
٣. البشكاني، هادي مسلم يونس (٢٠٠٩م)، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية «دراسة مقارنة»، دار الكتب القانونية للنشر والتوزيع - القاهرة، مصر.
٤. الجبر، محمد بن حسن (١٤١٧هـ)، القانون التجاري السعودي، ط ٤، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية - الرياض، المملكة العربية السعودية.
٥. خليل، محمد إبراهيم، (٢٠٠٠م)، قانون التجارة الجديد «معلقاً على نصوصه بآراء الفقه وأحكام القضاء»، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع - القاهرة، مصر.
٦. داخلي، رحاب محمود (١٤٣٧هـ)، القانون التجاري السعودي، ط ١، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع.
٧. دويدار، هاني (٢٠٠١م)، التنظيم القانوني للتجارة، ط ١، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية، مصر.
٨. رستم، محمد خالد جمال (٢٠٠٦م)، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية والإثبات في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، لبنان.
٩. الزبيدي، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، دون تاريخ، دار الهداية للنشر والتوزيع - القاهرة، مصر.

١٠. سامي، فوزي محمد (٢٠٠٦م)، شرح القانون التجاري «الجزء الأول»، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، الأردن.
١١. الصغير، جميل عبد الباقي (٢٠١٢م)، الإنترنت والقانون الجنائي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع - القاهرة، مصر.
١٢. عبد الحميد، أحمد مختار (٢٠٠٨م)، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط ١، عالم الكتب للنشر والتوزيع - القاهرة، مصر.
١٣. عبد اللاه، هلاي (١٩٩٧م)، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية «دراسة مقارنة»، ط ١، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع - القاهرة، مصر.
١٤. العمر، عدنان صالح، درويش، عبد الله (٢٠١٧م)، شرح النظام التجاري السعودي، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، الأردن.
١٥. عوض، علي جمال الدين (١٩٩٤م)، القانون التجاري، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع - القاهرة، مصر.
١٦. الغامدي، عبد الهادي محمد (١٤٣٨هـ)، القانون التجاري السعودي، ط ٢، مكتبة الشقري - الرياض، المملكة العربية السعودية.
١٧. فكري، أيمن عبد الله (٢٠٠٧م)، جرائم نظم المعلومات «دراسة مقارنة»، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية، مصر.
١٨. الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر (٢٠٠٥م)، القاموس المحيط، كتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، ط ٨، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان.
١٩. القرشي، زياد أحمد، الزهراني، عدنان صالح (١٤٤٠هـ)، القانون التجاري في المملكة العربية السعودية، ط ١، مكتبة جرير للنشر والتوزيع - الرياض، المملكة العربية السعودية.





٢٠. كريم، زهير عباس (١٩٩٥م)، مبادئ القانون التجاري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمّان، الأردن.
٢١. لطفي، محمد حسام (١٩٨٧م)، الحجية القانونية للمصغرات الفلمية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع - القاهرة، مصر.
٢٢. المطالقة، محمد فواز (٢٠٠٦م)، الوجيز في العقود التجارية «دراسة مقارنة»، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمّان، الأردن.
٢٣. محمدين، جلال (١٩٩٥م)، المبادئ العامة في القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع - الإسكندرية، مصر.

### ثانياً: الرسائل والأبحاث العلمية والدوريات:

١. جامع، مليكة، بكر اوي، محمد المهدي (٢٠٢١م)، حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مجلد (١٠)، عدد (٣)، الجزائر.
٢. عبد الصمد هلو محمد صالح، ناموس، نهاد منصور (٢٠١٩م)، الحجية القانونية للدفاتر التجارية الإلكترونية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد (٨)، عدد (٢٩)، العراق.
٣. عبد المؤمن، ناجي (٢٠٠٠م)، ملاحظات حول حجية الدفاتر التجارية في ظل انتشار الكمبيوتر، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات العربية.
٤. العزام، كوثر أحمد فالح (٢٠١٠م)، حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات، رسالة ماجستير - جامعة جدارا، الأردن.
٥. فوزي، تيماء محمود، محمد، منار شكور (٢٠١٣م)، حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في إثبات العمل المصرفي الإلكتروني «دراسة مقارنة»، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد (١٦)، عدد (٥٧)، السنة (١٨)، العراق.

٦. المساعدة، أحمد محمود (٢٠١٢م)، حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد (٤)، العراق.
٧. الوتيدي، قاسم عبد الحميد (٢٠٠٠م)، الدفاتر التجارية ومدى حجيتها في ظل تواجد الحاسوب، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات العربية.

### ثالثاً: الأنظمة والقرارات القضائية:

١. نظام المحكمة التجارية، (١٣٥٠هـ)، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) وتاريخ ١٥/١/١٣٩٠هـ.
٢. نظام الدفاتر التجارية السعودي، (١٤٠٩هـ)، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦١) بتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ.
٣. نظام التعاملات الإلكترونية، (١٤٢٨هـ)، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) بتاريخ ٨/٣/١٤٢٨هـ.
٤. نظام الإثبات، لعام (١٤٤٣هـ)، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ.
٥. اللائحة التنفيذية لنظام الدفاتر التجارية، الصادرة بالقرار الوزاري رقم (١١١٠) وتاريخ ٢٤/١٢/١٤١٠هـ.
٦. رقم القضية: ٦٨٨/١/ ق لعام ١٤٠٨هـ، رقم الحكم الابتدائي: ٨٩/د/تج/٩ لعام ١٤٠٩هـ، رقم حكم التدقيق: ١١٤/ت/٤ لعام ١٤٠٩هـ، تاريخ الجلسة: ١٣/٧/١٤٠٩هـ.
٧. حكم ديوان المظالم، في القضية رقم: ٥٨٥٥/٢/ ق لعام ١٤٣٥هـ، تاريخ الجلسة: ٨/٦/١٤٣٨هـ.
٨. الحكم الصادر من الدائرة التجارية الثانية بديوان المظالم بالرياض، في القضية رقم: ١٠٤٢٠/١/ ق لعام ١٤٣٥هـ، تاريخ الجلسة: ٩/٧/١٤٣٨هـ.

٩. الحكم الصادر من الدائرة السادسة من المحكمة التجارية بالرياض، في القضية، رقم: ١١٦٠٨/١/ق لعام ١٤٣٣هـ، تاريخ الجلسة: ١١/٦/١٤٣٩هـ.
١٠. قرار المحكمة العليا السعودية، رقم (٣٤) بتاريخ ٢٤/٤/١٤٣٩هـ.







## أحكام أتعاب التحكيم

**د. حسن بن صالح بن شلعان القرني**

أستاذ الفقه المشارك بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية

جامعة الملك فيصل

## مقدمة

الحمد لله الكريم الوهاب، الهادي إلى الخير والصواب، والصلاة والسلام على نبينا الأواب، وعلى آله وأصحابه أولي النهى والألباب،  
أما بعد؛

فقد ازداد لجوء الخصوم من أفراد ومؤسسات ودول إلى التحكيم لفصل المنازعات بينهم في هذا الزمان، لاسيما بعد تنظيمه من قبل الدول والمؤسسات، وهو من أبرز وسائل فض المنازعات في الزمن الحاضر؛ لسرعته وخصوصيته وغير ذلك.

وإن أكثر المحكّمين يقبضون أتعاباً مقابل تحكيمهم في كل قضية، وهذه الأتعاب تتعلق بها مسائل كثيرة، وقد ذكرت في هذا البحث المختصر أبرز المسائل المتعلقة بها وأسميتها (أحكام أتعاب التحكيم)، وخصصته بأتعاب المحكّمين دون أتعاب أمين السر وغير ذلك، وأسأل الله أن ينفع به كاتبه وقارئه.

### أهمية الموضوع:

لا يخفى على كل من له اطلاع على العلم الشرعي والواقع المجتمعي ما لأتعاب التحكيم من أهمية، ومنها ما يلي:

(١) أتعاب التحكيم تتعلق بولاية التحكيم الشرعية التي يزداد اللجوء لها في الأزمنة الأخيرة لفض المنازعات بين الأفراد والمؤسسات والدول لاسيما بعد صدور الأنظمة الخاصة بها.

٢) تستمد أتعاب التحكيم أهميةً من خطر أخذ أموال الناس دون الوفاء بالالتزامات الواجبة مقابل ذلك.

٣) يبنى على تكييف أتعاب التحكيم عدة مسائل كوقت استحقاقها وحكمها حال انتهاء مهمة المحكم قبل إصدار الحكم وحكمها حال بطلان الحكم وغير ذلك.

### أهداف الموضوع:

تسعى دراسة هذا الموضوع إلى تحقيق جملةٍ من الأهداف، وأهمها ما يلي:

- ١) بيان حكم أخذ أتعاب التحكيم وتكييفها.
- ٢) تحرير وقت استحقاق أتعاب التحكيم، وحكمها عند انتهاء مهمة المحكم قبل إصدار الحكم.
- ٣) معرفة حكم استرداد أتعاب التحكيم عند بطلان الحكم، وحكم الرجوع بها على الخصم الخاسر.

### أسباب اختيار الموضوع:

- ١) دفعني للكتابة في هذا الموضوع عدة أمور، ومن أهمها ما يلي:
- ٢) ندرة النصوص الفقهية المتعلقة بأتعاب التحكيم فضلاً عن ذكر عددٍ من مسائلها.

٣) عدم وجود بحثٍ فقهيٍّ معاصرٍ يتعلق بأتعاب التحكيم ومسائلها الواقعية ودراساتها دراسةً فقهيةً مراعى فيها واقع التحكيم وأنظمتها وتطوراتها.

٤) تعدد أسئلة المختصين والممارسين للتحكيم عن بعض المسائل الواقعية المُشكِّلة المتعلقة بأتعاب التحكيم لاسيما مع قلة النصوص النظامية المختصة بأتعاب التحكيم.

### الدراسات السابقة للموضوع:

بعد الاطلاع على عددٍ من الكتب ومطابن البحوث والرسائل الفقهية لم أجد مَنْ ذكر الأحكام الفقهية المتعلقة بأتعاب التحكيم بتفصيلها وذكر أبرز المسائل المُشكِّلة في الواقع العملي للتحكيم والمتعلقة بها، ودراساتها دراسةً فقهيةً مراعى فيها الواقع العملي للتحكيم، وكثيراً مما كُتب عن أتعاب التحكيم لا يكاد يتجاوز تكييفها، مع إفادتي الكبيرة منها، ولأصحابها فضل السبق بذلك.

ومن أبرز ما كُتب في هذا الموضوع:

١) عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، للدكتور قحطان بن عبد الرحمن الدوري، وهي رسالةٌ جامعيةٌ من كلية دار العلوم في القاهرة، وكانت طبعته الأولى في عام ١٤٠٥هـ، ثم طُبِعَ طبعةً أخرى في عام ١٤٢٢هـ من دار الفرقان للنشر والتوزيع، ولم يذكر أحكام الأتعاب في كتابه، ولم يشترك بحثي معه في أي مسألة.



٢) التحكيم في الفقه الإسلامي لحسن الغزالي، وهي رسالةٌ جامعيةٌ في كلية الشريعة بالرياض في عام ١٤٠٩هـ، ولم يشترك بحثي معه إلا في مسألةٍ واحدةٍ وهي: المعاوضة على التحكيم، وذكر فيها قول الحنابلة فقط -وفصّل في مسألة أخذ القاضي العوض على القضاء-، وقد اجتهدتُ بذكر أقوال المذاهب الأربعة -نصاً أو تخريجاً- وأدلتهم واعتراضاتهم في خمس صفحات، ثم رجحتُ ما رأيته أقرب للصواب.

٣) التحكيم في الشريعة الإسلامية، للشيخ عبد الله بن محمد آل خنين، وهو كتاب مطبوعٌ من دار الحضارة للنشر والتوزيع في عام ١٤٤١هـ، ولم يشترك بحثي معه إلا في مسألتين اثنتين، وهما:

أ. المعاوضة على التحكيم، وذكر فيها قول الحنابلة فقط، وقد اجتهدتُ بذكر أقوال المذاهب الأربعة -نصاً أو تخريجاً- وأدلتهم واعتراضاتهم في خمس صفحات، ثم رجحتُ ما رأيته أقرب للصواب.

ب. الرجوع بأتعاب التحكيم على الطرف الخاسر، ولم يذكر فيها أقوال الفقهاء؛ لعدم نصهم عليها، وقد اجتهدتُ بذكر أقوال المذاهب -نصاً أو تخريجاً- وأدلتهم.

٤) إشكاليات أتعاب التحكيم - دراسة مقارنة، للدكتور منصور بن عبد الرحمن الحيدري، وهو بحثٌ مقدّمٌ في حلقة البحث المقامة من مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة بتاريخ ١٨ / ٨ / ١٤٤٢هـ، والتي كان عنوانها: (أتعاب المحاماة والتحكيم وإشكالاتها) وقد طُبِع في السجل العلمي لها، ولم يشترك بحثي معه إلا في مسألتين اثنتين، وهما:

أ. تكييف أتعاب التحكيم، وقد دمج هذه المسألة مع مسألة الرجوع عن التحكيم ولم يذكر أقوال المذاهب - عدا الحنابلة - وأدلتهم وترجيحه، وعزا أكثر ما ذكر لكتاب الشيخ آل خنين السابق، وقد اجتهدت في جمع أقوال المذاهب الأخرى واستقصيت أدلتهم واعتراضاتهم ثم رجحت ما رأيته أقرب للصواب.

ب. أتعاب التحكيم عند انتهاء مهمة المحكم قبل إصدار الحكم، وقد ذكرها في صفحة واحدة ولم يذكر فيها أقوال الفقهاء وأدلتهم وترجيحه، وقد اجتهدت بتخريج أقوال للمذاهب فيها وأدلتهم واعتراضاتهم ثم رجحت ما رأيته أقرب للصواب، ولم يذكر أيضاً حكم استرداد الأتعاب عند بطلان الحكم التحكيمي - وهي قريبة من هذه المسألة - وقد ذكرتها بتخريج أقوال للمذاهب فيها ثم رجحت ما رأيته أقرب للصواب.

٥) أتعاب التحكيم، للدكتور عبد العزيز بن سعد الدغيش، وهو بحثٌ مقدّم في حلقة البحث المقامة من مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة بتاريخ ١٨ / ٨ / ١٤٤٢ هـ، والتي كان عنوانها: (أتعاب المحاماة والتحكيم وإشكالاتها) وقد طُبِع في السجل العلمي لها، ولم يشترك بحثي معه في أي مسألة.

وقد حاولت في هذا البحث الموازنة بين الكلام النظري وإمكان تطبيقه على الواقع العملي للتحكيم الذي أصبح نظاماً قضائياً مستقلاً في أكثر بلدان العالم، وحاولت الربط بين مسألة تكييف أتعاب التحكيم وبقية المسائل

المتعلقة بالأتعاب، وقد ذكرتُ عدداً من المسائل التي لم أجد مَنْ ذكرها من الفقهاء السابقين والمعاصرين.

### منهج البحث:

(١) إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق ذكرتُ حكمها بدليله مع توثيق الاتفاق.

(٢) إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف ذكرتُ الأقوال فيها، وبيّنتُ مَنْ قال بها من أهل العلم مع توثيق ذلك من المصادر الأصلية، وقد عرضتُ الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية مقتصرأً على المذاهب المعتمدة، وقد استقصيتُ أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة - إن لم تكن ظاهرة -، وذكرتُ بعد كل دليل ما يرد عليه من مناقشاتٍ وما يُجاب به عنها - إن أمكن -، ثم ذكرتُ القول الراجح مع بيان سببه.

(٣) ركزتُ على موضوع البحث وتجنبْتُ الاستطراد قدر استطاعتي.

(٤) رقمتُ الآيات وبيّنتُ سورها مضبوطةً بالشكل، وخرّجتُ الأحاديث من مصادرها الأصلية وأثبتتُ الكتاب والباب والجزء والصفحة، وما كان من الصحيحين أو أحدهما فخرّجته من ذلك واكتفيتُ به، وإن لم يكن فيها فخرّجته من بقية الكتب التسعة - ومن غيرها إن لم يكن فيها - وبيّنتُ ما ذكره أهل الشأن في درجته.

(٥) وثقتُ المعاني من معاجم اللغة المعتمدة، وأحلتُ عليها بالمادة والجزء والصفحة.

٦) اعتنيتُ بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم ومنها علامات التنصيص للآيات الكريمة وللأحاديث الشريفة والآثار ولنصوص العلماء، وميزتُ أقواسها فكان لكل منها علامته الخاصة به، فالآيات جعلتها بين قوسين بهذا الشكل: ﴿...﴾ وقلتُ بعدها مثلاً: [سورة الطور: ٢١]، وأما الأحاديث والآثار فقد وضعتها بين قوسين بهذا الشكل: ((...))، وأما نصوص العلماء فوضعتها بين قوسين بهذا الشكل: «...»، وأحلتُ على مصدرها بكلمة: انظر، وأما إن كان الكلام منقولاً بمعناه فأحلتُ على مصدره بكلمة: راجع.

٧) ذيلتُ البحث بخاتمةٍ متضمنةٍ لأهم النتائج والتوصيات.

٨) أتبعْتُ البحث بالفهارس الفنية، وهي ما يلي:

أ. فهرس المصادر والمراجع.

ب. فهرس الموضوعات.

### خطة البحث:

يحتوي هذا البحث على: مقدمةٍ وتمهيدٍ ومبحثين وخاتمةٍ وفهارس، وتفصيلها ما يلي:

المقدمة:

وتحتوي على ما يلي:

- أهمية الموضوع.



- أهداف الموضوع.

- أسباب اختيار الموضوع.

- الدراسات السابقة للموضوع.

- منهج البحث.

- خطة البحث.

التمهيد:

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: تعريف الأتعاب لغةً واصطلاحاً.

- المطلب الثاني: تعريف التحكيم لغةً واصطلاحاً.

- المطلب الثالث: أنواع التحكيم.

المبحث الأول: أخذ أتعاب التحكيم وتكييفها:

ويحتوي على مطلبين:

- المطلب الأول: المعاوضة على التحكيم.

- المطلب الثاني: تكييف أتعاب التحكيم.

المبحث الثاني: استحقاق أتعاب التحكيم وحكمها عند انتهاء مهمة

المحكّم قبل إصدار الحكم واستردادها عند بطلان الحكم والرجوع بها على

الخصم:

ويحتوي على أربعة مطالب:

- المطلب الأول: استحقاق أتعاب التحكيم.
  - المطلب الثاني: أتعاب التحكيم عند انتهاء مهمة المحكم قبل إصدار الحكم.
  - المطلب الثالث: استرداد أتعاب التحكيم عند بطلان الحكم.
  - المطلب الرابع: الرجوع بأتعاب التحكيم على الخصم الخاسر.
- الخاتمة.

فهرس المصادر والمراجع.

وأسأل الله الكريم أن ينفع بهذا البحث كاتبه وقارئه، وأن يجعله حجةً لي لا حجةً علي، وأن يجعله من العلم النافع الذي لا ينقطع بعد الموت.

## التمهيد

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

**المطلب الأول: تعريف الأتعاب لغةً واصطلاحاً:**

**أولاً: تعريف الأتعاب لغةً:**

مصدر تَعَبٌ يَتَعَبُ تَعَبًا فَهُوَ تَعِبٌ وَأَتَعَبْتُهُ إِتْعَابًا فَهُوَ مُتَعَبٌ<sup>(١)</sup>، والتاء والعين والباء كلمةٌ واحدةٌ وتُطلقُ في اللغة على عدة معانٍ، وأهمها ما يلي:

المعنى الأول: شدة العناء والإعياء<sup>(٢)</sup>: وهو ضد الراحة<sup>(٣)</sup>، وتقول العرب: أتعب فلان نفسه في عملٍ يمارسه: إذا أنصبها فيما حملها وأعملها فيه<sup>(٤)</sup>.

المعنى الثاني: الإعجال في العمل والسوق والسير الحثيث: تقول العرب: أتعب الرجل ركبته: إذا أعجلها في السوق أو السير الحثيث<sup>(٥)</sup>.

(١) راجع: العين في مادة: (تعب)، (٧٧ / ٢)، وتهذيب اللغة في مادة: (تعب)، (١٦٧ / ٢)، ومقاييس اللغة في مادة: (تعب)، (٣٤٨ / ١).

(٢) راجع: العين في مادة: (تعب)، (٧٧ / ٢)، وتهذيب اللغة في مادة: (تعب)، (١٦٧ / ٢)، ومقاييس اللغة في مادة: (تعب)، (٣٤٨ / ١).

(٣) راجع: المحكم والمحيط الأعظم في مادة: (تعب)، (٥٥ / ٢)، ولسان العرب في مادة: (تعب)، (٢٣١ / ١)، وتاج العروس في مادة: (تعب)، (٧٣ / ٢).

(٤) راجع: تهذيب اللغة في مادة: (تعب)، (١٦٧ / ٢)، ولسان العرب في مادة: (تعب)، (٢٣٢ / ١)، وتاج العروس في مادة: (تعب)، (٧٤ / ٢).

(٥) راجع: العين في مادة: (تعب)، (٧٧ / ٢)، وتهذيب اللغة في مادة: (تعب)، (١٦٧ / ٢)، ولسان العرب في مادة: (تعب)، (٢٣٢ / ١).

جاء في لسان العرب: «تعِب: التعب شدة العناء، ضد الراحة...، وأتعِب الرجل ركابه إذا أعجلها في السَّوق أو السير الحثيث»<sup>(١)</sup>.  
وأقرب المعنيين للمعنى المقصود في هذا البحث هو المعنى الأول.  
ثانياً: تعريف الأتعاب اصطلاحاً:

لم أجد - بعد البحث والتحري - تعريفاً للأتعاب عند الفقهاء السابقين رَحْمَهُمُ اللهُ بل لم أجد مَنْ ذكر منهم هذا المصطلح.  
ولعل إطلاق كلمة (أتعاب) على المعنى الآتي ذكره اصطلاحاً متأخراً، ولذلك ذكر بعض المعاصرين تعريفاً لها، ومن ذلك ما جاء في معجم اللغة العربية المعاصرة: «مقابلٌ مادي لعملٍ ما»<sup>(٢)</sup>.

والذي يظهر - والله أعلم - أن هذا الاصطلاح المتأخر خاصٌ ببعض الأعمال المهنية التي تتطلب مهاراتٍ أساسها العمل الذهني كالمحاماة والاستشارة والتحكيم والتدقيق والخبرة من الهندسة والمحاسبة ونحو ذلك. وبناءً على ما سبق فيمكن تعريف الأتعاب بأنها: (مالٌ مقابل عملٍ مهني).

وبدأت التعريف بكلمة (مال)؛ لأن الأتعاب في حقيقتها مالٌ لاسيما وأن كلمة (مال) يدخل فيها الأعيان والمنافع.  
وسُمي هذا المال أتعاباً؛ لأنه (مقابل عمل) نتج عنه التعب الذي سُميت الأتعاب اشتقاقاً منه كما سبق في التعريف اللغوي، ولذلك يسميها بعض المعاصرين ببدل الأتعاب.

(١) انظر: لسان العرب في مادة: (تعِب)، (١ / ٢٣١).

(٢) انظر: معجم اللغة العربية المعاصرة، في مادة: (تعِب)، (١ / ٢٩٣).



وقيدتُ العمل بكلمة (مهني)؛ لأخرج الأعمال العادية كالبناء والكتابة وغيرها مما لم يجزِ العرف على تسمية عوضها أتعاباً.

وتشمل جملة (عمل مهني) العمل الذهني بشكل كبير وكذلك العمل البدني المترتب عليه ككتابة الاستشارة أو إرسالها بعد أعمال الذهن بها ودراستها ونحو ذلك.

## المطلب الثاني: تعريف التحكيم لغةً واصطلاحاً:

### أولاً: تعريف التحكيم لغةً:

مصدرٌ للفعل حَكَّم يَحْكُمُ تحكيمياً، ومادته حكم<sup>(١)</sup>، والحكم يُطلق في اللغة على عدة معانٍ أهمها ما يلي:

المعنى الأول: المنع: تقول العرب: أَحَكَمَ فلانٌ عني كذا أي: مَنَعَهُ، وسُميت بذلك حَكَمَةُ اللجام من الدابة؛ لأنها ترد الدابة وتمنعها من الجري، وكل شيءٍ منعتَه من الفساد فقد حَكَمْتُهُ وحَكَمْتَهُ وأحَكَمْتَهُ<sup>(٢)</sup> كما قال الشاعر<sup>(٣)</sup>:

«أبني حنيفة أحكموا سفهاءكم \*\*\* إني أخاف عليكم أن أغضبا»<sup>(٤)</sup>

(١) راجع: جهمرة اللغة في مادة: (حكم)، (١/٥٦٤)، والصحاح في مادة: (حكم)، (١٩٠٢/٥)، ومقاييس اللغة في مادة: (حكم)، (٩١/٢).

(٢) راجع: العين في مادة: (حكم)، (٣/٦٧)، وجهمرة اللغة في مادة: (حكم)، (١/٥٦٤)، وتهذيب اللغة في مادة: (حكم)، (٤/٦٩).

(٣) وهو جرير كما جاء في ديوانه ص ٤٧.

(٤) انظر: العين في مادة: (حكم)، (٣/٦٧)، والصحاح في مادة: (حكم)، (١٩٠٢/٥)، ومجمل اللغة في مادة: (حكم)، ص ٢٤٦.

ومن ذلك سُميت الحِكمة؛ لأنها تمنع من الجهل، ومنه أيضاً سُمي الحاكم؛ لأنه يمنع الظالم من الظلم<sup>(١)</sup>.

المعنى الثاني: القضاء: وقيدّه بعضهم بأنه القضاء بالعدل<sup>(٢)</sup>، ومن ذلك قولهم: حَكَمْنَا فلاناً بيننا أو في أمرنا أي: يحكم بيننا وأجزنا حكمه، والحكمة هم القضاة<sup>(٣)</sup>.

المعنى الثالث: العلم والفقّه: وتطلق العرب اسم الحكيم على العالمٍ وصاحب الحكمة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيحًا﴾ [سورة مريم: ١٢] أي: العلم والفقّه<sup>(٤)(٥)</sup>.

جاء في تهذيب اللغة: «والحكم: العلم والفقّه،... والحكم أيضاً: القضاء بالعدل،... والعرب تقول: حَكَمْتُ وَأَحَكَمْتُ وحَكَمْتُ بمعنى منعتُ ورددتُ... إلخ»<sup>(٦)</sup>.

- 
- (١) راجع: جهمرة اللغة في مادة: (حكم)، (٥٦٤/١)، وتهذيب اللغة في مادة: (حكم)، (٦٩/٤)، ومجمل اللغة في مادة: (حكم)، ص ٢٤٦.
- (٢) راجع: تهذيب اللغة في مادة: (حكم)، (٦٩/٤)، والصحاح في مادة: (حكم)، (١٩٠١/٥)، والمحكم والمحيط الأعظم في باب: الحاء والكاف والميم، (٤٩/٣).
- (٣) راجع: العين في مادة: (حكم)، (٦٧/٣)، وتهذيب اللغة في مادة: (حكم)، (٧١/٤)، والصحاح في مادة: (حكم)، (١٩٠٢/٥).
- (٤) راجع: تفسير ابن عطية (٧/٤)، وزاد المسير (١٢١/٣)، وتفسير الرازي (٥١٦/٢١).
- (٥) راجع: تهذيب اللغة في مادة: (حكم)، (٦٩/٤)، والصحاح في مادة: (حكم)، (١٩٠١/٥)، ومجمل اللغة في مادة: (حكم)، ص ٢٤٦.
- (٦) انظر: تهذيب اللغة (٦٩/٤).

والذي يظهر أن كل هذه المعاني الثلاثة مرادة في التحكيم بالمعنى الاصطلاحي؛ لأن الخصوم قد اختاروا المحكم؛ لعلمه وفقهه حتى يقضي بينهم بالعدل ويمنع عنهم الخصومة وآثارها.

### ثانياً: تعريف التحكيم اصطلاحاً:

لم يذكر أكثر الفقهاء السابقين رَحْمَهُمُ اللهُ تعريفاً للتحكيم، ولعل ذلك اكتفاءً منهم بمعناه اللغوي السابق، وإنما ذكروا في كتبهم شرحاً لمعنى التحكيم لا تعريفاً حدياً، وليس من الصحيح أن يُعد ذلك منهم تعريفاً للتحكيم ثم نقده نقداً علمياً باعتبار أن يكون التعريف جامعاً مانعاً.

ولم أجد مَنْ ذكر منهم تعريفاً للتحكيم إلا بعض فقهاء الحنفية حيث عرفوه بأنه: «تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما»<sup>(١)</sup>، وهذا المعنى المذكور يدور عليه كل ما ذكره الفقهاء كشرح لمعنى التحكيم على اختلافٍ بينهم في بعض الضوابط في المحكم وغير ذلك مما لا يؤثر على المعنى العام للتحكيم عندهم.

ثم جاء بعض المعاصرين بعدة تعريفاتٍ متقاربة، ومنها ما جاء في معجم لغة الفقهاء بأنه: «اتفاق الخصمين على قبول حكم شخصٍ معينٍ في فصل الخصومة بينهما»<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: البحر الرائق (٧/٢٤)، والدر المختار (٥/٤٢٨).

(٢) انظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٢٣.

ولا يخفى ما في تلك التعريفات من دورٍ بسبب ذكر كلمة (حكم) فيها، وعدم التفريق فيها بين التحكيم واتفاق التحكيم وعقد التحكيم<sup>(١)</sup>، وغير ذلك من ملحوظاتٍ لا ينبغي الإطالة بذكرها.

وبناءً على ذلك فيمكن تعريف التحكيم بأنه: (تقاضي خصومٍ عند مختارٍ).

وبدأت التعريف بكلمة (تقاضي)؛ لأمرين، أولهما: لأن التحكيم في حقيقته قضاءٌ، وهو ما يُسمى بالقضاء الخاص، وثانيهما: لأن كلمة (تقاضي) على وزن تفاعل الذي يدل على المشاركة، والمشاركة في التحكيم تبدأ من اتفاق الأطراف على اللجوء للتحكيم باختيارهم - وهو اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم - ثم مشاركتهم في المرافعة والمدافعة عند المحكم أو هيئة التحكيم، وتنتهي بالحكم وتوابعه.

وذكرتُ أطراف النزاع في عملية التحكيم بقولي: (خصوم)، وهي كلمة تشمل الشخصيات الحقيقية والاعتبارية، وتشمل كون الخصوم طرفين أو أكثر، وهذه الكلمة أيضاً تدل على وقوع نزاعٍ بينهم؛ إذ لا شأن للتحكيم بالأمر الإنهائية والتوثيق ونحو ذلك.

(١) اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف على اللجوء للتحكيم عند تنازعهما - ويسمى شرط التحكيم - وعادةً ما يكون عنصراً من عناصر العقد المبرم بينهما، أو اتفاقهما على ذلك بعد نشوء النزاع - ويسمى مشاركة التحكيم -، وأما عقد التحكيم فهو العقد المبرم بين الأطراف أو أحدهم مع المحكم الذي سيحكم بينهم في نزاعهم، وأما التحكيم فهو يشمل ذلك وغيره حيث يبدأ باتفاق التحكيم ثم يكون التعاقد مع المحكم ويعقب ذلك مرحلة الترافع والتدافع ثم يُختم بالحكم وتوابعه من تفسيرٍ وتصحيحٍ ونحو ذلك.

وأشرت للمحكّم بكلمة (مختار)، وهي تُخرج القاضي الذي ولّاه الإمام القضاء؛ لأنه لا يختاره الخصوم بل كل مَنْ ولي القضاء فإنه سيقضي بين الخصوم دون اختيارٍ منهم، وهذه الكلمة تشمل المحكّم الفرد وهيئة التحكيم، وتشمل أيضاً المحكّم المختار من الخصوم أو من أحدهم أو من المحكمة المختصة.

### المطلب الثالث: أنواع التحكيم:

يتنوع التحكيم باعتبار تنظيم إجراءاته إلى نوعين اثنين، وهما ما يلي:

النوع الأول: التحكيم الحر: وهو الذي يختار فيه أطرافُ التحكيم القواعدَ الإجرائيةَ المحققةً لمصلحتهم في سير العملية التحكيمية بعيداً عن أي مؤسسة تحكيمية.

النوع الثاني: التحكيم المؤسسي: وهو الذي يجيل فيه أطرافُ التحكيم القواعدَ الإجرائيةَ لسير إجراءات التحكيم على القواعد الإجرائية المعتمدة لمؤسسة تحكيمية، وتكون المؤسسة مسؤولةً عن تنفيذ تلك القواعد الإجرائية حتى انتهاء العملية التحكيمية كالمرکز السعودي للتحكيم التجاري أو مركز دبي للتحكيم للدولي وغيرهما<sup>(١)</sup>.

(١) راجع: التحكيم في المواد المدنية والتجارية لمحمود السيد التحيوي ص ٥٣، وقانون التحكيم لفتحي والي ص ٣٨ وما بعدها.

وبذلك يتبين أن التحكيم الحر هو الأصل والتحكيم المؤسسي استثناء منه؛ لأنه أسبق منه، ولا يكون التحكيم مؤسسياً إلا بالنص عليه وفي حال عدم النص عليه يبقى التحكيم حراً<sup>(١)</sup>.



(١) ولهذين النوعين أسماء أخرى، فيسمى التحكيم الحر بالتحكيم الخاص أو العادي، ويسمى التحكيم المؤسسي بالتحكيم النظامي أو المنظم وغير ذلك.

## المبحث الأول أخذ أتعاب التحكيم وتكيفها

ويحتوي على مطلبين:

### المطلب الأول: المعاوضة على التحكيم:

يقبض أكثر المحكِّمين عوضاً على التحكيم، وقد اختلف الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ في حكم المعاوضة على التحكيم على ثلاثة أقوال، وهي ما يلي:  
القول الأول: وهو مذهب الحنفية - تخريجاً<sup>(١)</sup> أنه لا يجوز أخذ المحكِّم عوضاً على التحكيم.

ويمكن أن يُعلَّل قولهم: بأن الأخذ من الخصوم قد يؤدي إلى الميل مع أحدهم وعدم الحياد.

ويمكن الإجابة عن ذلك: بعدم التسليم بذلك؛ لأن هذه العلة قد تحدث من المتبرع فضلاً عما يقبض عوضاً على ذلك، ولذلك يُشترط في المحكِّم أن يكون أميناً سواء كان متبرعاً أم غير متبرعٍ بذلك.

(١) لم أجد - من خلال بحثي واطلاعي - نصاً للحنفية رَحْمَهُمُ اللهُ في هذه المسألة، ويمكن تخريج هذا القول لهم بناءً على قولهم أن المحكِّم كالقاضي بين الطرفين، راجع: المبسوط للسرخسي (١١١/١٦)، والمحيط البرهاني (١١٧/٨)، والبنية (٥٨/٩)، وقد نصَّوا رَحْمَهُمُ اللهُ على حرمة أخذ القاضي عوضاً من الخصوم على القضاء، راجع: روضة القضاة (١٣٢/١).

جاء في المحيط البرهاني: «لأن الحكم فيما بين المحكمين بمنزلة القاضي المولى في حق الكل»<sup>(١)</sup>، وجاء في روضة القضاة: «فكما لا يجوز للقاضي أن يأخذ من أحد الخصوم شيئاً فكذلك أعوانه»<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني: وهو مذهب المالكية -تخرجياً-<sup>(٣)</sup> وقول للحنابلة<sup>(٤)</sup> أنه يجوز أخذ المحكم عوضاً على التحكيم مطلقاً. واستدلوا لقولهم بما يلي:

الدليل الأول: القياس على الوصي وأمين الحاكم فحيث يجوز لهما الأكل من مال اليتيم بقدر الحاجة فكذلك المحكم الذي لم يتعين عليه التحكيم بين الخصوم يجوز له أخذ العوض على ذلك<sup>(٥)</sup>.

الدليل الثاني: لأنه عملٌ مباحٌ فيجوز أخذ العوض عليه كسائر الأعمال المباحة<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: المحيط البرهاني (١١٧/٨).

(٢) انظر: روضة القضاة (١٣٢/١).

(٣) لم أجد -من خلال بحثي وإطلاعي- نصاً للمالكية رَحْمَةُ اللَّهِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، ويمكن تخريج هذا القول لهم بناءً على تكييفهم التحكيم بأنه وكالة من الخصوم كما هو قول ابن القاسم رَحْمَةُ اللَّهِ الَّذِي يُعَدُّ قَوْلُهُ هُوَ الْمَذْهَبُ الْمَعْتَمَدُ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ حَالُ تَعَدُّ الْأَقْوَالِ فِي الْمَسْأَلَةِ وَلَا نَصَّ مَالِكٍ رَحْمَةُ اللَّهِ فِيهَا، راجع: المنتقى (٢٢٧/٥)، وقد نَصَّوْا رَحْمَةُ اللَّهِ عَلَى جَوَازِ الْوَكَالَةِ بِعَوَضٍ وَيَكُونُ الْعَقْدُ حِينَئِذٍ عَقْدَ إِجَارَةٍ، راجع: التبصرة (٤٦٢٢/١٠)، والمقدمات الممهدة (٥٨/٣)، والقوانين الفقهية ص ٢١٦.

(٤) راجع: بدائع الفوائد (١٤٦/٣).

(٥) راجع: بدائع الفوائد (١٤٦/٣).

(٦) راجع: بدائع الفوائد (١٤٦/٣).



جاء في المنتقى: «ووجه القول الأول بأنه لا يلزم بالتحكيم وهو قول ابن القاسم ومن تابعه أنه عنده من باب الوكالة... إلخ»<sup>(١)</sup>، وجاء في المقدمات الممهّدات: «والوكالة جائزة بعوضٍ وعلى غير عوضٍ، فإن كانت بعوضٍ فهي إجارةٌ تلزمهما جميعاً... إلخ»<sup>(٢)</sup>.

وجاء في بدائع الفوائد: «قال ابن عقيل: الأموال التي يأخذها القضاة أربعة أقسام: رشوة وهديّة وأجرة ورزق...، وأما الأجرة: إن كان للحاكم رزقٌ من الإمام من بيت المال حرم عليه أخذ الأجرة قولاً واحداً...، وإن كان الحاكم لا رزق له فعلى وجهين: أحدهما الإباحة؛ لأنه عملٌ مباحٌ فهو كما لو حكّماه»<sup>(٣)</sup>.

القول الثالث: وهو مذهب الشافعية<sup>(٤)</sup> والحنابلة<sup>(٥)</sup> وبعض هيئات الفتوى المعاصرة<sup>(٦)</sup> واختاره بعض المعاصرين<sup>(٧)</sup> أنه يجوز أخذ المحكّم عوضاً على التحكيم بشروطٍ، واختلفوا في تحديد الشروط على ما يلي:

(١) انظر: المنتقى (٥/٢٢٧).

(٢) انظر: المقدمات الممهّدات (٣/٥٨).

(٣) انظر: بدائع الفوائد (٣/١٤٦).

(٤) راجع: تحفة المحتاج (١٠/١٣٧).

(٥) راجع: مطالب أولي النهى (٦/٤٦٠).

(٦) راجع: المعايير الشرعية في معيار: التحكيم (١/١٤) ص ٨١١، واشترطوا ألا يكون موظفاً عاماً مخصصاً للتحكيم أي ألا يقبض عوضاً من بيت المال كما سبق.

(٧) راجع: التحكيم في الفقه الإسلامي لحسن الغزالي ص ٣٠٠ وما بعدها، واشترط لذلك أربعة شروط، وهي ما يلي: ١/ أن يكون العوض جُعلاً، ٢/ أن يكون العوض مقارناً للجهد الذي تحتاجه القضية في العادة، ٣/ أن يكون العوض مأخوذاً من الخصمين =

اشترط الشافعية ثلاثة شروط، وهي ما يلي:

الشرط الأول: أن يكون العوض جُعلًا.

الشرط الثاني: أن يكون العمل فيه كُلفةً تُقابل بأجرة.

الشرط الثالث: ألا يتعيّن عليه الفصل بين الطرفين<sup>(١)</sup>.

واشترط الحنابلة ثلاثة شروط، وهي ما يلي:

الشرط الأول: أن يكون العوض جُعلًا لا أجرًا.

الشرط الثاني: ألا يكون له مالٌ يكفيه ويكفي عياله.

الشرط الثالث: ألا يكون له مالٌ على التحكيم من بيت المال.

= جميعاً وبقدر متساوٍ، ٤ / أن يُتطاط باتخاذ وسائل لمنع كون ذلك وسيلةً لارتشاء المحكّم كأن يُشهد على ذلك أو يُثبت عند القاضي ونحو ذلك.

وراجع أيضاً: التحكيم في الشريعة الإسلامية لعبد الله آل خنين ص ٢٢٠، واشترط لذلك ثلاثة شروط، وهي ما يلي: ١ / أن يكون العوض جُعلًا، ٢ / ألا يكون له عوضٌ على التحكيم من بيت المال، ٣ / أن يُسَلّم المال للمحكّم عند شروعه في التحكيم أو قبله أو يودّع عند جهةٍ محايدةٍ أو بضمانٍ بنكي؛ ضماناً لاستقلال المحكّم.

(١) وذكر ابن حجر الهيتمي رَحِمَهُ اللهُ أن اشتراط الشرط الثاني ينفي الحاجة لاشتراط هذا الشرط بناءً على القول الأصح للشافعية رَحِمَهُ اللهُ من أن الواجب العيني إذا كان فيه كُلفةً تُقابل بأجرة فلن يتعيّن عليه ذلك أن يمتنع منه إلا بأجرة، ثم ذكر أن اشتراط السبكي رَحِمَهُ اللهُ لهذا الشرط قد يكون مبنياً على القول الثاني في المذهب من أن الواجب العيني لا يجوز أخذ الأجرة عليه مطلقاً سواء كان فيه كُلفةً تُقابل بأجرة أم لا، راجع: تحفة المحتاج (١٠/١٣٧).

واستدلوا لقولهم بما يلي:

الدليل الأول: قال عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجرة»<sup>(١)(٢)</sup>، فهذا نهي عن أخذ الأجرة على القضاء، والتحكيم قضاء.

وأجيب عنه: من ثلاثة وجوه، وهي ما يلي:

الوجه الأول: المراد بذلك الأولى والأفضل والأكمل للمستغني ترك المعاوضة على ذلك لا التحريم، وأقصى أحوال ذلك هو الكراهة<sup>(٣)</sup>.

الوجه الثاني: الكراهة هذه في حق القاضي؛ لأن ولايته عامة وتتعلق بمصالح المسلمين جميعاً بخلاف المحكم فولايته خاصة<sup>(٤)</sup>.

الوجه الثالث: ويمكن القول: بأن هذا الحديث منقطع كما سبق.

(١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: كتاب: البيوع والأفضية، باب: في القاضي يأخذ الرزق، ح (٢١٨٠٤)، في (٤/٤٣٠)، ورواه - بلفظ آخر - عبد الرزاق في مصنفه: كتاب: البيوع، باب: هل يؤخذ على القضاء رزق؟، ح (١٥٢٨١)، في (٨/٢٩٧)، ولم أجد من ذكر درجة الحديث فيما بين يدي من مراجع غير أن القاسم بن عبد الرحمن لم يلق عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كما جاء في المراسيل لابن أبي حاتم ص ١٧٥ ما نصه: «قال علي بن المدني: لم يلق القاسم بن عبد الرحمن من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ غير جابر بن سمرة»، وبالتالي فيكون الحديث منقطعاً.

(٢) راجع: مطالب أولي النهى (٦/٤٦٠).

(٣) راجع: أدب القاضي (١/١٠٨)، وبحر المذهب (١١/٥٢)، والتحكيم في الفقه الإسلامي لحسن الغزالي ص ٣٠١.

(٤) راجع: التحكيم في الفقه الإسلامي لحسن الغزالي ص ٣٠٢.

الدليل الثاني: التحكيم قرْبَةٌ ويختص فاعله أن يكون من أهل القرْبَةِ أشبه الصلاة فكما أنه لا يجوز أخذ الأجرة على الصلاة فكذلك التحكيم<sup>(١)</sup>.  
ويمكن أن يُجاب عنه: بعدم التسليم بحرمة أخذ الأجرة على الصلاة مطلقاً؛ إذ لا يخفى خلاف الفقهاء في هذه المسألة، ومن أقرب الأقوال في ذلك هو جواز أخذها عند الضرورة أو الحاجة، ولا شك أن من الحاجيات في هذا الزمان إعطاء المحكِّمين أموالاً مقابل تفرغهم وعملهم في الإجراءات التحكيمية؛ لكثرة القضايا وتشعبها وحرصاً على فصل النزاعات بين الخصوم.

الدليل الثالث: المحكِّم يقوم بعملٍ مباحٍ غير واجبٍ عليه فله أخذ العوض عليه<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن يُجاب عن ذلك: بأنه لا يُعارض القول الراجح بل هو مؤيدٌ له.

الدليل الرابع: العوض الذي يقبضه المحكِّم يقابل الجهد والوقت الذي يمضيه في التحكيم، والأصل الإباحة ولا محذور في ذلك<sup>(٣)</sup>.

ويمكن أن يُجاب عن ذلك: بأنه لا يُعارض القول الراجح بل هو مؤيدٌ له.

(١) راجع: مطالب أولي النهى (٦/ ٤٦٠).

(٢) راجع: التحكيم في الفقه الإسلامي لحسن الغزالي ص ٣٠١.

(٣) راجع: التحكيم في الفقه الإسلامي لحسن الغزالي ص ٣٠٢، والتحكيم في الشريعة الإسلامية لعبد الله آل خنين ص ٢٢٠.

جاء في تحفة المحتاج: «قال السبكي: ولمفتٍ لم ينحصر الأمر فيه الامتناع من الإفتاء إلا بجعل، وكذا المحكّم، وفارقا للحاكم بأنه نُصّب للفصل أي: فيتّهم، ولو قيل: بأنهما مثله لكان مذهباً محتملاً. اهـ، وعلى الأول فمحلّه إن كان ما يأخذ عليه فيه كُلفَةٌ تُقابل بأجرة»<sup>(١)</sup>.

وجاء في مطالب أولي النهى: «(فإن لم يُجعل له أي: القاضي شيء) من بيت المال (وليس له ما يكفيه) وعياله (وقال للخصمين: لا أقضي بينكما إلا بجعل جاز) له أخذ الجعل إلا الأجرة...، قلت: والمحكّم مثله؛ إذ لا فرق بينهما، وعُلم منه أنه إن كان له ما يكفيه فليس له أن يأخذ الجعل»<sup>(٢)</sup>.

وجاء في المعايير الشرعية: «يحق للمحكّم إذا لم يكن متطوعاً أو موظفاً عاماً مخصصاً للتحكيم الحصول على أجرة (أتعاب) عن مهمة التحكيم... إلخ»<sup>(٣)</sup>.

والراجع - والله أعلم - هو القول الثاني وهو جواز أخذ المحكّم عوضاً على التحكيم؛ لما يلي:

أولاً: لقوة أدلته وضعف أدلة القولين الآخرين.

ثانياً: الأصل في المعاملات المالية الإباحة ولا يوجد نصّ قطعيّ ناقلٌ عن الإباحة الأصلية.

(١) انظر: تحفة المحتاج (١٣٧/١٠)، ولم أجد هذا النص في كتب السبكي رَحِمَهُ اللهُ التي بين يدي.

(٢) انظر: مطالب أولي النهى (٦/٤٦٠).

(٣) انظر: المعايير الشرعية في معيار: التحكيم (١/١٤) ص ٨١١.

ثالثاً: العملية التحكيمية تأخذ من المحكّم وقتاً طويلاً في إدارة مراحل القضية والتراتع ثم دراستها ثم صياغة الحكم فيها وأسبابه بعد ندب خبير إن اقتضى نوع القضية ذلك، وينبغي أن يُقابل هذا كله بعوضٍ.

رابعاً: القول بمنع ذلك سيؤدي إلى انصراف الناس عن التحكيم بين الخصوم وفصل النزاعات وتزاحم القضايا في المحاكم الشرعية وغير ذلك، والقول بجواز ذلك فيه تشجيع للإقبال عليه وتعزيز لمحاسنه وانتشارها.

خامساً: أجازت أكثر أنظمة التحكيم في العالم والقواعد الإجرائية للمؤسسات التحكيمية العالمية أخذ المحكّم عوضاً على التحكيم، ومن ذلك نظام التحكيم السعودي<sup>(١)</sup>.

سادساً: الشروط التي ذكرها القائلون بالقول الثالث قد اختلفوا فيها وهذا دليل ضعف القول بها؛ إذ هي اجتهاداتٌ ليس لها دليلٌ نصيٌّ إلا اشتراطهم كون الأتعاب جعلاً لا أجره فهو شرطٌ مبنيٌّ على مسألة تكيف أتعاب التحكيم التي سيأتي بحثها في المطلب التالي، وأما اشتراط عدم أخذ المحكّم أتعاباً من بيت المال فهذا الشرط ليس منطبقاً على الواقع فيما أعلم.

### المطلب الثاني: تكيف أتعاب التحكيم:

جرى العرف على مستوى الدول والمؤسسات والأفراد على تسمية العوض الذي يأخذه المحكّم بالأتعاب، واختلف القائلون بجواز أخذ المحكّم أتعاباً على التحكيم في تكيف هذه الأتعاب على قولين، وهما ما يلي:

(١) راجع: المادة الرابعة والعشرين (م ٢٤) من نظام التحكيم السعودي.

القول الأول: وهو مذهب المالكية<sup>(١)</sup> والشافعية<sup>(٢)</sup> والحنابلة<sup>(٣)</sup> واختاره بعض المعاصرين<sup>(٤)</sup> أن الأتعاب التي يأخذها المحكم جعل.

واستدلوا بقولهم بعدة أدلة، وهي ما يلي:

الدليل الأول: قال عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجرًا»<sup>(٥)</sup>، فهذا نهي عن أخذ الأجرة فيكون العوض جعلًا حينئذٍ<sup>(٦)</sup>.

ويمكن الإجابة عنه: بما سبق ذكره في المطلب السابق من عدم ثبوته وانقطاع سنده؛ لعدم ثبوت لقيما القاسم بعمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(١) لم ينصّ المالكية رَضِيَ اللهُ عَنْهُ على ذلك صراحةً، ولكنهم نصّوا على أن التحكيم وكالة - كما سبق -، ونصّوا أيضاً على أن الوكالة إن كانت بأجرة فهي لازمة للطرفين - الموكل والوكيل - بمجرد العقد، وإن كانت بجعل فهي غير لازمة للطرفين - الموكل والوكيل - قبل الشروع في العمل وأما بعد الشروع في العمل فهي لازمة للموكل وغير لازمة للوكيل في المعتمد عندهم، راجع: التبصرة (١٠/٤٦٢٢)، وشرح الخرشي (٦/٨٦)، وحاشية الدسوقي (٣/٣٩٧)، ونصّوا أيضاً على أن التحكيم غير لازم للمحكّم وللخصمين قبل الشروع فيه، وأما بعد الشروع فيه فهو لازم للخصمين - الموكلين - وغير لازم للمحكّم - الوكيل -، راجع: عقد الجواهر الثمينة (٣/١٠٠٦) والتوضيح (٧/٤٠٠)، وحاشية العدوي على شرح الخرشي (٧/١٣٧).

(٢) راجع: تحفة المحتاج (١٠/١٣٧).

(٣) راجع: مطالب أولي النهى (٦/٤٦٠).

(٤) راجع: التحكيم في الفقه الإسلامي لحسن الغزالي ص ٣٠٠، والتفهم شرح نظام التحكيم لعبد الله آل خنين ص ١٦٦.

(٥) سبق تحريجه في المطلب السابق.

(٦) راجع: مطالب أولي النهى (٦/٤٦٠).

الدليل الثاني: التحكيم قرْبَةٌ ويختص فاعله أن يكون من أهل القرْبَةِ أشبه الصلاة فكما أنه لا يجوز أخذ الأجرة على الصلاة فكذلك التحكيم، وبالتالي يكون العوض جُعلاً<sup>(١)</sup>.

ويمكن الإجابة عنه: بما سبق ذكره في الإجابة عن الدليل الثاني للقول الثالث في المطلب السابق.

الدليل الثالث: عقد الجعالة جائزٌ بين الطرفين وكذلك التحكيم<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن يُجاب عنه: بعدم التسليم بذلك فالراجح أن التحكيم لازمٌ للخصوم وللمحكّم الذي قبض أتعاباً على ذلك إلا إن اتفق الخصوم على إنهاء العملية التحكيمية أو عزل المحكّم ولم يكن معيناً من القاضي أو مجازاً منه، وعقد الجعالة الأصل فيه الجواز لا اللزوم.

الدليل الرابع: العمل المطلوب من المحكّم هو إصدار الحكم وفيه جهالةٌ؛ لأنه غير محقق الوقوع، وعقد الجعالة يصح مع الجهالة في العمل بخلاف عقد الإجارة<sup>(٣)</sup>.

ويمكن أن يُجاب عنه: بعدم التسليم بجهالة العمل المطلوب من المحكّم بل هو معلومٌ ومضبوطٌ بعددٍ من الإجراءات التي يجب عليه اتباعها للوصول للحكم، وعلى التسليم بجهالته فهي جهالةٌ يسيرةٌ مغتفرةٌ ولا يكاد عقدٌ من عقود المعاوضة يخلو من غررٍ وجهالةٍ.

(١) راجع: مطالب أولي النهى (٦/ ٤٦٠).

(٢) راجع: التحكيم في الفقه الإسلامي لحسن الغزالي ص ٣٠٣.

(٣) راجع: التحكيم في الفقه الإسلامي لحسن الغزالي ص ٣٠٣.



واعترض على هذا القول: بأنه إن قيل: المحكّم كالقاضي فكما يجرم على القاضي أخذ الأجرة فكذلك يجرم عليه أخذ الجعل ومثله المحكّم؛ لأنه عوض يقابل تولي الحكم بين الخصوم، وإن قيل: المحكّم ليس كالقاضي فيجوز للمحكّم أخذ الأجرة كما يجوز له أخذ الجعل<sup>(١)</sup>.

جاء في حاشية الدسوقي: «ففي الوكالة إذا وقعت على وجه الإجارة تلزم كلاً من الوكيل والموكل بمجرد العقد، وقوله: وفي الجعالة أي وفي الوكالة الواقعة على وجه الجعالة لا تلزم واحداً منهما قبل الشروع وتلزم الجاعل وهو الموكل بالشروع، وأما المجعول له وهو الوكيل فلا تلزمه»<sup>(٢)</sup>، وجاء في المنتقى: «ومتى يلزمها ذلك؟ قال ابن القاسم في المجموعة: إذا حكّمها وأقاما البينة عنده ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم قال: أرى أن يُقضى بينهما ويجوز حكمه، ونحوه في كتاب ابن حبيب لمطرف وأصبغ، قال مطرف: له النزوع قبل نظر الحاكم بينهما في شيءٍ فأما بعد أن ينشأ في الخصومة عنده ونظره في شيءٍ من أمرهما فلا نزوع لواحدٍ منهما ويلزمهما التماذي... إلخ»<sup>(٣)</sup>.

وجاء في تحفة المحتاج: «قال السبكي: وملفّ لم ينحصر الأمر فيه الامتناع من الإفتاء إلا بجعلٍ، وكذا المحكّم... إلخ»<sup>(٤)</sup>.

(١) ذكره هذا الاعتراض حسن الغزالي في كتابه: التحكيم في الفقه الإسلامي ص ٣٠١ وما بعدها، وقد أجاب عن ذلك بإجاباتٍ ليست قويةً ولا تخرج عما سبق ذكره في هذا المطلب والمطلب السابق.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (٣/٣٩٧).

(٣) انظر: المنتقى (٥/٢٢٧).

(٤) انظر: تحفة المحتاج (١٠/١٣٧).

وجاء في مطالب أولي النهى: «(فإن لم يُجعل له أي: القاضي شيء) من بيت المال (وليس له ما يكفيه) وعياله (وقال للخصمين: لا أقضي بينكما إلا بجعل جاز) له أخذ الجعل إلا الأجرة...، قلت: والمحكم مثله؛ إذ لا فرق بينهما، وعلم منه أنه إن كان له ما يكفيه فليس له أن يأخذ الجعل»<sup>(١)</sup>.

القول الثاني: وهو قول للحنابلة<sup>(٢)</sup> وبعض هيئات الفتوى المعاصرة<sup>(٣)</sup> أن الأتعاب التي يأخذها المحكم أجرة.

واستدلوا لقولهم بما يلي:

الدليل الأول: القياس على الوصي وأمين الحاكم فحيث يجوز لهما الأكل من مال اليتيم بقدر الحاجة فكذلك المحكم الذي لم يتعين عليه التحكيم بين الخصوم يجوز له أخذ الأجرة على ذلك<sup>(٤)</sup>.

الدليل الثاني: لأنه عملٌ مباحٌ فيجوز أخذ الأجرة عليه كسائر الأعمال المباحة<sup>(٥)</sup>.

جاء في بدائع الفوائد: «قال ابن عقيل: الأموال التي يأخذها القضاة أربعة أقسام: رشوةٌ وهديةٌ وأجرةٌ ورزقٌ...، وأما الأجرة: إن كان للحاكم رزقٌ من الإمام من بيت المال حرم عليه أخذ الأجرة قولاً واحداً...، وإن

(١) انظر: مطالب أولي النهى (٦/٤٦٠).

(٢) راجع: بدائع الفوائد (٣/١٤٦).

(٣) راجع: المعايير الشرعية في معيار: التحكيم (١/١٤) ص ٨١١.

(٤) راجع: بدائع الفوائد (٣/١٤٦).

(٥) راجع: بدائع الفوائد (٣/١٤٦).

كان الحاكم لا رزق له فعلى وجهين: أحدهما الإباحة؛ لأنه عملٌ مباحٌ فهو كما لو حكّماه، ولأنه مع عدم الرزق لا يتعين عليه الحكم فلا يُمنع من أخذ الأجرة كالوصي وأمين الحاكم يأكلان من مال اليتيم بقدر الحاجة»<sup>(١)</sup>.

وجاء في المعايير الشرعية: «يحق للمحكّم إذا لم يكن متطوعاً أو موظفاً عاماً مخصصاً للتحكيم الحصول على أجرة (أتعاب) عن مهمة التحكيم... إلخ»<sup>(٢)</sup>.

والراجع -والله أعلم- أن الحكم في هذه المسألة مبني على عدة مسائل، وهي ما يلي:

المسألة الأولى: تكييف التحكيم: اختلف الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ في تكييف التحكيم، والراجع -والله أعلم- أنه قضاءٌ بنظامٍ إجرائيٍّ خاصٍ.

المسألة الثانية: حكم الاستتجار على القضاء: اختلف الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ في هذه المسألة على قولين اثنين، ومن أقوى أدلة المانعين منه ما يلي:

أولها: الإجماع الذي حكاه جمعٌ من العلماء كابن قدامة<sup>(٣)</sup> وابن حجر<sup>(٤)</sup> رَحْمَهُمُ اللهُ، ولكن هذا الإجماع غير متحققٍ لوجود المخالف كما هو قولٌ للشافعية وحكاه القاضي حسين رَحْمَهُ اللهُ<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: بدائع الفوائد (٣/١٤٦).

(٢) انظر: المعايير الشرعية في معيار: التحكيم (١/١٤) ص ٨١١.

(٣) راجع: المغني (١٠/٣٥).

(٤) راجع: فتح الباري لابن حجر (١٣/١٥١).

(٥) راجع: فتح العزيز (١٢/٤٥٨)، وروضة الطالبين (١١/١٣٧)، وكفاية النبيه (١٨/١١٨).

ثانيها: القضاء عبادة ولا يجوز أخذ الأجرة عليه كالصلاة<sup>(١)</sup>، وقد سبقت الإجابة عن هذا الدليل في المطلب السابق.

ثالثها: عدة تعليقات تتعلق بالاحتياط لمنع الميل مع أحد الخصوم ونحو ذلك<sup>(٢)</sup>، وهذه العلة قد توجد من القاضي والمحكم المتبرع وغيره، والواقع العملي يشهد بتصور أكثر المحكمين دور المحكم في القضايا التحكيمية وأن الواجب عليه هو التجرد من حظوظه وأن يقف موقف الحياد من الخصوم وإن كان قد قبض أتعاباً منهم أو من أحدهم، ولذلك كان من شروط المحكم أن يكون أميناً.

وليس المقصود هنا الانتصار للقول بجواز الاستئجار على القضاء وترجيحه وإنما المقصود بيان أدلة القول بمنع ذلك والتي يستدل بها أكثر المانعين من تكليف أتعاب التحكيم بالأجرة.

المسألة الثالثة: عدم تساوي المحكم مع القاضي في كل الأحكام بل هو أحط رتبةً منه كما نصَّ على ذلك جمعٌ من العلماء<sup>(٣)</sup>.

فالراجح - والله أعلم - هو القول الثاني وهو أن أتعاب التحكيم أجرةٌ - وأما لو كان تسليم الأتعاب مشروطاً بنتيجة كتصديق الحكم وعدم بطلانه فهي جُعلٌ ولكنها نادرة الوقوع -، ويمكن أن يُعلَّل ترجيح القول الثاني بما يلي:

- (١) راجع: الهداية للمرغيناني (٦٧/١٠)، والبيان (١٥/١٣)، والمغني (٣٥/١٠).
- (٢) راجع: الفروق (٣/٣)، وحاشية الصاوي (١٠/٤).
- (٣) راجع: العناية (٣١٥/٧)، والبحر الرائق (٢٤/٧)، ومجمع الأنهر (١٧٣/٢).

أولاً: لقوة أدلتهم وضعف أدلة القول الأول.

ثانياً: لا يوجد دليل قاطع على منع أخذ المحكم أجره على التحكيم، وعلى القول بصحة أدلة منع الاستئجار على القضاء فالمحكم ليس كالقاضي من عدة وجوه، ومنها: عموم ولاية القاضي وخصوص ولاية المحكم وأن المحكم أحط رتبة من القاضي كما سبق وغير ذلك.

ثالثاً: الأصل في عقود المعاوضات اللزوم، واللزوم من أمارات عقد الإجارة لا الجعالة، والتحكيم لازم في أصله كما سبق.

رابعاً: الواقع العملي في بعض مراكز التحكيم المؤسسي أن المحكم يقبض من الأتعاب بمقدار عمله وهذا أقرب للإجارة من الجعالة، ومن ذلك ما يكون عند انتهاء النزاع بين الخصوم في وقتٍ قصيرٍ بعد أن سلّم الخصوم أتعاب التحكيم للمؤسسة فإن المؤسسة ترد للخصوم جزءاً من الأتعاب ولا تعطي المحكمين إلا بمقدار العمل المبذول فقط كعدد الجلسات أو الساعات ونحو ذلك، ولا يخفى أن واجب الفقيه عند تكييف المسائل هو الكشف عن حالٍ ووقائعٍ مشاهدةٍ وممارسةٍ وليس الكشف عن صورةٍ ذهنيةٍ نمطيةٍ ليس لها في الواقع مثالٌ حقيقيٌّ إلا ما ندر.

## المبحث الثاني استحقاق أتعاب التحكيم وحكمها عند انتهاء مهمة المحكّم قبل إصدار الحكم واستردادها عند بطلان الحكم والرجوع بها على الخصم

ويحتوي على أربعة مطالب:

### المطلب الأول: استحقاق أتعاب التحكيم:

لم أجد - من خلال بحثي واطلاعي - مَنْ نصَّ على هذه المسألة من الفقهاء السابقين والمعاصرين، ويمكن تخريج أقوال لهم فيها بناءً على أقوالهم في مسألة تكييف أتعاب التحكيم السابقة، وذلك فيما يلي:

**القول الأول:** وهو مذهب المالكية<sup>(١)</sup> والشافعية<sup>(٢)</sup> والحنابلة<sup>(٣)</sup> - بناءً على قولهم أن أتعاب التحكيم جُعلت - أن المحكّم يستحق أتعابه بعد انتهائه من عمله وهو إصدار الحكم في القضية التحكيمية وتوابعه الواجبة عليه كتفسير الحكم ونحو ذلك.

**وعلّلوا قولهم:** بأن استحقاق الأتعاب مشروطٌ في العقد بإنجاز العمل محل العقد<sup>(٤)</sup>.

(١) راجع: بداية المجتهد (٤/٢٠)، ومناهج التحصيل (٧/٢٧٣)، والتوضيح (٧/٢١١).

(٢) راجع: الوسيط (٤/٢١٣)، وروضة الطالبين (٥/٢٧٤)، والنجم الوهاج (٦/٩٠).

(٣) راجع: الكافي لابن قدامة (٢/١٨٧)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٣٧٣)، وكشاف القناع (٤/٢٠٣).

(٤) راجع: الكافي لابن قدامة (٢/١٨٧).

ويمكن أن يُجاب عن ذلك: بأن اشتراط إنجاز العمل لاستحقاق أتعاب التحكيم هو محل النزاع في أصل هذه المسألة، وأصلها هو تكييف أتعاب التحكيم التي سبق بحثه في المبحث السابق، وبذلك لا يصح التعليل بهذا. جاء في مناهج التحصيل: «إذ لا يُستحق الجُعل إلا بتمام العمل»<sup>(١)</sup>.

وجاء في النجم الوهاج: «ولا يستحق العاملُ الجُعلَ إلا بالفراغ من العمل»<sup>(٢)</sup>.

وجاء في الكافي لابن قدامة: «ولا يستحق الجُعل إلا بعد فراغه من العمل»<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: وهو قولٌ للحنابلة - بناءً على قولهم أن أتعاب التحكيم أجرة<sup>(٤)</sup> - أن استحقاق المحكّم أتعاب التحكيم لا يخلو من حالتين، وهما ما يلي:

الحالة الأولى: أن يتفق المحكّم مع الخصوم على تعجيل الأتعاب أو تأجيلها أو تنجيمها أو يجري عرفٌ بذلك: فيستحق المحكّم أتعابه بحسب الاتفاق أو العرف<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: مناهج التحصيل (٢٧٣/٧).

(٢) انظر: النجم الوهاج (٩٠/٦).

(٣) انظر: الكافي لابن قدامة (١٨٧/٢).

(٤) ويكون المحكّم أجيراً مشتركاً حيثئذ.

(٥) راجع: المغني (٣٣٠/٥)، وشرح الزركشي (٢٢٤/٤)، والإنصاف (٨١/٦).

الحالة الثانية: ألا يتفق المحكم مع الخصوم على تعجيل الأتعاب أو تأجيلها أو تنجيمها: فيستحق المحكم أتعابه بعد انتهاء عمله وهو إصدار الحكم التحكيمي وتوابعه الواجبة عليه كتفسير الحكم ونحو ذلك<sup>(١)</sup>.

واستدلوا لقولهم في الحالة الأولى بدليلين اثنين، وهما ما يلي:

الدليل الأول: القياس على الثمن في البيع فكما يصح التعجيل والتأجيل والتنجيم في ثمن المبيع فيصح أيضاً في أجره الإجارة؛ لأن إجارة العين كبيعها<sup>(٢)</sup>.

الدليل الثاني: القياس على الصداق في النكاح فكما يصح التعجيل والتأجيل والتنجيم في صداق المرأة فيصح أيضاً في أجره الإجارة؛ لأن كل ما صح أجره صح صداقاً<sup>(٣)</sup>.

واستدلوا لقولهم في الحالة الثانية بعدة أدلة، وهي ما يلي:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [سورة الطلاق: ٦]، والإرضاع عمل في الذمة فإذا سلمته المرضع وجب تسليمها أجرتها<sup>(٤)</sup>.

(١) راجع: المغني (٥/ ٣٣٠)، والمبدع (٤/ ٤٥٢)، والإنصاف (٦/ ٨٢).

(٢) راجع: المغني (٥/ ٣٣٠)، وكشاف القناع (٤/ ٤١).

(٣) راجع: كشاف القناع (٤/ ٤١).

(٤) راجع: شرح الزركشي (٤/ ٢٢٤).



الدليل الثاني: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه))<sup>(١)</sup>، وهذا أمرٌ بتسليم الأجرة بعد انتهاء العمل مباشرة<sup>(٢)</sup>.

الدليل الثالث: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجلٌ أعطى بي ثم غدر، ورجلٌ باع حرّاً فأكل ثمنه، ورجلٌ استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره))<sup>(٣)</sup><sup>(٤)</sup>، فتوعد الله عزَّ وجلَّ مَنْ لم يدفع أجرة الأجير بعد انتهائه من العمل بمخاصمتهم يوم القيامة.

(١) رواه ابن ماجه: كتاب: الرهون، باب: أجر الأجراء، ح (٢٤٤٣)، في (٣/٥١٠)، وقال الزيلعي رَحْمَةُ اللَّهِ فِي نَصْبِ الرَّايَةِ (٤/١٢٩): «وهو معلول بعبد الرحمن بن زيد»، وقال المناوي رَحْمَةُ اللَّهِ فِي كَشْفِ الْمَنَاهِجِ وَالتَّنَاقِيحِ (٢/٥٤٧): «وعبد الرحمن بن زيد ضعفه» وذكر ابن الملقن رَحْمَةُ اللَّهِ فِي كِتَابِهِ: البدر المنير (٧/٣٧) وابن حجر رَحْمَةُ اللَّهِ فِي كِتَابِهِ: الدراية (٢/١٨٦) تضعيف عبد الرحمن بن زيد أيضاً، وحسَّن هذا الإسناد البوصيري رَحْمَةُ اللَّهِ فِي كِتَابِهِ: مصباح الزجاجة (٣/٧٥) بعد أن نقل توثيق عبد الرحمن بن زيد ووهب بن سعيد، وقد روي هذا الحديث من طرق أخرى وقال عنها ابن الملقن رَحْمَةُ اللَّهِ فِي البدر المنير (٧/٣٧): «هذا الحديث مروى من طرق كلها ضعيفة»، وذكر ابن حجر رَحْمَةُ اللَّهِ فِي كِتَابِهِ: بلوغ المرام ص ٣٥١ تضعيف هذا الطريق وطريقين آخرين أيضاً، ولكن البوصيري رَحْمَةُ اللَّهِ قَالَ فِي كِتَابِهِ: إتخاف الخيرة المهرة (٣/٣٨٢): «وبالجملة فهذا المتن مع غرابته يكتسب بكثرة طرقه قوة، والله أعلم»، وصحح الألباني رَحْمَةُ اللَّهِ الحديث من طريق آخر ثم قال بعد ذلك في كتابه: إرواء الغليل (٥/٣٢٤): «فإذا انضم إليه مرسل عطاء بن يسار الحسن وبعض الطرق الأخرى الموصولة التي لم يشتد ضعفها فلا يبقى عند الباحثين العارفين بهذا العلم أي شك في ثبوت الحديث»، وحسنه أيضاً في صحيح الجامع الصغير (١/٢٤٠).

(٢) راجع: الكافي لابن قدامة (٢/١٧٥).

(٣) رواه البخاري: كتاب: البيوع، باب: إثم من باع حرّاً، ح (٢٢٢٧)، في (٣/٨٢)، ورواه أيضاً في كتاب: الإجارة، باب: إثم من منع أجر الأجير، ح (٢٢٧٠)، في (٣/٩٠).

(٤) راجع: شرح الزركشي (٤/٢٢٤).

الدليل الرابع: قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أعطيت أمتي خمس خصال في رمضان لم تعطها أمة قبلهم: ...، ويُغفر لهم في آخر ليلة، قيل: يا رسول الله أهي ليلة القدر؟ قال: لا، ولكن العامل إنما يوفى أجره إذا قضى عمله))<sup>(١)(٢)</sup>، وهذا نصٌ صريحٌ على أن إيفاء الأجرة بعد الانتهاء من العمل.

الدليل الخامس: القياس على الثمن في البيع والصدّاق في النكاح؛ لأنه عوضٌ فلا يُستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوض<sup>(٣)</sup>.

جاء في شرح الزركشي: «هذا كله إن لم يوجد شرطٌ لفظيٌّ أو عرفيٌّ يقتضي التأخير أو التعجيل فإنه يُعمل بمقتضاه»<sup>(٤)</sup>، وجاء في الإنصاف: «إذا استؤجر على عملٍ مُلكت الأجرة بالعقد أيضاً لكن لا يُستحق تسليمها إلا بفراغ العمل وتسليمه لمالكه على الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب»<sup>(٥)</sup>.

والراجع - والله أعلم - هو القول الثاني - مع توافق القولين في نتيجة الحالة الثانية - وهو استحقاق المحكّم أتعابه بحسب الاتفاق أو العرف فإن

(١) رواه أحمد: مسند: المكثرين من الصحابة، مسند: أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، ح (٧٩١٧)، في (٢٩٥/١٣)، وضعّف الهيثمي رَحِمَهُ اللهُ هُشَامُ بْنُ زِيَادٍ فِي كِتَابِهِ: مَجْمَعُ الزَّوَادِ (٣/١٤٠)، وَقَالَ ابْنُ حَجْرٍ رَحِمَهُ اللهُ فِي كِتَابِهِ: الْمَطَالِبُ الْعَالِيَةُ (٦/٤٠): «هَذَا إِسْنَادٌ ضَعِيفٌ».

(٢) راجع: شرح الزركشي (٤/٢٢٤).

(٣) راجع: المغني (٥/٣٣٠)، وكشاف القناع (٤/٤١)، والروض المربع (٥/٣٤٤).

(٤) انظر: شرح الزركشي (٤/٢٢٤).

(٥) انظر: الإنصاف (٦/٨٢).

لم يكن هناك اتفاقٌ أو عرفٌ فيستحق أتعابه بعد انتهاء عمله وهو إصدار الحكم التحكيمي وتوابعه؛ لما يلي:

أولاً: لقوة أدلته وضعف تعليل القول الأول.

ثانياً: هذه المسألة مبنية على مسألة تكيف أتعاب التحكيم، وقد سبق في المبحث السابق ترجيح القول بأن أتعاب التحكيم أجرَةٌ وبالتالي فإنها تأخذ أحكام الأجرة.

ثالثاً: العرف العالمي في العصر الحاضر هو تسليم أتعاب التحكيم قبل البدء بالعمل، والشارع يعتبر العرف والعادة ويجعلها محكمةً في المسائل، وقريباً منه التحكيم المؤسسي حيث تُودع الأتعاب في حسابٍ خاصٍ وتبقى حتى تنتهي أعمال المحكّم في تلك القضية بصدور حكمٍ نهائيٍّ أو إنهاء الإجراءات ونحو ذلك كما في المركز السعودي للتحكيم التجاري<sup>(١)</sup>.

رابعاً: على التسليم بقوة القول أن أتعاب التحكيم تُجعلُ فالراجح جواز تعجيل الجُعل، وبالتالي لا فرق حينئذٍ في النتيجة بين القولين.

**المطلب الثاني: أتعاب التحكيم عند انتهاء مهمة المحكّم قبل إصدار الحكم:**

قد تنتهي مهمة المحكّم أثناء سير العملية التحكيمية وقبل إصداره الحكم التحكيمي بعدة عوارض كوفاته أو رده من طرفي النزاع أو أحدهما أو عزله

(١) راجع: الفقرة (٦/١) من الملحق الأول لقواعد التحكيم في المركز السعودي للتحكيم التجاري.

من المحكمة المختصة أو تنحيه عن نظر القضية أو عجزه لمرضٍ أو سجنٍ أو فقد أهليةٍ ونحو ذلك، وحينئذٍ يظهر أثر ذلك على أتعاب التحكيم. ولم أجد - من خلال بحثي وإطلاعي - مَنْ نصَّ على هذه المسألة من الفقهاء السابقين.

ويمكن القول - والله أعلم - أن للفقهاء رَجْمَهُ اللهُ قولين في هذه المسألة بناءً على تكييفهم لأتعاب التحكيم في المبحث الأول، وهما ما يلي:

**القول الأول:** وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة - بناءً على قولهم أن أتعاب التحكيم جُعِلْ - أن المسألة لا تخلو من حالتين اثنتين، وهما ما يلي:

**الحالة الأولى:** أن تنتهي مهمة المحكم قبل شروعه في العمل: فلا شيء له حينئذٍ من أتعاب التحكيم<sup>(١)</sup>.

واستدلوا لقولهم بما يلي:

**الدليل الأول:** بقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾<sup>(٧٢)</sup> [سورة يوسف: ٧٢]، ومفهوم الآية أنه إذا لم يأت به فلا شيء له<sup>(٢)</sup>.

**الدليل الثاني:** الجُعْلُ يُستحق بالفراغ من العمل، ولم يعمل المحكم فسقط حقه في الأتعاب ولم يحصل للخصوم ما يريدون كعامل المساقاة<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع: البيان والتحصيل (٥٠٥ / ٨)، والذخيرة (٢٢ / ٦)، وشرح الزرقاني (١١١ / ٧)، والبيان (٤١٢ / ٧)، وفتح العزيز (٢٠١ / ٦)، وروضة الطالبين (٢٧٣ / ٥)، والمغني (٩٤ / ٦)، والمبدع (١١٦ / ٥)، وكشاف القناع (٢٠٦ / ٤).

(٢) راجع: كفاية الطالب الرباني (١٩٤ / ٢).

(٣) راجع: المجموع (١٢٤ / ١٥)، والنجم الوهاج (٩٩ / ٦)، وأسنى المطالب (٤٤٢ / ٢)، وكشاف القناع (٢٠٦ / ٤).

الدليل الثالث: إذا أنهى الخصوم مهمة المحكم قبل شروعه في العمل فلا يستحق شيئاً من الأتعاب؛ لأنهم أرباب المال وقد رفعوا إذنبهم له قبل أن يعمل ويستهلكوا منفعته كما لو فسخ المضاربة قبل العمل<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن يُجاب عن كل ما سبق: بأنه لا يُعارض القول الراجح بل هو مؤيدٌ له.

جاء في المقدمات الممهّدات: «ولا يلزم المجعول له العمل وله أن يترك شرع فيه أو لم يشرع، ولا شيء له إلا بتمام العمل»<sup>(٢)</sup>.

وجاء في روضة الطالبين: «ثم إن اتفق الفسخ قبل الشروع في العمل فلا شيء للعامل»<sup>(٣)</sup>.

وجاء في كشف القناع: «(إن فسخها العامل) ولو بعد شروعه في العمل (لم يستحق) لما عمله (شيئاً)»<sup>(٤)</sup>.

الحالة الثانية: أن تنتهي مهمة المحكم بعد شروعه في العمل وقبل إصدار الحكم: فلا تخلو هذه الحالة من أمرين اثنين، وهما ما يلي:

(١) راجع: البيان (٧/٤١٢)، والمجموع (١٥/١٢٤)،

(٢) انظر: المقدمات الممهّدات (٢/١٧٩).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٥/٢٧٣).

(٤) انظر: كشف القناع (٤/٢٠٦).

الأمر الأول: أن يُنهي المحكّم مهمته بنفسه: فلا شيء له حينئذٍ من أتعاب التحكيم، واشترط المالكية لذلك عدم انتفاع الخصوم بما عمل المحكّم فإن انتفع الخصوم من ذلك فله جزء من الأتعاب<sup>(١)</sup>.

واستدلوا لقولهم بما يلي:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [سورة يوسف: ٧٢]، ومفهوم الآية أنه إذا لم يأت به فلا شيء له<sup>(٢)</sup>.

الدليل الثاني: لأن المحكّم امتنع باختياره ولم يحصل غرض الخصوم بما عمل حيث إن غرضهم هو إصدار الحكم ولم يحصل فأسقط حق نفسه ويكون كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح<sup>(٣)</sup>.

الدليل الثالث: الجاعل قد انتفع بما عمل المحكّم الأول فعليه دفع ما يقابل ذلك من أتعاب<sup>(٤)</sup>.

(١) راجع: الذخيرة (١٨/٦)، والتوضيح (٢٤٧/٧)، والتاج والإكليل (٥٩٧/٧)، والبيان (٤١٢/٧)، وفتح العزيز (٢٠٢/٦)، وروضة الطالبين (٢٧٣/٥)، والمغني (٩٤/٦)، والمبدع (١١٥/٥)، وشرح منتهى الإرادات (٣٧٤/٢)، واختلف فقهاء المالكية رَحْمَهُمُ اللهُ في قدر الواجب له من الأتعاب فيما لو تعاقد الخصوم مع محكّم آخر؛ لإكمال القضية التحكيمية، هل يأخذ مقدار ما عمل من أتعابه هو؟ أو مقدار ما عمل من أتعاب المحكّم الجديد؟، ويجسن مراجعة المسألة في مظانها.

(٢) راجع: كفاية الطالب الرباني (١٩٤/٢).

(٣) راجع: فتح العزيز (٢٠٢/٦)، وروضة الطالبين (٢٧٣/٥)، والنجم الوهاج (٩٩/٦)، والمغني (٩٤/٦)، والمبدع (١١٥/٥)، وشرح منتهى الإرادات (٣٧٤/٢).

(٤) راجع: شرح الخرشي (٦١/٧)، والشرح الكبير للدردير (٦١/٤)، والشرح الصغير (٨٠/٤).

ويمكن أن يُجاب عن كل ما سبق: بأنه لا يُعارض القول الراجح بل هو مؤيدٌ له.

جاء في الشرح الصغير: «ومفهومه أنه إذا لم يتم العمل فلا يستحق شيئاً، وهو كذلك، واستثنى من ذلك المفهوم قوله: (إلا أن يتمه غيره) أي بأجرٍ قلَّ أو كثر بدليل قوله: (فبنسبة الثاني)... إلخ»<sup>(١)</sup>.

وجاء في روضة الطالبين: «... الفسخ قبل الشروع في العمل...، وإن كان بعده: فإن فسخ العامل فلا شيء له»<sup>(٢)</sup>.

وجاء في كشف القناع: «(إن فسخها العامل) ولو بعد شروعه في العمل (لم يستحق) لما عمله (شيئاً)»<sup>(٣)</sup>.

الأمر الثاني: أن يُنهي غير المحكّم مهمته: سواء كان إنهاء ذلك من الخصوم أو أحدهم أو المحكمة أو بسبب موت الخصوم أو غير ذلك: فاختلّفوا في ذلك على رأيين اثنين، وهما ما يلي:

الرأي الأول: وهو مذهب المالكية<sup>(٤)</sup> أن للمحكّم كامل الأتعاب إن كان الإنهاء بسبب الخصوم وإلا فلا شيء له من الأتعاب.

(١) انظر: الشرح الصغير (٤/ ٨٠).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٥/ ٢٧٣).

(٣) انظر: كشف القناع (٤/ ٢٠٦).

(٤) راجع: المقدمات الممهّدات (٢/ ١٨٠)، والذخيرة (٦/ ٢٢)، وحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٩٤).

وعلّلوا قولهم: بأن استحقاق المحكّم للأتعاب عند تسبب الخصوم أو أحدهم في إنهاء مهمة المحكّم؛ لئلا يضيع عليه عمله<sup>(١)</sup>.  
ويمكن أن يُجاب عن ذلك: بأن عمله محفوظٌ له بما يقابله من الأتعاب دون ما زاد على ذلك.

جاء في الذخيرة: «في النواذر: لو جعل على تقاضي الغريم فأبرأه أو أخره بعد شروع المجاعل في التقاضي أو جعل في آبقٍ فأعتقه بعد شروع فللمجاعل الجعل؛ لأن المنع من قبل الجاعل»<sup>(٢)</sup>.

الرأي الثاني: وهو مذهب الشافعية<sup>(٣)</sup> ومذهب الحنابلة<sup>(٤)</sup> أن للمحكّم أتعاب المثل دون النظر للأتعاب المتفق عليها إن كان الإنهاء بسبب الخصوم وإلا فلا شيء له من الأتعاب.

وعلّلوا قولهم بما يلي:

التعليل الأول: عند تسبب الخصوم في إنهاء مهمة المحكّم يستحق أتعاب المثل؛ لأنه ليس لهم إسقاط عمله واستهلاك منفعته بغير عوضٍ له كما لو فسخ المضاربة بعد شروع في العمل وقبل حصول الربح<sup>(٥)</sup>.

(١) راجع: المقدمات الممهّدات (١٨٠/٢).

(٢) انظر: الذخيرة (٢٢/٦).

(٣) راجع: البيان (٤١٠/٧، ٤١٢)، وفتح العزيز (٢٠١/٦، ٢٠٢)، وروضة الطالبين (٢٧٣/٥، ٢٧٤).

(٤) راجع: المغني (٩٦، ٩٤/٦)، والمبدع (١١٥/٥)، وشرح منتهى الإرادات (٣٧٤/٢)، (٣٧٥).

(٥) راجع: البيان (٤١٢/٧)، وفتح العزيز (٢٠٢/٦)، والمجموع (١٢٤/١٥)، والمغني (٩٤/٦)، والمبدع (١١٦/٥)، وشرح منتهى الإرادات (٣٧٤/٢).



ويمكن أن يُجاب عن ذلك: بأنه لا يُعارض القول الراجح بل هو مؤيدٌ له.

**التعليل الثاني:** لا يستحق المحكّم شيئاً من الأتعاب عند عدم تسبب الخصوم في إنهاء مهمته؛ لأنه لم يأت بالعمل الذي يستحق به الجعل<sup>(١)</sup>.  
ويمكن أن يُجاب عن ذلك: بأن هذا مبنيٌّ على أن أتعاب التحكيم جُعِلَ لا أجرَةً، وقد سبق بيان ضعف ذلك.

**التعليل الثالث:** لا يُنظر للأتعاب المتفق عليها؛ لارتفاع العقد بالفسخ ويستحق الأتعاب المتفق عليها بالفراغ من العمل فكذا بعضه كسائر الفسوخ<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن يُجاب عن ذلك من وجهين، وهما ما يلي:  
**الوجه الأول:** هذا مبنيٌّ على أن أتعاب التحكيم جُعِلَ لا أجرَةً، وقد سبق بيان ضعف ذلك.

**الوجه الثاني:** لا يلزم من ارتفاع العقد بالفسخ ارتفاع كل ما يتعلق به بل كل ما اتفق عليه الطرفان في العقد يكون هو المرجع في الفصل بينهما عند التنازع، ومن ذلك الأتعاب المتفق عليها.

(١) راجع: البيان (٤١٠/٧)، وروضة الطالبين (٢٧٤/٥)، والنجم الوهاج (١٠١/٦)، والمغني (٩٦/٦)، والإنصاف (٣٩٨/٦)، وشرح منتهى الإرادات (٣٧٤/٢، ٣٧٥).  
(٢) راجع: أسنى المطالب (٤٤٢/٢)، ومغني المحتاج (٦٢٥/٣)، ونهاية المحتاج (٤٧٧/٥).

جاء في روضة الطالبين: «... الفسخ قبل الشروع في العمل...، وإن كان بعده:... وإن فسخ المالك: فوجهان:...، والصحيح: أنه يستحق أجره المثل لما عمل،... ومن أحكامها: توقف استحقاق الجعل على تمام الجعل على تمام العمل، فلو سعى في طلب الأبق فرده فمات في باب دار المالك قبل أن يسلمه إليه أو هرب أو غُصب أو تركه العامل فرجع فلا شيء للعامل؛ لأنه لم يرد»<sup>(١)</sup>.

وجاء في كشف القناع: «(وإن فسخها الجاعل)... و(بعد الشروع فعليه للعامل أجره) مثل (عمله)،... (لكن لا يجعل له إذا هرب) الأبق منه (قبل تسليمه) لسيدته (أو مات) الأبق قبل تسليمه؛ لأنه لم يتم العمل»<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني: وهو قولٌ للحنبلة -بناءً على قولهم أن أتعاب التحكيم أجره- أن المسألة لا تخلو من ثلاث حالات، وهي ما يلي:

الحالة الأولى: أن يُنهي المحكّم مهمته بنفسه: فلا شيء له حينئذٍ من أتعاب التحكيم سواءً شرع في العمل أم لم يشرع فيه<sup>(٣)</sup>.

وعلّوا ذلك: بأنه لم يُسلم العمل الذي يستحق به الأجره<sup>(٤)</sup>.

ويمكن أن يُجاب عن ذلك: بأنه لا يُعارض القول الراجح بل هو مؤيدٌ له.

(١) انظر: روضة الطالبين (٥/٢٧٣).

(٢) انظر: كشف القناع (٤/٢٠٦).

(٣) راجع: المغني (٥/٣٣٥)، والمبدع (٤/٤٣٨)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٢٦٣).

(٤) راجع: المغني (٥/٣٣٥)، والمبدع (٤/٤٣٨)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٢٦٣).

الحالة الثانية: أن يُنهي الخصوم مهمة المحكم: فللمحكم كامل الأتعاب المتفق عليها سواءً شرع في العمل أم لم يشرع فيه<sup>(١)</sup>.

وعللوا قولهم: بأن مقتضى العقد أن يملك المؤجر الأجر ويملك المستأجر المنافع بمجرد انعقاد العقد وقد وجد ذلك فترتب مقتضى العقد كالبيع<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن يُجاب عن ذلك: بأن مقتضى العقد ملك المحكم للأتعاب كاملةً مقابل استيفاء الخصوم كل الالتزامات الواجبة عليه، وقد أدى بعضها فيستحق ما يقابلها من أتعاب دون ما زاد على ذلك كما في تعليل الحالة الثالثة التالية.

الحالة الثالثة: أن يُنهي غير المحكم والخصوم مهمة المحكم: فللمحكم أتعاب المثل لما أنجز من عمل<sup>(٣)</sup>.

وعللوا قولهم: بأن كلاً منهما معذورٌ فلكل واحدٍ نصيبه من المعقود عليه<sup>(٤)</sup>.

ويمكن أن يُجاب عن ذلك: بأن هذا التعليل يؤيد القول الراجح الذي يعطي المحكم حينئذٍ نصيبه من الأتعاب المتفق عليها لا أتعاب المثل.

(١) راجع: المغني (٥/٣٣٣)، والشرح الكبير لابن قدامة (٦/٩٩)، ومطالب أولي النهى (٣/٦٥٦).

(٢) راجع: المغني (٥/٣٣٣)، والشرح الكبير لابن قدامة (٦/٩٩)، ومطالب أولي النهى (٣/٦٥٦).

(٣) راجع: المغني (٥/٣٣٦)، والمبدع (٤/٤٤٠)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٢٦٤).

(٤) راجع: شرح منتهى الإرادات (٢/٢٦٤)، وكشاف القناع (٤/٢٦)، ومطالب أولي النهى (٣/٦٥٦).

جاء في كشاف القناع: «(وكل موضع امتنع الأجير من) إتمام (العمل فيه) فلا أجرة له لما عمل...»، (فأما إن شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله) أي المؤجر من الأجر (بقدر ما استوفى) المستأجر (بكل حال)»<sup>(١)</sup>.

وجاء في المغني: «لأنه عقد لازم بين الطرفين فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه، وإن فسخه لم يسقط العوض الواجب عليه كالبيع»<sup>(٢)</sup>.

والراجح - والله أعلم - أن هذه المسألة لا تخلو من حالتين، وهما ما يلي:  
الحالة الأولى: أن تنتهي مهمة المحكم قبل شروعه في العمل<sup>(٣)</sup>: فلا شيء له حينئذٍ من أتعاب التحكيم.

ويمكن أن يُعَلَّل ذلك: بأن المحكم لم يبذل عملاً حتى يستحق به شيئاً من الأتعاب.

(١) انظر: كشاف القناع (٤/٢٦).

(٢) انظر: المغني (٥/٣٣٣).

(٣) عمل المحكم أو هيئة التحكيم يبدأ بعدة أمورٍ إجرائيةٍ كتعيين أمين للسر وإصدار قرار إعلان تشكيل هيئة التحكيم وصياغة وثيقة للتحكيم إن لم يتفق الخصوم على إجراءات محددة ومتابعة الخصوم في تسديد الأتعاب وجدولة الترافع الكتابي ونحو ذلك، ولا أرى إغفال هذه الأعمال الإجرائية التي تسبق الأعمال الموضوعية لمحل النزاع؛ لأن حصر عمل المحكم المعتبر في الأعمال الموضوعية فيه إهدارٌ للأعمال الإجرائية التي عملها المحكم لاسيما وأن التحكيم أكثره أعمالٌ إجرائيةٌ وبعض المسائل الإجرائية تتطلب من المحكم بحثاً موسعاً ودقيقاً وربما أصدر المحكم عدداً من القرارات بعد جلسات ومداولٍ ودراساتٍ قبل الأعمال الموضوعية.

الحالة الثانية: أن تنتهي مهمة المحكم بعد شروعه في العمل وقبل إصدار الحكم: فلا تخلو هذه الحالة من أمرين اثنين، وهما ما يلي:

الأمر الأول: أن يُنهي المحكم مهمته بنفسه: فلا شيء له حينئذٍ من أتعاب التحكيم بشرط عدم انتفاع الخصوم بما عمل فإن انتفعوا من ذلك كأن يبني المحكم الجديد على الإجراءات السابقة ويعتمد على المذكرات المتبادلة بين الطرفين سابقاً أو قرار تعيين الخبير ونحو ذلك فله قسط ما عمل من الأتعاب المتفق عليها.

ويمكن أن يُعلل ذلك بعدة تعليلات، وهي ما يلي:

التعليل الأول: المحكم قد امتنع عن العمل باختياره ولم يستفد الخصوم مما عمل شيئاً كأن يختاروا الصلح بدلاً من التحكيم أو أن يتفقوا على إنهاء إجراءات التحكيم وتعيين محكم جديد والبدء في إجراءات التحكيم من جديد ونحو ذلك، وبالتالي هو من أسقط حق نفسه، ولا يحل له أخذ شيء من أموالهم دون مقابلٍ ينتفعون به.

التعليل الثاني: إذا انتفع الخصوم بما عمل المحكم الأول فله قسط ما عمل من الأتعاب المتفق عليها؛ لأنه عمل معقودٌ عليه وقد أداه المحكم وانتفع به الخصوم فوجب له ما يقابله من أتعاب.

التعليل الثالث: العدل أن يُعطى المحكم قسط ما عمل الأتعاب المتفق عليها سواء وافقت أتعاب المثل أو زادت عليها أو نقصت عنها؛ لأن العمل الذي أداه وانتفع به الخصوم له ما يقابله من الأتعاب المتفق عليها سواء

أكمل بقية العمل أم لا لاسيما وأن تقدير الأتعاب له عدة معايير كخبرة المحكم وسرعة إنجازه ومجال تخصصه ونوع القضية ومدى انشغاله وتفويته أعمالاً وعقوداً أخرى بسبب هذا الالتزام التحكيمي وغير ذلك وليست محصورةً في قيمة مقدار العمل الذي يعمله المحكم فقط، بل ربما لو علم المحكم أن مآل هذه القضية إلى أتعاب المثل لما قبل بالعمل فيها.

الأمر الثاني: أن يُنهي غير المحكم مهمة المحكم سواء كان من المحكمة أو الخصوم أو بسبب الموت أو غير ذلك: فلا تخلو المسألة حينئذٍ من نقطتين، وهما ما يلي:

النقطة الأولى: أن يكون إنهاء غير المحكم مهمة المحكم بسبب تقصير من المحكم كعدم حياده وثبوت ميله مع الطرف الذي عينه ونحو ذلك: فلا شيء له حينئذٍ من أتعاب التحكيم بشرط عدم انتفاع الخصوم بما عمل فإن انتفعوا به فله قسط ما عمل من الأتعاب المتفق عليها.

ويمكن أن يُعلل ذلك بما يلي:

التعليل الأول: لا يستحق المحكم شيئاً من الأتعاب إن لم ينتفع الخصوم بما عمل؛ لأنه تسبب في إنهاء مهمته بسبب تقصيره وتفريطه، وقد نصّ الفقهاء على أن المفرط أولى بالضرر<sup>(١)</sup>، وبالتالي لا يحل له أخذ شيء من أموال الخصوم دون مقابلٍ ينتفعون به.

التعليل الثاني: ما سبق ذكره في التعليل الثاني والثالث في الأمر الأول.

(١) راجع: كشف القناع (٤/٨٦)، ومطالب أولي النهى (٤/١٧).

النقطة الثانية: ألا يكون إنهاء غير المحكّم مهمة المحكّم بسبب تقصير من المحكّم كموته أو عجزه أو فقدته للأهلية أو طلب الخصوم إنهاء إجراءات التحكيم وغير ذلك: فله حينئذٍ قسط ما عمل من الأتعاب المتفق عليها. ويمكن أن يُعلّل ذلك بما يلي:

التعليل الأول: أدى المحكّم بعض الأعمال الواجبة عليه فيثبت له ما يقابلها من الأتعاب؛ لئلا يضيع عليه عمله دون عوض.

التعليل الثاني: ما سبق ذكره في التعليل الثالث في الأمر الأول.

التعليل الثالث: هذا الموافق لبعض أنظمة التحكيم، ومن ذلك نظام التحكيم السعودي<sup>(١)</sup>.

التعليل الرابع: جرى العمل على ذلك في عددٍ من المؤسسات التحكيمية كالمركز السعودي للتحكيم التجاري<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثالث: استرداد أتعاب التحكيم عند بطلان الحكم<sup>(٣)</sup>:

قد يتعرض الحكم التحكيمي للبطلان كسائر الأحكام القضائية، وقد يؤدي ذلك لطلب الخصوم من المحكّم أو هيئة التحكيم استرداد أتعاب

(١) راجع: الفقرة الثانية من المادة الثامنة عشرة (م ١٨) من نظام التحكيم السعودي.  
(٢) راجع: الفقرة (٤/أ/٣) والفقرة (٦/أ/٣) من الملحق الأول لقواعد التحكيم في المركز السعودي للتحكيم التجاري.

(٣) بدأت تسمية المطلب بكلمة (استرداد) بناءً على الواقع العملي بتعجيل أتعاب التحكيم قبل البدء في العملية التحكيمية غالباً وبناءً على القول الراجح بصحة تعجيل أتعاب التحكيم، وإن كان بعض الفقهاء قد نصّوا على عدم صحة ذلك كالمالكية والشافعية رَحْمَهُمُ اللهُ بناءً على أنها جعل.

التحكيم؛ لأنهم سيتكبدون - غالباً - أتعاباً جديدةً للمحكّم الجديد أو هيئة التحكيم الجديدة للفصل في النزاع نفسه.

ولم أجد - بعد البحث والتحري - مَنْ نصَّ على هذه المسألة من الفقهاء المتقدمين والمعاصرين.

ويمكن القول - والله أعلم - أن للفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ قولين في هذه المسألة بناءً على تكييفهم لأتعاب التحكيم في المبحث الأول، وهما ما يلي:

القول الأول: وهو مذهب المالكية<sup>(١)</sup> والشافعية<sup>(٢)</sup> والحنابلة<sup>(٣)</sup> - بناءً على قولهم أن أتعاب التحكيم جُعِلَ - أن المسألة لا تخلو من حالتين اثنتين، وهما ما يلي:

الحالة الأولى: أن يكون العقد مع المحكّم مشروطاً فيه استحقاق الأتعاب بعدم بطلان الحكم: وذلك بأن تكون النتيجة المطلوبة من المحكّم هي حكمٌ تحكيميٌّ مصدّقٌ، وحينئذٍ فلا يستحق المحكّم أتعاب التحكيم كاملةً وللخصوم طلب استردادها منه.

الحالة الثانية: ألا يكون العقد مع المحكّم مشروطاً فيه استحقاق الأتعاب بعدم بطلان الحكم: وذلك بأن تكون النتيجة المطلوبة من المحكّم هي حكمٌ تحكيميٌّ فقط، وهذا هو أغلب عقود التحكيم، وحينئذٍ فيستحق المحكّم

(١) راجع: المقدمات الممهّدة (٢/١٧٩)، وبداية المجتهد (٤/٢٠)، وعقد الجواهر الثمينة (٣/٩٤٦).

(٢) راجع: نهاية المطلب (٨/٤٩٧)، وفتح العزيز (٦/٢٠١)، ونهاية المحتاج (٥/٤٧٨).

(٣) راجع: الكافي لابن قدامة (٢/١٨٧)، والمبدع (٥/١١٤)، وكشاف القناع (٤/٢٠٣).



أتعاب التحكيم كاملةً عند إصداره الحكم التحكيمي وليس للخصوم طلب استردادها منه عند بطلان الحكم.

وعَلَّلوا ذلك: بأن هذا هو مقتضى عقد الجعالة؛ إذ لا يستحق العامل الجُعَل إلا بعد تمام العمل كله وهو إصدار حكم مصدقٍ في النزاع، وفي الحالة الأولى لم يتحقق ذلك فلا يستحق المحكَّم شيئاً من الأتعاب حينئذٍ، وفي الحالة الثانية أتم المحكَّم العمل كله وهو إصدار حكمٍ في النزاع فاستحق عوضه وهو الجُعَل<sup>(١)</sup>.

جاء في بداية المجتهد: «ولا خلاف في مذهب مالك أن الجُعَل لا يستحق شيءٌ منه إلا بتمام العمل»<sup>(٢)</sup>.

وجاء في نهاية المطلب: «والجملة أن تمام العمل لا بد منه ولا يحصل استحقاقُ جزءٍ من الجُعَل دونه»<sup>(٣)</sup>.

وجاء في الكافي لابن قدامة: «ولا يستحق الجُعَل إلا بعد فراغه من العمل؛ لأنه كذا شرط، وإن جعل له جعلاً على ردِّ آبقٍ فرده إلى باب الدار فهرب أو مات قبل تسليمه لم يستحق شيئاً؛ لأنه لم يأتِ بما جُعِل الجُعَل فيه»<sup>(٤)</sup>.

(١) راجع: الكافي لابن قدامة (١٨٧/٢).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٢٠/٤).

(٣) انظر: نهاية المطلب (٤٩٧/٨).

(٤) انظر: الكافي لابن قدامة (١٨٧/٢).

القول الثاني: وهو قولٌ للحنابلة - بناءً على قولهم أن أتعاب التحكيم أجرَةٌ -<sup>(١)</sup> أن المسألة لا تخلو من حالتين اثنتين، وهما ما يلي:

الحالة الأولى: أن يكون العقد مع المحكّم مشروطاً فيه استحقاق الأتعاب بعدم بطلان الحكم: وذلك بأن تكون النتيجة المطلوبة من المحكّم هي حكمٌ تحكيميٌّ مصدّقٌ، وحينئذٍ فيكون العقد عقد جعالة وليس عقد إجارة ولا يستحق المحكّم أتعاب التحكيم كاملةً وللخصوم طلب استردادها منه عند بطلان الحكم كما سبق في القول الأول.

ويمكن الاستدلال لذلك بدليلين اثنين، وهما ما يلي:

الدليل الأول: القياس على استئجار طبيبٍ أو كحّالٍ مع اشتراط البرء من المرض، فإن أُبرم هذا العقد فهو عقد جعالة لا إجارة.

الدليل الثاني: ذكر هذا الشرط هو طلب تحقيق نتيجة معينة، والعقد المشروط فيه تحقيق نتيجة معينة هو عقد الجعالة، والجعل في عقد الجعالة لا يُستحق إلا بعد تمام العمل.

الحالة الثانية: ألا يكون العقد مع المحكّم مشروطاً فيه استحقاق الأتعاب بعدم بطلان الحكم: وذلك بأن تكون النتيجة المطلوبة من المحكّم هي حكمٌ تحكيميٌّ فقط، وهذا هو أغلب عقود التحكيم، وحينئذٍ فيستحق المحكّم أتعاب التحكيم كاملةً عند إصداره الحكم التحكيمي وليس للخصوم طلب استردادها منه عند بطلان الحكم.

واستدلوا قولهم بعدة أدلة، وهي ما يلي:

(١) راجع: المغني (٥/٤٠١)، والمبدع (٤/٤٣٦)، والإنصاف (٦/٧٥).

الدليل الأول: القياس على مسألة استئجار رجل لبناء حائطٍ أو خياطة قميصٍ في يومٍ فلم يتمكن من إنجازهِ في ذلك اليوم<sup>(١)</sup>.  
الدليل الثاني: المستأجر قد وُقي بالعمل المعقود عليه فوجبت له الأجرة وإن لم يتحقق الغرض<sup>(٢)</sup>.

الدليل الثالث: ويمكن أن يُستدل أيضاً بالقياس على استئجار طبيبٍ أو كحَّالٍ دون اشتراط البرء من المرض فالأجير يستحق أجرته حينئذٍ ولو لم يبرأ المريض.

جاء في الإنصاف: «فإن استأجره مدةً يكحله أو يعالجه فيها فلم يبرأ استحق الأجر...، فأما إن شارطه على البرء فهي جعالة لا يستحق شيئاً حتى يوجد البرء وله أحكام الجعالة»<sup>(٣)</sup>.

ولا أجد فرقاً بين هذين القولين سوى تكييف الأتعاب فقط.  
والراجع - والله أعلم - أن هذه المسألة لا تخلو من حالتين، وهما ما يلي:  
الحالة الأولى: أن يكون العقد مع المحكِّم مشروطاً فيه استحقاق الأتعاب بعدم بطلان الحكم: وذلك بأن تكون النتيجة المطلوبة من المحكِّم هي حكمٌ تحكيميٌّ مصدَّقٌ، وحينئذٍ لا يستحق المحكِّم شيئاً من أتعاب التحكيم وللخصوم طلب استردادها منه كما سبق<sup>(٤)</sup>.

(١) راجع: المغني (٥/٤٠١).

(٢) راجع: المغني (٥/٤٠١).

(٣) انظر: الإنصاف (٦/٧٥).

(٤) وقد اطلعتُ على بعض عقود التحكيم التي اشترط فيها المحكِّم على المحكِّم استرداد جزءٍ كبيرٍ من الأتعاب حال بطلان الحكم أو عزل نفسه ونحو ذلك ولا يأخذ المحكِّم حينئذٍ إلا نسبةً يسيرةً كـ ١٠٪ من الأتعاب المتفق عليها ونحو ذلك.

ويمكن الاستدلال لذلك بما سبق الاستدلال به في الحالة الأولى من القول الثاني.

الحالة الثانية: ألا يكون العقد مع المحكّم مشروطاً فيه استحقاق الأتعاب بعدم بطلان الحكم: وذلك بأن تكون النتيجة المطلوبة من المحكّم هي حكمٌ تحكيميٌّ فقط، وهذا هو أغلب عقود التحكيم، ولا تخلو هذه الحالة من أمرين اثنين، وهما ما يلي:

الأمر الأول: أن يكون بطلان الحكم بسبب تقصير أو تعدي المحكّم كأن يكون الحكم مخالفاً للنظام العام أو مخالفاً لإجماع فقهي ونحو ذلك: فلا يستحق المحكّم الأتعاب المتفق عليها وللخصوم طلب استردادها منه، وقد يُستثنى من ذلك المحكّم المعارض على الفقرة التي تسببت ببطلان الحكم. ويمكن الاستدلال لذلك بما يلي:

الدليل الأول: إجماع الفقهاء على أن الأجير المشترك يضمن ما تلف بسبب تعديه أو تفریطه كما نقل الإجماع على ذلك جمعٌ من الفقهاء كابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ<sup>(١)</sup> وغيره.

الدليل الثاني: تسبب المحكّم في بطلان التحكيم وإعادته من جديد عند محكّم آخر وبإجراءاتٍ وتكاليفٍ أخرى يتحملها الخصوم، وقد نصّ الفقهاء على أن المفرط أولى بالضرر<sup>(٢)</sup>.

الدليل الثالث: القول بهذا سيؤدي إلى ضبط العملية التحكيمية وحرص المحكّم على أداء عمله على أكمل وجهٍ.

(١) راجع: المغني (٥/٣٩٨).

(٢) راجع: كشف القناع (٤/٨٦)، ومطالب أولي النهي (٤/١٧).

الدليل الرابع: يُستثنى من ذلك المحكّم المعترض في الحكم نفسه على الفقرة التي تسببت ببطلان الحكم؛ لأنه أدى عمله كاملاً ولم يتسبب ببطلان الحكم فتثبت له أتعابه كاملةً.

الأمر الثاني: ألا يكون بطلان الحكم بسبب تقصير أو تعدي المحكّم كأن يكون البطلان بسبب كون أحد طرفي التحكيم فاقداً للأهلية عند إبرام اتفاق التحكيم ونحو ذلك: فحينئذٍ يستحق المحكّم أتعاب التحكيم كاملةً عند إصداره الحكم التحكيمي وليس للخصوم طلب استردادها منه. ويمكن تعليل ذلك: بأن المحكّم قد أدى التزاماته ولم يصدر منه تقصيرٌ في عمله فيستحق الأتعاب كاملةً دون نقصٍ.

### المطلب الرابع: الرجوع بأتعاب التحكيم على الخصم الخامس:

يطلب الخصوم من المحكّم أو هيئة التحكيم الحكم على الطرف الخاسر بتعويض الطرف الكاسب أتعاب التحكيم التي تحملها، ومذهب المالكية<sup>(١)</sup> ومذهب الشافعية - تخريجاً<sup>(٢)</sup> - ومذهب الحنابلة<sup>(٣)</sup> - وهم القائلون بجواز

(١) راجع: تبصرة الحكام (١/٣٧١)، والمختصر الفقهي (٩/٢١٠)، وشرح الزرقاني (٦/٢٧١).

(٢) لم أجد - من خلال بحثي وإطلاعي - نصاً للشافعية رَحْمَهُمُ اللهُ في هذه المسألة، ويمكن تخريج هذا القول لهم بناءً على قولهم في وجوب تحميل الغاصب مؤونة رد المغصوب، راجع: النجم الوهاج (٥/١٧١)، ومغني المحتاج (٣/٣٣٧)، ونهاية المحتاج (٥/١٥٠).

(٣) راجع: الفروع (٦/٤٥٧)، والمبدع (٤/٢٨٤)، والإنصاف (٥/٢٧٦).

أخذ أتعاب على التحكيم - وابن تيمية<sup>(١)</sup> وابن إبراهيم<sup>(٢)</sup> رَحِمَهُمُ اللَّهُ وبعض هيئات الفتوى المعاصرة<sup>(٣)</sup> رأوا جواز الحكم بتعويض الطرف الخاسر الطرف الكاسب أتعاب التحكيم التي تحملها بشرط وقوع الظلم والعدوان من الطرف الخاسر كالمماثلة في تسليم الحق والغصب ونحو ذلك<sup>(٤)</sup>.

وعللوا قولهم بما يلي:

التعليل الأول: الخصم الخاسر الظالم هو المتسبب بهذه الخسارة فيتحملها أشبه تحميل الغاصب أجرة رد المغصوب لمكانه<sup>(٥)</sup>.

التعليل الثاني: إلقاء الدائن للتحاكم فيه ظلم له وضرر عليه، والضرر تجب إزالته للقاعدة الشرعية: الضرر يُزال<sup>(٦)</sup>، ولا يمكن إزالته إلا بالتعويض عنه<sup>(٧)</sup>.

(١) راجع: مجموع الفتاوى (٢٤ / ٣٠).

(٢) راجع: فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم (٥٤ / ١٣).

(٣) راجع: المعايير الشرعية في معيار: المدين المماطل (٤ / ١ / ٢) ص ٩٤.

(٤) وقد اشترط بعض المعاصرين للحكم بالاسترداد: ثبوت كيدية الدعوى، راجع: التحكيم في الشريعة الإسلامية لعبد الله آل خنين ص ٢٢٣، ولعل القول باشتراط الظلم والعدوان أعم من ذلك، والله أعلم.

(٥) راجع: شرح منتهى الإرادات (١٥٧ / ٢)، ومطالب أولي النهى (٣ / ٣٦٩)، والمعايير الشرعية في معيار: المدين المماطل ١٠٣.

(٦) راجع: الأشباه والنظائر للسبكي (٤١ / ١)، والتحجير (٣٨٤٥ / ٨)، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٣.

(٧) راجع: التعويض عن أضرار التقاضي لعبد الكريم اللاحم ص ٣٣.

التعليل الثالث: عدم الإلزام بالتعويض سيؤدي إلى عدة مفاسد كتشجيع الظلمة على ظلمهم ومماطلتهم وكثرة القضايا وإشغال جهات التقاضي وترك أصحاب الحقوق المطالبة بها ونحو ذلك<sup>(١)</sup>.

جاء في المختصر الفقهي: «فأحسن الوجوه أن يستأجر الطالب عوناً يأتيه بالمطلوب إلا أن يتبين أن المطلوب ألدَّ بالطالب ودعاه للقاضي فأبي أو منعه حقاً يقر به ويمطله فيه فيغرم المطلوب أجره العون لا الطالب»<sup>(٢)</sup>.

وجاء في مغني المحتاج: «(وعلى الغاصب الرد) للمغصوب على الفور عند التمكن وإن عظمت المؤنة في رده»<sup>(٣)</sup>.

وجاء في الفروع: «ومن مظل غريمه حتى أحوجه إلى الشكاية فما غرمه بسبب ذلك لزم المماطل»<sup>(٤)</sup>.

وجاء في مجموع الفتاوى: «إذا كان الذي عليه الحق قادراً على الوفاء ومطله حتى أحوجه إلى الشكاية فما غرمه بسبب ذلك فهو على الظالم المماطل إذا غرمه على الوجه المعتاد»<sup>(٥)</sup>.

وجاء في فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم: «فإن نفقات المتدبين تكون على مَنْ يتبين أنه الظالم وهو العالم أن الحق في جانب خصمه ولكن أقام

(١) راجع: التعويض عن أضرار التقاضي لعبد الكريم اللاحم ص ٣٤.

(٢) انظر: المختصر الفقهي (٩/٢١٠).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٣/٣٣٧).

(٤) انظر: الفروع (٦/٤٥٧).

(٥) انظر: مجموع الفتاوى (٣٠/٢٤).

الخصومة عليه مضارة لأخيه المسلم أو طمعاً في حقه، وحينئذ يتضح أن المفلوج في المخاصمة لا يلزم بذلك مطلقاً، بل له حالتان: إحداهما: أن يتحقق علمه بظلمه وعدوانه فيلزم بذلك المخاصمة مع علمه بأنه مبطل، الحالة الثانية: ألا يتضح علمه بظلمه في مخاصمته بل إنما خاصم ظاناً أن الحق معه أو أنه يحتمل أن يكون محقاً محتملاً خلافاً لهذا لا وجه شرعاً لإلزامه بتلك النفقات»<sup>(١)</sup>.

وجاء في المعايير الشرعية: «يتحمل المدين الماثل مصروفات الدعوى كما يتحمل المصروفات التي غرمها الدائن من أجل تحصيل دينه»<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم (١٣/٥٥).

(٢) انظر: المعايير الشرعية في معيار: المدين الماثل (٢/٤/١) ص ٩٤.



## الخاتمة

وفي ختام هذا البحث أشكر ربي على تيسيره إعداد هذا البحث فله الحمد في الأولى والآخرة، وهذا ذِكرٌ لأهم النتائج التي توصلت إليها، وأهم التوصيات التي أوصي بها:

### - أهم النتائج التي توصل إليها الباحث:

قد انتهيت لعدة نتائج بعد إعداد هذا البحث، ويمكن إجمال أهمها فيما يلي:

(١) يُراد بالأتعاب لغةً: شدة العناء والإعياء الذي هو ضد الراحة، وأيضاً الإعجال في العمل والسير الخيث، والمعنى المراد في هذا البحث هو المعنى الأول.

(٢) الراجع في معنى الأتعاب اصطلاحاً أنها: مألٌ مقابل عملٍ مهني.

(٣) يُراد بالتحكيم لغةً: المنع والقضاء والعلم والفقه، والذي يظهر أن كل هذه المعاني الثلاثة مرادةٌ في التحكيم بالمعنى الاصطلاحي.

(٤) الراجع في تعريف التحكيم اصطلاحاً أنه: تقاضي خصومٍ عند مختارٍ.

(٥) يتنوع التحكيم باعتبار تنظيم إجراءاته إلى نوعين اثنين: تحكيمٌ حرٌّ وتحكيمٌ مؤسسي.

(٦) النصوص الفقهية المتعلقة بأتعاب التحكيم نادرةٌ في كتب الفقهاء وبعض المسائل المتعلقة بها لم أجد من ذكرها من الفقهاء السابقين والمعاصرين.

٧) اختلف الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ في حكم المعاوضة على التحكيم على ثلاثة أقوال، فمنهم مَنْ منع منها ومنهم مَنْ أجازها بشروطٍ ومنهم مَنْ أجازها مطلقاً، والراجح -والله أعلم- أنه يجوز أخذ المحكّم عوضاً على التحكيم مطلقاً.

٨) جرى العرف العالمي على تسمية العوض الذي يأخذه المحكّم بالأتعاب، واختلف الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ في تكييفها على قولين، فمنهم مَنْ يرى أنها جُعِلَ ومنهم مَنْ يرى أنها أجرَةٌ، والراجح -والله أعلم- أنها أجرَةٌ ما لم يكن تسليم الأتعاب مشروطاً بنتيجة كتصديق الحكم وعدم بطلانه فهي جُعِلَ حينئذٍ مع ندرة هذه الصورة.

٩) الواقع العملي في بعض مراكز التحكيم المؤسسي أن المحكّم يقبض من الأتعاب بمقدار عمله وهذا أقرب للإجارة من الجعالة، وهذا هو المعمول به في كثيرٍ من مراكز التحكيم المؤسسي.

١٠) لم يذكر أحدٌ من الفقهاء السابقين والمعاصرين -بعد البحث والتحري- وقت استحقاق المحكّم لأتعاب التحكيم، ويمكن تخريج قولين متقاربين للفقهاء بناءً على تكييفهم لأتعاب التحكيم، والراجح -والله أعلم- أن المحكّم يستحق أتعابه بعد انتهائه من عمله وهو إصدار الحكم في القضية التحكيمية وتوابعه ما لم يكن بين المحكّم والخصوم اتفاقٌ على وقت استحقاق الأتعاب أو عرفٌ بذلك لاسيما وأن العرف العالمي في العصر الحاضر هو تسليم أتعاب التحكيم قبل البدء بالعمل.

١١) لم أجد -من خلال بحثي وإطلاعي- مَنْ نصَّ من الفقهاء السابقين على حكم أتعاب التحكيم عند انتهاء مهمة المحكّم قبل إصدار الحكم،

ويمكن القول أن للفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ قولين في هذه المسألة بناءً على تكييفهم لأتعاب التحكيم، والراجع -والله أعلم- أنه لا شيء للمحكّم إن انتهت مهمته قبل شروعه في العمل أو أنهاها بنفسه ولو بعد شروعه في العمل بشرط عدم انتفاع الخصوم بعمله فإن انتفعوا بعمله فله قسط ما عمل من الأتعاب المتفق عليها، وأما لو أنهى غيره مهمته بعد شروعه في العمل بسبب تقصير منه فلا شيء له أيضاً من الأتعاب بالشرط السابق وإن كان بسبب آخر غير تقصيره فله قسط ما عمل من الأتعاب المتفق عليها، وجزءاً من هذا موافقٌ لبعض أنظمة التحكيم ومنها نظام التحكيم السعودي وهو ما جرى عليه العمل في بعض مراكز التحكيم المؤسسي.

(١٢) أكثر عقود التحكيم لا يُنص فيها على استرداد أتعاب التحكيم كلها أو بعضها حال بطلان الحكم أو عزل المحكّم نفسه دون سبب مشروع ونحو ذلك، وقد اطلعتُ على بعض العقود التي نصّت على ذلك وحينئذٍ لا يأخذ المحكّم من الأتعاب إلا جزءاً يسيراً كـ ١٠٪ من الأتعاب المتفق عليها ونحو ذلك.

(١٣) مطالبة الخصوم باسترداد أتعاب التحكيم عند بطلان الحكم لم أجد -بعد البحث والتحري- مَنْ نصّ على هذه المسألة من الفقهاء المتقدمين والمعاصرين، ويمكن القول أن للفقهاء فيها قولين متشابهين بناءً على تكييفهم لأتعاب التحكيم، والراجع -والله أعلم- إن كان العقد مع المحكّم مشروطاً فيه استحقاق الأتعاب بعدم بطلان الحكم فلا يستحق المحكّم شيئاً من أتعاب التحكيم وللخصوم طلب استردادها منه، وأما إن

لم يُشترط ذلك في العقد وكان البطلان بسبب تقصير أو تعدي المحكم فلا يستحق المحكم الأتعاب المتفق عليها وللخصوم طلب استردادها منه وقد يُستثنى من ذلك المحكم المعارض في الحكم نفسه الذي صدر بالأغلبية على الفقرة التي تسببت ببطلان الحكم، وإن لم يكن البطلان بسبب تقصيره أو تعديه فحينئذٍ يستحق كل الأتعاب وليس للخصوم طلب استردادها منه.

(١٤) يجوز الحكم بتعويض الطرف الخاسر الطرف الكاسب أتعاب التحكيم التي تحملها بشرط وقوع الظلم والعدوان من الطرف الخاسر كالمحاولة في تسليم الحق والغصب ونحو ذلك.

#### - أهم التوصيات التي يوصي بها الباحث:

يمكن إجمال التوصيات التي أوصي بها بعد إعداد هذا البحث فيما يلي:

(١) أن تحرص الدول والمراكز التحكيمية على تقنين المسائل المتعلقة بأتعاب التحكيم لاسيما بعد انتهاء مهمة المحكم قبل إصدار الحكم التحكيمي ووقت استحقاقه للأتعاب وضابط تقصيره أو تعديه في العملية التحكيمية ونحو ذلك.

(٢) أن يعنى الباحثون بإعداد البحوث المتعلقة بأتعاب التحكيم والمسائل المتعلقة بها لاسيما ما يستجد منها بعد تنظيم أعمال التحكيم وانتشاره.

(٣) أن يحرص الباحثون على مراعاة الواقع العملي للتحكيم في أبحاثهم والخروج بنتائج علمية يمكن تطبيقها في الواقع التحكيمي المؤسسي والحر.

٤) أن تصدر المجامع الفقهية قراراتٍ تتعلق بأتعاب التحكيم بعد دراساتٍ ومداولٍ فقهيةٍ معاصرةٍ من المتخصصين.

٥) أن تنتقي وزارة العدل مجموعةً من الأحكام التحكيمية المميزة وتصدرها في مجموعة الأحكام التحكيمية؛ لأن في بعضها تحريراً دقيقاً لعددٍ من المسائل لاسيما المسائل الإجرائية المُشكِّلة على الهيئات التحكيمية وتختلف وجهات النظر فيها.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

## فهرس المصادر والمراجع

١. إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة: لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قايماز بن عثمان البوصيري، تحقيق: دار المشكاة للبحث العلمي بإشراف أبي تميم ياسر بن إبراهيم، الناشر: دار الوطن للنشر بالرياض، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
٢. أدب القاضي: لأبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص، دراسة وتحقيق: د. حسين خلف الجبوري، الناشر: مكتبة الصديق بالطائف، الطبعة الأولى لعام ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
٣. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: لمحمد ناصر الدين الألباني، إشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي ببيروت، الطبعة الثانية لعام ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
٤. أسنى المطالب في شرح روض الطالب: لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، ومعه حاشية الرملي، الناشر: دار الكتاب الإسلامي.
٥. الأشباه والنظائر: لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى لعام ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
٦. الأشباه والنظائر: لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى لعام ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
٧. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: لعلي بن سليمان المرادوي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية.
٨. البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، ومعه تكملة البحر الرائق للطورى، وحاشية منحة الخالق لابن عابدين، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.



٩. بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي: لعبد الواحد بن إسماعيل الروياني، تحقيق: طارق فتحي السيد، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى لعام ٢٠٠٩م.
١٠. بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، الناشر: دار الحديث بالقاهرة، عام ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
١١. بدائع الفوائد: لمحمد بن أبي بكر بن أيوب شمس الدين ابن قيم الجوزية، الناشر: دار الكتاب العربي ببيروت.
١٢. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير: لابن الملحق عمر بن علي بن أحمد الشافعي، تحقيق: مصطفى أبو الغيط، وعبد الله بن سليمان، وياسر بن كمال، الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع بالرياض، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
١٣. بلوغ المرام من أدلة الأحكام: لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: د. ماهر ياسين الفحل، الناشر: دار القبس للنشر والتوزيع بالرياض، الطبعة الأولى لعام ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.
١٤. البناية شرح الهداية: لمحمود بن أحمد بن موسى بن أحمد الغيتابي، بدر الدين العيني، الناشر: دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
١٥. البيان في مذهب الإمام الشافعي: ليحيى بن أبي الخير العمراني اليمني، تحقيق: قاسم محمد النوري، الناشر: دار المنهاج بجدة، الطبعة الأولى لعام ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
١٦. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: د. محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي ببيروت، الطبعة الثانية لعام ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

١٧. تاج العروس من جواهر القاموس: لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، الملقب بمرتضى الزبيدي، تحقيق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية.
١٨. التاج والإكليل لمختصر خليل: لمحمد بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى لعام ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م.
١٩. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: لابن فرحون إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى لعام ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
٢٠. التبصرة: لعلي بن محمد الربعي، المعروف باللخمي، تحقيق: د. أحمد عبد الكريم نجيب، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، الطبعة الأولى لعام ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
٢١. التحبير شرح التحرير في أصول الفقه: لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين ود. أحمد السراح وغيرهما، الناشر: مكتبة الرشد بالرياض، الطبعة الأولى لعام ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
٢٢. تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لأحمد بن محمد ابن حجر الهيتمي، ومعه حاشية الشرواني وحاشية العبادي، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر، عام ١٣٥٧هـ - ١٩٨٣م.
٢٣. التحكيم في الشريعة الإسلامية: لعبد الله بن محمد آل خنين، الناشر: دار الحضارة، الطبعة الثانية لعام ١٤٤١هـ - ٢٠٢٠م.
٢٤. التحكيم في الفقه الإسلامي: لحسن بن أحمد الغزالي، رسالة ماجستير في قسم الفقه بكلية الشريعة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عام ١٤٠٩هـ.
٢٥. التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية: لمحمود السيد التحيوي، الناشر: دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، عام ١٩٩٩م.





٢٦. التعويض عن أضرار التقاضي: لعبد الكريم بن محمد اللاحم، الناشر: دار إشبيلية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٢٧. تفسير ابن عطية المسمى المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز: لعبد الحق بن غالب ابن عطية الأندلسي المحاربي، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٢هـ.
٢٨. تفسير الرازي المسمى مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير: لمحمد بن عمر بن الحسن الرازي، الناشر: دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الثالثة لعام ١٤٢٠هـ.
٢٩. تهذيب اللغة: لمحمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، تحقيق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الأولى لعام ٢٠٠١م.
٣٠. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: لخليل بن إسحاق بن موسى الجندي، تحقيق: د. أحمد عبد الكريم نجيب، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
٣١. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه، لمحمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٢هـ.
٣٢. جمهرة اللغة: لأبي بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، الناشر: دار العلم للملايين بيروت، الطبعة الأولى لعام ١٩٨٧م.
٣٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، الناشر: دار الفكر.
٣٤. حاشية الصاوي على الشرح الصغير المسمى بلغة السالك لأقرب المسالك: لأحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي، الناشر: دار المعارف.

٣٥. حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي: لعلي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، الناشر: دار الفكر بيروت.
٣٦. حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني: لعلي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، الناشر: دار الفكر بيروت، عام ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٣٧. الدر المختار: لمحمد بن علي بن محمد الحصري، المعروف بعلاء الدين الحصكفي، ومعه رد المحتار، الناشر: دار الفكر بيروت، الطبعة الثانية لعام ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
٣٨. الدراية في تخريج أحاديث الهداية: لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، الناشر: دار المعرفة بيروت.
٣٩. ديوان جرير: لجرير بن عطية الخطفي، الناشر: دار بيروت للطباعة والنشر بيروت، عام ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
٤٠. الذخيرة: لأحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الشهير بالقرافي، تحقيق: محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى لعام ١٩٩٤م.
٤١. الروض المربع شرح زاد المستقنع: لمنصور بن يونس البهوتي، ومعه حاشية ابن قاسم، الطبعة الأولى لعام ١٣٩٧هـ.
٤٢. روضة الطالبين وعمدة المفتين: لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي بيروت ودمشق وعمان، الطبعة الثالثة لعام ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
٤٣. روضة القضاة وطريق النجاة: لعلي بن محمد بن أحمد، أبي القاسم الرحبي المعروف بابن السّمْناني، تحقيق: د.صلاح الدين الناهي، الناشر: مؤسسة الرسالة بيروت ودار الفرقان بعمان، الطبعة الثانية لعام ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٤٤. زاد المسير في علم التفسير: لعبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، الناشر: دار الكتاب العربي ببيروت، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٢هـ.
٤٥. سنن ابن ماجه: لمحمد بن يزيد القزويني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى لعام ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
٤٦. شرح الزرقاني على مختصر خليل: لعبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، الناشر: دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
٤٧. شرح الزركشي على مختصر الخرقي: لمحمد بن عبد الله الزركشي، الناشر: دار العبيكان، الطبعة الأولى لعام ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
٤٨. الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب مالك: لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوي، الناشر: دار المعارف.
٤٩. الشرح الكبير: لأحمد بن محمد العدوي، الشهير بالدردير، ومعه حاشية الدسوقي، الناشر: دار الفكر.
٥٠. الشرح الكبير على متن المقنع: لعبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج شمس الدين، الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.
٥١. شرح مختصر خليل للخرشي: لمحمد بن عبد الله الخرشي، الناشر: دار الفكر ببيروت.
٥٢. شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى: لمنصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، الناشر: عالم الكتب، الطبعة الأولى لعام ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٥٣. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين بيروت، الطبعة الرابعة لعام ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
٥٤. صحيح الجامع الصغير وزياداته: لمحمد ناصر الدين بن الحاج نوح الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي.
٥٥. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: لجلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، تحقيق: أ.د. حميد بن محمد لحر، الناشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٥٦. العناية شرح الهداية: لمحمد بن محمد بن محمود البابري، الناشر: دار الفكر.
٥٧. العين: لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو الفراهيدي، تحقيق: مهدي المخزومي، وإبراهيم السامرائي، الناشر: دار ومكتبة الهلال.
٥٨. فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ: لمحمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، جمع وترتيب وتحقيق: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، الناشر: مطبعة الحكومة بمكة المكرمة، الطبعة الأولى، عام ١٣٩٩هـ.
٥٩. فتح الباري شرح صحيح البخاري: لأحمد بن علي بن حجر أبي الفضل العسقلاني، الناشر: دار المعرفة ببيروت، عام ١٣٧٩هـ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، وقام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب.
٦٠. فتح العزيز بشرح الوجيز: لعبد الكريم بن محمد الراجحي القزويني، تحقيق: علي محمد عوض، وعادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى لعام ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.



٦١. الفروع ومعه تصحيح الفروع: لمحمد بن مفلح بن محمد المقدسي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٦٢. الفروق المسمى أنوار البروق في أنواع الفروق: لأحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الشهير بالقرافي، الناشر: عالم الكتب.
٦٣. قانون التحكيم في النظرية والتطبيق: لفتحي والي، الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى لعام ٢٠٠٧م.
٦٤. قواعد التحكيم للمركز السعودي للتحكيم التجاري وملحقاته.
٦٥. القوانين الفقهية: لمحمد بن أحمد بن محمد ابن جزي الكلبي الغرناطي.
٦٦. الكافي في فقه الإمام أحمد: لعبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الشهير بابن قدامة المقدسي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى لعام ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٦٧. كشاف القناع عن متن الإقناع: لمنصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، الناشر: دار الكتب العلمية.
٦٨. كشف المناهج والتناقيح في تخریج أحاديث المصاييح: لمحمد بن إبراهيم بن إسحاق السلمي، صدر الدين أبي المعالي، تحقيق: د. محمد إسحاق محمد إبراهيم، الناشر: الدار العربية للموسوعات بيروت، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٦٩. كفاية النبيه في شرح التنبيه: لأحمد بن محمد بن علي الأنصاري، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى لعام ٢٠٠٩م.
٧٠. لسان العرب: لمحمد بن مكرم بن علي، جمال الدين ابن منظور الأنصاري، الناشر: دار صادر بيروت، الطبعة الثالثة لعام ١٤١٤هـ.

٧١. المبدع في شرح المقنع: لإبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن مفلح، برهان الدين، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى لعام ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٧٢. المبسوط: لمحمد بن أحمد السرخسي، الناشر: دار المعرفة بيروت، عام ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٧٣. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان، المدعو بشيخي زاده، الناشر: دار إحياء التراث العربي.
٧٤. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: لعلي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، تحقيق: حسام الدين القدسي، الناشر: مكتبة القدسي بالقاهرة، عام ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٧٥. مجمل اللغة لابن فارس: لأحمد بن فارس بن زكريا الرازي، دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، الناشر: مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الثانية لعام ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
٧٦. مجموع الفتاوى: لأحمد بن عبدلحليم بن عبد السلام ابن تيمية الحراني، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة المنورة، عام ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
٧٧. المجموع شرح المهذب: لمحمد نجيب المطيعي، الناشر: دار الفكر، ومعه ما كتبه النووي وتكملة السبكي.
٧٨. المحكم والمحيط الأعظم: لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى لعام ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
٧٩. المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة: لمحمود بن أحمد بن عبد العزيز ابن عمر بن مازة البخاري، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.



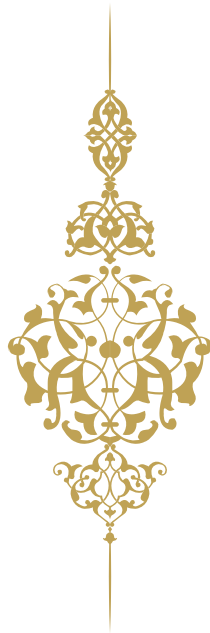
٨٠. المختصر الفقهي: لمحمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، الناشر: مؤسسة خلف أحمد الحبتور، الطبعة الأولى لعام ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.
٨١. المراسيل: لعبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن المنذر التميمي الحنظلي الرازي، ابن أبي حاتم، تحقيق: اشكرالله نعمة الله قوجاني، الناشر: مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الأولى لعام ١٣٩٧هـ.
٨٢. مسند الإمام أحمد بن حنبل: لأحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى لعام ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
٨٣. مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه: لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قايماز بن عثمان البوصيري، تحقيق: محمد المنتقى الكشناوي، الناشر: دار العربية بيروت، الطبعة الثانية لعام ١٤٠٣هـ.
٨٤. مصنف ابن أبي شيبة المسمى الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار: لأبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، تحقيق: كمال يوسف الحوت، الناشر: مكتبة الرشد بالرياض، الطبعة الأولى لعام ١٤٠٩هـ.
٨٥. المصنف: لأبي بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: المجلس العلمي بالهند، ويطلب من المكتب الإسلامي بيروت، الطبعة الثانية لعام ١٤٠٣هـ.
٨٦. المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية: لأبي الفضل أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، تحقيق: مجموعة من الباحثين في رسائل جامعة، الناشر: دار العاصمة للنشر والتوزيع ودار الغيث للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

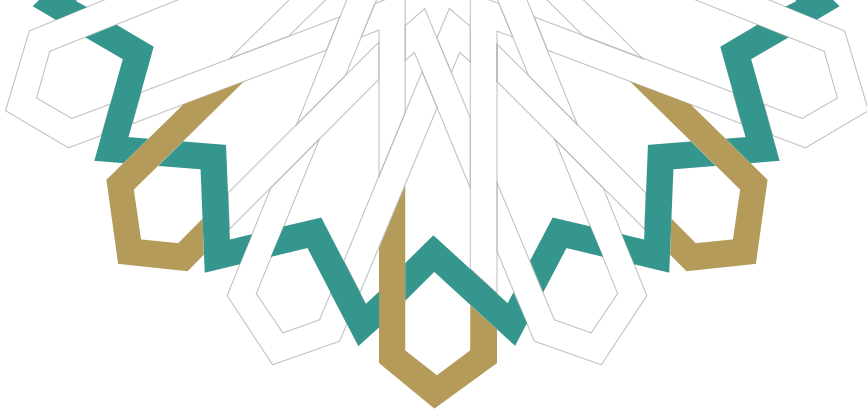
٨٧. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: لمصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحيباني، الناشر: المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية لعام ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
٨٨. المعايير الشرعية: الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، الناشر: دار الميمان، عام ١٤٣٧ هـ.
٨٩. معجم اللغة العربية المعاصرة: لأحمد مختار عبد الحميد عمر، الناشر: عالم الكتب، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.
٩٠. معجم لغة الفقهاء: لمحمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية لعام ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
٩١. معجم مقاييس اللغة: لأحمد بن فارس بن زكريا الرازي، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م.
٩٢. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى لعام ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
٩٣. المغني: لعبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الشهير بابن قدامة المقدسي، الناشر: مكتبة القاهرة، عام ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م.
٩٤. المقدمات الممهדות: لمحمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: د. محمد حجي، الناشر: دار الغرب الإسلامي ببيروت، الطبعة الأولى لعام ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
٩٥. مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها: لأبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، اعتنى به: أبو الفضل الدمياطي وأحمد بن علي، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م.
٩٦. المنتقى شرح الموطأ: لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي، الناشر: مطبعة السعادة بمصر، الطبعة الأولى لعام ١٣٣٢ هـ.





٩٧. النجم الوهاج في شرح المنهاج: لمحمد بن موسى بن عيسى الدّميري، تحقيق: لجنة علمية، الناشر: دار المنهاج بجدة، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.
٩٨. نصب الراية لأحاديث الهداية: لجمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، تحقيق: محمد عوامة، الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر بيروت ودار القبلة للثقافة الإسلامية بجدة، الطبعة الأولى لعام ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
٩٩. نظام التحكيم السعودي، الصادر عام ١٤٣٣ هـ.
١٠٠. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لمحمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، شهاب الدين الرملي، الناشر: دار الفكر ببيروت، عام ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م.
١٠١. نهاية المطلب في دراية المذهب: لعبد الملك بن عبد الله الجويني، تحقيق: أ.د. عبد العظيم محمود الديب، الناشر: دار المنهاج، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م.
١٠٢. النهاية في غريب الحديث والأثر: للمبارك بن محمد بن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، ومحمود محمد الطناحي، الناشر: المكتبة العلمية ببيروت، عام ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م.
١٠٣. الهداية في شرح بداية المبتدي: لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، ومعه البناية، الناشر: دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة الأولى لعام ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.
١٠٤. الوسيط في المذهب: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، الناشر: دار السلام بالقاهرة، الطبعة الأولى لعام ١٤١٧ هـ.





# الحماية النظامية للخصوصية المعلوماتية دراسة تأصيلية تحليلية

نجود بنت علي بن محمد السعوي  
باحثة



## المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

ففي ظل تقدم التكنولوجيا الرقمية ومن منبغ قيمتها التي لا تقدر بثمن؛ المنعكسة على حقوق الإنسان، من خلال تنمية بيئته في سبيل تحقيق ازدهارها، باعتبارها مورداً اقتصادياً مسهماً في دعم الابتكار والتحويلات الاقتصادية؛ معززاً للمقومات التنافسية بين الدول، من خلال تطوير شامل، محققاً بذلك أمن ورفاهية مواطنيه، يتوقف تطور المجتمع رقمياً على الشعور بالثقة والأمان، في التعامل من خلاله، ويبرز من هذا المنطلق أهمية حماية الخصوصية، وتتجلى أعظم صورها توجيه الله عزَّوجلَّ لخلقه، وفق ما جاء في كتابه عزَّوجلَّ: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾<sup>(١)</sup>.

كما وجه نبينا الكريم احترام الخصوصية موجباً حمايتها، فعن أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «من أطلعَ في بيتِ قومٍ بغيرِ إذْنِهِمْ، فقد حلَّ لهم أن يَفْقُؤُوا عَيْنَهُ»<sup>(٢)</sup>.

وتبع ذلك عناية المنظم بحماية الخصوصية، باعتبارها حقاً من حقوق الإنسان الثابتة بموجب المادة الأربعين من النظام الأساسي للحكم<sup>(٣)</sup>،

(١) من الآية (١٢) من سورة الحجرات.

(٢) صحيح الجامع الصغير وزياداته (الفتح الكبير)، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، ١٤٠٨هـ، الطبعة الثالثة، دمشق، ج ٢، ص ١٠٤٥.

(٣) الصادر بالأمر الملكي، رقم (أ/٩٠)، وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ.

حيث نصت على أن: «المراسلات البرقية، والبريدية، والمخابرات الهاتفية، وغيرها من وسائل الاتصال، مصنونة، ولا يجوز مصادرتها، أو تأخيرها، أو الاطلاع عليها، أو الاستماع إليها، إلا في الحالات التي يبينها النظام»، وكذا المادة السادسة والعشرين<sup>(١)</sup> من النظام ذاته.

إضافةً إلى ما ورد في نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، إذ نصت المادة الثانية والثلاثون، على أنه: «تعد سرية المكالمات الهاتفية والمعلومات التي ترسل أو تُستقبل عن طريق شبكات الاتصالات العامة، ولا يجوز الاطلاع عليها ولا الاستماع إليها ولا تسجيلها؛ إلا في الحالات التي تبينها الأنظمة»<sup>(٢)</sup>.

ومن منطلق أهمية حماية الخصوصية خاصة في العصر التقني الحديث، وتحولات الثورة الصناعية الرابعة؛ تتزايد مخاطر الخصوصية بتزايد التقنيات الحديثة، المسهمة في تنمية البنية التحتية<sup>(٣)</sup> الرقمية، لا سيما مع خضوع البيانات الشخصية لنظام تحكم مركزي للإدارة العامة؛ مما يستوجب تقييد هذه الصلاحية في أضيق نطاق لها، في سبيل توفير حماية للبيانات ومحافظة على خصوصيتها؛ بما يحقق التوازن بين الاستعانة بالتقنية المعلوماتية ومصلحة الإنسان في حماية حقوقه من الاستخدام غير المشروع وغير ذلك، رأيت

(١) حيث نصت على أن: «تحمي الدولة حقوق الإنسان، وفق الشريعة الإسلامية».

(٢) الصادر بالمرسوم الملكي، رقم (م/١٠٦)، وتاريخ ٢/١١/١٤٤٣هـ.

(٣) وتعرف بأنها: «منظومة مادية مستخدمة لتوفير الخدمات ذات العلاقة بقطاع الاتصالات وتقنية المعلومات، بما في ذلك المرافق والشبكات والأجهزة»، انظر: نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، المادة (١).

ضرورة الإسهام في هذا المجال من خلال البحث المقدم بعنوان: (الحماية النظامية للخصوصية المعلوماتية).

سائلة المولى التوفيق والسداد إنه ولي ذلك، والقادر عليه.

### أهمية الموضوع:

- من منطلق قرار مجلس الوزراء رقم (٤١٨) الصادر بتاريخ ٢٥/٧/١٤٤٢هـ، والمتضمن موافقته على إنشاء هيئة الحكومة الرقمية؛ من أجل الوصول إلى تقديم خدمات ذات كفاءة عالية وتحقيق التكامل في هذا المجال، أصبح (الاعتداء على خصوصية البيانات) أهم تحديات إدارة أمن المخاطر للحكومة الرقمية، لذا فهناك حاجة ماسة لبيان الخصوصية المعلوماتية، التي تحاول هذه الدراسة أن تبحثها وتوضحها.

- تعزيزاً لتحقيق أعلى معايير الجودة للعمل؛ ففي ظل حوكمة البيانات والسعي نحو بيئات حوسبة سحابية جديرة بالثقة؛ تطلب هذا الأمر ضرورة التدخل النظامي بما يضمن تفعيل الأمن السيبراني حمايةً للأمن الوطني، وذلك من خلال إعداد قواعد نظامية حافظة ومنظمة للخصوصية المعلوماتية؛ معززةً لكفاءة وسلامة (مركز المعلومات الوطني) التابع لوزارة الداخلية؛ والمسهمة في الحفاظ على الأصول الرقمية الحكومية بما يضمن استقرار التعاملات.

- لما للخصوصية المعلوماتية من أهمية في دعم التقنيات الناشئة، والحفاظ على استقرار التحول الرقمي كأبرز برامج رؤية المملكة العربية السعودية ٢٠٣٠؛ وما يهدف إليه من تحقيق أعلى مستويات للعمل اللائق ونمو الاقتصاد، محققاً بذلك أبرز الأهداف العالمية لتحقيق التنمية المستدامة.

## أسباب اختيار البحث:

- ١- تعزيزاً لدور السلطة التنظيمية وجهودها، المحققة للانتماء بفخر واعتزاز، ولما سبق بيان ماله من أهمية.
- ٢- وجود الحاجة المتزايدة إلى معرفة الأنظمة والإجراءات التي تكفل حماية حق الخصوصية المعلوماتية.
- ٣- الإسهام في تزويد المكتبة النظامية بدراسة حديثة عن الخصوصية المعلوماتية.

## مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في خطورة ما يترتب على انتهاك الخصوصية المعلوماتية من آثار، وما تنعكس عليه من ضرورة لحمايتها خاصة في ظل التحول الرقمي، المسهم في التطور التكنولوجي والثقافي والاقتصادي والسياسي؛ إذ تتزايد فيه مخاطر التقنيات الحديثة مهددة أمن وسلامة هذا الحق.

## تساؤلات البحث:

- ١- ما المقصود بالخصوصية في النظام السعودي؟
- ٢- ما أبرز أهداف حماية المنظم السعودي للخصوصية المعلوماتية؟
- ٣- ما مدى إلزامية ضمانات تحقيق حماية الخصوصية المعلوماتية؟ وما صور الاعتداء عليها؟

٤- ما عقوبة انتهاك الخصوصية المعلوماتية؟ وما دور المنظم السعودي في حمايتها؟ وما الجهات المختصة بذلك؟

**أهداف البحث:**

- ١- بيان مفهوم الخصوصية في الشريعة الإسلامية والقانون.
- ٢- عرض الجهود النظامية لحماية الخصوصية المعلوماتية.
- ٣- إيضاح أبرز أهداف حماية المنظم السعودي للخصوصية المعلوماتية، ومعرفة صور انتهاكها.
- ٤- شرح دور المنظم السعودي، وإبراز حرصه على حماية الخصوصية الرقمية، من خلال سن الأنظمة المتعلقة بحمايتها، وتنظيم التعامل معها، بما يضمن استقرارها.

### الدراسات السابقة:

#### الدراسة الأولى:

(المسؤولية المدنية لانتهاك الخصوصية في نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي)، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير من إعداد الطالب / منصور بن صالح السلمي، من قسم العدالة الجنائية بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، عام ١٤٣١هـ، وتقع الدراسة في (١٧٧) صفحة، مكونة من مستخلص للدراسة، وخمسة فصول، والفرق بين هذه الدراسة وبين ما سأتناوله ما يلي:

أ. تناولت الدراسة السابقة بيان الخصوصية وفق ما جاء في نظام مكافحة جرائم المعلوماتية فحسب، بخلاف هذه الدراسة التي ستبحثها



وفق ما جاء في نظام حماية البيانات الشخصية، ونظام الاتصالات وتقنية المعلومات، وكذلك ضوابط استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في الجهات الحكومية، إضافةً إلى نظام مكافحة جرائم المعلوماتية.

ب. لم تتناول الدراسة السابقة الاختصاص القضائي للنظر في حماية الخصوصية المعلوماتية، بينما أفردت هذه الدراسة مبحثاً كاملاً في ذلك.

**الدراسة الثانية:**

(حماية الخصوصية الشخصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي)، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير من الطالب / محمد بن عيد القحطاني، من قسم الشريعة والقانون بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، عام ١٤٣٦ هـ، وتقع هذه الرسالة في (٢٠٠) صفحة، قُسمت إلى ستة فصول، اعتنى الباحث بمسألة حماية الخصوصية الشخصية، والفرق بين هذه الرسالة وما أنا بصدد البحث فيه ما يلي:

أ. الدراسة السابقة تناولت موضوع (حماية الخصوصية الشخصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي) كونها أحد مواطن الخصوصية الرقمية دون شمولية لحماية الخصوصية التي يقتضيها عنوان بحثي (الحماية القانونية للخصوصية المعلوماتية).

ب. الدراسة السابقة لم تتناول بيان الجهات المختصة بحماية الخصوصية مما تناولته وأكثر في هذا البحث.

**الدراسة الثالثة:**

(حماية الخصوصية في البيئة الرقمية على ضوء أحكام النظام السعودي)، رسالة ماجستير مقدمة من الطالبة / أنفال محمد آل تويم، من قسم القانون

بكلية الشرق العربي، في عام ١٤٤٣هـ، وتقع هذه الرسالة في (٢٩٨) صفحة، قُسمت إلى مقدمة، ومبحث تمهيدي، وفصلين، وخاتمة.

اعتنت الرسالة ببيان ماهية الخصوصية، والمبادئ الأساسية لحمايتها وجهود المنظم السعودي في ذلك، والفرق بين هذه الرسالة وما أنا بصدد البحث فيه ما يلي:

أ. تناولت الدراسة بيان الأحكام النظامية لحماية الخصوصية في البيئة الرقمية، وهو ما تطرقت له في بحثي، مضيفاً إليه بياناً بالجهات المختصة بهذه الحماية.

ب. لم تتطرق الدراسة السابقة إلى بيان ضمانات حماية الخصوصية، مما أوضحت في بحثي، بإفراد مطلب خاص بذلك.

### نطاق البحث:

#### النطاق المكاني:

المملكة العربية السعودية.

#### النطاق الزمني:

منذ صدور نظام مكافحة جرائم المعلوماتية بالمرسوم الملكي رقم (م/١٧) وتاريخ ٨ / ٣ / ١٤٢٨هـ إلى الوقت الحالي.

منذ صدور ضوابط استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في الجهات الحكومية بقرار مجلس الوزراء رقم (٥٥٥) وتاريخ ٢٣ / ٩ / ١٤٤٠هـ إلى الوقت الحالي.

منذ صدور نظام حماية البيانات الشخصية بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩) وتاريخ ٩/ ٢/ ١٤٤٣هـ إلى الوقت الحالي.

منذ صدور نظام الاتصالات وتقنية المعلومات بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٧) وتاريخ ٢/ ١١/ ١٤٤٣هـ إلى الوقت الحالي.

**النطاق الموضوعي:**

الحماية النظامية للخصوصية المعلوماتية والأمن الإلكتروني لها.

**النطاق المرجعي:**

الشرعية الإسلامية، الأنظمة السعودية ولوائحها، الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، الأحكام القضائية، شراح القانون.

أساليب البحث: ألتزم في بحثي بما يناسبه من الأساليب التالية:

١- الأسلوب التأصيلي: وذلك من خلال إرجاع كل رأي أو مسألة إلى أصولها.

٢- الأسلوب التحليلي: بتقسيم العناصر الأساسية للموضوعات محل البحث، ومن ثم دراستها.

**خطة البحث:**

يتألف البحث من مقدمة، ثم تمهيد، وفصلين، وخاتمة مبينة على النحو التالي:

**تمهيد: التعريف بمصطلحات البحث:**

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الحماية:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الحماية لغةً.

المطلب الثاني: الحماية اصطلاحاً.

المبحث الثاني: مفهوم الخصوصية:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الخصوصية لغةً.

المطلب الثاني: الخصوصية اصطلاحاً.

المبحث الثالث: مفهوم المعلوماتية:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المعلوماتية لغةً.

المطلب الثاني: المعلوماتية اصطلاحاً.

الفصل الأول: مصادر الحق في الخصوصية وأهداف حماية المنظم لها:

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: مصادر الحق في الخصوصية:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الخصوصية في الشريعة الإسلامية.



المطلب الثاني: الخصوصية في النظام السعودي.

المطلب الثالث: الخصوصية في القانون الدولي.

المبحث الثاني: أبرز أهداف حماية الخصوصية المعلوماتية في النظام السعودي:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الحفاظ على الآداب والمصلحة العامة وتحقيق الأمن المعلوماتي.

المطلب الثاني: درء الاستخدام غير المشروع.

المطلب الثالث: صيانة الاقتصاد الوطني.

الفصل الثاني: أحكام حماية الخصوصية المعلوماتية ودور المنظم في حمايته: وفيه مبحثان:

المبحث الأول: صور و ضمانات حماية الخصوصية المعلوماتية: وفيه مطلبان:

المطلب الأول: صور انتهاك الخصوصية المعلوماتية.

المطلب الثاني: ضمانات حماية الخصوصية المعلوماتية.

المبحث الثاني: دور المنظم السعودي في حماية الخصوصية المعلوماتية: وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: عقوبة انتهاك الخصوصية المعلوماتية.
- المطلب الثاني: الجهات المختصة بحماية الخصوصية المعلوماتية.
- الخاتمة:
- وتتضمن النتائج والتوصيات.



## تمهيد

## في التعريف بمصطلحات البحث

وفيه ثلاثة مباحث:

## المبحث الأول

## مفهوم الحماية

## المطلب الأول: الحماية لغة:

ورد في المعاجم العربية بيان أصل كلمة حماية؛ فهي: اسم من الفعل حمى، ومنها: «يحمي، أحم، حمياً وحمايةً، فهو حام، والمفعول محمي»<sup>(١)</sup>.

وحمي أي: «شيء يدافع عنه ويحظر الاقتراب منه»<sup>(٢)</sup>، وأحمى المكان أي: «جعلته حمى لا يقرب»<sup>(٣)</sup>.

وحمي فلان الشيء، أي: «نصره ودافع عنه»<sup>(٤)</sup>.

وتأتي حماية بمعنى: منعه<sup>(٥)</sup>، أي عزة وقوة وحصانة<sup>(٦)</sup>.

(١) معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عمر، عالم الكتب، ١٤٢٩ هـ، الطبعة الأولى، القاهرة، ج ١، ص ٥٦٨.

(٢) المرجع السابق، ص ٥٦٩.

(٣) تاج العروس من جواهر القاموس، محمد الزبيدي، الطبعة الثانية، ج ٣٧، ص ٤٧٨.

(٤) معجم اللغة العربية المعاصرة، ج ١، ص ٥٦٨.

(٥) لسان العرب، ابن منظور، دار صادر، ١٤١٤ هـ، الطبعة الثالثة، بيروت، ج ١٤، ص ١٩٩.

(٦) معجم اللغة العربية المعاصرة، ج ٣، ص ٢١٢٩.

وحميته حمايةً؛ إذا دفعت عنه ومنعت منه من يقربه، فجعلته محظوراً لا يقرب<sup>(١)</sup>.

ويتبين من المعاني السابقة، أن الحماية دلالة على الحفظ والصيانة، والمنع والحصانة؛ التي يتمتع بها شخصٌ أو شيء أو جهةٌ معينة.

### المطلب الثاني: الحماية اصطلاحاً:

قصد النظام السعودي بالحماية ما قصده المعاني اللغوية في مجملها، فكما ورد معناها في اللغة كدلالة على الوقاية والحفظ، والصون ومنع الاقتراب أو الإخلال بالشيء، والحصانة التي يتمتع بها شيء ما، أو شخص معين، أو جهة معينة، مبيناً ذلك النظام الأساسي للحكم، إذ نص على أنه: «تحمي الدولة عقيدة الإسلام»<sup>(٢)</sup>، وكذا ورد في نظام حماية حقوق المؤلف<sup>(٣)</sup> ما نصه الآتي: «يحمي هذا النظام المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم، أيّاً كان نوع هذه المصنفات، أو طريقة التعبير عنها، أو أهميتها، أو الغرض من تأليفها»<sup>(٤)</sup>، ومن أهداف نظام مكافحة جرائم المعلوماتية ما ورد في النظام ذاته، حيث نص على: «حماية المصلحة العامة، والأخلاق، والآداب

(١) معجم بحار الأنوار، المتنبي، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، ١٣٨٧هـ، الطبعة الثالثة، ج ١، ص ٥٨٩.

(٢) المادة (٢٣).

(٣) الصادر بالمرسوم الملكي، رقم (م/٤١)، وتاريخ ٢/٧٨/١٤٢٤هـ.

(٤) نظام حماية حقوق المؤلف، المادة (٢).



العامة»<sup>(١)</sup>، و: «حماية الاقتصاد الوطني»<sup>(٢)</sup>، إذ لا تختلف الحماية الواردة في المعنى الاصطلاحي الوارد في الأنظمة، عن معناها اللغوي، ولذا فهي تدل على المعنى ذاته، فمعنى الحماية لا يختلف في نفسه؛ وإنما بحسب ما يضاف إليه<sup>(٣)</sup>.

أما في ترجمان الحماية أوضح أحد معاجم المصطلحات القانونية؛ أنها اسم مشتق من (protecteur) أي حام، مأخوذ عن الكلمة اللاتينية (protector)، إذ تأتي بمعنى: مدافع أو حارس خاص، وبشكل عام يُقصد بها وسائل تهدف إلى الدفاع عن حق، أو وضع معين<sup>(٤)</sup>.

ويقصد بالحماية من وجهة نظر أحد شراح القانون، أنها دلالة على: «منع الأشخاص من الاعتداء على حقوق بعضهم البعض بموجب أحكام قواعد قانونية»<sup>(٥)</sup>.

(١) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٧)، وتاريخ ١٤٢٨/٣/٨هـ، المادة رقم (٢)، الفقرة (٣).

(٢) المرجع السابق، الفقرة (٤).

(٣) حماية البيئة في النظام السعودي مُقارناً بالفقه الإسلامي، صالح علي السعوي، أطروحة دكتوراة غير منشورة، جامعة الملك خالد، ١٤٤٣هـ، ص ٣٩.

(٤) معجم المصطلحات القانونية ترجمة: منصور القاضي، جيران كورنو، المؤسسة الجامعية للدراسات، ١٤١٨هـ، الطبعة الأولى، بيروت، ص ٧٢٧.

(٥) الحماية القانونية للحقوق الفنية والأدبية في السودان، د. مصطفى الناصر المنزول، مجلة الشريعة والقانون في جامعة إفريقيا العالمية - كلية الشريعة والقانون وكلية الدراسات الإسلامية، ١٤٢٨هـ، ص ٩٨.

أما منظمة أوكسفام<sup>(١)</sup> فقد عرفت الحماية بأنها: «كافة النشاطات الهادفة إلى الحصول على الاحترام الكامل لحقوق كافة الأفراد دون أي تمييز وفقاً لما تتضمنه القوانين والأطر ذات العلاقة»<sup>(٢)</sup>.

ويمكن القول بأن المقصود بالحماية: الوقاية من المخاطر، وذلك من خلال صون المصالح وحفظها والدفاع عنها، وضمان سلامتها من الأفعال غير المشروعة.

(١) منظمة عالمية ذات اتحاد دولي، تُعنى بحقوق الإنسان.

(٢) ماهية الحماية، مجموعة الحماية العالمية، ص ٣، تاريخ آخر زيارة ١٥ / ١١ / ١٤٤٤ هـ.

## المبحث الثاني مفهوم الخصوصية

### المطلب الأول: الخصوصية لغةً:

بيّنت المعاجم العربية أن كلمة الخصوصية أصلها: «خَصَّ، خَصَّصْتُ، يُخَصُّ، ائْخَصُّصُ / خُصَّ، خَصًّا وَخُصُوصًا وَخُصُوصِيَّةً، فَهُوَ خَاصٌّ، وَالْمَفْعُولُ مَخْصُوصٌ»<sup>(١)</sup>، فالخاص ضد العام<sup>(٢)</sup>.

وكلمة الخصوصية مأخوذة من الفعل خَصَّ، أي أفرد؛ إذ يقال: خَصَّ صديقه بالودّ أي أفرده به، وَخَاصَّةَ الشَّيْءِ أَي: مَا يَخْتَصُّ بِهِ دُونَ غَيْرِهِ، وَ(خُصُوصِيَّةً) مَصْدَرُ خَصَّ، وَهَذَا مَوْضُوعٌ لَهُ خُصُوصِيَّةٌ أَي: لَهُ أَهْمِيَّةٌ تَمَيِّزُهُ عَنِ غَيْرِهِ، فَخُصُوصِيَّاتُ الشَّخْصِ يَقْصَدُ بِهَا شَأُونُهُ الْخَاصَّةُ<sup>(٣)</sup>.

والخصوصية صفة توجد في الشيء ولا توجد في غيره<sup>(٤)</sup>.

وعلى ذلك يتضح من المعاني السابقة، أن الخصوصية معنى دال في مضمونه على الأفراد والتفرد، والاستفراد والعزلة.

(١) معجم اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٦٥٠.

(٢) مختار الصحاح، الرازي، المكتبة العصرية، ١٤٢٠هـ، الطبعة الخامسة، بيروت، ص ٩١.

(٣) معجم اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٦٥٢.

(٤) كتاب معجم لغة الفقهاء، قلعي، دار النفائس، ١٤٠٨هـ، الطبعة الثانية، ص ١٩٦.

## المطلب الثاني: الخصوصية اصطلاحاً:

يشار للخصوصية في إحدى معاجم المصطلحات القانونية بـ (spécialité)، وهو اسم مشتق من (spécial) أي: طابع ما هو شخصي<sup>(١)</sup>.

وتعتبر من المفاهيم التي لا حد لها؛ إذ هي فكرة مرنة، منعكسة على جوانب عدة في حياة الإنسان، مختلفة باختلاف قيمه ومبادئه، وعاداته وتقاليده، وأحواله وظروفه، مما يجعل تعريف الخصوصية أمراً يصعب وضع حدود ومعالم له، لذا لم يجمع فقهاء القانون على تعريف يحظى بالقبول<sup>(٢)</sup>.

ففي المملكة المتحدة اعترفت أحد لجان البرلمان<sup>(٣)</sup>، بصعوبة محاولة تعريف الخصوصية، وذلك حال مناقشة مشروع قانون (الحق في الخصوصية)<sup>(٤)</sup>.

ويقضي جانب من الفقه الفرنسي، باعتبار الخصوصية حقاً منطوياً على عنصر الذاتية في الإنسان، متعلق بشخصه، وطمأنينة نفسه، وأمن شؤونه بعيداً عن تدخل الغير<sup>(٥)</sup>.

(١) معجم المصطلحات القانونية، مرجع سابق، ص ٧٥٤.

(٢) مصطلح الحق في الخصوصية في الفقه الإسلامي: إشكالية تعريفه وتعدد مجالاته، الخروصي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، ١٤٤٣هـ، مج ١٧، ع ٢٤، ص ١٢٧.

(٣) لجنة تسمى (younger committee) كان سبب تكوينها اقتراح قانون حق الخصوصية في مجلس العوام عام ١٩٧٠م، انظر: حق الخصوصية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الإنجليزي، رسالة دكتوراة من إعداد/ تنوير أحمد نذير، ١٤٢٨هـ، ص ٧٨.

(٤) تقرير منشور في موقع برلمان المملكة المتحدة، تاريخ آخر زيارة ١٥/١١/١٤٤٤هـ.

(٥) الحق في الخصوصية بين الحماية الجزائية والضوابط الإجرائية للتحقيق، مجادي نعيمة، أطروحة دكتوراة منشورة من جامعة جيلالي لباس سيدي بلعباس، ١٤٤٠هـ، ص ٦٦.

أما الفقه المصري فيذهب إلى بيان أن الخصوصية هي جوهر الحرية؛ فالحرية ممكنة المطالبة بمنع التدخل، وتفترض الخصوصية هذه الممكنة أيضاً<sup>(١)</sup>.  
في حين أن النظام السعودي، أورد لفظ الخصوصية على معنى دال على السرية والتفرد<sup>(٢)</sup>، معرّفًا بأن المقصود بها: «الحرية من التدخل غير المصرح به أو الكشف عن معلومات شخصية حول فرد»<sup>(٣)</sup>.

وبخصوص العلاقة بين الحرية والخصوصية انقسم الفقهاء إلى اتجاهين، اتجاه يخلط بين المفهومين باعتبار أن الخصوصية قلب الحرية، واتجاه يرى التفرقة بينهما باعتبار أن خصوصية الفرد تنتهي عند بداية حرية الآخرين<sup>(٤)</sup>.  
ينتهي الأمر بمحاولة لتعريف الخصوصية بأنها: حالة يرغب فيها الشخص أن يكون منفردًا، أو راغبًا بصون شؤون معينة؛ وحفظها في منأى عن الآخرين.

- (١) الحق في خصوصية البيانات الشخصية بين الحماية القانونية والتحديات التقنية-دراسة مقارنة، د. خالد حسن أحمد، دار الكتب والدراسات العربية، ١٤٤١هـ، ص ١٤ و ١٥.
- (٢) إذ نصت على: «اتخاذ ما يلزم - بالتنسيق مع الجهات الحكومية ذات العلاقة- في شأن حفظ بيانات ومعلومات من يزاول الأعمال الاقتصادية، لأجل معالجتها في مجال عمل المركز، بما فيها إيجاد حلول مبتكرة تهدف إلى الاستفادة منها، وذلك دون انتهاك للسرية والخصوصية المتعلقة بها وبما لا يخل بأحكام الأنظمة واللوائح والقرارات ذات الصلة»، انظر: الفقرة السادسة من المادة الرابعة لتنظيم المركز السعودي للأعمال الاقتصادية، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٤٥٦)، وتاريخ ١١/٨/١٤٤٠هـ.
- (٣) الضوابط الأساسية للأمن السيبراني، الصادرة بالقرار رقم (١٠/ج/٢/ت)، وتاريخ ١٧/١٢/١٤٣٩هـ، ص ٣٦.
- (٤) جريمة حرق حرمة الحياة الخاصة، ليلي خالد، منشور على موسوعة حماة الحق، تاريخ آخر زيارة ١٥/١١/١٤٤٤هـ.

## المبحث الثالث مفهوم المعلوماتية

### المطلب الأول: المعلوماتية لغة:

ذكر في المعاجم العربية بيان أصل كلمة معلوماتية؛ إذ هي مشتقة من الفعل (عَلِمَ)، فالعين واللام والميم أصلها: «عَلِمَ يَعْلَمُ عَلِماً فهو عالمٌ والمفعول معلوم»<sup>(١)</sup>، و«عَلِمَ نَقِيضُ جَهْلٍ»<sup>(٢)</sup>.

فعلم الشيء علماً أي: عرفه، فالعلم هو إدراك الشيء بحقيقته<sup>(٣)</sup>، إذ يقول تَبَارَكَ وَتَعَالَى في محكم تنزيله: ﴿لَا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ﴾<sup>(٤)</sup>، فاستأثر تَبَارَكَ وَتَعَالَى بإدراك حقيقة قوم من أهل النفاق، فعلم وحده عَزَّ وَجَلَّ بأمرهم دون غيره، عالم كل شيء عز شأنه.

ومعلومة جمعها معلومات، ويقصد بها: أخبار وتحقيقات، أو هي كل ما يؤدي إلى كشف الحقائق وإيضاح الأمور، واتخاذ القرارات<sup>(٥)</sup>.

(١) معجم اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٥٤١.

(٢) كتاب العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي، دار ومكتبة الهلال، ١٩٨٠م، بيروت، ج ٢، ص ١٥٢.

(٣) المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس وآخرون، مجمع اللغة العربية - مكتبة الشروق الدولية، ١٤٢٥هـ، الطبعة الرابعة، ص ٦٢٤.

(٤) سورة الأنفال، من الآية (٦٠).

(٥) معجم اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص ١٥٤٤.

في حين أن لفظ (معلوماتية)؛ اسم مؤنث منسوب إلى معلومات، ومصدر صناعي منها، يقصد به: مجموع التقنيات المتعلقة بالمعلومات ونقلها، وخاصة معالجتها الآلية والعقلية حسب العلم الإلكتروني<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني: المعلوماتية اصطلاحًا:

تطلق المعلوماتية على علم يُعنى بفهم المعلومات، مختصٍ بممارسة معالجة وهندسة نظمها، وهي دراسة لتركيب الخوارزميات والسلوك، وذلك من خلال تفاعل النظم الطبيعية والاصطناعية، التي تقوم بتخزين عملية وصول المعلومات والاتصال، حيث تعمل على تطوير الأسس والمفاهيم الخاصة بها<sup>(٢)</sup>.

فالمعلوماتية علم حوسبة إلكتروني للمعلومات، وبناء آلي لها، يقوم أساسه على جمع الأنشطة والموارد والتدابير والممارسات المرتبطة بالمعلومات، إذ يمكن تخزينها، وتنظيمها، واسترجاعها، واستثمارها في نشر المعرفة وإنتاجها، لتوظيفها بكفاءة في جميع المجالات<sup>(٣)</sup>، ولفظ (المعلوماتية) أطلقه عالم حاسوب ألماني<sup>(٤)</sup>، وذلك من خلال نشر ورقة علمية سماها: (المعلوماتية) وتعني في مضمونها؛ تقنية المعلومات، أو المعالجة التلقائية للمعلومات<sup>(٥)</sup> حيث تتعلق التقنية المعلوماتية بالحاسوب.

(١) المرجع السابق.

(٢) معلوماتية، منشور على موقع الموسوعة الحرة، تاريخ آخر زيارة ١٥ / ١١ / ١٤٤٤ هـ.

(٣) الحروب المعلوماتية في المجال الأمني والعسكري أمريكا والصين، د. فراس جمال شاكر محمود، العربي للنشر والتوزيع، ١٤٤٤ هـ الطبعة الأولى، ص ١٧.

(٤) كارل ستينبوش.

(٥) معلوماتية، مرجع سابق.

على إثر ذلك أوضح النظام السعودي ما يُقصد بتقنية المعلومات، مبيناً أنها: «تقنيات، وبرمجيات، ونظم وشبكات، وما يتعلق بها من عمليات لإنشاء البيانات، أو المعلومات، أو جمعها، أو الحصول عليها، أو معالجتها، أو تخزينها، أو تحليلها، بما في ذلك تطبيقات الاتصالات وتقنية المعلومات، ولا يشمل البيانات أو المعلومات بذاتها»<sup>(١)</sup>.

كما أورد النظام السعودي كذلك لفظ (المعلوماتية) أو (المعلوماتي) مصحوب بلفظ سابق أو لاحق كالنظام المعلوماتي، والشبكة المعلوماتية، والنظم والموارد المعلوماتية<sup>(٢)</sup>، حيث عرف النظام المعلوماتي بأنه: «مجموعة برامج وأدوات معدة لمعالجة البيانات وإدارتها، وتشمل الحاسبات الآلية»<sup>(٣)</sup>.

كما أوضح أن المقصود بالشبكة المعلوماتية: أنها «ارتباط بين أكثر من حاسب آلي أو نظام معلوماتي للحصول على البيانات وتبادلها، مثل الشبكات الخاصة والعامة والشبكة العالمية (الإنترنت)»<sup>(٤)</sup>.

ويظهر بشكل واضح مدى التوافق في مقصود المعلوماتية بين النظام السعودي، وبين معناها اللغوي، وما قصده مُنشئ اللفظ.

- (١) نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، المادة رقم (١).
- (٢) ويقصد بها: «مجموعة برامج أو أدوات معدة لمعالجة البيانات وإدارتها. وتشمل -على سبيل المثال لا الحصر- الحاسبات الآلية وبرامجها، وشبكات المعلومات وأجهزتها، وأنظمة التشغيل، وآلات التصوير، ووسائط التخزين»، انظر: ضوابط استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في الجهات الحكومية، الصادرة بقرار مجلس الوزراء، رقم (٥٥٥)، وتاريخ ٢/٩/١٤٤٠هـ، من البند (أولاً).
- (٣) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، المادة رقم (١)، الفقرة (٢).
- (٤) المرجع السابق، الفقرة (٣).



## الفصل الأول مصادر الحق في الخصوصية وأهداف حماية المنظم لها

### المبحث الأول

### مصادر الحق في الخصوصية

#### المطلب الأول: الخصوصية في الشريعة الإسلامية:

تسمو الشريعة الإسلامية في كفالة الحقوق للإنسان، والكمال في تحقيق العدالة والأمان، حيث أنزلها الله من عليائه كرامةً للذي نفخ فيه من روحه، وأسجد له ملائكته، ثم أرسله إلى الأرض محملاً بأمانةٍ منهجٍ مختارٍ له، متضمن أسس احترامه، من خلال كفالة حقوقه وحرياته، فالشريعة الإسلامية تزخر ببناء تشريعي لا مثيل له، يقوم أساسه مهما تطاولت الأزمنة واختلفت المجتمعات، على ثبوت لاجوج له، متفوقاً بذلك على أية تشريعٍ وضعي، إذ تتجلى مراعاتها منذ الأزل لحق الخصوصية، مجسدةً معالمه، مُقرّةً لقواعده، حاميةً له بكل تفاصيله، يبين ذلك في عدة مظاهر، كالخصوصية في المسكن، إذ قال تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتَسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾<sup>(١)</sup>، وذكر ابن كثير في تفسير هذه الآية، أن هذه آداب شرعية، أدب الله بها عباده، إذ أمرهم تَبَارَكَ وَتَعَالَى بِالْأَلَا يَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِهِمْ حَتَّى يَسْتَأْذِنُوا قَبْلَ

(١) سورة النور، الآية (٢٧).

دخولهم<sup>(١)</sup>، وأتبع عزَّوَجَلَّ قوله: ﴿فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾<sup>(٢)</sup>، فأوضح تبارك وتعالى أن خصوصية المسكن قائمة حتى دون وجود أهله فيه، وحال عدم السماح بالدخول، إنما هو حق تقرر لأصحاب المنزل<sup>(٣)</sup>.

وأما إن خلا المنزل من ساكنيه، بين عزَّوَجَلَّ مشروعية هذا الحال بقوله: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَعٌ لَكُمْ﴾<sup>(٤)</sup>.

كما جاءت السنة النبوية موضحة إجراءات إعمال خصوصية المسكن، إذ روى أبو موسى الأشعري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إِذَا اسْتَأْذَنَ أَحَدُكُمْ ثَلَاثًا فَلَمْ يُؤْذَنَ لَهُ فَلْيَرْجِعْ»<sup>(٥)</sup>.

ويتضح من ذلك عناية الشريعة الإسلامية بحق الخصوصية، إذ أوردت حق خصوصية المسكن كمثال لأهم عناصر الحق في حرمة الحياة

(١) تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء إسماعيل الدمشقي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩هـ، ج ٦، ص ٣٣.

(٢) سورة النور، الآية (٢٨).

(٣) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، السعدي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠هـ، ص ٥٦٥.

(٤) سورة النور، من الآية (٢٩).

(٥) صحيح سنن أبي داود، الألباني، مكتب التربية العربي لدول الخليج، ١٤٠٩هـ، الطبعة الأولى، ص ٥١٨.

الخاصة في الشريعة الإسلامية<sup>(١)</sup>، ومنطلق قياس الخصوصية المعلوماتية؛ باعتبارها مسكناً لأسراره ومحلاً لخلواته، فهي أحد الخصوصيات التي عيّنت الشريعة العادلة بيان كافة تفاصيلها؛ موضحةً صورها وأحوالها، وحكمها والاستثناءات الواردة عليها، إضافةً إلى إجراءاتها، أمراً بحفظ حق الخصوصية على أية حال، إذ أوصت بالنهي عن تتبع أحوال الغير دون علمهم، حيث قال تَبَارَكَ وَتَعَالَى في كتابه العظيم: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا﴾<sup>(٢)</sup>، مشيرةً إلى منع التدخل في خصوصيات الغير، إذ يقول عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾<sup>(٣)</sup>، يقول القرطبي في تفسير هذه الآية؛ أي: لا تتبع ما لا يعينك<sup>(٤)</sup>.

على إثر ذلك يستجيب الحق في الخصوصية، لأوضاع ومتطلبات ما يستجد من خصوصيات للإنسان، ومنها: (الخصوصية المعلوماتية)، كون الشريعة الإسلامية قائمة على أصول وضوابط عامة، تجعلها تشريعاً صالحاً للتطبيق في كل زمان ومكان، محققةً بتطبيقها مصالح الناس بحفظ ضرورياتهم الخمس؛ الدين، والنفس، والنسل، والعقل، والمال.

(١) مصطلح الحق في الخصوصية في الفقه الإسلامي: إشكالية تعريفه وتعدد مجالاته، مرجع سابق، ص ١٣.

(٢) سورة الحجرات، من الآية (١٢).

(٣) سورة الإسراء، من الآية (٣٦).

(٤) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، دار الكتب المصرية، ١٣٨٤هـ، الطبعة الثانية، القاهرة، ج ١٠، ص ٢٥٧.

## المطلب الثاني: الخصوصية في النظام السعودي:

استهدفت رؤية المملكة العربية السعودية ٢٠٣٠، تطويراً شاملاً للوطن وأمنه واقتصاده، ورفاهية مواطنيه، إذ كان أبرز مستهدفاتها؛ التحول الرقمي، الأمر الذي تطلب عناية المنظم، خاصة مع التسارع الكبير في الخدمات الرقمية والشبكات العالمية المتجددة، وبعد إطلاق هيئة الحكومة الرقمية<sup>(١)</sup>، يتزايد العمق المعلوماتي للبيانات الشخصية، مما يتطلب الحاجة إلى وضع ضوابط تكفل حماية هذا الحق وذلك من خلال تدابير قانونية رادعة للمساس بها والتعدي عليها.

والخصوصية المعلوماتية بالأصل، حقاً نهل أسسه من الشريعة الإسلامية العادلة، كونه مفهوم معاصر ذا مضمون جديد، نتج جراء الثورة الصناعية، وظهور التكنولوجيا والرقمنة بكافة أساليبها، على إثر ذلك أصدر المنظم بمرسوم ملكي، نظاماً خاصاً بعقوبات نشر الوثائق والمعلومات السرية وإفشائها<sup>(٢)</sup>، وكذا نظاماً لحماية البيانات الشخصية<sup>(٣)</sup>، وهو نظام أوضح المبادئ الرئيسية لحماية المعلومات الشخصية، وكذا المبادئ والقواعد العامة لتبادل البيانات الصادرة عن الهيئة السعودية للبيانات والذكاء الاصطناعي والمكتب الوطني لإدارة البيانات، ومن أبرز مبادئه:

- (١) جهة تختص بكل ما يتعلق بالحكومة الرقمية، وتعد المرجع الوطني في شؤونها، تهدف إلى تنظيم أعمال الحكومة الرقمية في الجهات الحكومية، وذلك من أجل الوصول إلى حكومة رقمية استباقية ومُبادرة وقادرة على تقديم خدمات رقمية ذات كفاية عالية.
- (٢) برقم (م/٣٥)، وتاريخ ٨/٥/١٤٣٢هـ.
- (٣) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩) وتاريخ ٩/٢/١٤٤٣هـ.

١- قصر جمع البيانات على الحد الأدنى من البيانات التي تمكن من تحقيق الأغراض.

٢- الاستخدام والاحتفاظ والتدمير بشكل صارم للغرض المقصود، والاحتفاظ به طالما كان ذلك ضرورياً لتحقيق الأغراض المقصودة أو كما هو مطلوب بموجب القوانين واللوائح وتدميره بأمان، ومنع التسرب، أو فقدان، أو السرقة، أو سوء الاستخدام، أو الوصول غير المصرح به<sup>(١)</sup>.

كما أصدر النظام السعودي كذلك نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، الذي يضمن حماية معلومات المستخدم وبياناته السرية، بالإضافة إلى ضوابط استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في الجهات الحكومية، والتي أكدت فيه على حماية الخصوصية المعلوماتية إذ شددت بعدم استخدام صلاحية الجهة الحكومية، في الدخول إلى حسابات المستخدمين الآخرين دون إذن من صاحب الصلاحية<sup>(٢)</sup>.

وكذا أصدر نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، والذي يهدف من خلاله إلى حماية المصلحة العامة والأخلاق، وحفظ الحقوق المترتبة على الاستخدام غير المشروع للحاسبات الآلية والشبكات المعلوماتية وحماية الاقتصاد الوطني.

(١) الخصوصية وحماية البيانات، منشور على المنصة الوطنية الموحدة، تاريخ آخر زيارة ١٥/١١/١٤٤٤هـ.

(٢) ضوابط استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في الجهات الحكومية، من (خامساً)، ٤/ من الفقرة (ب).

كما أصدر نظاماً للتعاملات الإلكترونية<sup>(١)</sup>، إذ يعد أبرز أهداف هذا النظام، منع إساءة الاستخدام والاحتيال في التعاملات والتوقيعات الإلكترونية<sup>(٢)</sup>، بما يضمن الخصوصية المعلوماتية.

مضيفاً إلى ذلك عدداً من اللوائح المسهمة في حماية الخصوصية المعلوماتية، كالضوابط الأساسية للأمن السيبراني<sup>(٣)</sup>، وذلك من أجل تحقيق فضاء سيبراني<sup>(٤)</sup> سعودي<sup>(٥)</sup> آمن<sup>(٦)</sup> وموثوق<sup>(٧)</sup> يمكن النمو والازدهار<sup>(٨)</sup>، بالتقليل من المخاطر السيبرانية على الأصول المعلوماتية من خلال حمايتها، إذ إن من أبرز الأهداف الأساسية للحماية التي نصت عليها هذه الضوابط؛ سرية المعلومة<sup>(٩)</sup>، بالإضافة إلى ضوابط الحوسبة السحابية<sup>(١٠)</sup>، التي تهدف لرفع الأمان، وتقليل المخاطر السيبرانية، المؤدية لانتهاك الخصوصية

(١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨)، وتاريخ ٨/٣/١٤٢٨هـ.

(٢) نظام التعاملات الإلكترونية، المادة رقم (٢)، من الفقرة (٥).

(٣) الصادرة من الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، بالقرار رقم (١٠/ج٢/ت)، وتاريخ: ١٧/١٢/١٤٣٩هـ.

(٤) شامل الفضاء السيبراني السعودي بأكمله.

(٥) ملبياً أولويات المملكة العربية السعودية وتطلعاتها.

(٦) مؤكداً على حماية وصمود الأنظمة التقنية والتشغيلية والبنى التحتية الحساسة.

(٧) معزز ثقة الجهات الوطنية، والمستثمرين في الفضاء السيبراني السعودي.

(٨) لما لحماية الفضاء السيبراني من إسهام في النمو الاقتصادي والازدهار الحضاري وتحقيق الريادة سياسياً.

(٩) لائحة الضوابط الأساسية للأمن السيبراني، ص ٨.

(١٠) الصادرة من الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، بالقرار رقم (ع/٨/١/٢٠/ت)، وتاريخ: ١٧/٢/١٤٤٢هـ.

المعلوماتية، وكذا ضوابط الأمن السيبراني للأنظمة الحساسة<sup>(١)</sup>، إذ تهدف إلى تمكين الجهات العامة، وتطوير قدرات الحماية، تحقيقاً لصدود ضد الهجمات السيبرانية، ومحافظةً على التقنية والأصول المعلوماتية، المبنية على أفضل المعايير الدولية، تلبيةً للاحتياجات الأمنية، بالإضافة إلى ضوابط ومواصفات إدارة البيانات الوطنية وحوكمتها وحماية البيانات الشخصية<sup>(٢)</sup> وهي عبارة عن مجموعة من الأحكام والإجراءات التي تنظم معالجة البيانات الشخصية بما يكفل المحافظة على خصوصية أصحاب هذه البيانات وحماية حقوقهم<sup>(٣)</sup>.

بالإضافة إلى سياسات وخطط استراتيجية، كسياسات حوكمة البيانات الوطنية<sup>(٤)</sup>، ومنها: سياسة تصنيف البيانات، والتي تتطلب قيام الجهات بتحديد وتطبيق الضوابط الأمنية المناسبة لحمايتها، كمنح حق الوصول للبيانات أو تقييده حفاظاً على الخصوصية، وكذا سياسة حماية البيانات الشخصية، إذ تقوم على عدة مبادئ منها: مبدأ الحد من جمع البيانات، الذي يضمن قصر جمع البيانات الشخصية على الحد الأدنى من البيانات، الذي

(١) الصادرة من الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، بالقرار رقم (٦/ج/ت)، وتاريخ ١٤٤٠/٧/٥هـ.

(٢) الصادرة من الهيئة السعودية للبيانات والذكاء الاصطناعي، بالقرار رقم (١)، وتاريخ ١٤٤١/١١/٩هـ.

(٣) ضوابط ومواصفات إدارة البيانات الوطنية وحوكمتها وحماية البيانات الشخصية، ص ١٨٢.

(٤) الصادرة من الهيئة السعودية للبيانات والذكاء الاصطناعي، بالقرار رقم (١)، وتاريخ ١٤٤١/١١/٩هـ.

يُمكن من تحقيق الأغراض المبينة في إشعار الخصوصية<sup>(١)</sup>، وسياسة مشاركة البيانات، إذ تتضمن أهدافاً عدة أبرزها؛ رفع مستوى الثقة في الخدمات المعتمدة على البيانات، وسياسة حرية المعلومات، والتي نصت على استثناء المعلومات التي تكون سرية أو شخصية من تطبيق هذه السياسة.

وكذا سياسة البيانات المفتوحة، القائمة على مبدأ أن (الأصل في البيانات الإتاحة) ما لم تقتض طبيعتها عدم الإفصاح عنها أو حماية خصوصيتها أو سريتها.

إضافةً إلى سياسة حماية البيانات الشخصية للأطفال ومن في حكمهم<sup>(٢)</sup>، إذ نصت على أن من أبرز أهدافها المحافظة على خصوصية الأطفال ومن في حكمهم، حمايةً لحقوقهم فيما يتعلق بمعالجة بياناتهم الشخصية بأي وسيلة كانت<sup>(٣)</sup>.

ويتضح مما سبق، عناية المنظم البالغة بحق الخصوصية المعلوماتية، سعياً لتطوير بنية تحتية رقمية، مُمكنة من دعم الابتكار؛ تنميةً للاقتصاد الوطني، وما له تأثير في جوانب عدة كالازدهار السياسي.

(١) بيان خارجي موجه للأفراد يوضح محتوى البيانات الشخصية ووسائل جمعها والغرض من معالجتها وكيفية استخدامها والجهات التي سيتم مشاركة هذه البيانات معها وفترة الاحتفاظ بها وآلية التخلص منها، انظر: سياسات حوكمة البيانات الرقمية، الإصدار الثاني، ١٤٤٢هـ، ص ١٧.

(٢) الصادرة من الهيئة السعودية للبيانات والذكاء الاصطناعي، بالقرار رقم (١)، وتاريخ ١٤٤١/١١/٩هـ.

(٣) المرجع السابق، ص ٨.



## المطلب الثالث: الخصوصية في القانون الدولي:

في ظل توسع شبكة الإنترنت، الممتدة في جميع أرجاء العالم، متجاوزة الحدود الإقليمية، متفردة في تنوع خدماتها، ومتحدية في الوقت ذاته وسائل الاتصال الأخرى من منافستها، ممكّنة مستخدميها من الانتفاع منها وبها، يتزايد الإقبال للاستفادة من خدماتها، بتزايد الشعور بالثقة والضمان في التعامل من خلالها، الأمر الذي استوجب ضرورة تظافر الجهود الدولية تعزيزاً لحماية الخصوصية المعلوماتية، فاختلاف مفهومها منعكس على الأنظمة والقوانين المحلية، إذ تُجرّم بعض أشكال الاعتداء في بلد دون آخر، ما يجعل هذا الاختلاف عرضة للاستغلال إن تم انتهاك الخصوصية تحت نظام تشريعي غير رادع له.

على إثر ذلك جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨ ميلادي، كافلاً حماية الخصوصية، مشيراً إلى أهميتها كأحد حقوق الإنسان المقومة لكيانه، الحافظة لكرامته، إذ نص على أنه: «لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته، ولا لحملات تمس شرفه وسمعته، ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات»<sup>(١)</sup>.

(١) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادة (١٢).

أما العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ ميلادي، فقد جاء مؤكداً على أن لكل فرد حق بالأمان على شخصه<sup>(١)</sup>، فالخصوصية ذات طابع شخصي.

كما اعترفت العديد من الاتفاقيات الدولية بالحق في الخصوصية، كالاتفاقية العامة لتجارة الخدمات عام ١٩٩٥ ميلادي، إذ نصت في أحد بنودها على حماية خصوصية الأفراد فيما يتعلق بمعالجة البيانات الشخصية ونشرها، وحماية سرية السجلات والحسابات الفردية<sup>(٢)</sup>.

أما اتفاقية برن التي انعقدت بشأن حماية المصنفات الأدبية والفنية عام ١٨٨٦ ميلادي، فاشتطت أن المصنفات الأدبية والفنية لا تتمتع بالحماية ما لم تتخذ شكلاً مادياً معيناً<sup>(٣)</sup>، على إثر ذلك جاءت معاهدة الويبو الخاصة بشأن حق المؤلف عام ١٩٩٦ ميلادي، باتفاق خاص في إطار اتفاقية برن وذلك من خلال حماية المصنفات وحقوق مؤلفيها في البيئة الرقمية، إذ نصت على تمتع برامج الحاسوب بالحماية باعتبارها مصنفات أدبية أياً كان نوعها<sup>(٤)</sup>، كما أشارت إلى تمتع قواعد البيانات والمواد الأخرى بالحماية<sup>(٥)</sup>، بالإضافة إلى معاهدة الويبو بشأن الأداء والتسجيل الصوتي لعام ١٩٩٦ ميلادي، والتي تناولت حقوق مستخدميها خاصة في البيئة الرقمية، وكون الخصوصية

(١) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المادة (٩)، من الفقرة (١).

(٢) الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات، من المادة (١٤) الفقرة (٢).

(٣) اتفاقية برن، المادة (٢)، الفقرة (٢).

(٤) معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف، المادة (٤).

(٥) المرجع السابق، المادة (٥).

المعلوماتية لهذه الحقوق، قد تكون عرضة للتهديد من خلال انتهاكها، ألزمت إحدى مواد هذه الاتفاقيات؛ أنه يجب على الأطراف المتعاقدة أن تنص في قوانينها على حماية مناسبة، وجزاءات فاعلة ضد التحايل على التدابير التكنولوجية التي تمنع من مباشرة أعمال لم يصرح بها المؤلفون أو لم يسمح بها القانون<sup>(١)</sup>.

أما اتفاقية ترينس فقد دعت إلى حماية المعلومات غير المفصح عنها<sup>(٢)</sup>، والسرية<sup>(٣)</sup>، كما دعت أعضائها إلى توفير قواعد إجرائية لمواجهة أي اعتداء أو إساءة استخدام لحقوق الملكية الفكرية<sup>(٤)</sup>؛ أبرزها انتهاك الخصوصية المعلوماتية.

وكمثال على صعيد إقليمي، جاءت الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات عام ٢٠١٠ ميلادي، مكافحةً لانتهاك الخصوصية المعلوماتية، مبينةً أحكامها وحيثياتها، إضافةً إلى إجراءاتها، مجرمةً الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة بواسطة تقنية المعلومات<sup>(٥)</sup>.

كما قام ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي عام ٢٠٠٠ ميلادي، بتوجيه لاحترام الخصوصية، وأن لكل فرد الحق في احترام حياته الخاصة

(١) معاهدة الويبو بشأن الأداء والتسجيل الصوتي، المادة (١٨)، بالإضافة إلى معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف، المادة (١١).

(٢) اتفاقية ترينس، المادة (٣٩).

(٣) انظر المادة (٤٢)، و(٤٣) من المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق، المادة (٦٣).

(٥) الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، المادة (١٤).

ومنزله واتصالاته، كما أن لكل فرد الحق في حماية البيانات الشخصية، إذ يجب معالجة البيانات بشكل عادل حافظ للخصوصية المعلوماتية<sup>(١)</sup>.

ينتهي الأمر بإبراز دور المنظمات الدولية المعاصر للحق في الخصوصية المعلوماتية، ففي عام ٢٠١٥ ميلادي، أنشأ مجلس حقوق الإنسان الولاية الأولى بشأن الخصوصية<sup>(٢)</sup>؛ التي جاءت تعزيزاً وحمايةً لجميع حقوق الإنسان، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما فيها الحق في التنمية، حيث أصدرت في يوليو ٢٠٢٢ مجموعة من المبادئ التي تستند إليها الخصوصية وكذا حماية البيانات الشخصية، سعياً إلى التوصل لمفهوم عالمي للخصوصية ومواجهة التحديات المتمثلة في حمايتها<sup>(٣)</sup>.

وإدراكاً لتجاوب الواقع الأمني مع الثورة المعلوماتية، جاءت المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول)، هادفةً إلى تحقيق ضمان كفاءة وجودة التعامل الدولي بين سلطات الشرطة الجنائية عبر قنواتها، وكفالة واحترام الحقوق الأساسية للأشخاص، فمجموعة قواعد الحالية السارية في نظام معاملة البيانات، يجري تحديثها باستمرار لمواكبة التطورات التكنولوجية، بالإضافة إلى تغيير المعايير الدولية لحماية البيانات<sup>(٤)</sup>.

(١) ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي، المادة (٧)، والمادة (٨).

(٢) بموجب القرار رقم ٢٨/١٦.

(٣) المبادئ التي تستند إليها الخصوصية وحماية البيانات الشخصية، تقرير الأمم المتحدة لحقوق الإنسان لأسس النظام القانوني للخصوصية وحماية البيانات الشخصية، في دورتها السابعة والسبعون، تاريخ آخر زيارة: ١١/٦/١٤٤٤هـ.

(٤) حماية البيانات، منشور على منصة الإنتربول، تاريخ آخر زيارة: ١١/٦/١٤٤٤هـ.

## المبحث الثاني

# أبرز أهداف حماية الخصوصية المعلوماتية في النظام السعودي

**المطلب الأول: الحفاظ على الآداب والمصلحة العامة وتحقيق الأمن المعلوماتي:**

يشهد عالمنا الحالي تطوراً غير مسبوق، متسم بالسرعة والتغيير المستمر، وفي ظل هذا التطور تهدف رؤية ٢٠٣٠ للمواكبة، وتنمية البنية التحتية الرقمية، وذلك من خلال الوصول إلى مجتمع حيوي، راسخ الجذور، متين البنيان، مستنداً إلى قيم الإسلام المعتدل، محققاً الانتماء بفخر واعتزاز، موفراً للجميع حياةً كريمة وسعيدة، ذات أساس قوي للازدهار، تحقيقاً لنمط حياة مستدام، متكافل اجتماعياً وذلك من خلال تعزيز القيم وتطوير المهارات وتنمية المعارف، على إثر ذلك يتوسع استخدام الإنترنت ناقلاً النشاطات الاجتماعية والثقافية والاقتصادية والسياسية، من واقع ملموس إلى بيئة افتراضية، ذات سمة رقمية، يشكل التسوق الإلكتروني ومواقع التواصل الاجتماعي أبرز ظواهرها، والتي تنصب بشكل مباشر على خصوصية الأفراد، ما يضعها عرضةً لخطر الانتهاك، مما يتطلب وضع أهدافٍ وسبلٍ ضماناً لحمايتها، تحقيقاً لبلوغ غايتها؛ كرامةً للإنسان، وحمايةً له من تعريضها قبل الآخرين.

ومن أبرز أهداف حمايتها؛ الحفاظ على الآداب والمصلحة العامة، والمساعدة على تحقيق الأمن المعلوماتي، إذ جاء تنظيم مكافحة جرائم

المعلوماتية هادفاً لذلك<sup>(١)</sup>، كونه يُعنى بمحاربة الجرائم التي تنشأ جرّاء استخدام الشبكة المعلوماتية، مبيّناً هذه الجرائم، موضعاً لعقوبتها، للحد من وقوعها.

أما نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، فقد أولى الأمن المعلوماتي عناية كبيرة، امتثالاً لما جاء ديباجته التي حوت مرسوماً ملكياً<sup>(٢)</sup>، يقضي بتكليف هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات، والتي تسمى الآن (هيئة الاتصالات والفضاء والتقنية)<sup>(٣)</sup>، بالعديد من المهام والاختصاصات والتزامها ببذل العناية اللازمة الضامنة لتحقيق الأمن السيبراني<sup>(٤)</sup>، ويشمل المقصود بالأمن السيبراني أمن المعلومات<sup>(٥)</sup>، كما عني بالمصلحة العامة كذلك، بدءاً بأنها أبرز أهداف إنشائه<sup>(٦)</sup>، المؤدية بدورها إلى حماية المستخدم ومصالحه، إضافةً إلى رفع مستوى الثقة لديه، وذلك من خلال تقديم خدمات ذات جودة عالية، وتوفير حماية من المحتوى الضار، مروراً بوضعها معياراً حال الطوارئ؛ وذلك عند تقديم خدمات اتصالات وتقنية معلومات محددة دون مقابل،

(١) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، من المادة (٢).

(٢) رقم (م/١٠٦)، وتاريخ ٢/١١/١٤٤٣هـ.

(٣) نظراً لأهمية التكامل بين عالم الاتصالات والفضاء والتقنية، تم تغيير مسماها بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (٢٥٣)، وتاريخ ٧/٤/١٤٤٤هـ.

(٤) نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، البند (رابعاً).

(٥) ضوابط استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في الجهات الحكومية، من البند (أولاً).

(٦) نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، من المادة (٢).

وحال ربط الاتصال البيئي<sup>(١)</sup> أو النفاذ<sup>(٢)</sup> بين مقدمي الخدمة، بالحد الذي تتطلبه المصلحة العامة أو ما يخدمها<sup>(٣)</sup>.

كما جاء نظام حماية البيانات الشخصية، حافظاً للمصلحة العامة، وذلك من خلال منع جهة التحكم من الإفصاح عن البيانات الشخصية، إذا اتصف الإفصاح بكشفها عما تحتم المصلحة العامة عدم الكشف عنه<sup>(٤)</sup>.

وعلى النقيض إضافة إلى ذلك؛ قد تقتضي المصلحة العامة الإفصاح عن البيانات الشخصية المشمولة بالحماية، إذ نص نظام حماية البيانات الشخصية على أحوال يجوز لجهة التحكم الإفصاح عن البيانات الشخصية، ومنها: «إذا كان الإفصاح ضرورياً لحماية الصحة العامة، أو السلامة العامة، أو حماية حياة فرد، أو أفراد معينين، أو حماية صحتهم»<sup>(٥)</sup>.

كما ألزم المنظم؛ كل من باشر عملاً من أعمال معالجة البيانات الشخصية، بالمحافظة على خصوصيتها، حتى بعد انتهاء علاقته الوظيفية أو التعاقدية<sup>(٦)</sup>.

(١) ربط يسمح لمستخدمي شبكة اتصالات تابعة لمقدم خدمة معين بالاتصال فيما بينهم أو مع المستخدمين التابعين لمقدم خدمة آخر.

(٢) إتاحة الوصول إلى البنية التحتية، أو المرافق، أو الشبكات، أو الأجهزة، أو الأنظمة، أو الخدمات، أو غير ذلك مما يمكن استخدامه في توفير خدمات الاتصالات وتقنية المعلومات.

- (٣) نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، من المادة (٣٨).
- (٤) نظام حماية البيانات الشخصية، الفقرة (٩)، من المادة (١٦).
- (٥) نظام حماية البيانات الشخصية، الفقرة (٤)، من المادة (١٥).
- (٦) المرجع السابق، المادة (٤١).

ووفقاً لنظام ضوابط استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في الجهات الحكومية، يجب ضمان استخدام أصول تقنية المعلومات الحكومية بصورة نظامية وبما لا يتعارض مع الأخلاق والآداب العامة<sup>(١)</sup>، كما أفرد النظام ذاته بنداً خاصاً بما يضمن تحقيق الأمن المعلوماتي<sup>(٢)</sup>.

ولتحقيق الأمن المعلوماتي تقوم العديد من الحملات التوعوية، بتنظيم من إدارة الأمن السيبراني<sup>(٣)</sup>، ومنها حملة (كن يقظاً) التي أقامتها هيئة الخبراء بمجلس الوزراء<sup>(٤)</sup>، إذ تهدف هذه الحملة إلى التأكد من الوعي الأمني اللازم لمنسوبي الهيئة، والدراية بمسؤولياتهم تجاه الأمن السيبراني، وذلك من خلال إطلاق نظام توعوي، شامل لعدد من المواد المعرفة لمفاهيم الأمن السيبراني، والمعززة لممارساته، إضافةً إلى تقديم اختبارات خاصة لقياس مستوى الوعي، وذلك بموجب ما لهيئة الأمن السيبراني من صلاحيات وفق المادة العاشرة من التنظيم الخاص بالهيئة الوطنية للأمن السيبراني<sup>(٥)</sup>.

(١) ضوابط استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في الجهات الحكومية، من الفقرة (ب) من البند (خامساً).

(٢) المرجع السابق، البند (سابعاً).

(٣) بموجب نص البند (ثامناً)، من قرار مجلس الوزراء رقم (٩٨)، وتاريخ: ١٤٤٣/٢/٧هـ.

(٤) هيئة الخبراء بمجلس الوزراء تقيم حملة (كن - يقظاً) لتطوير مستوى التوعية السيبرانية لمنسوبيها، منشور على هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، تاريخ آخر زيارة ١٤٤٤/١١/١٥هـ.

(٥) الصادر بالأمر الملكي رقم (٦٨٠١)، وتاريخ ١٤٣٩/٢/١١هـ.



إذ تباشر الهيئة بتمكين نظامي، كل ما من شأنه حماية المصالح الحيوية للدولة وتحقيق أمنها الوطني، ويظهر بشكل جلي أهمية الخصوصية المعلوماتية وتأثيرها المباشر على ذلك، الأمر الذي دفع المنظم إلى منح العديد من الصلاحيات للهيئة الوطنية للأمن السيبراني، تحقيقاً لريادته في الأمن المعلوماتي.

### المطلب الثاني: درء الاستخدام غير المشروع:

ترتفع معدلات الهجمات الإلكترونية وفقاً للتقدم الكبير في تحديثات النظام الرقمي، وتتزايد على إثر ذلك مخاطر اختراق البيانات، وأبرزها الاستخدام غير المشروع، مما جعل المملكة العربية السعودية أكثر حرصاً في توفير بيئة آمنة للبيانات والعمليات الرقمية، وذلك من خلال نظام أمني متين، دارئ للاستخدام غير المشروع للأسرار الشخصية، أو لسرقة المالية، أو لسرقة الملكية الفكرية، وغير ذلك، إذ لا يمكن حصر الاستخدامات غير المشروعة، جراء التطور التقني المستمر والمتسارع الذي نشهده، المتنوعة أساليبه، والمتعددة مخاطره تبعاً لذلك.

فمن الأسباب الدافعة لانتهاك الخصوصية المعلوماتية، الرغبة في تعلم كل ما هو متعلق بأنظمة الشبكات الإلكترونية، واثبات الذات في قهر هذه الأنظمة المعلوماتية، وكذا الشعور بالمتعة والتحدي، إضافةً إلى دوافع أكثر ضرراً، إذ لا تقتصر على انتهاكها فحسب، وإنما تمتد لتطال بها استخدامات غير مشروعة، على سبيل المثال، يكون دافع انتهاكها؛ المعالجة غير المشروعة للبيانات، كمخالفة القائم بمعالجة بعض البيانات بالاعتداء غير المصرح

له، من خلال انتهاك الخصوصية المعلوماتية كالعبث بالبيانات من أجل منع استحقاق ترخيص معين مثلاً<sup>(١)</sup>، أو يكون دافع الانتهاك؛ رغبة في الانتقام<sup>(٢)</sup>، كإقدام أحد موظفي شركة ما، بإتلاف ملفات مهمة، انتقاماً لحسم من راتبه.

أو يكون الدافع غير المشروع الابتزاز والتهديد<sup>(٣)</sup>، إما بنشر أخبار أو صور أو حتى معلومات غير صحيحة، وطلب مقابل للامتناع عن ذلك سواءً كان المقابل المطلوب مادياً أو غير ذلك.

وقد يكون الإفشاء غير المشروع للبيانات الشخصية؛ دافعاً لانتهاك الخصوصية، كإفشاء بيانات تتعلق بهوية شخص بما يؤدي إلى معرفته على وجه التحديد، كبيان عنوانه، أو صور له<sup>(٤)</sup>.

أو يكون دافع انتهاك الخصوصية المعلوماتية؛ انتحال شخصية معينة، وذلك من أجل جمع معلومات هذه الشخصية رغبة في الاستفادة منها للترويج عن إعلان مشبوه مثلاً، كأن يتم انتحال شخصية متجر رائج،

(١) حق الخصوصية في مواجهة الاعتداءات الإلكترونية، الذهبي خدوجة، بحث منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ٢٠١٧، العدد الثامن، ١م، ص ١٤٦.

(٢) الجرائم المعلوماتية، نهلا المومني، دار الثقافة، ١٤٣١هـ، الطبعة الأولى، عمان، ص ٩٢.

(٣) الجريمة المعلوماتية مخاطرها وعقوباتها، صالح الربيعه، هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات ص ١٦، تاريخ آخر زيارة ١٥ / ١١ / ١٤٤٤هـ.

(٤) نظام حماية البيانات الشخصية، من الفقرة (٤)، من المادة (١).

لشركة معينة، ويتم على إثر ذلك الاستيلاء على رصيد الضحية البنكي عند تقديمه طلباً إلى هذا المتجر الذي تم انتحال شخصيته.

كما يمكن أن يكون الدافع؛ الاستيلاء والاحتيال المعلوماتي، ومن ثم استخدام المعلومات المتحصلة منه، استخدامات غير مشروعة، سواء كان الاستيلاء لمنتهاك الخصوصية ذاته؛ من خلال التلاعب في المعالجة الإلكترونية للبيانات والمعلومات، أو كان وسيلة لغيره بتسهيله لهذا الانتهاك، وذلك من أجل الاستيلاء على المعلومات، إذ يمكن الحصول على أموال أو خدمات تبعاً لهذا الاستخدام غير المشروع، كتحويل مال منقول جراء الاطلاع على بيانات بطاقة الائتمان، ومن ثم سرقة ما بها من أموال، أو الحصول على سند، أو توقيع لهذا السند، أو الاستيلاء على خطة مشروع ما أو دراسة جدوى له، أو الاستيلاء على مؤلف معين أو نموذج لاختراع، أو فكرة له، إلى غير ذلك، خاصة وأن غالبية أصول الحقوق المادية في العصر الحديث، أصولاً بقوالب معلوماتية<sup>(١)</sup>.

ودرءاً لهذه الاستخدامات غير المشروعة جاء المنظم السعودي هادفاً لتحقيق ذلك، إذ نص على أن: «إلحاق ضرر بشبكات الاتصالات أو التعدي عليها أو قطعها، أو الاستفادة غير المشروعة منها، أو تعطيل الاتصالات أو منع تبادل المعلومات بشكل عام؛ سواء كان عن طريق العمد أو الإهمال أو التقصير»<sup>(٢)</sup> يعد مخالفةً للنظام.

(١) الجريمة المعلوماتية مخاطرها وعقوباتها، مرجع سابق، ص ٢٢.

(٢) نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، الفقرة (٧)، من المادة (٢٦).

كذلك نص على تجريم الاستخدام غير المشروع، ومن أمثلة ذلك؛ دخول شخص بطريقة متعمدة إلى حاسب آلي، أو موقع إلكتروني، أو نظام معلوماتي، أو شبكة حاسبات آلية، وكان غير مصرحاً له بهذا الدخول، وكان غرضه من ذلك؛ تهديد شخص آخر أو ابتزازه؛ من أجل حمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه، حتى وإن كان القيام بهذا الفعل أو الامتناع عنه مشروعاً، وكذا جرم الدخول غير المشروع إلى موقع إلكتروني، من أجل العبث فيه وتغيير تصاميمه، أو إتلافه، أو تعديله، أو شغل عنوانه<sup>(١)</sup>.

بالإضافة إلى تجريمه أي انتهاك من أجل إلغاء بيانات، أو حذفها، أو تدميرها، أو مسح أية برامج، أو بيانات موجودة فيها، أو تسريبها، أو تعديلها، أو إتلافها، أو أي إعاقة للوصول إلى الخدمة، أو تعطيلها، أو تشويشها بأي وسيلة كانت<sup>(٢)</sup>.

كما أوجب على كل جهة حكومية، ضمان استخدام أصول تقنية المعلومات، بما لا يتعارض مع أي غرض أو عمل غير مشروع<sup>(٣)</sup>.

ويتبين أن حفظ الحقوق المترتبة على الاستخدام المشروع للحاسبات الآلية والشبكات المعلوماتية؛ هو ما سعى المنظم لتحقيقه، للحيلولة دون استخدام غير مشروع لها.

(١) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، من المادة (٣).

(٢) المرجع السابق، من المادة (٥).

(٣) ضوابط استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في الجهات الحكومية، من الفقرة (ب) من البند (خامساً).

## المطلب الثالث: صيانة الاقتصاد الوطني:

شهد الاقتصاد السعودي نماءً صاعداً في عصره الحديث، مستغلاً بذلك الموارد الطبيعية في المملكة إضافةً إلى موقعها الجغرافي والحضاري، ونتيجةً لهذا النمو؛ أصبحت المملكة العربية السعودية مؤثراً رئيسياً في الاقتصاد العالمي، وعضواً فاعلاً في مجموعة العشرين<sup>(١)</sup>، وذلك من خلال امتلاكها قاعدة اقتصادية متينة، مستندةً على كوادرات وطنية ذات تأثير عالٍ، ساعيةً بشكل مستمر، لدعم وتمكين الاقتصاد، من خلال تحسين بيئته، ودعم تنوعه، وتذليل صعابه، إذ تركز رؤية ٢٠٣٠ على العديد من الإصلاحات والمبادرات التي تشمل تعزيز المحتوى المحلي، والصناعة الوطنية، والعناية بالاقتصادات الواعدة وتنميتها، وتعظيم دور المنشآت الصغيرة والمتوسطة، من أجل خلق اقتصادٍ متنوع ومزدهر، وتحقيق نمو مستدام، وانطلاقاً من برنامجها الهادف إلى تطوير صناعاتها الوطنية وخدماتها اللوجستية، إيماناً بالثورة الصناعية الرابعة<sup>(٢)</sup>، كونها أحد مميزات القطاعات الرئيسية التي دعا البرنامج إلى دعمها، وتحقيق الأثر المرجو منها، وكذا انطلاقاً من هدف صندوق الاستثمارات العامة في توطين التقنيات والمعرفة؛ ومبادراته في تطوير الابتكار في المملكة، وذلك من خلال توطين قطاع التقنية وتطوير قطاع الاتصالات والإعلام<sup>(٣)</sup>، تتمكن المملكة العربية السعودية من المنافسة

(١) مُنتدى دولي، مكون من ٢٠ دولة، يجمع الدول المؤثرة والفاعلة في الاقتصاد العالمي.

(٢) التي تتميز بطمس الخطوط الفاصلة بين المجالات المادية والرقمية والبيولوجية.

(٣) تغريدة منشورة في صفحة صندوق الاستثمارات العامة على منصة تويتر، تاريخ آخر زيارة: ١٤٤٤/١١/٤هـ.

في المجال التقني، مما يتطلب عناية بالغة، وسعيًا حثيثاً لحماية الخصوصية المعلوماتية، صيانةً لاقتصادها الوطني.

إذ ينطوي على مجموعة من الاقتصادات الشخصية التي تنهض بالدولة، فالازدهار السياسي والتطورات الحديثة التي ننعم برفاهيتها؛ جاءت نتاج أعمال وأفكار تم تدوينها بوسائل الاتصال الحديثة، وتقنية المعلومات.

على إثر ذلك جاء المنظم<sup>(١)</sup> هادفاً لتحقيق كل ما يؤدي إلى رفع كفاية خدمات الاتصالات وتقنية المعلومات بما يحقق الاستخدام الأمثل لهذه التقنيات، في سبيل توفير بيئة جاذبة للاستثمار واستقطاب الشركات الدولية الرائدة لرفع مستوى الاقتصاد الوطني، وتحقيق الريادة له.

إذ تكون هذه الصيانة؛ دافعاً إلى تحسين كل ما يتعلق بجودة الحياة، وذلك من خلال توفير بيئة تنظيمية داعمة لنمو وتنافسية أمن المعلومات، إذ حققت المملكة العربية السعودية وفقاً للعمل الدؤوب والعناية المتابعة، المرتبة الثانية عالمياً في مؤشر الأمن السيبراني، وفقاً لتقرير الكتاب السنوي للتنافسية العالمية لعام ٢٠٢٢، الصادر عن مركز التنافسية العالمي التابع للمعهد الدولي للتنمية الإدارية في سويسرا، والذي يُعد واحداً من أكثر التقارير شمولية في العالم، إذ يهدف إلى تحليل وترتيب قدرة الدول على إيجاد بيئة داعمة ومحفزة للتنافسية والمحافظة عليها وتطويرها<sup>(٢)</sup>، إذ سعت الهيئة بصفقتها الجهة المختصة بالأمن السيبراني في المملكة العربية السعودية

(١) نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، المادة (٢).

(٢) نقلاً عن وكالة الأنباء السعودية: المملكة تُحقق المرتبة الثانية عالمياً في مؤشر الأمن السيبراني، تاريخ آخر زيارة: ٤/١١/١٤٤٤هـ.

والمراجع الوطني لشؤونه، إلى إصدار مجموعة من السياسات والضوابط ومتابعة التزام الجهات الوطنية بها، وإطلاق مسرعة أعمال لدعم تأسيس الشركات الناشئة في مجال الأمن السيبراني على النحو الذي يسهم في النمو والازدهار، محققة عناية كبيرة في حماية الخصوصية المعلوماتية، المؤثرة بلا شك في الاقتصاد الوطني.

فالمأمل في هجمات اختراق الشبكات الإلكترونية، يدرك أن الهجمة التي تعرضت لها شركة (أرامكو) عام ٢٠١٢ ميلادياً، لم تستهدف أرامكو ككيان فقط، وإنما جاءت مستهدفةً اقتصاداً بأكمله، من أجل ذلك أولى المنظم الخصوصية المعلوماتية أهمية كبيرة لما لها من تأثير على الاقتصاد الوطني، وتظهر عنايته في عدة مواطن، منها:

١- سن نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، هادفاً إلى حماية الاقتصاد الوطني<sup>(١)</sup>.

٢- تجريم المساس بالاقتصاد الوطني نتيجة انتهاك الخصوصية المعلوماتية جراء الدخول غير المشروع إلى موقع إلكتروني أو نظام معلوماتي<sup>(٢)</sup>.

٣- وضع سياسات للاقتصاد الرقمي ومعايير له، وإجراءات خاصة تحفيزاً لنموه، بما يؤدي إلى تيسير استخدام الاتصالات وتقنية المعلومات<sup>(٣)</sup>.

(١) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، الفقرة (٤)، من المادة الثانية.

(٢) المرجع السابق، الفقرة (٢)، من المادة السابعة.

(٣) نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، الفقرة (٨)، من المادة الثالثة.

٤- تعزيز توطين التقنية في أنشطة البحث والتطوير والابتكار، ونقلها لتكون جزءاً من تنمية المحتوى المحلي، بما يساهم في نمو الاقتصاد الوطني المبني على المعرفة والابتكار وزيادة إنتاجه وتنافسه عالمياً<sup>(١)</sup>، إذ لا شك أن توطين التقنية يساهم في تحقيق الأمن المعلوماتي بشكل أكبر، مما يساهم في صيانة الاقتصاد الوطني.

٥- النهي عن التأمين الفردي لنظم المعلومات والتطبيقات الوطنية المشتركة، وبرامج التعاملات الإلكترونية الحكومية، واستقطاب الكفايات والكوادر الوطنية، وتدريبها، وتطوير قدراتها، في مجال تقنيات المعلومات<sup>(٢)</sup>، وهذا يساهم في تحقيق أكبر قدر من الصيانة للاقتصاد الوطني.

٦- تعيين الهيئة السعودية للبيانات والذكاء الاصطناعي بالنظر فيما ينتج عن تطبيق أحكام نظام حماية البيانات الشخصية ولوائحه التنفيذية، سعياً إلى نضج قطاع البيانات<sup>(٣)</sup> وكذا ضمان توافق الأجهزة مع المواصفات الفنية التي تضعها<sup>(٤)</sup> كل هذا من أجل تيسير توثيق الخصوصية المعلوماتية، وضمان حمايتها المنعكسة على نمو الاقتصاد الوطني، تحقيقاً لصيانه.

ويُظهر هذا الجزء البسيط، عناية المنظم بخصوصية البيانات وما تنعكس عليه من ضرورة حمايتها كصيانة للاقتصاد الوطني.

(١) نظام الترتيبات التنظيمية لهيئة تنمية البحث والتطوير والابتكار، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٥٠٨)، وتاريخ: ٢٣/٧/١٤٤٤هـ، من المادة الثالثة.

(٢) ضوابط استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في الجهات الحكومية، كلاً من الفقرة (٢)، والفقرة (٣)، من البند (تاسعاً).

(٣) قرار مجلس الوزراء رقم (٩٨) وتاريخ ٧/٢/١٤٤٣هـ، من البند (ثانياً).

(٤) نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، من المادة (٣٦).



## الفصل الثاني

### أحكام حماية الخصوصية المعلوماتية ودور المنظم في حمايتها

#### المبحث الأول

#### صور و ضمانات حماية الخصوصية المعلوماتية

#### المطلب الأول: صور انتهاك الخصوصية المعلوماتية:

يعيش العالم ثورة علمية ومعلوماتية، وتنتشر إثر ذلك وسائل التكنولوجيا الحديثة، حاملة كل ما يُيسر ويسرع انتقال المعلومة، وإعمال التعاملات، مما يجعل تخزين البيانات والمعلومات خارجها أمراً مستغرباً، ونتيجة لذلك يزيد الاهتمام بالحقوق في حرمة الحياة الخاصة، بتزايد توسع استخدام شبكة الإنترنت، إذ تشكل كثرة تداول البيانات؛ تهديداً للخصوصية المعلوماتية، يُرافق ذلك عناية المنظم بوضع ضوابط للحد من هذه الانتهاكات، تحول دون وقوعها، تحقيقاً للحفاظ على أمنه وأمانه، فمن غير المتصور تجريم انتهاكها دون بيان لما يمكن أن تكون عليها من صور؛ يبيّن البعض منها في المواطن التالية:

- التنصت<sup>(١)</sup> دون مسوغ نظامي صحيح على ما هو مرسل عن طريق الشبكة المعلوماتية أو أحد أجهزة الحاسب الآلي<sup>(٢)</sup>.

(١) وهو معنى للتسمّع، والتجسس، انظر: معجم الصواب اللغوي، لأحمد مختار عمر، ج ١، ص ٢٣٦.

(٢) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، الفقرة (١)، من المادة (٣).

- كشف معلومات، أو وثائق، مستخدم خدمات الاتصالات وتقنية المعلومات، أو خدمات ذات علاقة بها، دون موافقة منه<sup>(١)</sup>.
- جمع معلومات المستخدم أو استخدامها لغير الأغراض الموضح عنها<sup>(٢)</sup>.
- المساس بالحياة الخاصة جراء إساءة استخدام للهواتف النقالة المزودة بالكاميرا، أو ما في حكمها<sup>(٣)</sup>.
- التشهير بالآخرين، وإلحاق الضرر بهم، عبر وسائل تقنيات المعلومات المختلفة<sup>(٤)</sup>.
- الإفصاح<sup>(٥)</sup> عن البيانات الحساسة<sup>(٦)</sup>.....

- (١) نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، الفقرة (٢)، المادة (٢٣).
- (٢) اللائحة التنفيذية لنظام الاتصالات وتقنية المعلومات، الصادرة بالقرار رقم (١٣) وتاريخ ١٤ / ٥ / ١٤٤٤ هـ. الفقرة (٤)، من المادة (٥٨).
- (٣) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، الفقرة (٤)، من المادة (٣).
- (٤) المرجع السابق، الفقرة (٥)، المادة (٣).
- (٥) ويقصد به: تمكين أي شخص -عدا جهة التحكم أو جهة المعالجة بحسب الأحوال- من الحصول على بيانات شخصية أو استعمالها أو اطلاع عليها بأي وسيلة ولأى غرض كان، انظر: نظام حماية البيانات الشخصية، الفقرة (٨)، من المادة (١).
- (٦) وهي: كل بيان شخصي يتعلق بأصل الفرد العرقي أو أصله الإثني، أو معتقده الديني أو الفكري، أو السياسي، إضافةً إلى البيانات الأمنية والجنائية، أو بيانات السمات الحيوية التي تحدد الهوية، أو البيانات الوراثية أو الصحية، والبيانات الدالة على مجهولية الأبوين أو أحدهما، انظر: المرسوم الملكي رقم (م/١٤٨)، وتاريخ ٩ / ٥ / ١٤٤٤ هـ، الفقرة (٣)، ص ٤، كما عرفتها لائحة الضوابط الأساسية للأمن السيبراني بأنها: المعلومات أو البيانات التي تعتبر في غاية الحساسية والأهمية حسب تصنيف الجهة، =

.....أو نشرها، بشكل مخالفٍ للأنظمة، وبقصد الإضرار بصاحب البيانات، أو بقصد تحقيق منافع شخصية<sup>(١)</sup>.

- إيقاف الشبكة المعلوماتية عن العمل، أو العبث بها أو بياناتها الموجودة، أو إعاقة الوصول إلى الخدمة، أو تشويشها، أو تعطيلها، بأي وسيلة كانت، أو الدخول غير المشروع<sup>(٢)</sup> لتهديد شخص، أو ابتزازه، أو لإلغاء بيانات خاصة، أو العبث بها<sup>(٣)</sup>، أو تعطيل الاتصال أو قطعه، أو منع تبادل المعلومات<sup>(٤)</sup>، أو الدخول إلى موقع إلكتروني، أو نظام معلوماتي، من

= وأحد طرق تصنيف هذا النوع؛ هو قياس مدى الضرر عند الإفصاح عنها أو الاطلاع بما يؤدي إلى أضرار مادية أو معنوية على الجهة أو المتعاملين معها، أو التأثير على حياة الأشخاص ذو العلاقة بتلك المعلومات، أو التأثير والضرر بأمن الدولة أو اقتصادها الوطني أو مقدراتها الوطنية، كما تشمل كل المعلومات التي يترتب على الإفصاح عنها بشكل غير مصرح به أو فقدها أو تخريبها مساءلة أو عقوبات نظامية، انظر: ص ٣٢، كما عرفت سياسات حوكمة البيانات الوطنية، بأنها: البيانات التي يؤدي فقدانها أو إساءة استخدامها أو الوصول غير المصرح به إليها أو تعديلها إلى ضرر جسيم أو تأثير سلبي على المصالح الوطنية أو أنشطة الجهات الحكومية أو خصوصية الأفراد وحماية حقوقهم، انظر: ص ١٣.

- (١) نظام حماية البيانات الشخصية، من الفقرة (أ)، المادة (٣٥).
- (٢) ويقصد به: دخول شخص بطريقة متعمدة إلى حاسب آلي، أو موقع إلكتروني، أو نظام معلوماتي، أو شبكة حاسبات آلية غير مصرح لذلك الشخص بالدخول إليها، انظر: نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، الفقرة (٧)، من المادة (١).
- (٣) المرجع السابق، الفقرة (٢)، من المادة (٣)، والفقرة (١)، من المادة (٥).
- (٤) نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، الفقرة (٢)، المادة (٢٦).

أجل تغييره، أو العبث فيه، أو من أجل الحصول على بيانات تمس الأمن الداخلي أو الخارجي للدولة، أو اقتصادها الوطني<sup>(١)</sup>.

- الاستيلاء<sup>(٢)</sup> على أموال، أو أصول معلوماتية، أو تسهيل ذلك، سواء كان تم ذلك عن طريق الاحتيال، أو اتخاذ اسم كاذب، أو انتحال صفة غير صحيحة، أو الوصول دون مسوغ نظامي؛ إلى بيانات، أو معلومات، أو أموال، أو ما يُتاح من خدمات<sup>(٣)</sup>.

- إنتاج ما من شأنه المساس بالنظام العام، أو القيم الدينية، أو الآداب العامة، أو حرمة الحياة الخاصة، أو إعداده، أو إرساله، أو تخزينه عن طريق الشبكة المعلوماتية، أو أحد أجهزة الحاسب الآلي، أو إنشاء موقع على الشبكة المعلوماتية، أو أحد أجهزة الحاسب الآلي أو نشره، للاتجار في الجنس البشري، أو تسهيل التعامل به، أو إنشاء المواد والبيانات المتعلقة بالشبكات الإباحية، أو أنشطة مخلة بالآداب العامة أو نشرها أو ترويجها أو إنشاء موقع للاتجار بالمخدرات، أو المؤثرات العقلية، أو ترويجها، أو طرق تعاطيها، أو تسهيل التعامل بها، أو إنشاء موقع لمنظمات إرهابية على الشبكة المعلوماتية، أو أحد أجهزة الحاسب الآلي أو نشره؛ لتسهيل الاتصال بقيادات تلك المنظمات، أو أي من أعضائها، أو ترويج أفكارها، أو تمويلها، أو نشر كيفية

(١) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، الفقرة (٣)، من المادة (٣)، إضافةً إلى الفقرة (٢)، من المادة (٧).

(٢) ويُقصد به الأخذ بالقوة والغلبة، انظر: معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار، ج ٣، ص ٢٤٩٦.

(٣) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، من المادة (٤).

تصنيع الأجهزة الحارقة، أو المتفجرات، أو أي أداة تستخدم في الأعمال الإرهابية<sup>(١)</sup>.

ينتهي الأمر ببيان صورة لا شك أنها جامعة لكل ما يمكن أن يكون عليه انتهاك الخصوصية المعلوماتية؛ وهي ما نص عليه نظام الاتصالات وتقنية المعلومات؛ باعتبار إساءة استخدام خدمات الاتصالات أو تقنية المعلومات<sup>(٢)</sup>، مخالفة تستوجب العقوبة، إذ من غير الممكن حصر صور انتهاك الخصوصية المعلوماتية، كونها تابعة لتقنيات متجددة ومتغيرة باستمرار، الأمر الذي يُمكن الصور السابقة من اتخاذها مواطن للقياس عليها.

### المطلب الثاني: ضمانات حماية الخصوصية المعلوماتية:

مكّن التقدم الرقمي والتكنولوجي من استحداث أساليب إجرامية جديدة، معينة لارتكاب جرائم عدة، ومؤثرةً بذلك على الحقوق والحريات في النطاق الرقمي، خاصةً حال غياب أمنها ومراقبة سلامتها، متطلبةً في الوقت ذاته ضماناتٍ تفترض حمايةً لها، مسلمةً بإعداد ذلك للمنظم، وكون نهجه قائمٌ على شريعة دينية؛ الأمر الذي جعله رائداً في تحقيق ذلك، يبين بعض ضماناته في الآتي:

(١) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، من المادة (٦)، (٧).

(٢) الفقرة (٥)، من المادة (٢٦).

نص نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، في ديباجته التي حوت مرسوماً ملكياً<sup>(١)</sup>، جاء في بنده الرابع؛ ما يفيد بتكليف هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات<sup>(٢)</sup>، بمتابعة التزام مقدم الخدمة ببذل العناية اللازمة لضمان حماية الأمن السيبراني<sup>(٣)</sup>، والبنية التحتية الحرجة<sup>(٤)</sup>، وفق ما يصدر من الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، ومنحها لعدد من الصلاحيات في سبيل تحقيق ذلك، ومنها:

- ١- متابعة مستوى الأمن السيبراني لمقدم الخدمة، للتحقق من كفايته، وفقاً لما يصدر من الهيئة الوطنية للأمن السيبراني.
- ٢- معاقبة مخالفتي أحكام النظام، وكل مسيء لاستخدام خدمات الاتصالات وتقنية المعلومات.

ومن أجل ضمان استمرارية، وفعالية، تنافسية قطاع الاتصالات وتقنية المعلومات، في تحقيق كفاءة لخدماتها المقدمة؛ شرع هذا النظام هادفاً لتحقيق

(١) رقم (م/١٠٦)، وتاريخ: ٢/١١/١٤٤٣هـ.

(٢) المساة حالياً بهيئة الاتصالات والفضاء والتقنية.

(٣) والمقصود به: حماية الشبكات وأنظمة تقنية المعلومات، وأنظمة التقنيات التشغيلية، ومكوناتها من أجهزة وبرمجيات، وما تقدمه من خدمات، وما تحويه من بيانات، من أي اختراق، أو تعطيل، أو تعديل، أو دخول، أو استخدام، أو استغلال غير مشروع، كما يشمل مفهومه أمن المعلومات والأمن الإلكتروني، والرقمي ونحوه، انظر: المادة (١)، من تنظيم الهيئة الوطنية للأمن السيبراني.

(٤) ويُقصد بها: شبكات وأجهزة وبرامج ضرورية بالحد الأدنى لخدمات الاتصالات وتقنية المعلومات، يؤدي تعطيلها - كلياً أو جزئياً - إلى المساس باستقرار أو أمن قطاع الاتصالات وتقنية المعلومات، انظر: نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، المادة (١).

ذلك<sup>(١)</sup>، إضافةً لتخصيصه فصلاً كاملاً، يُعنى بحماية معلومات المستخدم ووثائقه السرية، حفاظاً على خصوصيته المعلوماتية ومن ذلك<sup>(٢)</sup>:

- توجيهٌ بوجوب التزام مقدم الخدمة باتخاذ جميع التدابير والترتيبات اللازمة؛ ضماناً لحماية سرية معلومات المستخدم ووثائقه الشخصية، ومنع الوصول إليها والاطلاع عليها والتصرف فيها؛ تصرفاً غير نظامي، بما في ذلك إعداد السياسات المتعلقة بحماية سرية تلك المعلومات والوثائق ورفعها إلى الهيئة لاعتمادها، وفق الأحكام النظامية ذات العلاقة.

- تجريم كشف معلومات المستخدم أو وثائقه، دون موافقة منه، أو بشكل مخالفٍ للأحكام النظامية ذات العلاقة.

- ضمان وجوب حماية معلومات المستخدم، ووثائقه، وذلك باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لتحقيق ذلك، وإشعار المستخدم والجهات المختصة بتفاصيل الواقعة.

- توجيهٌ بوجوب التزام مقدم الخدمة، بالاحتفاظ بمعلومات المستخدم ووثائقه لمدة تُحدد نظاماً، وحال وجود نزاع بين المستخدم ومقدم الخدمة، يتعين الاحتفاظ بتلك الوثائق إلى حين انتهاء النزاع.

كما تشكل مادته السادسة عشر، ضمانة تكمن في منع مقدمي الخدمة من الدخول في أي ارتباط لربط الاتصال البيئي أو النفاذ؛ فيما كان من شأنه تعريض أي شخص أو ممتلكاته للخطر.

(١) نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، المادة (٢).

(٢) المرجع السابق، المادة (٢٣).

فيما أعدت اللائحة التنفيذية لنظام الاتصالات وتقنية المعلومات، فصلاً في حماية معلومات المستخدم وسرية الاتصالات والوثائق السرية؛ ونصت في أحد موادها، على وجوب مراعاة مقدم الخدمة لخصوصية المستخدمين، وسرية اتصالاتهم، وأنه لا يجوز له جمع معلومات، أو معالجتها، أو الإفصاح عنها، أو عن اتصالات المستخدم لأي غرض كان؛ دون موافقة من المستخدم، باستثناء ما تسمح به الأنظمة والتعليقات ذات العلاقة، كما يجب على مقدم الخدمة تحديد وتعريف الأغراض التي يتم من أجلها جمع معلومات المستخدم؛ قبل البدء في جمعها أو أثناء ذلك، كما لا يجوز لمقدم الخدمة كذلك؛ جمع معلومات المستخدم أو استخدامها لغير الأغراض المفصّل عنها<sup>(١)</sup>.

وحمايةً لمعلومات المستخدم وحفاظاً على سرية اتصالاته ووثائقه، واستمراراً لتقديم خدماته؛ فإن الهيئة<sup>(٢)</sup> تقوم بإصدار سياسات وضوابط وتوجيهات خاصة، إضافةً إلى متابعتها لالتزام مقدم الخدمة بذلك<sup>(٣)</sup>، كسياسة حماية البيانات الشخصية<sup>(٤)</sup>، التي جاءت مقررّة لعدة مبادئ رئيسية لحماية البيانات الشخصية كمبدأ أمن البيانات؛ والقاضي بحماية البيانات الشخصية من التسرب، أو التلف، أو فقدان، أو الاختلاس، أو إساءة

(١) المادة (٥٨).

(٢) المقصود بها: هيئة الاتصالات والفضاء والتقنية.

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام الاتصالات وتقنية المعلومات، المادة (٥٩).

(٤) أحد سياسات حوكمة البيانات الوطنية، الصادرة بتاريخ ٢٦ / ١٥ / ٢٠٢١م.



الاستخدام، أو التعديل، أو الوصول غير المصرح به، وذلك وفقاً لما يصدر من الهيئة الوطنية للأمن السيبراني والجهات ذات الاختصاص<sup>(١)</sup>.

كما ضمنت هذه السياسة حقوقاً لصاحب البيانات، حيث جاءت موافقةً لمضمون المادة الرابعة من نظام حماية البيانات الشخصية، وهي كالاتي<sup>(٢)</sup>:

١- حقه في العلم، وذلك من خلال إشعار بالأساس النظامي أو الاحتياج الفعلي لجمع بياناته الشخصية، والغرض من ذلك.

٢- وألا تعالج لاحقاً بياناته بصورة تتنافى مع غرض جمعها، الذي وافق عليه بشكل صريح أو ضمني.

٣- حقه في الوصول إلى بياناته الشخصية لدى جهة التحكم، وطلب إتلاف ما انتهت الحاجة إليه منها، وذلك دون إخلال بما يرد على هذا الحق من تقييد<sup>(٣)</sup>.

٤- حقه في الرجوع عن موافقته في معالجة بياناته الشخصية، في أي وقت، ما لم تكن هناك أغراض مشروعة تتطلب خلاف ذلك.

وجاء نظام حماية البيانات الشخصية، بالتأكيد على جهة التحكم، باتخاذ ما يلزم من إجراءات ووسائل تنظيمية، وإدارية، وتقنية، تضمن المحافظة (١) المرجع السابق، ص ٥٢.

(٢) سياسات حوكمة البيانات الوطنية، ص ٥٣.

(٣) ووفقاً للمادة التاسعة من نظام حماية البيانات الشخصية، يقيد هذا الحق بكونه ضرورياً لحماية صاحب البيانات الشخصية أو غيره من أي ضرر، وذلك وفقاً لأحكام تحددها اللوائح، أو إن كان التقييد مطلوباً لأغراض أمنية أو لتنفيذ نظام آخر أو استيفاءً لمتطلبات قضائية.

على البيانات الشخصية، حتى عند نقلها<sup>(١)</sup>، كما يلزم كل من باشر معالجة لبيانات شخصية، أن يحافظ على الأسرار المتعلقة بها؛ حتى بعد انتهاء علاقته الوظيفية أو التعاقدية<sup>(٢)</sup>، بما يضمن الخصوصية المعلوماتية.

كما يحقق ترشيح الإنترنت والحد من محتوى معين عليه، ومنع الاتصال بخدمات إنترنت محددة أو تقييد الوصول إليها، على بوابات العبور، وكذا تجاوز ترشيح الإنترنت أو تسهيل التحايل عليه أو توفير الوسائل المساعدة على ذلك، ضماناً من انتهاك الخصوصية المعلوماتية<sup>(٣)</sup>.

ويشكل النص القاضي باعتبار سرية المكالمات الهاتفية والمعلومات المرسلة والمستقبلة عن طريق شبكات الاتصالات العامة، غير جائز الاطلاع عليها ولا الاستماع إليها ولا تسجيلها؛ إلا في حالات بينها الأنظمة<sup>(٤)</sup>.

أما ضوابط استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في الجهات الحكومية، فقد نصت على قواعد توضح كيفية استخدام أصول تقنية المعلومات الحكومية، ضماناً لإتمام ذلك بصورة نظامية، غير متعارضة مع الأنظمة واللوائح ذات العلاقة، كافلةً بذلك حق الخصوصية المعلوماتية، إذ بينت ألا تستخدم في الآتي<sup>(٥)</sup>:

- (١) نظام حماية البيانات الشخصية، المادة (١٩).
- (٢) حماية البيانات الشخصية، المادة (٤١).
- (٣) نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، المادة (٢٤).
- (٤) نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، المادة (٣٢).
- (٥) ضوابط استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في الجهات الحكومية، البند (خامساً).

١- أي عملٍ أو غرضٍ غير مشروع، أو متعارضٍ مع الأخلاق والآداب العامة.

٢- كل ما يؤدي إلى هدرها، أو هدر وقت المستخدم.

٣- ما ينعكس ضرراً على أدائها، أو على المستخدمين الآخرين.

٤- الدخول دون إذن من صاحب الصلاحية؛ إلى حسابات المستخدمين الآخرين.

كما جاء نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، مشكلاً بأهداف تشريعه، ضماناً من انتهاك الخصوصية المعلوماتية، كونه جاء مساعداً على تحقيق الأمن المعلوماتي<sup>(١)</sup>، الذي يجد بدوره من انتهاك الخصوصية المعلوماتية إلى غير ذلك من الضمانات، وفقاً لريادة المنظم السعودي في تحقيقها.

(١) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، المادة (٢).

## المبحث الثاني دور المنظم السعودي في حماية الخصوصية المعلوماتية

### المطلب الأول: عقوبة انتهاك الخصوصية المعلوماتية:

يعد انتهاك الخصوصية المعلوماتية؛ إساءةً للآخرين وتعدياً على حقوقهم، ونتيجةً لذلك؛ سعى المنظم إلى معاقبة المسيء لاستخدام خدمات الاتصالات وتقنية المعلومات، سواءً كان مرتكباً أو شارعاً في الارتكاب، أو مساعداً، ودون إخلال بأي عقوبة أشد، ينص عليها نظام آخر نص نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، وهو آخر ما صدر مشرعاً لعقوبات لمثل هذه الانتهاكات؛ على عقوبةٍ أو أكثر مما يأتي:

- أ. غرامة لا تزيد على (خمسة وعشرين) مليون ريال.
  - ب. إيقاف الخدمة محل المخالفة كلياً أو جزئياً.
  - ت. الحرمان لمدة محددة من الحصول على ترخيص لتقديم خدمات الاتصالات أو تقنية المعلومات، أو حرمانه من تجديده.
  - ث. حجب منصة المحتوى الرقمي كلياً أو جزئياً.
- كما يمكن أن يضمن الحكم، الصادر بالعقوبة بعد اكتسابه القطعية النص على نشر منطوقه بأي وسيلة على نفقة المخالف<sup>(١)</sup>.

(١) الفقرة (١)، من المادة (٢٧).

كما جاء نظام حماية البيانات الشخصية؛ موضحاً بعض عقوبات انتهاك الخصوصية المعلوماتية، ودون إخلال بأي عقوبة أشد، أو حماية أفضل ينص عليها نظام آخر، العقوبات التالية:

أ. السجن مدة لا تزيد على (سنتين) وغرامة لا تزيد على (ثلاثة ملايين) ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ لكل من أفصح عن بيانات حساسة أو نشرها نشرًا مخالفًا لأحكام النظام إذا كان ذلك بقصد الإضرار بصاحب البيانات أو بقصد تحقيق منفعة شخصية، وفي حال العود يجوز مضاعفة عقوبة الغرامة، حتى وإن ترتب عليها تجاوز الحد الأقصى لها على ألا تتجاوز ضعف هذا الحد.

ب. الإنذار أو غرامة لا تزيد على (خمسة ملايين) ريال، لكل شخصية ذات صفة طبيعية أو اعتبارية خاصة، كما يجوز مضاعفة الغرامة حال تكرارها، حتى وإن ترتب عليها تجاوز الحد الأقصى لها، على ألا تتجاوز ضعف هذا الحد، كما يجوز أن يضمن الحكم، الصادر بالعقوبة بعد اكتسابه القطعية أو تحصن القرار بفوات ميعاد التظلم منه، أو صدور حكم نهائي برفض التظلم منه، النص على نشر منطوقه بأي وسيلة على نفقة المخالف<sup>(١)</sup>.  
أما ضوابط استخدام تقنية المعلومات والاتصالات في الجهات الحكومية فقد أحالت ما يتعلق بالعقوبات المقررة للأنظمة ذات العلاقة.

(١) من المادة (٣)، (٣٥)، إضافةً إلى الفقرة (١)، من المادة (٣٦)، والفقرة (٢)، من المادة (٣٨).

في حين أن نظام مكافحة جرائم المعلوماتية؛ جاء مبيناً افتراضات انتهاك الخصوصية المعلوماتية، مشرعاً لعقوباتٍ رادعة لمن تسول له نفسه انتهاك هذا الحق؛ يوضح الآتي بعضاً منها:

أ. السجن مدة لا تزيد عن سنة، وغرامة لا تزيد عن خمسمائة ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ كل شخص يرتكب أيّاً من الجرائم الآتية:

١- التنصت دون مسوغ نظامي صحيح، على ما هو مرسل عن طريق الشبكة المعلوماتية أو أحد أجهزة الحاسب الآلي أو التقاط ذلك أو اعتراضه.

٢- الدخول غير المشروع، لتهديد شخصٍ أو ابتزازه، أو لتغيير تصاميم موقع إلكتروني، أو إتلافه، أو تعديله، أو شغل عنوانه.

٣- المساس بالحياة الخاصة، جراء إساءة استخدام للهواتف النقالة المزودة بالكاميرا، أو ما في حكمها.

٤- التشهير بالآخرين، وإلحاق الضرر بهم، عبر وسائل تقنيات المعلومات المختلفة<sup>(١)</sup>.

ب. السجن مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على مليوني ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ كل شخص يرتكب أيّاً من الجرائم المعلوماتية الآتية:

١- الاستيلاء لنفسه أو لغيره عن طريق الاحتيال، أو اتخاذ اسم كاذب، أو انتحال صفة غير صحيحة؛ على مال منقول أو على سند، أو توقيع هذا السند.

(١) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، المادة (٣).

٢- الوصول - دون مسوغ نظامي صحيح - إلى بيانات، أو معلومات، أو أموال، أو ما تتيحه من خدمات<sup>(١)</sup>.

كما نصت عدد من الأنظمة على عقوباتٍ تتعلق بانتهاك الخصوصية المعلوماتية؛ كنظام التعاملات الإلكترونية، حيث ذكر في المادة الثالثة والعشرون، مجموعة من انتهاكات الخصوصية المعلوماتية<sup>(٢)</sup>، مورداً في المادة التي تليها، عقوبة ذلك، دون إخلال بأي عقوبة أشد، ينص عليها نظام آخر؛ وهي: غرامة لا تزيد عن خمسة ملايين ريال أو سجنًا لمدة لا تزيد عن خمس سنوات أو بهما معاً، كما أتبع ذلك عقوبة تكميلية جوازية، وهي مصادرة الأجهزة والمنظومات والبرامج المستخدمة في المخالفة المرتكبة.

أما نظام عقوبات نشر الوثائق والمعلومات السرية وإفشائها، فقد أورد ومع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد مقررة نظاماً، يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشرين سنة أو بغرامة لا تزيد على مليون ريال أو بهما معاً، كل من:

١- نشر وثائق أو معلومات سرية<sup>(٣)</sup> أو أفشاها.

(١) المرجع السابق، المادة (٤).

(٢) ومنها ما جاء في الفقرة (٨)، الدخول على منظومة توقيع إلكتروني لشخص آخر دون تفويض صحيح، أو نسخها، أو إعادة تكوينها، أو الاستيلاء عليها.

(٣) ويقصد بالوثائق السرية: الأوعية بجميع أنواعها، التي تحتوي على معلومات سرية يؤدي إفشاؤها إلى الإضرار بالأمن الوطني للدولة، أو مصالحها، أو سياساتها، أو حقوقها، سواء أنتجتها أجهزتها المختلفة أو استقبلتها، أما المعلومات السرية: ما يحصل عليه الموظف، أو يعرفه بحكم وظيفته، من معلومات يؤدي إفشاؤها إلى الإضرار بالأمن الوطني للدولة، أو مصالحها، أو سياساتها، أو حقوقها، انظر المادة (١)، من نظام عقوبات نشر الوثائق والمعلومات السرية.

- ٢- دخل أو شرع في الدخول إلى مكان أو موقع غير مأذون له الدخول فيه؛ وذلك بقصد الحصول على وثائق أو معلومات سرية.
- ٣- حصل بأي وسيلة غير مشروعة على معلومات سرية أو وثائق.
- ٤- علم أو حاز بحكم وظيفته ووثائق أو معلومات رسمية سرية؛ فأفشاها، أو أبلغها، أو نشرها، دون سبب مشروع مصرح به نظاماً.
- ٥- أتلف عمداً، أو أساء استعمال وثائق سرية؛ وهو يعلم أنها متعلقة بأمن الدولة أو بمصلحة عامة، وذلك بقصد الإضرار بمركز الدولة العسكري، أو السياسي، أو الدبلوماسي، أو الاقتصادي، أو الاجتماعي.
- ٦- أخل بالمحافظة على سرية المعلومات والوثائق<sup>(١)</sup>.

ومن المعلوم أن انتهاك الخصوصية المعلوماتية، أمر منطوق بشكل شائع على خيانة للأمانة واحتيال مالي، إذ جاء نظام مكافحة الاحتيال المالي وخيانة الأمانة، وبما لا يحول عن تطبيق العقوبة الأشد بموجب أنظمة أخرى، على تجريم أي من الأفعال الآتية؛ وبعقوبة بالسجن مدة لا تتجاوز سبع سنوات، وغرامة مالية لا تزيد عن خمسة ملايين ريال أو بإحدهما، كل من استولى على مال للغير دون وجه حق، بارتكابه أيًا من طرق الاحتيال، بما فيها الكذب، أو الخداع، أو الإيهام، وكذا عقوبةً بالسجن مدة لا تتجاوز (خمس) سنوات، وبغرامة مالية لا تزيد على (ثلاثة) ملايين ريال، أو بإحدهما، من استولى دون وجه حق على مال سُلّم إليه بحكم عمله، (وقد ينطوي هذا المال على براءة اختراع مثلاً) أو تصرف فيه بسوء نية، أو أحدث به ضرراً عمداً، وذلك في

(١) نظام عقوبات نشر الوثائق والمعلومات السرية، المادة (٥).



غير المال العام، وبما لا يتجاوز الحد الأعلى إن كان محرّضاً أو متفقاً أو مساعداً في جريمة واقعة، وبنصف الحد الأعلى لمن كان شارعاً في جريمة تامة وبما لا يتجاوز نصف الحد الأعلى إن لم تقع الجريمة الأصلية، وبما لا يقل عن نصف الحد الأعلى دون تجاوزٍ لضعفه؛ حال العود، أو كانت الجريمة مرتكبة من عصابة منظمة، كما تصادر المتحصلات والأدوات والآلات المستخدمة في ذلك، دون إخلالٍ بحق الغير حسن النية، ويجوز تضمين الحكم الصادر بالعقوبة، بنصٍ يقضي بنشر ملخصه على نفقة المحكوم بأي وسيلة مناسبة حال اكتسابه الصفة النهائية<sup>(١)</sup>.

ويتضح من ذلك عناية المنظم بهذا الحق، وسعيه الحثيث لأجل حمايته، وذلك إثر سنه لعقوبات بين السابق بعضاً منها.

### المطلب الثاني: الجهات المختصة بحماية الخصوصية المعلوماتية:

تتعدد الجهات التي تعنى بحماية الخصوصية، وينعقد الأمر في الغالب للمحاكم المختصة<sup>(٢)</sup>، وإضافة لذلك تشترك العديد من الجهات بالحماية، سواءً كانت جهاتٍ قضائية، أو أمنية، أو تنظيمية يُبين بعضها الآتي:

تشكل بموجب نظام الاتصالات وتقنية المعلومات<sup>(٣)</sup>؛ لجنة أو أكثر وذلك من أجل النظر في مخالفات أحكام النظام، ولائحته، والقرارات التنظيمية الصادرة من هيئة الاتصالات والفضاء والتقنية، وكذا بموجب

(١) من المادة (١)، وحتى المادة (٩).

(٢) انظر: نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، المادة (١١)، نظام حماية البيانات الشخصية، الفقرة (٣)، المادة (٣٥).

(٣) انظر: البند رابعاً من المرسوم الملكي رقم (م/١٠٦)، وتاريخ: ١٤٤٣/١١/٢هـ، ونظام الاتصالات وتقنية المعلومات، المادة (٢٨).

تنظيم هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات<sup>(١)</sup>، وهي لجان مستقلة في عملها وتابعة لمجلس إدارة هيئة الاتصالات والفضاء والتقنية، ومكونة من ثلاثة أعضاء، ذوو تأهيل نظامي<sup>(٢)</sup> وفني في مجالات الاتصالات وتقنية المعلومات، ولنائب الرئيس صلاحيات الرئيس عند غيابه، كما أن لكل لجنة عضو احتياطي، ويصدر قرار من المجلس بتسمية رئيس اللجنة وأعضائها؛ بناء على ترشيح المحافظ، وتكون مدة عضوية اللجنة؛ أربع سنوات قابلة للتجديد<sup>(٣)</sup>، وتنطوي حمايتها في إيقاع عقوبات من شأنها ردع من تسول له نفسه ارتكاب هذا الفعل.

كما تتولى هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات والمسماة حالياً بهيئة الاتصالات والفضاء والتقنية، وفقاً لاختصاصها تقديم الدعم والمساندة الفنية للجهات الأمنية المختصة خلال مراحل ضبط هذه الجرائم المنتهكة للخصوصية المعلوماتية، والتحقيق فيها، وحتى أثناء المحاكمة<sup>(٤)</sup>، كما تتولى الدعم والمساندة الفنية لتنفيذ الأحكام النهائية الصادرة عن المحكمة المختصة، ضد مقدمي خدمة المنصات الرقمية<sup>(٥)</sup>، باعتبارها جهة تنظيمية

(١) الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٧٤، وتاريخ ٥/٣/١٤٢٢هـ، الفقرة (ط) من المادة (٥).

(٢) يشترط ذلك في رئيسها.

(٣) قواعد وإجراءات عمل لجان النظر في مخالفات نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، من المادة (٢).

(٤) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، المادة (١٤).

(٥) نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، المادة (٣٠).

مستقلة<sup>(١)</sup>، كما يؤكد ذلك قرار مجلس الوزراء<sup>(٢)</sup>، مانحاً إيّاها بعض الصلاحيات، إذ لها في سبيل ذلك:

- إلزام مقدمي الخدمة بإبرام اتفاقيات فيما بينهم، لتحقيق ذلك وفق ما يصدر من الهيئة الوطنية للأمن السيبراني.

- متابعة مستوى الأمن السيبراني لمقدم الخدمة، للتحقق من كفايته، وفق ما يصدر من الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، وتحميل مقدم الخدمة تكلفة ذلك حال ثبوت تقصيره.

- إيقاع بعض العقوبات.

يضيف قرار مجلس الوزراء<sup>(٣)</sup> بأن تكون الجهة المختصة بتطبيق أحكام نظام البيانات الشخصية ولوائحه التنفيذية؛ الهيئة السعودية للبيانات والذكاء الاصطناعي، وذلك لمدة سنتين، لحين نقل اختصاص الإشراف على تطبيق أحكام النظام ولوائحه التنفيذية إلى مكتب إدارة البيانات الوطنية، إذ تكوّن بقرار من رئيسها، لجنة (أو أكثر) لا يقل عدد أعضائها عن (ثلاثة)، ويسمى أحدهم رئيساً، ويكون منهم مختص فني ومستشار نظامي؛ تتولى النظر في المخالفات وإيقاع العقوبات، على أن يعتمد قرار اللجنة رئيس الجهة المختصة أو من يفوضه بذلك، ويكون رئيس الجهة المختصة مصدراً بقراره لقواعد عمل اللجنة، ويحق لمن صدر قراراً ضده منها<sup>(٤)</sup>.

(١) البند سابعاً، قرار مجلس الوزراء، الصادر برقم (٩٨)، وتاريخ ٧/٢/١٤٤٣هـ.

(٢) رقم (٥٩٢) وتاريخ ١٤٤٣/١١/١هـ.

(٣) الصادر برقم (٩٨)، وتاريخ ٧/٢/١٤٤٣هـ.

(٤) نظام البيانات الشخصية، الفقرة (٢)، (٣)، من المادة (٣٦).

كما تختص النيابة العامة بمهمة التحقيق، والادعاء أمام المحكمة المختصة عن مخالفة ما جاء في جرائم انتهاك الخصوصية الواردة في نظام مكافحة جرائم المعلوماتية<sup>(١)</sup>، وحال الإفصاح ببيانات حساسة، أو نشرها بشكل مخالف إن كان بقصد الإضرار بصاحب البيانات أو بقصد تحقيق منفعة شخصية، وذلك وفقاً لنظام حماية البيانات الشخصية<sup>(٢)</sup>.

وإضافةً لذلك؛ يشير البند الرابع من المرسوم الملكي<sup>(٣)</sup>، الصادر بالموافقة على نظام حماية البيانات الشخصية، بمنح اختصاص للهيئة الوطنية للأمن السيبراني، بوصفها جهة أمنية مختصة بالأمن السيبراني<sup>(٤)</sup>، والمرجع الوطني في شؤونه في المملكة، وذلك وفق ما لها من اختصاصات ومهام بموجب المادة الرابعة من تنظيم الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، كوضع سياسات وآليات للحوكمة، وأطر ومعايير، وضوابط وإرشادات متعلقة بالأمن السيبراني، وتعميمها على الجهات ذات العلاقة، ومتابعة الالتزام بها، وتحديثها، كما تؤكد ضوابط استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في الجهات الحكومية<sup>(٥)</sup> ذلك.

(١) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، المادة (١٥).

(٢) الفقرة (٢)، من المادة (٣٥).

(٣) الصادر برقم (م/١٩)، وتاريخ ٩/٢/١٤٤٣هـ.

(٤) كما يؤكد ذلك البند خامساً، من قرار مجلس الوزراء، الصادر برقم (٩٨)، وتاريخ ٧/٢/١٤٤٣هـ.

(٥) البند سابعاً.

## الخاتمة

الحمد لله وحده الذي بنعمته تتم الصالحات، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً: إن التدفق المعلوماتي المنساب بين وسائل التكنولوجيا الحديثة، مستوجب لحماية خصوصية هذه البيانات والمعلومات؛ إذ يمتد تأثير حماية هذا الحق ليس على الفرد وحرياته فحسب، وإنما يطال بشموليته أبعاداً اقتصادية، وسياسية، إلى غير ذلك.

وفي نهاية هذا البحث، أشكر الله سبحانه على ما منَّ به عليّ من فضل ونعم فحمداً وشكراً، وبعد الفراغ من دراسة موضوعات ما جاء فيه - بكرمه وتوفيقه - يمكن إيجاز أبرز النتائج والتوصيات التي توصلت إليها الباحثة؛ وهي كالتالي:

### أولاً: النتائج:

- الخصوصية المعلوماتية بالأصل؛ حقاً نهل أسسه من الشريعة الإسلامية، كونها قائمة على أصول وضوابط عامة، تجعلها تشريعاً صالحاً للتطبيق في كل زمان ومكان، محققةً بتطبيقها مصالح الناس بحفظ ضرورياتهم الخمس.

- للتقنية دور كبير في حياة الشخص، لا تنفك عن واقعه، إذ يعتبر الهاتف المتنقل وهو أحد وسائلها، بمثابة مسكنٍ لأسرار الشخص ومحلٍ لخلواته، وكونه أحد الخصوصيات التي عنيت الشريعة العادلة ببيان كافة تفاصيلها؛ عرف المنظم المقصود بها، إذ هي: «الحرية من التدخل غير المصرح به أو الكشف عن معلومات شخصية حول فرد»، ما يتطلب العناية المستمرة في تحديث النظم والإجراءات لجعلها أكثر فاعلية في تحقيق حماية هذه الخصوصية من الانتهاك.

- التطور المتواصل والتحديث المستمر، الذي يشهده العالم التقني، يتطلب وضع أهداف من شأنها ضبط هذا الفضاء الرقمي، والحفاظ على الآداب والمصلحة العامة، وتحقيق الأمن المعلوماتي، بدرء الاستخدام غير المشروع كصيانة للاقتصاد الوطني، تتشكل أبرز أهداف المنظم السعودي، الأمر الذي ساهم في معالجة دقيقة وواسعة لغالبية ما قد ينعكس سلباً على هذه الخصوصية.

- توسع استخدام شبكة الإنترنت، وتطور الأجهزة الرقمية، يتطلب بالضرورة ضمانات مسهمة في حفظ الخصوصية المعلوماتية؛ إذ جاء المنظم رائداً في إحقاقها؛ وذلك من خلال نصوص نظامية تُلزم الامتثال في تحقيق مضمونها، كما تُعرض مخالفتها لعقوبة مستحقة.

- يشكل انتهاك الخصوصية المعلوماتية تهديداً لأمن الشخص وأمان وطنه، ويجول دون وقوعه، حماية هذا الحق؛ بوضع ضوابط للحد من هذه الانتهاكات، وذلك من خلال دراسة متعمقة لصوره، درءاً لوقوعها؛ إذ يشكل التنصت دون مسوغ نظامي، والتشهير بالآخرين وإلحاق الضرر بهم، والدخول غير المشروع، وكذا الاستيلاء على الأموال والأصول المعلوماتية بطرق غير مشروعة، أبرز ما يمكن أن تكون عليه هذه الانتهاكات من صور.

- النظم والبرمجيات بحاجة إلى أمن المعلومات، لتكون مسهمةً في تحقيق دور إيجابي، وأما إن كانت خلاف ذلك؛ يصبح الفضاء الرقمي مكتظاً بالجرائم المستوجبة للعقوبة؛ وإسهاماً من المنظم في تحقيق هذا الدور الإيجابي؛ شرع عدة عقوبات قانونية رادعة للمساس بالخصوصية المعلوماتية والتعدي عليها، أشهرها السجن والغرامة.

- حفظ الحقوق المترتبة على الاستخدام المشروع للحاسبات الآلية والشبكات المعلوماتية؛ هو ما سعى المنظم لتحقيقه، للحيلولة دون استخدام غير مشروع، سلامة لها من الانتهاك.

- تتنوع الجهات المختصة بحماية الخصوصية المعلوماتية، بتنوع اختصاصاتها وينعقد الأمر في غالبيته للمحاكم المختصة، بالإضافة لمنح الهيئات ذات العلاقة اختصاصات من صلاحياتها تحقيق هذه الحماية، كوضع لجان معينة للنظر في مسائل انتهاك الخصوصية المعلوماتية، بالإضافة للعديد من الجهات التي يمكنها المساعدة في تحقيق ذلك كالنيابة العامة، والهيئة السعودية للبيانات والذكاء الاصطناعي، وهيئة الاتصالات والفضاء والتقنية، إضافةً للهيئة الوطنية للأمن السيبراني، يتضح من ذلك عناية المنظم بهذا الحق، وسعيه الحثيث لحمايته.

### ثانياً: التوصيات والاقتراحات:

- وفقاً لتحقيق المنظم السعودي الريادة في الأمن المعلوماتي، وسعيًا لمواكبة هذه الريادة في كافة المجالات، وأملاً في استمراريتها أقترح على المنظم الأخذ ببيان مفهوم (البيانات الحساسة)، بالتعريف الوارد في لائحة الضوابط الأساسية للأمن السيبراني، وذلك لشموليته ودقته في بيان مقصوده، مع توصية بضم ما جاء من بيانٍ لمقصود البيانات الحساسة؛ في سياسات حوكمة البيانات الوطنية، بما يؤدي لتحقيق مفهوم واضح، وعلمي دقيق.

- إن المتأمل في هذا البحث يدرك الجهود البالغة الأثر، المبذولة حمايةً للخصوصية المعلوماتية، حفاظاً لها وكفالةً لحقوق أصحابها، وذلك من خلال سن الأنظمة وتجديدها، وتعديلها لمسايرة التطور التقني، وتحديثاته المتتابة، إلا أن تعدد الجهات المختصة بهذا الأمر، والتي يُبنى عليه أحكاماً بالغة الأثر قد يحدث اضطراباً في تحديد الاختصاص وما يتبع ذلك من آثار بالغة الأهمية؛ على ذلك أقترح على المنظم تحديد جهة معينة بالاختصاص، أو حصر ما لهذه الجهات من صلاحيات، حصرًا يحول دون تنازع اختصاصاتها.

- أقترح إنشاء محاكم متخصصة في القضايا المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات، يتمكن قضاؤها من فهم أدق لوقائع الضرر المعلوماتي، إحصاءاً للعدالة.

- لا يتصور قيام أي مساس بالحياة الخاصة جرّاء استخدام الكاميرا دون وسائل معينة في تحقيق ذلك، ومعرفة ما يمكن أن تكون عليه، أو تحديد مثال لها، سعي جيد، لكن تحديد لفظ يوهم بتقييدها بوسيلة معينة، ومن ثم إتباع ذلك بلفظ يميز القياس بشكل واسع؛ الأمر الذي قد يحدث جدلاً واسعاً، واضطراباً في تحقيق العدالة، وفقاً لتباين واضح وصريح في الأحكام القضائية، على ذلك أقترح تعديل ما جاء في نص الفقرة الرابعة، للمادة الثالثة من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، بما يحول دون تجريم قاضي لما صدر من مساس بالحياة الخاصة جراء تصوير مأخوذ من كاميرا مراقبة مثلاً، وعدم تجريم ذلك من قاضي آخر، كاستبدال لفظ (الهواتف النقالة)، بلفظ (الأجهزة)، ليكون النص كالاتي: (المساس بالحياة الخاصة عن طريق إساءة



استخدام الأجهزة المزودة بالكاميرا)، بدلاً من: «المساس بالحياة الخاصة عن طريق إساءة استخدام الهواتف النقالة المزودة بالكاميرا، أو ما في حكمها».

- في ظل التطور التقني، ونهضة التكنولوجيا، والسعي النظامي لتحقيق الريادة في أمن ذلك، تظهر الحاجة إلى إشباع هذه المواطن بحثاً ودراسة، وتفصيلاً لأحكام الأنظمة المتعلقة بها، على ذلك أوصي الباحثين بدراسة هذه المسائل، للإسهام في تحقيق استمرارية هذه الريادة.

ختاماً هذا ما يسر الله تعالى جمعه وفهمه وكتابته في بيان الحماية النظامية للخصوصية المعلوماتية، التي يؤدي أمنها إلى تحقيق أبعاد واسعة فإضافةً إلى أن حمايتها كفالة لحقوق الإنسان، وصيانةً لكرامته، ينعكس ذلك على أمن مجتمعه وأمانه، وريادةً لرخاء وطنه وازدهاراً له.

وبالله التوفيق، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

## قائمة المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم.

- الكتب:

١. تاج العروس من جواهر القاموس، مرتضى الزبيدي، دار الهداية، ١٢٠٥هـ، الطبعة الثانية، الكويت.
٢. تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء إسماعيل الدمشقي، دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ، الطبعة الأولى، بيروت.
٣. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، السعدي، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠هـ، الطبعة الأولى.
٤. الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، دار الكتب المصرية، ١٣٨٤هـ، الطبعة الثانية، القاهرة.
٥. الجرائم المعلوماتية، نهلا المومني، دار الثقافة، ١٤٣١هـ، الطبعة الأولى، عمان.
٦. الحروب المعلوماتية في المجال الأمني والعسكري أميركا والصين، د. فراس جمال شاكر محمود، العربي للنشر والتوزيع، ١٤٤٤هـ، الطبعة الأولى.
٧. الحق في خصوصية البيانات الشخصية بين الحماية القانونية والتحديات التقنية، خالد حسن أحمد، دار الكتب والدراسات العربية، ١٤٤١هـ، مصر.
٨. صحيح الجامع الصغير وزياداته (الفتح الكبير)، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، بيروت - دمشق، ١٤٠٨هـ.
٩. صحيح سنن أبي داود، الألباني، مكتب التربية العربي لدول الخليج، ١٤٠٩هـ، الطبعة الأولى، الرياض.
١٠. كتاب العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي، دار ومكتبة الهلال ١٩٨٠م، بيروت.
١١. كتاب معجم لغة الفقهاء، قلعجي، دار النفائس، ١٤٠٨هـ، الطبعة الثانية.

١٢. لسان العرب، ابن منظور، دار صادر، ١٤١٤هـ، الطبعة الثالثة، بيروت.
١٣. مختار الصحاح، الرازي، المكتبة العصرية، ١٤٢٠هـ، الطبعة الخامسة، بيروت.
١٤. معجم الصواب اللغوي دليل المثقف العربي، د. أحمد مختار عمر بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.
١٥. معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عمر، عالم الكتب، ١٤٢٩هـ، الطبعة الأولى، القاهرة.
١٦. معجم المصطلحات القانونية ترجمة: منصور القاضي، جيرار كورنو، المؤسسة الجامعية للدراسات، ١٤١٨هـ، الطبعة الأولى، بيروت.
١٧. المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس وآخرون، مجمع اللغة العربية - مكتبة الشروق الدولية، ١٤٢٥هـ، الطبعة الرابعة.
١٨. معجم بحار الأنوار، المتنبي، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، ١٣٨٧هـ، الطبعة الثالثة.

#### - الرسائل الجامعية:

١٩. حق الخصوصية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الإنجليزي، رسالة دكتوراة، تنوير أحمد نذير، ١٤٢٨هـ.
٢٠. الحق في الخصوصية بين الحماية الجزائية والضوابط الإجرائية للتحقيق، أطروحة دكتوراة، مجادي نعيمة، جامعة جيلالي لباس سيدي، ١٤٤٠هـ.
٢١. حماية البيئة في النظام السعودي مُقارناً بالفقه الإسلامي، صالح علي السعوي، أطروحة دكتوراة غير منشورة، جامعة الملك خالد، ١٤٤٣هـ.

#### - الأنظمة واللوائح والمعاهدات والاتفاقيات الدولية:

٢٢. الاتفاقية العامة لتجارة الخدمات، ١٩٩٥م.
٢٣. الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، ٢٠١٠م.

٢٤. اتفاقية برن، ١٨٨٦ م.
٢٥. اتفاقية ترينس، ١٩٩٤ م.
٢٦. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ١٩٤٨ م.
٢٧. تنظيم المركز السعودي للأعمال الاقتصادية، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٤٥٦)، وتاريخ ١١/٨/١٤٤٠ هـ.
٢٨. تنظيم الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، الصادر بالأمر الملكي رقم (٦٨٠١)، وتاريخ ١١/٢/١٤٣٩ هـ.
٢٩. تنظيم هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٧٤، وتاريخ ٥/٣/١٤٢٢ هـ.
٣٠. سياسات حوكمة البيانات الوطنية، الصادرة بقرار الهيئة السعودية للبيانات والذكاء الاصطناعي، رقم (١)، وتاريخ ٩/١١/١٤٤١ هـ.
٣١. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ١٩٦٦ م.
٣٢. اللائحة التنفيذية لنظام الاتصالات وتقنية المعلومات الصادرة بالقرار رقم (١٣) وتاريخ ١٤/٥/١٤٤٤ هـ.
٣٣. لائحة الضوابط الأساسية للأمن السيبراني، الصادرة من الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، بالقرار رقم (١٠/ج/٢/ت)، وتاريخ ١٧/١٢/١٤٣٩ هـ.
٣٤. لائحة ضوابط الأمن السيبراني للأنظمة الحساسة، الصادرة من الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، بالقرار رقم (٦/ج/ت)، وتاريخ ٥/٧/١٤٤٠ هـ.
٣٥. لائحة ضوابط الحوسبة السحابية، الصادرة من الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، بالقرار رقم (٨٤/١/٢٠/ت)، وتاريخ ١٧/٢/١٤٤٢ هـ.
٣٦. لائحة ضوابط ومواصفات إدارة البيانات الوطنية وحوكمتها وحماية البيانات الشخصية، الصادرة من الهيئة السعودية للبيانات والذكاء الاصطناعي، بالقرار رقم (١)، وتاريخ ٩/١١/١٤٤١ هـ.



٣٧. معاهدة الويبو الخاصة بشأن حق المؤلف عام ١٩٩٦م.
٣٨. معاهدة الويبو بشأن الأداء والتسجيل الصوتي لعام ١٩٩٦م.
٣٩. ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي عام ٢٠٠٠م.
٤٠. نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم (م/١٠٦)،  
وتاريخ ١٤٤٣/١١/٢هـ.
٤١. النظام الأساسي للحكم، الصادر بالأمر الملكي، رقم (أ/٩٠)، وتاريخ  
١٤١٢/٨/٢٧هـ.
٤٢. نظام الترتيبات التنظيمية لهيئة تنمية البحث والتطوير والابتكار، الصادر بقرار  
مجلس الوزراء رقم (٥٠٨)، وتاريخ: ١٤٤٤/٧/٢٣هـ.
٤٣. نظام التعاملات الإلكترونية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨)، وتاريخ  
١٤٢٨/٣/٨هـ.
٤٤. نظام حماية البيانات الشخصية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩) وتاريخ  
١٤٤٣/٢/٩هـ.
٤٥. نظام حماية حقوق المؤلف، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم (م/٤١)، وتاريخ  
١٤٢٤/٧٨/٢هـ.
٤٦. نظام ضوابط استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في الجهات الحكومية،  
الصادرة بقرار مجلس الوزراء، رقم (٥٥٥)، وتاريخ ١٤٤٠/٩/٢هـ.
٤٧. نظام عقوبات نشر الوثائق والمعلومات السرية وإفشائها، (م/٣٥)، وتاريخ  
١٤٣٢/٥/٨هـ.
٤٨. نظام مكافحة الاحتيال المالي وخيانة الأمانة الصادر بالمرسوم الملكي رقم  
(م/٧٩)، وتاريخ ١٤٤٢/٩/١٠هـ.
٤٩. نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٧)،  
وتاريخ ١٤٢٨/٣/٨هـ.

### - الأوامر والمراسيم الملكية والقرارات:

٥٠. الأمر الملكي رقم (أ/ ٢٤٠)، الصادر بتاريخ ٢٢/٩/١٤٣٨ هـ.
٥١. قرار مجلس الوزراء رقم (٤١٨) الصادر بتاريخ ٢٥/٧/١٤٤٢ هـ.
٥٢. قرار مجلس الوزراء رقم (٩٨) وتاريخ ٧/٢/١٤٤٣ هـ.
٥٣. المرسوم الملكي رقم (م/ ١٢٥) الصادر بتاريخ ١٤/٩/١٤٤١ هـ.
٥٤. المرسوم الملكي رقم (م/ ١٤٨) وتاريخ ٥/٩/١٤٤٤ هـ.
٥٥. المرسوم الملكي رقم (م/ ١٩)، الصادر بتاريخ ٩/٢/١٤٤٣ هـ.

### - المراجع الإلكترونية:

٥٦. برلمان المملكة المتحدة، تقرير لجنة الخصوصية، ١٩٧٣ م.
٥٧. الجريمة المعلوماتية مخاطرها وعقوباتها، صالح الربيع، هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات.
٥٨. جريمة خرق حرمة الحياة الخاصة، ليلي خالد، موسوعة حماة الحق.
٥٩. حق الخصوصية في مواجهة الاعتداءات الإلكترونية، الذهبي خدوجة، بحث منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ٢٠١٧، العدد الثامن.
٦٠. الحماية القانونية للحقوق الفنية والأدبية في السودان، مصطفى الناير المنزول، مجلة الشريعة والقانون في جامعة إفريقيا العالمية - كلية الشريعة والقانون وكلية الدراسات الإسلامية، ١٤٢٨ هـ.
٦١. الخصوصية وحماية البيانات، المنصة الوطنية الموحدة.
٦٢. كن يقظاً، موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء.
٦٣. ماهية الحماية، منظمة أوكسفام.

٦٤. المبادئ التي تستند إليها الخصوصية وحماية البيانات الشخصية، تقرير الأمم المتحدة لحقوق الإنسان الدورة السابعة والسبعون.
٦٥. مصطلح الحق في الخصوصية في الفقه الإسلامي: إشكالية تعريفه وتعدد مجالاته، الخروصي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، ١٤٤٣هـ.
٦٦. معلوماتية، الموسوعة الحرة.
٦٧. المملكة تحقق المرتبة الثانية عالمياً في مؤشر الأمن السيبراني وفق تقرير الكتاب السنوي للتنافسية العالمية لعام ٢٠٢٢م، وكالة الأنباء السعودية، ١٤٤٣هـ.



