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

قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد السابع والثلاثون • ربيع الثاني ١٤٤٦هـ • نوفمبر ٢٠٢٤م

- بَدْرُ الانْشِقَاقِ في مَسْأَلَةٍ منْ مَاتَ قَبْلَ الاسْتِحْقَاقِ - دراسة وتحقيق
  د. إبراهيم بن عبد المحسن السعوي
- الأحكام الفقهية المستنبطة من حديث «مطل الغني ظلم» والأنظمة السعودية المتعلقة به - دراسة تأصيلية تطبيقية
  د. سارة بنت صالح العجيري
- الأسهم الممتازة وأحكامها
  د. إياس بن إبراهيم الهزاع
- الضمانات التعاقدية لالتزام الممول العقاري بعدالة التعاملات في عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة
  د. نايف بن إبراهيم المزيد
- تحويل مسارات الطرق وأثره على عقد الإجارة - دراسة تأصيلية
  د. عبد الله العبد المنعم
- المزايدة العكسية الإلكترونية في ظل نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد ولائحته التنفيذية
  د. الحميدي بن إبراهيم الحميمص
- المرابحة مع الالتزام بالحسم - دراسة فقهية
  د. زياد بن صالح التويجري
- الوضع القانوني لشركة المحاصَّة - دراسة تحليلية مقارنة في ظل نظام الشركات ونظام المعاملات المدنية في المملكة العربية السعودية
  د. خالد بن مرزوق الذيابي

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

قضاء

مجلة علمية محكمة

العـدد السابع والثلاثون • ربيع الثاني ١٤٤٦هـ • نوفمبر ٢٠٢٤م

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

© الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) ١٤٤٦هـ (٢٠٢٤م)

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

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

هيئة التحرير

رئيس التحرير

فضيلة أ. د. مَنْصُورُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الحَيْدَرِيّ

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

أعضاء هيئة التحرير

فضيلة أ. د. خَالِـدُ بْنُ عَبْدِ اللهِ المُصْلِح

أستاذ الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية
في جامعة القصيم

فضيلة أ. د. عَبْدُ الوَاحِدِ بْنُ حَمَدٍ المزْرُوع

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

فضيلة أ. د. مُحَمَّـدُ بْنُ جَبْرٍ الأَلْفِيّ

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

فضيلة د. مِشْعَلُ بْنُ سَعْدٍ آلُ عَسْكَر

قاضي استئناف

فضيلة د. خَالِـدُ بْنُ عُثْمَانَ الْعُمَـيْر

عميد كلية الحقوق بكليات الشرق العربي

فضيلة الشيخ/ عَبْدُ الإله بْنُ إِبْرَاهِيمَ العَـرْوَان

محامٍ

ضوابط النشـر في مجـلة قضاء

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

(٢) اتصاف البحث بالجدة والأصالة.

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

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

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

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

(٧) عدم تجاوز عدد الصفحات (٥٠ صفحة).

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

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

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

إجراءات التحكيم في مجلة قضاء

المرحلة الأولى:

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

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

المرحلة الثانية:

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

المرحلة الثالثة:

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

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

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

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

المرحلة الرابعة:

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

محتويات العدد

كلمة التحرير ٧

بَدْرُ الانْشِقَاقِ فِي مَسْأَلَةٍ مِنْ مَاتَ قَبْلَ الاسْتِحْقَاقِ تَأْلِيف: الشَّيخُ ياسِين بن مُصْطَفَى الفرَضِيِّ الحَنَفِيِّ الْبِقَاعِيِّ (المُتَوَفَّى سَنَة ١٠٩٥هـ) - دراسة وتحقيق
د. إبراهيم بن عبد المحسن السعوي ٩

الأحكام الفقهية المستنبطة من حديث «مطل الغني ظلم» والأنظمة السعودية المتعلقة به - دراسة تأصيلية تطبيقية
د. سارة بنت صالح بن عبد الرحمن العجيري ١١٥

الأسهم الممتازة وأحكامها
د. إياس بن إبراهيم بن محمد الهزاع ٢٢٥

الضمانات التعاقدية لالتزام الممول العقاري بعدالة التعاملات في عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة
د. نايف بن إبراهيم المزيد ٢٧١

تحويل مسارات الطرق وأثره على عقد الإجارة - دراسة تأصيلية
د. عبد الله بن عبد المنعم العبد المنعم ٣٧٥

المزايدة العكسية الإلكترونية في ظل نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد ولائحته التنفيذية
د. الحميدي بن إبراهيم بن مرزوق الحميمص ٤٥٩

المرابحة مع الالتزام بالحسم - دراسة فقهية
د. زياد بن صالح بن حمود التويجري ٥٥٩

الوضع القانوني لشركة المحاصَّة - دراسة تحليلية مقارنة في ظل نظام الشركات ونظام المعاملات المدنية في المملكة العربية السعودية
د. خالد بن مرزوق بن سراج الذيابي ٦٣٧

كلمة التحرير

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

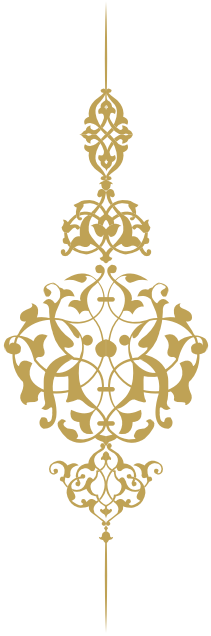
فتضع (الجمعية العلمية القضائية السعودية) بين أيديكم العدد السابع والثلاثين من (مجلة قضاء)، الذي يتناول عدداً من الموضوعات الحيوية التي يعرض عدد منها على القضاء بشكل متكرر، كبحث تحويل مسارات الطرق وأثره على عقد الإجارة؛ إذ إن هذا من المسائل المتكررة أمام القضاء؛ نتيجة للنهضة العمرانية وتطوير المدن، كما تتناول المجلة أبحاثاً مختلفة أخرى تتنوع ما بين المسائل التجارية والتمويلية والنظام العام.

وتحرص هيئة التحرير على التنوع في نوعية الأبحاث المنشورة لتشمل اهتمامات أوسع لقرائها. وغني عن الذكر أن جهد الباحثين واجتهاداتهم العلمية فيما طرحوا من مسائل لا تمثل وجهة نظر المجلة، ولا هيئة التحرير، وترحب المجلة بكل ما يثري المحتوى العلمي فيها، من نقد، أو تعليق، أو تعقيب.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

رئيس هَيْئة التَّحْرير

أ. د. مَنْصُورُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الحَيْدَرِيّ



بَدْرُ الانْشِقَاقِ
فِي مَسْأَلَةِ مَنْ مَاتَ قَبْلَ الاسْتِحْقَاقِ

تَأْلِيف: الشَّيخُ ياسِين بن مُصْطَفَى
الفرَضيِّ الحَنَفِيِّ الْبِقَاعِيِّ (المُتَوَفَّى سَنَة ١٠٩٥هـ)

دراسة وتحقيق

د. إبراهيم بن عبد المحسن السعوي

الأستاذ المساعد بقسم الفقه

في كلية الشريعة، بجامعة القصيم

a.Ebrahiem@qu.edu.sa

مقدمة

الحمد لله اللطيف بخلقه، والشكر لله الكريم برزقه، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، وخير الخلق أجمعين، صلى الله عليه وسلم، وعلى آله الأطهار، وأصحابه الأبرار، ومن تبعهم بإحسان ما تعاقب الليل والنهار، وبعد:

فهذه رسالة في الوقف فيمن مات قبل استحقاقه للشيخ ياسين بن مصطفى الفرضي (ت ١٠٩٥هـ)، تضمنت بعض الفوائد الفريدة والنقولات الجليلة، وقفتُ عليها مخطوطةً وعلمتُ أنه لم يسبق تحقيقها، وذلك بعد البحث في المكتبات وقواعد المعلومات، فهممتُ بتحقيقها وخدمة نصها وتقديمها للمكتبة الشرعية، جعلها الله خالصة له.

وقد انتظمت هذه الدراسة على قسمين كما يلي:

القسم الأول: القسم الدراسي:

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: أهمية الرسالة.

المطلب الثاني: منهج العمل.

المطلب الثالث: التعريف بالمؤلف.

المطلب الرابع: وصف النسخ الخطية.

المطلب الخامس: مصادر الرسالة وموارِدها.

المطلب السادس: عنوان الرسالة ونسبتها للمؤلف.

القسم الثاني: النص المحقق.

ثم الخاتمة، وفهرس المصادر والمراجع.

راجيًا من الله القبول، عائذًا به من الزلل، والله الهادي والموفق.

القسم الأول
القسم الدراسي

المطلب الأول: أهمية الرسالة:

تظهرُ أهمية هذه الرسالة من خلال موضوعها والذي هو الوقف، علاوة على ما تضمنته من مقدمة وخاتمة لها أهميةٌ بالغةٌ لكل من عُني بالعلم الشرعي وآدابه، إضافة لما حوته من النصوصِ والنقولِ المفيدة عن أهل العلم في بابها، كما أن سبب تدوين هذه الرسالة المقترن بين الفتوى والحكم القضائي في ذات الوقت جعلها جديرة بالتوثيق والتحقيق.

المطلب الثاني: منهج العمل في إخراج النص وخدمته:

تتمثل خطوات إخراج النص وخدمته بما يلي:

(١) إخراج نص المصنف، الذي اعتمدت في تحقيقه على نسختين، جعلتُ إحداهما هي الأصل لتقدم تاريخها،وقلة الأخطاء فيها نسبيًّا، ولكونها مقابلة على نسخة المؤلف بمباشرته، ورمزت لها بالحرف (أ)، مع عدم إهمال فروق النُّسْخة الأخرى، فقد ذكرتها في الحاشية دون إثقالها بالتعليقات، وقد رمزت لها بالحرف (ب)، ومقارنتها بالنقول النصية المطبوعة والمخطوطة من مصادر ومراجع أخرى كل ما أمكن ذلك.

(٢) إثبات نهايةِ كل وجه من الألواح من كِلَا النُسختين في موضعه، وقد رمزتُ للوجه الأيمن بالرمز (أ) والوجه الأيسر بالرمز (ب) وذلك وفق الطريقة التالية: [رقم اللوحة ثم رمز النسخة/ رمز الوجه].

(٣) تخريج الأحاديث والحكم على ما يحتاج إلى ذلك.

(٤) شرح المفردات الغريبة من المراجع المعتمدة في كتب الغريب واللغة.

(٥) توثيق الأقوالِ والنقولِ النصية كل ما أمكن ذلك من المصادر والمراجع المطبوعة والمخطوطة.

(٦) الترجمة للأعلام غير المشهورين ترجمة مختصرة عند أول ذكر لهم.

(٧) تعليقات وفوائد تثري النص؛ بالتعريف بالكتب المذكورة، وتوضيح القواعد الشرعية والفقهية الواردة والعزو لها.

المطلب الثالث: التعريف بالمؤلف[1]:

هذا تعريف موجز بمؤلف هذه الرسالة يتضمن اسمه ونسبه، وأقوال المترجمين عنه، وعقيدته وآثاره وأبرز تلاميذه:

(١) ينظر في ترجمته: خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر للمحبي (٤/ ٤٩٣)، وسلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر للمرادي (٤/ ١١٧)، وهدية العارفين لإسماعيل باشا (٢/ ٥١٢)، ومعجم المؤلفين لعمر كحالة (١٣/ ١٧٨)، والأعلام للزركلي (٨/ ١٣٠)، والبدور المضية في تراجم الحنفية لمحمد الكملائي (١٩/ ٣٧١)، وعلماء دمشق وأعيانها في القرن الحادي عشر الهجري لمحمد مطيع الحافظ ونزار أباظة (٢/ ٥٠٨).

أولًا: اسمه ونسبه:

هو: ياسين بن مصطفى الفرضيُ، الدمشقيُ، البقاعي، الحنفي، السؤالاتي، المتوفى سنة (١٠٩٥هـ) في مدينة دمشق، ولم تذكر المصادر سنة ولادته.

ولُقّبَ بالفرضي لكونه كان مبرِّزًا في الفرائض، والدمشقي لأنه نشأ وعاش وتوفي بدمشق، وأما البقاعي فهي نسبة لسهل البقاع منطقة معروفة في الشام، والحنفي لكونه كان حنفي المذهب كما يظهر ذلك جليًّا في مصنفاته، وأما السؤالاتي فهي إشارة لأنه كان معروفًا بكثرة كتابة سؤالات الفتاوى.

ثانيًا: ثناء أهل العلم عنه:

قال في خلاصة الأثر: «كان قوي الحافظة في فروع المذهب»، «وللناسِ عليه إقبال».

وقال في سلك الدرر: «من أفاضل فقهاء الحنفية سِيَّما بالفرائض وسائر العلوم».

وقال في الأعلام: «فرضي، من فقهاء الحنفية».

وقال في معجم المؤلفين: «فرضي، فقيه، مشاركٌ في بعض العلوم».

ثالثًا: عقيدته:

بيّن من ترجم لياسين بن مصطفى البقاعي أنه كان ماتريديًّا حنفيًّا، فهو من المتكلمين الذين يؤولون آيات الصفات عن معانيها الظاهرة، كما أنه صوفي المسلك[1].

رابعًا: مؤلفاته:

يعد المؤلف من المكثرين في التأليف خلافًا لطبيعة علماء عصره، ومما وقفتُ عليه من مصنفاته ورسائله، وجُلها ما زال مخطوطًا:

(١) الدرةُ السنية في العلومِ الأخروية (مخطوط).

(٢) السيفُ المسلولُ على مبغضِ أصحاب الرسول (محقق في رسالة دكتوراه).

(٣) روضةُ الأنامِ في فضائلِ الشام (مخطوط).

(٤) أسْنى المقَاصدِ في حكم الإحداث في المساجد (مخطوط).

(٥) نبذةٌ لطيفةٌ في المزاراتِ الشريفة (مخطوط).

(٦) نصرةُ المتغربين عن الأوطانِ على الظلمةِ وأهل العدوان (مخطوط).

(١) ينظر: تحقيق كتاب: السيف المسلول على مبغض أصحاب الرسول للشيخ ياسين بن مصطفى البقاعي، رسالة دكتوراه في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة للدكتور: إدريس محمود إدريس (١/ ٤٧-٤٨).

(٧) غايةُ المرامِ في معرفةِ شروط الإمام (مخطوط).

(٨) أحكامُ الكلابِ وما ورد فيها من الأخبار والآداب (مخطوط).

(٩) قرةُ العينِ في عمل الخطأين (مخطوط).

(١٠) عمدةُ المرتاضِ في مساحة الحياض (مخطوط).

وقد ذكر بعض من ترجم له رسالتين، وهما: «نصرةُ الموالي المكرمين في المفروض حيًّا من المستحقين»، و«بدرُ الانشقاقِ في مسألةِ من مات قبل الاستحقاق»، باعتبار أن كل واحدة منهما مستقلة عن الأخرى، والصحيح: أنهما رسالة واحدة وهي هذه الرسالة التي بين يدينا.

خامسًا: أبرز تلاميذه:

قال محقق رسالة «السيف المسلول»: «لم تذكر المصادر التي ترجمت له تلاميذ بأسمائهم، ولكن لا شك في أنه كان له تلاميذ تلقوا العلم على يديه... ولكن أغفل أصحاب التراجم ذكرهم، وهذا ليس بغريب»[1]، وقد وجدت ترجمة لأحد تلاميذه، وهو محمد بن عبد الرحمن بن تاج الدين البعلي الحنفي، المعروف بالتاجي، وصفه في سلك الدرر بـ: «خاتمة العلماء الأعلام وعمدة المحققين العظام كان عالمًا محققًا فقيهًا نحريرًا فاضلًا، فريدُ وقته في العلوم معقولها

(١) (١/ ٤٣).

ومنقولها»[1]، أخذ على عدد كبير من العلماء، منهم صاحب هذه الرسالة الشيخ ياسين بن مصطفى الفرضي فقد قرأ عليه في الفرائض، وله فتاوى تسمى بـ: «الفتاوى التاجية»[2]، قُتل برصاصة من مجهول سنة (١١١٤هـ)[3].

المطلب الرابع: وصف النسخ الخطية:

اعتمدت في تحقيق هذه الرسالة على نسختين، هما:

النسخة الأولى:

مصدرها: دار الكتب الظاهرية، الجمهورية العربية السورية، رقم المخطوط (٤٢٥٤).

عدد الألواح (٢٠)، مسطرتها: عدد الأسطر ٢٥× (٩-١٢) كلمة في السطر الواحد.

---

(١) (٤/ ٥٢).

(٢) وقد وقفت في العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين على ما نصه: «قال في الفتاوى التاجية: سُئلت من مدينة طرابلس الشام سنة (١١١٠هـ) عما إذا أنشأت الواقفة... انتهى ما في الفتاوى التاجية، ورأيت بخط أخي مؤلفها الشيخ يحيى التاجي على الهامش أن أخاه وضع في مسألة أكابر رسالة سماها: رفع الجدال والشقاق عن ولد من مات قبل الاستحقاق» (١/ ١٥٤)، وهذه الرسالة كما هو ظاهر مقاربة لموضوع رسالة شيخه الشيخ ياسين بن مصطفى الفرضي التي هي محل التحقيق هنا، لكني لم أجد أثرًا لرسالة الشيخ محمد بن عبد الرحمن التاجي حتى أقارن بينهما.

(٣) ينظر في ترجمته: سلك الدرر (٤/ ٥٢-٥٤)، والأعلام للزركلي (٦/ ١٩٦).

تاريخ النسخ: ١/ ٤/ ١٠٩١هـ، الناسخ: إبراهيم بن الحاج يوسف[١]، وهي نسخة مقابلة على نسخة بخط المؤلف بمباشرة مؤلفها ياسين الفرضي.

حالتها: نسخة كاملة للرسالة بخط متوسط مع بياض في بعض المواضع.

رمزها: (أ).

النسخة الثانية:

مصدرها دار الكتب الظاهرية، الجمهورية العربية السورية، رقم المخطوط (٦٦٦٠).

عدد الألواح (١٩)، مسطرتها: عدد الأسطر ٢٧×(٨-٩) كلمة في السطر الواحد.

تاريخ النسخ: ١٨/ ١١/ ١١٧٠هـ، الناسخ: محمد بن يحيى بن محمد بن يحيى العطار[٢].

وصفها: نسخة كاملة للرسالة بخط جيد مع بياض في بعض المواضع.

رمزها: (ب).

(١) لم أقف له على ترجمة.
(٢) لم أقف له على ترجمة.

المطلب الخامس: مصادر الرسالة ومواردها:

اعتمد المؤلف على مصادر متنوعة في رسالته، وكان جُلها في المذهب الحنفي، وهي على حسب ترتيب ذكره لها صراحة:

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم.

(٢) شرح المنظومة الوهبانية، لابن الشحنة.

(٣) الفتاوى الخيرية، لخير الدين الرملي الحنفي.

(٤) فتاوى ابن الشلبي.

(٥) شرح شرعة الإسلام، لإمام زاده.

(٦) البحر الرائق، لابن نجيم.

(٧) الفتاوى التاتارخانية، لابن العلاء الحنفي.

(٨) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود.

(٩) شرح تنوير الأبصار، للتمرتاشي.

(١٠) الفتاوى الولوالجية، للولوالجي.

(١١) الكافي في شرح الوافي، للنسفي.

(١٢) درر الحكام، لملا خسرو.

(١٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي.

(١٤) فتح القدير، لابن الهمام.

(١٥) فتاوى السبكي.

(١٦) أحكام الأوقاف، للخصاف.

(١٧) فتاوى زكريا الأنصاري.

(١٨) شرح مختصر الزبدة، للبيرجندي.

(١٩) الرسائل الزينية، لابن نجيم.

(٢٠) شرح جمع الجوامع، للعراقي.

(٢١) الفتاوى الفقهية الكبرى، لابن حجر الهيتمي.

(٢٢) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي.

المطلب السادس: عنوان الرسالة ونسبتها للمؤلف:

أوردَ المؤلفُ عدة عناوين للرسالة، وبيّن سبب ذلك بقوله: «وأحببتُ أن اسميها بأسامي كثيرة لتصير عند الملأ شهيرة»، وهذه العناوين[1] هي:

(١) النجمُ الثاقب.

(٢) بدرُ الانشقاقِ في مسألة من مات قبل الاستحقاق.

(١) ولا يخفى أنه لا بد من اختيار عنوان من هذه العناوين للتعريف بالرسالة، وقد وقع اختياري على: بدر الانشقاق في مسألة من مات قبل الاستحقاق، وذلك لأن هذا العنوان ليس مختصرًا اختصارًا يُخل ويُبهم الموضوع، وهو غير متكرر في رسائل أخرى فتتميز به هذه الرسالة عن غيرها، ولأنه مُوضّح وكاشف لموضوع الرسالة نسبيًّا، كما أنه عنوان جاذب وهذا مما يُستحسن في العناوين.

(٣) تحفةُ النبيهِ في من مات في حياة أبيه.

(٤) الجوهرةُ العجيبةُ فيمن مات قبل أن يأخذ نصيبه.

(٥) الناصرةُ للحقِّ وكلمته فيمن يأخذ نصيبه من عقيمِ درجته.

(٦) دافعةُ الشقاقِ والمين فيمن يأخذ نصيبه من الجهتين.

(٧) نصرةُ الموالي المكرمين في المفروض حيًّا من المستحقين.

وأما نِسبتُها للمؤلف فلا ريب في ذلك ويدل عليه أمور:

الأول: أنه صَرَّح بذلك فِي مُسْتَهَلِّها بقوله: «يقول أفقرُ الورى وخويدم العلم الشريف بلا مراء، اللائذ بجناب مولاه بلا خفاء، ياسين الفرضي الحنفي بن مصطفى...».

الثاني: أنه جاء في غلاف نسخة (أ) ذكرُ العناوين السابقة وفي أسفلها ما نصه: «تأليف الشيخ ياسين الفرضي بن الشيخ مصطفى غفر الله له ولجميع المسلمين، والحمد لله وحده وصلى الله على من لا نبي بعده».

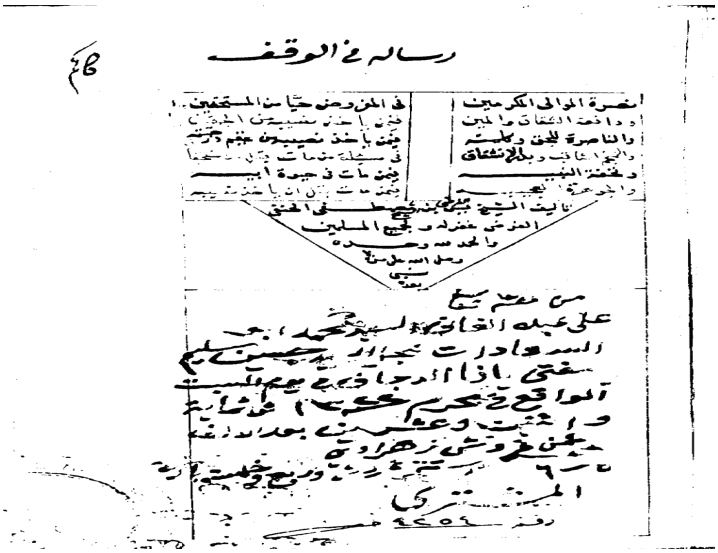
الثالث: جاء في بعض كتب التراجم ذكر هذه الرسالة ونسبتها للشيخ ياسين ومنها: معجم المؤلفين (١٣/ ١٧٨)، وهدية العارفين (٢/ ٥١٢)، والبدور المضية (١٩/ ٣٧١)، كما جاء ذكرها ونسبتها لمؤلفها في بعض فهارس المخطوطات، مثل: فهارس مخطوطات المكتبة الوطنية بسوريا (٥٧/ ١٦٨)، وخزانة التراث (٩١/ ٤٢٦).

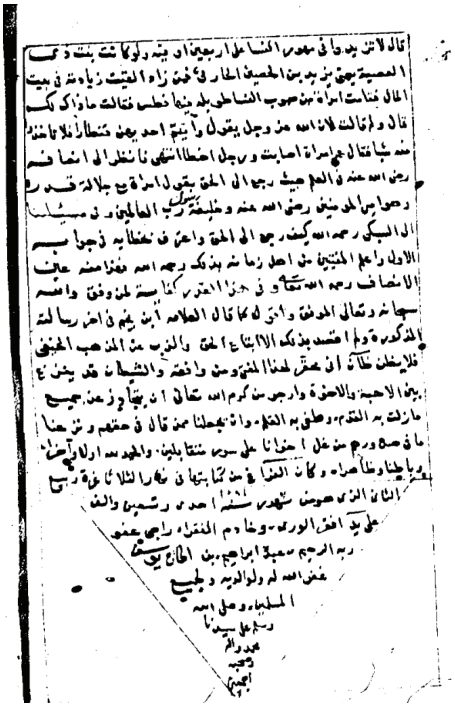
المطلب السابع: تاريخ تأليف الرسالة وسببه:

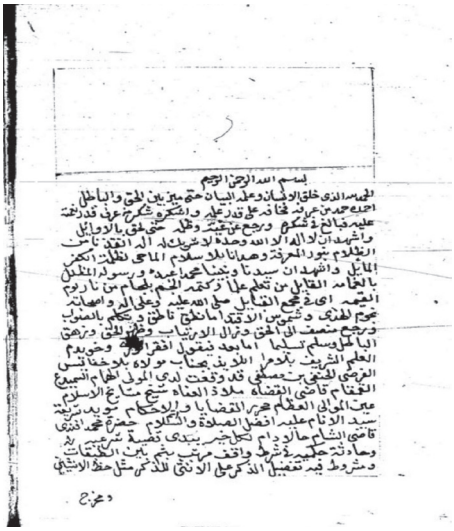
المرجحُ أن تاريخ تأليف هذه الرسالة هو ما بين المحرم من سنة (١٠٤٨هـ) وذي القعدة من سنة (١٠٥٠هـ)، فهذا هو وقت تولي القاضي محمد بهائي أفندي قضاء الشام[1]، وقد بيّن مؤلفها الذي كان كاتبًا لدى قاضي الشام آنذاك سببُ تأليفها؛ إذ هو بطلب من القاضي المذكور بعد حدوث واقعةٍ قضائيةٍ حصل بعدها اعتراض من بعض المفتين على الحكم الصادر من القاضي كما بيّن المؤلف ذلك في مستهل الرسالة؛ حيث يقول: «وأمرني ثانيًا - حفظه الله - بجمع رسالة في ذلك مفيدة من عبارات العلماء الصريحة السديدة، انتصارًا للحق في هذه المسألة بين الأقران والانتفاع بها في مثل الزمان».

(١) ينظر: خلاصة الأثر (٤/ ٢)، وتاريخ مؤسسة شيوخ الإسلام في العهد العثماني لأحمد شقيرات (١/ ٥٠٣).

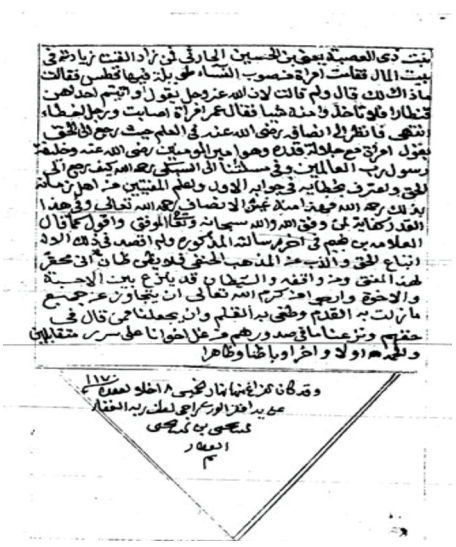
نماذج من مخطوط (أ)

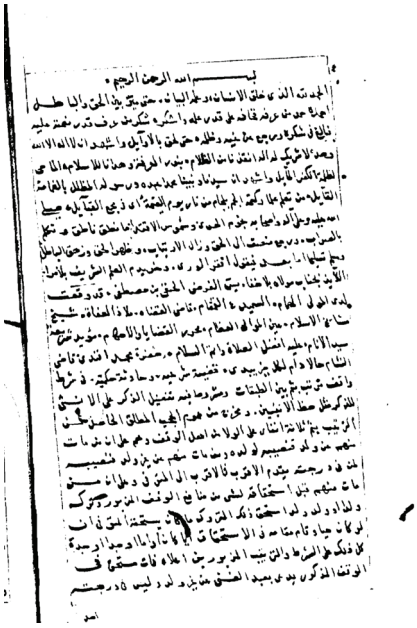

رسالة في الوقف





نماذج من مخطوط (ب)





القسم الثاني
النص المحقق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بَدْرُ الانْشِقَاقِ فِي مَسْأَلَةِ مَنْ مَاتَ قَبْلَ الاسْتِحْقَاقِ

الحمد لله الذي خلق الإنسان، وعلّمه البيان حتى ميّز بين الحق والباطل، أحمدهُ حمدَ من عرفه فخافهُ على قدر عِلمه، وأشكرهُ شكرَ من عرف قدرَ نِعمته عليه فبالغ في شكرهِ ورجع عن غيّه وظلمه، حتى لحق بالأوائل، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، أنقذنا من الظلام بنور المعرفةِ، وهدانا للإسلامِ الماحي لظلمةِ الكفرِ المائلِ، وأشهد أن سيدنا ونبينا محمدًا عبده ورسوله المظلّلِ بالغمامةِ[1]، القائل: ((مَنْ تَعَلَّمَ عِلْمًا وَكَتَمَهُ أُلْجِمَ بِلِجَامٍ مِنْ نَارٍ يَوْمَ الْقِيَامَةِ))[2]، أي في مجمع

(١) يشير إلى الحديث الذي رواه أبو موسى الأشعري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وفيه قال: «خَرَجَ أَبُو طَالِبٍ إِلَى الشَّامِ وَخَرَجَ مَعَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي أَشْيَاخٍ مِنْ قُرَيْشٍ، فَلَمَّا أَشْرَفُوا عَلَى الرَّاهِبِ هَبَطُوا فَحَلُّوا رِحَالَهُمْ، فَجَعَلَ يَتَخَلَّلُهُمُ الرَّاهِبُ حَتَّى جَاءَ فَأَخَذَ بِيَدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: هَذَا سَيِّدُ العَالَمِينَ، هَذَا رَسُولُ رَبِّ العَالَمِينَ، يَبْعَثُهُ اللهُ رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ، ثُمَّ رَجَعَ فَصَنَعَ لَهُمْ طَعَامًا، فَلَمَّا أَتَاهُمْ بِهِ، وَكَانَ هُوَ فِي رِعْيَةِ الإِبِلِ، قَالَ: أَرْسِلُوا إِلَيْهِ فَأَقْبَلَ وَعَلَيْهِ غَمَامَةٌ تُظِلُّهُ، فَلَمَّا دَنَا مِنَ القَوْمِ وَجَدَهُمْ قَدْ سَبَقُوهُ إِلَى فَيْءِ الشَّجَرَةِ... » الحديث، أخرجه الترمذي في سننه (٥/ ٥٩١)، والحاكم في مستدركه، وقال: «صحيح على شرط الشيخين» (٢/ ٦٧٣)، (٤٢٢٩)، وصححه الألباني، ينظر: مشكاة المصابيح (٣/ ١٦٦٣).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٤/ ٢١٤)، (٨٥٣٤)، وأبو داود في سننه (٥/ ٥٠٠)، (٣٦٥٨)، والترمذي في سننه (٥/ ٢٩)، (٢٦٤٩)، ولفظه: عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ =

القبائل، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه، نجومُ الهدى وشموسُ الاقتداء ما نطق ناطق وتكلّم بالصواب، ورجع منصفٌ إلى الحق وزال الارتياب، وظهر الحقُ وزهق الباطلُ، وسلّم تسليمًا، أما بعد:

فيقولُ أفقرُ الورى وخُويدم العلمِ الشريفِ بلا مراء، اللائذُ بجناب مولاه بلا خفاء، ياسين الفَرَضي الحنفيُ بن مصطفى:

قد وَقَعتْ لدى المولى الهُمام، السَمَيْدَع[1] القَمْقَام[2]، قاضي القضاةٍ، ملاذُ العُفاة[3]، شيخ مشايخ الإسلامِ، عيُن الموالي العظام، محررُ القضايا والأحكام، مؤيد شريعة سيد الأنام، عليه أفضل الصلاة وأتم السلام، حضرةُ محمد أفندي[4]، قاضي الشام حالاً، دام لكل خير يبدي، قضيةٌ

= قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**مِنْ سُئِلَ عَنْ عِلْمٍ فَكَتَمَهُ أُلْجِمَ بِلِجَامٍ مِنْ نَارٍ يَوْمَ الْقِيَامَةِ**))، قال الترمذي: «حديث حسن»، (٥/ ٢٩)، وقال الحاكم في مستدركه: «هذا حديث تداوله الناس بأسانيد كثيرة تجمع ويذاكر بها، وهذا الإسناد صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه»، (١/ ١٨١).

(١) السَمَيْدَع: الرجل الشجاع الكريم، ينظر: كتاب العين للخليل بن أحمد (٢/ ٣٣٢)، وتهذيب اللغة للأزهري (٣/ ٢١٩).

(٢) القَمْقَام: السيد الكثير الخير الواسع الفضل، ينظر: كتاب العين (٥/ ٣١)، والمحيط في اللغة لابن عباد (٣/ ٢١٩).

(٣) العُفاة: جاء في لسان العرب لابن منظور: «كل من جاءك يطلب فضلاً أو رزقًا فهو عاف ومعتف، وقد عفاك يعفوك، وجمعه عفاة؛ وأنشد قول الأعشى:

تطوف العفاة بأبوابه * كطوف النصارى ببيت الوثن»

(١٥/ ٧٤).

(٤) هو محمد بهائي بن عبد العزيز بن محمد التبريزي، القسطنطيني المولد والوفاة، كان آباؤه وأجداده من أهل العلم والمناصب تولى قضاء الشام من (١٠٤٨هـ) =

شرعية وحادثة حكمية في: شرط واقف مرتَّب بثُمّ بين الطبقات ومشروطٌ فيه تفضيلُ الذكر على الأنثى للذكر مثل حظ الأنثيين [١ ب / أ]، ومخرّج من عموم الحجب المطلق الحاصل من الترتيب بثُمّ ثلاثة أنفار على الولاء من أهل الوقف، وهم على أن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده، ومن مات منهم عن غير ولدٍ فنصيبه لمن [في][1] درجته، يُقدّم الأقرب فالأقرب إلى المتوفى، وعلى أن من مات منهم قبل استحقاقه لشيءٍ من منافعِ الوقف المزبور وتركَ ولدًا أو ولدَ ولدٍ استحق ذلك المتروك ما كان يستحقهُ المتوفى أن لو كان حيًّا، وقام مقامه في الاستحقاق أبًا كان أو أمًّا أو جدًّا أو جدّة، كل ذلك على الشرط والترتيب المزبورين أعلاه.

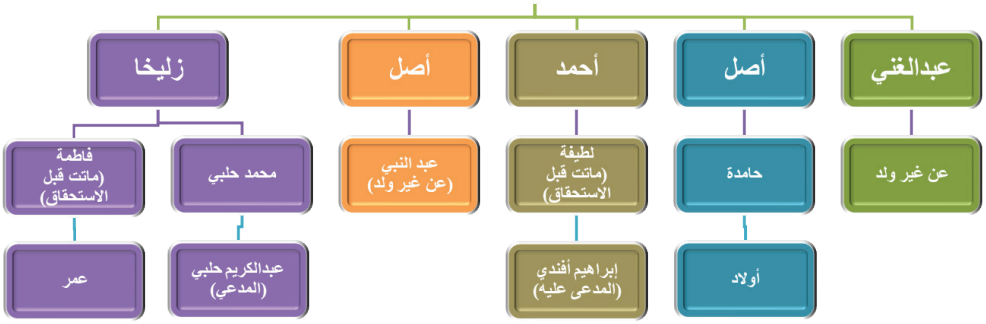
فمات مستحقّ في الوقف المذكور يُدعى بعبد الغني عن غير ولد، وليس في درجته [١ أ / أ] أحدٌ موجودٌ من أهل الوقف المزبور، وفي الدرجة التي تلي درجته موجودٌ رجلان وامرأة وهم: محمد جلبي وعبد النبي[2] وحامدة وامرأتان موجودتان بالقوة بفرض الواقفِ لهما

= إلى (١٠٥٠هـ)، وتولى منصب شيخ الإسلام في الدولة العثمانية مرتين، وتذكر المصادر له مجموعة من المؤلفات منها: (مجموع الفتاوى)، و(مجموع تعليقات ورسائل)، توفي في إسطنبول سنة (١٠٦٤هـ) ينظر: خلاصة الأثر (٤/ ٢)، وهدية العارفين (٢/ ٢٨٦).

(١) ساقط من (ب).

(٢) قال ابن حزم في (مراتب الإجماع): «واتفقوا على تحريم كل اسم معبد لغير الله عَزَّوَجَلَّ كعبد العزى، وعبد هبل، وعبد الكعبة، وعبد عمرو، ونحو ذلك»، (١/ ١٥٤).

ماتتا قبل الاستحقاق، إحداهما تُدعى بلطيفة عن ابن يُدعى بإبراهيم أفندي، والأخرى تدعى بفاطمة عن ابن يُدعى بعمر، ثم ماتت حامدة عن أولاد، ثم مات عبد النبي عن غير ولدٍ بهذه الشجرة[1]:



فادعى عبد الكريم جلبي على إبراهيم أفندي لدى المولى المومأ إليه أعلاه[2] بأن والده[3] يختصُ بحصة عبد الغني مع عبد النبي وحامدة، وبحصة عبد النبي بمفرده دون والدة المدّعى عليه لطيفة، ودون عمته فاطمة اللَّتين ماتتا قبل الاستحقاق لوجود والده في الدرجة المذكورة حقيقة وتناوله بالفعل، ووجود عمته[4] ووالدة المدّعى عليه[5]

(١) تكررت هذه الشجرة في موضعين في كل من (أ) و (ب) وفي كل المواضع الأربعة لم تكن واضحة، وهذا التشجير المثبت هنا هو مجموع هذه المواضع بعد الجمع بينها.
(٢) أي: القاضي محمد أفندي.
(٣) أي: محمد جلبي.
(٤) أي: فاطمة.
(٥) أي: لطيفة.

فيها بالقوة مجازًا، وتناولها بالقوة بفرض الواقف لها حيتين موجودتين، وقيامِ ولديها مقامها في استحقاقها أن لو [كانتا][1] حيتين.

فجحد إبراهيم أفندي اختصاص والده[2] بذلك كما ذكر، وادعى مشاركة والدته المذكورة لوالد المدعي [١ ب / ب] ومن يشركه في الحصتين المذكورتين[3]، وأنه يقومُ مقامَ والدته المذكورة في ذلك عملاً بشرطِ الواقفِ المذكور الذي هو كنص الشارع[4].....

(١) في (أ) و (ب): «كانا».

(٢) أي: والد عبد الكريم جلبي.

(٣) أي: حصة عبد الغني وعبد النبي.

(٤) هذه قاعدة فقهية يذكرها الفقهاء تنوعت عباراتهم في ذكرها ومن ذلك: نص الواقف كنص الشارع، ونص الواقف مثل نص الشارع، ونصوص الوقف كنصوص الشارع، وشروط الواقف كنصوص الشارع، وشروط الواقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع، هذا من حيث عباراتهم، أما من ناحية معنى هذه القاعدة فاختلفوا فيها على ثلاثة أقوال وهي باختصار شديد: القول الأول: أن شرط الواقف كنص الشارع في وجوب العمل به واتباعه، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عند الحنابلة. القول الثاني: أن شرط الواقف كنص الشارع في الفهم والدلالة، وهو قول بعض الحنفية وابن تيمية. القول الثالث: أن شرط الواقف كنص الشارع في وجوب العمل وفي الفهم والدلالة، وهو قول بعض الحنفية، ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني لابن مازة (٦/ ١٤١)، والبحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٢٦٥-٢٦٦)، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب (٦/ ٣٣)، والشرح الكبير على مختصر خليل للدردير (٤/ ٨٨)، والعزيز شرح الوجيز للرافعي (٦/ ٢٧٦)، وروضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي (٥/ ٣٣٥)، والمغني شرح مختصر الخرقي لابن قدامة (٦/ ٤٠)، ومجموع الفتاوى لابن تيمية (٣١/ ٤٧)، وإعلام الموقعين لابن القيم (٤/ ١٤٣)، وكشاف القناع على متن الإقناع للبهوتي (٤/ ٢٥٩).

..... صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[1] وفرضه فيه المعدوم موجودًا كأنه حيٌّ موجودٌ وأن الحقيقةَ [١ أ / ب] مهجورةٌ به هنا ومتعذرة، وأن القرينة التي هي [فرضه][2] المعدوم موجودًا، وشهرةُ ذلك تسوّغُ الجمعَ بين الحقيقةِ والمجاز. فأبرزَ المدعي[3] من يده فتوًى من بعضِ علماء العصر بدمشق الشام متضمنةً لاختصاص والده بذلك كما ذكر.

فتأملَ حضرةُ المولى المذكور الفتوى المذكورة وراجع المنقولَ من عباراتِ العلماء الفحول كـ: (الأشباه والنظائر) للعلامة ابن نجيم[4]،

(١) الشارع والمشّرع هو الله عَزَّوَجَلَّ كما قال سبحانه: ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحًا وَٱلَّذِيٓ أَوۡحَيۡنَآ إِلَيۡكَ﴾ [الشُّورَى: ١٣] وقد أطلق بعض العلماء لفظ الشارع على النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولعل مرادهم في ذلك أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مبلّغ ومبيّن لأحكام الشرع، كما جاء ذلك في نصوص القرآن، فصح الإطلاق بهذه الاعتبار، ولا يراد به قطعًا أن الشريعة منه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بل هي من عند الله تعالى، وهذا الإطلاق سائغ في اللغة؛ قال الزبيدي: «الشارع هو: العالم الرباني العامل المعلّم قلت: ويطلق عليه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لذلك، وقيل: لأنه شرع الدين، أي أظهره وبينه»، تاج العروس (٢١/ ٢٦٦)، وذهب بعض العلماء إلى أنه لا يصح إطلاق لفظ الشارع على النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا على أحد من البشر، وأنه لا يلزم من الجواز اللغوي الجواز الشرعي، ينظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية (٥/ ٤٧١)، (٣٣/ ٢٥)، وإعلام الموقعين لابن القيم (٢/ ٤٤)، ومعجم المناهي اللفظية لبكر أبو زيد (ص٥٠٩).

(٢) في (أ): «فرض».

(٣) أي: عبد الكريم جلبي.

(٤) هو زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن محمد بن محمد، الشهير بابن نجيم الحنفي القاهري، تفقّه على الشيخ ابن الحنبلي وأمين الدين بن عبد العالي وبرع وكان إمامًا عالمًا، من مصنفاته: (البحر الرائق شرح كنز الدقائق)، و(شرح المنار) =

و(شرح المنظومة الوهبانية)[1] للعلامة ابن الشحنة[2] و(فتاوى)[3] الشيخ خير الدين[4]، .....

= و(الأشباه والنظائر) وهو كتاب مرغوب فيه، و(لب الأصول)، توفي سنة (٩٧٠هـ)، ينظر: الطبقات السنية في تراجم الحنفية (١/ ٢٨٩)، وسلم الوصول إلى طبقات الفحول لحاجي خليفة (٢/ ١١٩).

(١) أي: الشرح المسمى تفصيل عقد الفرائد بتكميل قيد الشرائد لابن الشحنة الذي هو شرح للمنظومة المسماة بقيد الشرائد في نظم الفوائد - المنظومة الوهبانية - لعبد الوهاب بن أحمد بن وهبان الدمشقي (ت٧٦٨هـ).

(٢) هو محمد بن محمد بن محمود بن غازي، الحلبي الحنفي، المعروف بابن الشحنة، محب الدين، الفقيه الأصولي الناظم، النحوي، المؤرخ، تولى قضاء الحنفية بحلب ثم بدمشق، من مصنفاته: (الموافقات العمرية للقرآن الشريف) و(الرحلة القسرية بالديار المصرية)، و(المسائل الشريفة في أدلة أبي حنيفة)، و(روض المناظر، في علم الأوائل والأواخر) توفي سنة (٨١٥هـ)، ينظر: الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للسخاوي (٩/ ٢٥٩)، والبدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع للشوكاني (٢/ ٢٦٤).

(٣) أي: الفتاوى المسماة بالفتاوى الخيرية لنفع البرية على مذهب الإمام أبي حنيفة.

(٤) هو خير الدين بن أحمد بن علي بن زين الدين ابن عبد الوهّاب الأيوبي، العليمي، الفاروقي الرملي، الحنفي، المفسر المحدث، النحوي، العروضي، شيخ الحنفية في عصره، ولد في الرملة في فلسطين، من مصنفاته: (الفتاوى الخيرية لنفع البرية)، و(مظهر الحقائق الخفية من البحر الرائق)، و(مطلب الأدب وغاية الأرب) و(حاشية على الأشباه والنظائر)، توفي سنة (١٠٨١هـ)، ينظر: خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر للمحبي (٢/ ١٣٤)، والبدور المضية في تراجم الحنفية للكملائي (٧/ ١٨٠).

..... و(فتاوى)[1] شيخ مشايخه ابن [الشلبي][2][3] وغيرها من الكتب الفقهية الحنفية فروعًا وأصولًا. فرأى الحقَّ مع المدعى عليه إبراهيم أفندي المذكور من صحيح العبارات من كلام هؤلاء [الأئمة][4] السادات، فحكمَ له بمشاركة والدته لوالد المدعي مع الباقين وإقامته[مقامها][5] في الحصتين وترك ما عدا ذلك خاليًا من البين.

وأمرني -حفظه الله تعالى وخلّد نعمهُ عليه-؛ لأني كنت قارئ العباراتِ بين يديه، بقسم حصة عبد الغني المذكور على المذكورين في الدرجة التي تلي درجته أسباعًا، وحصة عبد النبي على الباقين في درجته وهم: والد المدعي ووالدة المدعى عليه وعمة المدعي أرباعًا، وإقامة ولديهما مقامهما في ذلك، فقسمتها على المذكورين كما أمر، وأتيتهُ بالتقسيمِ الصحيح المعتبر.

(١) أي: الفتاوى المعروفة بفتاوى ابن الشلبي.

(٢) في (ب): «الحلبي».

(٣) هو أحمد بن يونس بن محمد، أبو العبّاس شهاب الدين، المعروف بابن الشَّلَبي، فقيه حنفي مصري، أخذ عن شرف الدّين بن الشّحنة، والبرهان الطّرابلسي، من مصنفاته: (حاشية على شرح الزيلعي للكنز)، و(الفتاوى)، و(الدرر الفوائد)، توفي في القاهرة سنة (٩٤٧هـ) وله من العمر بضع وستون سنة، ينظر: الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة للغزي (٢/ ١١٦)، والبدور المضية (٤/ ٦٥).

(٤) ساقط من (ب).

(٥) في (ب): «مقامها».

فلما علم المفتي ومن وافقه في فتواه حضرا عنده ليرُداه، وعن حكمه الصحيحِ يَصُدَّاه، فأحضرني لدى الجنابِ وقرأتُ ثانيًا بأمره عبارةَ الكتابِ، فظهر الحقُّ ثانيًا، وتأيد حكم جنابه، وفُهم الحق في ذلك من صريح عبارة الكتاب.

وأمرني[1] ثانيًا -حفظه الله- بجمع رسالة في ذلك مُفِيدَةً من عباراتِ العلماء[2] الصريحة السديدة، انتصارًا للحق في هذه المسألة بين الأقران، والانتفاع بها في مثل [٢ ب / أ] هذا الزمان[3]، فأجبته ممُتثلاً لأمره الكريم، مستعيذًا بالله من شر كل حاسد لئيم، متوجهًا إلى الله تعالى في التوفيق للعمل، وعائذًا [٢ أ/ أ] به من الخللِ والزللِ، وأحببتُ أن أُسمّيها بأسامي كثيرة لتصير عند الملأ شهيرة وهي: النجمُ الثاقبُ، وبدرُ الانشقاقِ في مسألة من ماتَ قبل الاستحقاقِ، وتحفةُ النبيهِ في من ماتَ في حياةِ أبيه، والجوهرةُ العجيبةُ فيمن مات قبل أن يأخذ نصيبهُ، والناصرةُ للحقِ وكلمتهِ فيمن يأخذ نصيبهُ من عقيمِ درجته، ودافعةُ الشقاقِ والمين[4] فيمن يأخذ نصيبه من الجهتين، ونصرةُ الموالي المكرمين في المفروض حيًّا من المستحقين.

(١) بياض في (أ).
(٢) بياض في (أ).
(٣) صرح المصنف هنا بالسبب المباشر لكتابة هذه الرسالة.
(٤) المين: الكذب، ينظر: كتاب العين (٨/ ٣٨٨)، ولسان العرب (١٣/ ٤٢٦).

وأن أُرتبها على: مقدمة، وبابين، وخاتمة، لتكون سببًا لنجاتي دنيا وأخرى، وعند الخاتمة.

أما المقدمة في المفتي الذي يصلح للإفتاء وشرائطه وآدابه، وأما [البابان][1]: فالأول: في تنزيل شجرة المسألة المحكوم بها، وتوافق حكمها وتطابقه على مسألة السبكي[2] التي ذكرها صاحب (الأشباه) في كتابه[3]، والثاني: في الكلام عليها من عباراتِ العلماءِ الفحول، وجمع ما فيها من النقول، وأما الخاتمة ففي الإنصاف في العلم والرجوع في الحق مع إظهار الحكم، والله أسأله التوفيق والهداية إلى أقومِ طريق إنه على ما يشاء قدير وبالإجابة جدير.

(١) في (ب): «الباب».

(٢) هو الإمام علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام السبكي، أبو الحسن، تقيّ الدين، الشيخ الفقيه المحدث الحافظ المفسر المقرئ الأصولي المتكلم النحوي، هو والد تاج الدين السبكي صاحب طبقات الشافعية، رحل إلى الشام وولي القضاء بها، كما رحل إلى الحجاز والإسكندرية، من مصنفاته: (مختصر طبقات الفقهاء)، و(السيف المسلول على من سب الرسول)، و(الابتهاج في شرح المنهاج) وغيرها، عاد إلى القاهرة وفيها توفي سنة (٧٥٦هـ)، ينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي (١/ ٢٦) وطبقات الشافعية الكبرى لابنه التاج (١/ ١٣٩).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١١٥).

المقدمة
في المفتي الذي يصلح للإفتاء وشرائطه وآدابه

قال العلامةُ السيد[١] في (شرحه [لشرعة][٢] الإسلام[٣]) ما نصه: «[ومن سنةِ السلف قلة الاجتراء على تقلّد الفُتيا] بضم الفاء بمعنى الفَتوى بفتحها في (الصحاح) استفتاهُ في مسألةٍ فأفتاه، والاسم الفتيا والفتوى[٤]، [و]تقلّد [القضاء والانتصاب للوعظ والتعليم] في الديوان، انتصب للأمرِ أي قام به، [وذلك لقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**أَجْرَؤُكُمْ عَلَى النَّارِ أَجْرَؤُكُمْ عَلَى الْفُتْيَا**»[٥]، وكانوا] [أي][٦] السلف [يَعُدّون السكوت والاستماع أفضل من

---

(١) هو يعقوب ابن سيدي علي الرومي، الحنفي، أحد علماء الدولة العثمانية، قرأ على علماء عصره ثم صار مدرساً بعدة مدارس ثم عزل، وصنف (شرحاً) لطيفاً جامعاً للفوائد الشريفة لكتاب (شرعة الإسلام) وكان السلطان بايزيد خان لقبه بشارح الشرعة لميله الى الشرح المذكور، وله (حواش على شرح ديباجة المصباح)، توفي سنة (٩٣١هـ) راجعاً من سفر الحج ينظر: الكواكب السائرة (١/ ٣١٥)، والفوائد البهية في تراجم الحنفية للكنوي (١/ ٢٢٦).

(٢) في (ب): «شرعة».

(٣) أي: الشرح المسمى بمفاتيح الجنان ليعقوب علي زاده (ت٩٣١هـ) شرح شرعة الإسلام لمحمد بن أبي بكر المفتي الجرغي المعروف بإمام زاده (ت٥٧٣هـ).

(٤) ينظر: الصحاح للجوهري (٦/ ٢٤٥٢).

(٥) أخرجه الدارمي في سننه (١/ ٢٥٨)، (١٥٩)، قال العجلوني في كشف الخفاء: «رواه ابن عدي عن عبد الله بن جعفر مرسلًا»، (١/ ٦٠)، وقال الألباني: «من طريق عبيد الله بن أبي جعفر، قلت: وهذا إسناد ضعيف لإعضاله، فإن عبيد الله هذا من أتباع التابعين، مات سنة ١٣٦، فبينه وبين النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ واسطتان أو أكثر»، السلسة الضعيفة (٤/ ١٨١٤).

(٦) في نسخة (أ) مطموسة.

الكلام] أي التكلم[1]، [و]يعدون [الخمول] أي السقوط بين الناس بحيث يكون مجهول الاسم والرسم بينهم [أشرف من النباهة] [٢ ب / ب]، في (الصحاح) نبُه الرجل بالضم شرُف واشتهر نباهة فهو نبيه ونابه، وهو خلاف [٢ أ / ب] الخامل[2]، [فلم يكن أحدٌ فيهم] أي السلف [إلا ودَّ] أي تمنى [أن أخاه كفاه الحديث والفتيا، وربما] أي كثيرًا [ما كان يجمع عمر أهل بدْر] -بسكون الدال اسم موضع- كلهم [في واقعة نابته[3]] يقال نابَهُ أمرٌ أصابهُ، [ولا يحكم فيها] أي في تلك الواقعة [برأيه[4]]، وما كان أحد] من السلف [يفتي إلا فيما يقع من المهمات الدينية دون الغوامض الغريبة، ولا] كان [يطلب بالفتيا سيادة ورئاسة ولا إقبال الناس عليه، ولا سَبْيَ قلوبهم]، أي جعل قلوبهم في صيده بحيث يكون كل منهم كأنه أسيرٌ منقادٌ له بكمالِ الانقياد، [ولا اجترارِ[5] النفع] أي جلبه واستدراره، [ولا اكتساب الجاه منهم] أي من

(١) في المطبوع: «الكلم».

(٢) ينظر: الصحاح (٦/ ٢٢٥٢).

(٣) في المطبوع: «نابئه».

(٤) جاء عن بعض التابعين كأبي الحصين الأسدي والشعبي قولهم: «إن أحدهم ليفتي في المسألة، ولو وردت على عمر بن الخطاب لجمع لها أهل بدر»، ينظر: أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح: (١/ ٢٠)، يقول العلموي في العقد التليد: «معناه والله أعلم: زيادة عن الجمعية أن أهل بدر قال في حقهم صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**وما يدريك أن الله اطلع على أهل بدر فقال: اعملوا ما شئتم فقد غفرت لكم**))، إن أهل بدر وإن أخطئوا في الفتوى هم مغفور لهم بخلاف من يتأخر عن زمان أهل بدر، وفتواه غير عارف بها جمع، بل استقل بها وحده مع البضاعة المزجاة»، (١/ ١٧٤).

(٥) في المطبوع: «امتراء».

الناس؛ [بل كان سعيهم في ذلك حسبة لثواب الله]، وفي (الصحاح) احتسب بكذا أجرًا عند الله، والاسم الحِسبة بالكسر[(١)]، [وابتغاء لمرضاته] أي طلبًا لرضا الله، [وإعلاء لكلمته ونصرة لدينه، وأداء للأمانة عندهم إلى من يعقبهم من إخوان الدين]، فإن ذلك المذكور من الإعلاء والنصرة والأداء فرضٌ عليهم»[(٢)]، انتهى من [(شرح الشرعة) للسيد][(٣)].

قال العلامةُ صاحب (البحر)[(٤)] فيه من كتاب القضاء عازيًا إلى الفصل الأول من (التاتارخانية)[(٥)] ما حاصله: «أن أبا يوسف قال: لا تحل الفتوى إلا لمجتهد، ومحمد جوَّزها إذا كان صوابُ الرجلِ أكثر من خطئه، وعن [الإسكافِ[(٦)]][(٧)] أن الأعلم في البلد لا يسعه تركها»[(٨)] انتهى.

(١) ينظر: الصحاح (١/ ١١٠).
(٢) ينظر: مفاتيح الجنان شرح شرعة الإسلام ليعقوب علي زاده (١/ ٦١ - ٦٢).
(٣) في (أ): «انتهى من شرح السيد».
(٤) أي: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم.
(٥) أي: الفتاوى التاتارخانية واسمها: زاد المسافر في الفروع لعالم بن علاء الحنفي (ت٧٨٦هـ).
(٦) هو محمد بن أحمد أبي بكر الإسكاف البلخي، إمام كبير جليل القدر، قدم بغداد وَحَدَّثَ بها عَنْ أَبِي عامر عمرو بن تميم الطبري، وتفقه عليه أبي جعفر الفقيه الهندواني وأبي بكر الأعمش محمد بن سعيدو وروى عنه المعافى بن زكريا من مصنفاته؛ (شرح الجامع الكبير للشيباني في فروع الفقه الحنفي)، توفي سنة (٣٣٣هـ) وقيل سنة (٣٣٦هـ)، ينظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية للكنوي (١/ ١٦٠)، والجواهر المضية في طبقات الحنفية للقرشي (٢/ ٢٨).
(٧) بياض في (أ).
(٨) ينظر: الفتاوى التاتارخانية (١/ ١٩٠)، والبحر الرائق (٦/ ٢٩٢).

وفيه[1] عازيًا إلى الفصل الثاني منها[2] أيضًا: «ومن شرائطها حفظُ الترتيبِ والعدلِ بين المستفتين، لا يميل إلى الأغنياء وأعوان السلطان والأمراء؛ بل يكتب جواب السابق غنيًّا كان أو فقيرًا»[3]، انتهى.

وفيه[4]: «لا ينبغي الإفتاء إلا لمن عرف أقاويل العلماء، وعرف [من أين قالوا][5]، فإن كان في المسألة خلاف لا يختار قولاً يجيب به حتى يعرف حجته...»[6].

إلى أن قال: «وقد استقر رأي الأصوليين [٣ ب/ أ] على أن المفتي هو المجتهد؛ فأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس مفتيًا، والواجب عليه إذا سُئل أن يذكرَ قول المجتهد [٣ أ / أ] كأبي حنيفة على جهة الحكاية، فعُرف أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى؛ بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي، وطريق نقله كلام المجتهد عن أحد أمرين: إما أن يكون له سند فيه، أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي...»[7] انتهى.

---

(١) أي: البحر الرائق.
(٢) أي: الفتاوى التاتارخانية.
(٣) ينظر: الفتاوى التاتارخانية (١/ ١٩٢)، البحر الرائق (٦/ ٢٩٢).
(٤) أي: البحر الرائق.
(٥) في (أ) و(ب): «وعرف من قاله».
(٦) ينظر: البحر الرائق (٦/ ٢٩٢).
(٧) ينظر: البحر الرائق (٦/ ٢٨٩)، وهذا النص منقول بتمامه من فتح القدير للكمال ابن الهمام (٧/ ٢٥٦).

وفي (المختار)[١]: «الأولى أن يكون القاضي مجتهدًا؛ فإن لم يوجد فيجب أن يكون من أهل الشهادة موثوقًا به في دينه وأمانته وعقله وفهمه، عالمًا بالفقه والسنة وكذلك المفتي[٢] فجزى الله عنا أئمتنا خيرًا[٣]»، انتهى من (شرح تنوير الأبصار)[٤] للمؤلف عازيًا إلى (المختار).

وفي (البحر) من كتابِ القضاء أيضًا: «ويحرمُ التساهل في الفتوى واتباع [الحيل][٥] إن فسدت الأغراض، وسؤال من عُرف بذلك، وليكن المفتي مُنزَّهًا عن خوارمِ المروءة، فقيهُ النفسِ، سليمُ الذهنِ، حسنُ التصرفِ، ولو عبدًا وامرأة وأخرس تُفهم إشارته، وليس هو كالشاهد في ردّ فتواه [لقرابة][٦] وجرِ نفع.

وتقبلُ فتوى من لا يكفر ولا يفسق ببدعة كشهادة، ولا يأخذ أجرة من مستفت، وإن جعل له [أهل][٧] البلد رزقًا جاز، وإن استؤجر

(١) أي: المختار للفتوى لعبد الله بن مودود الموصلي (ت٦٢٨هـ).
(٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٨٣).
(٣) ينظر: بريقة محمودية في شرح طريقة محمدية لمحمد الخادمي (٣/ ٢٨٦) ناقلا هذه الزيادة عن المختار ولم أجدها في الأصل.
(٤) أي: الشرح المسمى منح الغفار شرح تنوير الأبصار لمحمد بن عبد الله التمرتاشي (ت١٠٠٤هـ)، وقد طبعت بعض أجزاءه، لكن لم أقف على النص المذكور فيها.
(٥) في (ب): «الهوى».
(٦) في (ب): «بقرابة».
(٧) ساقط من (ب).

جاز، والأولى كونها بأجرة مثل كتبه[١] مع كراهة، وله قبولُ هدية لا رشوةٍ على فتوى لما يريد»[٢]، انتهى.

وفي (فتح القدير)[٣]: «وكل من عمل للمسلمين عملاً حكمهُ في الهديةِ حكمُ القاضي[٤] وظاهره أنه يحرم قبولها على الوالي والمفتي»[٥]، انتهى من (شرح تنوير الأبصار) للمؤلف[٦].

وفي (البحر) أيضًا من الكتاب المذكور[٧]: «ويجب أن يستفتي من عرف علمه وعدالته ولو بإخبار ثقة عارفٍ أو باستفاضةٍ؛ وإلا بحث عن ذلك فلو خَفيت عدالتهُ الباطنة اكتفى بالعدالةِ الظاهرة، ويعمل بفتوى عالم مع وجود أعلَمَ جَهِلَه، فإن اختلفا ولا نص قدم الأعلم، [وكذا إذا اعتقد أحدهما أعلم أو أورع][٨]، ويُقَدمُ الأعلم على الأورع، ولا يكتب [خلف][٩] من لا يصلح، وله أن يضرب عليه[١٠] إن أمن

(١) أي بأجرة مثل إجارة كتبه.
(٢) ينظر بتمامه مع تقديم وتأخير: البحر الرائق (٦/ ٢٩١).
(٣) أي: فتح القدير للكمال ابن الهمام (ت٨٦١هـ).
(٤) ينظر: فتح القدير (٧/ ٢٧٢).
(٥) هذه الزيادة من البحر الرائق (٦/ ٣٠٥) وليست في الأصل.
(٦) ينظر: شرح تنوير الأبصار مخطوطًا صحيفة (٦٤).
(٧) أي: شرح تنوير الأبصار.
(٨) ساقط من (ب).
(٩) ساقط من (ب).
(١٠) أي يشطب اللفظ بخط ونحوه.

[فتنته][1]، وإن سخط [٣ أ / ب] المالك[2]، وينبغي للإمام أن يبحث عن أهل العلم ممن يصلح للفتوى ليمنع من لا يصلح، ويجوز للشاب الفتوى [٣ ب / ب] إذا كان حافظًا للروايات واقفًا على الدرايات محافظًا على الطاعات مجانبًا للشهوات والشبهات، والعالم كبيرٌ وإن كان صغيرًا، والجاهلُ صغيرٌ وإن كان كبيرًا.

وكره بعضهم الإفتاء، والصحيح عدم الكراهة للأهل، والمرادُ بالأهليةِ هنا أن يكون عارفًا مُميزًا بين الأقاويل له قدرةٌ على ترجيحِ بعضها على بعض، ولا يصيرُ[3] أهلاً للفتوى ما لم يصر صوابه أكثر من خطئه؛ لأن الصواب متى كثُر فقد غَلَب ولا عبرةَ بالمغلوبِ بمقابلة الغالب؛ فإن أصول الشرع مبنيةٌ على الأعم الأغلب، وكذا في (الولوالجية)[4] من كتاب القضاء[5].

ومن آدابه أن يأخذ الورقة بالحرمةِ، ويقرأَ المسألةَ بالبصيرةِ مرةً بعد مرةٍ؛ حتى يتضحَ له السؤال، ثم يجيب. وإذا لم يتضح السؤال

(١) في المطبوع: «فتنة».
(٢) في المطبوع زيادة: «وينهى المستفتي عن ذلك، وليس له حبس الرقعة وينبغي للإمام....».
(٣) في المطبوع: «الرجل».
(٤) أي: الفتاوى المسماة الفتاوى الولوالجية لعبد الرشيد الولوالجي (ت٥٤٠هـ).
(٥) ينظر: الفتاوى الولوالجية (٤/ ٣٢).

سأل من المستفتي، ولا يرمي بالكاغدِ[1] إلى الأرض، وهو لا يجوز»[2]، انتهى من (البحر) من كتاب القضاء.

وفي (فتاوى) العلامة الشيخ خير الدين من كتاب القضاء ما نصه: «سُئل في مفت ينفع الناس بالفتوى وغيرها بالنقول الصحيحة [عن][3] الكتبِ المعتمدة بإجازات مشايخه الذين علّمُوه العلمَ والعمل به، ولم يُعلم بوجه مّا كونُه ماجنًا[4]، فهل للقاضي أو غيره أن يحجر عليه، ويمنعه من نفع المسلمين بالفتوى أم لا يجوز له ذلك؟ وهل فعل القاضي هذا شرع محمد بن عبد الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ أم شرع الجهال بلا مين؟ وهل إذا كان ماجنًا وثبت عليه ذلك وحجر عليه القاضي وأفتى بعد الحجر تجوزُ فتواه ويعمل بها كما صرح به في (الدرر والغرر) نقلًا عن (البدائع) أم لا؟[5] والحالُ أن المفتي في بلاد خلت عن مثله علماً وعملًا وما يستحق من يسعى في الحجر عليه ومن يعينه على ذلك من الله تعالى دنيا وأخرى؟ وهل يؤجرُ ويثابُ من يعين ذلك المفتي على نفع المسلمين بالفتوى من الحكام وغيرهم أم لا؟ بيّنوا لنا الجواب

(١) الكاغد: الورق، ينظر: لسان العرب (٣/ ٣٨٠).
(٢) ينظر بتمامه مع تقديم وتأخير: البحر الرائق (٦/ ٢٩٢-٢٩٤).
(٣) في المطبوع: «من».
(٤) الماجن: الشخص الذي لا يبالي ما صنع وما قيل له، ينظر: لسان العرب (١٣/ ٤٠٠).
(٥) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ١٦٩)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام لمُنْلا خسرو (٢/ ٢٧٤).

الواضح ليفهمه كل طالح وصالح، وهل إذا خلت بلاد من عالم [يرجعُ][1] المسلمون في أمور دينهم ودنياهم إليه تجوز المهاجرة [٤ أ / أ] منها إلى بلادٍ فيها يوجد العلم أم لا؟

أجاب: لا يجوزُ منع المفتي الموثوق به في دينه وعفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه [٤ ب / أ] الفقه والتصحيح والاختيار؛ لأن فيه منع التكلم بما أنزل اللهُ العزيزُ الجبار، ومن كتم علمًا أُلجمَ بلجام من نار، وكفى في ذلك قول الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَكۡتُمُونَ مَآ أَنزَلۡنَا مِنَ ٱلۡبَيِّنَٰتِ وَٱلۡهُدَىٰ﴾ [البَقَرَة: ١٥٩] الآية، ومثلُها كثيرٌ في إفادةِ حرمةِ المنعِ من الآياتِ الزاجرات المانعة من إخفاء الحق، والفتوى جُعلت لاستجلاء ما خفي ودق عن أفهام المكلفين، وإذا تعيّن شخص لها صارت فرضًا في حقه بيقين، فكيف يمنعُ عما هو فرض عليه؟! لا قائل به بين المسلمين ولا جاءت به شريعة من الأولين والآخرين، وإذا أفتى بما هو الصواب بعد الحجر جاز وله الثواب، وإذا أفتى قبل الحجر بالخطأ لا يجوز، [وإن][2] تعمده عليه العقاب، وإذا كان المفتي بالوصف المرقوم فلا شبهة في حرمة الحجر عليه، وإثبات الإثم لمن حجر عليه، ومن أعان وأوصل الأذية إليه، ومن لم يكن موصوفًا بما ذكر وكان ماجنًا فالحجرُ عليه من بابِ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والحجر فيه حسي، وليس المراد المعنى

(١) في (أ) و(ب): «ترجع».
(٢) في (ب): «وإذا».

الشرعي المانع من نفوذ التصرف شرعًا، وأما المهاجرة لتعلُّم العلم الواجب فهي واجبةٌ، ولتعلُّم المندوب مندوبةٌ، والإعانةُ على الطاعةِ طاعة والفتوى طاعة والإعانة عليها مثلها، والكلامُ يطول على ذلك فلنقتصر على ما هو المسؤول، والله أعلم»[1]، انتهى من (الفتاوى الخيرية) من القضاء.

وفي (مجموعة) شيخ الإسلام محمد أفندي[2] الشهير بالبرُصلي[3] مفتي الديار الرومية سابقًا - حفظه الله تعالى ونفع به -: ما قول شيخ مشايخ الإسلام أفضل أفاضل الأنام -متّعنا الله بطول مقامه إلى يوم القيام- في رجل أفتى بغير إذن السلطان ببلدة مع أن هناك [مفتيًا][4]

(١) ينظر: الفتاوى الخيرية (٢/ ١٠).

(٢) هو محمد بن عبد الحليم البرسوي نسبة لمدينة بُرسا الأسيري فقد وقع أسيرًا في طريقه لمكة وبذلك سُمي، وهو من علماء الدولة العثمانية اشتهر بالعلم، كان مدرساً في آيا صوفيا، ثم عين مُفتيًا و وصار بعدها أمين الفتوى، عُيّن قاضيًا لمكة المكرمة وبعدها تولى قضاء مصر ثم أدرنة ثم استانبول ثم تولى منصب شيخ الإسلام ومفتي الدولة العثمانية عام (١٠٦٩هـ)، من مصنفاته: (جامع الدعاوى والبينات في الفقه)، و(خلاصتين في الفتاوى)، توفي سنة (١٠٩٢هـ) في بُورسا، ينظر: خلاصة الأثر (٣/ ٣٠٣)، (٣/ ٤٨٢)، وتاريخ مؤسسة شيوخ الإسلام في العهد العثماني (١/ ٥٤٣-٥٤٧).

(٣) البرُصلي نسبة لمدينة بورصا حسب طريقة الكتابة العثمانية وتسمى بورسا وهي عاصمة الدولة العثمانية قديمًا، وهي المعروفة اليوم ببورصة في تركيا، ينظر: السلوك لمعرفة دول الملوك للمقريزي (٧/ ٣٠٠)، ونيل الأمل في ذيل الدول للملطي (٤/ ٣٣).

(٤) في (أ) و(ب): «مفت» والصحيح نحويًّا ما أُثبت.

بـبراءة سـلطانية، فهـل للحاكـم منـع ذلـك [الرجـل مـن الإفتـاء الفضـولي أم لا؟ أفتونا مأجورين][1]؟

إن كان الرجـل عالمًـا قـادرًا عـلى الإفتـاء الشرعـي لا يكـون للحاكـم منـعُ ذلـك عـن الإفتـاء الشرعـي، فـإن الموقـوف عـلى إذن السـلطان هـو القضـاء دون الإفتـاء، فـما معنـى كـون الإفتـاء فضوليًّـا؟! نعـم جـرت العـادة في زماننـا وديارنـا [٤ ب / ب] عـلى أن يكـون الإفتـاء أيضًـا بمعرفـة السـلطان، لكـن الـذي يلزمنـا الجـواب بـما يوافـق [٤ أ / ب] حكـم الـشرع لا غـير، حـرره الفقـير أحمـد» انتهـى، مـن (مجموعـة شـيخ الإسـلام بركـة الأنـام محمـد أفنـدي) مفتـي الديـار الروميـة سـابقًا الشـهير بالبُرصـلي -حفظه الله تعالى-.

فتلخَّـص مـن هـذا كلـه أن مـن كان متصفًـا بالأهليـة للإفتـاء كـما ذُكـر لا يجـوز منعـه منـه، ومـن كان بخـلاف ذلـك مشـهورًا بالجهـلِ والفسـقِ وقلـةِ الديـنِ والمجانـة يجـب منعـه عـلى ولاة الأمـور، ولهـم بذلـك أعظـم الأجـور؛ فـإن تقليـده لذلـك ضرر للمسـلمين وخلـل في الديـن وخيانـة لله ولرسـوله وجماعـة المؤمنـين بنـص قولـه صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «مـن قلّـد إنسـانًا عمـلًا وفي رعيتـه مـن هـو أولى منـه فقـد خـان الله ورسـوله وجماعـة

(١) ساقط من (ب).

المؤمنين»[1] كذا في (الكافي شرح الوافي)[2] (والشرنبلالي)[3] و(الدرر والغرر)[4] أيضًا، والله الموفق.

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (٤/ ١٠٤)، (٧٠٢٣) وذلك بلفظ: «من استعمل رجلًا من عصابة وفي تلك العصابة من هو أرضى لله منه فقد خان الله وخان رسوله وخان المؤمنين»، قال: «حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه»، قال الزيلعي: «تعقبه - أي الحاكم - شيخنا شمس الدين الذهبي في مختصره، وقال: حسين بن قيس ضعيف، انتهى. قلت: رواه ابن عدي في الكامل وضعف حسين بن قيس عن النسائي، وأحمد بن حنبل، ورواه العقيلي أيضاً في كتابه، وأعله بحسين بن قيس» نصب الراية لأحاديث الهداية (٤/ ٦٢)، وقال العسقلاني: «قال العقيلي: إنما يعرف من كلام عمر انتهى، وفي إسناده حسين بن قيس الرحبي وهو واه وله شاهد من طريق إبراهيم بن زياد»، الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ١٦٥)، وقال الألباني: «ضعيف»، ينظر: سلسلة الأحاديث الضعيفة (١٠/ ٤٨).

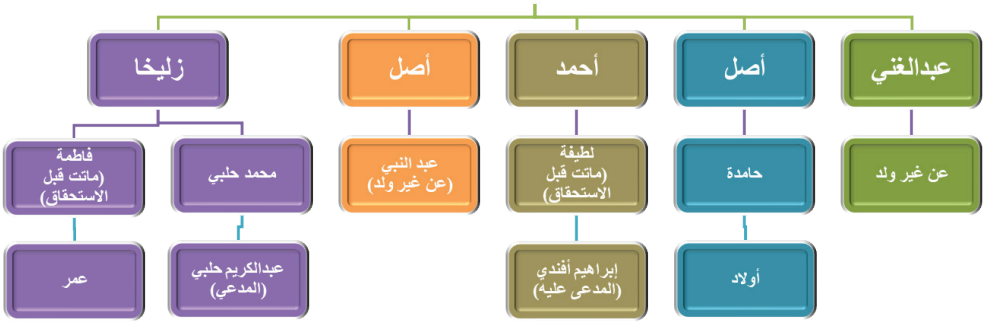
(٢) أي: الكافي في شرح الوافي للحافظ عبد الله بن أحمد النسفي (ت٧١٠هـ).

(٣) أي: حاشية غنية ذوي الأحكام في بغية درر الأحكام لحسن الشرنبلالي (ت١٠٦٩هـ)، وينظر: (٢/ ٤٠٥) مطبوع مع درر الحكام، وعزاه إلى الكافي.

(٤) أي: درر الحكام شرح غرر الأحكام لمُنْلا خسرو الحنفي (ت٨٨٥هـ)، وينظر: (٢/ ٤٠٥).

الباب الأول
في تنزيل شجرة المسألة المحكوم بها

وتوافق حكمها وتطابقه على مسألة السبكي[1] التي ذكرها صاحب (الأشباه والنظائر)[2] -رحمه الله تعالى ونفعنا به-، أما الشجرة للمسألة المحكوم بها فبهذه الصورة، وهي المتقدم ذكرها في أول الدعوى:



وأما تطابقها لمسألة السبكي التي نقلها صاحب (الأشباه) فهو أن الوقف فيها مرتب بثم بين الطبقات ومشروط كهي، ومشروط فيه [٥ أ / أ] تفضيل الذكر على الأنثى، للذكر مثل حظ الأنثيين كهي، ومخرّج من عموم ترتيبه بثم ثلاثة أنفار على الوِلاء، وهم على أن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده، وعلى أن من مات عن غير ولد فنصيبه لمن معه في درجته وذوي طبقته من أهل الوقف المذكور، يقدم الأقرب فالأقرب إلى المتوفى، وعلى أن من مات من أهل الوقف قبل [٥ ب / أ]

(١) ينظر: فتاوى السبكي (٢/ ١٦٨).
(٢) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١١٤).

استحقاقه لشيء من منافع الوقف وترك ولدًا أو ولدَ ولدٍ استحق ذلك المتروك ما كان يستحق المتوفى أن لو كان حيًّا، وقام مقامه في الاستحقاق، أبًا كان أو أُمًّا أو جدًّا أو جدة، كل ذلك على الشرط والترتيب المذكورين أعلاه كهي، بزيادة كل ذلك على الشرط والترتيب المذكورين أعلاه، أي في أولاد الواقف قبل الإخراج، بمعنى أن شرط تفضيل القسمة الذي في أولاد الواقف قبل الإخراج يجري في أولاد أولاد الواقف المخرجين.

بيانه أنه لو كان لهذا الابن الذي مات بعد دخوله في الوقف والذي مات قبل دخوله به [بالفعل][1] فيه أولاد ذكور وإناث، والذي مات عن غير ولد وفي درجته ذكور وإناث، يقسم على كل ما آل إليه للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو كان لكل ممن مات بعد دخوله في الوقف وقبل دخوله فيه أولادٌ وأولادُ أولادٍ فلا يستحق أولادُ الأولادِ مع الأولادِ من ذلك شيئًا؛ عملًا بالترتيب المذكور في أولاد الواقف قبل الإخراج، فيجري على أولادِ أولادِ الواقف المخرجين كذلك حتى يحجب أحدهم فرعه حجب إفراد، لأن عموم أهل الدرجة العليا يحجب عموم أهل الدرجة السفلى، وإلا لما صح الإخراج من العموم والقول باستثنائه وبتخصيصه لعموم الترتيب في المخرج منه، ويلزم منه إلغاء شرط الواقف للمخرجين المذكورين وهو لا يجوز ولا يمكن القول به؛ لأنه كنص الشارع صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولبطل قولهم: «إعمال الكلام أولى من

(١) ساقط من (أ).

إهماله متى أمكن»[1]؛ فظهر لك حينئذ أن التقييد بالزيادة لفائدة التفضيل [٥ أ / ب] في القسمة، ولحجب الأصل فرعه مما يؤول إليه حجب أفراد لا حجب تعميم؛ وإلا لزم التسوية في القسمة واشتراك الفرع مع أصله في الاستحقاق كحالة الإطلاق، ولا قائل به مع التقييد بذلك.

وأما توافق حكمها لمسألة السبكي فهو انتقال نصيب من مات عن ولد لولده وقسمه على المتعدد منهم ذكورًا وإناثًا للذكر مثل حظ الأنثيين، وحجب الأصل منهم لفرعه من ذلك وانتقال نصيب من مات عن غير ولد لمن في درجته كذلك، وقيام ولد من [٥ ب / ب] مات قبل الاستحقاق مقام أصله أبًا أو أُمًّا في استحقاق أصله من أصله، وممن مات في درجته عن غير ولد مع الباقين فيها إلى حين انقراضهم وتقديم الأقرب إليه منهم فالأقرب يعني رحمًا محرمًا عند

(١) هذه قاعدة مهمة يذكرها العلماء وتعني أن إعطاء الكلام حكماً مفيدًا أولى من إلغاء مقتضاه ومضمونه سواء كان هذا الكلام صادرًا من الكتاب أو السنة أو من كلام المكلفين، وهي محل اتفاق بين العلماء لم يصدر عن أحد منهم التصريح بمخالفتها، ويظهر هذا من خلال تعليلهم بها، أو التفريع عليها، والقواعد المتفرعة عن هذه القاعدة كثيرة، ينظر: الإبهاج في شرح المنهاج للتاج السبكي (٢/ ١٢٩)، والمنثور في القواعد الفقهية للزركشي (١/ ١٨٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ١٢٨)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١١٤)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢/ ٢١٩)، وإعمال الكلام أولى من إهماله تأصيلًا وتقعيدًا للعويد (ص١٥).

أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ كما في (الدرر والغرر)[1] من الوقف وقسمه على أهل الدرجة وعلى ولد من مات قبل الاستحقاق عند التعدد المذكور للذكر مثل حظ الأنثيين وحجب الأصل منهم لفرعه فيما آل إليه من ذلك حجب إفراد، بمعنى أنه لو كان لمن في الدرجة ولد لا يستحق معه فيه ولو كان لمن مات قبل الاستحقاق أولاد وأولاد أولاد لا يستحق أولاد الأولاد مع الأولاد من ذلك شيئًا فقد استحق ولد من مات قبل الاستحقاق من الجهتين بهذا الشرط، ويستمر يستحق منه إلى انقراض درجة أصله، ثم ينتقل الحكم في الاستحقاق إلى الفرع نفسه دون أصله عملًا بإطلاق فرض الواقف [لأصله][2] كأنه حيٌّ موجودٌ مطلقًا، وقيامه مقامه على وجه الإطلاق والتعميم للجهتين وعدم تقييد الواقف قيامه مقامه في جهة دون أخرى سيما مع تصريح السيوطي[3] بقيامه مقامه فيهما من الجهتين في تقسيمه[4] الذي هو

(١) ينظر: درر الحكام (٢/ ١٤١).

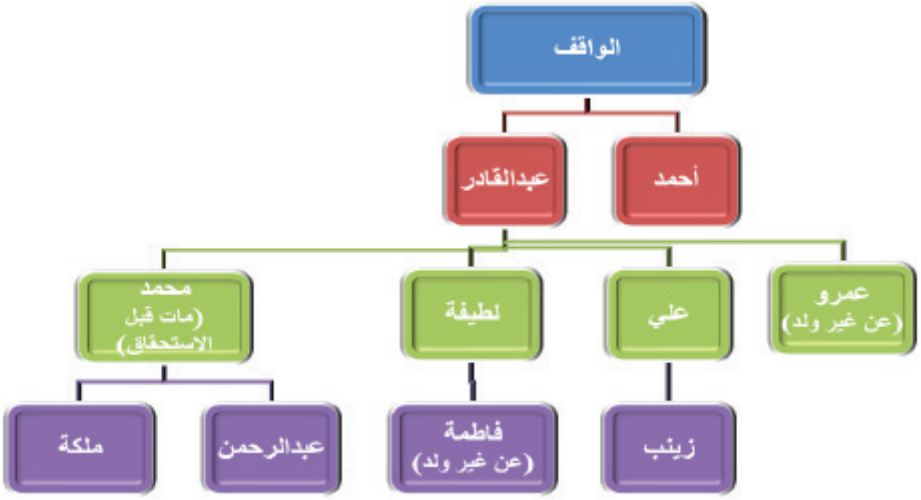
(٢) ساقط من (أ).

(٣) هو الإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد ابن سابق الدين الخضيري السيوطي، جلال الدين، من مصنفاته: (الإتقان في علوم القرآن)، و(إتمام الدراية لقراء النقاية) كلاهما له في علوم مختلفة، و(الأحاديث المنيفة)، و(الازدهار في ما عقده الشعراء من الآثار)، و(إسعاف المبطأ في رجال الموطأ)، و(الأشباه والنظائر في العربية)، و(الأشباه والنظائر في فروع الشافعية) و(بغية الوعاة)، و(تاريخ الخلفاء)، و(تفسير الجلالين)، وغيرها الكثير، توفي في القاهرة سنة (٩١١هـ)، ينظر: الضوء اللامع (٤/ ٦٥) والكواكب السائرة للغزي (٢/ ١٢).

(٤) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ١٢٩-١٣٤).

أظهر في الدلالة على ذلك، ومخالفته في ذلك لتقسيم السبكي المصرح بعدم قيامه مقامه فيهما وتصريح صاحب (الأشباه) بوجوب مخالفة السيوطي للسبكي في ذلك [٦ أ/ أ] لما ذكره[١].

فانظر بإنصاف إلى الشجرتين، وأخرِج قول المخالف لذلك من البين[٢]؛ يتبين لك الحق في ذلك؛ فإنه الحق الذي لا محيد عنه، كما سيتضح لك في الباب الثاني في النقول، وتقف على صريح المنقول المسلَّم عند ذوي العقول، وهذه شجرة مسألة [السبكي التي نقلها صاحب (الأشباه) فيه رَحِمَهُ ٱللَّهُ][٣] يفهمها كل فقيه نبيه:



(١) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١١٥-١٢٠).
(٢) البين: أي البُعد، أي بُعد قول المخالف، ينظر: لسان العرب (١٣/ ٦٣).
(٣) بياض في (أ).

[٦ ب / أ] والوقف فيها مرتب بثم بين الطبقات، ومشروط فيه التفضيل للذكر مثل حظ الأنثيين، [ومخرجُ][1] من عموم ترتيبه بثم الثلاثة الأنفار المذكورون في المسألة المحكوم بها على الوِلاء فقد تطابق تنزيل الواقعة على المنقول من كلام العلماء الفحول من غير شكٍّ ولا ذهول.

(١) بياض في (أ).

وأما الباب الثاني
في الكلام عليها من [٦ أ /ب] عبارات العلماء الفحول وجمع ما فيها من النقول

قال في (الأشباه والنظائر) من القاعدة التاسعة: «إعمالُ الكلام أولى من إهماله متى أمكن، فإن لم يمكن أهمل، ولذا اتفق أصحابنا في الأصول على أن الحقيقة إذا كانت متعذرة؛ فإنه يُصار إلى المجاز» إلى أن قال: «والمهجور شرعًا أو عرفًا كالمتعذر»[(١)]، «وقد جعل السيوطي من فروعها ما وقع في فتاوى السبكي فنذكر كلامها بالتمام ثم نذكر ما يسره الله تعالى ويناسب أصولنا»[(٢)]، قال السبكي: «لو أن رجلاً وقف عليه ثم على أولاده ثم على أولادهم ونسله وعقبه ذكرًا وأنثى للذكر مثل حظ الأنثيين على أن من توفي منهم عن ولدٍ أو نسلٍ عاد ما كان جاريًا عليه من ذلك على ولده ثم ولد ولده ثم على نسله على الفريضة [الشرعية][(٣)]، وعلى أن من توفي عن غير نسل عاد ما كان جاريًا عليه على من في درجته من أهل الوقف المذكور؛ يقدم الأقرب إليه فالأقرب[(٤)]، ويستوي الأخ الشقيق والأخ من الأب، ومن مات من أهل الوقف قبل استحقاقه لشيء من منافع الوقف وترك ولدًا أو

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١١٤).
(٢) ينظر: المرجع السابق (١/ ١١٥).
(٣) ساقط من المطبوع.
(٤) في (ب): «يقدم الأقرب فالأقرب إلى المتوفى».

أسفل منه استحق ما كان يستحقه المتوفى لو بقي حيًّا إلى أن [يصل][1] إليه شيء من منافع الوقف المذكور وقام [ولده][2] في الاستحقاق مقام المتوفى، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء، [ولو][3] توفي الموقوف عليه وانتقل الوقف إلى ولديه أحمد وعبد القادر، ثم توفي عبد القادر، وترك ثلاثة أولاد وهم علي وعمرو ولطيفة وولدي ابنه محمد المتوفى حال حياة والده؛ وهما عبد الرحمن وملكة، ثم توفي عمرو عن غير نسل ثم توفيت لطيفة وتركت بنتاً تسمى فاطمة، ثم توفي علي وترك بنتاً تسمى زينب، ثم توفيت فاطمة بنت لطيفة عن غير نسل، فإلى من ينتقل نصيب فاطمة المذكورة؟ [٦ ب / ب].

فأجاب: الذي ظهر لي الآن أن نصيب عبد القادر جميعه يقسم من هذا الوقف على ستين جزءاً لعبد الرحمن منه اثنان وعشرون، ولملكة أحد عشر [٧ أ / أ] ولزينب سبعة وعشرون، ولا يستمر هذا الحكم في أعقابهم؛ بل كل وقت بحسبه[4].

(١) في المطبوع: «يصير».
(٢) ساقط من (أ) و (ب).
(٣) ساقط من (أ) و (ب).
(٤) ينظر: فتاوى السبكي (٢/ ١٦٨-١٦٩).

قال[1]: وبيان ذلك أن عبد القادر لما توفي انتقل نصيبه إلى أولاده الثلاثة، وهم علي وعمرو ولطيفة، للذكر مثل حظ الأنثيين، لعلي خمساه ولعمرو خمساه، وللطيفة خمسه، وهذا هو الظاهر عندنا.

ويحتمل أن يُقَال يشاركهم [عبد الرحمن][2] وملكة ولدا محمد المتوفى في حياة أبيه، ونزلا منزلة أبيهما فيكون لهما السبعان، ولعلي السبعان، ولعمرو السبعان، وللطيفة السبع، وهذا وإن كان محتملا فهو مرجوح عندنا لأن [المُمكن في مأخذه ثلاثة][3] أمور:

إحداها: أن مقصود الواقف أن لا يحرم أحد من ذريته، وهذا ضعيف لأن المقاصد إذا لم يدل عليها اللفظ لا تعتبر.

الثاني: إدخالهم في الحكم وجعل الترتيب بين كل أصل وفرعه لا بين الطبقتين جميعًا، وهذا محتمل لكنه خلاف الظاهر، وقد كنت ملت إليه مرة في وقف للفظ اقتضاه فيه لست أُعِمُّه[4] في كل ترتيب.

الثالث: الاستناد إلى قول الواقف؛ أن من مات من أهل الوقف قبل استحقاقه بشيء قام ولده مقامه، وهذا [قوي][5] لكن إنما يتم لو صدق على المتوفى في حياة والده أنه من أهل الوقف.

---

(١) أي السبكي.
(٢) في (ب): «عبد القادر».
(٣) في: (أ) و (ب): «التمكن في مأخذه بثلاثة».
(٤) أي: أُعَمِّمُه.
(٥) في المطبوع: «أقوى».

وهذه مسألة كان قد وقع مثلها في الشام قبل التسعين وست مئة (ق٦٩٠هـ) وطلبوا فيها نقلًا فلم يجدوه؛ فأرسلوا إلى الديار المصرية يسألون عنها ولا أدري ما أجابوهم، لكني رأيت بعد ذلك في كلام الأصحاب فيما إذا وقف على أولاده على أن من مات منهم انتقل [نصيبه][1] إلى أولاده، ومن مات ولا ولد له انتقل [نصيبه][2] إلى الباقين من أهل الوقف، فمات واحد عن ولده انتقل نصيبه إليه، فإذا مات آخر عن غير ولد انتقل نصيبه إلى أخيه[3]، لأنه صار من أهل الوقف، فهذا التعليل يقتضي أنه إنما صار من أهل الوقف بعد موت والده فيقتضي أن [ابن][4] عبد القادر المتوفى في حياة والده ليس من أهل الوقف[5].

وأنه إنما يصدُق عليه اسم [٧ ب / أ] أهل الوقف [بعد موت والده][6] إذا آل إليه الاستحقاق،[7] ومما يتنبه له أن بين أهل الوقف والموقوف عليه عمومًا وخصوصًا [٧ أ / ب] من وجه؛ فإذا وقف مثلًا على زيد ثم على عمرو ثم على أولاده فعمرو موقوف عليه في حياة

(١) ساقط من (أ).
(٢) ساقط من (أ).
(٣) في المطبوع: «وابن أخيه».
(٤) ساقط من (ب).
(٥) ينظر: فتاوى السبكي (٢/ ١٦٩-١٧٠).
(٦) ساقط من المطبوع.
(٧) في المطبوع: زيادة «قال».

زيد، لأنه معين قصَدَهُ الواقف بخصوصه وسماه وعينه، وليس من أهل الوقف حتى يوجد شرط استحقاقه، وهو موت زيد وأولاده إذا آل إليهم الاستحقاق، كل واحد منهم من أهل الوقف، ولا يُقال في كل واحد: إنه موقوف عليه بخصوصه لأنه لم يعينه الواقف، وإنما الموقوف عليه [جهة][1] الأولاد كالفقراء.

[قال][2]: فتبين بذلك أن [ابن][3] عبد القادر والد عبد الرحمن [وملكة][4] لم يكن من أهل الوقف[5] ولا موقوفًا عليه؛ لأن الواقف لم ينص على اسمه[6].

قال[7]: وقد يُقال: إن المتوفى في حياة أبيه يستحق أنه لو مات أبوه جرى عليه الوقف فينقل هذا الاستحقاق إلى أولاده،[8] وهذا قد كنت في وقت أَبَحْتُه ثم رجعت عنه[9].

(١) في المطبوع: «جملة».
(٢) أي السبكي، وهو ساقط من (ب).
(٣) ساقط من (ب).
(٤) ساقط من المطبوع.
(٥) في المطبوع: «أصلا».
(٦) ينظر: فتاوى السبكي (٢/ ١٧٢).
(٧) أي السبكي.
(٨) في المطبوع: «قال».
(٩) ينظر: فتاوى السبكي (٢/ ١٧٢).

فإن [قيل][1]: قد قال الواقف: إن من مات عن أهل الوقف قبل استحقاقه لشيء فقد سماه من أهل الوقف، مع عدم استحقاقه فيدل على أنه أطلق أهل الوقف على من [لم][2] يصل إليه الوقف فيدخل محمد والد عبد الرحمن وملكة في ذلك فيستحقان، ونحن إنما نرجع في الأوقاف إلى ما دل عليه لفظ واقفيها سواء وافق ذلك عرف الفقهاء أم لا.

قلت[3]: لا نسلم مخالفة ذلك لما قلناه، أما أوّلاً فلأنه لم يقل: قبل استحقاقه وإنما قال: [قبل][4] استحقاقه لشيء فيجوز أن يكون قد استحق شيئًا صار به من أهل الوقف ويترتب استحقاق آخر فيموت قبله، فنص الواقف على أن ولده يقوم مقامه في ذلك الشيء الذي لم يصل إليه. ولو سلمنا أنه قال قبل استحقاقه، فيُحتمل أن يُقال: إن الموقوف عليه أو البطن الذي بعده وإن وصل إليه الاستحقاق، أعْنِي أنه صار من أهل الوقف قد يتأخر استحقاقه إمَّا لأنه مشروط بمدة كقوله: في كل سنة كذا فيموت في أثنائها أو ما أشبه ذلك، فيصح أن

(١) في المطبوع: «قلت».
(٢) ساقط من (ب).
(٣) أي السبكي.
(٤) ساقط من (ب).

يقال: إن هذا من أهل الوقف، وإلى الآن ما استحق من الغلة شيئًا إما لعدمها أو لعدم[1] الاستحقاق بمضي زمان أو غيره[2].

هذا حكم الوقف [٧ ب / ب] بعد موت عبد القادر، فلما توفي [عمرو][3] عن غير نسلٍ انتقل [٨ أ / أ] نصيبه إلى أخويه[4] عملًا بشرط الواقف لمن في درجته، فيصير نصيب عبد القادر كله بينهما أثلاثًا؛ لعلي الثلثان وللطيفة الثلث، ويستمر حرمان عبد الرحمن وملكة، فلما ماتت لطيفة انتقل نصيبها وهو الثلث إلى ابنتها[5] ولم ينتقل إلى عبد الرحمن وملكة شيء لوجود أولاد عبد القادر وهم يحجبونهم؛ لأنهم أولاده، وقد قدمهم على أولاد الأولاد الذين هما منهم.

ولما توفي علي بن عبد القادر وخلف بنته زينب، احْتَمَل أن يقال: نصيبه كله وهو ثلثا نصيب عبد القادر لها، عملًا بقول الواقف: من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه لولده، وتبقى هي وبنت عمتها مستوعبتين نصيب جدهما؛ لزينب ثلثاه، ولفاطمة ثلثه.

واحْتَمَل أن يقال: إن نصيب عبد القادر كله ينقسم على أولاده الآن عملًا بقول الواقف، ثم على أولاده ثم على أولاد أولاده فقد أثبت

(١) في المطبوع: «شرط».
(٢) ينظر: فتاوى السبكي (٢/ ١٧٤).
(٣) في (أ) و(ب): «عمر».
(٤) في المطبوع: «إخوته».
(٥) في المطبوع: «فاطمة».

لجميع أولاد الأولاد استحقاقًا بعد الأولاد، وإنما حجبنا عبد الرحمن وملكة، وهما من أولاد الأولاد بالأولاد، فإذا انقرض الأولاد زال الحجب فيستحقان ويقسم نصيب عبد القادر بين جميع أولاد أولاده، فلا يحصل لزينب جميع نصيب أبيها، وينقص ما كان بيد فاطمة بنت لطيفة، وهذا أمر اقتضاه النزول الحادث بانقراض طبقة الأولاد المستفاد من [قول][1] الواقف؛ إن أولادَ الأولادِ بعدهم فلا شك أن فيه مخالفة لظاهر قوله: أن من مات فنصيبه لولده، فإن ظاهره يقتضي أن نصيب علي لبنته زينب، واستمرار نصيب لطيفة لبنتها فاطمة فخالفناه بهذا العمل فيهما جميعًا، ولو لم نخالف ذلك لزمنا مخالفة قول الواقف: أن بعد الأولاد يكون لأولاد الأولاد، فظاهره يشمل الجميع.

فهذان الظاهران تعارضا، وهو تعارض قوي صعب ليس في هذا الوقف محل أصعب منه، وليس الترجيح فيه بالهين بل هو محل نظر الفقيه، وخطر لي فيه [طرق][2]:

منها: أن الشرط المقتضي لاستحقاق أولاد الأولاد جميعهم متقدم في [٨ ب / أ] كلام الواقف، والشرط المقتضي لإخراجهم بقوله: من مات انتقل نصيبه لولده متأخر، فالعمل [٨ أ / ب] بالمتقدم أولى[3] وهذا ليس من باب النسخ حتى يقال: العمل بالمتأخر أولى.

(١) في المطبوع: «شرط».
(٢) في المطبوع: «أطرق».
(٣) في المطبوع: «لأن».

ومنها: أن ترتيب الطبقات أصل، وذكر انتقال نصيب الوالد إلى ولده فرع وتفصيل لذلك الأصل، فكان التمسك بالأصل أولى.

ومنها: أن «من» صيغة عامة بقوله: من مات وله ولد، صالح لكل فرد منهم ولمجموعهم، وإذا أريد مجموعهم كان انتقال نصيب مجموعهم إلى مجموع الأولاد من مقتضيات هذا الشرط، فكان إعمالاً له من وجه مع إعمال الأول، وإن لم نعمل بذلك كان إلغاء للأول عن [كل][1] وجه، وهو مرجوح.

ومنها: إذا تعارض الأمر بين إعطاء بعض الذرية وحرمانهم تعارضاً لا ترجيح فيه فالإعطاء أولى لأنه لا شك أنه أقرب إلى غرض الواقفين.

ومنها: أن استحقاق زينب لأقل الأمرين وهو الذي يخصها - إذا شرك بينها وبين بقية أولاد الأولاد - محقق، وكذا فاطمة، والزائد على المحقق في حقها مشكوك فيه ومشكوك في استحقاق عبد الرحمن وملكة، [فإذا لم يحصل ترجيح في التعارض بين اللفظين يقسم بينهم، فيقسم بين عبد الرحمن وملكة][2] وزينب وفاطمة، وهل يقسم للرجل مثل حظ الأنثيين، فيكون لعبد الرحمن خمساه ولكل من الإناث خمسه نظرًا إليهم دون أصولهم، أو ينظر إلى أصولهم فينزلون منزلتهم لو كانوا موجودين فيكون لفاطمة خمسه، ولزينب خمساه، ولعبد الرحمن وملكة

(١) ساقط من (أ) و (ب).
(٢) ساقط من (ب).

خمساه؟ فيه احتمال، وأنا إلى الثاني أميل، حتى لا يفضل فخذ على فخذ في المقدار بعد ثبوت الاستحقاق، فلما توفيت فاطمة عن غير نسل والباقون من أهل الوقف: زينب بنت خالها وعبد الرحمن وملكة ولدا عمها، وكلهم في درجتها وجب قسم نصيبها بينهم؛ لعبد الرحمن نصفه وللملكة ربعه، ولزينب ربعه.

ولا نقول هنا: ينظر إلى أصولهم لأن الانتقال مِن مساويهم ومَن هو في درجتهم فكان اعتبارهم بأنفسهم أولى، فاجتمع لعبد الرحمن وملكة الخمسان حصلا لهما بموت علي ونصف وربع الخمس الذي لفاطمة بينهما بالفريضة، فلعبد الرحمن خمس، ونصف خمس، وثلث خمس، وللملكة ثلثا خمس، وربع [٨ ب / ب] خمس، فاجتمع لزينب الخمسان بموت والدها، وربع خمس فاطمة فاحتجنا إلى [٩ أ / أ] عدد يكون له خمس ولخمسه ثلث وربع وهو ستون، فقسمنا نصيب عبد القادر عليه لزينب خمساه، وربع خمسه، وهو سبعة وعشرون، ولعبد الرحمن اثنان وعشرون وهو خمس ونصف خمس وثلث خمس وللملكة أحد عشر وهي ثلثا خمس وربع خمس[(١)]، فهذا ما ظهر لي ولا أشتهي أحدًا من الفقهاء يقلدني بل ينظرُ لنفسه[(٢)]، انتهى كلام السبكي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ بحمد الله.

(١) ينظر: فتاوى السبكي (٢/ ١٧٤-١٧٧).
(٢) ينظر: فتاوى السبكي (٢/ ١٧٦).

قلت (قائله [الجلال][1] الأسيوطي)[2]: الذي يظهر اختياره أولًا؛ دخول عبد الرحمن وملكة بعد موت عبد القادر عملًا بقوله: ومن مات من أهل الوقف إلى آخره، وما ذكره السبكي من أنه لا يطلق عليه أنه من أهل الوقف ممنوع.

وما ذكره في تأويل قوله قبل استحقاقه خلاف الظاهر من اللفظ وخلاف المتبادر إلى الأفهام بل صريح كلام الواقف أنه أراد بأهل الوقف الذي مات قبل استحقاقه، الذي لم يدخل في الاستحقاق بالكلية ولكنه بصدد أن يصير إليه.

وقوله: لشيء من منافع الوقف دليل قوي لذلك؛ فإنه نكرة في سياق الشرط وفي سياق كلام معناه النفي فيعم، لأن المعنى ولم يستحق شيئًا من منافع الوقف، وهذا صريح في رد التأويل الذي قاله، ويؤيده أيضاً قوله: استحق ما كان يستحقه المتوفى لو بقي حيًّا إلى أن يصير له شيء من منافع الوقف، فهذه الألفاظ كلها صريحة في أنه مات قبل الاستحقاق، وأيضًا لو كان المراد ما قاله السبكي، لاستغنى عنه بقوله أولًا: على أن من مات عن ولد عاد ما كان جاريًا عليه على ولده فإنه يغني عنه، ولا ينافي هذا اشتراطه الترتيب في الطبقات بثم؛ لأن [ذاك][3] عام خصصه هذا كما خصصه أيضًا قوله: على أن من مات عن ولد إلى

(١) ساقط من المطبوع.
(٢) تعليق ابن نجيم.
(٣) في المطبوع: «ذلك».

آخره؛ وأيضًا فإنا إذا عملنا بعموم اشتراط الترتيب لزم منه إلغاء هذا الكلام بالكلية وأن لا يعمل في صورة؛ لأنه على هذا التقدير إنما [استحق][1] عبد الرحمن وملكة لما استويا في الدرجة أخذًا من قوله: عاد على من في درجته فبقي قوله: ومن مات قبل استحقاقه إلى آخره مهملًا [٩ ب / أ] لا يظهر له أثر في صورة، بخلاف ما إذا أعملناه [٩ أ / ب] وخصّصنا به عموم الترتيب، فإن فيه إعمالًا للكلامين وجمعًا بينهما، وهذا أمر ينبغي أن يقطع به.

فنقول: لما مات عبد القادر قسم نصيبه بين أولاده الثلاثة وولدي ولده أسباعًا[2] لعبد الرحمن وملكة السبعان أثلاثًا، فلما مات عمرو عن غير نسل انتقل نصيبه إلى [أخويه][3] وولدي أخيه؛ [فيصير][4] نصيب عبد القادر كله بينهم، لعلي خمسان، وللطيفة خمس، ولعبد الرحمن وملكة خمسان، أثلاثًا، ولما توفيت لطيفة انتقل نصيبها بكماله لبنتها فاطمة، ولما مات علي انتقل نصيبه بكماله لبنته زينب.

ولما توفيت فاطمة بنت لطيفة والباقون في درجتها: زينب وعبد الرحمن وملكة، قسم نصيبها بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين؛ اعتبارًا بهم لا بأصولهم كما ذكره السبكي، لعبد الرحمن نصفه، ولكل بنت

(١) في المطبوع: «يستحق».
(٢) في المطبوع: «و لعبد الرحمن».
(٣) في (ب): «إخوته».
(٤) في المطبوع: «ليصير».

ربع، فاجتمع لعبد الرحمن بموت عمرو خمس وثلث، وبموت فاطمة نصف خمس، وللملكة بموت عمرو ثلثا خمس، وبموت فاطمة ربع خمس، فيقسم نصيب عبد القادر ستين جزءًا، لزينب سبعة وعشرون وهي خمسان وربع خمس، ولعبد الرحمن اثنان وعشرون وهي خمس ونصف خمس وثلث خمس، وللملكة أحد عشر وهي ثلثا خمس وربع [خمس][1]، فصح ما قاله السبكي، لكن الفرق بعدم استحقاق عبد الرحمن وملكة والجزم حينئذ بصحة هذه القسمة، والسبكي تردد فيها وجعلها من باب قسمة المشكوك في استحقاقه، ونحن لا نتردد في ذلك»[2]، انتهى هذا آخر ما أورد الجلال الأسيوطي [في هذه المسألة][3].

«وأنا[4] أذكرُ حاصل السؤال وحاصل جواب السبكي، وحاصل ما خالف فيه الجلال الأسيوطي، ثم أذكر بعده ما عندي في ذلك، وإنما أطلت فيها لكثرة وقوعها، وقد أفتيتُ فيها مرارًا.

أما حاصل السؤال: أن الواقف وقف على ذريته مرتبًا بين البطون بثم، للذكر مثل حظ الأنثيين، وشَرَط انتقال نصيب المتوفى عن ولد إليه وعن غير ولد إلى من هو حي في درجته، وأن من مات قبل استحقاقه وله ولد، قام مقامه لو بقي حيًّا، فمات الواقف عن

(١) ساقط من المطبوع.
(٢) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١١٥- ١٢٠)، والأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ١٢٩-١٣٤).
(٣) ساقط من (أ).
(٤) أي ابن نجيم.

[ولدين][1] [١٠ أ / أ] ثم مات أحدهما عن ثلاثة وولدي ابن لم يستحق [٩ ب / ب] ثم مات اثنان [من][2] الثلاثة عن ولدين، ثم مات واحد عن غير نسل، ثم مات أحد الولدين عن غير نسل.

وحاصل جواب السبكي: أن ما خص المتوفى وهو النصف مقسوم بين أولاده الثلاثة ولا شيء لولدي ابنه المتوفى في حياته، ومن مات من الثلاثة عن غير نسل رد نصيبه إلى [أخويه][3] فيكون النصف بينهما، ومن مات عن ولده فنصيبه له ما دام أهلُ طبقة أبيه، فمن مات بعدهم يقسم نصيبه بين جميع أولاد الأولاد بالسوية، فيدخل ولد المتوفى في حياة أبيه فتنتقض القسمة بموت الطبقة الثانية، ويزول الحجب عن ولدي المتوفى في حياة أبيه؛ عملًا بقوله: ثم على أولاد أولاده، وأنه إنما يُعمل بقوله: من مات عن ولد انتقل نصيبه إلى ولده ما دام البطن الأول فمن مات من أهل البطن الأول انتقل نصيبه إلى ولده ويقسم الربع في هذا، فإذا لم يبقَ أحد من البطن الأول فتنتقض القسمة ويكون بينهم بالسوية، فمن مات من أهل الثاني عن ولد انتقل نصيبه إليه إلى أن ينقرض أهل تلك الطبقة فتنتقض القسمة ويقسم بينهم بالسوية وهكذا يفصل في كل بطن.

(١) في المطبوع: «الولدين».
(٢) في (أ): «عن».
(٣) في المطبوع: «إخوته».

وحاصلُ مخالفة الجلال الأسيوطي له في شيء واحد؛ وهو أن أولاد المتوفى في حياة أبيه لا يحرمون مع بقاء الطبقة الأولى، وأنهم يستحقون معهم، ووافقه على انتقاض القسمة.

قلت[1]: أما مخالفته في أولاد المتوفى في حياة أبيه فواجبة، لما ذكره الجلال الأسيوطي، وأما قوله بنقض القسمة بعد انقراض كل بطن فقد أفتى به بعض علماء العصر وعزوا ذلك إلى الخصَّاف ولم يتنبهوا[2] لما صوَّره الخصَّاف وما صوَّره السبكي؛ فأنا أذكر حاصل ما ذكره الخصَّاف بالاختصار، وأبين ما بينهما من الفرق...»[3].

إلى أن ذكر الثمان صور التي ذكرها الخصَّاف[4] وبيَّن أحكامها، قال: «فأخذ بعض العصريين من الصورة الثانية وبيان حكمها، أن الخصَّاف قائلٌ بنقض القسمة في مثل مسألة السبكي [١٠ أ/ ب] ولم يتأمل الفرق بين الصورتين؛ فإن في مسألة السبكي وَقَفَ على أولاده

(١) أي ابن نجيم.
(٢) مطموس في (أ).
(٣) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١٢١-١٢٢).
(٤) هو العلامة الشيخ أبو بكر أحمد بن عمر بن مهير الشيباني، المعروف بالخصَّاف: فرضيّ حاسب فقيه، كان مقدمًا عند الخليفة المهتدي بالله، فلما قتل المهتدي نهب فذهب بعض كتبه، له تصانيف منها: (أحكام الأوقاف)، و(الحيل)، و(الوصايا) و(الشروط)، و(الرضاع)، و(المحاضر والسجلات)، (أدب القاضي)، و(النفقات على الأقارب)، و(الخراج) وغير ذلك، توفي في بغداد سنة (٢٦١هـ)، ينظر: سير أعلام النبلاء (١٣/ ١٢٣)، والجواهر المضية (١/ ٢٣٠)، وينظر: أحكام الأوقاف للخصاف (١/ ٨٤).

ثم أولادهم بكلمة ثم بين [١٠ ب / أ] الطبقتين وفي مسألة الخصَّاف وَقَفَ على ولده وولد ولده بالواو لا بثم، فصدر مسألة الخصَّاف اقتضى اشتراك البطن الأعلى مع الأسفل وصدر مسألة السبكي اقتضى عدم الاشتراك، فالقول بنقض القسمة وعدمه مبني على هذا، والدليل عليه أن الخصَّاف بعد ما قرر نقض القسمة كما ذكرنا قال: فإن قلت: فلم كان هذا القول عندك المعمول به وتركت قوله: كلما حدث على أحد منهم الموت كان نصيبه مردودًا إلى ولده وولد ولده ونسله أبدًا ما تناسلوا، [قلت][(١)] من قِبَل: أنّا وجدنا بعضهم يدخل في الغلة ويجب حقه فيها بنفسه بأبيه، فعلمنا بذلك وقسمنا الغلة على عددهم (انتهى).

فقد أفاد أن سبب نقضها دخول ولد الولد مع الولد بصدر الكلام، فإذا كان صدره لا يتناول ولد الولد مع الولد بل مخرج له، فكيف يقال بنقض القسمة؟

فإن قلتَ:[(٢)] صدقت أن الخصَّاف صوَّرها بالواو ولكن ذكر بعده ما يفيد معنى ثم، وهو تقديم البطن الأعلى فاستويا.

قلتُ: نعم، لكن هو إخراج بعد الدخول في الأول بخلاف التعبير بثم من أول الكلام فإن البطن الثاني لم يدخل مع البطن الأول، فكيف يصح أن يستدل بكلام الخصَّاف على مسألة السبكي مع أن السبكي

(١) في (أ): «قال».
(٢) في المطبوع: زيادة «قد».

بنى القول بنقض القسمة على أن الواقف إذا ذكر شرطين متعارضين يعمل بأولهما.

قال: وليس هذا من باب النسخ حتى يعمل بالمتأخر.

فإن كان هذا رأي السبكي في الشرطين، فلا كلام في عدم التعويل عليه، وإن كان مذهب الإمام الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ فهو مُشكل على قولهم: أن شرط الواقف كنص الشارع، فإنه يقتضى العمل بالمتأخر، وحيث كان مبنى كلام السبكي على ذلك لم يصح القول به على مذهبنا؛ فإن مذهبنا العمل بالمتأخر منهما.

قال الإمام الخصَّاف: إنه لو كتب في أول المكتوب بعد الوقف: لا يباع ولا يوهب، وكتب في آخره: على أن لفلان بيع ذلك والاستبدال بثمنه كان له الاستبدال [١١ أ / أ].

قال: من قِبَل إن الآخر ناسخ للأول، ولو كان على [١٠ ب / ب] عكسه امتنع [بيعه انتهى][(١)].

فالحاصلُ أن الواقف إذا وقف على أولاده وأولاد أولاده، وعلى أولاد أولاد أولاده، [ثم][(٢)] على ذريته ونسله طبقة بعد طبقة، وبطنًا بعد بطن، تحجب الطبقة العليا السفلى، على أن من مات عن ولد انتقل نصيبه إلى ولده، ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه إلى من هو في

(١) ساقط من (أ) و(ب).
(٢) في المطبوع: «و».

درجته وذوي طبقته، وعلى أن من مات قبل دخوله في هذا الوقف واستحقاقه لشيء من منافعه وترك ولدًا أو ولدَ ولدٍ [أو أسفل من ذلك][1] استحق ما كان يستحقه أبوه لو كان حيًّا.

هذه الصورة كثيرة الوقوع بالقاهرة، لكن بعضهم يعبِّر عنها بثم بين الطبقات وبعضهم بالواو، فإن كان بالواو يُقسَّم الوقف بين الطبقة العليا وبين أولاد المتوفى في حياة الواقف قبل دخوله؛ فلهم ما خص أباهم لو كان حيًّا مع إخوته.

فمن مات من أولاد الواقف وله ولد كان نصيبه لولده، ومن مات عن غير ولد كان نصيبه لإخوته، فيستمر الحال كذلك إلى انقراض البطن الأعلى، وهي مسألة الخصَّاف التي قال فيها بنقض القسمة حيث ذكر بالواو، وقد علمته.

وإن ذكر بثم فمن مات عن ولد من أهل البطن الأول انتقل نصيبه إلى ولده، ويستمر له ولا ينقض أصلًا بعده ولو انقرض أهل البطن الأول، فإذا مات أحد ولدي الواقف عن ولد والآخر عن عشرة كان النصف لولد من مات وله ولد والنصف الآخر للعشرة، فإذا مات ابنا الواقف استمر النصف للواحد والنصف للعشرة، وإن استووا في الطبقة؛ فقوله: على أن من مات وله ولد مخصوصٌ من ترتيب البطون

(١) ساقط من (أ) و(ب).

فلا يراعى الترتيب فيه، ثم من كان له شيء ينتقل إلى ولده، وهكذا إلى آخر البطون»[1].

إلى أن قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ثم اعلم أن المراد من قولهم: تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى أنه إن لم يشترط انتقال نصيب من مات لولده، أن كل أصل يحجب فرعه وفرع غيره، فلا حق لأهل البطن الثاني ما دام واحد من البطن الأول موجودًا، وإن اشترط الانتقال إلى الولد فالمراد أن الأصل [١١ أ / ب] يحجبُ فرع نفسه لا فرع غيره»[2].

إلى أن قال: «ثم اعلم أن العلامة عبد البر بن الشحنة نقل في (شرح المنظومة) [١١ ب / أ] عن (فتاوى السبكي) واقعتين غير ما نقله الأسيوطي، وذكر أن بعضهم نسب السبكي إلى التناقض، وحَكَى عنه أنه كتب خطه تحت جواب ابن القماح بشيء ثم تبين له خطؤه فرجع عنه، وأطال في تقريره ونظم للواقعة أبياتًا، فمن رامَ زيادة الاطلاع فليرجع إليه، ولم تزل العلماء في سائر الأعصار مختلفين في فهم شروط الواقفين إلا من رحمه الله، والله الموفق والميسر لكل عسير»[3]، انتهى نقلًا من (الأشباه والنظائر) من القاعدة المذكورة.

أقول: ونص عبارة ابن الشحنة رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ في (شرحه للنظم الوهباني) من كتاب الوقف: «هذه حادثة مهمة وقعت في القاهرة سنة

(١) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١٢٤-١٢٥).
(٢) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١٢٦).
(٣) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١٢٦).

اثنتين وتسعين وثمانمئة، وهي أنه وقع السؤال عن وقف المؤيد شيخ -سقى الله عهده- بعد موت ابنته هل ينتقل نصيبها منه إلى ابنته خاصة أو يشاركها في ذلك ابن ابنها يحيى الميت في حياة أمه؟ فأفتيتُ فيها بالاشتراك وفي نظائرها من قبلها وبذلك أفتى جمهور أهل العصر من أهل المذاهب الأربعة، ثم إني وقفتُ على كلام الشيخ الإمام شيخ الإسلام أبي الحسن السبكي في (فتاواه) على نظير المسألة قال فيها بالانفراد وعدم مشاركة ابن الميت في حياة أبيه، ثم إن جماعة من أعيان الأفاضل -أبقاهم الله تعالى- نقلوا عنه في (الفتاوى) المشار إليها أنه أفتى في نظير ذلك بالمشاركة، وأنه قال: إن الأول خطأ وإن كلامه الثاني يناقض الأول. فراجعت كلامه الثاني فلم أرَ فيه ما يناقض الأول بل كله يستقيم على القواعد التي قرّرها، فأحببتُ إلحاق ذلك بكتابي هذا لكثرة وقوع هذه المسألة تكميلًا للفائدة فقلت:

ومن رتّب استحقاق أطباقَ وُلْدِهِ

وقال على أن الذي مات يُنظَرُ

فإن مات عن ولدٍ يحوزونَ سهمهُ

ومن قبل ما استحقاقه يتقررُ

توفى عن ولد أقيموا مقامه

إذا جاء وقت لو [يَعِش][1] كان يعبُرُ

(١) في (ب) «يعيش» ولا تصح من جهة النحو لأن حقه الجزم، ولا من جهة الوزن الشعري فلا يستقيم كذلك.

ويحجبُ أعلاهم طِباقًا لأسفلٍ
كذا أبدًا حتى انقراض يقررُ

[١٢ أ / أ]

ومات ابنه عن بنته وابن ابنه
وموت أبي ذا قبل ذاك مُصورُ

[١١ ب / ب]

فأفتيتُ والجمهورُ فيها بشِركة
وفي البنتِ فالسبكيُ للكلِ يَحصرُ
وأفتى بأخرى باشتراكٍ وظنهُ
تناقض بعض الفاضلين، فأُنْكِرُ
ولم يتناقض حيث ذا لم يكن به
مفيدًا لترتيب سوى الحجب يذكرُ
فيسلم فيمن مات قبل عمومه
وفي ذاك لا إذ يلزم اللغو فانظروا

فقولي: **رتَّب** أعم من أن يكون بثم أو غيرها مما يفيد الترتيب، **وأقيموا مقامه كان يعبر** في الوقف والإشارة **بذا** إلى الابن، والإشارة في **حيث ذا** إلى الذي أفتى به في الأخرى التي ظن أنها عين الأولى؛ لأنه جعل فيه الاستحقاق بعد من وقف عليهم إلى أولادهم وإن سفلوا، فلولا قوله: تحجب الطبقة العليا أبدًا منهم السفلى، لم يكن في كلامه

ما يفيدُ الترتيبَ على ما سيتلى عليك مبينًا مفصلًا بوجوهه وحججه، والإشارة بذاك إلى الجواب الأول الذي أفتى فيه بالانفراد»[١] يعني السبكي، إلى أن قال: «المسألة الثانية التي توهم بعض الفضلاء أنها مناقضة لهذه الأولى هي ما ذكره في (الفتاوى) أيضًا، قال: «مسألة أولاد تاج الملوك: وقف على أولاده الأربعة، ثم من بعد جميعهم على أولادهم وإن سفلوا تحجب الطبقة العليا منهم الطبقة السفلى، على أن من مات منهم وله ولدٌ أو ولدُ ولدٍ وإن سفل [انتقل][٢] نصيبه إليه، [ومن مات ولا ولد له انتقل نصيبه لإخوته][٣]، ومن مات ولا ولد له ولا إخوة انتقل نصيبه لأقرب الناس من أولاده وأولاد أولاده، ومن مات منهم قبل استحقاقه لشيء عن ولد[٤] استحق ولده نصيبه فمات رجل وله بنت وابن ابن [قد][٥] مات أبوه قبل الاستحقاق؟

[أجاب][٦]: يأخذ ابن الابن الذي مات أبوه قبل الاستحقاق [ما كان يأخذه أبوه لو كان حيًّا][٧] الآن، ولا تحجبه عنه عمته ولا يمنع من

(١) ينظر: تفصيل عقد الفرائد (شرح النظم الوهباني) مخطوطًا صحيفة (٩٦)، وهذا الجزء لم أقف عليه في المطبوع.
(٢) ساقط من (أ) و (ب).
(٣) ساقط من (أ) و (ب).
(٤) في المطبوع: «ومن مات قبل الاستحقاق استحق ولده نصيبه».
(٥) ساقط من (ب).
(٦) ساقط من (ب).
(٧) في (ب): «ما يأخذه لو كان حيا».

ذلك قوله: تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى؛ لأن معنى ذلك هنا: أن كل واحد يحجب ولده؛ جمعًا بين الكلامين، وإن لم يكن ذلك لغا قوله: من مات منهم قبل الاستحقاق استحق ولده نصيبه، والله تعالى أعلم.

وقد كانوا استُفْتُوا[1] في هذا الوقف ولم [يبينوا][2] في (الفتاوى) هذا الشرط الأخير فكتبت أنا وجماعة أنها تحجبه، وهو صحيح؛ عملًا بالشرط [١٢ أ / ب] [١٢ ب / أ] الأول وعموم الحجب من غير معارض، ثم أحضروا فتاوى فيها الشرط المذكور [وروجوا][3] على المُفْتَين، [فظنوا][4] أنها الأولى ولم ينتبهوا للشرط الزائد فكتبوا عليها كذلك وحضرت إلي وعليها خط ابن القماح، وكنت قريب عهد بالكتابة على الأولى فكتبت إلى جانبه كذلك يقول علي السبكي، ثم اطلعت على الشرط المذكور على كتاب الوقف فعلمت أن الكتابة بالحجب في الثانية كان خطأ وقلت لهم ذلك وبقي خطي معهم لم أجده[5] فليعلم ذلك والله تعالى أعلم»[6]، وهذا كما تراه ظاهراً أنه لا

(١) أي طُلب من منهم الفتوى، ويعني بذلك المشايخ الآنف ذكرهم.
(٢) في المطبوع: «يكتبوا».
(٣) في المطبوع: «وروحوا».
(٤) في المطبوع: «فتوهموا».
(٥) في المطبوع: «فاتني أن آخذه».
(٦) ينظر: فتاوى السبكي (١/ ٤٨٦).

تناقض فيه مع المسألة الأولى»[1]، انتهى من (شرح المنظومة الوهبانية) للعلامة ابن الشحنة رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ.

وفي (فتاوى [العلامة[2]] الشيخ خير الدين رحمة الملك المبين[3]): «سُئل في وقف شرط واقفه صرف فاضل وقفه لأولاده فلان وفلانة، ومن عساه يحدث، للذكر مثل حظ الأنثيين خلا بنته لصلبه فلانة فإن لها مثل نصيب ذكر، ثم لأولادهم ثم لأولاد أولادهم، ثم لأنسالهم وأعقابهم على أن من توفي منهم عن ولد وإن سفل عاد نصيبه لولده وإن سفل ونسله وعقبه، ومن مات لا عن ولد وإن أسفل منه [ولم يعقب][4] عاد نصيبه من ذلك إلى من هو في درجته، وإن لم يكن في درجته أحد فإلى أقرب الموجودين إلى الواقف من أهل الوقف، وعلى أن من مات منهم أجمعين قبل أن يصل إليه شيء من الوقف وترك ولدًا أو ولدَ ولدٍ أو أسفل منه استحق ما كان يستحقه المتوفى لو بقي حيًّا أبًا كان أو أُمًّا أو جدًّا أو جده، ويدخل فيه أولاد البنين والبنات، وبعد الانقراض على جهة بِرّ عينّها ماتت إحدى المستحقين عن ابن وعن ابن بنت ماتت أمه في حياة أمها المذكورة قبل وصول شيء من

(١) ينظر: تفصيل عقد الفرائد (شرح النظم الوهباني) مخطوطاً صحيفة (٩٧)، وهذا الجزء لم أقف عليه في المطبوع.
(٢) ساقط من (ب).
(٣) أي الفتاوى الخيرية لنفع البرية لخير الدين الرملي الحنفي.
(٤) ساقط من (ب).

الوقف إليها، هل ينتقل نصيبها لابنها دون ابن بنتها المتوفاة في حياتها قبل استحقاقها لشي من الوقف [أم لا][1]؟

أجاب: اعلم أن البنت التي ماتت في حياة أمها المذكورة لو كانت حية لشاركت أخاها بمقتضى قول الواقف أن من مات منهم قبل وصوله شيء إليه من الوقف [١٣ أ / أ] وترك ولدًا أو أسفل منه استحق ما كان يستحقه المتوفى أن لو بقي حيًّا أبًا كان أو أُمًّا، فابن البنت المذكورة يستحق [١٢ ب / ب] ما كانت تستحقه أمه لو كانت حية إذ لو كانت موجودة لشاركت أخاها ولا ينافي هذا اشتراط الواقف الترتيب بثم؛ لأن ذاك عام خصصه بقوله: على أن من مات عن ولد، فلو عملنا بعموم اشتراط الترتيب لزم من الفاء هذا الكلام أعني كلام الواقف بخلاف ما إذا أعملناه وخصصنا به عموم الترتيب فإن فيه إعمال الكلامين والجمع بينهما وهذا أمر ينبغي أن يقطع به، وقد اختلف إفتاء السبكي في هذه المسألة فتارة أجاب بعدم الدخول وتارة أجاب بالدخول وهو الذي جزم به السيوطي، قال الشيخ زين الدين بن نجيم في (أشباهه): أما مخالفته في أولاد المتوفى في حياة أبيه فواجبة لما ذكره، فعلم به استحقاق ابن البنت التي ماتت في حياة أمها ما كانت تستحقه أمه لو كانت حية، ولا يستقل ابن المرأة المتوفاة آخرًا، والله أعلم»[2].

(١) ساقط من (ب).

(٢) ينظر: الفتاوى الخيرية (١/ ١٦٩)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١٢٢).

وفيها أيضًا: «سُئل من دمشق فيما إذا أنشأ رجل وقفه على نفسه أيام حياته ثم من بعده على أولاده الذكور والإناث بينهم على الفريضة الشرعية للذكر مثل حظ الأنثيين يستقل به الواحد منهم إذا انفرد ويشترك فيه الاثنان فما فوقهما ثم من بعدهم على أولادهم كذلك ثم على أولاد أولادهم نظر ذلك ثم على أنسالهم وأعقابهم مثل ذلك على أن من توفي منهم ومن أولادهم [١٣ ب / أ] وأولاد أولادهم وأنسالهم وأعقابهم عن ولدٍ وعن ولدِ ولدٍ أو نسلٍ أو عقبٍ انتقل نصيبه من ذلك إلى ولده ثم إلى ولد ولده ثم إلى نسله وعقبه على الشرط والترتيب المزبورين أعلاه، وعلى أن من توفي منهم ومن أولادهم وأولاد أولادهم وأنسالهم وأعقابهم عن غير ولدٍ ولا ولدِ ولدٍ ولا نسلٍ ولا عقبٍ انتقل نصيبه إلى من هو في درجته وذوي طبقته من أهل الوقف المستحقين له المتناولين لريعه وأجوره يقدم في ذلك الأقرب فالأقرب إلى المتوفى منهم زيادة عمّا [١٣ أ / ب] بيده من ذلك ثم على ولد من إذا انتقل إليه ذلك ثم على نسله وعقبه على الشرط والترتيب المزبورين أعلاه، وعلى أن من توفي منهم ومن أولادهم وأولاد أولادهم وأنسالهم وأعقابهم قبل استحقاق لشيء من منافع الوقف وترك ولدًا أو ولدَ ولدٍ أو نسلًا أو عقبًا استحق ذلك المتروك ما كان يستحقه المتوفى أن لو كان حيًّا وقام في الاستحقاق مقامه، كل ذلك على الشرط والترتيب المعينين أعلاه، ثم مات الواقف المذكور عن ابن يسمى عمر وعن أولاد ابن مات في حياة الواقف ثم مات عمر عن ابنين وبنتين ثم

مات ابنا عمر وإحدى بنتيه عن غير ولد، والموجود الآن أختهم وأولاد ابن الواقف الذي مات في حياة الواقف، فهل ينتقل نصيب الميتين الذين ماتوا عن غير ولد إلى أختهم المذكورة بمفردها ولا يشاركها فيه أولاد عمها المذكورون أم لا؟

أجاب: نعم ينتقل نصيبهم إلى أختهم وأولاد العم المذكورين لاستوائهم في الدرجة وهم من أهل الوقف المتناولين لريعه قطعًا للذكر مثل حظ الأنثيين زيادة عما بيدهم وهذا مما لا يشك فيه ولا يتوقف والحال هذه، والله أعلم.

وفي ذيل السؤال ما صورته: إذا مات أحد مستحقي الوقف عن ولد وأولاد أولاد ماتوا في حياة أبيهم قبل استحقاقهم لشيء من منافع هذا الوقف، فهل ينتقل استحقاقه إلى ولده دون أولاد أولاده الذين ماتوا في حياة أبيهم أم لا؟

أجاب: يُقسم استحقاق الميت على ولده الحي وعلى أولاده الذين ماتوا في حياته فما أصاب الحي أخذه، وما أصاب الميت دفع إلى أولادهم عملا بقوله: على أنه من توفي منهم ومن أولادهم وأولاد أولادهم قبل استحقاقه لشيء من منافع هذا الوقف وترك ولدًا وولد ولد استحق ما كان يستحقه والده لو كان حيًّا، وهذا أيضًا مما لا شبهة فيه والحال هذه، والله أعلم»[1].

(١) ينظر: الفتاوى الخيرية (١/ ١٤٧).

وفي (الفتاوى الخيرية) المذكورة أيضًا قد تقرر أن الواقف إذا ذكر شرطين متعارضين يعمل بالمتأخر منهما، وفيها أيضًا والمراد من أهل الوقف: من له حق مّا [١٤ أ / أ] حالًا أو مآلًا، وأن النصيب يعم الحاصل بالفعل أو القوة، وعبّر عن أهل الوقف في محل آخر من فتواه بأنه من دخل باللفظ السابق [١٣ ب / ب] من الواقف آن[١] الوقف وإن لم يستحق بعد،[٢] انتهى.

وفي (فتاوى) شيخ مشايخ الشيخ خير الدين كما صرح بذلك الشيخ خير الدين في (فتاواه) وهو أحمد بن يونس الشهير بابن الشَّلَبي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ: «سؤال رُفع إليه من دمشق صورته ما قولكم في شخص وقف على نفسه مدة حياته لا يشاركه فيه مشارك ولا يُنازعه فيه منازع ولا يتأول عليه فيه متأول فإذا توفاه الله تعالى عاد ذلك وقفًا شرعيًّا على الوجه الذي يشرح فيه فيبدأ من له النظر في أمره بعمارته وترميمه وكذا وما فضل بعد ذلك يقبض الناظر منه لنفسه عشرة معلوما له ثم يصرف كذا أو كذا إلى أن قال وما فضل بعد ذلك يصرف إلى أولاد الواقف لصلبه واحدًا كان أو أكثر ذكرًا كان أو أنثى أو ذكورًا وإناثًا بينهم على الفريضة الشرعية للذكر مثل حظ الأنثيين على أنه من توفي منهم ومن أولادهم وأولاد أولادهم [وأولاد أولادهم][٣] وأنسالهم

(١) أي زمن الوقف.
(٢) ينظر: الفتاوى الخيرية (١/ ١١٥-٢١٨).
(٣) ساقط من (ب).

وأعقابهم وإن سفل عن ولدٍ أو ولدَ ولدٍ أو نسل أو عقب عاد ما كان جاريًا عليه من ذلك على ولده ثم على ولد ولده ثم على نسله وعقبه الذكور والإناث على الشرط والترتيب المذكورين أعلاه، ومن توفي منهم ومن أولادهم وأولاد أولادهم وأنسالهم وأعقابهم وإن سفل عن غير ولد ولا ولد ولد ولا نسل ولا عقب عاد ما كان جاريًا عليه من ذلك على إخوته وأخواته إن كانوا بينهم على الفريضة الشرعية؛ فإن لم يكن له إخوة ولا أخوات عاد ما كان جاريًا عليه على مستحقي الوقف المتناولين لريعه حال وفاته بينهم بالسوية، وعلى أنه من توفي من الموقوف عليهم قبل استحقاقه لشيء من منافع الوقف وترك ولدًا أو ولدَ ولدٍ أو نسلًا أو عقبًا وإن سفل استحق ولده والأسفل منه ما كان يستحقه والده لو كان حيًّا، وقام مقامه في الاستحقاق ذكرًا كان أو أنثى على الشرط والترتيب المذكورين أعلاه، هذه عبارة الواقف [١٤ أ / ب] وجعل آخره للفقراء والمساكين وثبت الوقف، وحكم به حاكم حنفي المذهب مع علم بالخلاف [١٤ ب / أ]، ثم إن الوقف المذكور [استمر][(١)] في يد واقف مدة ثم مات الواقف عن بنات ثلاث لصلبه وعن ابن ابن مات أبوه في حياة الواقف ولم يستحق شيئًا من غلة الوقف، فهل يصدق على ابن الواقف الذي مات في حياة الواقف أنه موقوف عليه حتى يدخل في قول الواقف: ومن توفي من الموقوف عليهم أم لا؟ لأنه قبل موت الواقف لم يكن موقوفًا عليه؛ [لأنه إذ ذاك

(١) ساقط من (ب).

لم يكن موقوفًا عليه][1]، إلا الواقف بقوله: وقف ذلك على نفسه مدة حياته لا يشاركه فيه مشارك ولا ينازعه فيه منازع ولا يتأول عليه فيه متأول، وبعد وفاة الواقف كان الابن ميتًا فلم يصلح أن يكون موقوفًا عليه فلم يصدق عليه قول من الموقوف عليهم قبل موت الواقف ولا بعده، ثم حكم حاكم حنفي المذهب بعد وفاة الواقف لبناته الثلاث باستحقاقهن ما يفضل من ريع الوقف المعين أعلاه بعد الذي شرط الواقف تقديمه من جهات البر، واختصاصهن بذلك دون ابن ابن الواقف المذكور الذي مات أبوه في حياة الواقف عملًا بقول الواقف: وما فضل بعد ذلك يصرف لأولاد الواقف لصلبه، وأولاد [الواقف][2] لصلبه هم بناته الثلاث دون ابن ابنه، ولم يعتبر أباه موقوفًا عليه قبل موت الواقف ولا بعده ولم يدخل في قوله من مات من الموقوف عليهم حكما شرعيا مستجمعًا لشرائط الحكم شرعًا، فهل هذا الحكم الصحيح أم لا؟ ورفع سؤال على الصفة المذكورة لمفت حنفي المذهب من أهل زمانه.

فأجاب: الحمد لله، اللهم وفق للصواب، ظاهر الحال عدم دخول ابن الابن في الاستحقاق وإن أخذ آخذ بقول الواقف: على أولاده لصلبه وابن الواقف كذلك، وأن الواقف قال: على أن من مات من الموقوف عليهم قبل استحقاقه لشيء من منافع الوقف وترك ولدًا أو

(١) ساقط من (أ).
(٢) ساقط من (ب).

ولدَ ولدٍ استحق [ولده][1] ما كان يستحقه والده لو كان حيًّا؛ لأن ابن الواقف وإن كان كذلك غير أنه لا يستحق، لأن استحقاقه مُغيًّا بغاية هي موت الواقف، وعند حصول الغاية [١٥ أ / أ] كان الابن معدومًا والمعدوم [١٤ ب / ب] لا يوصف بالاستحقاق، والغاية وصف مُقوم لا متمم بيّن الواقف ذلك بقوله: لا يشاركه فيه مشارك، واستحقاق الفرع مرتب على استحقاق الأصل وحكم الحاكم بشرطه الشرعي واقع محله لا ينقض والله أعلم، وكتبه علي بن محمد بن نقيب الأشراف الحسيني الحنفي، ونفّذ الحكم المذكور على قضاء القضاة واحدًا بعد واحد من مدة تزيد عل أربعين سنة واتصل الثبوت والتنفيذ إلى يومنا هذا، فهل ما أفتى به المفتي معتدٌ به أم لا؟ وهل يكون هذا الحكم واقعًا في محل اجتهاد أم لا أفتونا مأجورين، وابسطوا لنا بجواب مستندين إلى نقل ودليل أثابكم الله بمنه وكرمه، والله أعلم.

جوابه [لمؤلفه][2] أقول وبالله التوفيق: الحكم والفتوى المذكوران على خلاف الصواب والصواب دخول ابن ابن الواقف الذي مات أبوه بعد صدور الوقفية قبل موت أبيه الواقف يشارك بنات الصلب الثلاث فيقسم الفاضل من الريع أخماسًا لابن الابن الخمسان، ولكل بنت خمس عملًا بقول الواقف: على الفريضة الشرعية، وبقوله: وعلى أن من توفي من الموقوف عليهم قبل استحقاقه لشيء من منافع الوقف

(١) ساقط من (ب).
(٢) في (ب) والمطبوع: «لكاتبه».

وترك ولدًا أو ولدَ ولدٍ أو نسلًا أو عقبًا وإن سفل استحق ولده أو الأسفل منه ما كان يستحقه والده أن لو كان حيًّا، وقام مقام والده في الاستحقاق ذكرًا كان أو أنثى، ولا ريب أن أولاد الواقف وأولاد أولاده وإن سفلوا دخلوا في الوقف آن الوقفية غير أنهم لا يستحقون مع وجود الواقف؛ لأنهم محجوبون به، فولد الواقف الذي مات في حياته بعد صدور الوقفية مات بعد دخوله في الوقف لكن قبل استحقاقه، ألا ترى أنه لو عاش ولد الواقف المذكور بعد موت أبيه لشارك أخواته الثلاث لدخوله في الوقفية، فولده يقوم مقامه عملًا بقوله: أن لو كان حيًّا وقام مقام والده في الاستحقاق، وبهذا التقرير [١٥ أ / ب] تبيّن بطلان ما استند إليه الحاكم الحنفي في حكمه من أنه يعتبر الابن [١٥ ب / أ] الذي مات في حياة والده موقوفًا عليه؛ لأنه لم يدخل في قول الواقف من الموقوف عليهم، وليت شعري لو قلنا بأن الأولاد لم يدخلوا في الوقفية حال وجود الواقف كما زعم هذا الحاكم، فإذا مات الواقف فقد استحقوا قطعاً فبأي لفظ يدخلون في الوقف فلم يكن هناك إلا ما وجد من الواقف آن الوقفية، فظهر أنهم دخلوا في الوقفية باللفظ السابق من الواقف آن الوقفية غير أنهم لا يستحقون ما دام الواقف موجودًا، وقول المفتي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ: وعند حصول الغاية كان الابن معدومًا والمعدوم لا يوصف بالاستحقاق إلى آخر كلامه، يرده قول الواقف: أن لو كان حيًّا، فإن ابن الواقف وإن كان معدومًا بعد وفاة والده لكن الواقف فرضه موجود بقوله: أن لو كان حيًّا، فهذه

العبارة كما ترى تفيد أن المعدوم يُفرض موجودًا، وهذا الجواب يجب التعويل عليه والمصير إليه، والحق أحق أن يتبع، ولله أعلم بالصواب»[1] انتهى نقل من (فتاوى) شيخ مشايخ الشيخ خير الدين أحمد بن يونس الشهير بابن الشَّلَبي المذكور رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ.

وهذا في (الإسعاف في أحكام الأوقاف) للخصاف من باب الرجل يجعل أرضه صدقة، بعد قوله: قال: الوقف جائز يسلك بغلات ذلك السبل التي اشترطها وحدّها ما نصه: «قلت: فإن حدث على أحد من ولده لصلبه حدث الموت ما حال نصيبه وقد قال لا يخرج من غلاتها شيء حتى ينقرضوا؟ قال: يكون نصيب من مات من ولده لصلبه لولد المتوفى منهم على ما شرط، قلت: أليس قد قال لا يخرج منه شيء [حتى ينقرضوا][2]، قال: بلى قد قال هذا ولو سكت على هذا لمضى الأمر في ذلك على ما قال، ولكنه نقض هذا بقوله: [وكلما حدث الموت على أحد من ولده لصلبه كان نصيبه لولده][3] فهذا ينقض ذلك، وهو مفسر مشروح، وإنما ينظر في هذا إلى آخر الكلامين فيعول عليه، وينظر إلى شروطه التي اشترطها في الوقف فتمضى وتنفذ، وتجري غلات الوقف عليها [١٦ أ / أ]، قلت: فقد شرط الأمرين جميعًا[١٥ ب / ب] فلم أعملت الآخر منهما؟ قال: لأن الشرط الآخر يفسر عن

(١) ينظر: فتاوى ابن الشلبي (١/ ٢٦٠-٢٦٤).
(٢) ساقط من (أ) و(ب).
(٣) ساقط من (أ).

مراده فلذلك أعملناه، ألا ترى بأنه لو قال تجري غلة هذه الصدقة على ولدي لصلبي فإذا انقرضوا كانت الغلة للمساكين ثم قال بعد ذلك في تفسير الوقف: وكلما حدث الموت على أحد من ولدي لصلبي رد نصيبه على ولده وولد ولده ونسله أبدًا [أني أرُد][1] نصيب كل من مات منهم وله ولد أو ولد ولد عليهم، ولا أجعله للمساكين إلا بعد انقراض [ ][2] آخرهم».

وفيه[3] قبل هذا في صورة شرط واقف آخر: «قلت: فمن مات منهم؟ قال: إن كان الواقف ذكر حال من يموت منهم وعلى من يرجع سهمه أمضيناه على ما يشترط من ذلك، وإن لم يكن ذكر حال من مات منهم نظرنا إلى من كان موجودًا منهم يوم تقع القسمة فقسمنا الغلة بينهم وأسقطنا سهم الميت، إلا أن يكون الميت قد مات منهم بعد ما طلعت الغلة قبل وقت القسمة فيكون سهمه من ذلك لورثته وراجع إلى ماله»[4]، انتهى [النقل][5] من (الإسعاف في أحكام الأوقاف) للخصاف - رحمه الله تعالى ونفعنا به -.

---

(١) في (ب): «في رد».
(٢) في (أ): «من هم».
(٣) أي الإسعاف في أحكام الأوقاف.
(٤) ينظر: أحكام الأوقاف للخصاف (١/ ٨٦ - ٨٧).
(٥) ساقط من (أ).

وفي (فتاوى شيخ الإسلام القاضي زكريا الشافعي[1]) رَحِمَهُ ٱللَّهُ على نحو هذا السؤال: «بأن نصيب البنت الوسطى يعود إلى ولدها وابن أخته عملًا بقول الواقف: ومن مات من أولاد الواقف ونسلهم وعقبهم قبل أن يصل إليه شيء من ريع الوقف إلى آخره، إذ حاصله أن من لم يصل إليه شيء فيعطى نصيبه لو كان حيًّا لأولاده فنصيب الوسطى يعطى ثلثاه لولدها وثلثه لابن بنتها إذ لو كانت حية استحقت الثلث»[2]، انتهى ملخصًا من كتاب الوقف منها.

أقول: فتحرر من هذه العبارات الصريحة، والنقول المعتبرة الصحيحة أن إبراهيم أفندي وعمر يقومان مقام والدتيهما لطيفة وفاطمة المتوفيتين في حياة أصلهما قبل الاستحقاق في استحقاقهما من أصلهما، وممن مات عن غير ولد في درجتها فتستحقان من الجهتين من نصيب عبد الغني المتوفى عن غير ولد ولم يكن في درجته [١٦ أ / ب] أحد موجودًا وهما من أهل الدرجة التي تلي درجته [١٦ ب / أ] سبعية لكل واحدة منهما سبعه، ومن نصيب عبد الغني نصفه لكل واحدة

(١) هو زين الدين أبو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري الخزرجي السنُيكي القاهري الأزهري الشافعي، كان ماهراً في سائر علوم الشرع، فأقبل عليه الطلبة، لقب بشيخ الإسلام، وتولى القضاء، أثنى عليه العلماء كثيراً، كثرت مصنفاته وتنوعت ومنها: (أسنى المطالب شرح روض الطالب)، و(تحفة الباري شرح صحيح البخاري)، و(شرح صحيح مسلم مخطوط)، و(الغرر البهية شرح البهجة الوردية)، توفي سنة (٩٢٦هـ) في القاهرة، ينظر: الكواكب السائرة (١/ ١٩٨)، والأعلام للزركلي (٣/ ٤٦).

(٢) ينظر: الإعلام والاهتمام مجمع فتاوى شيخ الإسلام زكريا الأنصاري (١/ ٢٠٧).

منهما [ربعه ويقوم ولد كل واحدة منهما مقامها][1] في استحقاق ذلك من الجهتين عملًا بشرط الواقف الذي هو كنص الشارع صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ فإن قيل عموم الترتيب يمنع ذلك، قلت: ذاك عام خصصه هذا، كما خصصه قوله: على أن من مات عن ولد فنصيبه لولده، ومستثنى ومخرج منه كما تقدمت الإشارة إليه في هذا الباب وفيما سيأتي؛ فإن قيل فإن فيه جمعاً بين [الحقيقة والمجاز وهذا لا يجوز قلتُ:][2] الحقيقة هنا مهجورة بغلبة الاستعمال فيصار إلى المجاز، على أن الخلاف في الجمع بينهما عند التعارض إنما هو في كلام الشارع صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أما في كلام حملة الشرع فهي حقائق عرفية كما سيأتي، وعلى فرض أنه فيهما فيجوز الجمع بينهما بشرطه الذي سيُتلى عليك سيما مع القرينة الدالة على غرضه من لفظه فقيامهما مقام والديهما لا يجوز إلغاؤه بقرينة فرضه لهما كأنهما حيتان موجودتان في درجتهما مطلقًا ولم يقيد فرضه لهما بشخص ولا بزمن ولم يقل [أحد][3] بتوزيع قيام ولديهما مقامهما في نصيب أصلهما فقط دون من في درجتهما؛ فإنه تخصيصٌ من غير مخصص ومردود بمخالفة السيوطي في قيامهما مقامه فيهما وبتصريح صاحب (الأشباه)[4] بوجوبها في ذلك لما ذكره، وعلى فرض أن غرض الواقف لا يعمل به لمخالفته لصريح شرطه وعدم إمكان القول بالغاية؛

(١) ساقط من (ب).
(٢) ساقط من (ب).
(٣) ساقط من (ب).
(٤) أي: ابن نجيم.

فإنه لا تجوز مخالفة شرطه لمجرد غرض لم يساعد اللفظ كما سيأتي عن (الفتاوى الخيرية) وابن حجر[1] في (فتاواه) رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ تَعَالَىٰ ويدل على ذلك دلالة ظاهرة بالفعل تقسيم السيوطي في مسألة السبكي نصيب عبد القادر على أولاده الثلاثة الموجودين، وعلى ابنه محمد المتوفى في حياة أبيه قبل الاستحقاق أسباعًا وتقسيمه لنصيب عمر أحد أولاد عبد القادر الثلاثة المتوفى عن غير ولد على أخيه [علي وأخته لطيفة الموجودين حقيقة][2] [١٧ أ / أ] وعلى أخيه المتوفى في حياة أبيه قبل الاستحقاق [الموجود مجازًا][3] بفرض الواقف له كأنه حيُ موجود أخماسًا، وقيام ولدي المتوفى المزبور مقامه في استحقاقه من الجهتين عملًا بشرط الواقف المزبور لتسمية والدهما أنه [١٦ ب / ب] من أهل الوقف وأن أهل الوقف من هو بصدد الاستحقاق أعم من أن يكون متناولًا بالفعل أو القوة فالنصيب عنده عام يعم الحاصل بالفعل أو القوة لا خاص، ومخالفته للسبكي في ذلك كله وترجيح صاحب (الأشباه) رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ جواب السيوطي على جواب السبكي بقوله، أما مخالفته في أولاد المتوفى في حياة أبيه فواجبة لما ذكره الجلال السيوطي

(١) هو الحافظ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، كان إماماً متقناً حافظاً، من مؤلفاته: (شرح المشكاة)، و(شرح المنهاج)، و(شرح الهمزية البوصيرية)، و(شرح الأربعين النواوية)، و(الفتاوى الهيتمية)، توفي سنة (٩٧٤هـ)، ينظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر للعيدروس (١/ ٢٦٣)، والأعلام للزركلي (١/ ٢٣٤).

(٢) ساقط من (ب).

(٣) ساقط من (أ).

فيكون قد ارتضى ما ذكره السيوطي في أنه يُسمى من أهل الوقف، وأن أهل الوقف من هو بصدد الاستحقاق أعم من أن يكون متناولًا وغير متناول بالفعل أو القوة، فيكون قوله بعد ذلك في حاصله الأخير: أن من مات عن غير ولد فنصيبه لإخوته يعم الأخ المتناول بالفعل والقوة، وتكون الحقيقة مهجورة هنا شرعًا ومتعذرة لترك الواقف لها بهذا الشرط وفرضه فيه المعدوم كأنه حي موجود.

وتقدم عنه في أول القاعدة أن المهجور شرعًا وعرفًا كالمتعذر، وأن أصحابنا في الأصول اتفقوا على أن الحقيقة إذا كانت متعذرة فإنه يصار إلى المجاز ومنهم العلامة البيرجندي[1] في شرحه على (مختصر الزبدة في الأصول) للنسفي[2] من بحث الحقيقة والمجاز: «بأن الحقيقة إذا كانت مهجورة شرعًا كانت كالمهجورة عرفًا وعادةً حتى تترك الحقيقة ويُصار إلى المجاز»، انتهى. ووافقهم الولي العراقي[3] رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ من الشافعية

(١) هو عبد العلي بن محمد بن حسين البرجندي نسبة لمدينة بتركستان، من فقهاء الحنفية، له شرح على الوقاية سماه (شرح النقاية مختصر الوقاية)، (شرح زبدة الأصول)، و(شرح الرسالة العضدية في المناظرة)، وفاته في حدود سنة (٩٣٥هـ)، ينظر: هدية العارفين (١/ ٥٨٦)، والأعلام للزركلي (٤/ ٣٠).

(٢) هو عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي حافظ الدين أبي البركات، كان إمامًا في الفقه والأصول، بارعاً في الحديث ومعانيه، له مصنفات جليلة، منها: (مدارك التنزيل)، و(كنز الدقائق)، و(المنار في أصول الفقه)، توفي سنة (٧١٠هـ)، ينظر: الجواهر المضية فى طبقات الحنفية للقرشي (٢/ ٢٩٥)، والفوائد البهية (١/ ١٠٢).

(٣) هو أحمد بن عبد الرحيم بن الحسين الكردي الرازياني ثم المصري، أبو زرعة ولّي الدين، ابن العراقي، قاضي الديار المصرية، من كتبه: (البيان والتوضيح)، و(فضل الخيل)، و(الإطراف بأوهام الأطراف)، و(رواة المراسيل)، و(أخبار =

في شرحه لـ (جمع الجوامع) من بحث تعارض الحقيقة والمجاز بقوله: «ومحل الخلاف إذا لم تهجر الحقيقة بالكلية فإن هجرت فالمجاز يُقدم بالاتفاق»، انتهى وفيه قبله: «وهجرها عند غلبة الاستعمال»[1]، انتهى.

أقول: وهو هنا غالبًا مستعملُ في الأوقاف من واقفيها، واعلم أن محل الخلاف هو في الحقيقة الشرعية التي في معنى كلام [١٧ أ / ب] الشارع، أما التي في كلام حملة الشرع فتحمل على المعنى العرفي بلا خلاف؛ لأنها بالنسبة إليهم حقائق عرفية لا حاجة لهم فيها إلى القرينة كما هو حكم سائر الحقائق كذا في (فتاوى ابن حجر)[2].

وعلى فرض أنه فيهما فقد جوّز مشايخ العراق [١٧ ب / أ] أيضًا جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز عند اختلاف المحل كما في (الكافي شرح الوافي) وهنا المحل مختلف؛ فإنه في محل شرط الترتيب بثم بين الطبقات حتى لا يستحق أهل الطبقة السفلى مع أهل العليا على وجه العموم، وفي محل شرط أن من مات من أهل الطبقة العليا قبل استحقاقه عن ولد قام مقامه في الاستحقاق واستحق ما كان يستحقه والده أن لو كان حيًّا، فاستحق بعض أهل الطبقة السفلى مع أهل الطبقة العليا لهذا الشرط، فلولا موت والدهم قبل الدخول في الوقف لما استحقوا

= المدلسين) توفي سنة (٨٢٦هـ)، ينظر: البدر الطالع (١/ ٧٢)، والضوء اللامع (١/ ٣٣٦).

(١) ينظر: الغيث الهامع شرح جمع الجوامع للعراقي (١/ ١٩٢).

(٢) ينظر: الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر (٣/ ٢٤٥).

فقد أوجب من هذا العموم استحقاقًا للبعض بهذا الشرط، فصارت حينئذ مخرجة من عموم الحجب المطلق وجاريًا عليها حكمه من تفضيل القسمة وترتيب في حجب الأفراد بمقتضى قوله بعده: على الشرط والترتيب المعينين أعلاه في عموم الترتيب المذكور، بمعنى أنه لو كان لهذا المتوفى قبل الاستحقاق ابن وبنت يقسم عليهما نصيبه أثلاثًا بالتفضيل للذكر مثل حظ الأنثيين، وإذا كان له ابن وابن ابن لا يستحق ابن ابنه مع ابنه شيئًا من ذلك لحجبه به، والدليل على هذا قول صاحب (الأشباه) فيما سبق: «ثم اعلم أن المراد من قولهم: تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى إن لم يشترط انتقال نصيب من مات لولده، وإن شرط فالمراد أن الأصل يحجب فرع نفسه لا فرع غيره»[1]، انتهى فاندفع ما توهمه المفتي ومن وافقه بذلك، والله الموفق.

قال العلامة ابن نجيم صاحب (الأشباه) المذكور في (رسالته التي استقر عليها الحال): «والحاصلُ أنه لا يخرج من عموم الحجب المطلق إلا صورة واحدة، وهي ما إذا مات الأصل قبل الدخول». وقال فيها قبله: «والتحقيق أنه يعمل بمنطوقه وهو استحقاق الفرع نصيب [١٨ أ / أ] أبيه بشرط أن يموت أبوه قبل دخوله في الوقف وهذه الصورة مخصوصة من الترتيب السابق»[2]، انتهى.

(١) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١٢٦).

(٢) ينظر: رسائل ابن نجيم الاقتصادية، المسماة: الرسائل الزينية في مذهب الحنفية (١/ ٣٠٠).

فهذا منه تأييد لكلامه في (أشباهه) بعد جواب السيوطي بوجوب مخالفته للسبكي وتقوية لحمل كلامه في حاصله الأخ المتناول بالفعل والقوة [١٧ ب / ب] وإلا يلزم التناقض في كلامه وكلام مثله ويصان عن ذلك، ويعضده تصريح الشيخ خير الدين رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ في (فتواه) بأن أهل الوقف من هو بصدد الاستحقاق وأن النصيب يعم الحاصل بالفعل أو القوة وأن شرط الواقف كنص الشارع لا تجوز مخالفته لمجرد غرض يساعده اللفظ كذا شيخ مشايخه ابن الشلبي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ هذا وفي (فتاوى العلامة ابن حجر المكي) من الشافعية أيضًا: «أن قول الواقف على أن من مات منهم قبل استحقاقه الخ بمعنى الاستثناء وأن مذهب الشافعي وجمهور أصحابه كما في (الروضة) في الأيمان جواز إرادة الحقيقة والمجاز بلفظ واحد، وأن الصحيح المعتمد من مذهب الشافعي جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز بشرط أن يشتهر المجاز شهرة وازى بها الحقيقة أو تقوم قرينة على إرادته»[(١)]، انتهى.

أقول: وأي قرينة أبلغ من فرض الواقف في شرطه: المعدوم موجودًا كأنه حيُ ليكون دالًا على غرضه الذي هو عدم إحرام أولاد من مات من ذريته قبل الاستحقاق من نصيب أبيهم من الوقف إلى انقراض طبقته؛ فإن غرض الواقف إذا ساعدته قرينة من لفظه انصرفت الحقيقة عن مدلولها إلى المجاز، ويكون حينئذ دليلًا مرجحًا لذلك ومقتضيًا للعمل به، سيّما إذا كان ذلك عرفُ الواقفين، وتطابقت عليه أكثر

(١) ينظر: الفتاوى الفقهية الكبرى (٣/ ٣١٠).

كتبهم، وغلب استعمالهم لمثل هذا الشرط كما هنا؛ فإن كلام الواقفين غالبًا إنما ينزّل على الأمور المتعارفة بين الناس فلا يحتاج فيه على العلاقة بالمجاز، فإنه لم يرَ في كلام الأئمة مطلقًا فتاوى وغيرها البحث عن علاقة المجاز في تعلقات الأوقاف وجودًا ولا عدمًا ولا عولوا عليه بوجه، وإنما الذين اطبقوا عليه أنه إذا وقع في كلام الواقف تجّوز بحثوا [١٨ أ / ب] عن قرينة؛ فإن وجدوا قرينة دل عليها كلام الواقف أو غرضه أو حاله عوّلوا عليها وعملوا بالمجاز لأجلها، سواء وجدت علاقة لذلك المجاز أو لا، وإن لم يجدوا قرينة أعرضوا عن العمل به فلا يمكن القول بإلغاء شرط الواقف [١٨ ب / أ] مع إمكان العمل به ومع ظهوره وقربه إلى مقاصد الواقفين، ولا تجوز مخالفته لمجرد غرض لم يساعده اللفظ كذا في (فتاوى ابن حجر) من الوقف[١]، وفيها من البيوع: «أن مخالف شرط الواقف كمخالف النص، ومخالف المذاهب الأربعة كمخالف الإجماع»[٢]، انتهى من الفتاوى المذكورة لا بن حجر.

والقرينة هنا في شرط الواقف فرضه للمتوفى في حياة أبيه كأنه حيُ موجود وغرضه قيام ولديه مقامه في استحقاقه من الجهتين من أبيه وممن في درجته، وعدم إحرامهما من ذلك كله إلى انقراض أهل درجة والدهما عملًا بإطلاق الفرض لحياته وعدم تقييده بشخص أو زمن

(١) ينظر: الفتاوى الفقهية الكبرى (٣/ ٢٧٩).
(٢) ينظر: الفتاوى الفقهية الكبرى (٢/ ٢١١).

هذا له على ما في (الأشباه)[1] من بقاء السبكي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ على القول بالاختصاص وأما على ما في (النظم الوهباني) و(شرحه) فقد صرّح بأنه رجع عن القول بالاختصاص وأفتى بالمشاركة واعترف بخطئه أو لا، وصرح ابن الشحنة فيه رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ أنه أفتى بها مرارًا يعني بالمشاركة هو وجمهور العلماء [من المذاهب][2] الأربعة كما تقدم عنه[3]، ويعضده تصريح ابن الشلبي في آخر جوابه بقوله: «وهذا الجوابُ يجبُ المصيرُ إليه والتعويلُ عليه والحقُ أحقُ أن يتبع»، وقول الشيخ خير الدين في آخر جوابه أيضًا: «وهذا مما لا شبهة فيه»، وقول الخصَّاف قبله المتقدم من أنه: «ينظرُ إلى آخر الكلامين فيعملُ عليه [لأنه][4] لا مُفسرٌ عن مُرَاده، وينظر إلى شروطه التي اشترطها في الوقف فتمضى وتنفذ وتجرى غلات الوقف عليها».

فإن قيل: يحصل الإعمال لكلامِ الواقف من جهة واحدة وهي جهة أصله فلم أعملتموه من [الجهتين إلى انقراض درجته؟ قلتُ: إعماله من الجهتين][5] عملاً بإطلاق الواقف لفرضه الدال على غرضه الذي هو عدم إحرامه إلى انقراض أهل درجته وعدم تقييده بجهة

(١) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١٢٢).
(٢) ساقط من (ب).
(٣) ينظر: شرح النظم الوهباني مخطوطاً صحيفة (٩٧).
(٤) ساقط من (ب).
(٥) ساقط من (ب).

دون أخرى، وبما تقدم من أنه يقام ولده مقامه إلى انقراض درجته[1] وبتقسيم السيوطي [١٩ أ / أ] لنصيب عبد القادر وإعطائه [له][2] من الجهتين من جهة أبيه ومن أخيه عمر المقرر عندنا بقول صاحب (الأشباه) بوجوبه الذي هو أدل دليل على ذلك، وبقاعدة أنه إذا دار الأمر بين الإعطاء [١٨ ب / ب] والحرمان فالإعطاء أولى؛ لأنه أقرب إلى غرض الواقفين، فلو أعطي من جهة واحدة وأحرم من الأخرى لزم إبطال هذه القاعدة وإلغاء شرط الواقف[3]، وتقدم أنه لا يجوز إلغاؤه لأنه كنص الشارع صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ [فاندفع ما توهمه المفتي ومن وافقه على استحقاقه من جهة واحدة][4] فصارت المسألة حينئذ إجماعية لا قائل فيها بعدم المشاركة إلا من خالف الجمهور من المذاهب الأربعة، فمن أفتى بخلاف ذلك فقد أفتى بقول السبكي أولًا المرجوع عنه منه لا بقول الجمهور ممن ذكرنا.

فاتضح لك حينئذ أن حكمَ حضرة المولى محمد أفندي قاضي القضاة بدمشق الشام المذكور وافق الحق الذي هو قول الجمهور من المذاهب الأربعة كما هو محررٌ مسطور، لا مطعن فيه ولا شبهة تعتريه؛ بل هو سليمٌ من القدحِ غني عن المدح، حجتهُ ظاهرةٌ وأدلته باهرة،

(١) ساقط من (أ).
(٢) ساقط من (ب).
(٣) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ١٣٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١١٩).
(٤) ساقط من (أ).

مجمعٌ على صحته محكم في حكومته، لا يجوز لقاض نقضه بحال؛ بل يجب عليه تنفيذه بالفعل والقال، والله الموفق والملهم للصواب وإليه المرجع والمئاب، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

الخاتمة

وأما الخاتمة ففي الإنصاف في العلم والرجوع إلى الحق مع إظهار الحكم؛ قال العلامةُ القرطبي[1] في (تفسيره) رَحِمَهُ ٱللَّهُ ناقلاً عن ابن عبد البر[2] ما نصه: «قال ابن عبد البر: من بركةِ العلم وآدابه الإنصاف فيه، ومن لم ينصف لم يفهم ولم يتفهم، روى يونسُ بن عبد الأعلى قال سمعتُ ابن وهب يقول سمعت مالك بن أنس يقول: ما في زماننا شيء أقل من الإنصاف. قلت: هذا في زمن مالك فكيف في زماننا اليوم الذي عمَّ فيه[3] الفساد وكثر فيه الطُغام![4] وطُلب فيه العلم للرئاسة لا للدراية؛ بل للظهور في الدنيا وغلبة الأقران بالمراء والجدال الذي يقسي القلب ويورثُ الضغن، وذلك مما يحمل على عدم التقوى وترك الخوف من الله تعالى.

---

(١) هو الإمام أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري الخزرجي الأندلسي القرطبي، إمام متقن، متبحِّرٌ في العلم، له تصانيف مفيدة، تدل على إمامته، من مصنفاته: (الجامع لأحكام القرآن، والمبين لما تضمَّنه من السنة وآي الفرقان): وهو كتاب التفسير المعروف، وله (التذكار في أفضل الأذكار) و (التذكرة بأحوال الموتى وأمور الآخرة)، توفي في صعيد مصر سنة (٦٧١هـ)، ينظر: طبقات المفسرين للسيوطي (١/ ٧٩)، والوافي بالوفيات للصفدي (٢/ ٨٧).

(٢) هو الإمام أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري، الحافظ النظار شيخ علماء الأندلس وكبير محدثيها الشهير الذكر في الأقطار شهرته تغني عن التعريف، من مؤلفاته: (التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد)، و(الاستذكار لمذاهب علماء الأمصار)، و(جامع بيان العلم وفضله)، توفي سنة (٤٦٣هـ)، ينظر: سير أعلام النبلاء (١٨/ ١٦٣)، وطبقات الحفاظ للسيوطي (١/ ٤٣٢).

(٣) في (المطبوع): «فينا».

(٤) الطُغام: أي الأراذل، ينظر: لسان العرب (١٢/ ٣٦٨).

أين هذا مما روي عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وقد [١٩ أ / ب] قال: (لا تزيدوا في مهور النساء على أربعين أوقية ولو كانت [١٩ ب / أ] بنت ذي العصبة - يعني يزيد بن الحصين الحارثي -[١] فمن زاد ألقيتُ زيادتهُ في بيت المال)، فقامت امرأة من صوب النساء طويلة فيها فطس فقالت: ما ذاك[٢] لك! قال: (ولم؟) قالت لأن الله عَزَّوَجَلَّ يقول: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النِّسَاء: ٢٠] فقال عمر: (امرأةٌ أصابت ورجلٌ أخطأ!)[٣]»[٤] انتهى.

---

(١) هكذا في الأصل ولعلها بنت ذي الغُصة كما في الأخبار الموفقيات للزبير بن بكار (١/ ٢٥١)، وذو الغُصة هو الحصين بن شداد الحارثي، جاء في أسد الغابة لابن الأثير: «ذو الغصة الحصين بن شداد يُقال له ذو الغصة لغصة كانت بحلقه وكان كلامه لا يتبين بها» (٢/ ٢١٩)، وقيل أن اسمه الحصين بن يزيد قال في الأنساب للسمعاني: «الحصين بن يزيد بن شداد بن قنان الحارث القناني، رأس بني الحارث مائة سنة، وإنما قيل له ذو الغصة لغصة كانت بحلقه» (١٠/ ٤٩٠)، وقيل أن اسمه قيس بن الحصين كما ذكره في الفيصل في مشتبه النسبة للحازمي (٢/ ٥٠٧).

(٢) في (المطبوع): «ذلك».

(٣) ينظر: جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر (١/ ٥٣٠)، وهذا الأثر أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٦/ ١٨٠) (١٠٤٢٠)، وقد روي بطرق كلها فيها ضعف، ينظر: الضعفاء للعقيلي (٤/ ١٩٦)، والمجروحين لابن حبان (٣/ ٢٨) والضعفاء والمتروكين لابن الجوزي (٣/ ١٢٢)، يقول الألباني: «إسناده ضعيف أيضاً، فيه علتان: الأولى: الانقطاع فإن أبا عبد الرحمن السلمى واسمه عبد الله بن حبيب بن ربيعة لم يسمع من عمر كما قال ابن معين، الأخرى: سوء حفظ قيس بن الربيع»، إرواء الغليل (٦/ ٣٤٨).

(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١/ ٢٨٦ - ٢٨٧).

فانظر إلى إنصافه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في العلم حيث رجع إلى الحقّ بقول امرأة مع جلالة قدره وهو أمير المؤمنين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وخليفة رسول رب العالمين، وفي مسألتنا إلى السبكي رَحِمَهُ اللَّهُ كيف رجع إلى الحق واعترف بخطئه في جوابه الأول، وأعلم المفتين من أهل زمانه بذلك رَحِمَهُ اللَّهُ فهذا منه عين الإنصاف رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى.

وفي هذا القدر كفايةٌ لمن وفق [الله][1]، والله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الموفق، وأقولُ كما قال العلامة ابن نجيم في آخر رسالته المذكورة: «ولم أقصد بذلك إلا اتباع الحق والذب عن المذهب الحنفي»[2] فلا يظن ظان أني محقّر لهذا المفتي ومن وافقه، والشيطان قد ينزغُ بين الأحبة والإخوة، وأرجو من كرم الله تعالى أن يتجاوز عن جميع ما زلت به القدم، وطغى به القلم، وأن يجعلنا ممن قال في حقهم ﴿وَنَزَعْنَا مَا فِي صُدُورِهِم مِّنْ غِلٍّ إِخْوَانًا عَلَىٰ سُرُرٍ مُّتَقَابِلِينَ ۝٤٧﴾ [الحِجر: ٤٧] والحمد لله أولًا وآخرًا وباطنًا وظاهرًا.

[وكان الفراغُ من كتابتها في نهار الثلاثاء غرة ربيع الثاني الذي هو من شهور سنة إحدى وتسعين وألف (١٠٩١هـ) على يد أفقر الورى وخادم الفقراء راجي عفو ربه الرحيم عبده إبراهيم بن الحاج يوسف

(١) ساقط من (أ).
(٢) ينظر: الرسائل الزينية (١/ ٣٠١).

غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين][1] [٢٠ أ / أ].

(١) هذا في نسخة (أ)، أما في نسخة (ب) فقد جاء فيها: «وكان الفراغ منها نهار الخميس ١٨ خلا ذي القعدة (١١٧٠هـ) على يد أفقر الورى راجي لطف ربه الغفار محمد بن يحيى بن محمد يحيى العطار [١٩ ب / ب]».

خاتمة البحث

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وفي الختام هذا عرضٌ موجزٌ لأبرزِ النتائج والتوصيات المستخلصة من هذه الدراسة:

أبرزُ النتائج:

(١) كان ياسين بن مصطفى الفرضي (ت١٠٩٥هـ) حنفيَّ المذهب، معتنيًا بمصنفات الفقهاء الحنفية خاصة المتأخرين منهم.

(٢) عنايةُ قضاةِ المسلمين بالسعي إلى صحةِ أحكامهم القضائية من خلال التأني، والرجوع إلى كتب العلماء، والاطلاع على السوابق القضائية، ثم بعد أن يتبين لهم الصواب تصدرُ أحكامهم مقرونة بالدليل والتعليل، مع حرصهم على إظهار الحق وتبيينه ونفع الناس.

(٣) أهمية العمل بشروط الواقفين، واتباع نصها في الفهم والدلالة، وفي وجوب العمل بها ما لم تخالف الأدلة الشرعية والقواعد العامة.

أبرزُ التوصيات:

(١) حثُّ الباحثين على تحقيق رسائل ياسين بن مصطفى الفرضي (ت١٠٩٥هـ) المتبقية لما تحويه من إضافة علمية خاصة بما يتعلق بالنصوص التي ينقلها، وجلُ هذه المخطوطات موجود في دار الكتب الظاهرية.

(٢) الاستفادة من النصوص التي ينقلها ياسين بن مصطفى الفرضي (ت١٠٩٥هـ) في رسائله بإلحاقها في أصلها إن لم توجد بالأصل، ومقارنتها بما هو موجود منها وتصحيحه.

(٣) حث القضاة والمفتيين خاصة في موضوع الوقف بالاستفادة من هذه الرسالة التي تميزت بالدقة العالية في تناول شرط الواقف، والحرص على موافقة الأدلة الشرعية والقواعد الفقهية.

فهرس المصادر والمراجع

١. **الإبهاج في شرح المنهاج**، المؤلف: شيخ الإسلام علي بن عبد الكافي السبكي (المتوفى: ٧٥٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م، عدد الأجزاء: ٣.

٢. **أحكام الأوقاف**، المؤلف: أبو بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصَّاف (ت ٢٦١هـ) الناشر: مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة: الأولى.

٣. **الاختيار لتعليل المختار**، المؤلف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الناشر: مطبعة الحلبي، تاريخ النشر: ١٣٥٦هـ-١٩٣٧م، عدد الأجزاء: ٥.

٤. **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية**، المؤلف: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

٥. **الأشباه والنظائر**، المؤلف: تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (ت ٧٧١هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى ١٤١١هـ-١٩٩١م، عدد الأجزاء: ٢.

٦. **الأشباه والنظائر**، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم (ت ٩٧٠هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.

٧. **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، تحقيق: محمد عبد

السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩١م، عدد الأجزاء: ٤.

٨. **الإعلام والاهتمام بمجمع فتاوى شيخ الإسلام زكريا بن محمد الأنصاري (ت ٩٢٦هـ)**، الناشر: المكتبة العربية في دمشق، مطبعة القرفي، الطبعة: الأولى.

٩. **الأعلام**، المؤلف: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (ت ١٣٩٦هـ)، الناشر: دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر.

١٠. **إعمال الكلام أولى من إهماله تأصيلًا وتقعيدًا**، المؤلف: الأستاذ الدكتور: عبد العزيز العويد، الناشر: دار ابن الجوزي، الطبعة: الأولى، ١٤٣٨هـ.

١١. **الأنساب**، المؤلف: أبو سعد، عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني (ت ٥٦٢هـ)، الناشر: مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد الدكن - الهند، عدد الأجزاء: ١٣، الطبعة: الأولى (١٣٨٢هـ).

١٢. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت ٩٧٠هـ)، الطبعة: الثانية، عدد الأجزاء: ٨.

١٣. **البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع**، المؤلف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت ١٢٥٠هـ)، الناشر: دار المعرفة، بيروت، عدد الأجزاء: ٢.

١٤. **البدور المضية في تراجم الحنفية**، المؤلف: محمد حفظ الرحمن بن محب الرحمن الكُمِلَّائي، الناشر: دار الصالح (القاهرة - مصر)، مكتبة شيخ الإسلام (دكا - بنجلاديش)، الطبعة: الثانية، ١٤٣٩هـ، عدد الأجزاء: ٢٣.

١٥. **بريقة محمودية في شرح طريقة محمدية وشريعة نبوية في سيرة أحمدية**، المؤلف: محمد بن محمد بن مصطفى بن عثمان، أبو سعيد الخادمي الحنفي (ت ١١٥٦هـ)، الناشر: مطبعة الحلبي، ١٣٤٨هـ، عدد الأجزاء: ٤.

١٦. **تاج العروس من جواهر القاموس**، المؤلف: محمّد مرتضى الحسيني الزَّبيدي، الناشر: وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت - المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بدولة الكويت، عدد الأجزاء: ٤٠.

١٧. **تاريخ مؤسسة شيوخ الإسلام في العهد العثماني ٨٢٨هـ-١٣٤١هـ**، المؤلف: أحمد صدقي شقيرات، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ، الناشر: دار الكندي.

١٨. **تفصيل عقد الفرائد بتكميل قيد الشرائد**، المؤلف: محمد بن محمد بن محمد بن محمود بن غازي، الحلبي الحنفي، المعروف بابن الشحنة (ت ٨١٥هـ)، مخطوطًا، مكتبة Faith Kuiuphanos Istanbul، إسطنبول تركيا.

١٩. **تهذيب اللغة**، المؤلف: محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (ت ٣٧٠هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م، عدد الأجزاء: ٨.

٢٠. **الجامع لأحكام القرآن**، المؤلف: أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ-١٩٦٤م، عدد الأجزاء: ٢٠ جزءاً.

٢١. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، المؤلف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت ١٢٣٠هـ)، الناشر: دار الفكر، عدد الأجزاء: ٤.

٢٢. **خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر**، المؤلف: محمد أمين بن فضل الله بن محب الدين بن محمد المحبي الحموي الأصل، الدمشقي (ت ١١١١هـ)، الناشر: دار صادر، بيروت، عدد الأجزاء: ٤.

٢٣. **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**، المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، المحقق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، الناشر: دار المعرفة، بيروت، عدد الأجزاء: ٢.

٢٤. **درر الحكام شرح غرر الأحكام**، المؤلف: منلا خسرو الحنفي، وبهامشه حاشية: «غنية ذوي الأحكام في بغية درر الأحكام»، لأبي الإخلاص حسن بن عمار بن علي الوفائي الشرنبلالي الحنفي (ت ١٠٦٩)، الناشر: دار إحياء الكتب العربية. عدد الأجزاء: ٢.

٢٥. **رسائل ابن نجيم الاقتصادية**، المسماة: الرسائل الزينية في مذهب الحنفية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ، تحقيق: محمد أحمد سراج وعلي جمعة، الناشر: دار السلام للطباعة والنشر.

٢٦. **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩١م، عدد الأجزاء: ١٢.

٢٧. **سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر**، المؤلف: محمد خليل بن علي بن محمد بن محمد مراد الحسيني، أبو الفضل (ت ١٢٠٦هـ)، الناشر: دار البشائر الإسلامية، دار ابن حزم، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٨هـ، عدد الأجزاء: ٤.

٢٨. **سلم الوصول إلى طبقات الفحول**، المؤلف: مصطفى بن عبد الله القسطنطيني العثماني المعروف بـ «كاتب جلبي» وبـ «حاجي خليفة»

(المتوفى ١٠٦٧هـ)، المحقق: محمود عبد القادر الأرناؤوط، الناشر: مكتبة إرسيكا، إستانبول - تركيا، عام النشر: ٢٠١٠م، عدد الأجزاء: ٦.

٢٩. **سنن الترمذي**، المؤلف: محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (ت ٢٧٩هـ)، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة: الثانية، ١٣٩٥هـ، عدد الأجزاء: ٥.

٣٠. **سير أعلام النبلاء**، المؤلف: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت ٧٤٨هـ)، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م، عدد الأجزاء: ٢٥.

٣١. **السيف المسلول على مبغض أصحاب الرسول**، المؤلف ياسين بن مصطفى البقاعي (ت ١٠٩٥هـ)، رسالة دكتوراه في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، تحقيق الدكتور: إدريس محمود إدريس.

٣٢. **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**، المؤلف: عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العَكري الحنبلي، أبو الفلاح (ت ١٠٨٩هـ)، حققه: محمود الأرناؤوط، الناشر: دار ابن كثير، دمشق، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م عدد الأجزاء: ١١.

٣٣. **الضوء اللامع لأهل القرن التاسع**، المؤلف: شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي (ت ٩٠٢هـ)، الناشر: منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، عدد الأجزاء: ٦، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

٣٤. **طبقات الحفاظ**، المؤلف: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت ٩١١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ.

٣٥. **الطبقات السنية في تراجم الحنفية**، المؤلف: تقي الدين بن عبد القادر التميمي الداري الغزي (ت ١٠١٠هـ)، الناشر: المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر بتحقيق د. عبد الفتاح الحلو، الطبعة: الأولى، ١٩٧٠م.

٣٦. **طبقات الشافعية الكبرى**، المؤلف: تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت ٧٧١هـ)، المحقق: د. محمود محمد الطناحي د. عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤١٣هـ، عدد الأجزاء: ١٠.

٣٧. **العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير**، المؤلف: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني (ت ٦٢٣هـ)، المحقق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، عدد الأجزاء: ١٣.

٣٨. **علماء دمشق وأعيانها في القرن الحادي عشر الهجري**، المؤلف: محمد مطيع الحافظ ونزار أباظة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ، الناشر: دار الفكر العربي دمشق.

٣٩. **الغيث الهامع شرح جمع الجوامع**، المؤلف: ولي الدين أبو زرعة أحمد بن عبد الرحيم العراقي (ت ٨٢٦هـ)، المحقق: محمد تامر حجازي، الناشر: دار الكتب العلمية.

٤٠. **الفتاوى الخيرية لنفع البرية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان**، المؤلف: خير الدين بن أحمد الرملي (ت ١٠٨١هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى ببولاق، الطبعة: الثانية، ١٣٠٠هـ.

٤١. **فتاوى السبكي**، المؤلف: أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (ت ٧٥٦هـ)، الناشر: دار المعارف، عدد الأجزاء: ٢.

٤٢. **الفتاوى الفقهية الكبرى**، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (ت ٩٧٤هـ)، الناشر: المكتبة الإسلامية، عدد الأجزاء: ٤.

٤٣. **فتح القدير على الهداية**، المؤلف: الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، المعروف بابن الهمام الحنفي (المتوفى سنة ٨٦١هـ)، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة: الأولى، ١٣٨٩هـ = ١٩٧٠م، عدد الأجزاء: ١٠.

٤٤. **الفوائد البهية في تراجم الحنفية**، المؤلف: أبو الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي [ت ١٣٠٤هـ]، الناشر: طبع بمطبعة دار السعادة بجوار محافظة مصر، لصاحبها محمد إسماعيل، الطبعة: الأولى، ١٣٢٤هـ.

٤٥. **كتاب العين**، المؤلف: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (ت ١٧٠هـ)، المحقق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، الناشر: دار ومكتبة الهلال، عدد الأجزاء: ٨.

٤٦. **كشاف القناع عن الإقناع**، المؤلف: منصور بن يونس البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١هـ)، الناشر: وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، (١٤٢١ - ١٤٢٩هـ)، عدد الأجزاء: ١٥.

٤٧. **الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة**، المؤلف: نجم الدين محمد بن محمد الغزي (ت ١٠٦١هـ)، المحقق: خليل المنصور، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، عدد الأجزاء: ٣.

٤٨. **لسان العرب**، المؤلف: محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت ٧١١هـ)، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤هـ، عدد الأجزاء: ١٥.

٤٩. **مجموع الفتاوى**، المؤلف: شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة المنورة - السعودية، عام النشر: ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

٥٠. **المحيط البرهاني في الفقه النعماني: فقه الإمام أبي حنيفة**، المؤلف: برهان الدين أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (ت ٦١٦هـ)، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م، عدد الأجزاء: ٩.

٥١. **المحيط في اللغة**، المؤلف: كافي الكفاة، الصاحب، إسماعيل بن عباد (٣٢٦ - ٣٨٥هـ)، المحقق: محمد حسن آل ياسين، الناشر: عالم الكتب، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ١١.

٥٢. **مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات**، المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت.

٥٣. **المستدرك على الصحيحين**، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري دراسة وتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ، عدد الأجزاء: ٤.

٥٤. **مسند أبي داود الطيالسي**، المؤلف: أبو داود الطيالسي سليمان بن داود بن الجارود (ت ٢٠٤هـ)، المحقق: الدكتور محمد بن عبد المحسن التركي، الناشر: دار هجر - مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ، عدد الأجزاء: ٤.

٥٥. **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، المؤلف: الإمام أحمد بن حنبل (١٦٤ - ٢٤١هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف:

د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، عدد الأجزاء: ٥٠، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ.

٥٦. **المعجم الأوسط**، المؤلف: أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني (٢٦٠ - ٣٦٠هـ)، المحقق: أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد - أبو الفضل عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، الناشر: دار الحرمين - القاهرة، عام النشر: ١٤١٥هـ، عدد الأجزاء: ١٠.

٥٧. **معجم المناهي اللفظية وفوائد في الألفاظ**، المؤلف: بكر بن عبد الله أبو زيد بن محمد بن عبد الله بن بكر بن عثمان بن يحيى بن غيهب بن محمد (ت ١٤٢٩هـ)، دار العاصمة للنشر والتوزيع - الرياض، الطبعة: الثالثة، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.

٥٨. **معجم المؤلفين**، المؤلف: عمر رضا كحالة، الناشر: مكتبة المثنى، بيروت، دار إحياء التراث العربي بيروت، عدد الأجزاء: ١٥.

٥٩. **المغني**، المؤلف: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي (٥٤١ - ٦٢٠هـ)، المحقق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثالثة، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، عدد الأجزاء: ١٥.

٦٠. **مفاتيح الجنان شرح شرعة الإسلام**، المؤلف: محمد بن أبي بكر المفتي الجرغي المعروف بإمام زاده (ت ٥٧٣هـ)، الناشر: مكتبة الحقيقة في إسطنبول تركيا، الطبعة: الأولى ١٤٣٥هـ.

٦١. **المنثور في القواعد الفقهية**، المؤلف: الزركشي بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي (٧٤٥ - ٧٩٤هـ)، حققه: د. تيسير فائق أحمد محمود،

الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية (طباعة شركة الكويت للصحافة)، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م، عدد الأجزاء: ٣.

٦٢. **منح الغفار شرح تنوير الأبصار**، المؤلف: محمد بن عبد الله التمرتاشي (ت١٠٠٤هـ) مخطوطًا، برقم (٦٩٤٠)، مكتبة مجلس الشورى الإسلامي، إيران.

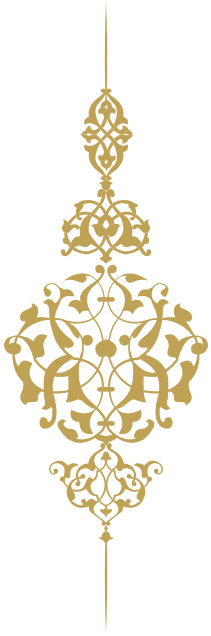
٦٣. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (ت ٩٥٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، عدد الأجزاء: ٦.

٦٤. **موسوعة القواعد الفقهية**، المؤلف: محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، عدد الأجزاء: ١٢.

٦٥. **نصب الراية لأحاديث الهداية**، المؤلف: جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (ت ٧٦٢هـ)، المحقق: محمد عوامة، الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية- جدة - السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، عدد الأجزاء: ٤.

٦٦. **النور السافر عن أخبار القرن العاشر**، المؤلف: محيي الدين عبد القادر بن شيخ بن عبد الله العيدروس (ت ١٠٣٨هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ.

٦٧. **هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين**، المؤلف: إسماعيل باشا البغدادي (ت ١٣٩٩هـ)، الناشر: طبع بعناية وكالة المعارف الجليلة في مطبعتها البهية، إستانبول، عدد الأجزاء: ٢.



الأحكام الفقهية المستنبطة من حديث «مطل الغني ظلم» والأنظمة السعودية المتعلقة به

دراسة تأصيلية تطبيقية

د. سارة بنت صالح بن عبد الرحمن العجيري

الأستاذ المساعد بقسم الشريعة في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

بجامعة الملك فيصل بالأحساء

البريد الإلكتروني: srmw2023@gmail.com

المقدمة

الحمد لله الذي له الحمد كله، أحاط بكل شيء علماً، ووسع كل شيء رحمة وحلماً، وصلى الله وسلم على عبده ورسوله الهادي إلى أقوم سبيل، والداعي إلى الله بأوضح حجة وأبين دليل، أما بعد:

فقد جاءت الشريعة الإسلامية بوجوب حفظ المال، عدَّت حفظ المال من الضروريات الخمس، التي لم تخل منها شريعة من الشرائع.

وشرعت المعاملات المالية من أجل استثمار المال وتنميته بطرق مشروعة، ومما ينمي هذه المعاملات المالية: التعامل بالديون، فقد أقرت الشريعة بجواز التعامل بها؛ لما فيها من تيسير للعباد وقت الضيق، والالتزام بسدادها، وعدم مماطلة المدين في إعطاء ربّ المال حقه، ممّا يؤدي إلى ضرر ربّ المال ومنعه من ماله زيادةً على مقدار الزمن المتفق عليه.

فكان مجال بحثي دراسة هذا الحديث دراسة حديثية للفظه، ودرجة قوته، ودراسة لغوية لغريب مفرداته وإيضاح مقصده الإجمالي، ودراسة أصولية لمعاني مفرداته، وإيراد القواعد الأصولية المتعلقة بجمله، ودراسة فقهية لمسائله وما يمكن أن يستنبط منه الأحكام، مع ذكر تطبيقاته، وعلاقته ببعض العقود المعاصرة سلبًا أو إيجابًا، وإيراد القواعد الفقهية المتعلقة به، التي لها أثر في حكمه.

أهمية الموضوع، وأسباب اختياره:

تبرز أهمية هذا الموضوع، فيما يلي:

١- أهمية هذا الحديث حيث يعد شاهدًا، استشهد به الفقهاء على العديد من المسائل الفقهية.

٢- لم أجد من أفرد هذا الموضوع في البحوث العلمية الأكاديمية؛ فيه جمع لمسائله، ويلَمّ شتاته، كما هو في هذا البحث.

٣- أن في إيضاح معنى الحديث، ومعرفة الصور التي تدخل في معناه، مساهمة في تيسير معرفة بعض أحكام المعاملات المالية الحادثة في الفقه المعاصر، وإيضاح مواد الأنظمة السعودية.

٤- تطبيق القواعد الأصولية والفقهية في استنباط الأحكام على هذا الحديث.

أهداف البحث:

١- الربط بين الأحكام الشرعية وعللها.

٢- الربط بين هذا الحديث وغيره من النصوص التي لها علاقة به.

٣- الربط بين الحديث والقواعد الأصولية المتعلقة بجمله ومفرداته.

٤- الربط بين القواعد الفقهية التي لها علاقة في استنباط الأحكام منه.

٥- الربط بين الحديث والمواد في الأنظمة السعودية المتعلقة بأحكام الحديث.

الدراسات السابقة:

يمكن القول أنه من خلال بحثي لم أظفر بدراسة -حسب علمي- متطابقة لموضوع بحثي، وإنما دراسات متخصصة في بعض الأحكام الفقهية المتعلقة بالحديث، ومنها:

- **المطل المحرم.. مفهومه، صوره، أسبابه، أضراره، وأحكامه -دراسة فقهية اجتماعية-**: د. أسامة عدنان عيد الغنميين، بحث نشر في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، بالإمارات العربية المتحدة، المجلد (٨)، العدد (٣)، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.

- **المطل والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة-**: د. محمد علي محمد عطا، بحث نشر في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات ببني سويف، المجلد (١١)، العدد (١١)، ٢٠١٩م.

خطة البحث:

اشتمل البحث على مقدمة، وخمسة مباحث، وخاتمة، وفهارس، كما يلي:

المقدمة:

اشتملت على أهمية البحث وأسباب اختياره، وأهداف البحث، والدراسات السابقة، ومنهج البحث وخطة البحث، وإجراءاته.

المبحث الأول: متن الحديث ومعناه:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: متن الحديث.

المطلب الثاني: بيان المعاني لمفردات الحديث.

المطلب الثالث: المعنى الإجمالي للحديث.

المبحث الثاني: الدلالات والقواعد الأصولية لمفردات وجمل الحديث، وعلاقة الحديث بالنصوص الأخرى:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الدلالات الأصولية لمفردات الحديث.

المطلب الثاني: القواعد الأصولية المتعلقة بجمل الحديث.

المطلب الثالث: العلاقة بين الحديث وغيره من النصوص التي لها أثر في حكم حديث الباب.

المبحث الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بالحديث.

المبحث الرابع: الأحكام الفقهية المستنبطة من الحديث، وفيه مطلبان.

المطلب الأول: أحكام الحديث:

وفيه مسائل:

- المسألة الأولى: مشروعية الدَّين، وحكم أدائه.

- المسألة الثانية: حكم مطالبة المدين الموسر وحكم تأخر المدين في الأداء.

- المسألة الثالثة: حكم المماطل إذا امتنع عن الوفاء متعمدًا هل يُعد فاسقاً.

- المسألة الرابعة: حكم مطالبة المدين المعسر.

- المسألة الخامسة: حكم ملازمة المدين المعسر.

- المسألة السادسة: حكم إجبار المعسر على التكسب لأداء دينه لكي لا يكون مماطلاً.

- المسألة السابعة: حكم المماطلة في سداد الديون، ومدتها.

- المسألة الثامنة: حكم الحجر على المدين المماطل.

- المسألة التاسعة: حكم بيع أموال المدين المماطل.

- المسألة العاشرة: حكم حبس المدين المماطل.

- المسألة الحادية عشرة: حكم جلد المدين المماطل.

- المسألة الثانية عشرة: حكم منع المدين المماطل من السفر.

- المسألة الثالثة عشرة: حكم التشهير بالمدين المماطل.

المطلب الثاني: المسائل المعاصرة التطبيقية لأحكام الحديث:

وفيه مسائل:

- المسألة الأولى: المماطلة في ديون بطاقات الائتمان.
- المسألة الثانية: المماطلة في ديون البنوك الإسلامية.
- المسألة الثالثة: مطالبة المدين المماطل بنفقات الدعوى القضائية.
- المسألة الرابعة: مطالبة المدين المماطل بدفع غرامة تأخير بسبب الضرر.

المبحث الخامس: مواد الأنظمة السعودية المتعلقة بالحديث:

فيه مطلبان:

المطلب الأول: ضوابط وشروط تحقق المماطلة في الأنظمة السعودية.

المطلب الثاني: وسائل إجبار المدين المماطل على الأداء في نظام التنفيذ السعودي.

ثم الخاتمة:

وتضمنت أهم نتائج البحث، وجملة من التوصيات.

منهجي في البحث:

أما منهجُ الدراسةِ فمن حيث:

أ- المنهج الإجمالي للبحث:

ينقسم منهج دراسة الحديث إلى خمسة أقسام، وفق التفصيل التالي:

القسم الأول، وفيه:

- بيان المعاني اللغوية لغريب مفردات الحديث.

ويكتفى بتفسيرها من كتب غريب الحديث.

- المعنى الإجمالي للحديث.

والمنهج في ذلك: بيان مقصد الحديث إجمالًا.

القسم الثاني، وفيه:

- بيان الدلالات الأصولية لمفردات الحديث.

وهذا يشار إلى المعنى الأصولي المفردة، دون الإشارة إلى الحكم الناتج من هذا المعنى في الحديث.

- بيان القواعد الأصولية المتعلقة بجمل الحديث.

وهنا تثبت القاعدة بصفة تقريرية من حيث الأصل، دون الإشارة إلى ما انتهت عليه القاعدة.

- العلاقة بين الحديث وغيره من النصوص.

المنهج في إيراد النصوص: إيراد كل ما له أثر في حكم الحديث، إما بتقييد، أو بيان، وغيره.

القسم الثالث: وفيه القواعد الفقهية المتعلقة بالحديث.

والمنهج هنا: إيراد القواعد التي يمكن الاستدلال لها، والتي لها أثر في حكمه باعتبار أن صلاحية القاعدة للاستدلال، وسيكون الكلام في بيان وجه العلاقة والأثر بين القاعدة والحديث.

القسم الرابع: الأحكام الفقهية المستنبطة من الحديث.

والمنهج في ذلك: بيان المسائل المندرجة تحت الحديث لفقهاء المذاهب الأربعة، مع التدليل والتوجيه، وتصاغ وفق الترتيب التالي:

- تحرير محل النزاع إن وجد، وسبب الخلاف إن وجد.
- الأقوال.
- الأدلة، ومناقشتها.
- الترجيح.
- المسائل المعاصرة التطبيقية لأحكام الحديث.

وهي مستفادة من قرارات هيئة كبار العلماء، وقرارات المجامع الفقهية، دون استقصاء.

القسم الخامس: وفيه الأنظمة السعودية المتعلقة بالحديث.

والمنهج هنا: جمع المواد النظامية السعودية المتعلقة بأحكام الحديث، وتحليلها.

ب- المنهج التفصيلي للبحث:

- عرض الخلاف بشكل مختصر يتناسب مع حجم البحث، واستعراض أهم الأقوال والأدلة.
- ترتيب المذاهب داخل القول حسب الترتيب الزمني.
- الاعتماد في نسبة أقوال المذاهب على أمهات كتب المذاهب.

- ترتيب المسائل بتقديم الأقوال، ثم الأدلة، ثم إتباع أدلة القول المرجوح فقط بمناقشتها.

- ترجيح ما ظهر رجحانه؛ بناء على قوة الأدلة، وبما يتماشى مع قواعد الشريعة.

- توثيق القواعد الأصولية والفقهية الواردة في ثنايا البحث.

- عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها من المصحف.

- تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية وإثبات الكتاب والباب والجزء والصفحة وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها، فإن كانت في الصحيحين، فيُكتفى حينئذٍ بتخريجها منهما.

- التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح.

- توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة وتكون الإحالة عليها بالمادة والجزء والصفحة.

- لم يُترجم لأحد من الأعلام طلباً للاختصار.

- خُتمت البحث بخاتمة متضمنة أهم النتائج والتوصيات.

- ذُيل البحث بذكر قائمة بالمصادر والمراجع.

المبحث الأول
متن الحديث ومعناه

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: متن الحديث:

متن الحديث: عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**مطل الغني ظلم**))[1].

المطلب الثاني: بيان المعاني لمفردات الحديث:

معنى (مطل) في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء:

في اللغة: المطل: م ط ل أصل صحيح يدلّ على مدّ الشيء وإطالته. يقال: مطلت الحديدة أمطلها مطلا إذا مددتها لتطول. وقيل: التسويف والمدافعة بالحق مع توجهه[2].

وفي اصطلاح الفقهاء: المطل: التسويف بوعد الوفاء مرة بعد أخرى، وقيل: التطويل والمدافعة مع القدرة على التعجيل. وقيل:

(١) أخرجه البخاري، في صحيحه، كتاب: الحوالات، باب: في الحوالة، وهل يرجع في الحوالة (٢/ ٧٩٩)، برقم (٢١٦٦)، ومسلم في صحيحه، كتاب: المساقاة، باب: تحريم مطل الغني (٣/ ١١٩٧)، برقم (١٥٦٤).

(٢) ينظر: مختار الصحاح، للجوهري (٥/ ١٨١٩)؛ معجم مقاييس اللغة: مادة (مطل) (٥/ ٣٣١).

تأخير ما استحق أداؤه بغير عذر، وقيل: المدافعة عن أداء الحق[1].

وبهذا يتبين أن المعنى الاصطلاحي قريب من المعنى اللغوي.

معنى (الغني) في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء:

في اللغة: الغني: الغين والنون والحرف المعتل أصل، يدل على الكفاية، يقال: لا يغني فلان غناء فلان، أي لا يكفي كفايته. والغني بالكسر وبالقصر: اليسار، وهو من صار له مال[2].

وفي اصطلاح الفقهاء: الغني: الَّذِي يجد مَا يقْضِي بِه دينه، وقيل: الغنى في المال مقصور. وقيل: الغنى يكون بالمال وغيره، من القوة والمعونة، وكل ما ينافي الحاجة[3].

فلا يخرج معنى الغنى في اصطلاح الفقهاء عن المعنى اللغوي، إلا أنهم يختلفون في الغنى المعتبر باختلاف المواضع والأبواب الفقهية التي يكون الغنى فيها أساساً في الحكم، فالغني في باب الزكاة، غير الغني في باب المماطلة في الديون. والغني هنا: من قدر على الأداء ولو كان فقيراً.

---

(١) ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه، للنووي (ص: ١٠١)؛ التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي (ص ٣٠٨).

(٢) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٤/ ٣٩٧)؛ القاموس المحيط، للفيروزآبادي، (مادة: غنا)، (ص١٣١٩).

(٣) ينظر: الفروق اللغوية لأبي هلال العسكري (ص١٤٤)؛ غريب الحديث، لأبي عبيد البغدادي (٢/ ١٧٤).

والإنسان الذي ليس عنده شيء لا يسمى مماطلًا، ولكن الغني هو الذي يسمى مماطلًا.

معنى (ظلم) في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء:

في اللغة: ظلم: الظاء واللام والميم: أصل (الظلم)، وهو مجاوزة الحد، ووضع الشيء في غير موضعه، ويعني الجور، يُقال: ظلَم فلانًا؛ أي جار عليه ولم يُنصفه(١).

وفي اصطلاح الفقهاء: ظلم: هو الجور ومجاوزة الحد، وعُرّف أيضًا بأنّه: وضع الشيء في غير موضعه المختصّ به؛ إمّا بنقصانٍ أو بزيادةٍ(٢). فالمعنى الاصطلاحي مرادف للمعنى اللغوي.

المطلب الثالث: المعنى الإجمالي للحديث:

في هذا الحديث الشريف حذرنا الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مما ينزع الثقة بالمرء من نفوس الناس وهو المماطلة. ولما كانت مماطلة الغني القادر على الدفع وتأخره في أداء الحقوق منعاً للحق عن صاحبه عدها الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ظلماً، فالمماطل ظلم غيره بتأخير حقه بدون عذر. بل ظلم نفسه إذ حرمها الثقة، وعرضها للطعن والنقص في الحياة الدنيا، ولعقوبة الله في الآخرة، فمن كان مديناً فإنه يحرم عليه تأخير

(١) ينظر: مختار الصحاح، للرازي، (ص١٩٧)؛ المحيط في اللغة، لابن عباد، (مادة: ظلم)، (١٠/ ٣٢).

(٢) ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير (٣/ ١٦١)؛ المحكم والمحيط الأعظم، لابن عبد ربه (١٠/ ٢٣).

تسديد الدين عند حلول أجله إذا كان قادراً عليه، وكان المال المطلوب موجوداً لديه، أو كان قادراً على تحصيله من جهة ما، ففي هذا الحديث التشديد والتحذير من الرَّسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على كل من عليه حق ألا يماطل فيه، وهذا ليس في الدين وحده، بل في الرجل مع نفقة زوجته أو أي حق عليه يمكن أن يماطل فيه[1].

(١) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي (٦/ ٢٦٩)؛ المُغني، لابن قدامة (٤/ ٣٩٤).

المبحث الثاني
الدلالات والقواعد الأصولية لمفردات وجمل الحديث وعلاقة الحديث بالنصوص الأخرى

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الدلالات الأصولية لمفردات الحديث:

بعد الحكم على الحديث بصحته، حيث اتفق عليه الشيخان، فإن الاستدلال به كالتالي:

- (مطلُ): نكرة أضيفت لمعرفة «الغني» تفيد العموم[1].

- (الغنيِّ): الشمول الاستغراقي لجميع ما يصدق عليه النص، فهو محلى بأل يفيد العموم، والمراد به كل الجنس[2].

- (ظُلم): مصدر يُفيد الإطلاق؛ كونها نكرة في سياق الإثبات[3].

(١) ينظر: نفائس الأصول في شرح المحصول، للقرافي (٤/ ١٧٩٧)؛ شرح مختصر الروضة، للطوفي (٢/ ٤٦٥).
(٢) ينظر: روضة الناظر، لابن قدامة (٢/ ١١)؛ البحر المحيط، للزركشي (٤/ ١٣٩).
(٣) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (٣/ ٣)؛ التمهيد شرح مختصر الأصول، للمنياوي (ص: ٦٠).

المطلب الثاني: القواعد الأصولية المتعلقة بجمل الحديث:

- **قاعدة: إنما يثبت الحكم بثبوت سببه**[1]:

أنّ الشرع أثبت الحكم في النص حيث إنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل استحقاق الظلم للدائن سببه مماطلة الواجد القادر على سداد الدين إذا حلَّ أجله، فبالقدرة على الدفع ومطالبة الدائن بالسداد، يكون مماطلاً ظالماً لنفسه ولغيره. ولكن إذا كان غير واجد وليس عنده شيء لا يسمى مماطلًا، أو لم يطالب الدائن بالوفاء، فينتفي عنه الظلم.

- **قاعدة: الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا**[2]:

أنه متى وجدت العلة وهي مماطلة الغني في سداد دينه فتسبب في ظلم نفسه وغيره، وُجد الحكم وهو الحُرمة، وترتب على ذلك العقوبة.

- **قاعدة: تخصيص الشيء بالذكر يدل على نفي الحكم عما عداه**[3]:

أن قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**مطل الغني ظلم**)) فيه تخصيص الحكم بأن يكون غنياً معه ما يسدد دينه، وينفيه عما عداه، فمفهوم المخالفة: إن لم يكن غنياً فليس بظالم، وليس له عليه سبيل، فالمماطل خصّصه

(١) ينظر: البحر المحيط، للزركشي (٧/ ٢٩٣)؛ الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، لبورنو (ص: ٣٦).
(٢) ينظر: أصول السرخسي (٢/ ١٧٨)؛ إعلام الموقعين، لابن القيم (٥/ ٥٢٨).
(٣) ينظر: المستصفى، للغزالي (ص: ٢٦٥)؛ روضة الناظر، لابن قدامة (٢/ ١١٤).

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالغني الواجد أم الفقير الذي لا يجد ما يسده لا يسمى مماطلا ولا يُعد ظلماً[1].

المطلب الثالث: العلاقة بين الحديث وغيره من النصوص التي لها الأثر في الحكم:

- **النص الأول**: قوله تعالى: ﴿لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾﴾[2].

وجه العلاقة: هذه الآية مؤكدة ومقررة لحديث الباب، فقوله: ﴿لَا تَظْلِمُونَ﴾ بزيادة، ﴿وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ بالنقص من رأس المال، فدلت على أن المماطل الممتنع من أداء رأس المال إلى مستحقه ظالم، مستحق للعقوبة[3].

- **النص الثاني**: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُوا۟ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا۟ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١٨٨﴾﴾[4].

وجه العلاقة: أنّ من قواعد المعاملات التي يترتب عليها الإثم (أكل المال بالباطل)، فالآية عامة وتشمل حديث الباب، مطل الغني الذي هو ظلم، وغيره من المعاملات الباطلة[5].

---

(١) ينظر: القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، لمحمد عبد الغفار (٩/ ٧).
(٢) سورة البقرة، آية: ٢٧٩.
(٣) ينظر: أحكام القرآن، للجصاص (٢/ ١٩٦).
(٤) سورة البقرة، آية: ١٨٨.
(٥) ينظر: أحكام القرآن، لابن العربي (١/ ١٣٧).

- **النص الثالث**: عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((**أَتَدْرُونَ مَا الْغِيبَةُ؟**))، قَالُوا اللهُ وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ قَالَ: ((**ذِكْرُكَ أَخَاكَ بِمَا يَكْرَهُ**)) قِيلَ: أَفَرَأَيْتَ إِنْ كَانَ فِي أَخِي مَا أَقُولُ؟ قَالَ: ((**إِنْ كَانَ فِيهِ مَا تَقُولُ فَقَدِ اغْتَبْتَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَا تَقُولُ فَقَدْ بَهَتَّهُ**))[1].

وجه العلاقة: أن حديث الباب مستثنى من الأحاديث التي جاءت محذرة من أذى المسلم سواء كان حاضراً أم غائباً، وسواء كان حياً أم ميتاً، فقد استثنت الشريعة من ذلك أموراً، منها: التظلم من الغني المماطل فقد قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**مطل الغنى ظلم**))؛ فهو مستثنى من حديث الغيبة[2].

- **النص الرابع**: عن عمرو بن الشريد عن أبيه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((**لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ**))[3].

وجه العلاقة: أن فيه بيان لحديث الباب، حيث إن معنى ((**لي الواجد**)): أي «مطل الغني القادر على وفاء دينه»[4]، فهنا فيه بيان عقوبته، وهي: حل العرض والعقوبة لفعله هذا المحرم؛ فمماطلة

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة، باب تحريم الغيبة برقم حديث (٢٥٨٩)، (٤/ ٢٠٠١).

(٢) ينظر: شرح بلوغ المرام (١٠/ ٢٥٢).

(٣) أخرجه النسائي في سننه كتاب البيوع باب مطل الغني حديث (٤٦٨٩)، (٤٦٩٠)، ص٧١٤. والإمام أحمد في مسنده حديث (١٧٩٤٦)، ٢٩/ ٤٦٥، والحديث حسنه ابن حجر في فتح الباري (٥/ ٦٢).

(٤) ينظر: الزواجر عن اقتراف الكبائر، لابن حجر الهيتمي (١/ ٢٤٩).

الواجد القادر على سداد الدين في أجله ظلم، وهذا الظلم ((**يُحِل عرضه، وعقوبته**))[1].

(١) ينظر: الفروع، لابن مفلح (٦/ ٤٦٢).

المبحث الثالث
القواعد الفقهية المتعلقة بالحديث

يحكم المعاملات بصفة عامة مجموعة من القواعد الفقهية المستنبطة من مصادر الشريعة الإسلامية، منها ما هو عام، ومنها ما له صلة وثيقة بالمعاملات المالية، التي يرجع إليها للحكم على مشروعية أو عدم مشروعية هذا الأمر، ومن أهم تلك القواعد التي لها علاقة بالحديث:

- قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»[(١)]:

ومن الصيغ الأخرى للقاعدة: الضرر يزال[(٢)]، الضرورات تبيح المحظورات[(٣)]، الحاجات تنزل منزلة الضرورات في إباحة المحظورات[(٤)]، ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها[(٥)].

وجه العلاقة: الأصل في قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» هو نص حديث نبوي حيث قضى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بأنه: لا ضرر ولا ضرار، فلا إشكال في

(١) ينظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٧)؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٧٢).
(٢) ينظر: الأشباه والنظائر، للسبكي (١/ ٤١)؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٧٢).
(٣) ينظر: المنهاج، للنووي (١٢/ ١٨٨)؛ مرقاة المفاتيح، علي الهروي (٦/ ٢٥٣٦).
(٤) ينظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٨٨)؛ الأشباه والنظائر، لابن الملقن (٢/ ٣٤٦).
(٥) ينظر: شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا (ص: ١٦٣)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص: ٢٣٩).

منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار؛ لثبوت الدليل على حرمة الإضرار بأي شكل كان[1].

فهذه القاعدة عامة في كل حرج وضرر، والنهي يدل على تعلق المفسدة بالمنهي عنه في نظر الشارع، فيؤخذ على عمومه، ويدخل فيه الإضرار بالنفس والغير، فقد حذر الشرع من مماطلة الغني وتأخره في سداد دينه، وإضراره بصاحب المال، وقد أجاز رفع الضرر عنه.

ومن رحمة الله بعباده أن أباح لهم بعض ما حرم عليهم عند الضرورة، لكن هذه الضرورة تقدر بقدرها، فمن تجاوز قدر الضرورة فقد بغى واعتدى، فالرجل المدين إذا كان مماطلًا وذهب الغرماء إلى القاضي يريدون أموالهم، فإن القاضي يقوم باستدعائه، ويأخذ ماله رغماً عنه ويسدد الغرماء. فإن كان عنده دنانير ودراهم، وكذلك عنده عقارات وسيارات وأموال أخرى، فإن الضرورة تقدر بقدرها، فيؤتى بما عنده من الدنانير والدراهم، فإن وفت الغرماء حقهم وإلا نُظر في العقارات التي لا يكون فيها خسارة عليه؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها.

إذاً: الضرورات تبيح المحظورات، لكنها تقدر بقدرها.

(١) ينظر: البحر المحيط، للزركشي (٦/ ٢٧٣)؛ الموافقات، للشاطبي (٣/ ١٨٥).

- **قاعدة: إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق**[1]:

وجه العلاقة: أنَّ المدين -أي: الذي عليه دين- وضاق عليه سداده، فإنه يمهل إلى أن يتيسر له ذلك، قال الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[2]، فالأمر ضاق على الرجل المدين فليس معه مال ليسدد دينه، ففتح له الشرع باب التيسير، وهو النظرة إلى ميسرة[3].

(١) ينظر: الأشباه والنظائر، للسبكي (١/ ٤٩)؛ المنثور في القواعد الفقهية، للزركشي (١/ ١٢٠).

(٢) البقرة: آية: ٢٨٠.

(٣) ينظر: القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (٩/ ٧).

المبحث الرابع

الأحكام الفقهية المستنبطة من الحديث

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أحكام الحديث:

لحديث ((**مطل الغني ظلم**)) مسائل فقهية وصور تطبيقية كثيرة ومتنوعة ذكرها الفقهاء في كثير من أبواب الفقه يصعب حصرها في هذا المبحث. سنجمل أهمها كالتالي:

المسألة الأولى: مشروعية الدَّين[1]، وحكم أدائه:

الدَّين مشروع وجائز، ودلَّ على ذلك نصوص عديدة من الكتاب والسنة والإجماع كالآتي:

(١) الدين لغة: «د ي ن» أصلٌ واحد، دان واستدان وادان، إذا أخذ الدين واقترض، وقيل: هو الذي لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء. ينظر: لسان العرب لابن منظور، (١٣/ ١٦٨)؛ المصباح المنير، للفيومي، (مادة: دين)، (١/ ٢٠٥).
وفي اصطلاح الفقهاء: لزوم حق في الذمة؛ فيشمل المال والحقوق للغير. هذا التعريف يشمل كل ما يشغل ذمة الإنسان، سواء أكان حقاً لله أو حقاً للعبد، وما يعنينا في هذا البحث هو الدّين المتعلق بالمال بين العباد. ينظر: التعريفات، للجرجاني (ص: ١٠٦)؛ شرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني (٢/ ١٣٢).

أولاً: من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُ﴾[1].

وجه الدلالة: دلت الآية على جواز التأجيل في الديون والأمر بكتابتها، وهذا يدل على مشروعية الدين[2].

ثانياً: من السنة:

عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: «قَدِمَ النَّبِيّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ بِالتَّمْرِ السَّنَتَيْنِ وَالثلَاثَ، فَقَالَ: ((**مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ**))»[3].

وجه الدلالة: يدل الحديث على جواز السلف، وإن لم يكن في وقت العقد موجوداً، إذا كان يتقدر وجوده في العادة عند محل الأجل بشرط تكون الأوزان والمكاييل والآجال معلومة[4].

---

(١) البقرة: (آية: ٢٨٢).
(٢) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٣/ ٣٧٧).
(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب السلم، باب السلم في الوزن المعلوم، حديث رقم (٢٢٤٠)، (٣/ ٨٥).
(٤) ينظر: أعلام الحديث، للخطابي (٢/ ١١٠٨).

ثالثاً: الإجماع:

أجمع الفقهاء «على أن من استلسف سلفاً مما يجوز أن يُسلف، فرد عليه مثله، أن ذلك جائز»[(١)]؛ وهذا النص وإن كان في دين القرض، إلا أنه يدل على مشروعية الدين.

أما حكم أدائه: فقد اتفق الفقهاء على أن أداء الدين على الوصف الذي وجب فرض بالكتاب والسنة والإجماع[(٢)].

أولاً: من الكتاب:

قول الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾[(٣)].

وجه الدلالة: إذا كان العبد مأمورًا بأداء الأمانة التي هي عنده وديعة، أو مستودع عليها، أو مؤتمن عليها، فالشيء الذي هو لازم في ذمته وأخذه بمعاوضةٍ يكون أولى بأن يؤديه إلى أهله[(٤)].

---

(١) ينظر: الإجماع، لابن المنذر، (فقرة: ٥٦٩)، (ص: ١٣٦).

(٢) ينظر: رد المحتار، لابن عابدين (٢/ ٦)؛ بدائع الصنائع، للكاساني (٧/ ١٥٠)؛ منح الجليل، للعليش (٣/ ١١٢)؛ مواهب الجليل، للحطاب (٥/ ٣٩)؛ كفاية الطالب، للعدوي (٢/ ٢٩٠)؛ المهذب، للنووي (١/ ٣١١)؛ المغني، لابن قدامة (٤/ ٤٨١)؛ مجموع الفتاوى، لابن تيمية: (٢٩/ ١٩٠).

(٣) سورة البقرة، آية: ٢٨٣.

(٤) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٤/ ٤١٥).

ثانياً: من السنة:

عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**مطل الغني ظلم**))[1].

وجه الدلالة: إذا كان الدين حالا فإنه يجب أداؤه ويحرم على الغني القادر أن يمطل بالدين[2].

ثالثاً: الإجماع:

نقل الاتفاق على وجوب أداء الدين على الفور عند الطلب: الحطاب المالكي حيث قال: «وأما قضاء الدين فلا يؤخر ويؤدى باتفاق»[3].

ووافقه على وجوب الأداء جمهور الفقهاء من الحنفية[4]، والشافعية[5]، والمالكية[6]، والحنابلة[7].

---

(١) سبق تخريجه في المطلب الأول من المبحث الأول.

(٢) ينظر: فتح الباري، لابن حجر (٤/ ٥٨٧).

(٣) مواهب الجليل: (٧/ ٤٣٥).

(٤) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم: (٨/ ٩٤)، وفيه: قضاء الدين واجب عليه، والمماطلة ظلم.

(٥) ينظر: مواهب الجليل: (٧/ ٤٣٥) وقد سبق نصه في حكاية الاتفاق.

(٦) ينظر: إعانة الطالبين، للنووي: (٢/ ٢١٢)، وفيه: «أداء الدين واجب لحق آدمي؛ فلا يجوز تفويته أو تأخيره بسبب التطوع بالصدقة».

(٧) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية: (٢٩/ ١٩٠)، وفيه: «وفاء الدين واجب».

المسألة الثانية: حكم مطالبة المدين الموسر[١] وحكم تأخر المدين في الأداء:

يجوز لصاحب الدين مطالبة المدين إذا كان قادراً[٢].

ويجب على الموسر وفاء دينه، ويحرم على المدين تأخير الوفاء[٣] إذا تحقق شرطان:

(١) أن يطلب صاحب الدين السداد[٤]؛ فلفظة المماطلة دالة على أنها إنما تكون بعد طلب[٥].

(٢) أن يمتنع عن الأداء بلا عذر[٦]. فإن كان له عذر جاز له ذلك، كغيبة ماله[٧].

---

(١) الموسر في اللغة: «الياء والسين والراء»: أصل يدل على انفتاح شيءٍ وخفته، اليُسْرُ: وهو السهولة والغنى، فهو ضد العُسْر. ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٦/ ١٥٥)؛ القاموس المحيط، للفيروزآبادي مادة (اليَسْر) (٢/ ٢٣٠).
- تعريف الموسر في اصطلاح الفقهاء: «هو من ماله مساوٍ لدينه الحال، أو يزيد عليه، أي أنه قادر على أداء دينه» ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، (٤/ ٤١٥)؛ مغني المحتاج، الشربيني، (٢/ ٢٠١)؛ الفروع، لابن مفلح، (٦/ ٤٥٣).

(٢) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٤/ ٤١٥) والمهذب، الشيرازي، (٢/ ١١٢)؛ الكافي، لابن قدامه (٣/ ٢٢٧).

(٣) ينظر: المصادر السابقة، ومنتهى الإرادات، الفتوحي (١/ ٣٠٥).

(٤) ينظر: ترشيح المستفيدين ص٢٣٦؛ الجامع لأحكام القرآن(٤/ ٤١٥)؛ الحاوي الكبير(٦/ ٢٦٥)؛ الفروع (٦/ ٤٥٣).

(٥) ينظر: فيض القدير (٥/ ٦٦٧)؛ مغني المحتاج (٢/ ٢١٤).

(٦) ينظر: رد المحتار (٩/ ٢٢٠)؛ الجامع لأحكام القرآن (٤/ ٤١٥)؛ مغني المحتاج (٢/ ٢٠١)؛ الفروع (٦/ ٤٦٢).

(٧) ينظر: شرح صحيح مسلم للنووي (٩/ ٢٢٦)؛ عون المعبود (٩/ ١٩٥).

فإذا تحقق الشرطان فتأخير الوفاء محرم بالكتاب والسنة والإجماع.

أولاً: من الكتاب:

قول الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ﴾[1].

وجه الدلالة: أن الله جعل «له المطالبة برأس ماله، فإن كان له حق المطالبة فعلى من عليه الدين لا محالة وجوب قضائه»[2].

ثانياً: من السنة:

(١) عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**مطل الغني ظلم**))[3].

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل المطل ظلم والظلم محرم فيكون المطل محرم. والظلم هو وضع الشيء في غير موضعه[4].

(٢) عن عمرو بن الشريد عن أبيه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((**لي الواجد يحل عرضه وعقوبته**))[5].

---

(١) سورة البقرة، آية: ٢٧٩.
(٢) الجامع لأحكام القرآن (٤/ ٤١٥).
(٣) سبق تخريجه في المطلب الأول من المبحث الأول.
(٤) ينظر: عمدة القاري (١١/ ١١٠).
(٥) سبق تخريجه في المطلب الثالث من المبحث الثاني.

وجه الدلالة: أن معنى ((**لي الواجد**)): «مطل الغني القادر على وفاء دينه»[(١)]، وحل العرض والعقوبة لا تكون إلا «على ترك واجب أو فعل محرم»[(٢)].

ثالثاً: الإجماع:

على أن الطالب إن كان «محقاً فحرام على المطلوب بلا خلاف من أحد من أهل الإسلام أن يمنعه حقه، أو أن يمطله وهو قادر على إنصافه»[(٣)].

المسألة الثالثة: حكم المماطل إذا امتنع عن الوفاء متعمدًا هل يُعد فاسقاً:

مع اتفاق الفقهاء على إثم المماطل المتعمد الممتنع عن الوفاء، ذهب الجمهور على أن المماطل متعمداً يفسق، ثم اختلفوا هل يفسق لمطله مرة واحدة أم يفسق مع التكرار؟

قيل: يشترط التكرار، وهو مقتضى مذهب الشافعية[(٤)]؛ ويشهد له أن المطل هو المدافعة أي مرة بعد مرة[(٥)]. وقيل: إن مقتضى مذهب الشافعية

(١) الزواجر عن اقتراف الكبائر، لابن حجر (١/ ٢٤٩).
(٢) الفروع، لابن مفلح (٦/ ٤٦٢).
(٣) المحلى، لابن حزم (٦/ ٤٦٧).
(٤) ينظر: فتح الباري، لابن حجر(٤/ ٥٨٧)؛ شرح صحيح مسلم، للنووي(٩/ ٢٢٦) فيض القدير، للمناوي(٥/ ٦٦٧).
(٥) ينظر: فيض القدير، للمناوي (٥/ ٦٦٧).

عدم التكرار بل يفسق بفعله مرة واحدة؛ لأن المطل سمي ظلماً، وتسميته بالظلم يشعر بأنه كبيرة، والكبيرة لا يشترط لها التكرار[1].

وأطلق بعض العلماء في أن مماطلة القادر على وفاء دينه من الكبائر[2].

المسألة الرابعة: حكم مطالبة المدين المعسر[3]:

لا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين، ولا حبسه إذا ثبت إعساره؛ ويجب إنظاره المعسر إلى أن يوسر، باتفاق المذاهب الأربعة[4]، واستدلوا بالكتاب والسنة.

أولا: من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[5].

---

(١) ينظر: فتح الباري ٤/ ٥٨٧)، وعمدة القاري ١١/ ١١٠)، وفيض القدير ٥/ ٦٧٧).

(٢) ينظر: الزواجر عن اقتراف الكبائر (١/ ٢٤٩).

(٣) المعسر في اللغة: «ع س ر» أصل صحيح واحد يدل على صعوبة وشدة، فالعُسر نقيض اليُسر، وهو الضيق والشدة والصعوبة، وأعسر الرجل: أي قلّ ما في يده، وقيل افتقر. ينظر: مقاييس اللغة (٤/ ٣١٩)؛ لسان العرب مادة (عسر) (٤/ ٥٦٣). والمعسر في الفقه: هو من لا مال له. ينظر: بداية المجتهد (٤/ ١٤٥١)؛ الجامع لأحكام القرآن (٤/ ٤١٨).

(٤) ينظر: الهداية (٣/ ٢٨٣)، والمبسوط (٢٠/ ٨٩)؛ الشرح الصغير (٣/ ٣٧٠)؛ الذخيرة (٨/ ١٥٩) روضة الطالبين (٣/ ٣٧٢)؛ مغني المحتاج (٢/ ٢١١)، والفروع (٦/ ٤٥٢)، والعدة شرح العمدة (٢/ ٣٨١).

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٨٠.

وجه الدلالة: أمر الله عَزَّوَجَلَّ المدين إنظار المعسر إلى أن يوسر، والأمر يقتضي الوجوب.

ثانيا: من السنة:

حادثة الرجل الذي أصيب في عهد رسول الله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ في ثمار ابتاعها فكثر دينه، فقال رسول الله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: ((**تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ**))، فَتُصَدِّقَ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءَ دَيْنِهِ. فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: ((**خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ**))[1].

وجه الدلالة: ((**خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ**)). فهذا نص، فلم يأمر النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ بحبسه[2]، ولم يوجب للغرماء غير ما يجدون فإذا كان معسراً فليس لهم إلا الإنظار.

المسألة الخامسة: حكم ملازمة[3] المدين المعسر:

اختلف في حكم ملازمة الدائن للمدين المعسر، حيث يسير معه؛ ليعلم كسبه إلى قولين:

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين حديث(١٥٥٦)، ٣/ ١١٩١.

(٢) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٤/ ٤١٧).

(٣) الملازمة لغة: يلزم الشيء فلا يُفارقه. واللزام: الفيصل جداً. وتقول: لزم المريض السرير: لم يفارقه والغريم وبه تعلق به. ينظر: لسان العرب، لابن منظور (١٢/ ٥٤١) المعجم الوسيط (٢/ ٨٢٦)، مادة (لزم). واصطلاحاً: لم يذكر الفقهاء تعريفاً محدداً للملازمة، ولكنهم يعبرون عنها فيقولون: أنه يسير معه حيث سار، ويجلس حيث جلس، غير مانع له من الاكتساب ويدخل معه داره. ينظر: نيل الأوطار، للشوكاني (٨/ ٣١٩).

الأقوال في المسألة:

القول الأول: أن للدائن الحق في ملازمة المدين، ولا يحول الحاكم بين الدائن والمدين، وهو قول بعض الحنفية، ونسب إلى أبي حنيفة[١].

القول الثاني: لا يجوز ملازمة الدائن للمدين المعسر، إذا ثبت إعساره، ويحرم على الدائن ملازمة المدين المعسر، وهذا مذهب بعض الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بجواز ملازمة الدائن للمدين المعسر من السنة والمعقول.

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ١٨١)، والهداية (٣/ ٢٨٣)، والمبسوط (٢٠/ ٨٩)، وبدائع الصنائع (٧/ ٢٥٦).

(٢) ينظر: ترشيح المستفيدين ص٢٣٧، وبدائع الصنائع (٧/ ٢٥٦)؛ تبيين الحقائق (٣/ ١٨١)؛ المبسوط (٢٠/ ٨٩).

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٢٨٠)، والذخيرة (٨/ ١٥٩)، والجامع لأحكام القرآن (٤/ ٤١٧).

(٤) ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٢١٣)، وروضة الطالبين (٣/ ٣٧٢)، والحاوي الكبير (٦/ ٣٣٥)؛ المهذب (٢/ ١١٢).

(٥) ينظر: الكافي (٣/ ٢٢٥)، والفروع (٦/ ٤٥٢)، والمغني (٦/ ٥٨٤)، وأختصر المختصرات ص١٨٠.

أولا: من السنة:

قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**إِنَّ لِصَاحِبِ الْحَقِّ الْيَدَ وَاللِّسَانَ**))[1].

وجه الدلالة: المراد باليد الملازمة، وباللسان التقاضي[2].

نوقش: أن الحديث فيه مقال. ولو سلّم بصحة الحديث فإنه يحمل على الموسر[3].

ثانيا: من المعقول:

لأن المدين قد يكتسب، أو يظهر له مال فوق حاجته، فيأخذه الدائن؛ لئلا يخفيه المدين، وليتمكن الدائن من الحصول على دينه[4].

(١) أخرجه: الدار قطني في سننه، كتاب الأقضية والأحكام، باب الشفعة، حديث (٤٥٥٣)، ٥/ ٤١٥. والكامل في ضعفاء الرجال، لابن عدي، ٦/ ٢٧٨. ونصب الراية، للزيلعي على الهداية، ٥/ ٣٨٤. وأخرجه بنحوه: البخاري، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب لصاحب الحق مقال، حديث (٢٤٠١)، ٣/ ١١٨، بلفظ: «دعوه، فإن لصاحب الحق مقالاً». ومسلم، حديث (١٦٠١)، ٣/ ١٢٢٥، بلفظ: «إن لصاحب الحق مقالاً». وبطوله عند ابن حجر في المطالب العالية، كتاب البيوع، باب لصاحب الحق مقال وفضل من أدى دينه، حديث (١٤٥٢)، ٧/ ٣٨٠، بلفظ: «دعوه، فإن لصاحب الحق مقالاً»، وهو مرسل، قال في المغني (٤/ ٣٣٨): والحديث فيه مقال، قاله ابن المنذر.

(٢) ينظر: الهداية، للمرغيناني (٣/ ٢٨٣).

(٣) ينظر: المغني، لابن قدامة (٦/ ٥٨٤).

(٤) ينظر: المبسوط (٢٠/ ٨٩) بدائع الصنائع ٧/ ٢٥٦)؛ الجامع لأحكام القرآن (٤/ ٤١٧)، وفتح الباري (٤/ ٥٨٨).

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم جواز ملازمة الدائن للمدين المعسر من الكتاب والسنة والمعقول بما يلي:

أولاً: من الكتاب:

قول الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[1].

وجه الدلالة: فقد أوجب الله إنظار المعسر، والملازمة تمنع الإنظار[2].

ثانياً: من السنة:

عن أبي سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «أُصِيبَ رَجُلٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي ثِمَارٍ ابْتَاعَهَا فَكَثُرَ دَيْنُهُ، فَقَالَ رَسُولُ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ**))، فَتُصُدِّقَ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءَ دَيْنِهِ. فَقَالَ رَسُولُ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ**))»[3].

وجه الدلالة: قوله: ((**خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ**))، فالنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يجعل للغرماء إلا الموجود من المال، ولم يجعل لهم الملازمة، وكان الخطاب بصيغة الحصر، مما يدل على عدم مشروعية الملازمة[4].

---

(١) سورة البقرة، آية: ٢٨٠.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ١٨١)؛ الذخيرة (٨/ ١٥٩)؛ الحاوي الكبير (٦/ ٣٣٥)؛ المغني (٦/ ٥٨٤).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٣٣٥)؛ والمغني (٦/ ٥٨٤).

ثالثاً: من المعقول:

قياس الدين على المعسر بالدين المؤجل، في أن كلاً منهما لا يملك الدائن المطالبة بدينه، فلا يملك الملازمة[1].

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- هو قول الجمهور، القائل بعدم جواز ملازمة المدين المعدم؛ لقوة أدلة أصحاب هذا القول من الكتاب والسنة، ولضعف دليل أصحاب القول الأول من السنة؛ ولأن تعليل أصحاب القول الأول في مقابلة النص: ((**خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ**))، ودلالة النص نصية فلا يلتفت إلى التعليل.

المسألة السادسة: حكم إجبار المعسر على التكسب وإجارة بدنه لأداء دينه:

اختلف الفقهاء في إجباره على التكسب والإجارة على قولين:

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٣٣٥)، والمهذب (٢/ ١١٢)، والكافي (٣/ ٢٢٥)، والمغني (٦/ ٥٨٤).

القول الأول: أنه لا يجبر:

وبه قال الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] وهو رواية للإمام أحمد[٤].

قال الإمام مالك: الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه، أن الحر إذا أفلس لا يؤاجر[٥].

وقال الإمام الشافعي: وإذا لم يكن على المعسر سبيل فلا سبيل على إجارته، لأن إجارته عمل بدنه وإذا لم يكن على بدنه سبيل، وإنما السبيل على ماله لم يكن إلى استعماله سبيل[٦].

وبعض المالكية، فرقوا بين التاجر والصانع، فالتاجر لا يجبر، وهو المقصود في قول مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ السابق. أما الصانع فإنه يجبر على العمل ويستأجر في الصنعة. فقد جاء في التاج والإكليل[٧] بعد ذكره لقول مالك في المسألة: «هذا إن كان تاجراً وإن كان صانعاً يُداين ليقضي من عمله، فإن عَطِل أُجبر على العمل فإن أبى استؤجر في صنعته». وبعض

(١) المبسوط (٢٠/ ٩٠) مشكل الآثار للطحاوي (٢/ ١٤١) أحكام القرآن للجصاص (١/ ٦٥٢ - ٦٥٣).
(٢) منح الجليل (٦/ ٣٤-٣٥) المنتقى (٥/ ٨١) حاشية الصاوي (٣/ ٣٥٨).
(٣) طرح التثريب (٦/ ١٦١ - ١٦٢) أسنى المطالب (٢/ ١٩٤ - ١٩٥) حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٦٤).
(٤) المغني (٤/ ٢٨٩ - ٢٩٠) الفروع لابن مفلح (٤/ ٣١٠ - ٣١١).
(٥) المدونة (٤/ ٦١).
(٦) الأم (٣/ ٢٠٦).
(٧) (٦/ ٦٠٧)، وانظر: منح الجليل (٦/ ٣٤-٣٥)، تبصرة الحكام (٢/ ٢٠٧).

الشافعية فرقوا فقالوا: إن كان الدين بسبب معصية كغصب ونحوه فإنه يجبر على التكسب والإجارة لوفائه، وإذا لم يكن بسبب معصية فلا يجبر، وذلك لأن التوبة فيما فعله واجبة وهي متوقفة في حقوق الآدميين على الرد. وبعضهم قال: إن فُسر الغنى الوارد في حديث: ((**مطل الغني ظلم**))[1] بالمال فلا يجبر، وإن فُسر بالقدرة على الوفاء فيجبر[2].

القول الثاني: أنه يجبر:

وهو رواية عن الإمام أحمد[3] والقول الصحيح عند الحنابلة[4] وقول الظاهرية[5]، وأبو يوسف من الحنفية[6].

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول:

من الكتاب: قول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[7].

(١) سبق تخريجه في المبحث الأول.
(٢) طرح التثريب (٦/ ١٦١- ١٦٢) أسنى المطالب (٢/ ١٩٤ - ١٩٥).
(٣) المغني (٤/ ٢٨٩-٢٩٠)، الفروع (٤/ ٣١٠-٣١١).
(٤) المرجعان السابقان، مطالب أولي النهى للرحيباني (٣/ ٣٩٨).
(٥) المحلى (٦/ ٤٨١).
(٦) البحر الرائق (٦/ ٣٠٨-٣٠٩).
(٧) سورة البقرة، آية: ٢٨٠.

وجه الدلالة: أن الله أمر بإنظار المعسر ولم يأمره بأن يكتسب أو يؤاجر، ولو كان يجبر على ذلك لأمر به(١).

ونوقش من وجهين:

الأول: أن المدين القادر على التكسب لا يدخل في عموم الآية، لأنه في حكم الموسر بدليل حرمانه من الزكاة، وسقوط نفقته عن قريبه ووجوب نفقة قريبه عليه(٢).

الثاني: أن الميسرة لا تكون إلا بالسعي إلى التكسب، فتكون الآية موجبة على التكسب(٣).

من السنة: حديث أبي سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: أصيب رجل في عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ثمار ابتاعها فكثر دينه. فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ**)) فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لغرمائه: ((**خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ**))(٤).

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يأمره بالاكتساب، ولو كان واجباً لأمره به ليكمل بقية دينه(٥).

---

(١) أسنى المطالب (٢/ ١٩٤-١٩٥)؛ أحكام القرآن للجصاص (١/ ٦٥٢-٦٥٦).
(٢) المغني (٤/ ٢٩٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٧١).
(٣) المحلى (٦/ ٤٨٣).
(٤) سبق تخريجه.
(٥) مشكل الآثار للطحاوي (٢/ ١٤١)، أحكام القرآن للجصاص (١/ ٦٥٢-٦٥٦).

ونوقش من وجهين:

الأول: أن الحديث قضية عين لا يثبت حكمها إلا في مثلها، ولم يثبت أن لذلك الغريم كسباً يفضل عن قدر نفقته[1].

الثاني: أن النفي في الحديث متوجه إلى عدم استحقاق الغرماء لغير ما وجدوه وقت الخصومة، وليس متوجها إلى كل ما يستحقونه، لأن باقي حقهم لا يسقط، فليس في الحديث منع من إجبار المدين على التكسُّب.

من المعقول: قياس الإجبار على التكسُّب على الإجبار على قبول الهبة والصدقة والتزويج للمرأة لتأخذ المهر بجامع أن كل منهما أسباب لتملك المال.

ونوقش: أن قبول الهبة والصدقة فيه منَّة ومَعرَّة تأباها قلوب ذوي المروءات بخلاف التكسُّب[2].

أدلة أصحاب القول الثاني:

من السنة: حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**مطل الغني ظلم**))[3].

وجه الدلالة: أن منع الذي له الحق من تعجيل حقه مطل وظلم، ثم ترك من صح إفلاسه لا يؤاجر لغرمائه مطل وظلم لا يجوز، ولا

(١) المغني (٤/ ٢٨٩-٢٩٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٧١).
(٢) المغني (٤/ ٢٨٩-٢٩٠).
(٣) سبق تخريجه.

سبيل لرفع هذا الظلم إلا بإجبار المدين على التكسُّب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[1].

الدليل الثاني: حديث زيد بن أسلم قال: رأيت شيخاً بالإسكندرية يقال له سُرَّق.. وفيه.. فأتوا بي إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال لي: ((**ما حملك على ما صنعت؟**)) قلت: قضيت بثمنهما حاجتي يا رسول الله؟ قال: ((**أقضه؟**)) قلت: ليس عندي قال: ((**أنت سرق، اذهب يا عراقي فبعه حتى تستوفي حقك**)). قال: فجعل الناس يسومونه بي[2]..

وجه الدلالة من الحديث: أنه دل على بيع سرق في دينه، والحر لا يباع، فثبت أنه باع منافعه.

ونوقش: أن الحديث منسوخ، بدليل أن الحر لا يباع، والبيع وقع على رقبته، بدليل أن في الحديث أن الغرماء قالوا لمشتريه: ما تصنع به؟ قال: أعتقه. قالوا: لسنا بأزهد منك في إعتاقه. فأعتقوه.

وأجيب: أن إثبات النسخ هذا بالاحتمال ولا يجوز. ولم يثبت أن بيع الحر كان جائزاً في شريعتنا، وحمل لفظ بيعه على بيع منافعه أسهل من حمله على بيع رقبته المحرم، وحذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه شائع كثير في القرآن وفي كلام العرب.

---

(١) المحلى (٦/ ٤٨١).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك، واللفظ له (٢/ ٥٤). وقال: هذا حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه، وسكت عنه الذهبي. مجمع الزوائد للهيثمي (٢/ ٦٣)، الطبراني في الكبير.

وكذلك قوله: (أعتقه) أي من حقي عليه، وكذلك قال: (فأعتقوه) يعني الغرماء وهم لا يملكون إلا الدَّيْن الذي عليه[1].

من المعقول: أن المنافع تجري مجرى الأعيان في صحة العقد عليها، وتحريم أخذ الزكاة، وثبوت الغنى بها، فكذلك في وفاء الدَّيْن منها.

الترجيح:

الذي يظهر -والله أعلم- هو القول بإجبار المدين على التكسُّب وإجارة نفسه لوفاء دَيْنه، وذلك لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة، وَوُرُود المناقشة على أدلة أصحاب القول الآخر، ولما في هذا القول من رفع الضرر عن الدائن بإيصال الحق إليه وإعانة للمدين بقضاء دينه وإبراء ذمته منه.

المسألة السابعة: حكم المماطلة في سداد الديون، ومدتها:

اتفق الفقهاء على أن مَطْلَ الغني ظلم، بل عده بعضهم كبيرة من الكبائر[2].

ويدل لذلك: قوله: ((**مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ**))[3]، وفي رواية أخرى: ((**لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ، وَعُقُوبَتَهُ**))[4].

(١) المغني (٤/ ٢٨٩-٢٩٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٧١)، مطالب أولى النهى (٣/ ٣٩٨).

(٢) نقل هذا الاتفاق في المجموع شرح المهذب (١٣/ ٤٢٥).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

وجه الدلالة: دل الحديث على أن المطل كبيرة من كبائر الذنوب؛ لأنه جعله ظلما فكان كالغصب، فيفسق بمرة منه[1]، والمطل لا يكون إلا بعد حلول الأجل، قال ابن عبد البر: «إنما يكون المطل من الغني إذا كان صاحب الدين طالباً لدينه راغباً في أخذه، فإذا كان الغريم مليئاً غنياً ومطله وسَوَّف به فهو ظالم له، والظلم محرم قليله وكثيره، وقد أتى الوعيد الشديد في الظالمين بما يجب أن يكون كل من فقهه عن قليل الظلم وكثيره منتهيًا»[2].

المدّة التي يتأخرها المدين تختلف بحسب حاله:

- فالمدين إذا كان ماله حاضراً ولا عذر له في التأخير، لا تضرب له مدّة بل يُلزم بالوفاء، ويأثم بالتأخير؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**لي الواجد يحل عرضه وعقوبته**))[3]، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**مطل الغني ظلم**))[4]، على ما سبق بيانه.

- والموسر الذي له مال ولكن ماله غائب: يضرب له من الأمد ما يتمكن به من إحضاره؛ ليوفي دينه، ولا حرج عليه لحين قدوم ماله.

---

(١) ينظر: شرح صحيح البخاري، لابن بطال (٦/ ٤١٥)؛ إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (٣/ ٨٩).
(٢) الاستذكار، لابن عبد البر (٦/ ٤٩٢).
(٣) سبق تخريجه في المطلب الثالث من المبحث الثاني.
(٤) سبق تخريجه في المطلب الأول من المبحث الأول.

- فالمعسر تكون مدّة تأخير وفائه للدين: لحين يساره؛ امتثالاً لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[1]، وتأخيره معذور فيه؛ لعدم قدرته على الوفاء.

- والمفلس الذي ماله لا يفي بدينه: فما بقي من دينه مما لم يفِ به المال، فيكون حكمه حكم المعسر[2]، وتأخيره معذور فيه؛ لعدم قدرته على الوفاء.

المسألة الثامنة: حكم الحجر[3] على المدين المماطل:

اختلف الفقهاء في حكم الحجر على المدين المماطل الذي يُخاف من التصرف في ماله تصرفاً يضر الدائنين إلى قولين:

(١) سورة البقرة، آية: ٢٨٠.

(٢) ينظر: الفروع، لابن مفلح (٦/ ٤٥٢).

(٣) الحجر لغة: الحاء والجيم والراء أصل واحد مطرد، وهو المنع والإحاطة على الشيء، ويقال حجر الحاكم على السفيه حجراً، وذلك منعه إياه من التصرف في ماله، ويقصد به منع نفاذ تصرف قولي لا فعلي. ينظر: معجم مقاييس اللغة، مادة: (حجر) (٢/ ١٨٣). وفي اصطلاح الفقهاء: استعمل في منع مخصوص، وهو المنع من التصرف في المال. ينظر: التعريفات، للجرجاني، ص: ٨٢، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، نزيه حماد، ص: ١٧٣.

القول الأول: عدم جواز الحجر:

وهو قول لأبي حنيفة[(١)]؛ إذ أسباب الحجر ثلاثة، هي: الجنون والصبا والرق. وعليه لو حكم الحاكم بالحجر لما نفذ حجر الحاكم[(٢)].

القول الثاني: جواز الحجر الحاكم على المدين المماطل بطلب الغرماء:

وهو قول الجمهور[(٣)].

الأدلة:

دليل القول الأول: استدل أبو حنيفة ومن معه بحديث جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أن أباه قتل يوم أحدٍ شهيداً وعليه دين، فاشتدّ الغرماء في حقوقهم، فأتيت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فسألهم أن يقبلوا تمر حائطي ويحلّلوا أبي، فأبوا فلم يُعطِهم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حائطي، وقال: ((**سنغدو عليك**))، فغدا علينا حين أصبح، فطاف في النخل ودعا في ثمرها بالبركة، فجَدَدتها فقَضَيتُهم وبقي لنا من تمرها»[(٤)].

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٢٤٩)؛ حاشية ترشيح المستفيدين ص٢٣٦.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٢٤٩)؛ حاشية ترشيح المستفيدين ص٢٣٦، والهداية (٣/ ٢٨٢)؛ والمبسوط (٢٠/ ٨٨).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٢٤٩)؛ المبسوط (٢٠/ ٨٨)؛ الذخيرة (٨/ ١٥٧)؛ بداية المجتهد (٤/ ١٤٥١)؛ المهذب (٢/ ١١٣)؛ روضة الطالبين (٣/ ٣٦٢) والكافي (٣/ ٢٢٩)؛ والفروع (٦/ ٤٦٤).

(٤) أخرجه البخاري، في صحيحه، كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب إذا قضى دون حقه أو حلّله فهو جائز، حديث (٢٣٩٥)، ٣/ ١١٧. وينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٢٤٩)؛ حاشية ترشيح المستفيدين ص٢٣٦.

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يحجر على جابر، رغم طلب الغرماء أموالهم.

ونوقش: أن امتناع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الحجر على جابر، إنما سببه أن الدعوى أقيمت على والد جابر وهو مقتول، وليس من العدل إيقاع الحجر على غير المتسبب وهو جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[1].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

أولا: من السنة:

(١) عن أبي سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «أصيب رجل في عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ثمار ابتاعها فكثر دينه، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**تصدقوا عليه**))، فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لغرمائه: ((**خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك**))»[2].

وجه الدلالة: ((**خذوا ما وجدتم**))، فالنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خلع كل مال المفلس لغرمائه.

(٢) «أن رجلاً من جهينة كان يشتري الرواحل فيُغالي بها، ثم يسرع السير، فيسبق الحاج، فأفلس، فرُفع أمره إلى عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فقال: أما بعد أيها الناس، فإن الأسيفع، أسيفع جهينة رضي من دينه

(١) ينظر: الديون المالية في الفقه الإسلامي، لفهد العيسى، ص٤٨٤.
(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، حديث(١٥٥٦)، ٣/ ١١٩١.

وأمانته أن يقال: سبق الحاج، ألا وإنّه إدّان مُعرِضاً فأصبح قَد رِيْن به، فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بين غرمائه، وإياكم والدين فإن أوله هَمٌّ وآخره حَرب»[1].

وجه الدلالة: «نقسم ماله بين غرمائه»، وهذا صريح في الحجر على المفلس، وبيع ماله.

نوقش ذلك: إن الحجر في النصوص السابقة إنما كان برضا المدين[2].

ثانيا: من المعقول:

١- القياس على المريض، فإذا كان المريض يحجر عليه لورثته، فلأن يكون المدين محجوراً عليه للغرماء، أولى[3]؛ إذ إن حق الدائنين واجب ويقدم في التركة على حق الورثة.

٢- لأن في الحجر على المدين دفع ضرر الغرماء[4].

(١) أخرجه: الإمام مالك في الموطأ، كتاب البيوع باب تفليس الغريم، حديث (٢٦٨٥)، ٢/ ٣٨٧. وفي السنن الكبرى للبيهقي، كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه، ٦/ ٤٩. وجاء في تلخيص الحبير: «في الموطأ بسند منقطع... ووصله الدار قطني في العلل من طريق زهير ابن معاوية عن عبيد الله بن عمر عن عمر بن عبد الرحمن عطية بن دلاف عن أبيه عن بلال بن الحارث عن عمر... قال الدار قطني: والقول قول زهير ومن تابعه... وقال البخاري في تاريخه: عمر بن عبد الرحمن عطية بن دلاف المزني المدني روى عن أبي أمامة وسمع أباه انتهى» ا. هـ، وضعفه الألباني في إرواء الغليل، ثم قال: «وهذا إسناد محتمل للتحسين». كتاب الحجر، حديث(١٤٣٦)، ٥/ ٢٦٢.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ٢٤٩)؛ حاشية ترشيح المستفيدين ص٢٣٦.

(٣) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد (٤/ ١٤٥٣).

(٤) ينظر: الكافي، لابن قدامة (٣/ ٢٢٩).

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- هو: القول الثاني: القائل بجواز الحجر على المدين إذا زاد دينه الحال على ماله، بعد طلب غرمائه؛ وذلك لقوة أدلة هذا القول؛ لسلامتها من المعارض، ولضعف دلالة دليل أصحاب القول الأول، إذ سبقت الإجابة عليه، ولأن القول بالحجر سبب لصيانة الحقوق على أصحابها وعدم ضياعها؛ بمنع المدين من التصرف الذي قد يضر بمصلحة الدائنين(١).

بعد بيان القول الراجح، وهو جواز الحجر على المدين المفلس، فإن للحجر عند القائلين به شروطاً، على النحو التالي:

١-أن يتقدم الحجر طلب الغرماء؛ لأن الحق لهم، وفيه صيانة لأموالهم، ولا يكون بطلب القاضي وتصرفه من تلقاء نفسه(٢).

٢-أن يكون الدين حالاً: فلو كان مؤجلاً لم يصح الحجر(٣).

٣-أن تكون الديون زائدة على ماله: فإن كانت الديون مساويةً لماله، أو أقل من ماله؛ فلا يصح الحجر، وإنما يلزمه الحاكم بالوفاء(٤).

---

(١) ينظر: الديون المالية في الفقه الإسلامي ص٤٨٧.

(٢) ينظر: الهداية (٣/ ٢٨٢)؛ الذخيرة (٨/ ١٥٧)؛ مغني المحتاج (٢/ ٢٠٠)؛ الكافي (٣/ ٢٢٩).

(٣) ينظر: حاشية ترشيح المستفيدين ص٢٣٦؛ الذخيرة (٨/ ١٥٧)؛ منهاج الطالبين (٢/ ٢٠٠).

(٤) ينظر: الذخيرة (٨/ ١٥٧)؛ والمهذب (٢/ ١١٣)؛ والكافي (٣/ ٢٢٩).

المسألة التاسعة: حكم بيع أموال المدين المماطل:

سبق ترجيح جواز الحجر على أموال المدين المماطل، ولأجل حفظ أموال الغرماء من الضياع، أو إبطال بعض حقوقهم، و لئلا يُعطي بعض الغرماء حقّهم فيضيع حق الآخرين[1]، فإن الحاكم إذا حجر على المفلس، فهل له أن يبيع ماله جبراً لتسديد ما عليه من دين، أم لا؟ فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: جواز جبر القاضي المدين على البيع للغرماء، والوفاء بدينه، فإن امتنع وفى القاضي الدائنين من ماله جبراً، وإن وجد للمماطل مالاً من غير جنس الدين الذي عليه أمره القاضي أن يبيع لرفع الظلم.

وهو قول عامة الفقهاء من الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5].

القول الثاني: إذا كان الدين من جنس مال المماطل، جاز للقاضي أن يأخذ من ماله ليسدد دينه دون إذنه، فإن لم يكن من جنسه فلا يجوز للقاضي أن يبيع ماله مطلقاً جبراً عليه.

وهو قول لأبي حنيفة[6].

---

(١) ينظر: الهداية، للمرغيناني (٣/ ٢٨٢)؛ مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ٢٠٠)؛ الحاوي الكبير، للماوردي (٦/ ٢٦٥).
(٢) ينظر: رد المحتار، لابن عابدين (٥/ ٣٨٠)؛ الهداية، للمرغيناني (٨/ ٢٨٢).
(٣) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٢٤٨)؛ الذخيرة، للقرافي (٨/ ١٥٨).
(٤) ينظر: مغني المحتاج للشربيني (٣/ ١٠٥)؛ روضة الطالبين، للنووي (٣/ ٣٧٦).
(٥) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٤٢٠)؛ الكافي، لابن قدامة (٣/ ٢٣٢).
(٦) ينظر: المبسوط، للسرخسي (٢٤/ ١٦٤)؛ الهداية، للمرغيناني (٨/ ٢٨٢).

الأدلة:

دليل أصحاب القول الأول:

حديث كعب بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ مَالَهُ وَبَاعَهُ فِي دَيْنٍ عَلَيْهِ»(١).

وجه الدلالة: يتبين من الحديث على أنه يجوز للحاكم بيع مال المديون لقضاء دينه(٢).

دليل أصحاب القول الثاني:

قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ١٨٨﴾(٣).

وجه الدلالة: أن الله تعالى نهى عن أكل مال المسلم بالباطل، إلا أن تكون تجارة عن تراض وبيع المال على المماطل بغير رضى ليس تجارة عن تراض(٤).

(١) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب في الأقضية والأحكام، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت، حديث رقم (٤٥٥١)، (٥/ ٤١٣).
(٢) ينظر: نيل الأوطار، للشوكاني (٥/ ٢٩٢).
(٣) سورة البقرة، آية: ١٨٨.
(٤) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٥/ ١٥٠).

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- هو قول الجمهور: بمشروعية التسديد الجبري على المماطل ببيع أمواله وقضاء غرمائه؛ رفعاً للظلم الواقع على غرمائه من مماطلته، ويترك له ما كان ضرورياً، ويفضل البيع بحضرة المفلس وغرمائه، ويبيع كل سلعة في سوقها، والأولى أن يتولى المدين بيعها، تطييباً لخاطره، ولأنه أعرف بثمن كل سلعة، وحضور الغرماء للإشهاد على البيع والثمن، وربما رغب بعضهم بسلعة فزاد في ثمنها، ويصح البيع ولو لم يحضر المفلس أو الغرماء[1] وما بقي من الدين مما لم يف به المال، فيكون حكمه حكم المعسر[2]. وقد سبق بيانه في مسألة مطالبة المعسر.

المسألة العاشرة: حكم حبس[3] المدين المماطل:

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية[4]، .....

(١) ينظر: المبسوط ٢٠/ ٨٨، والهداية ٨/ ٢٨٢، والذخيرة ٨/ ١٥٨، والجامع لأحكام القرآن ٤/ ٤١٧، والمهذب ٢/ ١١٦، وروضة الطالبين ٣/ ٣٧٦، والحاوي الكبير ٦/ ٣٣٢، والمغني ٦/ ٥٣٧، والكافي ٣/ ٢٣٢.

(٢) ينظر: الفروع، لابن مفلح (٦/ ٤٥٢).

(٣) الحبس لغة: حبسه أي منعه، وأمسكه وسجنه، والحبس مكان يحبس فيه، وجمعه: حبوس. ينظر: المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى وآخرون، (مادة: حبس)، (١/ ٥٢). وفي اصطلاح الفقهاء: هو تعويق الشخص، ومنعه من التصرف بنفسه، سواء في بيت أو مسجد. ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية، (٣٥/ ٣٩٨).

(٤) ينظر: المبسوط، للسرخسي (٢٠/ ٨٨)؛ رد المحتار، لابن عابدين (٥/ ٣٧٩).

..... والمالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، على أنه يشرع للقاضي عقوبة المدين المماطل بالحبس إن كان موسراً قادراً على الوفاء.

دليلهم: قول رَسُولُ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ**))[٤].

المسألة الحادية عشرة: حكم جلد[٥] المدين المماطل:

اختلف الفقهاء في جلد المدين المماطل إلى قولين.

الأقوال في المسألة:

القول الأول: جواز جلد القاضي المدين المماطل عن تسديد دينه:

وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية[٦]، والشافعية[٧]، والحنابلة[٨].

---

(١) ينظر: التفريع في فقه الإمام مالك، عبد الله بن الجناب (٢/ ٢٥٧)؛ الذخيرة، للقرافي (٨/ ١٥٨).

(٢) ينظر: التهذيب في فقه الإمام الشافعي، للبغوي (٤/ ١١٥)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ١٠٥).

(٣) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/ ٣٤١)؛ كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٤٢٠).

(٤) سبق تخريجه في المطلب الثالث من المبحث الثاني.

(٥) الجلد لغة: من الفعل جلد، وهو الضرب بالمجلدة، وهي السوط. ينظر: المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى وآخرون، (مادة: جلد)، (١/ ١٢٩). وفي اصطلاح الفقهاء: هو ضرب الجلد. ينظر: التعريفات، للجرجاني، (ص: ٧٦).

(٦) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٤/ ٢٤٨)؛ الذخيرة، للقرافي (٨/ ١٥٨).

(٧) ينظر: مغني المحتاج للشربيني (٣/ ١٠٥)؛ روضة الطالبين، للنووي (٣/ ٣٧٦).

(٨) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٤٢٠)؛ الكافي، لابن قدامة (٣/ ٢٣٢).

القول الثاني: لا يجوز للقاضي أن يعزر المدين بالجلد:

وهو قول لأبي حنيفة[١].

الأدلة:

دليل أصحاب القول الأول: قول ابن تيمية: «من كان قادراً على وفاء دينه وامتنع أجبر على وفائه بالضرب والحبس»[٢]. وقيل: «ولا ينجيه من السجن والضرب إلا حميل غارم»[٣].

دليل أصحاب القول الثاني: ما قاله السرخسي: «لا يضرب المحبوس في الدين ولا يقيد ولا يقام ولا يؤاجر؛ لأن هذه عقوبات زائدة ما ورد الشرع بها»[٤].

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- قول جمهور الفقهاء أنه يجوز للحاكم أن يعزر المدين المماطل بالجلد؛ لأن الغرض من تطبيق العقوبة على المدين حمله على استيفاء ما عليه من ديون وزجراً له عن مماطلته. أما حد الجلد فهو متروك لولي الأمر؛ لأن التعزير يكون حسب المصلحة وعلى قدر الجريمة فيجتهد فيه ولي الأمر[٥].

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي (٢٤/ ١٦٤)؛ رد المحتار، لابن عابدين (٥/ ٣٧٩).
(٢) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٥/ ٣٩٧).
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي (٣/ ٢٧٩).
(٤) المبسوط، للسرخسي (٢٠/ ٩٠).
(٥) ينظر: المسؤولية الجنائية للمدين المماطل، للحيدان، (ص: ٥٦).

المسألة الثانية عشرة: حكم منع المدين المماطل من السفر[1]:

اتفق الفقهاء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ على جواز منع المدين من السفر حفاظًا على حقِّ الدائن، وحملًا له على الوفاء، بشرط أن يكون الدين حالًّا مَاطَلَ المدينُ في أدائه[2].

وعلَّل الفقهاء ذلك:

- بأن أداء الدين الحال فرض عين على المدين، بخلاف السفر، فقُدِّم أداء الدين عليه[3].

- ولأن الدَّين الحالَّ لا يجوز تأخيره عن محلِّه إلا برضا صاحبه، وفي سفره تأخيره، فلم يجز[4]؛ حتى نصَّ فقهاء الحنابلة على أن المدين لو

(١) السفر لغة: أصله س ف ر من باب ضرب، فهو سافر، والجمع سفر، والاسم: السفر، وهو قطع المسافة، ويقال ذلك إذا خرج للارتحال، أو لقصد موضع. ينظر: المصباح المنير، للفيومي، (مادة: سفر)، ١/ ٢٧٨. وفي اصطلاح الفقهاء: الخروج من عمارة موضع الإقامة على قصد مسيرة ثلاثة أيام فما فوقها بالسير الوسط مع الاستراحات المعتادة. ينظر: التعريفات الفقهية، لمحمد حميم الإحسان، (ص: ١١٣).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٧/ ١٧٣)؛ الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٢٦)؛ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للحطاب (٦/ ٥٩٤-٥٩٥)؛ منح الجليل شرح على مختصر خليل، لمحمد عليش (٦/ ١٠)؛ روضة الطالبين، للنووي (٣/ ٣٧١)؛ فتح العزيز بشرح الوجيز، للرافعي (١٠/ ٢١٥)؛ الإنصاف، للمرداوي (٥/ ٢٧٣)؛ شرح منتهى الإرادات، للبهوتي (٢/ ١٥٦).

(٣) مغني المحتاج، للشربيني (٢/ ١٥٧).

(٤) الكافي في فقه الحنابلة، لابن قدامة (٢/ ١٦٧).

خالف في هذه الحالة وسافر قبل أداء دينه، لكان عاصيًا بسفره، ولا يجوز له أن يترخص فيه على الصحيح من المذهب[1].

فالمنع من السفر عقوبة تعزيرية يقررها القاضي؛ للتضييق على المدين المماطل وحمله على الأداء، وتعرف عند الفقهاء قديمًا باسم «الترسيم» وهو التضييق على الشخص وتعويقه بمكانٍ من الأمكنة، ومنعه من التنقل[2].

المسألة الثالثة عشرة: حكم التشهير[3] بالمدين المماطل:

وذلك بالإعلان عن جريمة المحكوم عليه، وكان التشهير يحدث قديما بالمناداة على المجرم بذنبه في الأسواق والمحلات العامة، أما في عصرنا فالتشهير يكون بإعلان الحكم في الصحف. فقد اتفق جمهور

(١) ينظر: الفروع، لابن مفلح (٤/ ٢٢٢)؛ الإنصاف، للمرداوي (٥/ ٢٧٥)؛ شرح منهى الإرادات، للبهوتي (٢/ ١٥٦).

(٢) مجموع الفتاوى (٣٥/ ٣٩٩)؛ الطرق الحكمية (ص: ١٤٩).

(٣) التشهير لغة: التشهير مصدر شهَر يشهَر شهراً، وشهَّره تشهيراً، والشهرة ظهور الشيء في شنعة حتى يشتهر بين الناس، وهو الإعلان والتوضيح وعدم الستر، فيقال: أشهرت الأمر أظهرته ولم تستره. ينظر: لسان العرب، ابن منظور، (٢/ ٣٧٦)؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، (٢/ ٦٥١)، مادة: (شهر). التشهير: هو أن يقول الدائن أو من يقوم مقامه - للمماطل الممتنع عن قضاء الدين-: يا ظالم، يا معتدي، يا مماطل، ويغلظ له في القول، ويطعن في أمانته وعرضه. ينظر: عمدة القاري شرح صحيح البخاري (١٢/ ٢٣٦)، المنتقى شرح الموطأ (٥/ ٦٦)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٤/ ٣٣٣)، المغني (٤/ ٣٤١).

الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، على أنه يشرع للقاضي عقوبة المدين المماطل بالتشهير.

وأدلتهم:

- حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «أُتِيَ بِرَجُلٍ قَدْ شَرِبَ فَقَالَ: ((**اضْرِبُوهُ**)) قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: فَمِنَّا الضَّارِبُ بِيَدِهِ، وَالضَّارِبُ بِنَعْلِهِ، وَالضَّارِبُ بِثَوْبِهِ، فَلَمَّا انْصَرَفَ، قَالَ بَعْضُ الْقَوْمِ: أَخْزَاكَ اللهُ. فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**لَا تَقُولُوا هَكَذَا، لَا تُعِينُوا عَلَيْهِ الشَّيْطَانَ**))»[٥].

- أنَّ شاهد الزور كان يشَّهر؛ حيث كان يبعث إلى سوقه إن كان سوقياً وإلى قومه إن كان غير سوقِيٍّ بعد العصر أجمع ما كانوا، ويقال إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه[٦].

- أنَّ الخائن لإنسان عهده وأمنه علم خلفه تشهيراً له بالغدر[٧].

---

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٦/ ١٤٥)؛ رد المحتار، لابن عابدين (٥/ ٣٧٩).
(٢) ينظر: تبصرة الحكام، لابن فرحون (٢/ ٢٨٨)؛ الذخيرة، للقرافي (٨/ ١٥٨).
(٣) ينظر: نهاية المحتاج، للرملي (٨/ ٢١)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ١٠٥).
(٤) ينظر: السياسية الشرعية، لابن تيمية، (ص: ٩٢)؛ كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٤٢٠).
(٥) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب الحد في الخمر، (٤٤٧٧)، (٤/ ٢٧٧)، قال الألباني: «صحيح».
(٦) ينظر: نصب الراية، للزيلعي (٤/ ٨٨).
(٧) ينظر: تحفة الأحوذي للمباركفوري (٥/ ١٠٧).

المطلب الثاني: المسائل المعاصرة التطبيقية لأحكام الحديث:

إن معرفة الحكم الشرعي لكثير من المعاملات المالية المعاصرة غير المنصوص على حكم لها يكون بالتخريج على المعاملات المنصوص على حكم لها.

وفيما يلي تطبيقات معاصرة حاول بعض الباحثين الاحتجاج بحديث ((**مطل الغني ظلم**)) في بيان حكمها:

المسألة الأولى: المماطلة في ديون بطاقات الائتمان:

أولا: تعريف (بطاقة الائتمان):

عرفها مجمع الفقه الإسلامي بأنها: «بطاقة خاصة يصدرها المصرف لعميله، تمكنه من الحصول على السلع والخدمات من محلات معينة عند تقديمه لهذه البطاقة، ويقوم بائع السلع، أو الخدمات بالتالي بتقديم الفاتورة الموقعة من العميل إلى المصرف مصدر الائتمان، فيسدد قيمتها له، ويقدم المصرف للعميل كشفًا شهريًّا بإجمالي القيمة لتسديدها، أو لخصمها من حسابه الجاري لطرفه»[1].

ثانيا: أنواع (بطاقات الائتمان) وصورة المماطلة فيها:

تتنوع بطاقات الائتمان إلى نوعين كالآتي:

(١) قرار المجمع الفقهي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع٧ (١٠/ ١٠٠٠).

(١) **بطاقات التقسيط (الدين المتجدد)**: هذه البطاقة الأكثر انتشاراً في العالم، وهي تقدم قرضاً قابل للتجديد[١].

- **صورة المماطلة فيها**: إذا تأخر المدين عن سداد ما اقترضه من البطاقة وانتهت فترة الإمهال؛ فإن بعض البنوك تقوم بفرض غرامة تأخير، وأما إذا سدد العميل جزءًا من الدين ورغب في التأجيل؛ فإن البنوك تمنح المدين فرصة تأخير الوفاء مقابل زيادة في الدين، والزيادة الربوية في هذه البطاقة حاصلة في غرامات التأخير وفوائد التأجيل.

(٢) **بطاقات الدفع الشهري (الدين غير المتجدد)**: فهي تقدم قرضاً لا يتجدد وتسمى الوفاء المؤجل.

- **صورة المماطلة فيها**: تظهر في تجاوز فترة الإمهال بلا وفاء لديون البطاقة؛ حينئذ المؤسسات المالية المصدرة للبطاقة تختلف في معاملتها للمماطل؛ فالبنوك الربوية تفرض تأخير على العميل، وفي حال استمرار المماطلة يقوم البنك بإلغاء العضوية وسحبها منه وملاحقته قضائياً بما يتعلق بذمته، أما البنوك غير الربوية فإنها تكتفي بإلغاء بطاقة المماطل مع الاستمرار في مطالبته بالإجراءات الرسمية دون أن تحسب على المبالغ المتأخرة فوائد[٢].

(١) ينظر: الائتمان المولد على شكل بطاقة، للقري بن عيد، ع٨، ٢/ ٥٨٣.
(٢) ينظر: المماطلة في الديون، للدخيل، ص: ٢٩٥.

المسألة الثانية: المماطلة في ديون البنوك الإسلامية:

أولا: تعريف البنك الإسلامي:

عرفه مجمع الفقه الإسلامي بقوله: «بأنه المنشأة التي تقبل الودائع من الأفراد والهيئات تحت الطلب أو لأجل، ثم تستخدم هذه الودائع في منح القروض والسلف»[1].

ثانيا: صور المماطلة في ديون البنوك الإسلامية:

إذا تأخر المدين في وفاء دينه عن وقته المحدد المتفق عليه مع الدائن ومضت مدة كان من المفترض أن يربح فيها الدائن من ماله لو أنه سُلِّم إليه في وقته، إذ بإمكانه أن يستثمره في تجارة أو مضاربة ونحو ذلك، إلا أن المدين بمماطلته وعدم وفاء الدَّين في وقته قد فوت على الدائن تلك الأرباح المتوقعة، فهل له المطالبة بتعويضه عن ضرر فوات هذا الربح الذي كان يتوقع حصوله لولا المماطلة في الديون أم لا؟

ثالثاً: حكم التعويض عن الضرر الناتج عن فوات الربح في المماطلة في الديون:

صدرت قرارات المجامع الفقهية، والهيئات العلمية، وهو قول عامة العلماء المعاصرين[2] بعدم جواز إلزام المدين المماطل القادر على

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/ ٥٧٦.

(٢) وممن اختاره من المعاصرين وكتب لنصرته: الدكتور نزيه كمال حماد في المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء ص (٢٩٥). والدكتور تقي العثماني في كتابه بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص (٤٠). والدكتور محمد شبير كما في الندوة الرابعة لبيت التمويل الكويتي ص (٢٨١). والدكتور رفيق المصري كما في =

الوفاء بتعويض مالي غير مشروط في العقد يدفعه للدائن مقابل فوات منفعة ماله وتضرره بذلك مدة التأخير.

جاء في قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشر عام ١٤٠٩هـ ما نصه: « إن الدائن إذا شرط على المدين أو فرض عليه أن يدفع له مبلغاً من المال غرامة مالية جزائية محددة أو بنسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما، فهو شرط أو قرض باطل، ولا يجب الوفاء به بل ولا يحل، سواء كان الشارط هو المصرف أو غيره؛ لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه»[(١)].

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي في دورته السادسة المتعلق ببيع التقسيط ما يلي:

«ثالثاً: إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد، فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدَّين، بشرط سابق أو بدون شرط؛ لأن ذلك ربا محرم.

رابعاً: يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء»[(٢)].

= مجلة المجمع، العدد السادس (١/ ٣٣٤). والدكتور محمد القري كما في مجلة المجمع، العدد الثامن (٣/ ٦٧٩).

(١) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي ص (٢٦٨).

(٢) مجلة المجمع العدد (٦) (١/ ٤٤٧-٤٤٨).

وجاء في المعيار الشرعي بشأن المدين المماطل المعتمد من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ما يلي: «(ب) لا يجوز اشتراط التعويض المالي... سواء كان التعويض عن الكسب الفائت (الفرصة الضائعة)، أم عن تغير قيمة العملة.

(ج) لا تجوز المطالبة القضائية للمدين المماطل بالتعويض المالي نقداً أو عيناً عن تأخير الدَّين»[1]. ومنعته أيضاً هيئة الرقابة لبنك التنمية التعاوني الإسلامي بالسودان بتاريخ ٦/ ٨/ ١٤٠٦هـ[2].

المسألة الثالثة: مطالبة المدين المماطل بنفقات الدعوى القضائية:

في حال لم يقم المماطل بسداد دينه، فإن الدائن هنا يلجأ إلى رفع دعوى للمحكمة من أجل المطالبة بحقه، ومن المعلوم أن إجراءات رفع الدعوى تكلف أموالاً، فهل يمكن إلزام المدين بتسديد تلك النفقات؛ لأنه المتسبب فيها؟ اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة أقوال:

الأقوال في المسألة:

القول الأول: تكون نفقات الدعوى على المماطل:

وهذا رأي جمهور الفقهاء.

(١) المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص(٣٤).
(٢) الإجراءات المقترحة لمواجهة المماطلة، د. أحمد بن علي عبد الله ص(٦).

فهو الصحيح عند الحنفية[١]، وهو مذهب الشافعية[٢] والحنابلة[٣].

فعند فقهاء الحنفية: «أجرة العون الذي يبعثه القاضي مع المدعي إلى خصمه، قال بعضهم على المتمرد»[٤].

وعند الشافعية: «وأجرة السجن على المسجون؛ لأنها أجرة المكان الذي شغله، وأجرة السجان على صاحب الحق إذا لم يتهيأ ذلك أي أجرة السجن، والسجان من بيت المال»[٥].

وعند الحنابلة: (وما غرم) رب دين (بسببه)؛ أي: بسبب مطل مدين أحوج رب الدين إلى شكواه؛ (فعلى مماطل)»[٦].

القول الثاني: تكون نفقات الدعوى على بيت مال المسلمين:

وبه قال بعض الحنفية[٧]، وبعض الشافعية[٨] إذا أتيح ذلك.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٧/ ١٤٨)؛ حاشية ابن عابدين (٦/ ٤٥).
(٢) ينظر: روضة الطالبين، للنووي (١١/ ١٥٥)؛ تحفة المحتاج، للهيتمي (١٠/ ١٣٤).
(٣) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٣٠/ ٢٥)؛ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (٣/ ٣٦٩).
(٤) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/ ٢٦١).
(٥) تحفة المحتاج، للهيتمي (١٠/ ١٣٤).
(٦) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (٣/ ٣٦٩)؛ وينظر المبدع (٤/ ٢٨٤).
(٧) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٧/ ١٤٨)؛ الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/ ٢٦١).
(٨) ينظر: روضة الطالبين، للنووي (١١/ ١٥٥)؛ تحفة المحتاج، للهيتمي (١٠/ ١٣٤).

القول الثالث: تكون نفقات الدعوى على الدائن وهو صاحب الحق:

وبه قال بعض الحنفية[١].

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول: استدلوا لما ذهبوا إليه بأدلة من المعقول ومنها:

- أنه تسبب في غرمه فكان كالمتعدي، جاء في مطالب أولى النهى في تعليل ضمان المماطل: «لتسببه في غرمه، أشبه ما لو تعدى على مال لحمله أجرة، وحمله لبلد آخر وغاب؛ ثم غرم مالكه أجرة حمله لعوده إلى محله الأول؛ فإنه يرجع به على من تعدى بنقله»[٢].

- تعد أجرة الحبس عقوبة استحقها المدعى عليه وذلك لمنعه حق غيره من دفعه إليه، والعقوبة لا يستحقها إلا الجاني المتمرد[٣].

- إذا تبين أن المطلوب أدى بالمدعي، ودعاه الطالب إلى الارتفاع إلى القاضي فأبى، فيكون على المطلوب أجرة الرسول إليه[٤].

- إذا مطل الغني بحق الدائن أحوجه ذلك إلى الشكاية، فما غرمه الدائن بسبب ذلك فعلى المماطل[٥].

(١) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (٦/ ٤٥).
(٢) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (٣/ ٣٦٩).
(٣) ينظر: لسان الحكام لابن الشحنة (ص ٣٦٥(
(٤) تبصرة الحكام، لابن فرحون (١/ ٣٧١).
(٥) ينظر: المبدع في شرح المقنع (٤/ ٢٨٤)؛ الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٣٠/ ٢٥).

دليل أصحاب القول الثاني:

ويمكن الاستدلال لهم: بأن ولي الأمر منوط به الفصل بين الناس، فيتحمل ما يتطلبه ذلك[1].

أدلة أصحاب القول الثالث: استدلوا بما يلي:

- أنه محبوس لأجله ولم يفرقوا بين كون المدين مماطلاً أو لا[2].
- تجب على صاحب الدَّين لِأَنَّهُ يعْمل لَهُ[3].

نوقش: بأن الظاهر أنه مفروض فيما لو كان المدين مملوكاً لأحد[4].

الترجيح:

القول المختار -والله أعلم- بعد عرض أدلة كل قول في هذه المسألة، يتضح أنه يلزم على المدين المماطل تحمل نفقات الدعوى كاملة؛ لأن الأموال التي أنفقت في هذه الدعوى كانت بسبب مطل المدين، قال الزحيلي: «لا مانع من الحكم على المدين المماطل بتحمله مصاريف الدعوى القضائية وغيرها من المصروفات التي غرمها الدائن لتحصيل أصل دينه»[5].

(١) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/ ٢٦١).
(٢) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (٦/ ٤٥).
(٣) ينظر: لسان الحكام، لابن الشحنة (ص: ٣٦٥).
(٤) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (٦/ ٤٥).
(٥) المعاملات المالية المعاصرة، د. وهبة الزحيلي (ص: ١٨٠).

المسألة الرابعة: مطالبة المدين المماطل بدفع غرامة تأخير بسبب الضرر:

اتفق الفقهاء جميعاً على أن لا يكون التغريم بنسبة محددة مسبقاً؛ لأن هذا من ربا صدر الجاهلية، وقد ذكر المجمع الفقهي بمكة تحريم اشتراط الزيادة أو فرضها مقابل الأمد بالإجماع، جاء فيه: «قرر مجلس المجمع الفقهي بالإجماع ما يلي: أن الدائن إذا شرط على المدين أو فرض عليه أن يدفع له مبلغاً من المال غرامة مالية جزائية محددة، أو بنسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما، فهو شرط أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل، سواء كان الشارط هو المصرف أو غيره؛ لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه»(١).

وجاء في مجمع الفقه الإسلامي بجدة ما يلي: «عدم جواز إلزام المدين المماطل بأي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط؛ لأن ذلك من الربا المحرم»(٢).

فيكون محل النزاع: إذا كان المتأخر عن السداد مماطلاً، ولم تحدد نسبة معينة قبل ذلك.

---

(١) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة ص٢٦٦، التابع لرابطة العالم الإسلامي.

(٢) القرارات والتوصيات الخاصة بندوة مجمع الفقه الإسلامي بجدة في الفترة ١-٢/ ١١/ ١٤٢٢هـ، ص٢١٧، في مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، (م٩، ع٢، ١)، الصادرة في محرم ١٤٢٣هـ.

فإذا تأخر المدين في وفاء دينه عن الوقت المحدد، ومضت مدة وترتب على الدائن ضرر فعلي حقيقي إما: بفوات ربح محقق لماله الذي لدى المدين. أو حصول ضرر كغرامات لتأخره في تنفيذ عقود، أو بسبب بذله الدائن أموالاً لتحصيل دينه؛ فهل المدين في هذه الصور يلزم بدفع غرامة مالية للدائن؟ فقد اختلف العلماء في حكم ذلك على قولين:

القول الأول: جواز إلزام المدين المماطل بدفع غرامة مالية عن الضرر الذي أصاب الدائن وترتب عليه ضرر حقيقي.

قال الشيخ مصطفى الزرقا: «إنني أرى أن مبدأ تعويض الدائن عن ضرره نتيجة لتأخر المدين عن وفاء الدين في موعده هو مبدأ مقبول فقهاً، ولا يوجد في نصوص الشريعة وأصولها ومقاصدها العامة ما يتنافى معه، بل بالعكس يوجد ما يؤيده ويوجبه، واستحقاق هذا التعويض على المدين مشروط بأن لا يكون له معذرة شرعية في هذا التأخير، بل يكون مليئاً مماطلاً يستحق الوصف بأنه ظالم كالغاصب»[1].

القول الثاني: عدم جواز إلزام المدين المماطل بدفع غرامة مالية للدائن عن الضرر الذي أصابه جراء تأخر المدين في الوفاء.

(١) ينظر: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، ص٩٢.

قال الشيخ عبد العزيز بن باز في جواب لسؤال عن حكم أخذ المدين مالاً زيادة على الدين الأصلي فأجاب: «ليس لك إلا رأس مالك، ولا تجوز لك المطالبة بالزيادة؛ لأن ذلك من الربا»[1].

سبب الخلاف: يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة -والله أعلم- لما يلي:

-اختلاف العلماء في حكم الزيادة المدفوعة للدائن: فمن رأى أن الزيادة لجبر الضرر الواقع على الدائن أجازها. ومن رأى أنها من ربا الجاهلية، - الزيادة مقابل الأجل - منعه.

-واختلافهم في قياس المماطل على الغاصب: فمن ألحق المماطل بالغاصب: أوجب الضمان عليه. ومن منع كون الغاصب ضامناً مطلقاً: منع التعويض إن لم يكن لها غلة؛ إجماعاً إن لم يتاجر بها، ومن رأى أن القياس مع الفارق: منع من التعويض أيضاً.

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول القائلين بجواز دفع الغرامة المالية عن ضرر المماطلة بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول، بما يلي:

(١) مجموع فتاوى ومقالات متنوعة للشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، جمع وترتيب وإشراف الدكتور محمد بن سعد الشويعر، ١٩/ ٣٠٧، ط٢/ ١٤٢٣هـ، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء.

من الكتاب: عموم الأدلة الدالة على تحريم أكل المال بالباطل، ومنها: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[1].

وجه الدلالة: أن تأخير المدين الدَّين عن الوفاء بلا عذر هو أكل للمال بلا إذن ربه، وهو يوجب مسؤولية الآكل[2].

نوقش: كون التأخير عن الوفاء بالدين أكلاً لمنفعة المال بغير حق، ليكون مسؤولاً عن التعويض عنها غير مسلّم، إذ قابلية النقود للزيادة محتملة، فلا تعد منفعةً محققة أكلها المدين ليعوِّض عنها؛ كالمنافع التي تقابل بمال في الإجارة[3].

من السنة: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**مطل الغني ظلم**))[4]، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**لي الواجد يحل عرضه وعقوبته**))[5].

وجه الدلالة: أن المطل ظلم، والظلم تجب إزالته، ولا تكون إزالته إلا بالتعويض. وكل ظالم أدَّى ظُلمه إلى الضرر بغيره فهو مسؤول عنه. والحديث الثاني يدل: على أن المماطل يستحق العقوبة، وهي: التعويض المالي للدائن[6].

(١) سورة البقرة، آية: ١٨٨.
(٢) ينظر: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، ص٩٢.
(٣) ينظر: المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء، ص١٠٤.
(٤) سبق تخريجه في المبحث الأول.
(٥) سبق تخريجه في المبحث الأول.
(٦) ينظر: حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن، ص١٤؛ والاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة، ص١١٢؛ وصيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، (٢/ ٨٦٤).

نوقش الاستدلال من أوجه:

- أن القول بالتعويض المالي يؤدي إلى الربا(١).

- أن العلماء فسروا العقوبة بالحبس والضرب والتعزير ونحوها، ولم يذكروا التعويض المالي في تفسيرهم للعقوبة، فقد قال النووي في شرحه لصحيح مسلم: «قال العلماء: يحلُّ عرضه بأن يقول: ظلمني ومطلني، وعقوبته الحبس والتّعزير»(٢).

- أن الحديث نص على العقوبة التعزيرية ولو كان المراد بذلك تغريم المدين لنص عليه الشارع كما نص على العقوبة التعزيرية ردعاً للمماطل، وأن السكوت في موضع البيان بيان(٣).

من المعقول:

(١) أن من مقاصد الشريعة عدم المساواة بين المطيع والعاصي، وبين من يؤدي الحقوق في وقتها وبين من يمنعها ويؤخرها. ومن يؤخر الحق عن الأداء دون عذر فهو ظالم، ومُضرٌّ بصاحب الحق في منعه من ماله مدةً قد تطول، فإذا لم يُلزم المماطل بالغرامة كان هو ومن

(١) ينظر: تعليق حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض الدائن، للدكتور حسن عبد الله الأمين، ص٤٢.
(٢) شرح صحيح مسلم، للإمام النووي (١٠/ ٢٧٧).
(٣) ينظر: تعليق حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض الدائن، للدكتور حسن عبد الله الأمين، ص٤٢. وتعليق الشيخ محمد زكي عبد البر، ص٦٢.

أدى الدين في وقته سواء، لأنهما لا يؤديان إلا الحق الواجب، وهذا منافٍ لمقاصد الشريعة(١).

نوقش لما يلي: أنه إن ضعف الوازع الديني للمدين، فإن المماطل توقع عليه عقوبة رادعة في الدنيا بالحبس والتعزير والضرب، كما سبق نقله عن شيخ الإسلام ابن تيمية قوله: «أن كل من فعل محرماً أو ترك واجباً استحق العقوبة، فإن لم تكن عقوبته مقدرة بالشرع، كان تعزيراً يجتهد فيه ولي الأمر»(٢)؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**يحل عرضه وعقوبته**))(٣)، دون من وفّى دينه وأداه في وقته(٤).

(٢) أن منافع المغصوب مضمونة على الغاصب؛ سواء استوفى الغاصب المنافع أو لم يستوفها.

والمماطل عن الأداء كالغاصب، فيلزم المدين مع دفعه لأصل الدين ضمانه لمنافعه، ومنافع الدين هي ما سيربحه الدائن فيما لو قبض الدين في وقته المحدد(٥).

(١) ينظر: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، ص٩٣.
(٢) السياسة الشرعية لشيخ الإسلام ابن تيمية، مع شرح الشيخ محمد بن صالح العثيمين، ص١٢٩.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) ينظر: دراسة في أصول المداينات، ص٢٩٣؛ وصيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، (٢/ ٨٧١).
(٥) ينظر: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، ص٩٤. وصيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، ٢/ ٨٦٥.

نوقش من وجهين:

- أن بين الغاصب والمماطل فرقاً: فاعتداء الغاصب على المال كان قهراً بغرض التملك؛ فاستحق أن يضمن المال مع منافعه. أما المماطل فلم يعتدِ على المال الذي ماطل في أدائه وإنما كان أَخذُهُ له بوجهٍ مشروع وهو عقد القرض، ولذا فهو يعاقب على تأخره في الوفاء، ولهذا فلا يصح قياس المماطل على الغاصب(١).

- أن قياس المماطل على الغاصب في مقابل نصٍّ، وهو تحريم ربا الجاهلية(٢).

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني القائلين بعدم جواز تغريم المدين المماطل عن ضرر المماطلة بالكتاب والسنة والمعقول، بما يلي:

من الكتاب: عموم الأدلة الدالة على النهي عن الربا وتحريمه، ومنها قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾(٣).

وجه الدلالة: دلَّت على تحريم الربا، والتحذير منه، ولم تفرق الآية بين غني وفقير في الزيادة على الدين، سواء كانت الزيادة بشرطٍ أو

(١) ينظر: تعليق حول جواز إلزام المدين المماطل، للدكتور حسن عبد الله الأمين ص٤٣.

(٢) ينظر: تعليق على بحث: حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض الدائن، للشيخ عبد الله بن بية، ص٥٠.

(٣) سورة البقرة، آية: ٢٧٥.

وَعدٍ أو عرفٍ، فهي محرمة لأنها من الربا، والفرق شرعاً بينهما: أن الغني يأثم بتأخيره للوفاء ويجبر عليه، أما الفقير فهو مُنظَر بأمر الله(١).

نوقش: أن الزيادة الربوية ليست مقابل عوض، وهي عقد تراضٍ بين الدائن والمدين على تأخير السداد إلى أمد مع زيادة الدين.

أمَّا التعويض عن المماطلة فهي مقابل تفويت منفعة للدائن على وجه الغصب والتعدي وتكون بغير رضا المدين(٢).

وأجيب عنه: أن هذا التعليل استحل به الربا، باسم الفوائد التأخيرية التي تكون زائدة في نسبتها عن الفوائد التعويضية؛ لجبر التأخير، وهي نفس الحجج التي احتج بها الغربيون لإباحة الربا؛ بإخراج تعويض الدائن عن الربح الفائت عن الربا(٣).

من السنة: عن عمرو بن الشريد عن أبيه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((**لي الواجد يحل عرضه وعقوبته**))(٤).

(١) ينظر: تعليق على بحث: حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض الدائن، للشيخ عبد الله بن بية، ص٤٩.
(٢) ينظر: مجموع فتاوى وبحوث ٣/ ٢٢٣، وفي أن مطل الغني ظلم يحل عقوبته وعرضه، ص٢٤.
(٣) ينظر: تعليق على مقال: الغني المماطل هل يجوز إلزامه بتعويض دائنه؟ للأستاذ رفيق المصري، ص٦١.
(٤) سبق تخريجه.

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أباح للدائن الذي تأخر حقه بغير حق: عرض وعقوبة المماطل، فالعرض بالشكوى، والعقوبة بالحبس والضرب والتعزير من الحاكم، ولو حلَّ المال لبيّنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولم يوجد من الفقهاء من فسر العقوبة بالمال(١).

نوقش: أن أحداً من أهل العلم لم ينفِ العقوبة المالية، والنص عام، وكذا النصوص في جواز التعزير بالمال، فأيّ شيء يمنع من اعتبار التعويض من التعزير بالمال؟(٢).

وأجيب عن هذا: أن عقوبة المماطل إنما هي من الزواجر وليست من الجوابر، أي أنها ترفع مفسدة المماطلة(٣). وأن هذا مخالف لتفسير أهل العلم للعقوبة الواردة في الحديث، وليس خافياً عليهم العقوبة المالية(٤).

من المعقول:

- أن الشريعة لا تعطي أحداً زيادة على ما يستحقه على الطرف الآخر إذ الزيادة تعد رباً. ولكنها تأمر برفع الظلم، ورفع الظلم عن الدائن تكون بردِّ المال إلى صاحبه(٥).

(١) صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر، (٢/ ٨٦٨)؛ وبحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني، ص٤١.
(٢) ينظر: مجموع فتاوى وبحوث (٣/ ٢٢٥).
(٣) ينظر: المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء، ص١٠٤.
(٤) ينظر: صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي (٢/ ٨٦٨).
(٥) تعليق حول جواز إلزام المدين المماطل، لحسن الأمين ص٤١.

- أن التعويض عن المماطلة لو كان جائزاً؛ لأجاز الشارع الفائدة عن الدَّين الذي يتخذ للتجارة، لأن التعويض يكون لربح مال الدائن في مدة مكوثه لدى المدين[1].

الترجيح:

بعد استعراض أدلة القولين وما ورد عليهما من مناقشة وتوجيه، تبين أن القول الثاني القائل بعدم جواز إلزام المدين المماطل بدفع غرامة مالية للدائن عمّا أصابه من ضرر؛ بفوات ربح، أو حصول خسارة، هو الراجح والأقرب إلى الصواب والحق؛ وذلك لقوة أدلة القائلين بالمنع، وتمسكهم بظاهر الحديث الوارد في علاج المطل، بالإضافة إلى أنه لا يوجد دليل صريح يمكن الاستناد إليه في القول بفرض تغريم مالي على المماطل، ولا قول من أقوال السلف يبيح ذلك، مع وجود المطل وتكرره، ووقوع الضرر بسببه، كما أن القول بالمنع فيه سد للذريعة المفضية إلى الوقوع في الربا. وهذا القول هو الذي عليه العمل الآن في ديوان المظالم ففي قضية رقم (٦٤/ ٢/ ق) لعام ١٤٠٤هـ، والمدققة برقم (١٩/ ت/ ١) لعام ١٤٢٢هـ، وجاء فيه: «أن المدعية استلمت دفعة مقدمة بنسبة (٢٠٪) من قيمة العقد، وهذا ينفي الضرر الذي تدعيه، ولذا فإن الهيئة ترفض هذا الطلب، ولا يغير من ذلك اشتراط التعويض عن التأخير؛ لأنه شرط مخالف لكتاب الله، وكل شرط مخالف لكتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، كما صحت بذلك السنة» والله تعالى أعلم.

(١) ينظر: تعليق على مقال الغني المماطل هل يجوز إلزامه بتعويض دائنه؟ للدكتور رفيق المصري ص٦٣.

المبحث الخامس
الأنظمة السعودية المتعلقة بالحديث

نحَت الأنظمةُ السعودية منحى الشريعة الإسلامية في وقت استحقاق الدَّين، وعدم المماطلة في سداده، والعقوبة على المدين المماطل، وفي هذا المطلب سنعرض شروطًا وضوابط تحقق صفة المماطلة الموجبة لمعاقبة المدين والتغليظ عليه؛ وبعض العقوبات في الأنظمة السعودية.

المطلب الأول: ضوابط وشروط تحقق المماطلة في الأنظمة السعودية:

نصَّت المادة التاسعة من نظام التنفيذ على أنه: «لا يجوز التنفيذ الجبري[1] إلا بسند تنفيذي[2] لحقٍّ محدَّد المقدار، حالِّ الأداء». فاشترطت المادة ههنا شروطًا في الحق الواجب على المدين؛ لكي يكون مماطلًا، ولا يجوز التنفيذ الجبري عليه، وهي كالتالي:

(١) التنفيذ الجبري: «الإجبار القضائي في التنفيذ حال الامتناع عن القيام به طواعية» مبادئ التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، د. أحمد محمد حشيش، ص: ١٣، ط. دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٦م.

(٢) السند التنفيذي: وضحته المادة (٩) من نظام التنفيذ: عبارة عن عقد مكتوب يحتوي على حق محدد لشخص ما يثبت له بقرار قضائي، وبمقتضى هذا السند يتم إيقاع التنفيذ الجبري، كما يعتبر أيضًا من ضمن السندات التنفيذية للقرارات والأوامر التي تصدر من المحاكم، وكذلك محاضر الصلح التي تصدرها الجهات المختصة، ويتم التصديق عليها من قبل المحكمة، كما يدخل أيضاً ضمن السندات التنفيذية الأوراق التجارية والمحررات الرسمية.

أولًا: أن يكون الدين محدَّد المقدار:

وهو ما نصَّ عليه بقول: «لحقٍّ محدَّد المقدار»، إذ لا يجوز التنفيذ الجبري في التزام غير معلوم المقدار أو الجنس وغيره.

ثانيًا: أن يكون الدين حالَّ الأداء:

وهو ما نصَّ عليه بقول: «حالِّ الأداء»، فلا يجوز التنفيذ الجبري على مدين مؤجل؛ لأنه لا يعد مماطلًا أو ممتنعًا في تلك الحالة؛ لأن وقت أداء الدين لم يحلَّ بعد.

كذلك نصتَّ المادة الثالثة من نظام المرافعات الشرعية الحالي على أنه: «لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة مشروعة»، فيفهم من هذه المادة أن رفع الدائن دعوى بمطالبة مدينه بدينٍ مؤجلٍ غير حالٍّ، لا يجوز أن تُقبل؛ لأن المصلحة في الدعوى غير قائمة، وغير مشروعة أيضاً؛ لأن الدَّعوى لا بدَّ وأن تكون متعلقة بالحال.

فلو تقدم الدائن لقاضي التنفيذ بسند يشتمل على دين يحل وقت أدائه بعد عام مثلاً من وقت المطالبة بالتنفيذ، فهذا السند لا يقبل، ولا بد أن يرفضه القاضي[1].

(١) ينظر: شرح نظام التنفيذ السعودي، عبد الله بن محمد آل خنين، ص: ٨٤.

ثالثًا: أن يُطالب الدائنُ بالأداء:

وقد نصتَّ المادة الثالثة من نظام المرافعات الشرعية على أنه: «لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة مشروعة»، فاشترطت المادة توفر الصفة في الدعاوى المرفوعة في الحقوق الخاصة، فلا بدَّ أن ترفع الدعوى من قبل صاحب الحق نفسه أو وكيله؛ وذلك لأن لفظة «المصلحة» في المادة تعني الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من التجائه إلى القضاء، والحكم له بواجب النفاذ على المنفذ عليه، ويترتب على ذلك من ليس له فائدة أو منفعة من رفع الدعوى، فلا تقبل الدعوى منه[1]. وذلك لأن القاعدة النظامية: «عدم نفاذ حكم قضائي في حق خاصٍّ إلا بطلب صاحبه أو من يقوم مقامه»[2].

رابعًا: أن يكون المدين مليئًا قادرًا على السداد:

وقد خصَّص نظام التنفيذ موادَّ بدءًا من المادة السابعة والسبعين (٧٧)، وحتى المادة الحادية والثمانين، لتنظيم أحكام الإعسار، ورتبت هذه المواد على الحكم بإعسار المدين عدم مطالبته بالدين أصلاً، فضلاً عن معاقبته؛ لأنه لا يُعدُّ مماطلًا في هذه الحالة[3].

---

(١) ينظر: إجراءات النظر في منازعات التنفيذ ووقفه في النظام السعودي، عبد الله بن مسعود الحربي، ص: ٦، بحث منشور بالمجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، أبريل ٢٠١٨م.

(٢) شرح نظام التنفيذ، آل خنين، ص: ٨٢.

(٣) ينظر: إيقاف الخدمات عن المدين المماطل، د. أحمد سعيد علي البرعي، بحث نشر في مجلة دار الإفتاء المصرية، العدد ٤٢، يوليو ٢٠٢٠م، ص: ٩٤.

خامسًا: امتناع المدين من التنفيذ بعد تمكُّنه من غير عذر:

فقد نصتَّ المادة السادسة والأربعون من نظام التنفيذ على أنه: «إذا لم يُنفِّذ المدين، أو لم يُفْصِح عن أموال تكفي للوفاء بالدين خلال خمسة أيام من تاريخ إبلاغه بأمر التنفيذ، أو من تاريخ نشره بإحدى الصحف إذا تعذر إبلاغه - عُدَّ مماطلاً». فهذه المادة وضعت معيارًا محددًا يوصف من خلاله المدين بالمماطل، وهي مضي خمسة أيام بعد إبلاغه بقرار الأمر بالتنفيذ دون استجابة منه، أو الإفصاح عن أموال تكفي لسداد الدين، والفائدة من هذا المعيار: هو شروع قاضي التنفيذ فور تحقق هذا الشرط في اتخاذ الإجراءات النظامية التي تضيق على المدين وتُجْبره على دفع الحق لصاحبه[1].

المطلب الثاني: وسائل إجبار المدين المماطل على الأداء في نظام التنفيذ السعودي:

جاء نظام التنفيذ السعودي الجديد في عام ١٤٣٣هـ بمجموعة من الوسائل الإجرائية التي يمكن لقاضي التنفيذ أن يسلكها مع المدين المماطل؛ إجبارًا له على إيصال الحقِّ لغرمائه في أسرع وقت ممكن، وجميعها لا يخلو عما تقرر من أحكام فقهية في النظام الإسلامي، وهنا سيعرض بعض من هذه الإجراءات بما يتناسب مع حجم هذه الدراسة.

(١) ينظر: شرح نظام التنفيذ، د. عبد العزيز بن عبد الرحمن الشبرمي، ص: ١٧٤.

أولًا: منع المدين المماطل من السفر في النظام السعودي:

المنع من السفر ليس هدفًا في حد ذاته، لا للدائن ولا للقاضي، بل هو وسيلة لهدفٍ أساسٍ، وهو المحافظة على حق الدائن في وجوب الوفاء بدينه، ومن ثم لا تنتهي المطالبة بالدَّين بمجرَّد منع المدين من السفر، بل تبقى ذمته مشغولة بالدين، ويبقى هدف المنع من السفر هو التضييق على المدين؛ لحمله على الأداء، والمحافظة على أمواله حتى لا يقوم بتهريبها خارج البلد واللحاق بها، ومن أجل هذا أجازت العديد من الأنظمة والقوانين المعاصرة منع المدين من السفر(١).

وفي النظام السعودي نصَّت المادة (٤٦) من نظام التنفيذ على مجموعة من إجراءات التضييق على المدين المماطل، حملاً له على السداد، ومنها المنع من السفر، فجاء في نص المادة: «إذا لم ينفذ المدين أو لم يفصح عن أموال تكفي للوفاء بالدين خلال خمسة أيام من تاريخ إبلاغه بأمر التنفيذ، أو من تاريخ نشره بإحدى الصحف إذا تعذر إبلاغه - عُدَّ مماطلًا-، وأمر قاضي التنفيذ حالا بما يأتي:

١- منع المدين من السفر... إلخ».

(١) ينظر: منع المدين من السفر في الفقه الإسلامي، د. محمد عثمان شبير، بحث منشور في مجلة دراسات العلوم الإنسانية، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، مجلد ٢٢، عدد٢، ص: ٥٠٥ وما بعدها، سنة ١٩٩٥م.

فبَّينت المادة أن منع المدين المماطل من السفر إجراءٌ وجوبيٌّ على القاضي يتعيّن عليه اتخاذه؛ حمايةً للدائن، وصيانة لحقه، وذلك مستفادٌ من عبارة النص في جملة: «وأمر قاضي التنفيذ حالا بما يأتي... إلخ».

ويقوم القاضي بناءً على ذلك بتبليغ إدارة جوازات منطقته بأمر المنع من السفر خارج المملكة، وتقوم إدارات الجوازات بتنفيذ القرار وتعميمه، وكل ذلك يتم بطريقة إلكترونية فعالة وعاجلة، نظرًا للتقدُّم الملحوظ الذي شهدته المملكة في مجال الحوكمة الإلكترونية.

لكن لما كان قرار المنع من السفر إجراء يُتَّخذ من أجل المحافظة على الحقِّ الخاص للدائن، فقد نصَّت اللائحة التنفيذية على كون هذا الإجراء موكولًا إلى طلب الدائن، بحيث لو أراد أن يسقطه عن المدين، لكان له ذلك، فجاء في اللائحة أنه: «متى طلب الدائن عدم تنفيذ مقتضى الفقرات (١-٢-٣-٤) أو بعضها، فيجيبه قاضي التنفيذ بعد أخذ إقرار عليه بذلك»[1]، والمقصود بفقرة (١) الفقرة المنصوص فيها المنع من السفر.

ثانيًا: الحجز التنفيذي والبيع الجبري في النظام السعودي:

لقد سَلَكَ النظام السعودي مسلك جمهور الفقهاء الذين أجازوا الحجز على أموال المدين المماطل، ومنع من التصرُّف الناقل للملكية فيها؛ حفاظًا على حقوق الدائنين، وأمره بالسداد الفوري منها، بحيث

(١) اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ (٤٦/ ١).

لو سدَّد انفكَّ عنه الحجر، وإلا تدخل القاضي واستعمل سلطته في التنفيذ الجبري، وأخذ من أمواله ما يفي بسداد ديونه، وإلا باع من أصوله ما يفي بأداء الدين، كما هو المذهب عند جمهور الفقهاء.

فنصَّت المادة السادسة والأربعون من نظام التنفيذ على أنه: «إذا لم ينفذ المدين أو لم يفصح عن أموال تكفي للوفاء بالدين خلال خمسة أيام من تاريخ إبلاغه بأمر التنفيذ، أو من تاريخ نشره بإحدى الصحف إذا تعذر إبلاغه - عُدَّ مماطلًا -، وأمر قاضي التنفيذ حالا بما يأتي:

١- منع المدين من السفر.

٢- إيقاف إصدار صكوك التوكيل بصفة مباشرة أو غير مباشرة في الأموال وما يؤول إليها.

٣- الإفصاح عن أموال المدين القائمة وعما يرد إليه مستقبلًا، وذلك بمقدار ما يفي بالسند التنفيذي، وحجزها، والتنفيذ عليها وفقًا لأحكام هذا النظام».

فأوجبت المادة على القاضي تبليغ المدين بأمر التنفيذ بناءً على السند التنفيذي الصحيح المقدم إلى المحكمة من قبل الدائن، وإذا امتنع المدين عن السداد بعد إبلاغه بمدة لا تزيد عن خمسة أيام أو على الأقل لم يفصح عن أموال تكفي لسداد الدين -عُدَّ مماطلًا-، ومن ثم يستعمل قاضي التنفيذ سلطته في الحجز التنفيذي على أمواله، والتسديد الجبري رغمًا عنه؛ وذلك واضح من نص المادة على لزوم منع المدين

المماطل من إصدار التوكيلات للغير في الأموال؛ حتى لا يتمكن من إخراج أمواله من ملكيته إلى ملكية أخرى، بما يضر بحقوق الغرماء.

وأوجبت المادة أيضًا على القاضي أن يستفسر عن جميع أموال وممتلكاته بالقدر الذي يفي بأداء الدين، وأن يقوم بالتنفيذ الجبري منها، وهذا ما سمَّاه النظام باسم: «الإفصاح عن أموال المدين».

ونعني بالإفصاح عن الأموال: «إلزام قاضي التنفيذ المدين أو الغير ببيان ما يكفي للتنفيذ مما تحت يده من المال الصالح للتنفيذ، والدلالة عليه»[1].

التنفيذ الجبري:

نصَّت المادة العشرون من نظام التنفيذ على أن: «جميع أموال المدين ضامنة لديونه، ويترتب على الحجز على أموال المدين عدم نفاذ ما يقوم به من تصرُّف في أمواله المحجوزة». وبناءً على ذلك فإنَّ جميع أموال المدين ضامنة للدين، سواء كانت هذه الأموال نقودًا سائلة، أو أصولًا وعقارات، وسواء كانت قائمةً وقت الحجز أو مستقبليةً ستؤول إليه من الغير كجهة عمله أو نحوها، ويمكن لقاضي التنفيذ أن يؤدي الدين من أيِّ مال شاء، بشرط ألا يتعدَّى بأيِّ حالٍ من الأحوال مقدار الدَّين المنصوص عليه في سند التنفيذ، ما لم يكن المال المحجوز غير قابل للتجزئة، فقد نصَّت الفقرة الثانية من المادة الثانية والعشرين:

(١) شرح نظام التنفيذ، آل خنين (ص: ١٢٠).

«لا يجوز الحجر على أموال المدين إلا بمقدار قيمة الدَّين المطالب به، ما لم يكن المال المحجور غير قابل للتجزئة». فيحق للمدين أن يطلب من القاضي قَصْرَ الحجز على بعض الأموال إذا جاء الحجز مجاوزًا قيمة الدين[1].

أما نوعية المال المحجوز: فاللازم فيه أن يكون مالًا يسهل أداء الحق منه من غير تأخير، فعلى قاضي التنفيذ أن يراعي الأموال التي تحقق سرعة التنفيذ والوفاء، فيبدأ بالنقود السائلة المرصودة في حسابات العميل البنكية مثلاً أو في خزائنه، فإن لم توف واضطر إلى الحجز على الأصول، فالواجب عليه أن يختار من الأصول ما يسهل بيعُه ويُقدِّمُه على غيره[2].

ولتفادي هذه الإجراءات جميعها على المدين أن يبادر بالسداد باختياره، وذلك بإيداع المبلغ في حساب المحكمة، حتى ترتفع عنه هذه الإجراءات جميعها، وهذا ما أوضحته الفقرة الأولى من المادة الثانية والعشرين من نظام التنفيذ، ونصها: «يجوز للمحجوز على أمواله -في أي حال كانت عليها إجراء الحجز- إيداع مبلغ من النقود يفي بالدَّين في حساب المحكمة، يخصص للوفاء بالدين، ويترتب على هذا الإيداع زوال الحجز عن الأموال المحجوزة، وانتقاله إلى المبلغ المودَع».

(١) ينظر: شرح نظام التنفيذ، للموجان (ص: ١٩٣).
(٢) ينظر: شرح نظام التنفيذ، للموجان (ص: ١٩٣ - ١٩٥).

ثالثًا: الحبس التنفيذي:

نصَّ نظام التنفيذ السعودي على كون هذا الحبس إجراءً جوازيًا للقاضي بحسب ما يراه من طبيعة الحال، فقد نصَّت المادة (٤٦) على أن: «إذا لم ينفذ المدين أو لم يفصح عن أموال تكفي للوفاء بالدين خلال خمسة أيام من تاريخ إبلاغه بأمر التنفيذ، أو من تاريخ نشره بإحدى الصحف إذا تعذر إبلاغه - عُدَّ مماطلًا-، وأمر قاضي التنفيذ حالا بما يأتي:

١- منع المدين من السفر... إلخ.

ولقاضي التنفيذ أن يتخذ - إضافة إلى ما سبق بحسب الحال - أيًّا من الإجراءات الآتية:

(أ) منع الجهات الحكومية من التعامل مع المدين.... إلخ.

(ب) حبس المدين وفقًا لأحكام هذا النظام» اهـ.

فأجازت المادة لقاضي التنفيذ حبس المدين المماطل الذي امتنع عن الأداء لغير عذر الإعسار، وأجازت له ألا يحبسه إذا رأى ذلك، وهذا كما هو موضح من نص المادة: «ولقاضي التنفيذ أن يتخذ -إضافة إلى ما سبق بحسب الحال - أيًّا من الإجراءات الآتية...»، لكن ألزمت اللائحة التنفيذية القاضي في حال اختياره عدم حبس المماطل لمصلحةٍ ظهرت له أخذَ كفيل غارمٍ مليءٍ، أو أخذَ كفالة مصرفية، أو رهنٍ

عينيٍّ، بحيث يستوفي منهم إذا تعسَّر الاستيفاء من المدين الذي لم يُحبس[1].

وجاءت التعديلات الجديدة للائحة التنفيذية لنظام التنفيذ، والتي قررت بتاريخ ٢٠/ ٢/ ١٤٣٩هـ، فأوجبت على القاضي -خلافًا للأصل- حبس المدين غير المعسر في ثلاثة أحوال، وهي:

«١- إذا كان سبب المديونية توظيف أموال أو ما في حكمه.

٢- إذا كان عدد الدائنين يزيد على خمسة.

٣- إذا كان مقدار الدين أو مجموع الديون مبلغ مليون ريال سعودي»[2].

وأما مدة هذا الحبس، فقد علَّقه النظام على استجابة المماطل للتنفيذ، بحيث إذا حُبس لا ينفكُّ عنه الحبس إلا بالسَّداد كما هو نصُّ المادة (٨٨) من نظام التنفيذ، ونصُّها: «يُصدر قاضي التنفيذ - بناءً على أحكام هذا النظام -حكمًا بحبس المدين إذا ثبت له امتناعه عن التنفيذ»، أو باختيار القاضي قطع حبسه إذا ظهرت له المصلحة في ذلك، بشرط التوثيق بكفيلٍ مليءٍ غارمٍ، أو كفالة مصرفية، أو رهنٍ عينيَّ، كما هو نص اللائحة التنفيذية.

(١) اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ (٨٣/ ٢-٢).
(٢) اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ (٨٣/ ٢-١).

رابعًا: إيقاف الخدمات في نظام التنفيذ السعودي:

والمقصود بإيقاف الخدمات هو: تعطيل الخدمات الحكومية والخدمات العامة التي تهم المواطن أو المقيم داخل المملكة العربية السعودية، والتي لا يمكن له الاستغناء عنها؛ بغرض حمله على التنفيذ والسَّداد، أو بغرض إجباره على الحضور للمحكمة[1].

وهو إجراءٌ استحدثه قضاءُ المملكةِ مؤخرًا بعد الطفرة الهائلة التي وصلت إليها في مجال التعاملات الإلكترونية، حيث رأت المملكة ضرورة الاستفادة من هذه الثورة المعلوماتية وتقنيات الاتصالات الحديثة في مجال التنفيذ القضائي، والتضييق على المنفذ ضدهم؛ لإجبارهم على التنفيذ، والحضور للمحاكم عند طلبهم.

فقد جاءت المادة (٤٦) من نظام التنفيذ الجديد في عام ١٤٣٣هـ بحزمة من الإجراءات الصارمة التي تجبر المماطلين على السداد الفوري؛ نظرًا لما تحتويه هذه الإجراءات من قسوة شديدة على من ستُنفَّذ ضده؛ لما يعقبها من تعطيل كامل لجميع مصالحه في كثير من نواحي حياته.

فنصت المادة: «إذا لم ينفذ المدين أو لم يفصح عن أموال تكفي للوفاء بالدين خلال خمسة أيام من تاريخ إبلاغه بأمر التنفيذ، أو من

(١) إيقاف الخدمات عن المدين المماطل، د. أحمد سعيد علي البرعي، بحث نشر في مجلة دار الإفتاء المصرية، العدد ٤٢، يوليو ٢٠٢٠م، (ص: ١٢٢-١٢٣).

تاريخ نشره بإحدى الصحف إذا تعذر إبلاغه -عُدَّ مماطلًا-، وأمر قاضي التنفيذ حالا بما يأتي:

١- منع المدين من السفر.

٢- إيقاف إصدار صكوك التوكيل بصفة مباشرة أو غير مباشرة في الأموال وما يؤول إليها.

٣- الإفصاح عن أموال المدين القائمة وعما يرد إليه مستقبلًا، وذلك بمقدار ما يفي بالسند التنفيذي، وحجزها، والتنفيذ عليها وفقًا لأحكام هذا النظام.

٤- إشعار مرخص له بتسجيل المعلومات الائتمانية بواقعة عدم التنفيذ.

ولقاضي التنفيذ أن يتخذ -إضافة إلى ما سبق بحسب الحال- أيًّا من الإجراءات الآتية:

أ-منع الجهات الحكومية من التعامل مع المدين، وحجز مستحقاته المالية لديها، وأن عليها إشعار قاضي التنفيذ بذلك.

ب- منع المنشآت المالية من التعامل معه بأي صفة.

ج- الأمر بإفصاح عن أموال زوج المدين وأولاده ومن تشير القرائن إلى نقل الأموال إليه، أو محاباته، وإذا تبين الاشتباه بأن هناك أدلة أو قرائن على إخفاء الأموال، يحال الطلب إلى قاضي الموضوع للنظر فيه.

د-حبس المدين وفقًا لأحكام هذا النظام» اهـ.

فوضعت هذه المادة حزمةً من الوسائل الناجعة لإنهاء قضايا المماطلات المجرَّمة فقهًا ونظامًا؛ لأن الأصل في الديون الحَالَّة أن تؤدى فور طلبها، ما دام المدين قادرًا متمكنًا من الوفاء، أما أن يماطل ويُسوِّف في أمرٍ لا يُعجزُه، فهذا أمرٌ غير مقبولٍ على الإطلاق[1].

فقد شملت هذه المادة وسيلة إجرائية مهمة، وهي: (إيقاف جميع خدمات المماطل البنكية)، ومنع جميع المنشآت المالية من التعامل معه، بحيث يتعين بقرار المحكمة على مؤسسة النقد وجميع البنوك التابعة لها إيقاف الحسابات البنكية لهذا المدين، وتجميد ما بها من أرصدة، وتوقيف جميع بطاقات الصراف الآلي المربوطة بحساباته، ومنعه من إجراء أي حوالات بنكية، أو سداد مدفوعات لأي جهة، قلَّت تلك المدفوعات أو كثرت، ومنعه -من باب أولى- من فتح حسابات جديدة، أو استخراج بطاقات صراف جديدة، أو استخراج دفاتر شيكات، أو خطابات ضمان، أو التقدم بطلب قروض أو تسهيلات... أو غير ذلك من المعاملات[2].

فلقد أوْلَت المملكة العربية السعودية اهتمامًا كبيراً لنظام التحول للتعاملات الحكومية منذ عام ٢٠٠٣م، حيث صدر في هذا العام قرار

(١) إيقاف الخدمات عن المدين المماطل، د. أحمد البرعي، بحث نشر في مجلة دار الإفتاء المصرية، العدد ٤٢، يوليو ٢٠٢٠م، (ص: ١٢٣).
(٢) شرح نظام التنفيذ، للشبرمي، (ص: ١٧٦).

مجلس الوزراء المتضمن وضع خطة لتقديم الخدمات والمعاملات الحكومية إلكترونيًا من قِبَلِ وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات، وبناءً على ذلك، أنشأت وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات برنامج التعاملات الإلكترونية الحكومية المسمى (يَسِّرْ) في عام ٢٠٠٥م، الهدف منه: تيسير الخدمات التي يقدمها القطاع العام للمواطنين والمقيمين في المملكة، وتفعيل سبل الاتصال بين أجهزة القطاع بعضها ببعض من جهة، وبينها وبين أجهزة القطاع الخاص من جهة أخرى(١).

كما أنشأت الحكومة السعودية البوابة الوطنية الموحدة للتعاملات الإلكترونية الحكومية (بوابة سعودي)، وهي عبارة عن: «بوابة معلوماتية وطنية للخدمات الحكومية، تشمل معلومات حول أبرز الخدمات الحكومية، ووصفها، ومتطلبات الحصول عليها، إضافة إلى نماذج إلكترونية في حال توفرها»(٢).

وتحتوي هذه البوابة على منصات ومنظومات متعددة، يتعامل من خلالها الجمهور مع الجهات الحكومية المختلفة، كمنصة (أبشر) منصة خاصة بوزارة الداخلية تحتوي العديد من الخدمات المهمة، و(بوابة الإسكان) و(جدارة)، ومنظومة (سفير)، ومنظومة (نور)، وغيرها من المنظومات.

(١) إرساء قواعد الحكومة الإلكترونية، المملكة العربية السعودية نموذجًا، (ص: ٨٨-٩٢).

(٢) المرجع السابق، (ص: ٨٨).

ويكفي أن نعرف أن البوابة الوطنية الموحدة للتعاملات الإلكترونية الحكومية (بوابة سعودي) -وفق بيان وزارة الخدمة المدنية السعودية في آخر عام ٢٠١٤م- قد احتوت على ألفي (٢,٠٠٠) خدمة إلكترونية تقدمه ١٦٠ جهة حكومية، فهذا إن دلَّ فإنما يدلُّ على أن قرار إيقاف الخدمات ليس بالأمر الهيِّن في حقِّ من صدر ضدَّه، وقد دلَّت الوقائع في المملكة على أن كثيرًا ممن صدر ضدهم هذا القرار سارعوا بالتنفيذ والسداد من أجل رفع القرار عنهم؛ نظرًا لما يصيب حياتهم من الشلل التام، والتوقف الكامل[1].

(١) إيقاف الخدمات عن المدين المماطل، د. أحمد سعيد علي البرعي، بحث نشر في مجلة دار الإفتاء المصرية، العدد ٤٢، يوليو ٢٠٢٠م، (ص: ١٣٠ - ١٣٣).

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، أحمده جَلَّوَعَلَا حمداً يليق بجلاله وبعظيم سلطانه، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم لقائه، أما بعد:

فقد خلصت من خلال هذا البحث إلى النتائج التالية:

١- مشروعية الدين، ووجوب الوفاء به بالاتفاق بين الفقهاء.

٢- أن المدين ينقسم بحسب قدرته على الأداء إلى ثلاثة أقسام: موسر، ومفلس، ومعسر.

٣- المدين الموسر: يجوز لصاحب الدين مطالبته، ويجب عليه الوفاء.

٤- المماطلة محرمة، ولا تكون إلا بعد طلب الدائن، وتأخر المدين بغير عذر.

٥- المفلس: من زاد دينه الحال على ماله، وللحاكم الحجر على المفلس بطلب غرمائه.

٦- يبيع الحاكم مال المفلس، ويستحب له الإشهاد على الحجر.

٧- المعسر وهو المعدم، لا تجوز مطالبته بالدين، بل يجب إنظاره، ولا تجوز ملازمة المعسر.

٨- إجبار المدين على التكسُّب وإجارة نفسه لوفاء الدَّيْن الذي عليه؛ لما فيه من رفع الضرر عن الدائن بإيصال الحق إليه وإعانة للمدين بقضاء دينه.

٩- المماطل يعزره القاضي بما يراه مناسباً؛ من سجن أو ضرب، أو بيع ماله عند الامتناع، أو منع من السفر أو التشهير به.

١٠- يخرَّج على حديث: ((**مطل الغني ظلم**)) مسائل معاصرة عدة منها:

- المماطلة في البطاقات الائتمانية.

- المماطلة في ديون البنوك الإسلامية.

- أنه يلزم على المدين المماطل تحمل نفقات الدعوى كاملة؛ لأن الأموال التي أنفقت في هذه الدعوى كانت بسببه.

- أنه لا يلزم على المدين المماطل تحمل غرامات مالية نتيجة تأخيره في السداد، وهذا سد للذريعة المفضية إلى الوقوع في الربا.

هذه هي النتائج التي توصلت إليها بعد هذا البحث.

وأهم التوصيات أوردها كالتالي:

أولاً: على العلماء وطلبة العلم والدعاة تنبيه الناس لخطورة عدم الوفاء بالديون، وتحذيرهم من عقوبة المماطلة في الديون في الدنيا والآخرة، ووجوب الوفاء بها.

ثانياً: دراسة سبل تفعيل الوسائل الشرعية للقضاء على المماطلة؛ من تشكيل لجان متخصصة، أو محاكم متخصصة، وغيرها من الوسائل؛ لسرعة البتِّ فيها.

ثالثاً: غرس وجوب الوفاء بالأمانة؛ ومنها الديون، في نفوس الناشئة.

رابعاً: أهمية دراسة النصوص المتعلقة بالمعاملات المالية دراسة تأصيلية؛ لمعرفة دلالتها، وما يمكن أن يخل تحتها من صور، وما تشمل عليه من مسائل تكون أصلاً في الفقه المعاصر.

خامساً: فتح باب استيعابيٍّ؛ لاستلهام حلولٍ فقهيةٍ مبتكرةٍ لمسألة المماطلة في سداد الديون؛ تسهمُ في استكمال ملف الأطروحات الموجهةِ لمواجهةِ هذه المعضلة.

سادساً: المبادرة من المجامع الفقهية، والهيئات الشرعية، وما يناظرها من الهيئات والمؤسسات بالاتفاق على صيغة راسخة فقهًا، مقبولة شرعًا، يمكن للمصارف الإسلامية التصرُّف بموجبها في مواجهةِ معضلةِ المماطلةِ، لا سيما وأنَّها لا يمكنها الأخذ بالحلول التقليدية القائمة على الربا.

-تم بحمد الله -

قائمة المصادر والمراجع

١. **إجراءات النظر في منازعات التنفيذ ووقفه في النظام السعودي**، عبد الله بن مسعود الحربي، بحث منشور بالمجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، ٢٠١٨م.

٢. **الإجماع**، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، الطبعة الأولى، دار المسلم للنشر والتوزيع، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

٣. **أحكام القرآن**، لأبي بكر محمد بن علي الرازي الجصاص، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، دون ذكر سنة الطبع.

٤. **أحكام القرآن**، لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، تحقيق محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، لبنان، ١٤١٧هـ ١٩٨٧م.

٥. **الإحكام في أصول الأحكام**، سيف الدين، أبو الحسن، علي بن محمد الآمدي، الطبعة الثانية، مؤسسة النور، الرياض، سنة ١٣٨٧هـ.

٦. **أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، محمد بن بدر الدين بن عبد الحق ابن بلبان الحنبلي، تحقيق: محمد ناصر العجمي، الطبعة الأولى، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ١٤١٦هـ.

٧. **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، محمد ناصر الدين الألباني (ت١٤٢٠هـ)، إشراف: محمد زهير الشاويش، بيروت، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

٨. **الاستذكار**، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

٩. **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، للإمام أبي زكريا الأنصاري، مطبعة المكتبة الإسلامية، دون ذكر سنة الطبع.

١٠. **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، زين العابدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠هـ)، تحقيق: عبد الكريم الفضلي، صيدا، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

١١. **الأشباه والنظائر في قواعد الفقه**، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي الأنصاري المعروف بابن الملقن (ت ٨٠٤هـ)، تحقيق: مصطفى محمود الأزهري، الطبعة الأولى، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م.

١٢. **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية**، عبد الرحمن بن أبي بكر، الجلال السيوطي (ت ٩١١هـ)، تحقيق: محمد محمد تامر، وصاحبه، القاهرة، دار السلام، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

١٣. **الاشباه والنظائر**، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١هـ-١٩٩م.

١٤. **أصول السرخسي**، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، بدون ذكر سنة الطبع.

١٥. **إعانة الطالبين على حل ألفاظ المعين**، السيد البكري بن السيد محمد شطا الدمياطي المصري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون ذكر سنة طبع.

١٦. **أعلام الحديث (شرح صحيح البخاري)**، أبو سليمان حمد بن محمد الخطابي، تحقيق: د. محمد بن سعد بن عبد الرحمن آل سعود، الطبعة

الأولى، مركز البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي)، جامعة أم القرى، ١٤٠٩-١٩٨٨م.

١٧. **أعلام الموقعين عن رب العالمين**، للعلامة شمس الدين أبي بكر بن قيم الجوزية، تحقيق: عبد الرحمن الوكيل، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، دون ذكر سنة الطبع.

١٨. **الأم**، للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون ذكر سنة الطبع.

١٩. **إيقاف الخدمات عن المدين المماطل**، د. أحمد سعيد علي البرعي، بحث نشر في مجلة دار الإفتاء المصرية، العدد ٤٢، مصر، يوليو ٢٠٢٠.

٢٠. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠هـ)، بيروت، دار المعرفة، الطبعة الثالثة، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.

٢١. **البحر المحيط في أصول الفقه**، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، الطبعة الأولى، دار الكتبي، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

٢٢. **بحوث في قضايا فقهية معاصرة**، تأليف: محمد تقي العثماني، الطبعة الثانية، ١٤٢٤هـ، دار القلم.

٢٣. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة العاشرة، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

٢٤. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت ٥٧٨هـ) بيروت، دار الكتب العلمية، (بدون رقم الطبعة وتاريخ).

٢٥. **بلوغ المرام من أدلة الأحكام**، أحمد بن علي، الحافظ ابن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، تصحيح وتعليق: محمد حامد الفقي، عام ١٣٥٢هـ (بدون دار النشر ورقم الطبعة).

٢٦. **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون، تحقيق: الشيخ جمال مرعشلي، دار الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.

٢٧. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون ذكر سنة الطبع.

٢٨. **تحرير ألفاظ التنبيه**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.

٢٩. **تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي**، محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت.

٣٠. **تحفة المنهاج في شرح المنهاج**، أحمد بن محمد بن علي الهيتمي، (بدون الطبعة والتاريخ)، دار حياء التراث العربي، بيروت.

٣١. **ترشيح المستفيدين على فتح المعين**، للعلامة علوي بن أحمد بن عبد الرحمن السقاف، دار إحياء الكتب العربية، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٠٧هـ.

٣٢. **التعريفات**، علي بن محمد بن علي الجرجاني، فهرسة محمد بن عبد الحكم القاضي، دار الكتاب المصري اللبناني، ١٤١١هـ-١٩٩١م.

٣٣. **التفريع في فقه الإمام مالك**، لأبي القاسم عبيدالله بن الحسين بن الحسين بن الجلاب البصري، تحقيق: د. حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م.

٣٤. **التمهيد شرح مختصر الأصول من علم الأصول**، أبو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنياوي، الطبعة الأولى، المكتبة الشاملة، مصر، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.

٣٥. **التوقيف على مهمات التعاريف**، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م، عالم الكتب، القاهرة.

٣٦. **الجامع لأحكام القرآن**، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٦٧م.

٣٧. **الجوهرة النيرة لمختصر القدوري**، أبو بكر محمد بن علي الحدادي العبادي، مكتبة امدادية ملتان، باكستان، دون ذكر سنة الطبع.

٣٨. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار إحياء الكتب العربية، دون ذكر سنة الطبع.

٣٩. **حاشية الصاوي على الشرح الصغير**، الشيخ أحمد الصاوي، دار المدار الإسلامي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢م.

٤٠. **حاشية فتح المعين المسماة (ترشيح المستفيدين بتوشيح فتح المعين)**، أحمد زين الدين بن محمد الغزالي المليباري المعبري الشافعي، السيد علوي بن أحمد السقاف، الطبعة الأولى، دار إحياء الكتب العربية، مصر، ١٣٠٧هـ.

٤١. **حاشيتا قليوبي وعميرة**، للشيخ شهاب الدين القليوبي، والشيخ عميرة، مطبعة دار احياء الكتب العربية، مصر، دون ذكر سنة الطبع.

٤٢. **الحاوي الكبير**، علي بن محمد الماوردي، تحقيق: محمود مطرحي وآخرون، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

٤٣. **الدر المختار (مطبوع مع ردّ المحتار)**، محمد بن علي الحصني الحصكفي (ت١٠٨٨هـ)، تحقيق: عادل عبد الموجود وصاحبه، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤ م.

٤٤. **الديون المالية في الفقه الإسلامي**، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في المعهد العالي، للباحث سليمان بن فهد العيسى، ١٤٠٣هـ.

٤٥. **الذخيرة**، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤م.

٤٦. **رد المحتار على الدر المختار**، محمد أمين بن عمر، ابن عابدين الحنفي (ت١٢٥٢هـ)، تحقيق: عادل عبد الموجود وصاحبه، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤ م.

٤٧. **روضة الطالبين**، للإمام أبي زكريا يحيي بن شرف النووي، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر، دون ذكر سنة الطبع.

٤٨. **روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، الطبعة الثانية، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.

٤٩. **الزواجر عن اقتراف الكبائر**، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي السعدي، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.

٥٠. **سبل السلام شرح بلوغ المرام**، محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، صححه وعلق عليه: محمد عبد العزيز الخولي، مكتبة عاطف، دون ذكر سنة الطبع

٥١. **سنن ابن ماجه**، محمد بن يزيد، أبو عبد الله ابن ماجه القزويني، (ت٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار الفكر (بدون معلومات نشر أخرى).

٥٢. **سنن أبي داود**، سليمان بن الأشعث، أبو داود السجستاني، (ت٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين، دار الفكر(بدون معلومات نشر أخرى).

٥٣. **سنن الترمذي**، محمد بن عيسى، أبو عيسى الترمذي (ت ٢٧٩هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (بدون رقم الطبعة والتاريخ).

٥٤. **سنن الدارقطني علي بن عمر**، أبو الحسن الدارقطني البغدادي (ت٣٨٥هـ)، تحقيق: السيد عبد الله هاشم، بيروت، دار المعرفة، ١٣٨٦هـ-١٩٦٦م.(بدون رقم الطبعة).

٥٥. **السنن الكبرى**، أحمد بن الحسين، أبو بكر البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكة المكرمة: مكتبة دار الباز، عام ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، (بدون رقم الطبعة).

٥٦. **السنن الكبرى**، أحمد بن شعيب، أبو عبد الرحمن النسائي (ت٣٠٣هـ)، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان وصاحبه، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩١م.

٥٧. **السياسة الشرعية**، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية الحراني، الطبعة الأولى، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ١٤١٨هـ.

٥٨. **شرح التلويح على التوضيح**، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (ت ٧٩٢هـ)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٧٧هـ-١٩٥٧م.

٥٩. **الشرح الصغير**، للشيخ أحمد بن محمد الدردير، مطبوع مع بلغة السالك.

٦٠. **شرح القواعد الفقهية**، أحمد بن محمد الزرقا (ت ١٣٥٧هـ)، تصحيح وتعليق: مصطفى أحمد الزرقا، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.(بدون دار نشر).

٦١. **شرح مختصر الروضة**، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.

٦٢. **شرح منتهى الإيرادات**، للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، دون ذكر سنة طبع.

٦٣. **شرح نظام التنفيذ السعودي**، عبد الله بن محمد آل خنين، دار الصميعي للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٤٠هـ-٢٠١٩م.

٦٤. **شرح نظام التنفيذ**، د. إبراهيم بن حسين الموجان، دار مدار الوطن للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م.

٦٥. **شرح نظام التنفيذ**، د. عبد العزيز بن عبد الرحمن بن سعد الشبرمي، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ-٢٠١٤م.

٦٦. **طرح التثريب في شرح التقريب**، أبو الفضل عبد الرحيم بن الحسين العراقي، مطبعة جمعية النشر والتأليف الأزهرية الظاهرية، ١٣٥٣هـ-١٣٥٤م.

٦٧. **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، للإمام ابن قيم الجوزية، تحقيق: د. محمد جميل غازي، مطبعة المدينة، القاهرة، دون سنة الطبع.

٦٨. **العدة شرح العمدة**، للشيخ بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، دون سنة طبع.

٦٩. **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني، دار إحياء التراث العربي ودار الفكر، بيروت.

٧٠. **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، العظيم آبادي، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ.

٧١. **غريب الحديث**، أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي، تحقيق: د. محمد عبد المعين خان، الطبعة الأولى، ١٣٨٤هـ-١٩٦٤م، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الدكن.

٧٢. **فتح الباري**، أحمد بن علي، الحافظ ابن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، القاهرة، دار الريان، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ-١٩٨٦م.

٧٣. **الفروع**، للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي الحنبلي، تحقيق أبي الزهراء حازم القاضي، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

٧٤. **الفروق اللغوية**، الحسين بن عبد الله بن سهيل بن سعيد أبو هلال العسكري، الطبعة الأولى، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر.

٧٥. **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي، الطبعة الأولى، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٣٥٦هـ.

٧٦. **القاموس المحيط**، محمد بن يعقوب الفيرزوآبادي (ت٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب التراث في مؤسسة الرسالة، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.

٧٧. **قرارات المجمع الفقهي الإسلامي**، التابع لرابطة العالم الإسلامي، الدورات من الأولى إلى السادسة، والقرارات من الأول إلى الخامس والتسعين.

٧٨. **قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد**، د. نزيه حماد، دار القلم دمشق، الطبعة الأولى سنة ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.

٧٩. **القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه**، محمد حسن عبد الغفار، مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية (الكتاب مرقم آليا، ورقم الجزء هو رقم الدرس، ٢٠ درساً).

٨٠. **الكافي في فقه الإمام أحمد**، محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ.

٨١. **كشاف القناع على متن الإقناع**، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ طباعة.

٨٢. **لسان الحكام في معرفة الأحكام**، أحمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الدين ابن الشحنة الثقفي الحلبي، الطبعة الثانية، دار البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م.

٨٣. **لسان العرب**، محمد بن مكرم، أبو الفضل جمال الدين ابن منظور (ت ٧١١هـ)، بيروت، دار صادر، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

٨٤. **مبادئ التنفيذ الجبري في قانون المرافعات**، د. أحمد محمد حشيش، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦م.

٨٥. **المبسوط**، أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت ٤٨٣هـ)، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.

٨٦. **مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي: الصادرة عام ١٤٠٥هـ (م٢،ع٢):** تعقيب قصير على اقتراح الأستاذ الدكتور الزرقا: إلزام المدين المماطل بالتعويض على الدائن، للدكتور رفيق يونس المصري.

٨٧. **مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي: الصادرة عام ١٤٠٥هـ (م٣، ع١):** جواب: الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة، للدكتور: الصديق محمد الأمين الضرير.

٨٨. **مجلة الأحكام الشرعية،** لأحمد بن عبد الله القاري، تحقيق الدكتور: عبد الوهاب أبو سليمان والدكتور: محمد إبراهيم أحمد، الطبعة الثالثة-١٤٢٦هـ، دار تهامة.

٨٩. **مجلة الأزهر: الصادرة في رجب عام ١٤١١هـ، الجزء السابع، السنة الثالثة والستون،** مقال: المدين المماطل يعاقب بالحبس لا بتغريم المال، للدكتور: أحمد فهمي أبو سنة.

٩٠. **مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي: الصادرة عام ١٤٠٠هـ، (ع٣)،** بحث: التعويض عن الضرر(١)، للدكتور: وهبة الزحيلي.

٩١. **مجلة البحوث الفقهية المعاصرة،** بحث: في أن مطل الغني ظلم يحل عقوبته وعرضه، للشيخ: عبد الله بن سليمان المنيع، في (العدد ١٢، السنة الثالثة) عام ١٤١٢هـ.

٩٢. **مجلة البحوث الفقهية المعاصرة بحث: منهج الفقه الإسلامي في عقوبة المدين المماطل،** للدكتور: نزيه كمال حماد، في (ع١٤، السنة الرابعة) عام ١٤١٣هـ.

٩٣. **مجلة المجمع الفقهي: الصادرة في عام ١٤٠٨هـ، (ع٢، السنة الأولى)،** بحث: مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته، للشيخ: عبد الله بن سليمان المنيع.

٩٤. **مجلة جامعة الملك عبد العزيز الاقتصاد الإسلامي: الصادرة في عام ١٤١١هـ**، تعليق على بحث الضرير «الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة»، للشيخ: محمد زكي عبد البر.

٩٥. **مجلة دراسات اقتصادية إسلامية: الصادرة في رجب عام ١٤١٧هـ (م٣، ع٢) و(م٤،ع١)**: حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض الدائن، بحث للشيخ: مصطفى الزرقا.

٩٦. **مجلة دراسات اقتصادية إسلامية: الصادرة في رجب عام ١٤١٧هـ (م٣، ع٢) و(م٤،ع١)**: تعليق: حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض الدائن، للدكتور: حسن عبد الله الأمين، على بحث الزرقا.

٩٧. **مجلة دراسات اقتصادية إسلامية: الصادرة في رجب عام ١٤١٧هـ (م٣، ع٢) و(م٤،ع١)**: تعليق على بحث: حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض الدائن، للشيخ: عبد الله بن بية، في تعليقه على بحث الزرقا.

٩٨. **مجلة دراسات اقتصادية إسلامية: الصادرة في محرم ١٤٢٣هـ، (م٩،ع١،٢)**، القرارات والتوصيات الخاصة بندوة مجمع الفقه الإسلامي بجدة في الفترة ١-٢/ ١١/ ١٤٢٢هـ.

٩٩. **مجلة دراسات اقتصادية إسلامية**، تعليق على مقال: الغني المماطل هل يجوز إلزامه بتعويض دائنه؟، للأستاذ: رفيق يونس المصري.

١٠٠. **مجلة مجمع الفقهي الإسلامي**، الدورة السادسة، العدد: ٦، الجزء ٢، ١٤١٠هـ.

١٠١. **مجموع الفتاوى**، لشيخ الإسلام ابن تيمية، مكتبة المعارف، الرباط، المغرب، دون ذكر سنة الطبع.

١٠٢. **المجموع شرح المهذب**، أبو زكريا يحيي بن شرف النووي، دار الفكر، دون ذكر سنة الطبع.

١٠٣. **مجموع فتاوى ومقالات متنوعة للشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز**، جمع وترتيب وإشراف الدكتور محمد بن سعد الشويعر، الطبعة الثانية، ١٤٢٣هـ، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء.

١٠٤. **المحكم والمحيط الأعظم**، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

١٠٥. **المحلى بالآثار**، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، دار الفكر،بيروت، دون تاريخ نشر.

١٠٦. **المحيط في اللغة**، كافي الكفاة، الصاحب، إسماعيل بن عباد، تحقيق: محمد حسن آل ياسين، الطبعة الأولى، عالم الكتب، بيروت، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

١٠٧. **مختار الصحاح**، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، الطبعة الثالثة، مكتبة لبنان، ٢٠٠٩م.

١٠٨. **المدونة في فقه الإمام مالك**، للإمام عبد السلام بن سعيد التنوخي المعروف بسحنون، دار صادر، بيروت، دون ذكر سنة الطبع.

١٠٩. **مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح**، علي بن سلطان محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م.

١١٠. **المستدرك على الصحيحين**، محمد بن عبد الله، الحاكم النيسابوري (ت٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩٠م.

١١١. **المستصفى**، محمد بن محمد الغزالي الطوسي أبو حامد، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.

١١٢. **المسند**، الإمام أحمد بن حنبل الشيباني (ت ٢٤١هـ)، مصر، مؤسسة قرطبة، (بدون رقم الطبعة والتاريخ).

١١٣. **مشكل الآثار**، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة المعروف بالطحاوي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

١١٤. **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، للعلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي، تحقيق: د. عبد العظيم السنادي، دار المعارف، القاهرة، سنة ١١١٩م.

١١٥. **مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى**، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، المكتب الإسلامي، دمشق، سنة ١٩٦١م.

١١٦. **مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته**، الشيخ: عبد الله بن منيع، منشور على شبكة الإنترنت.

١١٧. **المعاملات المالية المعاصرة**، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.

١١٨. **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي**، دار النفائس، الأردن، الطبعة السادسة، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٧م.

١١٩. **المعجم الوسيط**، مجمع اللغة العربية، قام بإخراجه: د. إبراهيم أنس ومن معه، إستانبول، المكتبة الإسلامية، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م.

١٢٠. **معجم لغة الفقهاء**، لمحمد رواس قلعجي، وحامد صادق قنيبي، دار النفائس، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

١٢١. **معجم مقاييس اللغة**، أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الثانية، ١٣٨٩هـ-١٩٦٩م.

١٢٢. **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، للشيخ محمد الشربيني الخطيب على متن المنهاج، لأبي زكريا النووي، دار الفكر، بيروت ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

١٢٣. **المغني**، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠)، تحقيق: د. عبد الله التركي وصاحبه، القاهرة، هجر، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م (طبع على نفقة الأمير تركي بن عبد العزيز آل سعود).

١٢٤. **المقاييس في اللغة**، أحمد بن فارس بن زكريا، أبو الحسين (ت ٣٩٥هـ)، تحقيق: شهاب الدين أبو عمرو، بيروت، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

١٢٥. **المماطلة في الديون**، سلمان بن صالح الدخيل، (رسالة دكتوراه) كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

١٢٦. **المنتقى من السنن المسندة**، عبد الله بن علي بن الجارود، النيسابوري (ت٣٠٧هـ)، تحقيق: عبد الله عمر البارودي، بيروت، مؤسسة الكتاب الثقافية، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

١٢٧. **منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات**، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار، ومعه: حاشية المنتهى، لعثمان بن أحمد بن سعيد النجدي الشهير بابن قائد، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.

١٢٨. **المنثور في القواعد الفقهية**، بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي (ت ٧٩٤هـ)، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون

الإسلامية-أعمال موسوعية مساعدة-طباعة شركة دار الكويت للصحافة، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

١٢٩. **منح الجليل شرح مختصر خليل**، محمد عليش، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.

١٣٠. **منع المدين من السفر في الفقه الإسلامي**، د. محمد عثمان شبير، بحث منشور في مجلة دراسات العلوم الإنسانية، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، مجلد ٢٢، عدد٢، سنة ١٩٩٥م.

١٣١. **منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه**، أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٥م.

١٣٢. **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، شركة أحمد بن نبهان، سورابايا، إندونيسيا، دون ذكر سنة طبع.

١٣٣. **الموافقات في أصول الشريعة**، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي المالكي الشاطبي، تحقيق: محمد بن حسين الجيزاني، دار ابن الجوزي، الدمام، ١٤٢١هـ.

١٣٤. **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب، مكتبة النجاح، ليبيا.

١٣٥. **المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة**، للدكتور: نزيه كمال حماد، نشر في مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي.

١٣٦. **نصب الراية لأحاديث الهداية**، للإمام الحافظ جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي، مطبعة المجلس العلمي، الطبعة الثانية، بيروت، ١٣٩٣هـ.

١٣٧. **نفائس الأصول في شرح المحصول**، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، مكتبة نزار مصطفى الباز، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.

١٣٨. **النهاية في غريب الحديث والأثر**، مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الأثير الجزري، تخريج وتعليق: أبو عبد الرحمن صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

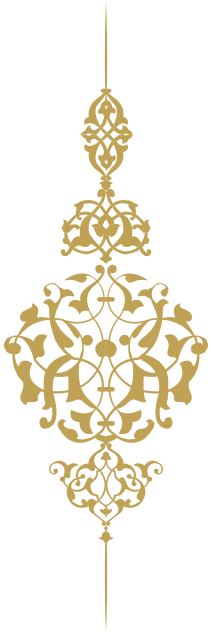
١٣٩. **نيل الأوطار**، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، الطبعة الأولى، دار الحديث، مصر، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.

١٤٠. **الهداية شرح بداية المبتدي**، للشيخ برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون ذكر سنة الطبع.

١٤١. **الهداية في تخريج أحاديث البداية (بداية المجتهد لابن رشد)**، أحمد بن محمد بن الصديق، أبو الفيض الغماري (ت ١٣٨٠هـ)، تحقيق: يوسف المرعشلي، بيروت، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.

١٤٢. **هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟ بحث للشيخ مصطفى الزرقا.**

١٤٣. **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**، الشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.



الأسهم الممتازة وأحكامها

د. إياس بن إبراهيم بن محمد الهزاع

الأستاذ المشارك بقسم الفقه

بكلية الشريعة بالرياض

مقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أما بعد:

فإنه لا يخفى على كل مسلم عاقل عظمة الشريعة الإسلامية، وصلاحيتها لكل زمان ومكان، واستيعابها لكل ما يستجد للناس في أمور حياتهم ومعاشهم، فلا يمكن أن توجد مسألة حادثة إلا ويكون في هذه الشريعة ما يبين حكمها بياناً شافياً.

وقد حصل تطور كبير للناس في شتى جوانب الحياة، ومن أهم هذه الجوانب التي تطورت كثيراً ما يتعلق بالجانب الاقتصادي والتجاري، فقد استجدت وتطورت بعض المعاملات عما كان في السابق، ومن ذلك ما حصل في أبواب الشركات، فاستحدثت شركات على غير الهيئة التي كان يذكرها الفقهاء سابقاً، ومن ضمن المسائل التي تتعلق بهذا الباب، الأسهم الممتازة في الشركات المساهمة، فاستعنت الله في كتابة بحث يتحدث عن هذه المسألة وعنونته بـ «**الأسهم الممتازة وأحكامها**».

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

١. تعلقه بمجال المعاملات، والتي لا يخفى أهميتها وحاجة الناس لها في حياتهم اليومية، وأهمية بيان الحكم الشرعي في المسائل المتعلقة به.

٢. أن الكتابة عما يتعلق بالمعاملات، لا يزال مجالاً خصباً يحتاج إلى مزيد من الإثراء؛ بسبب تجدد وتنوع المعاملات في حياة الناس.

٣. توافق الرغبة الشخصية في البحث فيما يتعلق بالمعاملات، مع حاجة المكتبات إلى إثراء هذا النوع من المواضيع الحية المعاصرة.

أهداف الموضوع:

تهدف هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على عدة أمور أهمها:

١. جمع آراء أهل العلم المعاصرين حول المسائل المبثوثة، واستقصاء اتجاهاتهم، وبيان أدلتهم؛ تسهيلاً للوصول إليها.

٢. السعي إلى إبراز الحكم الشرعي للمسألة، وذلك بالترجيح بين أقوال أهل العلم، وفقاً لأصول الترجيح المعروفة.

٣. تسهيل الوصول للمعلومة وتوضيحها لمن يحتاجها من طلبة العلم وعموم المهتمين بهذا الشأن.

٤. استيعاب كل ماله علاقة بالأسهم الممتازة، وبيان الحكم الشرعي فيه.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والتقصي وسؤال المختصين، والبحث في قواعد البيانات المتاحة، فقد وجدت عدة دراسات وبحوث تطرقت إلى موضوع الأسهم الممتازة، إلا أن أبرز ما وجدته قد خصها بالبحث، ما يلي:

١. **صيغة شرعية للأسهم التفضيلية.. المبررات الاقتصادية والأسس الفقهية**، للدكتور/ محمد أنس الزرقا والدكتور/ محمد السحيباني، وهو بحث منشور في مجلة إسرا الدولية للمالية الإسلامية، المجلد الثالث، العدد الثاني، (ديسمبر ٢٠١٢م).

٢. **حكم الأسهم الممتازة بين مطلق التحريم ومشروط الإجازة**، للباحثين/ عزنان حسن ووفا محمد، وهو بحث منشور في المجلة العالمية للتراث في الإسلام، المجلد الثاني العدد الأول (٢٠٢١م).

٣. **الفروق الفقهية في معايير هيئة المحاسبة والمراجعة-الأسهم الممتازة أنموذجاً-**، للباحثة/ نورة القاسم، وهو بحث منشور في مجلة الدراسات العربية-كلية دار العلوم جامعة المنيا.

وقد تناولت هذه الدراسات والبحوث جوانب مهمة ومتعددة من موضوع الأسهم الممتازة، استفدت منها كثيراً، إلا أن طريقتي في تناول الموضوع مختلفة بعض الشيء، وقد زدت في البحث ما ليس فيها، مما سيتبين لاحقاً في ثنايا هذا البحث.

منهج البحث:

١- تصوير المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها ليتضح المقصود من دراستها.

٢- إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليله مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة.

٣- إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف، فأحرص على أن أتبع ما يلي:

أ. ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرضي للخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.

ب. الاقتصار على المذاهب المعتبرة، مع توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.

ت. ذكر أدلة الأقوال، مع بيان ما يرد عليها من مناقشات وما يجاب به عنها إن كان، وأن يذكر ذلك بعد الدليل مباشرة.

ث. الترجيح مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.

٤- الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.

٥- تجنب ذكر الأقوال الشاذة.

٦- ترقيم الآيات وبيان سورها مضبوطة بالشكل.

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

٨- تخريج الآثار من مصادرها الأصلية، والحكم عليها.

٩- العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء، وعلامات الترقيم.

١٠- تكون الخاتمة متضمنة أهم النتائج والتوصيات التي يراها الباحث.

خطة البحث:

وكانت خطتي في هذا البحث تشمل على مقدمة وتمهيد ومبحثين وخاتمة وقائمة بالمراجع، وتفصيلها على النحو التالي:

مقدمة:

وتشمل على أهمية الموضوع وسبب اختياره وأهدافه والدراسات السابقة وخطة البحث.

المبحث الأول: المراد بالأسهم الممتازة وخصائصها وأنواعها:

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: المراد بالأسهم الممتازة.

المطلب الثاني: أنواع الأسهم الممتازة.

المطلب الثالث: خصائص الأسهم الممتازة.

المطلب الرابع: مزايا وعيوب الأسهم الممتازة.

المطلب الخامس: أسباب إصدار الأسهم الممتازة.

المطلب السادس: أوجه الشبه والاختلاف بين الأسهم الممتازة وبين الأسهم العاديّة والسندات.

المبحث الثاني: أحكام الأسهم الممتازة:

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: حكم إعطاء حملة الأسهم الممتازة أولوية في الأرباح والتصفية.

المطلب الثاني: حكم إعطاء حملة الأسهم الممتازة زيادة في الأرباح عن غيرهم.

المطلب الثالث: حكم إعطاء حملة الأسهم الممتازة أكثر من صوت في اجتماع الشركة.

المطلب الرابع: حكم إعطاء حملة الأسهم الممتازة الأولوية في الاكتتاب.

المطلب الخامس: حكم إعطاء حملة الأسهم الممتازة اختصاصاً بأمور إدارية وإجرائية.

المطلب السادس: بدائل شرعية مقترحة.

خاتمة:

فيها أبرز النتائج التي توصلت إليها.

قائمة فيها أبرز المصادر والمراجع.

هذا، وأسأل الله جَلَّوَعَلَا أن ينفع بهذا البحث، ويجعله خالصاً لوجهه الكريم، إنه سميع مجيب للدعاء، وصلى الله على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

تمهيد

الأصل أن تتمتع جميع أسهم شركات المساهمة بحقوق متساوية، إلا أنه كثيراً ما يجري العمل على إقامة نوع من التفرقة بين الأسهم من حيث الحقوق المرتبطة بها، فتعطى لبعض الأسهم امتيازات لا تخول للأسهم الأخرى ومن هذا المنطلق فقد قُسّمت الأسهم إلى قسمين:

الأول منها: الأسهم العاديّة، وهي التي تعطي لحاملها الحقوق العاديّة التي تترتب للمساهم دون أي امتيازات في الأرباح أو في حالة تصفية الشركة أو غير ذلك، ومن أهم الحقوق التي يتمتع بها المساهم العادي الحق في التصويت في الجمعية العمومية، والحق في نقل ملكية الأسهم بالبيع أو بأي طريق آخر، والحق في الحصول على الأرباح إذا ما قررت الإدارة توزيعها كما يتمتع بمسئولية محدودة بحصته في رأس المال[1].

والقسم الثاني من هذه الأسهم هي الأسهم الممتازة، وهي المقصودة بهذا البحث وفيما يلي بيان لكل ما يتعلق بها من أمور.

(١) ينظر: الأدوات المالية التقليدية، د. محمد جراية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة (٦/ ١١١٧).

المبحث الأول
المراد بالأسهم الممتازة وخصائصها وأنواعها

المطلب الأول: المراد بالأسهم الممتازة:

اشتهرت هذه الأسهم وتعارف عليها بأنها أسهم ممتازة، وإن كان الترجمة الأكثر دقة للتسمية الأجنبية (Preffered Stock) هو أسهم تفضيلية أو مفضلة، وقد سميت مفضلة لأنها مفضلة على الأسهم العاديّة في استحقاق الربح، وفي ضمان القيمة الاسمية، والسبق إلى متاع الشركة في حال تصفيتها، وهذا السهم مرحلة متوسطة بين السهم العادي والسند[1]، وهو أنواع متعددة يكون أحياناً أقرب إلى السهم العادي منه إلى السند وأحيانا العكس من ذلك[2].

وقد عُرّفت بتعاريف متقاربة نذكر منها ما يلي:

عرّفها بعض الباحثين بأنها: «الأسهم التي تخول أصحابها حق الحصول على أولوية في قبض ربح معين أو أولوية في استرداد ما دفع

(١) السند: هو ورقة مالية تصدرها المنشآت التجارية والحكومات، لتقترض بموجبها أموالاً لآجال طويلة مقابل فائدة ربوية تدفع لحاملها بصفة دورية، وقد تصدر بخصم من قيمتها الاسمية، ينظر معيار الأسهم والسندات رقم (٢١) من معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

(٢) ينظر: الأسواق المالية، د. محمد القري، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة (٦/ ١١٨١).

من رأس المال عند التصفية، أو أولوية في الأمرين جميعاً، أو أي ميزة أخرى مما لا تتوفر لأصحاب الأسهم العاديّة»[1].

وعرفها آخر بأنها: «هي التي تخول لأصحابها الأسبقية الحصول على نسبة معينة من أرباح الشركة أو في اقتسام أموال التصفية بعد حل الشركة»[2].

المطلب الثاني: أنواع الأسهم الممتازة:

للأسهم الممتازة أنواع متعددة بقدر ما تتعدد صيغ وطرق الامتياز والتفضيل، ويمكن للشركة من حيث المبدأ أن تصدر في الوقت نفسه أكثر من نوع من الأسهم الممتازة، يتمتع بعضها بمزايا أفضل لحامليها من البعض الآخر، وذلك على حسب حاجة الشركة المصدرة.

ومن أشهر هذه الأنواع ما يلي:

الأسهم الممتازة التراكمية (Cumulative):

يتميز حملة الأسهم التراكمية بأنهم إن لم يحصلوا على عوائدها المحددة في سنة معينة، فإن مستحقاتهم هذه ترحّل وتدفع من أرباح أول سنة لاحقة تحقق فيها الشركة أرباحاً كافية، في حين لا ترحل العوائد المحددة لحاملي الأسهم الممتازة غير التراكمية وكذلك حملة

(١) ينظر: الأسهم والسندات، د. أحمد الخليل، ص٥٥.

(٢) ينظر: الأدوات المالية التقليدية، د. محمد جراية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة (٦/ ١١١٧).

الأسـهم العاديّـة إلى سـنة لاحقـة إذا لم تحقـق الشركـة أرباحـاً أو مُنيـت بخسـائر في سنة معينة[١].

الأسـهم الممتازة المشارِكة (Participating):

حملـة الأسـهم الممتـازة غـير المشـاركة يحصلـون مـن أربـاح الشركـة مـا يبلغهـم نسـبة العائـد المحـددة، ثـم تـوزع الأربـاح المتبقيـة إن وجـدت عـلى المسـاهمين العاديـين، أمـا حملـة الأسـهم الممتـازة المشـاركة فإنهـا توفـر لحاملهـا ميـزة إضافيـة، وذلـك بإعطائـه الحـق في مشـاركة المسـاهمين العاديـين في الأربـاح الموزعـة إمـا بالكامـل أو جزئيـاً وذلـك بعـد حصولهـم على أرباحهم المحددة سـابقاً[٢].

الأسـهم الممتازة واجبة الإطفاء (Redeemable):

فالأسـهم الممتـازة واجبـة الإطفـاء هـي التـي تلتـزم الشركـة المصـدرة لهـا بإعـادة شرائهـا مـن حامليهـا في مـدة معينـة، أمـا الأسـهم غـير واجبـة الإطفاء فـلا تتضمن مثل هذا الالتزام[٣].

الأسـهم الممتازة القابلة للتحويل (Convertible):

تعتـبر قابليـة تحويـل الأسـهم الممتـازة إلى أسـهم عاديـة، إحـدى المزايـا التـي تمنـح لحاملـي الأسـهم القابلـة للتحويـل، إذ تنتـج لهـم أفضليـة الحصـول

(١) ينظر: صيغة شرعية للأسهم التفضيلية، د. محمد الزرقا ود. محمد السحيباني، ص١٢.
(٢) ينظر: الأسـهم والسندات، د. أحمد الخليل، ص٥٧.
(٣) ينظر: حكم الأسـهم الممتازة، وفا محمد وعزنان حسـن، ص١٤٣.

على نصيبهم من الأرباح قبل حملة الأسهم العادية، وفي نفس الوقت توفر لحاملها خلال فترة زمنية محددة، فرصة تحويلها إلى أسهم عادية، إذا ارتفعت القيمة السوقية للسهم العادي أو حققت الشركة أرباحاً جعلت عوائد الأسهم العادية تساوي عوائد الأسهم الممتازة أو تزيد عليها، مما يحقق له مكاسب مالية(١).

الأسهم الممتازة ذات التوزيعات المتغيرة (Adjustable-rate Pref-Stock):

الأصل في أن التوزيعات على الأسهم الممتازة ثابتة بنسبة معينة من القيمة الاسمية للسهم. لكن ظهر نوع جديد من الأسهم الممتازة، ترتبط فيه التوزيعات بمعدل العائد على نوع من سندات الخزانة، ويعاد تقييم نصيب السهم من الأرباح مرة كل ثلاثة أشهر، بناء على التغير الذي يطرأ على معدل العائد على تلك السندات(٢).

الأسهم الممتازة القابلة للاستدعاء (Callable Preferred Shares):

وهذا النوع من الأسهم الممتازة تعطي الشركة المصدرة الحق في إلزام المساهم الذي يحمل هذا النوع من الأسهم بردها للشركة، بسعر محدد وعلى مدار فترة زمنية محددة من تاريخ الإصدار، مما يوفر للشركة ميزة أن يكون لها الحق في استهلاك هذه الأسهم، إذا ما شعرت بأن

(١) ينظر: محاضرات في الأسواق المالية، د. بسبع عبد القادر، ص٢٩.
(٢) ينظر: الأسواق المالية، د. محمد القري، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة.

لديها فائضاً من الأموال، يمكنها من تقليل عدد المساهمين الممتازين، وذلك بسبب أن الأسهم الممتازة تُحمل الشركة أعباء ثابتة[١].

الأسهم الممتازة التي لها حق التصويت (Preferred Shares that have Voting Rights):

هذا النوع من الأسهم الممتازة تعطي حاملها حق التصويت في الجمعية العمومية، مثلها مثل الأسهم العادية، كنوع من التعويض للمساهمين في حال عدم حصولهم على أرباح لعدد معين من السنوات كثلاث سنوات مثلاً[٢].

الأسهم ذات الصوت المتعدد (Multiple Voting Shares):

وهي التي تعطي حاملها أكثر من صوت في الجمعية العامة للشركة المصدرة، وهذا النوع تستخدم في الغالب عندما يراد تحقيق أهداف تتطلب كثرة الأصوات عند اتخاذ قرارات مهمة والواقع أن حصص رأس المال للمساهمين متساوية[٣].

(١) ينظر: حكم الأسهم الممتازة، وفا محمد وعزنان حسن، ص١٣٨، محاضرات في الأسواق المالية، د. بسبع عبد القادر، ص٢٩.
(٢) ينظر: صيغة شرعية للأسهم التفضيلية، د. محمد الزرقا ود. محمد السحيباني، ص١٣.
(٣) ينظر: الأسهم والسندات، د. أحمد الخليل، ص٥٨.

المطلب الثالث: خصائص الأسهم الممتازة:

للأسهم الممتازة خصائص تختص بها عن غيرها يمكن أن تُلخص فيما يلي:

١. أن للأسهم الممتازة معدل أرباح محدد كنسبة مئوية من القيمة الاسمية للسهم. فمثلاً، إذا كانت القيمة الاسمية للسهم تساوى ١٠٠ ريال، ونسبة العائد تساوى ٥٪ سنوياً، فإن الفائدة المتوقعة من الأسهم الممتازة تكون ٥ ريال، وعلى الرغم من أن أرباح الأسهم الممتازة محددة إلا أن التوزيعات ليست ملزمة فيمكن للشركة تأجيلها إذا رغبت بذلك(١).

٢. لا تشكل نسبة الربح المحددة التزاماً ثابتاً على الشركة المصْدرة؛ إذ لا يستحق حاملو الأسهم الممتازة شيئاً إن لم تحقق الشركة أرباحاً أو منيت بخسائر في سنة معينة(٢).

٣. أن للأسهم الممتازة أولوية على الأسهم العاديّة في الأرباح الموزعة؛ حيث تقسم الأرباح أولاً على حاملي الأسهم الممتازة حتى يبلغ معدل العائد النسبة المحددة، ثم توزع الأرباح المتبقية إن وجدت على حملة الأسهم العادية(٣).

(١) ينظر: صيغة شرعية للأسهم التفضيلية، د. محمد الزرقا ود. محمد السحيباني، ص١١.
(٢) ينظر: عمليات الأسواق المالية، د. سعيد بوهراوة، ص٦.
(٣) ينظر: صيغة شرعية للأسهم التفضيلية، د. محمد الزرقا ود. محمد السحيباني، ص١١.

٤. أن للأسهم الممتازة أولوية على الأسهم العاديّة في المطالبة بأصول الشركة في حالة تصفيتها بعد حاملي السندات، ففي حالة التصفية يُدفع أولاً للدائنين ومنهم حاملو السندات، ثم أصحاب الأسهم الممتازة، حيث تدفع لهم القيمة الاسمية للأسهم، ويدفع الباقي للمساهمين العاديين[١].

٥. لا يعطى حملة الأسهم الممتازة حق التصويت في اجتماع الشركة العام إلا في حالات نادرة، وهي الحالات التي تعاني فيها الشركة من مشاكل كبيرة، في حين يتمتع المساهمون العاديون دائماً بهذا الحق[٢].

المطلب الرابع: مزايا وعيوب الأسهم الممتازة:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: مزايا الأسهم الممتازة بالنسبة للشركة المصدرة[٣]:

أولاً: أن الشركة المصدرة للأسهم الممتازة غير ملزمة بإجراء توزيعات، وذلك شأنه أن يرفع درجة سيولة الشركة لتمويل مشاريع جديدة.

(١) ينظر: حكم الأسهم الممتازة، وفا محمد وعزنان حسن، ص١٣٨.
(٢) ينظر: الأدوات المالية التقليدية، د. محمد جراية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة (٦/ ١١١٧).
(٣) ينظر: الأدوات المالية التقليدية، د. محمد جراية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة (٦/ ١١١٧)، محاضرات في الأسواق المالية، د. بسبع عبد القادر، ص٢٨.

ثانياً: في فترات الرخاء والأرباح الكبيرة فإن حملة الأسهم الممتازة لن يأخذوا نصيباً كبيراً من الأرباح؛ لأن نسبة ربحهم محددة وثابتة لا تتغير بزيادة الأرباح بخلاف أصحاب الأسهم العاديّة، وهذا مفيد للشركة المصدرة لهذه الأسهم.

ثالثاً: يمنح إصدار الأسهم الممتازة مرونة للشركة ويوفر فرصة لتأجيل صرف الأرباح عند وجود الأزمات المالية، وهذا يجنب الشركة التأثيرات السلبية الناتجة عن التخلف عن السداد، ولا يحق لحملة الأسهم الممتازة إجبار الشركة على إعلان الإفلاس في حالة التأخر في توزيع الأرباح.

رابعاً: أن قرار إصدار الأسهم الممتازة قد يتضمن إعطاء الشركة الحق في استدعاء الأسهم الممتازة التي أصدرتها سابقاً مقابل أن يحصل حامل الأسهم على مبلغ يفوق قيمتها الاسمية، وهذا يُمكن الشركة من الاستفادة من انخفاض أسعار الفائدة في السوق، وذلك بالتخلص من الأسهم الممتازة التي سبق أن أصدرتها، وإحلالها بسندات ذات فائدة منخفضة أو بأسهم ممتازة ذات معدل ربح منخفض.

خامساً: أنها توفر تمويلاً للشركة يمازج بين خصائص الأسهم العاديّة والسندات، فإذا قورنت مع السندات، فتمثل الأسهم الممتازة مخاطر مالية أقل للشركة؛ لأن فوائد السندات ثابتة وملزمة سواء حققت الشركة أرباحاً أو خسائر، وعدم دفعها يعرض الشركة للإفلاس، بخلاف الأسهم الممتازة، فكما سبق فإنها لا تدفع فوائد، إلا

في حالة تحقيق أرباح، فتكون الشركة فيها أقل عرضة لخطر الإفلاس من الشركة التي تتمول بالسندات.

الفرع الثاني: مزايا الأسهم الممتازة بالنسبة للمستثمرين[1]:

أولاً: أن العائد على الأسهم الممتازة أعلى من العائد على السندات لكون مخاطرها أعلى، بناءً على أن العلاقة بين العوائد والمخاطر علاقة عكسية، وتزيد في العادة عن السندات بقدر ٠,٥٠ إلى ٠,٧٥ في المائة.

ثانياً: أن حامل الأسهم الممتازة أقل عرضة للمخاطر من حامل الأسهم العاديّة، حيث توفر أماناً للمستثمرين فيها سواءً في رأس المال أو الأرباح، فبالنسبة لرأس المال فكما سبق بأن لهم الأفضلية على حملة الأسهم العاديّة عند التصفية، وبالنسبة للأرباح فإنه لا يدفع أي أرباح لحملة الأسهم العاديّة حتى يكتمل دفع أرباح الأسهم الممتازة، ومن ثم فالأسهم الممتازة تناسب المستثمرين الذين يرغبون في مزيج متوسط بين المخاطر والعوائد؛ لأنها وسط بين السندات والأسهم العاديّة.

ثالثاً: توفر الأسهم الممتازة سيولة لحامليها أفضل من السندات وذلك لأن أغلب هذه الأسهم تكون مدرجة في بورصات وأسواق الأسهم، مما يسهل بيعها والحصول على السيولة.

(١) ينظر: حكم الأسهم الممتازة، وفا محمد وعزنان حسن، ص١٤١، صيغة شرعية للأسهم التفضيلية، د. محمد الزرقا ود. محمد السحيباني، ص١٣.

الفرع الثالث: عيوب الأسهم الممتازة:

مع كل هذه المزايا آنفة الذكر للأسهم الممتازة إلا أن لها عيوباً لا تنفك عنها من أهمها ما يلي[1]:

أولاً: يعاب على الأسهم الممتازة عدم إلزامية التوزيعات، فليس لحملتها الحق في المطالبة بنصيبهم في الأرباح، إلا إذا قررت إدارة الشركة توزيعها، لكن مع ذلك هم يحتفظون بحقهم في الحصول على مستحقاتهم من أرباح السنوات التي لم يجر فيها توزيع، وذلك قبل أن يحصل حملة الأسهم العاديّة على أي توزيعات.

ثانياً: حملة الأسهم الممتازة يتعرضون لمخاطر أكبر من تلك التي يتعرض إليها أصحاب السندات ومن ثم يطالبون بمعدل أعلى العائد.

ثالثاً: لا يتمتع المساهمون الممتازون بالأرباح الموزعة إلا بعد إعطاء حاملي السندات مستحقاتهم.

رابعاً: على العكس من أصحاب السندات ليس هناك ما يضمن حصول حملة الأسهم الممتازة على عائد دوري، كما أنه في حالة الإفلاس وتوزيع أموال التصفية يكون حملة الأسهم الممتازة في المرتبة الثانية بعد حاملي السندات.

(١) ينظر: الأدوات المالية التقليدية، د. محمد جراية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة (٦/ ١١١٧)، محاضرات في الأسواق المالية، د. بسبع عبد القادر، ص٢٨.

المطلب الخامس: أسباب إصدار الأسهم الممتازة:

يرجع إصدار الأسهم الممتازة من قبل الشركات في الغالب لأحد سببين:

الأول: أن تحتاج الشركة لزيادة رأس مالها، فتصدر هذا النوع من الأسهم، وذلك من أجل حث الجمهور على الاكتتاب في هذه الأسهم الجديدة الصادرة، وفي الغالب ما تكون أعمال الشركة غير مقبولة عند الجمهور، فتلجأ إلى هذا النوع من الأسهم الممتازة ترغيباً للجمهور وحثاً لهم على المشاركة في الاكتتاب فيها، ولكن ليس للشركة الحق في إصدار هذا النوع من الأسهم إذا لم يوجد نص في نظام الشركة، أو إقرار من الجمعية العمومية غير العاديّة، وذلك حتى يكون المساهمون العاديون على بينة من الأمر(١).

الثاني: أن تكون لدى الشركة المصدرة رغبة في تقديم امتيازات لحملة الأسهم القديمة، أو بعضهم، مكافأة لهم على ما بذلوه في سبيل إنجاح الشركة، وذلك بتحويل أسهمهم العاديّة إلى أسهم امتياز، مراعاة لهذه المصلحة.

(١) ينظر: أنواع الأسهم وأحكام التعامل بها، د. نادية أبو العزم، ص٣٠٧، الأدوات المالية التقليدية، د. محمد جراية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة (٦/ ١١١٧).

ويتبين مما سبق بأن الأسهم الممتازة قد تكون جديدة تصدرها الشركة، وقد تكون في الأصل أسهماً عاديّة ثم بعد ذلك تقوم بتحويلها إلى أسهم ممتازة[1].

المطلب السادس: أوجه الشبه والاختلاف بين الأسهم الممتازة وبين الأسهم العاديّة والسندات:

قد يشتبه على الناظر الفرق بين الأسهم الممتازة والأسهم العاديّة والسندات، وذلك لكون الأسهم الممتازة تمثل واسطة بينهما، وفيما يلي تمييز لأهم أوجه الشبه والاختلاف بينها:

أولاً: أوجه الشبه والاختلاف بين الأسهم الممتازة والأسهم العاديّة[2]:

تتفق الأسهم الممتازة والأسهم العاديّة في أمور أهمها ما يلي:

١. أن كلاً منهما يمثل صك ملكية في الشركة.

٢. أن مسئولية حامله محدودة بمقدار مساهمته.

٣. أنه لا يحق لحملة هذه الأسهم المطالبة بنصيبهم من الأرباح إلا إذا قررت الإدارة إجراء توزيعات.

وتختلف الأسهم الممتازة عن الأسهم العاديّة في أمور أهمها ما يلي:

(١) ينظر: الأسهم والسندات، د. أحمد الخليل، ص٥٦.

(٢) ينظر: الأدوات المالية التقليدية، د. محمد جراية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة (٦/ ١١١٧)، الفرق بين الأسهم الممتازة والعاديّة، د. فواز العيسى، مقال منشور في موقع يقين على الإنترنت.

١. أن الأسهم الممتازة لا تمنح المساهمين حق التصويت لانتخاب مجلس إدارة أو لإقرار سياسة الشركة بخلاف الأسهم العاديّة.

٢. أن الأسهم الممتازة أقل تقلباً في الأسواق المالية من الأسهم العاديّة.

٣. عند تصفية أو إفلاس الشركة فإنه تُدفع القيمة الاسمية للأسهم الممتازة قبل حملة الأسهم العاديّة، وذلك بعد سداد الدائنين وحملة السندات.

٤. يتلقى أصحاب الأسهم الممتازة أرباحاً قبل حملة الأسهم العاديّة.

ثانياً: أوجه الشبه والاختلاف بين الأسهم الممتازة والسندات[1]:

تتفق الأسهم الممتازة والسندات في أمور أهمها ما يلي:

١. أن نصيبها من الأرباح محدد بنسبة معينة من قيمتها الاسمية تصرف عند تحقق الربح، وتتراكم سنة بعد سنة عندما لا يتحقق الربح فتدفع جميعاً في أول فرصة.

٢. أنه لا يجوز لحملة الأسهم العاديّة الحصول على نصيبهم من الأرباح أو نصيبهم من أموال التصفية قبل أن يحصل حملة الأسهم الممتازة والسندات على نصيبهم منها.

---

(١) ينظر: الأسواق المالية، د. محمد القري، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة، محاضرات في الأسواق المالية، د. بسبع عبد القادر، ص٢٨-٣١، صيغة شرعية للأسهم التفضيلية، د. محمد الزرقا ود. محمد السحيباني، ص١١، الفرق بين الأسهم الممتازة والعاديّة، د. فواز العيسى، مقال منشور في موقع يقين على الإنترنت.

٣. أنه يمكن استدعاء وإطفاء الأسهم الممتازة من طرف الشركة على النحو الذي يتم للسندات، خصوصاً في حالة انخفاض أسعار الفائدة وإصدار أوراق مالية جديدة بسعر أقل.

٤. حساسية أسعار السندات والأسهم الممتازة لأسعار الفائدة المقدمة، بحيث تنخفض أسعارها عندما ترتفع أسعار الفائدة والعكس صحيح.

٥. قابلية كل من السندات والأسهم الممتازة للتحويل في حال توفر خيار السماح للمستثمرين بتحويل السندات أو الأسهم الممتازة، إلى عدد ثابت من الأسهم العاديّة للشركة.

وتختلف الأسهم الممتازة عن الأسهم السندات في أمور أهمها ما يلي:

١. تمثل الأسهم الممتازة حصة شائعة في الشركة وتشارك في أرباحها، بينما تعد السندات ديناً على الشركة ولا تشارك في أرباحها.

٢. في حال الإفلاس والتصفية، يكون استحقاق حملة الأسهم الممتازة بعد استحقاق حملة السندات.

٣. العائد في الأسهم الممتازة أعلى من السندات وذلك لأن المخاطرة فيها أعلى.

٤. أن العائد في السندات يمثل التزاماً ثابتاً على الشركة المصدرة، بينما لا يستحق حملة الأسهم الممتازة شيئاً إن لم تحقق الشركة أرباحاً أو منيت بخسائر في سنة معينة.

المبحث الثاني
أحكام الأسهم الممتازة

مما سبق ذكره تبين بأن الامتيازات التي تعطى لحملة الأسهم الممتازة متعددة ومختلفة، وبالتالي لا يمكن أن تعطى الأسهم الممتازة حكماً واحداً، بل لا بد من دراستها بشكل مفصّل، ويمكن فيما يلي تفصيل هذه المسائل على النحو التالي:

المطلب الأول: حكم إعطاء حملة الأسهم الممتازة أولوية في الأرباح والتصفية:

لا خلاف بأنه يجوز إعطاء حملة الأسهم الممتازة أولوية في تحصيل أرباحهم إذا كان ذلك لا يمنع حملة الأسهم العادية من أرباحهم، وإنما حصل الخلاف في إعطاء حملة الأسهم الممتازة أولوية في أخذ الأرباح أو الأولوية في التصفية الذي يؤدي إلى حرمان حملة الأسهم العادية من أرباحهم أو من مستحقاتهم في التصفية.

وقد اختلف العلماء المعاصرون في حكم إعطاء حملة الأسهم الممتازة أولوية في أخذ الأرباح والتصفية على قولين هما:

القول الأول: عدم جواز إصدار أسهم ممتازة تخول صاحبها أولوية في أخذ الأرباح والتصفية:

وبه قال عامة الباحثين والمجامع والهيئات الشرعية[1].

واستدلوا بما يلي:

الأول:

أن في إعطاء أصحاب الأسهم الممتازة أولوية في أخذ الأرباح ظلم وغرر على المساهمين الآخرين؛ لأنه يحتمل ألا تربح الشركة غير هذه النسبة، وبالتالي هذا يقطع المشاركة في الربح، - والذي هو أساس عقد المشاركة-، وينفرد حملة الأسهم الممتازة بكامل الربح عن غيرهم من حملة الأسهم العاديّة[2].

الثاني:

يترتب على إعطاء أصحاب الأسهم الممتازة أولوية عند تصفية الشركة حصول الربا المحرم، وبيان ذلك: أنه إذا أعطي حملة الأسهم الممتازة عند التصفية أولوية في استرداد كامل رأس مالهم (قيمة السهم

(١) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي قرار رقم (٦٣)(١/ ٧) بشأن: الأسواق المالية، المادة (٤/ ١/ ٢/ ١٤) من معيار الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة من معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص٩٣، قرار رقم (١٩) من قرارات الهيئة الشرعية ببنك البلاد، الأسهم والسندات، د. أحمد الخليل، ص١٨٠،، الخدمات الاستثمارية في المصارف، د. يوسف الشبيلي، (٢/ ١٢٢).

(٢) ينظر: الفروق الفقهية في معايير هيئة المحاسبة والمراجعة، نورة القاسم، ص١٢.

الاسمية) قبل حملة الأسهم العاديّة، فإنه بذلك يضمن حملة الأسهم الممتازة رأس مالهم تقريباً، وفي هذه الحالة يكون حقيقة العقد بينهم وبين الشركة هو عقد قرض لا عقد شركة لكون رأس المال قد ضُمن، وإذا كان الأمر كذلك فلا يجوز لهم حينئذ أخذ شيء من الأرباح وإلا أصبح قرضاً بفائدة وهو من الربا الصريح[1].

الثالث:

أن هذه الامتيازات في حقيقتها اشتراطات تخالف مقتضى عقد الشركة في اشتراك الشركاء في الربح والخسارة[2].

القول الثاني: جواز إصدار أسهم لها هذه الامتيازات:

وبه قال المجلس الاستشاري الشرعي لهيئة الأوراق الماليزية[3].

(١) ينظر: صيغة شرعية للأسهم التفضيلية، د. محمد الزرقا ود. محمد السحيباني، ص١٨، حكم الأسهم الممتازة، وفا محمد وعزنان حسن، ص١٦٧، وقد ذكر بعض الباحثين في هذا الموضع بأن مأخذ الربا هو ضمان الشركة المصدرة للربح على كل حال سواءً ربحت الشركة أو لا، وهذا ليس بصحيح، فإن حملة الأسهم الممتازة إذا لم تربح الشركة شيئاً فإنهم لا يستحقون شيئاً وإلا أصبحت الأسهم الممتازة كالسندات تماماً، ولو كانت كذلك فلا خلاف في تحريمها.

(٢) ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، د. مبارك آل سليمان، ص١٥٢.

(٣) ينظر: قرار الهيئة الشرعية لسوق الأوراق المالية الماليزية في الاجتماع رقم (٢٠) عام ١٩٩٩م.

دليلهم:

أنه لا مانع من إعطاء هذه الامتيازات لحملة الأسهم الممتازة بناءً على مبدأ التنازل عن الحق، فيتنازل حملة الأسهم العاديّة عن حقوقهم، أو بعضها في الأرباح أو رأس المال لحملة الأسهم الممتازة، ويكون هذا التنازل ثابتاً إذا وافق حملة الأسهم العاديّة على قرار الشركة بإصدار أسهم ممتازة في اجتماعها السنوي مع المساهمين[1].

اعترض على هذا الدليل بما يلي[2]:

١. أن المشاركة في الأرباح تعتبر من مقتضيات عقد المشاركة، وبالتالي فلا يجوز التنازل عنها، كما أنه لا يجوز اشتراط ذلك لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد.

٢. أن تنازل حملة الأسهم العاديّة عن حقوقهم في رأس المال والأرباح يعتبر تنازلاً عن الحق في المستقبل قبل ثبوته وهذا غير جائز وإنما يصح التنازل عن الحق عند ثبوته.

قال في فتح القدير: «إبراء الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم؟ إن كانت غير مفروضة لا يصح **لأنه إبراء قبل الوجوب**»[3].

(١) ينظر: قرار الهيئة الشرعية لسوق الأوراق المالية الماليزية في الاجتماع رقم (٢٠) عام ١٩٩٩م، عمليات الأسواق المالية، د. سعيد بوهراوة، ص٨.
(٢) ينظر: حكم الأسهم الممتازة، وفا محمد وعزنان حسن، ص١٦٧.
(٣) ينظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤/ ٣٩٤).

وقال في الفروق: «وأما المنكوحة فسقوط نفقتها ليس من موجب مضي المدة، بدليل أنه لو مضت فإن النفقة لا تسقط، **فصار هذا إبراء عما سيجب في المستقبل قبل وجود سببه، فلا يجوز**، كما لو قال: أبرأتك عن كل دين يجب لي عليك فإنه لا يصح»[1].

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، لقوة أدلتهم، ولأن عمدة ما استدل به أصحاب القول الثاني هو التنازل عن الحق وقد تبين ما فيه من ضعف، وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي قرار رقم (٦٣)(١/ ٧) بشأن: الأسواق المالية، ونصه: «لا يجوز إصدار أسهم ممتازة، لها خصائص مالية تؤدي إلى ضمان رأس المال أو ضمان قدر من الربح أو تقديمها عند التصفية، أو عند توزيع الأرباح».

وهو ما أخذت به أيضاً هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، فقد جاء في معيار الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ما نصه: «لا يجوز إصدار أسهم ممتازة لها خصائص مالية تؤدي إلى إعطائها الأولوية عند التصفية أو عند توزيع الأرباح» والله أعلم.

(١) ينظر: الفروق للكرابيسي (١/ ١٣٦).

المطلب الثاني: حكم إعطاء حملة الأسهم الممتازة زيادة في الأرباح عن غيرهم:

فهذه المسألة مبنية على خلاف الفقهاء في حكم زيادة الربح لأحد الشركاء، وقد اختلف الفقهاء فيها على قولين هما:

القول الأول: جواز أخذ زيادة في الربح عن قدر المال لأحد الشركاء في مقابل وجود خبرة منه أو زيادة عمل:

وهو مذهب الحنفية[1]، والحنابلة[2].

أدلتهم:

الأول:

ما روي عن عمرو بن عوف المزني[3] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((**الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً**))[4].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٦٢)، البحر الرائق (٥/ ١٨٨).

(٢) ينظر: الشرح الكبير (٥/ ١١٤)، كشاف القناع (٣/ ٤٩٨).

(٣) هو عمرو بن عوف بن زيد المزني، أبو عبد الله، صحب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وكان قديم الإسلام، أول مشاهده الخندق، وكان أحد البكاءين، سكن المدينة ومات بها في آخر خلافة معاوية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. ينظر: أسد الغابة (٣/ ٧٥٦) الاستيعاب في معرفة الأصحاب (٣/ ١١٩٦).

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه، باب ما ذكر عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الصلح بين الناس، برقم (١٣٥٢)، (٣/ ٦٢٦)، وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، =

وجه الدلالة: أن اشتراط زيادة الربح لأحد الشركاء ليس فيه محذور شرعي فيكون صحيحاً لأن المسلمون على شروطهم.

الثاني:

أن الأصل في الشروط الجواز والصحة، والعقود مبناها على الرضى؛ فعلى أي نسبة اتفق الشركاء عمل بها[1].

القول الثاني: أن الربح يكون على قدر رأس المال ولا يجوز أخذ زيادة في الربح عن قدر المال لأحد الشركاء ولو كان ذلك في مقابل خبرة منه أو زيادة عمل:

وهو مذهب المالكية[2]، والشافعية[3].

دليلهم:

= وابن ماجة في سننه، باب الصلح، برقم (٢٣٥٣)، (٢/ ٧٨٨) وأخرجه الحاكم في مستدركه، برقم (٧٠٥٩)، (٤/ ١١٣)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، باب الشروط في النكاح، برقم (١٤٤٣٣)، (٧/ ٤٠٦). وأخرجه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، برقم (٢٨٩٢)، (٣/ ٤٢٦)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٥/ ١٤٢).

(١) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف، د. يوسف الشبيلي، (٢/ ١٢١).

(٢) ينظر: التاج والإكليل (٧/ ٨٢)، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي (٣/ ٣٥٤).

(٣) ينظر: المهذب للشيرازي (٢/ ١٥٨) مغني المحتاج (٣/ ٢٢٨).

أن الربح هو ثمرة المالين، فيجب أن يكون على قدرهما، فإذا لم يكن هناك زيادة في رأس المال فلا يجوز أن يكون هناك زيادة في الربح[1].

ويجاب عنه: بأن هذه الزيادة في مقابل وجود مزية عمل أو حذق أو خبرة يستحقون بها هذه الزيادة[2].

الراجح:

لعل الراجح -والله أعلم- ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني فليس هناك ما يمنع من ذلك شريطة أن تكون الزيادة في مقابل خبرة، أو حذق أو مزية عمل.

ولكن بالنظر إلى مسألتنا فيتضح أن إصدار هذا النوع من الأسهم الممتازة غير جائز على كلا القولين، لأن من أجاز ذلك إنما أجازه بشرط وجود ميزة عمل أو خبرة، وهذا لا يوجد عند حملة الأسهم الممتازة، وبناءً على ذلك فلا يصح إصدار هذا النوع من الأسهم الممتازة، لكن ذكر بعض العلماء بأن مراد الفقهاء بعدم صحة الشركة هنا أن عقد الشركة لا يلزم لا أن ذلك غير جائز، وبالتالي يصح الأخذ لوجود عموم الإذن من الشريك الآخر[3]، وبناءً على هذا فإن إصدار هذا النوع من الأسهم يصح من غير جهة عقد الشركة، والله أعلم.

---

(١) ينظر: مغني المحتاج (٣/ ٢٢٩).

(٢) ينظر: الفروق الفقهية في معايير هيئة المحاسبة والمراجعة، نورة القاسم، ص١٢.

(٣) ينظر: المختارات الجلية، لابن سعدي، ص٨٨، كشاف القناع (٣/ ٤٩٧) حاشية الروض المربع، لابن قاسم (٥/ ٢٤٤)، وبهذا صدر قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (١٩).

المطلب الثالث: حكم إعطاء حملة الأسهم الممتازة أكثر من صوت في اجتماع الشركة:

اختلف المعاصرون في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: عدم جواز إصدار أسهم ممتازة تخول أصحابها حق الحصول على أكثر من صوت في الجمعية العمومية:

وهو رأي بعض الباحثين المعاصرين[1].

واستدلوا بما يلي:

الأول: أن في منح بعض الأسهم أكثر من صوت في الجمعية العمومية منافاة للعدل، وظلمًا للمساهمين الآخرين، وذلك لأن الأصل هو تساوي الشركاء في الحقوق، ومن هذه الحقوق التساوي في الأصوات بحسب عدد الأسهم[2].

ويجاب عنه بما يلي[3]:

(١) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف، د. يوسف الشبيلي، (٢/ ١٢٢)، الأسهم والسندات، د. أحمد الخليل، ص١٨١، أحكام السوق المالية، د. محمد الشريف، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة.

(٢) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف، د. يوسف الشبيلي، (٢/ ١٢٢)، الأسهم والسندات، د. أحمد الخليل، ص١٨١.

(٣) ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، د. مبارك آل سليمان، ص١٥٤.

١. عدم التسليم بأن التصويت من الحقوق التي يجب التسوية فيها، بل هو في الأصل من الأمور الإجرائية التي تتعلق بكيفية إدارة الشركة، والترجيح بين الآراء المختلفة.

٢. على فرض التسليم أن التصويت من الحقوق التي يجب التسوية فيها؛ فإن ذلك يقتضي وجوب المساواة في الأصوات بحسب الرؤوس لا بحسب عدد الأسهم، وهم لا يقولون به.

الثاني: وقوع الضرر على بقية المساهمين؛ لتحكم الأقلية -من يمنح أكثر من صوت- في قرارات الشركة[١].

ويجاب عنه: بعدم التسليم بأن الأقلية يتحكمون في قرارات الشركة؛ وعلى فرض التسليم به فإن هذا المعنى موجود فيمن يملك أسهماً كثيرة؛ فليُقَل أيضاً بعدم جواز إعطاء المساهم أصواتًا بعدد الأسهم التي يملكها، وإلا لزمهم التناقض[٢].

القول الثاني: جواز إصدار أسهم ممتازة تخول أصحابها حق الحصول على أكثر من صوت في الجمعية العمومية، بشرط أن يكون هذا الامتياز

(١) ينظر: الفروق الفقهية في معايير هيئة المحاسبة والمراجعة، نورة القاسم، ص١٥.
(٢) ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، د. مبارك آل سليمان، ص١٥٥.

لغرض صحيح وبعيد عن الاستغلال، وأن يكون منصوصاً عليه في نظام الشركة:

وهو رأي بعض الباحثين المعاصرين[١].

واستدلوا بما يلي:

الأول: أن منح بعض الأسهم أكثر من صوت ليس فيه أي مخالفة شرعية، ولا مخالفة لمقتضى الشركة فيكفي فيها الشرط أو الاتفاق، والأصل في الشروط الصحة[٢].

الثاني: أن منح بعض الأسهم أكثر من صوت متعلق بالأمور الإدارية والإجرائية التي يكفي فيها الشرط أو الاتفاق، وليس لها علاقة بالأمور المالية[٣].

الراجح:

الراجح -والله أعلم- هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني؛ لما ذكروه من أدلة، ولما ورد من اعتراض على أدلة القول الأول، ولعل هذا الأمر داخل في الأمور التي أجازها قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٦٣)(١/ ٧) بشأن: الأسواق المالية حيث ورد ما نصه: «ويجوز

(١) ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، د. مبارك آل سليمان، ص١٥٤.
(٢) ينظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٩/ ٣٤٦) أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، د. مبارك آل سليمان، ص١٥٢ الفروق الفقهية في معايير هيئة المحاسبة والمراجعة، نورة القاسم، ص١٥.
(٣) ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، د. مبارك آل سليمان، ص١٥٣.

إعطاء بعض الأسهم خصائص تتعلق بالأمور الإجرائية أو الإدارية».

والله أعلم.

المطلب الرابع: حكم إعطاء حملة الأسهم الممتازة الأولوية في الاكتتاب في أسهم زيادة رأس المال:

ذهب كثير من الباحثين المعاصرين إلى جواز منح أصحاب الأسهم القدامى امتيازاً يتمثل في أن لهم حق الأولوية في الاكتتاب قبل غيرهم إذا أرادت الشركة زيادة رأس مالها[1].

واستدلوا بما يلي:

الأول: الإجماع على إثبات حق الشفعة للشريك؛ فالمساهمون القدامى لهم الحق في عدم إدخال شركاء جدد[2].

الثاني: أن هذه الأولوية تتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية، فإن الأصل أن المساهمين الحاليين أولى بأسهم الشركاء من الطارئين عليها، وليس في ذلك محذور شرعي[3].

(١) ينظر: الخدمات الاستشارية في المصارف، د. يوسف الشبيلي، (٢/ ١٢٣)، الأسهم والسندات، د. أحمد الخليل، ص١٨١.

(٢) ينظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٣٥)، الخدمات الاستشارية في المصارف، د. يوسف الشبيلي، (٢/ ١٢٣)، الأسهم والسندات، د. أحمد الخليل، ص١٨١.

(٣) ينظر: الخدمات الاستشارية في المصارف، د. يوسف الشبيلي، (٢/ ١٢٣)، الأسهم والسندات، د. أحمد الخليل، ص١٨١.

المطلب الخامس: حكم إعطاء حملة الأسهم الممتازة اختصاصاً بأمور إدارية وإجرائية:

إذا أرادت شركة إعطاء بعض الأسهم خصائص متعلقة بالأمور الإجرائية والإدارية فإن هذا مما نص جملة من المجامع الفقهية والهيئات الشرعية المعاصرة على جوازه، وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي قرار رقم (٦٣)(١/ ٧) بشأن: الأسواق المالية، ونصه: «لا يجوز إصدار أسهم ممتازة، لها خصائص مالية تؤدي إلى ضمان رأس المال أو ضمان قدر من الربح أو تقديمها عند التصفية، أو عند توزيع الأرباح، ويجوز إعطاء بعض الأسهم خصائص تتعلق بالأمور الإجرائية أو الإدارية».

وهو ما أخذت به أيضاً هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية كذلك، فقد جاء في معيار الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ما نصه: «لا يجوز إصدار أسهم ممتازة لها خصائص مالية تؤدي إلى إعطائها الأولوية عند التصفية أو عند توزيع الأرباح، ويجوز إعطاء بعض الأسهم خصائص تتعلق بالأمور الإجرائية أو الإدارية».

وذلك لأنه ليس في إعطاء بعض الأسهم خصائص متعلقة بالأمور الإجرائية غير المالية أي مخالفة شرعية[1].

(١) ينظر: الفروق الفقهية في معايير هيئة المحاسبة والمراجعة، نورة القاسم، ص١٦.

المطلب السادس: بدائل شرعية مقترحة:

كان لقرارات المجامع والهيئات الشرعية التي قضت بمنع إصدار الأسهم الممتازة مما سبق ذكرها أثر في تحجيم وجود الأسهم الممتازة في الصناعة المالية الإسلامية، فهذا أمر مفرح من جهة كون المجامع والهيئات الشرعية لها تأثير في الصناعة المالية، لكن لو أمكن إجراء تعديل عليها لتصبح مقبولة من الناحية الشرعية فإنها حينئذٍ ستقدم منتجاً مهماً للسوق المالية الإسلامية؛ لأنها تغني حينئذ عن صيغ تمويلية أخرى قد يكون فيها شبهة من الناحية الشرعية، وتوسع دائرة المشاركات الشرعية قليلة المخاطر، وهذا مطلب ينادي به جميع المهتمين بالصناعة المالية الإسلامية، ولهذا فقد ذكر بعض الباحثين بعض الصيغ الشرعية المقترحة لتفادي بعض الإشكاليات الشرعية الواردة على الأسهم الممتازة والتي سبق ذكرها، ومن هذه البدائل والصيغ الشرعية المقترحة ما يلي:

الصيغة الأولى:

وهذه الصيغة بديل مقترح عن الأسهم الممتازة التي تخول أصحابها الأولوية في أخذ الأرباح، مما يؤدي في بعض الحالات إلى قطع المشاركة واستئثار حملة الأسهم الممتازة بالربح كاملاً دون حملة الأسهم العاديّة، وذلك فيما إذا لم تتجاوز الأرباح النسبة المحددة لحملة الأسهم الممتازة كما سبق بيانه.

وبيان هذه الصيغة كالتالي: أن لا يكون تحديد نسبة الأرباح لحملة الأسهم الممتازة من رأس المال (قيمة السهم الاسمية) وإنما تكون نسبة من أرباح الشركة، فمثلاً سهم قيمته الاسمية ١٠٠ ريال ففي الأسهم الممتازة التقليدية يجعل لحملة الأسهم الممتازة نسبة ربح محددة ١٠٪ من القيمة الاسمية والباقي لحملة الأسهم العاديّة، فلو فرض أن الشركة لم تربح إلا بمقدار ١٠٪ فأقل عن كل سهم فإنه لن يكون لحملة الأسهم العاديّة شيء، لكن لو قلنا بأن حملة الأسهم الممتازة لهم نسبة ٦٠٪ من أرباح الشركة والباقي يكون لحملة الأسهم العاديّة فإنه لا يمكن أن يستأثر حملة الأسهم الممتازة بكل الربح بكل الحالات، فلو ربحت الشركة ١٠٪ عن كل سهم فإن حملة الأسهم الممتازة سيأخذون ٦٠٪ من هذه النسبة فيكون لهم ٦٪ عن كل سهم و٤٪ لحملة الأسهم العاديّة، وبهذا انتفى إشكال قطع المشاركة في الربح[١]، ويمكن أن تقسم هذه النسبة إلى فئات فيقال لحملة الأسهم الممتازة ٦٠٪ من الأرباح حتى تصل الأرباح إلى معدل ١٠٪ على كل سهم ثم ارتفعت الأرباح عن ١٠٪ فتكون نسبتهم ٤٠٪ والباقي لحملة الأسهم العاديّة[٢].

(١) ينظر: صيغة شرعية للأسهم التفضيلية، د. محمد الزرقا ود. محمد السحيباني، ص١٦، حكم الأسهم الممتازة، وفا محمد وعزنان حسن، ص١٦٥.

(٢) ينظر: وهو ما أجازته هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية في المعيار رقم (١٢) في الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة فقرة (٣/ ١/ ٥/ ٥).

الصيغة الثانية:

وهذه الصيغة بديل مقترح عن الأسهم الممتازة التي تخول أصحابها الأولوية في استرداد رأس المال عند التصفية، مما يفضي بهذا العقد إلى أن يكون قرضاً بفائدة كما سبق بيانه.

وخلاصة هذه الصيغة: أن يكون العقد بين حملة الأسهم الممتازة وبين الشركة المصدرة قائماً على المضاربة، فيكون حملة الأسهم الممتازة بمثابة رب المال، والشركة المصدرة بما فيها من حملة الأسهم العاديّة بمثابة المضارب، وبالتالي وبناءً على ذلك يُقدم حملة الأسهم الممتازة عند تصفية الشركة في استرداد رأس مالهم باعتبارهم يمثلون رب المال في عقد المضاربة، ثم إن بقي شيء فيكون لحملة الأسهم العاديّة لكونهم يمثلون المضارب في عقد المضاربة[1]، وكما هو معلوم في عقد المضاربة أن المضارب لا يستحق شيئاً إلا بعد سلامة رأس المال فالربح وقاية لرأس المال[2].

(١) ينظر: صيغة شرعية للأسهم التفضيلية، د. محمد الزرقا ود. محمد السحيباني، ص١٨، حكم الأسهم الممتازة، وفا محمد وعزنان حسن، ص١٦٧.
(٢) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٨/ ٧٣).

خاتمة

وفي ختام هذا البحث، فإن أهم النتائج التي توصلت إليها هي ما يلي:

١. حرمة إصدار أسهم ممتازة تعطي وتخول أصحابها أولوية في أخذ الأرباح أو أولوية في أخذ رأس المال تصفية الشركة.

٢. أن إصدار أسهم ممتازة تعطي وتخول أصحابها زيادة في الربح مبنية على خلاف الفقهاء في حكم زيادة الربح لأحد الشركاء، وهي غير جائزة على كلا القولين، لأن من أجاز ذلك إنما أجازه بشرط وجود ميزة عمل أو خبرة، وهذا لا يوجد عند حملة الأسهم الممتازة، وبناءً على ذلك فلا يصح إصدار هذا النوع من الأسهم الممتازة، لكن ذكر بعض العلماء بأن مراد الفقهاء بعدم صحة الشركة هنا أن عقد الشركة لا يلزم، لا أن ذلك غير جائز، وبالتالي يصح الأخذ لوجود عموم الإذن من الشريك الآخر، وبناءً على هذا فإن إصدار هذا النوع من الأسهم يصح من غير جهة عقد الشركة، والله أعلم.

٣. جواز إصدار أسهم ممتازة تعطي وتخول أصحابها أكثر من صوت في اجتماع الجمعية العمومية للشركة المصدرة.

٤. جواز منح أصحاب الأسهم القدامى امتيازاً يتمثل في أن لهم حق الأولوية في الاكتتاب قبل غيرهم إذا أرادت الشركة زيادة رأس مالها.

٥. إذا أرادت شركة إعطاء بعض الأسهم خصائص متعلقة بالأمور الإجرائية والإدارية فإن هذا مما اتفق العلماء المعاصرون على جوازه.

٦. من البدائل الشرعية المقترحة للأسهم الممتازة التي تعطي أولوية في أخذ الأرباح، أن لا يكون تحديد نسبة الأرباح لحملة الأسهم الممتازة من رأس المال (قيمة السهم الاسمية)، وإنما تكون نسبة من أرباح الشركة، وبالتالي فلا يمكن أن يكون هناك قطع للمشاركة واستئثار أحد أطراف الشركة بكامل الأرباح.

٧. من البدائل الشرعية المقترحة للأسهم الممتازة التي تُعطي أولوية عند التصفية، أن يكون العقد بين حملة الأسهم الممتازة وبين الشركة المصدرة قائمًا على المضاربة، فيكون حملة الأسهم الممتازة بمثابة رب المال، والشركة المصدرة بما فيها من حملة الأسهم العاديّة بمثابة المضارب، وبالتالي وبناءً على ذلك يُقدم حملة الأسهم الممتازة عند تصفية الشركة في استرداد رأس مالهم باعتبارهم يمثلون رب المال في عقد المضاربة، ثم إن بقي شيء فيكون لحملة الأسهم العاديّة لكونهم يمثلون المضارب.

قائمة المصادر المراجع

١. **أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة**، د. مبارك بن سليمان آل سليمان، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ.

٢. **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، لمحمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

٣. **الاستيعاب في معرفة الأصحاب**، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

٤. **أسد الغابة**، لأبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير (المتوفى: ٦٣٠هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.

٥. **الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي**، للدكتور أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، الطبعة الثانية، ١٤٢٦هـ.

٦. **الأسواق المالية**، د. محمد القري، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عام ١٤١١هـ.

٧. **الأدوات المالية التقليدية**، د. محمد جراية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عام ١٤١١هـ.

٨. **أنواع الأسهم وأحكام التعامل بها**، د. نادية أبو العزم، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد٢ العدد٥١، ٢٠١٢م.

٩. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ) وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد

١١٣٨هـ) وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.

١٠. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

١١. **التاج والإكليل لمختصر خليل**، لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.

١٢. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، دار الفكر.

١٣. **حكم الأسهم الممتازة بين مطلق التحريم ومشروط الإجازة**، للباحثين/ عزنان حسن ووفا محمد، وهو بحث منشور في المجلة العالمية للتراث في الإسلام، المجلد الثاني العدد الأول (٢٠٢١م).

١٤. **الخدمات الاستشارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي**، للدكتور يوسف بن عبد الله الشبيلي، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

١٥. **سنن ابن ماجه**، لابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: ٢٧٣هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.

١٦. **سنن الترمذي**، لمحمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.

١٧. **سنن الدارقطني**، لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدار قطني (المتوفى: ٣٨٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.

١٨. **السنن الكبرى**، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: ٣٠٣هـ)، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.

١٩. **الشرح الكبير على متن المقنع**، لعبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: ٦٨٢هـ)، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا (صاحب المنار).

٢٠. **صيغة شرعية للأسهم التفضيلية**، المبررات الاقتصادية والأسس الفقهية، للدكتور/ محمد أنس الزرقا والدكتور/ محمد السحيباني، وهو بحث منشور في مجلة إسرا الدولية للمالية الإسلامية، المجلد الثالث، العدد الثاني، ديسمبر ٢٠١٢م.

٢١. **عمليات الأسواق المالية: الواقع والإشكالات**، للدكتور/ سعيد بوهراوة، ورقة مقدمة للمؤتمر الدولي الرابع للمالية والمصرفية الإسلامية، يومي ١٦ و١٧ أغسطس ٢٠١٧م.

٢٢. **فتح القدير**، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ)، دار الفكر.

٢٣. **الفرق بين الأسهم الممتازة والعاديّة**، د. فواز العيسى، مقال منشور في موقع يقين على الإنترنت.

٢٤. **الفروق الفقهية في معايير هيئة المحاسبة والمراجعة-الأسهم الممتازة أنموذجاً-**، للباحثة/ نورة القاسم، وهو بحث منشور في مجلة الدراسات العربية-كلية دار العلوم جامعة المنيا.

٢٥. **قرار الهيئة الشرعية ببنك البلاد رقم (١٥)**، بشأن ضوابط التعامل بالأسهم.

٢٦. **قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي- جُدَّة - المملكة العربية السعودية**، القرارات ١-١٨٥، للدورات ١-١٩، للسنوات ١٤٠٥هـ-١٤٣٠هـ.

٢٧. **كشاف القناع عن متن الإقناع**، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، دار الكتب العلمية.

٢٨. **مجموع الفتاوى**، لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ)، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.

٢٩. **محاضرات في الأسواق المالية**، للدكتور/ بسبع عبد القادر، بحث منشور على شبكة الإنترنت.

٣٠. **المختارات الجلية من المسائل الفقهية**، للعلامة/ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، دار الآثار، الطبعة الأولى.

٣١. **المستدرك على الصحيحين**، لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩٠م.

٣٢. **المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية- البحرين-١٤٣١هـ.**

٣٣. **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

٣٤. **المغني لابن قدامة**، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، طبعة ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م.

٣٥. **الموسوعة الفقهية الكويتية**، صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت الطبعة: (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧هـ).

الضمانات التعاقدية لالتزام الممول العقاري بعدالة التعاملات

في عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة

د. نايف بن إبراهيم المزيد

الأستاذ المساعد في قسم الأنظمة

كلية الشريعة، جامعة القصيم

nmzied@qu. edu. sa

المقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد:

المدخل:

يُعدُّ تحقيق عدالة التعاملات المالية أمراً مهماً لضمان استقرار الأنظمة الاقتصادية والتجارية، وتعزيز الثقة بين الأفراد والمؤسسات والدول. والتزامات الممول العقاري تتعلق بمجموعة من المسؤوليات والالتزامات التي يجب على الممول العقاري التقيد بها؛ لضمان عدالة التعاملات مع المستفيدين في صفقات القروض العقارية. وتهدف هذه الالتزامات التعاقدية أساساً إلى حماية حقوق المستفيدين وضمان معاملات عادلة وشفافة في القطاع المالي.

ومن أبرز ما يجلي ويبرز مفهوم عدالة التعاملات ضمان الوضوح والدقة والشمول لكافة الأحكام التفصيلية بلغة مبسطة ومفهومة للمستفيد في عقود التمويل العقاري.

إن الامتثال لتلك الالتزامات التعاقدية يسهم في تحقيق مبدأ عدالة التعاملات ويعزز الثقة بين العملاء والممولين العقاريين، ويضمن استقرار الأنظمة والسياسات المالية والنقدية، ويعزز فاعلية الأنظمة الاقتصادية والتجارية، مما يدعم حماية حقوق الأطراف المتعاملة مع منظومة تشريعات وعقود التمويل العقاري، ويؤدي إلى تحفيز الابتكار

والمنافسة المشروعة والعادلة في مجال نشاط التمويل العقاري، وتقديم الخدمات المالية في المملكة.

أهمية البحث:

يُعدُّ مبدأ عدالة التعاملات من المبادئ الأساسية في العقود، سيما في عقود التعاملات المالية التي تتفاوت فيها المراكز القانونية للطرفين.

وحيث إن عقود التمويل العقاري تبرم بين البنوك وشركات التمويل التي تتمتع بسلطة وصلاحية وملاءة مالية أعلى من المستفيدين الذين هم في الغالب أشخاص طبيعيون يهدفون لتملك مساكن، فقد سعت أنظمة التمويل العقاري لحماية المستفيد من الممارسات التعسفية أو الاستغلالية التي قد يلجأ إليها الممول للتأكيد على وجوب امتثال الممول العقاري لمبدأ عدالة التعاملات.

وهذا المبدأ يتضمن قدراً من الإجمال والعمومية، وقد احتوى عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة على العديد من الأحكام والقواعد القانونية التفصيلية التي توضح وتبين الالتزامات والمسؤوليات التفصيلية التي يجب على الممول العقاري الخضوع والتقيد بها؛ لتحقيق هذا المبدأ الأساسي. وهذا البحث مكرس لبيان المقصود بهذا المبدأ وتأصيله شرعياً -بشكل عام-، ونظامياً -بشكل مفصل-، وجمع كافة الأحكام والقواعد التفصيلية التعاقدية المتعلقة بالتزام الممول العقاري به، وإبرازها وتجليتها، وبيان أوجه العناية بهذا المبدأ قضائياً.

مشكلة البحث:

يعد تحقيق التوازن التعاقدي وعدالة التعاملات بين الأطراف أمراً جوهرياً حرصت عليه الشرائع السماوية، وأكدت عليه النصوص الشرعية، ودعمته النصوص النظامية. وحيث إن عقود التمويل العقاري تبرم بين طرفين أحدهما أقوى من الآخر، فإن تحقيق هذا المبدأ يتطلب قدراً من تدخل السلطة التنظيمية لوضع قواعد وأحكام تفصيلية، من خلال إلزام الممولين العقاريين بالخضوع لصيغ عقود نموذجية، تراعي امتثال الممول العقاري لتحقيق هذا المبدأ، والحد من تعسف الممول العقاري في استخدام سلطته وقوته لإخضاع المستفيد لشروطه وأحكامه، التي قد تتضمن إخلالاً بتحقيق هذا المبدأ.

وحيث إن بعض الممولين والمستفيدين ربما تخفى عليه كثير من الأحكام والقواعد التفصيلية المتعلقة بهذا المبدأ، فإن هذا البحث يجلي ويوضح أهم الالتزامات التفصيلية التي تقع على عاتق الممول العقاري، والتي يجب عليه أن يضمنها في عقود التمويل العقاري مع المستفيدين لتحقيق غاية ومقصد مبدأ عدالة التعاملات.

أهداف البحث:

الغاية الأساسية لهذا البحث هي بيان مفهوم مبدأ عدالة التعاملات وتأصيله شرعياً ونظامياً، ومحاولة جمع وحصر معظم الضمانات والركائز القانونية التعاقدية لالتزام الممول العقاري بمبدأ عدالة

التعاملات، وفقاً للأحكام والقواعد المنصوص عليها في عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة الصادر من البنك المركزي السعودي.

ويتفرع هذا الهدف الرئيسي إلى الأهداف الفرعية التالية:

(١) توضيح وبيان مبدأ عدالة التعاملات.

(٢) تأصيل مبدأ عدالة التعاملات شرعياً.

(٣) التأصيل النظامي لمبدأ عدالة التعاملات في عقود التمويل العقاري.

(٤) معرفة وتجلية الضمانات القانونية التعاقدية التفصيلية لالتزام الممول العقاري بمبدأ عدالة التعاملات في المملكة العربية السعودية في عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة.

(٥) إبراز أوجه العناية بمبدأ عدالة التعاملات في عقود التمويل العقاري قضائياً.

ويجيب البحث على السؤال الرئيسي التالي:

ما هي الضمانات القانونية التعاقدية التفصيلية التي تضمنها العقد النموذجي للتمويل العقاري بصيغة المرابحة لالتزام الممول العقاري بمبدأ عدالة التعاملات؟

منهجية البحث:

هذه الدراسة اتبعت المنهج الاستقرائي الوصفي أصالةً، وذلك من خلال تتبع كافة الجزئيات والقواعد التفصيلية التعاقدية لتأكيد التزام

الممول العقاري بتحقيق هذا المبدأ الرئيسي في عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، بالإضافة إلى ما صدر عن البنك المركزي من أدوات تنظيمية أخرى تسهم بتعزيز التزام الممول بهذا المبدأ بطريق مباشر أو غير مباشر. وكذلك استخدمت الدراسة المنهج التأصيلي تبعاً في بيان مفهوم هذا المبدأ وتأصيله شرعياً ونظامياً.

حدود البحث:

تقتصر الحدود الموضوعية لنطاق هذا البحث تحديداً على الأنظمة ولوائحها في المملكة العربية السعودية، وما صدر عن البنك المركزي من أدوات تنظيمية حول هذا الموضوع.

الدراسات السابقة:

بعد البحث في فهارس المكتبات في المملكة العربية السعودية ومحركات البحث الأكاديمية ومصادرها لم أجد من تناول هذا الموضوع تحديداً. وتجدر الإشارة، إلى أنه يوجد العديد من الأبحاث والمؤلفات في التمويل أو التمويل العقاري أو الضمانات وأقربها من حيث عناوينها مع بعدها من حيث مضمونها: ما يلي:

- **ضمانات الممول في اتفاق التمويل العقاري - دراسة مقارنة -**، للدكتور: على إبراهيم أبو العنين شلبي. وهذا البحث تناول النظام المصري، وهذا البحث في النظام السعودي. أيضاً اختلاف طبيعة الموضوعين، فبحث الدكتور شلبي في الضمانات لاستيفاء الممول لدينه

من المستفيد كالرهن والامتياز وغيرها. وهذا البحث في الالتزامات التعاقدية على الممول لضمان عدالة التعاملات مع المستفيد. وأيضاً هذا البحث خاص بالضمانات المنصوص عليها في عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، أما بحث الدكتور شلبي فهو في المنصوص عليه في النظام.

- **المسؤولية العقدية للممول العقاري - دراسة مقارنة -**، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، للطالب: عبد الله بن منصور الطيار. ومجال هذا البحث في المسؤولية العقدية للخطأ الناتج عن تصرفات وأفعال الممول والتي نتج عنها تكبد المستفيد لضرر وآثارها في الفقه والنظام السعودي. وهذا البحث مكرس لجمع كافة الأحكام التعاقدية التفصيلية، التي تبين وتوضح امتثال الممول العقاري لمبدأ عدالة التعاملات في العقد النموذجي للتمويل العقاري بصيغة المرابحة، ولا يتطرق لموضوع المسؤولية وما يترتب عليها من آثار.

- **ضمانات التمويل العقاري**، للدكتورة: دينا محمد السعيد رشدي. وهذا البحث يتناول الضمانات العينية، وحق الامتياز، والضمانات الشخصية، والضمانات المستحدثة كالتوريق والاقتطاع من الأجر والتنفيذ وتنازل المستثمر عن التخصيص كضمان للممول. وهذا البحث قريب من بحث الدكتور شلبي -السابق ذكره-، فهو لا يتناول التزام الممول بالامتثال لمبدأ عدالة التعاملات مع المستفيد.

خطة البحث:

قسَّمتُ البحث إلى المقدمة، وأربعة مباحث، ثم الخاتمة:

المقدمة:

وتتضمن: المدخل، مشكلة البحث، أهداف البحث، أهمية البحث، منهجية البحث، حدود البحث، الدراسات السابقة، خطة البحث.

المبحث الأول: تعريف ضمان عدالة التعاملات وتأصيله شرعياً:

ويشمل ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الضمان.

المطلب الثاني: تعريف العدل.

المطلب الثالث: تأصيل ضمان عدالة التعاملات في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: الضمانات النظامية لعدالة التعاملات في عقود التمويل العقاري:

ويشمل مطلبين:

المطلب الأول: تأصيل ضمان عدالة التعاملات في النصوص النظامية.

المطلب الثاني: أحكام نظامية لضمان عدالة التعاملات.

المبحث الثالث: ضمانات عدالة التعاملات في العقد النموذجي للتمويل العقاري بصيغة المرابحة:

ويشمل ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الضمانات التعاقدية لعدالة التعاملات في الأحكام والشروط الخاصة.

المطلب الثاني: الضمانات التعاقدية لعدالة التعاملات في الأحكام والشروط العامة.

المطلب الثالث: الضمانات التعاقدية لعدالة التعاملات في ملاحق العقد.

المبحث الرابع: ضمانات عدالة التعاملات في الأحكام القضائية:

ويشمل ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: محكمة مختصة لضمان عدالة التعاملات.

المطلب الثاني: ركائز قضائية لضمان عدالة التعاملات.

المطلب الثالث: مبادئ قضائية لضمان عدالة التعاملات.

الخاتمة:

وتشمل: النتائج، والتوصيات.

قائمة المصادر والمراجع:

وتشمل المراجع الشرعية واللغوية، والمراجع النظامية والقانونية، كالعقود، والأنظمة، والأدوات التنظيمية الصادرة عن البنك المركزي، والكتب والأبحاث القانونية.

المبحث الأول
تعريف ضمان عدالة المعاملات وتأصيله شرعياً

المطلب الأول: تعريف الضمان:

يطلق الضمان في اللغة على معان عدة، منها: الكفالة، والالتزام وهو الثبوت والدوام[1].

والمراد بمصطلح الضمانات في هذا البحث: الأحكام والقواعد التعاقدية التفصيلية التي تؤدي إلى معرفة وفهم تعهدات والتزامات

(١) انظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد المقرئ الفيومي (ت٧٧٠هـ)، دار المعارف، الطبعة الثانية، ص٣٦٤، والقاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (ت٨١٧هـ)، دار الرسالة، الطبعة الثامنة، ٢٠٠٥م، مادة (ضمن)، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد مكي الحموي الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٤/ ٦. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي الشوكاني (ت١٢٥٠هـ)، ٥/ ٢٩٩، دار الحديث، مصر. حاشيتا قليوبي وعميرة، حاشية القليوبي على شرح المحلي على المنهاج، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، ٢/ ٤٠٣. مجلة الأحكام العدلية، المادة (٤١٦)، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، الناشر: نور محمد، كراتشي. جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل، صالح عبد السميع الآبي الأزهري، المكتبة الثقافية بيروت، ٢/ ١٠٩. وللاستزادة من المقصود بالضمان فقهياً ينظر: القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، د. حمد بن محمد الجابر الهاجري، رسالة دكتوراة - بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م، ص ٥٤-٦٢.

الممول العقاري، والتي تكفل حماية حقوق ومصالح المستفيد. وهذه الضمانات تتضمن الالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وجميع أنواع الالتزامات، الحالية والمستقبلية، بما في ذلك الثابتة أو المعلقة على شرط. وهذه الضمانات التعاقدية وضعت لحفظ الحقوق، ورعاية العهود، وحداً للاعتداء، وزجراً عن الإخلال، وجبراً عن الأضرار.

المطلب الثاني: تعريف العدل:

العدل أصلٌ يدل على استواء وخلافه الجور، وهو الأمر المتوسط بين طرفي الإفراط والتفريط[1]. وضده الظلم وهو الجور ومجاوزة الحد، والتعدي عن الحق إلى الباطل.

(١) المصباح المنير، مرجع سابق، ص ٣٩٦. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن محمد، الخطيب الشربيني (ت ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ٦/ ٣٤٤- ٣٤٦. كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت١٠٥١هـ)، مكتبة النصر الحديثة بالرياض، بدون تاريخ طبع، ٦/ ٤١٨. القوانين الفقهية، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (ت ٧٤١هـ)، بدون ناشر ولا تاريخ طبعة، منشور على المكتبة الشاملة، ص٢٠٢. مجلة الأحكام العدلية، مادة (١٧٠٥)، مرجع سابق. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (ت ٨٤٤هـ)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص٨٢-٨٣.

وقيل هو: «استِعمالُ الأُمورِ في مَواضِعِها وأوقاتِها، ووُجوهِها ومَقاديرِها، مِن غَيرِ سَرَفٍ ولا تَقصيرٍ، ولا تَقديمٍ ولا تَأخيرٍ»(١). وأصل ذلك قول الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾(٢)، ﴿وَأَقۡسِطُوٓاْۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ ٩﴾(٣).

والعدل من أسماء الله الحسنى، وبه قامت السماوات والأرض، وبه انتظم أمر الخليقة(٤).

والاعتدال: الاستقامة، والتعادل التساوي(٥).

وأما الجور فهو: «الخروج عن الاعتدال في جميع الأمور، والسرف والتقصير، وأخذ الأموال من غير وجهها، والمطالبة بما لا يجب من الحقوق الواجبة، وفعل الأشياء في غير مواضعها ولا أوقاتها، ولا على القدر الذي يجب، ولا على الوجه الذي يُحَب»(٦).

والمراد بالعدل هنا إعطاء كل طرف من طرفي عقد التمويل ما له من حقوق، وقيامه بما عليه من التزامات، وغايته الإنصاف بين الطرفين ما أمكن.

---

(١) تهذيب الأخلاق، أبو عثمان عمرو بن بحر الجاحظ (ت٢٥٥هـ)، دار الصحابة للتراث، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ، ص: ٢٨.
(٢) سورة النحل، (٩٠).
(٣) سورة الحجرات، (٩).
(٤) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ٣٠/ ٥-٦.
(٥) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ٢٩/ ٢٩٨.
(٦) تهذيب الأخلاق، مرجع سابق،، ص: ٣٤.

وقال المُناويُّ: «الإنصافُ في المُعامَلةِ: العَدلُ بأن لا يأخُذَ مِن صاحِبِه مِنَ المَنافِعِ إلَّا مِثلَ ما يُعطيه، ولا يُنيلَه مِنَ المَضارِّ إلَّا كما يُنيلُه، وقيل: هو استيفاءُ الحُقوقِ لأربابِها، واستِخراجُها بالأيدي العادِلةِ والسِّياساتِ الفاضِلةِ. وهو والعدل توءمان نتيجتهما علو الهمة وبراءة الذمة باكتساب الفضائل واجتناب الرذائل»[1].

المطلب الثالث: تأصيل ضمان عدالة التعاملات في الشريعة الإسلامية:

أوجب الله العدل وجوباً مطلقاً، وأمر بتحقيقه في الأقوال والأفعال والتصرفات والحكم والتقييم والشهادة والعلاقات، وتكررت كلمة العدل ومشتقاته ثمان وعشرين مرة في القرآن الكريم.

فتارة يذكر الله العدل الذي جاءت به الرسالات السماوية، كما قال تعالى في سورة الحديد: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾[2]، وتارة يذكر العدل في المعاملات بين الناس كما قال تعالى على لسان رسوله محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ﴿وَأُمِرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمُ﴾[3]، وأحياناً يذكر العدل في الأحكام، كما قال تعالى في: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ

(١) التوقيف على مهمات التعاريف، محمد عبد الرؤف بن المناوي (ت١٠٣١هـ)، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ، ص: ٦٥.
(٢) سورة الحديد، (٢٥).
(٣) سورة الشورى، (١٥).

﴿ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾﴾[1]. وأكد الله عَزَّوَجَلَّ على أهمية العدل في التعاملات التجارية بقوله: ﴿وَأَوۡفُواْ ٱلۡكَيۡلَ وَٱلۡمِيزَانَ بِٱلۡقِسۡطِ﴾[2].

قال السَّعديُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «فالعَدلُ الذي أمَرَ اللهُ به يشمَلُ العَدلَ في حَقِّه، وفي حَقِّ عِبادِه؛ فالعَدلُ في ذلك أداءُ الحُقوقِ كامِلةً موفَّرةً؛ بأن يُؤَدِّيَ العَبدُ ما أوجَبَ اللهُ عليه مِنَ الحُقوقِ الماليَّةِ والبَدَنيَّةِ والمُرَكَّبةِ منهما في حَقِّه وحَقِّ عِبادِه، ويُعامِلَ الخَلقَ بالعَدلِ التَّامِّ، فيُؤَدِّيَ كُلَّ والٍ ما عليه تَحتَ وِلايتِه، سَواءٌ في ذلك وِلايةُ الإمامةِ الكُبرى، ووِلايةُ القَضاءِ، ونوَّابُ الخَليفةِ، ونوَّابُ القاضي. والعَدلُ هو ما فرَضَه اللهُ عليهم في كِتابِه، وعلى لسانِ رَسولِه، وأمرَهم بسُلوكِه، ومِنَ العَدلِ في المُعامَلاتِ أن تُعامِلَهم في عُقودِ البَيعِ والشِّراءِ وسائِرِ المُعاوَضاتِ، بإيفاءِ جَميعِ ما عليك، فلا تَبخَسَ لهم حَقًّا، ولا تَغُشَّهم ولا تَخدَعَهم وتَظلمَهم، فالعَدلُ واجِبٌ، والإحسانُ فضيلةٌ مُستَحَبٌّ»[3].

وعن أبي هرَيرةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: قال رَسولُ الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**سَبعةٌ يُظِلُّهمُ اللهُ في ظِلِّه يومَ لا ظِلَّ إلَّا ظِلُّه: الإمامُ العادِلُ**،...))[4].

(١) سورة النساء، (٥٨).
(٢) سورة الأنعام، (١٥٢).
(٣) تيسير الكريم المنان في تفسير القرآن، عبد الرحمن بن ناصر السعدي (ت١٣٧٣هـ)، دار السلام للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٢٢هـ، ص ٥١٩.
(٤) أخرجه الإمام البخاري (ت٢٥٦هـ) في صحيحه، الطبعة السلطانية، ١٣١١هـ، برقم (٦٦٠)، والإمام مسلم (ت٢٦١هـ) في صحيحه، مطبعة عيسى الحلبي وشركاه، ١٣٧٤هـ، برقم (١٠٣١).

قال ابنُ رَجَبٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وأوَّلُ هذه السَّبعةِ: الإمامُ العادِلُ: وهو أقرَبُ النَّاسِ مِنَ الله يومَ القيامةِ، وهو على مِنبَرٍ مِن نورٍ على يمينِ الرَّحمَنِ، وذلك جَزاءً لمُخالفتِه الهَوى، وصَبرِه عن تَنفيذِ ما تَدعوه إليه شَهَواتُه وطَمَعُه وغَضَبُه، مَعَ قُدرَتِه على بُلوغِ غَرَضِه مِن ذلك؛ فإنَّ الإمامَ العادِلَ دَعَتْه الدُّنيا كُلُّها إلى نَفسِها، فقال: إنِّي أخافُ اللهَ رَبَّ العالَمينَ، وهذا أنفَعُ الخَلقِ لعِبادِ الله؛ فإنَّه إذا صَلَحَ صَلَحَتِ الرَّعيَّةُ كُلُّها، وقد رُوِيَ أنَّه ظِلُّ الله في الأرضِ؛ لأنَّ الخَلقَ كُلَّهم يستَظِلُّونَ بظِلِّه، فإذا عَدَل فيهم أظَلَّه اللهُ في ظِلِّه»[1].

ومما يبين اهتمام ولاة الأمر في هذه البلاد -حرسها الله- بإقامة العدل بين الناس سن التشريعات التي تضمن تحقيق قواعد الإنصاف والمساواة بين المتعاملين، ووضع الأجهزة التنفيذية والرقابية لمتابعة وضبط تصرفات الممارسين للأنشطة المالية، وكذلك إيجاد الجهات القضائية لحسم النزاعات والمخالفات وتطبيق قواعد العدالة والإنصاف ونصرة المظلوم وزجر الظالم.

(١) فتح الباري شرح صحيح البخاري، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب (ت٧٩٥هـ)، مكتبة الغرباء الأثرية، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ، ٦/ ٤٦.

المبحث الثاني

الضمانات النظامية لعدالة التعاملات في عقود التمويل العقار

من الأهداف العامة للتشريعات القانونية إقامة التوازن العادل بين الأطراف في علاقاتهم المتبادلة فيما بينهم، أو فيما بينهم وبين سلطات الدولة وكياناتها المتنوعة، وهذه الغاية النبيلة تضمن الحفاظ على مصالح أفراد المجتمع المتضاربة وحسن سيرها وانتظامها.

وقد اعتنت النظم القانونية بوضع قواعد وأسس تنظم العلاقات التعاقدية قبل نشأتها وحتى انتهائها؛ لإرساء قواعد الاستقرار والثبات في المعاملات، والمحافظة على التوازن بين المتعاقدين، وضمان عدالة التعاملات بين الأطراف.

المطلب الأول: تأصيل ضمان عدالة التعاملات في النصوص النظامية:

ورد التأكيد المتكرر على ضرورة وأهمية التزام الممول العقاري بعدالة التعاملات في ديباجة الأمر الملكي وديباجة قرار مجلس الوزراء ونظام التمويل العقاري، كما نصت على ذلك المادة (الثالثة): «يزاول الممول العقاري أعمال التمويل العقاري بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية؛ بناء على ما تقرره اللجان الشرعية المشار إليها في المادة

(الثالثة) من نظام مراقبة شركات التمويل، وبما لا يخل بسلامة النظام المالي وعدالة التعاملات»[1].

وقد استحدثت حكومة المملكة العربية السعودية الكثير من الأنظمة واللوائح والتعليمات والقواعد والتعاميم، وعدلت الكثير من النصوص القانونية لتواكب المتطلبات المتسارعة والمتغيرة لنشاط التمويل عموماً ونشاط التمويل العقاري خصوصاً[2].

ويبرز من خلال مضامين تلك التشريعات الاعتناء الكبير والاهتمام الشديد بترسيخ مبدأ عدالة التعاملات بين أطراف عقد التمويل العقاري. وهذه الغاية الأساسية ينبغي أن تحقق معادلة حفظ حقوق المستثمر أو التاجر (الطرف الأقوى في هذه العلاقة)، وحماية المواطن أو الشخص المدني (الطرف الأضعف)؛ بما يشجع الأشخاص الممولين والعقاريين على الاستثمار في السوق العقارية، ويحقق احتياجات

(١) نظام التمويل العقاري، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٠) وتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ، وكذلك نظام مراقبة شركات التمويل الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥١) وتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ، المادة (الثالثة)، ونصها: «تزاول الشركات - المرخص لها بموجب هذا النظام - أعمال التمويل بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، بناءً على ما تقرره لجان شرعية تختار أعضاءها تلك الشركات، وبما لا يخل بسلامة النظام المالي وعدالة التعاملات».

(٢) يتجاوز عدد التشريعات -بمختلف درجاتها- المتعلقة بنشاط التمويل العقاري وما يرتبط به كلياً أو جزئياً (٦٥) مصدراً نظامياً. وهذه التشريعات تسعى وتؤكد على ضمان تحقيق الأهداف التالية: أولاً: سلامة النظام المالي، وثانياً: عدالة التعاملات، ثالثاً: تيسير تملك المواطنين للسكن.

ورغبات الأشخاص المدنيين في تملك المساكن، حيث تجاوزت مبالغ المحفظة التمويلية لنشاط العقار السكني لعام ٢٠٢٣م فقط ٢٣ مليار ريال سعودي، ويشكل تمويل الأفراد حوالي ٧٧٪[١]. وتجاوز إجمالي القروض العقارية حتى نهاية الربع الأول من عام ٢٠٢٤م ٨٠٠ مليار ريال سعودي، وهو ما يشكل ٣٠٪ من إجمالي الائتمان المصرفي[٢].

المطلب الثاني: أحكام نظامية لضمان عدالة التعاملات:

تحتوي منظومة تشريعات التمويل العقاري العديد من الأحكام التي تعزز وتدعم المعاملة المنصفة والعادلة بين الممول والمستفيد، وباعتبار أن مقتضيات العدالة وقواعد الإنصاف تطبق على جميع الأطراف، فإن منظومة أنظمة التمويل العقاري احتوت على عدد من قواعد العدالة والإنصاف التي تحمي إما حقوق المستفيد، أو حقوق الممول، أو قواعد مشتركة لكلا الطرفين.

(١) ينظر: الأداء السنوي لقطاع شركات التمويل وإعادة التمويل العقاري ٢٠٢٣م، الصادر عن البنك المركزي السعودي، ص ٦ و٩. يشار إلى أن هذه الأرقام لا تشمل التمويلات العقارية المقدمة من البنوك والمصارف.

(٢) ينظر تقرير: أبرز التطورات الاقتصادية للربع الأول من عام ٢٠٢٤م، الصادر عن البنك المركزي السعودي، ص١٥. وللمزيد عن أصل نشأة التمويل العقاري وأنظمته دولياً، ينظر: التنظيم القانوني لعقد التمويل العقاري، روزيلا منعم إبراهيم ميخائيل، بحث منشور في المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية)، ص١٤٤٣-١٤٤٧. البحث منشور على الشبكة العنكبوتية.

وباعتبار أن المستفيد هو الطرف الأضعف في هذه العلاقة التعاقدية، فقد وردت العديد من الأحكام والقواعد التي تحمي المستفيد من اضطهاد وتعسف الممول؛ نظرًا لأن دين التمويل العقاري غالبًا ما يكون أكبر دين مستحق على المدين في حياته. فمن تلك الأحكام وجوب التزام الممول بأحكام الشريعة الإسلامية، وألا يقوم بأعمال أو ممارسات تتعارض مع أحكامها[1].

وكذلك التزام الممول بوضع لجان شرعية تختص بالتأكد من سلامة المعاملات من التجاوزات والمخالفات الشرعية[2]. وأيضاً وجوب التبيين والإيضاح للعميل عن كافة البيانات والمعلومات التي يتطلبها عقد التمويل -وقد وصلت تلك البيانات إلى ٢٥ بياناً-[3].

(١) نظام التمويل العقاري المادة (٣)، وأيضاً نظام مراقبة شركات التمويل، المادة (الثالثة).

(٢) المادة (الثالثة)، نظام مراقبة شركات التمويل. ينظر: التمويل العقاري ومدى توافقه مع النماذج الإسلامية للتمويل: دراسة قانونية مقارنة بين النظامين المصري والسعودي، د. مصطفى أحمد إبراهيم نصر، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، المجلد (٢١)، العدد (١)، ٢٠١٥م، ص١٨٥-١٨٦.

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري، الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٢٢٩) وتاريخ ١٠/ ٤/ ١٤٣٤هـ، المادة (١٠). وأيضاً، اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل، الصادرة بقرار محافظ البنك المركزي السعودي رقم / ٢ م ش ت، وتاريخ ١٤/ ٤/ ١٤٣٤هـ، المادة (٧٨)، وقد تضمنت (٢٢) بياناً.

ومما يوضح هذا المبدأ إلزام شركات التمويل بالإفصاح عن معايير تكلفة التمويل وطريقة احتسابه؛ لتمكين المستهلكين من مقارنة الأسعار[١].

وكذلك تقرير مبدأ عدالة توزيع ربح التمويل على مدة الاستحقاق، ووضع معايير السداد المبكر بما يحقق العدالة والإنصاف لطرفي العقد[٢].

وبالمقابل فإن هذا المبدأ ينطبق على حقوق الممول العقاري، فقد مُنحت صلاحية التحقق من سلامة السجل الائتماني[٣] للعميل قبل إبرام العقد؛ للتأكد من جدارته الائتمانية -ويشترط هنا موافقة العميل-؛ مما يقلل من مخاطر تعثر المستفيد بالسداد[٤].

(١) نظام مراقبة شركات التمويل، المادة (٢٢)، تنظم اللائحة ما يأتي: «... ٥- مبادئ الإفصاح عن معايير تكلفة التمويل وطريقة احتسابه؛ لتمكين المستهلكين من مقارنة الأسعار».

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل، المادة (٢) الفقرة (٢) و(٤)، المادة (٢٩) الفقرة (٩)، المادة (٥٢) الفقرة (١)، المادة (٨١) الفقرات (١) و(٢) و(٣) و(٤) و(٥) و(٦)، المادة (٨٢)، المادة (٨٤) الفقرة (١) و(٢).

(٣) يقصد بالسجل الائتماني: تقرير تصدره الشركات يحتوي على المعلومات الائتمانية عن المستهلك. نظام المعلومات الائتمانية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٧) بتاريخ ٥/ ٧/ ١٤٢٩هـ، المادة (١). ومن التزامات الممول وشركات المعلومات الائتمانية المحافظة على سرية معلومات المستفيد، كما نصت على ذلك المادة السادسة: «يلتزم الأعضاء والشركات والعاملون لديهم بالمحافظة على سرية المعلومات الائتمانية للمستهلكين، ولا يجوز نشرها أو استخدامها لأي غرض آخر، باستثناء ما ورد في هذا النظام أو لائحته التنفيذية، أو بما يتوافق مع الأنظمة والتعليمات المنظمة لسرية المعلومات في المملكة».

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل، المادة (٥٢).

وكذلك الحصول على الضمان المقابل للتمويل، ووجوب قيد المستفيد بعد إبرام العقد لدى السجل الائتماني حتى انتهاء المديونية[1].

وأيضاً من الحقوق الممنوحة للممول حقه في التنازل عن الحقوق الناشئة عن عقد التمويل -بدون إذن المستفيد- من خلال شركات إعادة التمويل، أو من خلال إصدار أوراق مالية، حيث إن المستفيد لا يلحقه ضرر ولا تفوته منفعة عند استعمال الممول لهذا الحق[2].

(١) نظام مراقبة شركات التمويل العقاري، المادة (١٢): «يحظر على شركة التمويل ما يأتي: أ - أن تقدم أي تمويل دون ضمان، واستثناءً من ذلك تحدد اللائحة قواعد التمويل دون ضمان...». وكذلك المادة (١٨): «مع عدم الإخلال بما ورد في الفقرة (١/ أ) من المادة الثانية عشرة من هذا النظام؛ يتحمل أعضاء مجلس إدارة شركة التمويل - بالتضامن- مسؤولية ضمان حقوق الشركة ضد الخسائر الناتجة من تقديم تمويل دون ضمان». وأيضاً المادة (٢٢): «تنظم اللائحة ما يأتي: ... ٤- الحد الأدنى لنسب الضمان التي تجب مراعاتها في عقود معينة بين مبالغ التمويل والأصول المقدمة ضماناً لها». وينظر: نظام التمويل العقاري، المادة (٧)، واللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري المادة (١٤) الفقرة (٢). وينظر في هذا الصدد: نظام المعلومات الائتمانية، المادة (٩). وينظر أيضاً قواعد تطبيق أحكام نظام مراقبة البنوك، الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٢١٤٩/ ٣م) وتاريخ ١٤/ ١٠/ ١٤٠٦هـ، والتي نصت في الفقرة: أولاً على ما يلي: «... (٧) عدم مخالفة تعليمات الحد الأدنى لنسب الضمان بين مبلغ القرض والأصول المقدمة ضماناً له والتي يجب على البنوك مراعاتها في أنواع معينة من القروض وعلى النحو الذي تصدره مؤسسة النقد العربي السعودي وفقاً للنظام».

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري، المادة (١٦)، والمادة (٢١). وينظر: ضمانات التمويل العقاري، للدكتورة: دينا محمد السعيد رشدي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٩م، ص٢٦٥-٢٦٧. أيضاً ينظر: الضمانات العينية للممول في اتفاق التمويل العقاري، حنان موشارة، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة محمد خيضر- بسكرة، الجزائر، العدد (٧)، ٢٠١١م، ص٣٤٦-٣٤٧.

ومن حقوق الممول حقه في التأمين لدى شركات التأمين التعاوني لتغطية مخاطر القروض العقارية(١).

ومما يضمن حقوق الممول بطريق غير مباشر فرض غرامة مالية على المستفيد عند ثبوت مماطلته بتنفيذ التزاماته تدفع للجمعيات الأهلية وجمعيات النفع العام(٢).

ومن قواعد العدالة المشتركة بين الطرفين وجوب تحرير عقد كتابي أو إلكتروني بين الممول العقاري والمستفيد يتضمن كافة تفاصيل التمويل، حيث إن عقود التمويل العقاري تمتد لسنوات طويلة قد يترتب عليها نسيان لكثير من تفاصيل العقد(٣).

ونظراً للطبيعة الخاصة للقطاع المالي وأهمية سلامته واستقراره وضمان تطبيق عدالة التعاملات فإن البنك المركزي السعودي يقوم بالدور الأساسي فيما يتعلق بتنظيم نشاط قطاع التمويل العقاري(٤)، فللبنك أوسع الصلاحيات والسلطات النظامية في تأدية كافة الأدوار الإشرافية والرقابية على هذا القطاع الحيوي، من إصدار المعايير

(١) نظام التمويل العقاري، المادة (٦). ينظر: مخاطر الائتمان والتمويل العقاري، الصادر عن ملتقى البنوك العربية ودورها في التمويل العقاري، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، دمشق ٢٠١٠م، ص٢٢.

(٢) نظام مراقبة شركات التمويل، المادة (٣٥) الفقرة (١).

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري، المادة (١٠).

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري، المادة (٢) الفقرة (٢) اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على سلامة القطاع واستقراره وعدالة التعاملات فيه.

والإجراءات المتعلقة بالتمويل العقاري، ومراجعة عقود التمويل العقاري، والتأكد من مطابقتها للمعايير والإجراءات، وحماية حقوق المستفيد، وتحديد أسس ومعايير ومبادئ الإفصاح المتعلقة بتكلفة التمويل وطرق احتسابه، واشتراط الحصول على موافقة البنك المركزي أو عدم ممانعته قبل القيام بالعديد من التصرفات، وضبط المخالفات والتحقيق فيها، وإقامة الدعاوى وإيقاع العقوبات[1].

ولما تتسم به عقود التمويل العقاري من خصوصية، ولأهمية ثبات المبادئ والأحكام القضائية، فقد أُفردت جهة قضائية متخصصة للنظر في المنازعات الناشئة عن عقود التمويل العقاري، وهي لجان مكونة من درجتين: ابتدائية، واستئنافية؛ تسعى لكفالة الحقوق على أسس من العدل والنزاهة والحياد[2]. وهذه اللجان القضائية تتمتع بقدر من الاستقلالية عن السلطة التنفيذية والتشريعية المتمثلة في البنك المركزي.

(١) نظام التمويل العقاري، المادة (٢). ينظر: ضوابط التمويل العقاري في النظامين المصري والسعودي -دراسة قانونية مقارنة-، مصطفى أحمد إبراهيم نصر، مجلة جامعة جازان للعلوم الإنسانية، المجلد (٣) العدد (٢)، شوال ١٤٣٥هـ، يوليو ٢٠١٤م، ص٨٦-٨٨.

(٢) وجاء بيان وتحديد تلك المحكمة المختصة في البند الثالث الفقرة (١٠) من المرسوم الملكي رقم (م/ ٥١) وتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ، حيث نص على تشكيل لجنة باسم (لجنة الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية)، وبين المرسوم الملكي في عدد من فقرات البند الثالث أبرز وأهم الأحكام القانونية المتعلقة بهذه اللجنة. ونظراً للطبيعة الخاصة للتعاملات المالية المتعلقة بالائتمان وأهمية سلامتها واستقرارها؛ فإن المنظم اعتبر هذه اللجنة من اللجان المستثناة من تطبيق أحكام نظام القضاء، وآلية العمل التنفيذية لنظام القضاء ونظام ديوان المظالم لعام ١٤٢٨هـ.

ومن ضمانات العدالة ومعززاتها النظامية، وفي حال وجود نقص في الجانب التشريعي أو الإجرائي؛ فإن الواجب على المحاكم في العقود الملزمة بين الأطراف مراعاة مقتضيات العدالة، وفقاً لما نص عليه نظام المعاملات المدنية: «إذا تمَّ العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطاً تعسفيةً؛ فللمحكمة أن تعدلها أو تعفي الطرف المُذْعِن منها وفقاً لما تقتضيه العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»[1].

فيجب على اللجنة القضائية المخولة بنظر نزاعات التمويل مراعاة قواعد العدالة ومبادئ الإنصاف، وحماية المستفيد من ممارسات وتصرفات الممول التي قد تتضمن قدراً من التعسف أو التجاوز في عقود التمويل العقاري.

نخلُص مما سبق أن منظومة تشريعات التمويل العقاري تهدف إلى ما يلي:

- تعزيز سلامة وحماية النظام المالي في المملكة.
- تعزيز حماية حقوق الأطراف المتعاملة مع منظومة تشريعات التمويل العقاري.
- المحافظة على عدالة التعاملات بين الممول والمستفيد.

(١) نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩١) وتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٤٤٤هـ، المادة (٩٦). ولمزيد من التفصيل في صلاحية القضاء بإبطال الشروط التعسفية، ينظر: الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري، د. أيمن البقلي، بحث منشور في المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية)، ص٩٧-٩٩. ومنشور على الشبكة العنكبوتية.

- تحفيز الابتكار والمنافسة المشروعة والعادلة في مجال نشاط التمويل العقاري، وتقديم الخدمات في المملكة.
- تيسير تملك الأسرة لمسكن مناسب[1].

(١) ينظر في هذا الصدد: السياسات العامة للتمويل العقاري، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١) وتاريخ ٦/ ١/ ١٤٣٧هـ، ثانياً: الأهداف. وأيضاً: تنظيم الدعم السكني، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٨٢) وتاريخ ٥/ ٣/ ١٤٣٥هـ، المادة (٢). وكذلك، اللائحة التنفيذية لتنظيم الدعم السكني المعدلة، الصادرة بقرار وزير الشؤون البلدية والقروية والإسكان برقم (٤٧٣) وتاريخ ١٥/ ٨/ ١٤٤١هـ، حيث حددت الفئات ذات الأولوية بالحصول على الدعم في المواد (٢-١٠) و(٢٦-٣٣).

المبحث الثالث
ضمانات عدالة التعاملات في العقد النموذجي للتمويل العقاري بصيغة المرابحة[1]

يعد هذا العقد أحد صيغ عقود التمويل النموذجية الصادرة عن البنك المركزي السعودي، والتي يجب على الممول العقاري الالتزام بها والتقيد بأحكامها[2]. ويتضمن عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة (٣٥) مادة و(٣) ملاحق، وتتضمن تلك المواد العديد من البنود الفرعية التي تحتوي على الكثير من الأحكام التفصيلية والدقيقة، المتعلقة بحقوق والتزامات طرفي عقد التمويل العقاري، ومن أهم الأهداف الرئيسية لهذا العقد النموذجي حماية المستفيد من الشروط التعسفية التي قد يضعها الممول بحكم أنه الطرف الأقوى والأكثر تأثيراً بين المتعاقدين.

وهذا العقد ينقسم إجمالاً إلى:

١/ الأحكام والشروط الخاصة.

---

(١) يعتبر هذا المبحث هو صلب البحث وجوهره، وقد تمت الإطالة والإسهاب فيه قصداً؛ حيث إنه هو عنوان البحث الرئيسي. أما المباحث الثلاثة الأخرى فهي من أجل استكمال عناصر الموضوع الأساسية، وإعطاء لمحة موجزة عن أهم الضمانات الأخرى غير التعاقدية التي تحقق مبدأ عدالة التعاملات بين أطراف عقد التمويل العقاري.

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري، المادة (٩) الفقرة (٢).

٢/ الأحكام والشروط العامة.

٣/ الملاحق المرفقة.

٤/ وثائق الضمان.

واللاتي تشكل مجتمعة عقداً واحداً متكاملاً.

وبالإضافة لهذا العقد النموذجي أصدر البنك المركزي العديد من الأدوات التنظيمية، من خلال القواعد والتعليمات التي تنظم عمل ممارسي أنشطة التمويل، وتحمي حقوق المتعاملين؛ تحقيقاً لسلامة النظام المالي وعدالة التعاملات(١).

وقُسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، وفقاً للتقسيم الذي سار عليه العقد النموذجي.

المطلب الأول: الضمانات التعاقدية لعدالة التعاملات في الأحكام والشروط الخاصة:

يعد العقد المصدر الأول الذي يرجع إليه في تحديد الحقوق والالتزامات بين الأطراف المتعاقدة، وتفسر أحكام العقد بعضها بعضاً عند وجود النزاع، ولا يُلجأ إلى مصدر آخر من مصادر الالتزام لتوضيح الحقوق والالتزامات إلا عند وجود فراغ صريح في العقد.

(١) تبلغ تلك الأدوات التنظيمية (٤٤) أداة تقريباً، وسوف يشار إليها في حواشي هذا البحث عند مظان موضوعاتها.

وقد تضمن العقد النموذجي في القسم الأول الأحكام والشروط الخاصة من المادة (٢) إلى المادة (٨).

ومن أبرز الأحكام التفصيلية التي تضمن التزام الممول العقاري بمبدأ عدالة التعاملات التي نص عليها العقد النموذجي للتمويل العقاري بصيغة المرابحة في هذا القسم ما يلي:

١. تحديد ثمن العقار الذي اشترى به الممول العقاري الأصل محل التمويل[(١)].

وغالباً ما يقوم الممول بشراء العقار من مالك عقاري أو مطور عقاري.

وعقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة نوع من بيوع الأمانات التي تعتمد على الإخبار عن ثمن السلعة وتكلفتها التي قامت على البائع[(٢)].

(١) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، الصادر عن البنك المركزي السعودي، برقم (٤١٠٣٨٥٠٤) وتاريخ ١/ ٦/ ١٤٤١هـ، المادة (١-٤). وفي هذا السياق فإن المادة (١٠) الفقرة (٥) من نظام مراقبة البنوك، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥) بتاريخ ٢٢/ ٢/ ١٣٨٦هـ، تقرر حظر تملك البنك للعقارات، لكن ورد استثناء من هذا الحظر في نظام التمويل العقاري المادة (٢) الفقرة (١): «تختص المؤسسة بتنظيم قطاع التمويل العقاري، بما في ذلك ما يأتي: ١- السماح للبنوك بمزاولة التمويل العقاري بتملك المساكن لأجل تمويلها -استثناءً من حكم الفقرة (٥) من المادة (العاشرة) من نظام مراقبة البنوك- وفقاً لهذا النظام وما تحدده اللائحة».

(٢) ينظر: أحكام عقود التمويل في الفقه الإسلامي، عبد الله بن راضي المعيدي، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع - السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م، =

٢. تحديد كلفة أجل ثابتة طوال مدة العقد بنسبة محددة من مبلغ التمويل، ويجب تحديد ذلك المبلغ كتابة[١].

وبيَّن العقد طريقة احتساب تلك الكلفة، وأن ذلك يحتسب من مبلغ التمويل فقط، ولا يُحتسب على بقية مصاريف الممول كالتكاليف الواردة في جدول التكاليف الإضافية، وأيضاً لا تدخل الدفعة الأولى في احتساب كلفة الأجل، وفرَّق العقد بين المقصود بالدفعات والأقساط[٢].

وألزم العقد الممول عند إبرام العقد بشرح آلية سداد الدفعة الأخيرة للمستفيد، وذكر الخيارات المتاحة لسدادها، بما في ذلك خيار تقسيط الدفعة الأخيرة على دفعات - إن وجد -، وبيان آلية احتساب كلفة الأجل وأي رسوم إضافية[٣].

٣. تحديد إجمالي المبلغ المستحق على المستفيد وفقاً للتالي:

= ص١٠٧. فقه الهندسة المالية الإسلامي، دراسة تأصيلية تطبيقية، د. مرضي بن مشوح العنزي، رسالة دكتوراه في الفقه المقارن - قسم الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة القصيم، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م، ص٣٥٧.

(١) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٤-٤)، وينظر الحاشية رقم (٦) في عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة.

(٢) المرجع السابق، المادة (٤-٤)، الحاشية رقم (٨).

(٣) المرجع السابق، المادة (٥-٤)، الحاشية رقم (٩).

مبلغ التمويل + كلفة الأجل + التكاليف الإضافية غير المدفوعة

وفي حال عدم وجود تكاليف إضافية غير مدفوعة فيُغيَّر هذا البند إلى تكلفة التأمين(١).

ويلتزم الممول بأخذ التكاليف الحقيقية التي يتحملها بناء على هذا العقد، ولا يحق للممول مطالبة المستفيد بدفع أي مبالغ تزيد عن المبالغ التي تحملها بناء على هذا العقد(٢).

ويجب على الممول تقديم ما يثبت للمستفيد قيمة المبالغ المطالب بها كتكاليف إضافية(٣).

وهذه التكاليف تشمل المصاريف الإدارية، ويجب ألا تتجاوز مبلغ ٥,٠٠٠ آلاف ريال أو (١٪) من مبلغ التمويل أيهما أقل، وتشمل كذلك رسوم التسجيل والتوثيق، وتكلفة التقييم العقاري(٤)، التأمين،

(١) المرجع السابق، المادة (٨-٤).
(٢) المرجع السابق، المادة (٦-٤)، الحاشية رقم (١٠).
(٣) المرجع السابق، المادة (٦-٤)، الحاشية رقم (١٠).
(٤) انطلاقاً من مسؤولية البنك المركزي على تطبيق مبدأ العدالة والشفافية في التعاملات المالية فقد صدر التعميم ذي الرقم (٤١٠٧٠٥٠١) وتاريخ ١٤٤١/١٢/٢٢هـ، والذي يخص رسوم التقييم العقاري في عقود التمويل العقاري للأفراد، ومضمونه التأكيد على جهات التمويل بعدم تحصيل رسوم التقييم العقاري من العميل إلا بعد حصول العميل على الموافقة الأولية لمنح التمويل، وعلى جهات التمويل قبل البدء في إجراءات التعاقد إفادة العميل بعدم أحقيته بمطالبة جهة التمويل باسترجاع رسوم التقييم العقاري في حال عدم إتمام إجراءات منح التمويل العقاري لسبب يعود إلى العميل، وأخذ إقرار =

وأي رسوم أخرى كالضرائب الحكومية[١].

٤. وبين العقد متى تُسدد الأقساط المستحقة، وأن ذلك يكون إما بشكل شهري/ ربع سنوي/ نصف سنوي/ سنوي[٢].

ويُستحق كل قسط في اليوم المعين من كل شهر ميلادي أو ما يعادله بالتاريخ الهجري، على الرغم من أن التاريخ المعتمد في العقد هو التاريخ الهجري، وسبب تحديد ذلك بالتاريخ الميلادي هو للتسهيل الحسابي[٣].

٥. وكذلك بين العقد كيفية طريقة السداد وأنها تحصل خلال عدة طرق منها:

= منه على ذلك. وفي هذا الصدد أصدر البنك المركزي نموذج الإفصاح الأولي لعقد تمويلي، يونيو ٢٠١٧م، وغالب البيانات والمعلومات الواردة فيه مضمنة في المادة (١) من عقد التمويل العقاري المعنونة بـ: ملخص عقد التمويل، وقد تضمنت رسوم التقييم العقاري. وينظر قرار لجنة الفصل في المخالفات التمويلية المبدأ التالي: «١٠٢٣- يتحمل الطرف الذي عدل عن إبرام عقد التمويل العقاري قيمة الرسوم الإدارية ويستثنى من ذلك رسوم تقييم العقار»، رقم القرار: (٤٠٥/ ١٤٤١)، مدونة المبادئ القضائية في المنازعات المصرفية والتمويلية، الصادرة لعام ١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م.

(١) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٦-٤)، الحاشية رقم (١١). والمادة (١-١٦).

(٢) المرجع السابق، المادة (٥).

(٣) المرجع السابق، المادة (٥)، الحاشية رقم (١٣). ويستحسن من البنك المركزي هنا توحيد صيغة التاريخ لتقليل اللبس والاشتباه.

١/ الإيداع أو السداد النقدي في أحد فروع الممول أو الفرع الذي يحدده.

٢/ عن طريق نظام سداد إلى حساب معين.

٣/ تفويض المستفيد للممول بالاستقطاع المباشر من حساب معين للعميل لدى بنك محدد، وذلك في تاريخ استحقاق سداد الأقساط الآجلة أو في تاريخ نزول الراتب الشهري للمستفيد[١].

وألزم العقد النموذجي الممول ببيان كامل الأقساط الآجلة وتواريخ استحقاقها بملحق خاص اسمه (جدول الأقساط الآجلة)[٢].

٦. ومما يعزز عدالة التعاملات وجوب حصول الممول على الضمانات[٣]، ويجب تقديم جميع وثائق الضمان في تاريخ ابتداء العقد باستثناء الوثائق المثبتة لرهن الأصل الممول، وهي إما أن تكون:

---

(١) المرجع السابق، المادة (٦). وقد أصدر البنك المركزي ضوابط أمر الدفع المستديم لصالح جهة التمويل، نوفمبر ٢٠٢١م.

(٢) المرجع السابق، المادة (٨) الفقرة (١).

(٣) ورد تعريف لمصطلح الضمان في المادة (١) من نظام المدفوعات وخدماتها، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٢٦) وتاريخ ٢٢/ ٣/ ١٤٤٣هـ: «الضمان: النقود، أو أي أصول قابلة للتحويل إلى نقد؛ التي تقدم بناء على رهن أو أي اتفاقية أخرى مماثلة لغرض ضمان الحقوق والالتزامات التي قد تنشأ بناء على نظم المدفوعات المهمة لمصلحة الأعضاء». وكذلك ورد تعريف للضمان في المادة (١) من نظام معالجة المنشآت المالية المهمة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٨) وتاريخ ٢٥/ ٤/ ١٤٤٢هـ: «الضمان: أصل مقدم أو متفق على تقديمه؛ ضمانًا لالتزام مالي ضمن ترتيبات الضمان المالي، أو ترتيبات الضمان المالي بنقل الملكية». أيضاً ينظر: =

(١) رهن الأصل المُمَوَل لصالح المُمَوِّل وتسجيله وتوثيقه لدى الجهات المختصة[1].

= قواعد الأطراف ذوي العلاقة للبنوك، فبراير ٢٠٢٠م، القاعدة (٢) الفقرة (٨) في تعريف الضمان وهو: «الضمان الذي يكون، في رأي البنك المركزي، مقبولاً عند البنك احترازياً ويستوفي المعايير التالية:
أ) إمكانية تحديد القيمة السوقية للأصل بسهولة أو إمكانية تقديرها والتحقق منها بشكل معقول.
ب) قابلية الأصل للتداول وبالتالي وجود سوق ثانوية متاحة بسهولة للتصرف في الأصل.
ج) حق البنك القانوني في استعادة الأصل دون عوائق.
د) قدرة البنك على السيطرة على الأصل إذا لزم الأمر.
هـ) امتلاك البنك الخبرة والأنظمة اللازمة لإدارة الأصل.
وفي حال عدم قيام الممول بالحصول على الضمانات فيتحمل أعضاء مجلس الإدارة المسؤولية تجاه الشركة، كما نصت على ذلك المادة (١٨) من نظام مراقبة شركات التمويل.
ونظراً لحساسية وأهمية منصب عضو مجلس الإدارة في البنوك وشركات التمويل، أصدر البنك المركزي متطلبات التعيين في المناصب القيادية في المؤسسات المالية الخاضعة لإشراف البنك المركزي السعودي، أبريل ٢٠٢١م، وتهدف هذه المتطلبات لوضع الحد الأدنى من معايير الملائمة التي يتوجب على المؤسسات المالية اتباعها لتقييم مدى ملائمة شاغلي هذه المناصب. ومن ذلك الحصول على عدم ممانعة البنك المركزي الكتابية المسبقة على ترشيح أعضاء مجلس الإدارة، وأن يتحلى العضو بالأمانة والنزاهة والسمعة الحسنة والعدالة. أيضاً انظر: ضمانات الممول في اتفاق التمويل العقاري - دراسة مقارنة -، للدكتور: على إبراهيم أبو العنين شلبي، دار الفكر والقانون، ٢٠٢٠م، ص٩٩-١٠٣.

(١) ينظر: نظام الرهن العقاري المسجل، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٤٩) وتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ، المادة (١) الفقرة (١)، ففي حال قيام الممول بتسجيل العقار فيكون له حق الأولوية في التقدم على سائر الدائنين في استيفاء دينه من =

(٢) الكفالة (وفقاً للنموذج المعتمد لدى الممول). والكفيل يشمل كل من تعهد بدفع كل أو بعض التزامات المستفيد[١].

(٣) عدد محدد من السندات لأمر[٢]. وفي حال طلب الممول من المستفيد تحرير هذه السندات فيجب على الممول مراعاة التالي:

١/ لا يجوز للممول أخذ أي سند لأمر تزيد قيمته عن قيمة الأقساط المستحقة على المستفيد بشكل سنوي وفقاً لجدول الأقساط.

٢/ يتعهد الممول بعدم التقدم بهذه السندات للجهات التنفيذية المختصة للمطالبة بمبالغ تزيد عن مبالغ الأقساط الشهرية المستحقة وغير المدفوعة محل التعثر.

٣/ يجب على الممول الالتزام بأحكام التأخر في السداد وأحكام الإخلال وفسخ العقد وكافة أحكام العقد قبل المطالبة بها، والتقدم بتلك السندات للجهات التنفيذية.

٤/ يجب على الممول بأن يعيد للمستفيد بشكل سنوي أي سند لأمر قام المستفيد بسداد الأقساط المقابلة له بعد التأشير عليه بما يفيد بسداد المستفيد لهذه الأقساط.

= ثمن ذلك العقار. والرهن فقهياً من عقود التوثقة، ويقصد منها ضمان الحقوق لأصحابها. ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، دبيان بن محمد الدبيان، (بدون ناشر)، الطبعة الثانية، ١٤٣٢هـ، ١/ ٥٨.

(١) ورد تعريف الكفيل في عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (١-٩).

(٢) المرجع السابق، المادة (٧).

٥/ يجب على الممول إلزام جهات التحصيل لديه أو الجهات التي تقدم خدمات التحصيل نيابة عنه بهذا الأمر[١] وببقية بنود العقد[٢]. ويسهم حصول الممول على الضمان في تخفيض قيمة العقار على المستفيد، أما في حال عدم حصول الممول على الضمان فقد يلجأ إلى رفع قيمة العقار أو الفائدة التمويل.

٧. ومن عدالة التعاملات وجوب حصول المستفيد على نسخة من العقد قبل توقيعه لأجل منحه فرصة كافية لمراجعته ودراسة أحكامه بعناية وفهم، والحصول على الاستشارة القانونية والمالية من أطراف خارجية[٣]. ويجب على الممول تقديم إيضاح واف للمستفيد عن كامل

(١) المقصود هذه الضوابط والاشتراطات. وينظر عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٣-٢١).

(٢) المرجع السابق، المادة (٧)، الحاشية رقم (١٥). وقد أصدر البنك المركزي قواعد إسناد المهام الخاصة بشركات التمويل، ديسمبر ٢٠١٨م، وتحدد هذه القواعد المتطلبات النظامية لشركات التمويل التي أبرمت أو تنوي إبرام عقود/ اتفاقيات إسناد مهام إلى مقدم خدمات خارجي. وكذلك أصدر البنك المركزي ضوابط وإجراءات التحصيل للعملاء الأفراد، أبريل ٢٠١٨م، وهذه الضوابط تبين طريقة التواصل مع العملاء وضامنيهم بهدف التحصيل، وإجراءاته، وإجراءات التعامل مع العملاء المتعثرين عن السداد بطريقة واضحة ومحددة تحمي حقوق كافة أطراف العلاقة. وكذلك أصدر البنك المركزي تعليمات إسناد المهام إلى طرف ثالث، ديسمبر ٢٠١٩م، وقد أكدت القاعدة (٨) على مسؤولية البنك في الالتزام المستمر بتلبية جميع المتطلبات التنظيمية والقانونية حين إجرائه لأي ترتيبات لإسناد مهام إلى طرف ثالث.

(٣) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٨). وقد أصدر البنك المركزي السعودي تعليمات تقديم منتج التمويل العقاري للأفراد، يونيو ٢٠٢٠م، التي =

حقوقه والتزاماته بموجب هذا العقد وملاحقه. وكذلك حق المستفيد بمعاينة الأصل الممول محل هذا العقد معاينة تامة نافية للجهالة شرعاً ونظاماً. وأيضاً منح المستفيد حق إجراء الفحوصات الهندسية اللازمة للتأكد من سلامة وصلاحية العقار وقبوله بحالته الراهنة. وإبراء الممول من كافة العيوب الظاهرة والخفية[1].

المطلب الثاني: الضمانات التعاقدية لعدالة التعاملات في الأحكام والشروط العامة:

تضمن القسم الثاني من أقسام العقد النموذجي قرابة (٢٧) مادة من المواد رقم (٩) إلى المادة (٣٥)، وهذا القسم هو صلب العقد وجوهره، ويحتوي على الكثير من الأحكام والقواعد القانونية التفصيلية

= تهدف إلى مساعدة العملاء على اتخاذ القرار المناسب عند طلبهم التمويل العقاري. ومن تلك التعليمات: «٤- يكلف الممول قبل انتهاء صلاحية العرض بفترة كافية مستشاراً ائتمانياً مؤهلاً ولديه دراية كافية بمنتجات التمويل العقاري للأفراد ليقدم إلى العميل حضورياً أو هاتفياً شرحاً واضحاً عن طبيعة التمويل العقاري المقترح وما يحتويه من مخاطر، وعن أحكام وشروط العقد، وعن آلية إعادة التسعير (إن وجدت)».

(١) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٨). يقصد بالعيوب الخفية: أي عيب في الأعمال الإنشائية أو عناصرها الواقية والتي تضعف من قوة وثبات أو استقرار المبنى يرجع إلى أخطاء أو أعطال أو قصور في التصميم أو المواد أو فحص التربة أو الإنشاء، على أن يكون هذا العيب لم يكتشف في تاريخ إصدار شهادة الإشغال. المادة (٢) الفقرة (٨)، الصيغة النموذجية لوثيقة التأمين على العيوب الخفية، الصادرة بقرار محافظ البنك المركزي السعودي رقم (١٨٧/ ٤٤١) وتاريخ ٥/ ٨/ ١٤٤١هـ.

التي توضح وتبين الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد التمويل العقاري للطرفين، ومن أبرز الأحكام والقواعد التفصيلية التي تبين التزام الممول العقاري بمبدأ عدالة التعاملات ما يلي:

٨.[1] ومما يبين مبدأ عدالة التعاملات تحديد التكييف الدقيق للعقد وأنه بيع مرابحة، قيام المستفيد ابتداءً بتقديم طلب للممول بشراء العقار من مالك الأصل محل التمويل، ثم قيام الممول بشراء العقار من المالك الأصلي، وقبضه قبضاً شرعياً معتبراً بعد تحققه من سلامة ملكية العقار وخلوه من كافة الالتزامات العينية.

وبعد ذلك قيام الممول ببيع الأصل محل التمويل للمستفيد لأغراضه السكنية بالثمن المحدد في العقد، وقبول المستفيد شراءه بذلك الثمن والكيفية المبينة في هذا العقد، قبولاً معتبراً وفقاً للأحكام والشروط الواردة في هذا العقد، ووفقاً للأنظمة ذات العلاقة[2].

(١) اخترت هنا استمرار التسلسل الرقمي بين المطالب، ولم أضع ترقيماً خاصًا لأحكام كل مطلب؛ لأن العقد النموذجي جرى على استمرار تسلسل أرقام المواد بين الأقسام، وأيضاً فإن الأحكام والقواعد القانونية متقاربة، ولا يوجد فوارق جوهرية بين تقسيمات العقد، وكذلك جرت عادة القانونيين على اتباع هذا النسق.

(٢) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، الأحكام والشروط العامة، التمهيد، والمادة (٢-١٠). وصورة بيع المرابحة للآمر بالشراء أحد صيغ العلاقات التمويلية المستحدثة والمطورة من قبل البنوك الإسلامية.

وعقد المرابحة من بيوع الأمانة، أو ما تسمى بعقود الاستئمان، وهي العقود التي يحتكم فيها المبتاع إلى ضمير البائع وأمانته، لأن المشتري ائتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير بينة ولا استحلاف[1]، فتجب صيانتها عن الخيانة والتهمة، والتحرز عن ذلك كله واجب ما أمكن قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَخُونُواْ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓاْ أَمَٰنَٰتِكُمۡ وَأَنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ٢٧﴾[2]، وقال الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**من غشنا فليس منا**))[3]. وإذا ظهرت الخيانة في بيع المرابحة ففي الجملة يكون المشتري بالخيار إن شاء أخذ المبيع وإن شاء رده، وقيل: بحط الزيادة على أصل رأس المال ونسبتها من الربح مع إمضاء البيع[4].

٩. من عدالة التعاملات وضع تعريفات وتفسيرات واضحة ومحددة ودقيقة للعديد من المصطلحات القانونية التي تضمنها العقد،

(١) أصدر البنك المركزي قواعد مكافحة الاحتيال في شركات التمويل، يونيو ٢٠١٧م، ويعد من صور الاحتيال عدم الإفصاح أو تعمد إخفاء معلومات ملزم نظاماً بتقديمها.

(٢) سورة الأنفال، آية ٢٧.

(٣) أخرجه مسلم، برقم (١٤٦).

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية، ٦/ ٢٣٦- ٢٣٨. يشار إلى أن تكييف هذا العقد من حيث طبيعته القانونية محل خلاف بين القانونيين، للاستزادة ينظر: المفهوم القانوني لعقد التمويل العقاري -دراسة مقارنة-، د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي وأسامة شهاب الجعفري، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل العراق، السنة السابعة، العدد (٣)، ٢٠١٥م، ص١٩٧-٢٠١.

وهذا يسهم في حسم الخلاف حول معاني تلك المصطلحات. ومن ذلك المصطلحات التالية:

١) «إشعار التأخر»: ويراد به الإشعار الخطي المقدم من قبل الممول للمستفيد حال تأخر المستفيد أو امتناعه عن سداد أي قسط مستحق في تاريخ استحقاقه لمدة معينة.

٢) «إشعار التعثر»: ويراد به الإشعار الخطي المقدم من قبل الممول للمستفيد في حال تأخره أو امتناعه عن سداد عدد معين من الأقساط.

٣) «الأقساط الآجلة»: وتعني الأقساط الواجب دفعها بحسب المبالغ وفي التواريخ المنصوص عليها.

٤) «الدفعات»: وتعني الدفعة الأولى والأخيرة.

٥) «السوق الأولية»: تعني عقود التمويل العقاري التي تبرم بين المستفيد والممول.

٦) «السوق الثانوية»: تعني تداول حقوق الممول الناشئة عن عقود السوق الأولية.

٧) «الصيانة الأساسية»: تعني الصيانة التي يتوقف عليها بقاء الأصل الممول بحسب العرف[1].

(١) ورد هذا التعريف في نظام الإيجار التمويلي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٤٨) وتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ، المادة (١).

٨) «الصيانة التشغيلية»: تعني الصيانة التي يحتاج إليها الأصل الممول لاستمرار منفعته بحسب العرف[١].

٩) «الكفيل»: يعني الطرف الذي تعهد بدفع كل أو بعض التزامات المستفيد الناشئة عن هذا العقد.

١٠) «خطاب إخلاء طرف»: يعني الخطاب الذي يصدره الممول للمستفيد خلال مدة لا تتجاوز (٧) يوم عمل، من استيفاء الممول لكافة حقوقه وفقاً للعقد يبين فيه استيفاء الممول لكافة حقوقه وفقاً للعقد.

١١) «شهادة القبول بالأصل الممول»: تعني الشهادة التي تصدر عن المستفيد عند إبرام هذا العقد، وفقاً للنموذج المبين في ملحق العقد، وذلك لتأكيد معاينة المستفيد للأصل الممول معاينة نافية للجهالة.

١٢) «شهادة تسلم الأصل الممول»: تعني الشهادة التي تصدر عن المستفيد عند إفراغ الأصل الممول باسمه، وفقاً للنموذج المبين في ملحق العقد، وذلك لتأكيد قبض المستفيد للأصل الممول.

١٣) «كلفة الأجل»: تعني قيمة الأجل المقررة على المستفيد بموجب عقد التمويل، ويمكن التعبير عنها بنسبة مئوية من مبلغ التمويل المقدم للمستفيد.

---

(١) ورد قريب من هذا التعريف في نظام الإيجار التمويلي، المادة (١).

١٤) «مبلغ السداد الكلي المبكر»: يعني المبالغ المستحقة حال رغبة المستفيد بالسداد المبكر.

١٥) «معدل النسبة السنوي» (APR): يكون معدل النسبة السنوي هو معدل الخصم الذي تكون فيه القيمة الحالية لجميع الأقساط والدفعات الأخرى المستحقة على المستفيد، التي تمثل إجمالي المبلغ المستحق، مساوية للقيمة الحالية لأقساط مبلغ التمويل المتاحة للمستفيد، وذلك في التاريخ الذي يكون فيه مبلغ التمويل (أو أول دفعة منه) متاحاً للمستفيد محسوباً وفقاً للمعادلة الواردة في اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شراكات التمويل[١].

١٦) «وثائق العقد»: تعني هذا العقد، وتشمل: الأحكام والشروط الخاصة، الأحكام والشروط العامة، والملاحق المرفقة، ووثائق الضمان.

١٧) «يوم عمل»: يعني اليوم الذي تعمل فيه المصارف في المملكة العربية السعودية بشكل اعتيادي، أو اليوم الذي تعمل فيه الجهات الحكومية بشكل اعتيادي، وذلك فيما يتعلق بأمور التسجيل والتوثيق والإفراغات وغيرها من الأعمال التي تقوم بها الجهات الحكومية.

---

(١) أصدر البنك المركزي قواعد احتساب معدل النسبة السنوي (APR)، نوفمبر ٢٠٢٣م. وينظر فيه المادة (٢) الفقرة (٢). وأكدت هذه القواعد في المادة (٤)، على التزام جهات التمويل باحتساب حاسبة معدل النسبة السنوي المعد على برنامج جداول البيانات (Excel) المرافقة للقواعد، وذلك لغرض تطبيق أحكامها. وكذلك أصدر البنك المركزي دليل إرشادي لحساب معدل النسبة السنوي APR، أغسطس ٢٠١٥م.

١٨) تحديد المقصود من عناوين المواد، وأن المراد به تسهيل الرجوع لتلك المواد فقط.

١٩) «العقد»: يشمل ذلك ما يجري عليه من تعديلات أو إضافات أو استبدال (يتفق عليها الأطراف كتابياً) من وقت لآخر.

٢٠) «الوقت»: إشارة إلى توقيت المملكة العربية السعودية، والإشارة إلى الأعوام والشهور هي إشارة إليها وفقاً للتقويم الهجري (ما لم ينص على خلافه)[١].

١٠. تحديد بداية سريان العقد ونفاذه بشكل دقيق ومحدد، وذلك من تاريخ ابتداء العقد، وليس من تقديم المستفيد لطلب شراء الأصل محل التمويل، لأنه يحق للمستفيد العدول عن ذلك الطلب[٢].

١١. بقاء التزامات كل طرف بموجب هذا العقد سارية (حتى بعد حلول تاريخ انتهاء العقد)، وذلك حتى يحصل الوفاء بها، أو يفسخ العقد، أو يقل أحد الطرفين الآخر[٣].

(١) انظر في كل ما سبق من مصطلحات قانونية: عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٩)، الفقرة (١-٩) التعريفات، والفقرة (٢-٩) التفسير.
(٢) المرجع السابق، المادة (١-١٠)، والمادة (٢-٣).
(٣) المرجع السابق، المادة (٣-١٠).

١٢. تحديد وقت تقديم المستفيد لوثائق الضمان، وذلك في تاريخ ابتداء العقد، باستثناء الوثائق المثبتة لرهن الأصل الممول[١].

وأشار العقد إلى أن الأطراف يطبقون ما ورد في تعميم وزارة العدل رقم (٦٩٧٣/ت/ ١٢) بتاريخ ١٤٣٩/١/١٩هـ، والذي يوضح حصول إنهاء توثيق عقد البيع والرهن في نفس الوقت وفي نفس الإحالة[٢].

ويلتزم الممول بتقديم الدعم والمعونة اللازمين للمستفيد لرهن الأصل الممول بمرتبة رهن أولى لمصلحة الممول، وذلك بمجرد إفراغ الأصل الممول لصالح المستفيد[٣].

١٣. تحديد مدة ابتداء العقد وانتهائه، وأن تاريخي الابتداء والانتهاء مشمولان في مدة العقد، وأنه في حال فسخ العقد قبل انتهاء مدته فيعد ذلك التاريخ هو تاريخ انتهاء العقد[٤].

(١) المرجع السابق، المادة (٤-١٠). وقد أصدر البنك المركزي السعودي المتطلبات الإجرائية لتوثيق الرهن العقاري، مارس ٢٠١٨م، وتهدف هذه المتطلبات لتوحيد إجراءات الرهن بين جهات التمويل وكتابات العدل، وتتضمن هذه المتطلبات نماذج لتسجيل الرهن ونموذج تسجيل واقعة. ويجب على كافة البنوك والمصارف وشركات التمويل العمل والالتزام بهذه المتطلبات ونماذجها.
(٢) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (١-١٤)، الحاشية رقم (١٨).
(٣) المرجع السابق، المادة (١-١٤).
(٤) المرجع السابق، المادة (١١).

١٤. التزام الممول بنقل ملكية الأصل الممول وتسليمه وإفراغه للمستفيد وتمكينه منه، واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتسجيل ملكية المستفيد خلال (١٥) يوم عمل من تاريخ ابتداء العقد، ما لم يكن هناك سبب خارج عن إرادة الممول يحول دون تسليم الأصل الممول أو إفراغه في المدة المشار إليها، على أن يقوم الممول في هذه الحالة بإعلام المستفيد فوراً بعدم قدرته على الإفراغ في الموعد المحدد[١].

وفي حال تجاوز الممول المدة المشار إليها لسبب لا يخرج عن إرادته يمنعه من تسليم وإفراغ الأصل الممول، فيكون المستفيد بالخيار بين فسخ العقد واسترداد كامل المبالغ المدفوعة، أو إعطاء الممول مهلة جديدة محددة لتسليم الأصل الممول[٢].

أما في حال تجاوز الممول المدة المشار إليها لسبب خارج عن إرادته يمنعه من تسليم وإفراغ الأصل الممول، فيُمنح الممول مدة خمسة عشر (١٥) يوم عمل إضافي لإفراغ الأصل الممول للمستفيد، فإذا انقضت المدة ولم يتمكن الممول من إفراغ الأصل الممول للمستفيد، فيكون المستفيد بالخيار بين فسخ العقد واسترداد كامل المبالغ المدفوعة، أو إعطاء الممول مهلة جديدة محددة لتسليم الأصل الممول[٣].

(١) المرجع السابق، المادة (١-١٢).
(٢) المرجع السابق، المادة (٢-١٢).
(٣) المرجع السابق، المادة (٣-١٢).

ويحق للممول الامتناع والتوقف عن مباشرة إجراءات إفراغ الأصل الممول أو تسليمه للمستفيد حتى يفي بسداد الرسوم الإدارية -في حال طلب الممول لها- والدفعة الأولى -إن وجدت-[1].

١٥. التزام الممول بتمكين المستفيد من الحصول على نسخة من تقارير شركات التقييم العقاري واطلاعه عليها[2]، وضمان حقه كذلك بإجراء الفحوصات الهندسية اللازمة للتأكد من سلامة الأصل محل التمويل[3].

(١) المرجع السابق، المادة (٤-١٢).

(٢) أصدر البنك المركزي السعودي تعميم التزامات عملاء التقييم العقاري الخاضعين لإشراف ورقابة المؤسسة، مارس ٢٠١٦م، ويتضمن التعميم (١٠) أحكام يجب على البنوك وشركات التمويل وشركات التأمين الالتزام بها. وكذلك صدر تعميم البنك المركزي المتضمن التأكيد على الالتزام بالتعامل مع الوسيط العقاري المرخص من الهيئة العامة للعقار بموجب الأنظمة واللوائح ذات العلاقة، بتاريخ ٢٢/ ١٢/ ١٤٤٤هـ، انطلاقاً من المسؤوليات والأهداف المنوطة بالبنك المركزي والتي منها دعم استقرار القطاع المالي وتعزيز الثقة به. وهذا التعميم يعد امتثالاً للمادة (٤) من نظام الوساطة العقارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٣٠) وتاريخ ٣٠/ ١١/ ١٤٤٣هـ. والتعامل مع الوسطاء المعتمدين يعزز الشفافية والمصداقية. وبينت المادتان (١٤) و(١٥) من اللائحة التنفيذية لنظام الوساطة العقارية الصادرة بقرار مجلس إدارة الهيئة العامة للعقار بالقرار رقم (١٣٢/ ق) وتاريخ ٢٤/ ٦/ ١٤٤٤هـ، أبرز التزامات الوسيط العقاري.

(٣) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٣-١٣).

١٦. التزام الممول بمنح المستفيد حق مطالبة البائع الأول للأصل محل التمويل الذي اشترى منه الممول العقار أو المطور العقاري بتعويضه عن العيوب الفنية والهيكلية الظاهرة أو الخفية في الأصل الممول.

والتزام الممول بتسليم كافة المستندات المطلوبة وبتقديم الدعم اللازم بما يمكن المستفيد من تقديم مطالبته للبائع الأول للأصل الممول أو المطور العقاري[١].

١٧. إلزامية الإقرارات والضمانات أو الأعمال والتصرفات التي يقدمها المطور العقاري للمستفيد في حال إذن الممول لها أو إجازتها أو إقرارها صراحة أو ضمناً[٢].

١٨. أن مسؤولية المستفيد في المحافظة على الأصل الممول وصيانته وحمايته مما يعرضه للتلف محدودة بعناية الشخص المعتاد، فلا يتعسف الممول باستخدام هذا الحق ويطلب من المستفيد القيام بما لم تجر به العادة والعرف[٣].

وأن حق الممول بالتدخل في مثل هذه الحالة هو عندما يقوم المستفيد بإجراء تعديلات جوهرية أو القيام بما يؤثر على قيمة العقار كأصل مرهون بشكل جوهري دون الحصول على موافقة الممول.

(١) المرجع السابق، المادة (٤-١٣). وفي حال وجود تأمين ضد العيوب الخفية فيجب على الممول تقديم العقد المبرم مع شركة التأمين للمستفيد.
(٢) المرجع السابق، المادة (٥-١٣).
(٣) المرجع السابق، المادة (٢-١٤).

وللممول الاعتراض واتخاذ كافة الإجراءات التحفظية النظامية بما يضمن سلامة حقه عندما تُنقِص تلك الأعمال قيمة الأصل بشكل جوهري أو تعرضه للهلاك والعيب، وللممول أن يطلب من المحكمة وقف هذه الأعمال واتخاذ التدابير التي تمنع وقوع الضرر وفقاً لأحكام القضاء المستعجل[١].

وكذلك عند قيام المستفيد بمثل تلك الأعمال فيحق للممول طلب ضمانات إضافية يرتضيها، ويراعى في ذلك الأقساط التي قام المستفيد بدفعها حتى وقت انخفاض قيمة الأصل الممول كأصل مرهون أو تأثر حقوق الممول فيه[٢].

١٩. التزام الممول بفك الرهن عن الأصل الممول في حال وفاء المستفيد بجميع التزاماته بموجب هذا العقد خلال مدة لا تتجاوز (١٥) يوم عمل من تاريخ سداد القسط الأخير، أو الدفعة الأخيرة (إن وجدت)، أو من تاريخ السداد الكلي المبكر، ولا يُعفى الممول من هذا الالتزام إلا في حال كان التأخير بسبب يعود للمستفيد أو للجهات الحكومية المختصة ذات العلاقة[٣].

(١) المرجع السابق، المادة (٣-١٤) و(٤-١٤). ويلاحظ هنا عدم تحديد معيار قانوني دقيق لمصطلح: «جوهري»، فينبغي إضافة تعريف محدد، ويدرج في المادة (٩) التعريفات والتفسير.
(٢) المرجع السابق، المادة (٣-١٤).
(٣) المرجع السابق، المادة (١٥).

٢٠. في حال استقطاع مبالغ الأقساط الآجلة من حساب المستفيد عند نزول الراتب الشهري فيشترط حصول الممول على تفويض من قبل المستفيد، ويحق للممول استقطاعه ولو كان في غير يوم عمل[١]. وعلى الممول تنبيه المستفيد بحلول موعد القسط حتى في حالة الاستقطاع المباشر من الحساب. ويجوز للممول تذكير المستفيد قبل تاريخ حلول القسط الآجل وكذلك التذكير مجدداً بعد الاستحقاق[٢]. وهذا من أجل تفادي تأخر المستفيد بسداد المستحقات مما قد يترتب عليه وقوع المستفيد بالتعثر في أداء الالتزامات. وإذا استحق أي مبلغ من المستفيد في غير يوم عمل، فيجوز للمستفيد دفع هذا المبلغ في يوم العمل اللاحق له مباشرة[٣].

٢١. لا يجوز للممول اعتبار المستفيد مخلاً بالتزاماته إلا بعد امتناعه عن سداد (ثلاثة) أقساط متتالية، أو التأخر في سداد (خمسة) أقساط متفرقة لمدة (٧) أيام عمل أو أكثر لكل دفعة من تاريخ استحقاقها لكل (خمس) سنوات من مدة العقد في حال كون الأقساط مستحقة شهرياً.

أما إذا كانت الأقساط (ربع) سنوية فيكون الامتناع عن سداد قسطين، أو التأخر في سداد (أربعة) أقساط متفرقة لمدة (٢٠) يوم عمل من تاريخ الاستحقاق.

(١) المرجع السابق، المادة (٢-١٦) و(٣-١٦).
(٢) المرجع السابق، المادة (٢-١٦).
(٣) المرجع السابق، المادة (٣-١٦).

أما في حال كون الأقساط (نصف) سنوية أو (سنوية) فيكون الامتناع عن سداد قسط واحد أو التأخر في سداد قسطين لمدة (٣٠) يوم عمل من تاريخ الاستحقاق سبباً للتعثر[١].

٢٢. يلتزم الممول بإرسال إشعار التأخر للمستفيد أو للكفيل -إن وجد- في حال تأخر المستفيد عن السداد في المدة المحدد بشكل كامل أو جزئي، ويبين الممول في الإشعار تأخر المستفيد عن السداد ويعلمه بوجوب السداد الفوري[٢].

وفي حال امتناع أو تأخر المستفيد أو الكفيل عن سداد الأقساط المستحقة وفقاً للمدد المحددة فإنه يحق للممول اعتبار المستفيد متعثراً ويقوم بإرسال إشعار التعثر إليه[٣].

(١) المرجع السابق، المادة (١-١٧)، والحاشية (٢٠). وقد نص نظام مراقبة شركات التمويل في المادة (٣٥) على جزاء المدين المماطل بالوفاء بالتزاماته المالية: «١- يعاقب كل من ثبتت مماطلته في الوفاء بدينه بغرامة مالية، على ألا تتجاوز تلك الغرامة ضعف ربح الالتزام محل المماطلة لمدتها، وتتكرر العقوبة بتكرار المماطلة وتودع الغرامة في حساب الجهة المشرفة على الجمعيات الأهلية، وتخصص لدعم جمعيات النفع العام».

(٢) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٢-١٧).

(٣) المرجع السابق، المادة (٣-١٧). وللمزيد فيما يتعلق بتعريف التعثر في دفع الديون وأسبابه من الناحية الفقهية، ينظر: أحكام التمويل العقاري -دراسة فقهية مقارنة-، مجيدة عبد السلام حاج الملك، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، ٢٠١٤م، ص١٩٠-٢٠٩.

وفي حال عدم قيام المستفيد أو الكفيل بتصحيح التعثر خلال المدة الممنوحة[١] في إشعار التعثر، فإنه يجوز للممول حينها اعتبار المستفيد مخلاً بالتزاماته[٢].

٢٣. في حال مواجهة المستفيد لصعوبات مالية أو عدم قدرته على تحمل التزاماته وفقاً للعقد، فيقوم بالتواصل مع الممول لطلب الاستشارة، وعلى الممول أن يناقش مع المستفيد الخيارات التي يمكن أن يتيحها له الممول بما يتناسب مع وضعه المالي، لكن لا يكون هذا ملزماً للممول بالتنازل عن أي حق من حقوقه وفقاً لهذا العقد[٣].

٢٤. لا يجوز للممول فرض غرامات تأخير أو رسوم تحصيل تزيد عن المبلغ المستحق، وبحد أعلى قيمة قسط واحد لكامل فترة التمويل[٤].

(١) المرجع السابق، المادة (٤-١٧)، هذه المدة لم يرد لها تحديد، وينبغي تحديدها بشكل دقيق رفعاً للبس والخلاف.

(٢) أصدر البنك المركزي الدليل الإرشادي لإدارة القروض محتملة التعثر، يناير ٢٠٢٠م، وأصدر أيضاً قواعد إدارة القروض محتملة التعثر، يناير ٢٠٢٠م. ويهدف هذا الدليل والقواعد إلى ضمان قيام الممول بوضع إطار لتسهيل تعافي المقترضين القادرين على السداد، ومراعاة الممول لجوانب السلوك في التعامل مع العملاء والتعامل العادل فيما يخص القروض محتملة التعثر. لمزيد من المعلومات والبيانات، ينظر: الموقع الإلكتروني للبنك المركزي السعودي.

(٣) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٥-١٧).

(٤) المرجع السابق، المادة (٦-١٧). صياغة هذا البند تتضمن قدراً من الغموض والتعارض؛ حيث إن عجز المادة يتعارض مع صدرها، فصدر المادة منع الممول من فرض غرامات أو رسوم، وعجزها أذن بقيمة قسط واحد!

٢٥. يحق للمستفيد السداد الجزئي المبكر في أي وقت بما لا يقل عن دفعتين، وذلك لمرة واحدة كل (٥) سنوات، ويحق للممول قبول السداد لأكثر من مرة خلال نفس الفترة[١].

أما إذا بلغت الأقساط المدفوعة بشكل جزئي مبكر (٦) أقساط أو أكثر، فإنه لا يجوز للممول تحميل المستفيد كلفة الأجل لهذه الأقساط، ويحق للممول في هذه الحالة الحصول على تعويض عن كلفة إعادة الاستثمار بما لا يتجاوز كلفة الأجل للأشهر الثلاثة التالية للسداد محسوبة على الرصيد المتناقص، بالإضافة إلى ما يدفعه الممول لطرف ثالث بسبب عقد التمويل من النفقات التي نص عليها العقد، إذا كانت نفقات لا يمكن استردادها وذلك عن المدة التي سُددت[٢].

ويلتزم الممول بعد سداد المستفيد بشكل جزئي بتزويد المستفيد بجدول أقساط آجلة محدث يبين مبلغ الأقساط الآجلة الجديدة، بعد الأخذ بالاعتبار المبالغ التي قام المستفيد بسدادها بشكل جزئي مبكر[٣].

أما إذا كان سداد المستفيد لأقساط آجلة تستحق في أول سنتين من العقد فيحق للممول مطالبة المستفيد بدفع كامل قيمة هذه الأقساط الآجلة شاملة كلفة الأجل لهذه الأقساط[٤].

(١) المرجع السابق، المادة (١-١-١٨).
(٢) المرجع السابق، المادة (٢-١-١٨).
(٣) المرجع السابق، المادة (٣-١-١٨).
(٤) المرجع السابق، المادة (٤-١-١٨).

٢٦. يحق للمستفيد في أي وقت التقدم بطلب السداد الكلي المبكر خلال مدة لا تقل عن (١٠) يوم قبل حلول تاريخ القسط الآجل[١].

وفي هذه الحالة يستحق الممول:

١/ الأقساط الآجلة المستحقة وغير المدفوعة.

٢/ المبلغ المتبقي من مبلغ التمويل فقط، ولا يشمل كلفة الأجل أو التأمين أو المصاريف أو غيره.

٣/ تكلفة إعادة الاستثمار، بما لا يتجاوز كلفة الأجل لأقساط الأشهر الثلاثة اللاحقة لآخر قسط استحق قبل تقدم المستفيد بطلب السداد الكلي المبكر.

٤/ ما يدفعه الممول لطرف ثالث بسبب العقد من نفقات غير قابلة للاسترداد[٢].

ويستثنى من ذلك إذا تقدم المستفيد بطلب السداد الكلي المبكر قبل إتمام السنة الثانية من تاريخ ابتداء العقد، فيحق للممول مطالبته

(١) المرجع السابق، المادة (١-٢-١٨).

(٢) المرجع السابق، المادة (٢-٢-١٨). ولا يصح أن تتجاوز تكلفة التأمين -إن وجدت- قيمة وثيقة التأمين للأصل الممول حتى نهاية السنة الميلادية، على أن يقوم الممول بتجييرها لصالح المستفيد بعد السداد الكلي، المرجع السابق، الحاشية رقم (٢٢).

بدفع كامل الأقساط المتبقية لهذه السنتين (شاملة كلفة الأجل لهذه الأقساط) بالإضافة إلى مبلغ السداد الكلي المبكر[1].

ويلتزم المستفيد بدفع مبلغ السداد الكلي المبكر خلال (٧) أيام عمل من تاريخ إعلامه به، وفي المقابل يلتزم الممول بإصدار خطاب إخلاء الطرف للمستفيد، وتحديث سجله الائتماني لدى شركة المعلومات الائتمانية خلال مدة لا تتجاوز (٧) أيام عمل من تاريخ السداد[2].

---

(١) المرجع السابق، المادة (٤-٢-١٨). وقد أصدر البنك المركزي دليلاً إرشاديًا لحساب مبلغ السداد المبكر، أغسطس ٢٠١٥م، ويتضمن هذا الدليل حالات التعويض لجهة التمويل، وثلاثة شروط لطريقة حساب مبلغ السداد المبكر، وأمثلة توضيحية، وتضمن المثال الثالث طريقة حساب مبلغ السداد المبكر لتمويل عقاري. وأيضاً نص نظام مراقبة شركات التمويل في المادة (٣٣) على ما يلي: «يجب على شركة التمويل الإفصاح لعميلها قبل التعاقد معه عن معادلة الخصم في السداد المبكر؛ ليعمل بها عند الاتفاق عليه، وعند اللجوء إليه بحكم العقد أو النظام أو القضاء، وتحدد اللائحة معايير معادلة السداد المبكر بما يحقق العدالة بين طرفي العقد».

(٢) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٣-٢-١٨). وينظر في هذا: تعليمات المدد الزمنية لإصدار خطاب إخلاء الطرف وتحويل الحساب والمديونية، أكتوبر ٢٠٢١م. وتهدف هذه التعليمات إلى تحديد المدد الزمنية الواجب على جهات التمويل الالتزام بها عند تلقي طلب العميل بإصدار خطاب إخلاء الطرف، وتحويل الحساب، وتحويل المديونية، للإسهام في حماية العملاء وتحقيق عدالة التعاملات وتمكين المنافسة. ونصت في الفقرة ٢,٥ التمويل العقاري على التالي: «أ- على جهات التمويل (بائعة المديونية) تنفيذ طلب العميل الراغب في تحويل المديونية باستكمال النماذج الخاصة بتحويل مديونية التمويل العقاري خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام عمل من تاريخ تلقي الطلب. ب- على جهات التمويل (بائعة المديونية) إتمام معالجة طلب العميل خلال مدة لا تتجاوز خمسة =

٢٧. في حال طلب الممول من المستفيد دفع قيمة التكاليف والنفقات التي تحملها للغير والتي تتعلق بالأصل الممول التي قد تشمل فواتير الخدمات العامة وأي رسوم أو ضرائب أو التكاليف الناشئة عن الحفاظ على حقوقه بموجب وثائق العقد، فيجب على الممول تقديم كافة الوثائق للمستفيد، والتي تثبت تحمله لهذه التكاليف والنفقات، ويجب كذلك أن تكون بمقدار التكلفة الفعلية(١).

وفي حال عدم قناعة المستفيد بتلك التكاليف والنفقات أو الرسوم غير الحكومية، فيحق له تقديم اعتراض لدى الممول بخصوص تلك المبالغ، وفي حال عدم قبول الممول لاعتراض المستفيد فيحق للمستفيد الاعتراض لدى المحكمة المختصة(٢).

وفي حال قدم المستفيد اعتراض لدى المحكمة المختصة بخصوص تلك التكاليف والنفقات، فلا يحق للممول التنفيذ على الضمانات المقدمة من قبل المستفيد أو اتخاذ أي إجراءات أخرى ضده بخصوص هذه المبالغ حتى يفصل في الاعتراض المقدم(٣).

= أيام عمل من تاريخ تلقي موافقة جهة التمويل (الراغبة في شراء المديونية) على تحويل المديونية».

(١) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٢-١٩).

(٢) المرجع السابق، المادة (٥-١٩).

(٣) المرجع السابق، المادة (٦-١٩).

٢٨. ومن الأحكام التفصيلية التي توضح وتبين مبدأ عدالة التعاملات: التزام الممول بعدم التدخل في استعمال المستفيد وانتفاعه بالأصل الممول خلال مدة العقد، ما لم يكن هذا التدخل منصوصاً عليه في العقد(١).

ويلتزم الممول بإشعار المستفيد عند إبرام العقد بكل ما قد يعيق أو يؤخر المستفيد من الانتفاع بالأصل الممول(٢).

ويلتزم الممول بالتحقق من سلامة ملكية الأصل الممول وخلوه من كافة الالتزامات العينية، ويقر بإفصاحه للمستفيد عن كافة العيوب الجوهرية الظاهرة والخفية المعلومة لديه والمتعلقة بالأصل الممول(٣).

ويتعهد الممول بالالتزام بكافة الواجبات الواردة في كل وثيقة من وثائق العقد، وتعد التزامات سارية وملزمة للممول، ويتعهد بالالتزام بها(٤).

---

(١) المرجع السابق، المادة (١-٢١). ومما نص عليه في هذا العقد حق الممول بوقف التعديلات الجوهرية...، وكذلك حقه في فحص العقار كل ثلاث سنوات. المرجع السابق، المادة (٢-١٤) والمادة (٢٢).

(٢) المرجع السابق، المادة (١-٢١)، كعدم وصول بعض الخدمات الأساسية للأصل الممول كالكهرباء أو الماء.

(٣) المرجع السابق، المادة (٢-٢١).

(٤) المرجع السابق، المادة (٤-٢١). وينظر: مبادئ الالتزام للبنوك والمصارف التجارية العاملة في المملكة العربية السعودية، سبتمبر ٢٠٢٠م. حيث تعد معايير الثقة والنزاهة القيم الأساسية في العلاقة بين البنك وعملائه، وأهم الركائز التي يبني عليها البنك سمعته لدى عملائه والجهات التي يتعامل معها. ويجب أن =

ويلتزم الممول بعدم قيامه باتخاذ أي إجراء لإعلان إفلاسه أو إعساره، كما لم تتخذ أية إجراءات نظامية ضده لإعلان إفلاسه أو إعساره[1].

٢٩. ومما يجب على الممول: تعامله بعدل وإنصاف وأمانة مع المستفيد في جميع مراحل العلاقة بينهما، والوفاء بالالتزامات بموجب أنظمة التمويل ولوائحها التنفيذية والتعليمات الأخرى ذات العلاقة الصادرة عن البنك المركزي السعودي (والتي تشمل على سبيل المثال

= تكون حماية السمعة -في كل ما يقوم به من نشاطات- السمة الراسخة في ذهن المدراء والموظفين. ويتوجب عليهم التحلي بمستوى عال من الثقة والنزاهة والمهنية عند قيامهم بالمهام الموكلة إليهم، وأن تكون تصرفاتهم ملتزمة دوماً بنص وروح الأنظمة والتعليمات المنظمة للقطاع المصرفي ومنسوبيه. ص٥.

(١) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٥-٢١). يشار هنا إلى أن استخدام مصطلح: «إعسار» وإطلاقه على شخص تجاري محل نظر، حيث إن هذا المصطلح يطلق على الشخص المدني وليس التجاري. ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري (ت١٣٩١هـ)، دار إحياء التراث العربي بيروت، ٢/ ١١٠٨-١١١٩. وينظر: التعليمات الموضحة للالتزامات والتعاملات المصرفية في ضوء نظام الإفلاس ولائحته التنفيذية، أبريل ٢٠٢١م، وقد نصت هذه التعليمات على عدم الإخلال بالأحكام النظامية ذات الصلة في شأن التنفيذ على الضمانات خلال فترة تعليق المطالبات، والتأكد من إلمام موظفي الإدارات المعنية الفروع بهذه التعليمات، وكذلك تحديد مدد معينة لتنفيذ التعاملات، انظر: ١, ٣، ٥, ٣، ٦. وأيضاً، ينظر: قواعد التعرضات الكبيرة للبنوك، أغسطس ٢٠١٩م، وتهدف هذه القواعد بشكل رئيسي إلى تمكين الممول من احتواء الحد الأقصى من الخسائر التي قد يواجهها الممول في حال حصول تعثر مفاجئ للطرف المقابل أو تخلفه عن الوفاء بالتزاماته، مما قد يعرض الممول لمخاطر الإفلاس.

لا الحصر: نظام مراقبة شراكات التمويل ولائحته التنفيذية، ونظام مراقبة البنوك -بحسب الحال-، ونظام التمويل العقاري ولائحته التنفيذية، ومبادئ حماية عملاء شركات التمويل، ومبادئ حماية عملاء البنوك[1]).

كما يؤكد الممول على تطبيقه أفضل الممارسات المتبعة للحفاظ على حقوق المستفيد[2].

ويؤكد الممول التزامه بمبادئ الإفصاح والشفافية الواردة في الأنظمة ذات العلاقة[3]، كما يؤكد التزامه بوضوح المعلومات المقدمة

(١) أصدر البنك المركزي السعودي مبادئ التمويل المسئول للأفراد، مايو ٢٠١٨م، وتهدف هذه المبادئ إلى مراعاة نسب التحمل ضمن نطاق يمكن للعميل تحمله، وضمان العدالة والتنافسية بين الممولين، واتباع الممول لأسلوب علمي ومعايير وإجراءات واضحة وشفافة ومكتوبة لتقييم الجدارة الائتمانية للعميل وقدرته على السداد. المبدأ رقم (٢) و(٨). وأصدر البنك المركزي السعودي مبادئ وقواعد حماية عملاء المؤسسات المالية، سبتمبر ٢٠٢٢م، والتي نصت على أن من أغراض هذه المبادئ ضمان حصول العملاء الذين يتعاملون مع المؤسسات المالية على معاملة عادلة بشفافية وصدق وأمانة، وحصولهم على الخدمات والمنتجات بكل يسر وسهولة وبتكلفة مناسبة وجودة عالية.

(٢) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٦-٢١).

(٣) أصدر البنك المركزي المبادئ الرئيسة للحوكمة في المؤسسات المالية الخاضعة لرقابة وإشراف البنك المركزي السعودي، يونيو ٢٠٢١م، ونص المبدأ السابع على الإفصاح والشفافية. وأصدر البنك المركزي السعودي ضوابط الإعلان عن المنتجات والخدمات المقدمة من المؤسسات المالية، مارس ٢٠٢٣م، وتهدف إلى رفع مستوى ثقة المتعاملين مع المؤسسات المالية وحمايتهم وتعزيز مبدأ الإفصاح والشفافية. وأصدر البنك المركزي السعودي تعليمات الإفصاح عن التراخيص، =

للمستفيد واختصارها وسهولة فهمها ودقتها بحسب ما تقتضيه الأنظمة ذات العلاقة[1].

ويلتزم الممول بحماية معلومات المستفيد المالية والشخصية، والحفاظ على خصوصياته، وعدم استخدامها إلا لأغراض محددة ومهنية[2] بعد

= يوليو ٢٠١٩م، وتهدف هذه التعليمات إلى توعية العملاء عن معلومات المؤسسة المالية التي تمكنهم من معرفة الجهات الرقابية والإشرافية الخاضعة لها، من خلال إلزام المؤسسات المالية بالإفصاح عن البيانات والتراخيص اللازمة لتعزيز ثقة العملاء والمستثمرين.

(١) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٧-٢١). وقد أصدر البنك المركزي السعودي قواعد الإفصاح عن أسعار المنتجات التمويلية والادخارية، يوليو ٢٠٢٠م، وتهدف هذه القواعد إلى توفير الشفافية في السوق للمنتجات التي تطرحها شركات التمويل للعملاء الأفراد فيما يخص معدل النسبة السنوي APR والمعدل السنوي المكافئ AER. والتزام الممول بمبدأ الإفصاح مقرر في كثير من النظم المقارنة، ينظر على سبيل المثال: التمويل العقاري، إعداد الطلبة: صويلح جهينة ومحبوب لندة، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون، جامعة ٨ ماي ١٩٤٥ -قالمة-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠٢٢-٢٠٢٣م، ص٦٠.

(٢) ومن أهم المعلومات المالية التي يجب على الممول المحافظة عليها ما يتعلق بالسجل الائتماني للعميل، ويقصد بالسجل الائتماني: تقرير تصدره شركات المعلومات الائتمانية المرخص لها بجمع المعلومات الائتمانية عن المستهلكين وحفظها يحتوي على المعلومات الائتمانية عن المستهلك. ومن التزامات الممول وشركات المعلومات الائتمانية المحافظة على سرية معلومات المستفيد «يلتزم الأعضاء والشركات والعاملون لديهم بالمحافظة على سرية المعلومات الائتمانية للمستهلكين، ولا يجوز نشرها أو استخدامها لأي غرض آخر، باستثناء ما ورد في هذا النظام أو لائحته التنفيذية، أو بما يتوافق مع الأنظمة والتعليمات المنظمة لسرية المعلومات في المملكة». المادة (٦) من نظام المعلومات الائتمانية. والممول =

أخذ موافقة المستفيد، ويُستثنى من ذلك ما يفصح عنه الممول للجهات الحكومية المختصة والجهات غير الحكومية المرخص لها، وذلك بالقدر اللازم لاستيفاء حقه وفقاً للأنظمة والضوابط ذات العلاقة[1].

وتعد تلك الإقرارات والتعهدات السابقة سارية طوال مدة العقد، ولا يجوز للممول الدفع بكونها قاصرة على وقت توقيع العقد[2].

٣٠. حق الممول (أو من يمثله) بالكشف على الأصل الممول والتحقق من سلامته كأصل مرهون كل ثلاث سنوات على الأقل، بشرط إعلام الممول للمستفيد بهذا الكشف قبل موعده ب (١٥) يوماً

= العقاري يعد أحد الأعضاء كما ورد تعريف العضو في المادة (١) من نظام المعلومات الائتمانية: «الجهة الحكومية أو الخاصة التي يربطها عقد لتبادل المعلومات الائتمانية مع شركة واحدة على الأقل من شركات المعلومات الائتمانية». وجاء في المادة (٣): «يسري هذا النظام على الشركات والأعضاء والجهات الحكومية والخاصة التي لديها معلومات ائتمانية». وقد أصدر البنك المركزي السعودي مبادئ السلوك وأخلاقيات العمل في المؤسسات المالية، أغسطس ٢٠١٩م، وتهدف هذه المبادئ إلى تعزيز منظومة القيم والمبادئ الأخلاقية التي تسهم في تعزيز الانضباط الوظيفي والنزاهة والشفافية والموضوعية والكفاءة والولاء والفاعلية في أداء وسلوك موظفي المؤسسة المالية أثناء تأديتهم لواجباتهم ومهاتهم الوظيفية.

(١) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٨-٢١). ومن حقوق المستفيد أحقيته بمعرفة المعلومات الائتمانية التي يحتوي عليه سجله الائتماني، وحقه في طلبها دون مقابل مالي. المادة (٤٣) من اللائحة التنفيذية لنظام المعلومات الائتمانية، الصادرة بقرار المحافظ البنك المركزي السعودي رقم (ق/ ١٣٧٠٩) وتاريخ ٢٢/ ٩/ ١٤٣٢هـ.

(٢) المرجع السابق، المادة (٩-٢١).

على الأقل، ولا يحق للممول (أو من يمثله أو ينوب عنه) انتهاك حرمة الممتلكات الخاصة بدخول المنازل المغلقة أو الممتلكات الخاصة دون إذن المستفيد (أو من ينوب عنه) أو دون وجود من له قوامة فيها في موعد الكشف، حتى وإن أُعلم المستفيد بموعد الكشف مسبقاً، ما لم يأذن المستفيد بذلك في حينه[1].

٣١. مسؤولية المستفيد عن كافة أعمال الصيانة الأساسية والتشغيلية تكون بعد إفراغ الأصل الممول لصالحه وتمكينه منه[2]. ويفهم من هذا البند أن تكاليف ومصاريف ما قبل الإفراغ أو التمكين يتحملها الممول ولا يجوز له تحميلها على المستفيد.

٣٢. التزام الممول بتقديم كافة المستندات المطلوبة والدعم اللازم؛ بما يمكن المستفيد من تقديم مطالبته لبائع الأصل الممول الأول أو المطور العقاري مباشرة في حال ظهور عيب في الأصل الممول ومطالبة المستفيد بإصلاحه أو تعويضه عنه[3].

وللمستفيد حق الرجوع للمحكمة المختصة عند عدم قيام المطور العقاري أو بائع العقار الأول بإصلاح الخلل أو عدم تعويض المستفيد عن

(١) المرجع السابق، المادة (٢٢). وينظر في هذا السياق: اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي، الصادرة بقرار محافظ البنك المركزي السعودي رقم (١/ م ش ت) وتاريخ ١٤/ ٤/ ١٤٣٤هـ، المادة (٥).

(٢) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (١-٢٣).

(٣) المرجع السابق، المادة (٢-٢٣).

قيمة الإصلاح أو في حال إنقاص هذا الخلل لقيمة الأصل الممول، أو غير ذلك من التعويضات المتاحة له شرعاً أو بموجب الأنظمة واللوائح السارية[١].

٣٣. يلتزم الممول بتحمل قيمة التأمين التعاوني[٢] على الأصل الممول، كما يتحمل قيمة التأمين على مخاطر وفاة المستفيد أو عجزه[٣].

وللممول تحميل قيمة التأمين على المستفيد ضمن إجمالي المبلغ المستحق[٤].

---

(١) المرجع السابق، المادة (٣-٢٣).

(٢) يقصد بالتأمين: «تحويل أعباء المخاطر من المؤمَّن لهم إلى المؤمِّن، وتعويض من يتعرض منهم للضرر أو الخسارة من قبل المؤمِّن». المادة (١) الفقرة (٧) من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني، الصادرة بقرار وزير المالية رقم (٥٩٦/ ١) وتاريخ ١/ ٣/ ١٤٢٥هـ.

(٣) المرجع السابق، المادة (١-٢٤). وقد أصدر البنك المركزي السعودي تعليمات الخدمات المقدمة للأشخاص ذوي الإعاقة في المؤسسات المالية، يناير ٢٠٢٠م، ومن أهداف هذه التعليمات ترسيخ العدالة بين كافة فئات المجتمع دون الانتقاص أو التمييز بأي شكل من الأشكال لحقوق أي فئة منها، ينظر: أولاً: المقدمة، أ. الهدف. وينظر كذلك: ٦. الشفافية والعدالة في التعامل مع الأشخاص ذوي الإعاقة، ثانياً: الالتزام بتحقيق العدل والمساواة في التعامل مع الأشخاص ذوي الإعاقة، ب- يحظر على المؤسسة المالية التعامل بممارسات تعسفية ومجحفة مع الأشخاص ذوي الإعاقة، وينظر: ثالثاً: تعليمات خدمات الأشخاص ذوي الإعاقة، الفقرة ٦: الشفافية والعدل في التعامل مع الأشخاص ذوي الإعاقة.

(٤) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (١-٢٤). وقد نصت المادة (٦) من نظام التمويل العقاري على التالي: «للممولين العقاريين وشركات إعادة التمويل العقاري تغطية مخاطر التمويل العقاري بالتأمين التعاوني وفقًا لأحكام اللائحة». وأضافت المادة (٥) الفقرة (١) من اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري ما يلي: «يكون التأمين على مخاطر التمويل العقاري وفقاً لأحكام نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني ولائحته التنفيذية وما تصدره المؤسسة من تعليمات». =

ويُعرف التأمين ومقدار التغطية[1].

ولا يستحق الممول التعويضات التأمينية إلا في حال التلف أو في حال وفاة المستفيد أو عجزه[2].

ويجب على الممول بيان تكلفة التأمين الإجمالية والسنوية في جدول الأقساط الآجلة، ويجب عليه إرفاق وثيقة التأمين مع هذا العقد، وتزويد المستفيد بالوثيقة عند تجديدها ليتمكن من قراءتها وفهمها،

= ونصت المادة (١) من نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٢) بتاريخ ٢/ ٦/ ١٤٢٤هـ على ما يلي: «يكون التأمين في المملكة العربية السعودية عن طريق شركات تأمين مسجلة فيها، تعمل بأسلوب التأمين التعاوني على غرار الأحكام الواردة في النظام الأساسي للشركة الوطنية للتأمين التعاوني، الصادر في شأنها المرسوم الملكي رقم (م/ ٥) وتاريخ ١٧/ ٤/ ١٤٠٥هـ وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية». وتأكيد المادة على مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية وعدم معارضتها تعزيز لمبدأ عدالة التعاملات. وينظر المادة (٦٤) من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل.

(١) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، الحاشية رقم (٢٤). وقد ورد فيها خطأ حيث ذُكر ذلك وفقاً لمتطلبات المؤجر، والصحيح وفقاً لمتطلبات البائع، حيث إن هذا العقد هو عقد بيع مرابحة طرفاه بائع ومشتري بخلاف عقد الإيجار التمويلي.

(٢) المرجع السابق، المادة (٢-٢٤). ويجب على شركات التأمين إصدار الشيكات المستحقة للأشخاص المتوفين باسم ورثتهم. ينظر: تعميم مراعاة إصدار الشيكات المستحقة للأشخاص المتوفين باسم ورثتهم، تعميم رقم (ت. ع. م/ ١٤/ ٢٠١١٠٧) بتاريخ ٨/ ٨/ ١٤٣٢هـ. لمزيد من المعلومات والبيانات، ينظر: الموقع الإلكتروني لهيئة التأمين.

ولا يحق للممول تحميل المستفيد تكلفة تأمين تفوق التكلفة الحقيقية التي يدفعها الممول لشركة التأمين كتكلفة تأمين الأصل الممول[١].

ويلتزم الممول بأن تكون التغطية التأمينية سارية طوال مدة العقد، ويلتزم بإشعار المستفيد فوراً في حال عدم سريان التغطية التأمينية لأي سبب من الأسباب[٢].

٣٤. يترتب على نزع الدولة ملكية الأصل الممول للمصلحة العامة أثناء سريان هذا العقد حلول مبلغ لا يتجاوز مبلغ السداد الكلي المبكر المستحق في تاريخ نزع الملكية[٣] واستحقاق الممول لذلك المبلغ[٤].

وإذا حصل المستفيد على التعويضات فيلتزم -أولاً- بسداد مبلغ السداد الكلي المبكر للممول، ويلتزم الممول بإصدار خطاب إخلاء الطرف للمستفيد وتحديث السجل الائتماني خلال مدة لا تتجاوز (٧) أيام عمل من تاريخ السداد، ويستحق المستفيد كافة المبالغ المتبقية من مبلغ التعويض المدفوع له[٥].

(١) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٣-٢٤).
(٢) المرجع السابق، المادة (٤-٢٤). وللمزيد حول شركات التأمين ودخولها كطرف ثالث في عقد التمويل العقاري، ينظر: النظام القانوني لعقد التمويل العقاري، أحمد سعيد الشهراني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠١٢م، ص١٣٢-١٣٣.
(٣) وليس تاريخ الصرف.
(٤) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (١-٢٥).
(٥) المرجع السابق، المادة (٢-٢٥) و(٣-٢٥).

٣٥. يترتب على تلف الأصل الممول تلفاً يمنع الانتفاع به بشكل كلي حلول مبلغ يعادل قيمة السداد الكلي المبكر، ما لم يتفق الأطراف في حينه على الاستمرار في العقد بعد تقديم المستفيد للضمانات المناسبة(١).

وفي حال وجود تعويضات تأمينية عن التلف الكلي فيستحق الممول -أولاً- مبلغ لا يتجاوز مبلغ السداد الكلي المبكر المستحق في تاريخ التلف، ويلتزم الممول بإصدار خطاب إخلاء الطرف للمستفيد وتحديث السجل الائتماني خلال مدة لا تتجاوز (٧) أيام عمل من تاريخ السداد، ويستحق المستفيد كافة المبالغ المتبقية من مبلغ التعويضات التأمينية المدفوع بعد ذلك(٢).

أما في حال التلف الذي يمنع الانتفاع بشكل جزئي، فيتحمل المستفيد كافة الخسائر الناتجة عن التلف، ويقوم الممول بمنح المستفيد كافة مبالغ التعويضات التأمينية المتحصلة كنتيجة لذلك التلف(٣).

٣٦. يجوز للمستفيد التنازل عن هذا العقد، أو نقل أي من حقوقه والتزاماته الناشئة عنه، إلى أي طرف بعد الحصول على موافقة كتابية من الممول، ويلتزم الممول بالنظر في طلب التنازل دون تعسف ودون مطالبات مالية إضافية للمستفيد أو الطرف المتنازل له، ويُرد على

(١) المرجع السابق، المادة (١-٢٦).
(٢) المرجع السابق، المادة (٢-٢٦) و(٣-٢٦).
(٣) المرجع السابق، المادة (٤-٢٦).

طلب التنازل خلال فترة لا تتجاوز (١٠) أيام عمل[١] من تاريخ تقديم طلب التنازل، وفي حال رفض الممول لطلب التنازل فيجب أن يكون الرفض مسبباً[٢].

أما في حال تنازل الممول عن هذا العقد أو نقل أي من حقوقه[٣] والتزاماته الناشئة عنه إلى الغير[٤] في السوق الثانوية بالبيع أو التصكيك أو غير ذلك فيشترط:

---

(١) فيما يتعلق بتحديد المدد بالأيام فإنها تتفاوت وتختلف بحسب طبيعة الالتزامات التي تقع على عاتق الممول فمنها ما هو محدد بـ: (١) يومين. (٢) ٧ أيام. (٣) ١٠ أيام. (٤) ١٥ يومًا. (٥) ٢٠ يومًا. (٦) ٣٠ يومًا.

(٢) المرجع السابق، المادة (١-٢٧).

(٣) المراد بحقوق عقود التمويل العقاري: «التدفقات النقدية والرهون والضمانات وغيرها من الحقوق الناشئة عن عقود التمويل العقاري». والمراد بنقل الحقوق: «نقل الحق في استيفاء الدين أو التنفيذ على العقار المرهون أو أي حق آخر ينشأ عن عقد تمويل عقاري». اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري، المادة (١).

(٤) وفي هذا الخصوص وحرصاً من البنك المركزي على حماية العملاء والتزام جهات التمويل بالأنظمة والتعليمات ذات العلاقة فقد صدر التعميم ذي الرقم (٣٩١٠٠٠٠٨٦٨٧٦) وتاريخ ٩/ ٨/ ١٤٣٩هـ، الذي يتضمن عدداً من الضوابط في حال شراء مديونية التمويل العقاري بين الممولين. وكذلك أصدر البنك المركزي قواعد تنظيم شركات إعادة التمويل العقاري، أبريل ٢٠٢٢م، وقد نظمت هذه القواعد حقوق عقود التمويل العقاري التي تشمل التدفقات النقدية والرهون والضمانات وغيرها من الحقوق الناشئة عن عقود التمويل العقاري. وأوضحت أحكام نشاط إعادة التمويل العقاري. وللمزيد من التفاصيل القانونية والفقهية المتعلقة بأحكام إعادة التمويل، ينظر: اتفاق التمويل العقاري وحق الممول في استخدام التوريق -دراسة قانونية مقارنة-، مصطفى أحمد إبراهيم، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد (٢)، ٢٠١٧م، المجلد (٥)، ص٣٨٤-٤٠٤.

١/ ألا يترتب عليه ضرر على المستفيد.

٢/ ألا ينشأ عن ذلك تغيير في جهة تسلم الأقساط أو يترتب عليه تغيير في الضمانات المقدمة.

٣/ ألا يعفى الممول من التزاماته المترتبة على هذا العقد[١]. ويلتزم المستفيد بتقديم الدعم اللازم في هذه الحالة بحدود الدعم المقبول عرفاً[٢].

---

(١) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٢-٢٧). وقد نصت الفقرة (٢) من المادة (٦٧) من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل على أنه: «لا يجوز لشركة التمويل التصرف في أصول التمويل أو الحقوق الناشئة عنها بأي شكل إلا بعد الحصول على خطاب من المؤسسة يتضمن عدم ممانعتها. ويشترط للتصرف في أصول التمويل أو الحقوق الناشئة عنها مضي سنة واحدة على الأقل من تاريخ منح التمويل المرتبط بالأصل المراد التصرف فيه»، وأضافت الفقرة (٣) من نفس المادة ما يلي: «تلتزم شركة التمويل بما تصدره المؤسسة من قواعد وتعليمات في شأن تطبيق أحكام هذه المادة». وفي هذا الخصوص أصدر البنك المركزي قواعد تنظيم التصرف في أصول التمويل أو الحقوق الناشئة عنها، سبتمبر ٢٠١٥م، ويشمل التصرف بيع أصول التمويل، أو بيع الذمم المدينة، أو الرهن، أو التنازل. المادة (١). وهنا لا يجوز للممول العقاري التصرف في الحقوق الناشئة إلا بعد مضي سنة من تاريخ منح التمويل المرتبط بالأصل العقاري، أو ستة أشهر من تاريخ استلام القسط الأول من المستفيد، أيهما أبعد. القاعدة (١). ٧.

(٢) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٣-٢٧). وفي حال حدوث الضرر على المستفيد، فيترتب عليه قيام المسؤولية العقدية على الممول، ينظر: المسؤولية العقدية للممول العقاري - دراسة مقارنة -، عبد الله بن منصور الطيار، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ص٦١-٧٩.

٣٧. التزام الممول بمنح المستفيد أو الكفيل حق تصحيح الإخفاق في سداد الأقساط المستحقة خلال المدة الممنوحة في إشعار التعثر[١]. وأشار العقد إلى التفريق بين الإخلال الجوهري وغيره من صور الإخلال، فالمستفيد مطالب بتصحيح الإخلال الجوهري بأي من وثائق العقد خلال المدة المنصوص عليها في العقد أو خلال (٣٠) يومًا من تاريخ إخطار الممول للمستفيد بهذا الإخلال في حال عدم النص على مدة أخرى في هذا العقد[٢].

وعند حصول حالة إخلال من قبل المستفيد فينبغي على الممول مناقشة المستفيد وتعديل مدة العقد أو بعض مواده أو مواعيد السداد أو مقدار الأقساط أو غير ذلك -عند الحاجة-، لمنح المستفيد فرصة لتصحيح وضعه في حال قناعة الممول بقدرة المستفيد على تصحيح وضعه وجديته في ذلك، وذلك وفقاً للأنظمة والقواعد الشرعية ذات العلاقة[٣]، أو يُتفق على

(١) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (١-١-٢٨).
(٢) المرجع السابق، المادة (٢-١-٢٨).
(٣) المرجع السابق، المادة (١-٢-٢٨). وهنا ينبغي أن يراعي الممول قواعد إنظار المعسر المقررة في الشريعة الإسلامية. وفي هذا الخصوص أصدر البنك المركزي إطار الحوكمة الشرعية للمصارف والبنوك المحلية العاملة في المملكة، فبراير ٢٠٢٠م، ويحقق توافر حوكمة شرعية فعالة الحد من مخاطر عدم الالتزام بالأحكام والمبادئ الشرعية التي تعتبر الضمانة الرئيسية لعدالة التعاملات في عقود التمويل العقاري. وأصدر البنك المركزي تعليمات الحوكمة الشرعية في شركات التمويل، مايو ٢٠٢١م، وتهدف هذه التعليمات إلى تعزيز إجراءات الحوكمة الشرعية في شركات التمويل بما يسهم في تطوير المالية الإسلامية، وتسعى كذلك إلى وضع حد أدنى لممارسة الحوكمة الشرعية، وتعزيز بيئة الالتزام =

تقديم المستفيد لطلب السداد الكلي المبكر[1].

أما في حال تعذر اتفاق الممول والمستفيد على معالجة الإخلال فيجوز للممول استيفاء حقوقه بموجب أي من وثائق الضمان وفقاً للضوابط المرعية[2].

ومن ذلك إعلان حلول واستحقاق مبلغ يعادل مبلغ السداد الكلي المبكر ومطالبة المستفيد بسداده، ويحق للممول في حال عدم قيام المستفيد بسداد مبلغ السداد الكلي المبكر مطالبة الكفيل أو التنفيذ على الرهن وفقاً للضوابط المرعية، وذلك عن طريق استصدار أمر بذلك من الجهات القضائية المختصة، ما لم يتفق الطرفان كتابياً بعد وقوع حالة الإخلال على التنفيذ على الأصل الممول والتصرف فيه، دون الحاجة إلى التحاكم لدى الجهة المختصة، ولا يحق للممول محاولة إجبار المستفيد على إخلاء الأصل الممول بطرق أخرى غير ذلك (ويشمل ذلك فصل الخدمات عن الأصل الممول أو غيرها)[3].

= بالأحكام والمبادئ الشرعية، وتحديد أدوار ومسؤوليات اللجنة الشرعية وضوابط عملها.

(١) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٢-٢-٢٨).

(٢) المرجع السابق، المادة (١-٣-٢٨).

(٣) المرجع السابق، المادة (٢-٣-٢٨). وللاستزادة فيما يتعلق بالتنفيذ على العقار المرهون، ينظر: الحماية الجنائية والمدنية في التمويل العقاري -دراسة تأصيلية مقارنة-، د. فواز المطيري، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، ٢٠١١م، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ص٢٨٥-٢٩٨.

ويستحق المستفيد كافة المبالغ التي تزيد عن مبلغ السداد الكلي المبكر المستحق للممول بعد تنفيذ الممول على الرهن[١].

٣٨. ومن التزامات الممول إعفاء المستفيد في حالة الوفاة أو العجز الكلي وفقاً لضوابط وإجراءات التحصيل للعملاء الأفراد الصادرة عن البنك المركزي، ويعد المستفيد عندها مؤدياً لكامل التزاماته وفقاً للعقد، ويلتزم الممول بإصدار خطاب إخلاء طرف للمستفيد أو ورثته وتحديث سجله الائتماني خلال مدة لا تتجاوز (٧) أيام عمل من تاريخ حصول الممول على مبالغ التغطية التأمينية[٢].

أما في حال كون الوفاة أو العجز الكلي مستثناة من الإعفاء، وفقاً لضوابط وإجراءات التحصيل للعملاء الأفراد الصادرة عن البنك المركزي؛ فعندها يُفسخ العقد والتعامل مع هذه الحالة وفقاً للمادة (٢٨) (الإخلال وفسخ العقد)[٣].

أما في حال العجز الجزئي فالأصل بقاء التزامات وحقوق المستفيد وفقاً للعقد، ما لم تشملها التغطية التأمينية، أو يتقدم المستفيد بطلب التنازل عن العقد لغيره[٤]. وفي حال كفاية مبالغ التغطية التأمينية

(١) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٣-٣-٢٨).
(٢) المرجع السابق، المادة (١-١-٢٩).
(٣) المرجع السابق، المادة (٢-١-٢٩). ينظر ضوابط وإجراءات التحصيل للعملاء الأفراد، خامساً: أحكام عامة (١-١).
(٤) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (١-٢-٢٩).

لسداد مبلغ السداد الكلي المبكر فعندها يعد المستفيد مؤدياً لكامل التزاماته وفقاً للعقد، ويلتزم الممول بإصدار خطاب إخلاء طرف للمستفيد وتحديث سجله الائتماني خلال مدة لا تتجاوز (٧) أيام عمل من تاريخ حصول الممول على مبالغ التغطية التأمينية[١].

٣٩. جواز تعدد المستفيدين، وفي هذه الحالة يكونون مسؤولين بالتضامن عن سداد إجمالي المبلغ المستحق للممول بموجب العقد، وللممول مطالبة أحد المستفيدين أو جميعهم بسداد إجمالي المبلغ المستحق[٢].

ويترتب على وفاء أحد المستفيدين بأحد الأقساط أو الدفعات كاملة براءة ذمة بقية المستفيدين في مواجهة الممول عن ذلك القسط أو الدفعة[٣]. ويحق للمستفيدين أو لبعضهم السداد المبكر الجزئي أو الكلي[٤].

٤٠. يلتزم الممول بفك الرهن عن الأصل الممول إذا سدد المستفيد إجمالي المبلغ المستحق من خلال استيفاء كافة الأقساط الآجلة والدفعات أو مبلغ السداد المبكر[٥].

(١) المرجع السابق، المادة (٢-٢-٢٩).
(٢) المرجع السابق، المادة (١-١-٣٠). وينبه هنا إلى وجود خطأ في طريقة ترقيم المادة وبنودها.
(٣) المرجع السابق، المادة (٢-١-٣٠).
(٤) المرجع السابق، المادة (٣-٣٠).
(٥) المرجع السابق، المادة (٢-٣٠).

٤١. التزام الممول -بقدر المستطاع- بتسجيل هذا العقد في السجل العقاري وفقاً لنظام التسجيل العيني للعقار[١] والأنظمة المرعية الأخرى، ويجوز له توثيق هذا العقد وأي من ملاحقه أو ضمانته لدى الجهات المختصة لضمان حقوقه[٢].

٤٢. يجب أن تكون كافة الإشعارات المرسلة من الممول للعميل خطية، وترسل من خلال:

١/ العنوان الموضح في عناوين الاتصال.

٢/ الرسائل النصية.

٣/ البريد الإلكتروني.

---

(١) صدر تعميم من البنك المركزي يتضمن مسؤولية جهات التمويل عن متابعة الإعلانات الصادرة عن الهيئة العامة للعقار بهذا الشأن، تعميم بشأن التسجيل العيني للعقار برقم (٤٤٠٨١٤٣٩) وتاريخ ٢٤/ ١٠/ ١٤٤٤هـ. والمقصود بالسجل العقاري: مجموعة وثائق تبين أوصاف العقار وموقعه وحالته المادية والنظامية، وما يتبعه من حقوق والتزامات، والتعديلات التي تطرأ على ذلك، في ضوء الوثائق المعتبرة نظاماً. والتسجيل العيني: جعل العقار محل الحق العقاري أساساً لقيد الحق. نظام التسجيل العيني للعقار، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٩١) وتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٤٣هـ.

(٢) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٣١). ومن أهداف التسجيل العيني للعقار تسجيل كافة التصرفات العقاري وتوثيق الحقوق العينية الأصلية والتبعية في السجل العقاري، وفي ذلك تعزيز لمبدأ عدالة التعاملات، ينظر اللائحة التنفيذية لنظام التسجيل العيني للعقار، الصادرة بقرار مجلس إدارة الهيئة العامة للعقار بالقرار رقم (١/ ٢٠/ ت/ ٢٢) وتاريخ ٢٧/ ١/ ١٤٤٤هـ، المادة (١).

٤/ عنوان بديل يخطر به الأطراف بعضهم بعضاً من وقت لآخر.

ويلتزم كل طرف إخطار الطرف الثاني فوراً بأية تغييرات تطرأ على عناوين الاتصال الخاصة به[١].

ويفترض وصول الإشعارات المرسلة من الممول، وعلم من وجهت إليه (المستفيد أو الكفيل) بمضمونها، بشرط استيفائها طريقين من طرق التواصل المبينة فيما يلي، ومرور يومي عمل على تاريخ إرسال آخرهما:

١/ أن يرسل عبر الرسائل النصية إلى الجوال الموضح في عناوين الاتصال.

٢/ أن ترسل إلى البريد الإلكتروني الموضح في عناوين الاتصال.

٣/ أن ترسل على هيئة خطابات إلى العنوان الموضح في عناوين الاتصال.

٤/ أن ترسل بواسطة التبليغات القضائية[٢].

أما يتعلق بإشعار التأخر وإشعار الإخلال، فلا يفترض وصولها، كما لا يفترض علم من وجهت إليه بمضمونها إلا باستيفاء جميع طرق التواصل المبينة فيما سبق، ومرور يومي عمل على تاريخ إرسال آخرها، وبشرط إرسالها إلى الكفيل وإلى جميع المستفيدين في حال تعددهم[٣].

(١) المرجع السابق، المادة (١-٣٣).

(٢) المرجع السابق، المادة (٢-٣٣) وبنودها (١)، و(٢)، و(٣)، و(٤). وينبه هنا إلى وجود خطأ في طريقة ترقيم المادة وبنودها.

(٣) المرجع السابق، المادة (٣-٣٣).

٤٣. أما فيما يتعلق بالإخطارات الموجهة من المستفيد أو الكفيل إلى الممول وعلم الممول بمضمونها فوراً بشرط أن تكون بأحد الطرق التالية:

١/ عن طريق هاتف الممول الموضح في عناوين التواصل.

٢/ عن طريق البريد الإلكتروني الموضح في عناوين التواصل.

٣/ عن طريق التوجه إلى فرع الممول الموضح في عناوين التواصل.

٤/ عن طريق التبليغات القضائية[١].

وفي حال أُرسل البريد الإلكتروني في غير يوم عمل أو بعد الساعة (١٧:٠٠) من يوم عمل، فيفترض وصوله إلى الممول وعلم الممول بمضمونه في يوم العمل الذي يليه[٢]. وفي هذا السياق لا يجوز للطرف الذي قصر أو أهمل في إخطار الطرف الآخر بتغير عناوين تواصله أو أحدها التعذر بعدم علمه بالإخطار أو عدم وصوله إليه[٣].

---

(١) المرجع السابق، المادة (٤-٣٣).

(٢) المرجع السابق، المادة (٥-٣٣). وقد أصدر البنك المركزي تعميمًا يتضمن ضوابط إنشاء إدارة العناية بالعميل لدى شركات التمويل، رجب ١٤٣٩هـ، وأكدت فيها نصاً وبشكل صريح على أن هذا التعميم يستند على حرص البنك على عدالة التعاملات وحماية حقوق العملاء وشركات التمويل. ويتضمن هذا التعميم (١٤) ضابطاً يجب على شركات التمويل اتخاذ كافة ما يلزم لضمان الالتزام بها.

(٣) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٦-٣٣). وقد أصدر البنك المركزي سياسة الإبلاغ عن المخالفات لدى المؤسسات المالية، أغسطس ٢٠١٩م، وتقرر هذه السياسات أنه عند وقوع مخالفات لمثل هذه الإجراءات فيجب على منسوبي المؤسسة المالية وأصحاب المصلحة التبليغ، والتزام المؤسسة المالية بالتعامل بالجدية اللازمة مع البلاغ، واتخاذ الإجراءات التصحيحية للمخالفة في حال ثبوتها.

٤٤. التزام الممول العقاري بالحفاظ على سرية معلومات المستفيد وملاءته المالية، كما يلتزم بأخذ إذن المستفيد الخطي في حال رغبته بالإفصاح عن معلوماته الائتمانية[١] إلى أي جهة، ما لم يُسمح له بهذا الإفصاح وفق هذا العقد، أو يُلزم بهذا الإفصاح بأمر القانون أو أمر المحكمة المختصة[٢].

٤٥. لا يؤدي بطلان أي مادة من مواد وثائق العقد أو عدم نظاميتها أو عدم قابليتها للتنفيذ إلى بطلان أو عدم قابلية تنفيذ بقية المواد في وثائق العقد[٣].

٤٦. حق المستفيد في تقديم طلب إلى الممول في حال وجود استفسار أو نزاع أو شكوى عن طريق وسائل التواصل الخاصة بالممول الموضحة في الشروط الخاصة أو عن طريق البوابة الإلكترونية أو عن طريق زيارة أقرب فرع للممول بالمنطقة، ويلتزم الممول بدراسة الطلب والرد عليه حسب الإجراءات المتبعة في مثل هذه الحالات خلال فترة لا تتجاوز (١٠) أيام عمل من تاريخ تقديم الطلب[٤].

---

(١) ويقصد بالمعلومات الائتمانية: المعلومات والبيانات عن المستهلك فيما يتعلق بتعاملاته الائتمانية، مثل: القروض، والشراء بالتقسيط، والإيجار، والبيع الآجل، وبطاقات الائتمان، ومدى التزامه بالسداد من عدمه. المادة (١)، نظام المعلومات الائتمانية.

(٢) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (١-٣٤).

(٣) المرجع السابق، المادة (٢-٣٤).

(٤) المرجع السابق، المادة (٣-٣٤).

٤٧. سقوط حق الممول في حال تأخره في ممارسة أي حق أو تأخره بالمطالبة بأي تعويض، وفقاً لوثائق العقد إذا نص هذا العقد أو الأنظمة ذات العلاقة على ذلك[١].

٤٨. أن فسخ العقد أو إنهاءه لا يلغي أو يؤثر على أية التزامات تعاقدية يجب الوفاء بها من قبل الأطراف[٢].

٤٩. لا يحق لأي شخص ليس طرفاً في هذا العقد المطالبة بالإلزام بأي مادة من مواده[٣].

٥٠. اللغة العربية هي اللغة المعتمدة لوثائق العقد[٤]. وفي هذا الالتزام حماية للمستفيد الذي قد يتعاقد مع بنوك أو شركات تمويل أجنبية تمارس أعمالها في المملكة العربية السعودية.

---

(١) المرجع السابق، المادة (٤-٣٤).

(٢) المرجع السابق، المادة (٥-٣٤).

(٣) المرجع السابق، المادة (٦-٣٤). وهذا يشمل جميع من يتعاقد معهم الممول استناداً إلى هذا العقد كشركات التأمين أو المقيم العقاري أو شركات المعلومات الائتمانية أو الشركة السعودية لإعادة التمويل العقاري وغيرها. وينبغي إعادة صياغة هذه المادة لضمان حقوق ورثة المستفيد حيث يفهم من ظاهرها عدم أحقيتهم في المطالبة بحقوق مورثهم التي تضمنها هذا العقد. وينبغي أن يراعى في هذه المادة ما نص عليه في نظام المعاملات المدنية من حقوق متعلقة بالخلف العام والخلف الخاص، المواد: (٨٦)، (٩٨)، (١١٢)، (١٨٣)، (١٨٩)، (١٩٠)، (٣٠٣)، (٣٥٧)، (٦١٨).

(٤) عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة، المادة (٧-٣٤).

٥١. تحرير عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة من نسختين أصليتين متطابقتين وموقعتين من الأطراف، وتسلُّم كل طرف نسخة للعمل بموجبها وبموجب شروطها وتعهداتها وبموجب مرفقاتها(١).

٥٢. خضوع هذا العقد لأنظمة المملكة العربية السعودية(٢).

٥٣. يُسوى أي نزاع ينشأ بين الأطراف ودياً، وإذا أخفق الأطراف في حل النزاع خلال (١٥) يوماً من تاريخ نشوئه، فيحق لأي طرف من الأطراف إحالة النزاع إلى الجهة القضائية المختصة في المملكة العربية السعودية للفصل فيها(٣).

المطلب الثالث: الضمانات التعاقدية لعدالة التعاملات في ملاحق العقد:

تضمنت ملاحق العقد بعض الأحكام القانونية التفصيلية التي تبرز وتوضح التزام الممول العقاري بمبدأ عدالة التعاملات، وقد نص العقد في بدايته على الامتثال لهذه الملاحق، وأنها تشكل بالإضافة للأحكام والشروط الخاصة والأحكام والشروط العامة مجتمعة عقداً واحداً متكاملاً، وفيما يلي بيان بأبرز ما تضمنته الملاحق من أحكام:

(١) المرجع السابق، المادة (٨-٣٤).
(٢) المرجع السابق، المادة (١-٣٥).
(٣) المرجع السابق، المادة (٢-٣٥). وينظر المبحث الرابع: ضمانات عدالة التعاملات في الأحكام القضائية.

٥٤. (جدول الأقساط الآجلة) الذي احتوى على العديد من البيانات التفصيلية الواجب ذكرها.

ومن تلك البيانات: مدة العقد بالأيام والأشهر، وتاريخ الابتداء والانتهاء، وعدد الأقساط، وتوريخها، والمتبقي من مبلغ التمويل، والمتبقي من إجمالي المبلغ المستحق، وتوقيع المستفيد على إقراره واطلاعه بمحتوى الملحق[١].

٥٥. (شهادة القبول بالأصل الممول)، حيث تحتوي على إقرار مفصل من المستفيد بقبوله للأصل الممول بعد معاينته معاينة تامة نافية للجهالة شرعاً ونظاماً، وإقراره بسلامته من كافة العيوب الظاهرية، وقيامه بالفحوصات الهندسية اللازمة للتأكد من سلامة العقار، وتبرئة الممول من كافة العيوب الظاهرة والخفية، وأن الأصل الممول وجميع أدواته وتجهيزاته سليم وصالح تماماً للغرض الذي اشتري من أجله، وتوقيع المستفيد على إقراره واطلاعه بمحتوى الملحق. وقد تضمن الملحق العديد من المعلومات والبيانات التفصيلية عن العقار محل التمويل التي تجاوزت (٣٠) بياناً[٢]. وهذا الإقرار يكون في مرحلة ما قبل إبرام العقد بين الممول والمستفيد.

٥٦. احتوى (شهادة تسلم الأصل الممول)، على إقرار مفصل من المستفيد على قبضه للأصل الممول، وإقراره وتأكيده على:

(١) المرجع السابق، الملحق رقم (١).
(٢) المرجع السابق، الملحق رقم (٢).

١/ استمرار الإقرارات المقدمة في شهادة القبول بالأصل الممول.

٢/ قيام الممول بإفراغ الأصل الممول بالتاريخ المحدد، وتمكين المستفيد من استخدامه.

٣/ أن هذه الشهادة تعد إثباتًا قطعيًا على قبض المستفيد للأصل الممول. وهذه الشهادة يجب أن تحتوي على نفس البيانات والمعلومات الواردة في (شهادة القبول بالأصل الممول). وتوقيع المستفيد على إقراره واطلاعه بمحتوى الملحق[١].

(١) المرجع السابق، الملحق رقم (٣).

المبحث الرابع
ضمانات عدالة التعاملات في الأحكام القضائي

يعد القضاء أحد الركائز الأساسية لضمان عدالة التعاملات، فهو يوفر منصة مستقلة وموضوعية للفصل في النزاعات وإصدار القرارات؛ بناء على اتفاقات الأطراف، أو الأنظمة واللوائح والأدوات التنظيمية الأخرى، وهو يسهم في تعزيز استقرار المجتمع من خلال حماية حقوق الطرف الضعيف من التعدي والانتهاك وفرض العقوبات على المخالفين وتعويض المتضررين.

المطلب الأول: محكمة مختصة لضمان عدالة التعاملات:

من الضمانات الشرعية والقانونية التي وفرتها منظومة تشريعات التمويل العقاري لتحقيق عدالة التعاملات بين أطراف عقد التمويل العقاري: تحديد جهة قضائية مختصة للنظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق وتفسير عقود وتشريعات التمويل العقاري، حيث إن التعاملات التمويلية لها أبعاد وتأثيرات اقتصادية ومالية ونقدية جوهرية، وتتسم بنمط من الخصوصية؛ فينبغي إحاطتها بنوع من الذاتية والطابع الخاص الذي ينسجم مع طبيعتها ودورها للمحافظة على سلامة واستقرار القطاع المالي.

واستناداً لما سبق، فقد نصت المادة (١٣) من نظام التمويل العقاري على أن تتولى المحكمة المختصة الفصل في المنازعات الناشئة عن عقود

التمويل العقاري وإيقاع العقوبات المنصوص عليها في نظام مراقبة شركات التمويل.

وجاء بيان وتحديد تلك المحكمة المختصة في البند الثالث من المرسوم الملكي رقم (م/ ٥١) وتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ، حيث نص على تشكيل لجنة باسم (لجنة الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية)، وبين المرسوم الملكي في عدد من فقرات البند الثالث أبرز وأهم الأحكام القانونية المتعلقة بتلك اللجنة.

ونظراً للطبيعة الخاصة للتعاملات المالية المتعلقة بالائتمان وأهمية سلامتها واستقرارها؛ فإن المنظم عدَّ هذه اللجنة من اللجان المستثناة من تطبيق أحكام نظام القضاء، وآلية العمل التنفيذية لنظام القضاء ونظام ديوان المظالم لعام ١٤٢٨هـ[١].

وتتولى اللجنة الفصل في المخالفات والمنازعات ودعاوى الحق العام والخاص، الناشئة من تطبيق أحكام نظام مراقبة شركات التمويل، وأحكام نظام الإيجار التمويلي ولائحتيهما، والقواعد والتعليمات الخاصة بهما[٢].

ومما هو مستثنى من اختصاصات اللجنة -موضوعياً-: المنازعات الناشئة عن الحقوق العينية على عقار، والمنازعات المتعلقة بالأوراق

(١) البند الثالث الفقرة (١٠) من المرسوم الملكي رقم (م/ ٥١) وتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ.
(٢) البند الثالث الفقرة (١/ أ) من المرسوم الملكي رقم (م/ ٥١) وتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ.

المالية الناشئة من نشاط عقود التمويل. حيث إن الاختصاص في الحقوق العينية على العقارات مسند إلى المحاكم العامة، أما المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية فتختص به موضوعياً لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية[1].

ولجنة الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية لها حق مطلق وصلاحية واسعة في جميع ما يتعلق بالمنازعات الناشئة عن عقود التمويل العقاري، متى ما كان محل النزاع غير مرتبط بحقوق عينية على محل العقار، أو نزاع متعلق بنشاط الأوراق المالية، فجميع المنازعات بين الممولين والمستفيدين الناشئة عن تطبيق عقود التمويل العقاري وأنظمته ولوائحه وتعليماته وقواعده يندرج تحت اختصاص اللجنة، إلا ما استثني بنص خاص.

ومع توسع المنشآت المالية وتنوع أنشطتها ومنتجاتها، وتزايد الإقبال الاستهلاكي والتمويلي عليها، ارتفع عدد الدعاوى المقيدة لدى الأمانة العامة للجان المنازعات والمخالفات المصرفية والتمويلية[2]، وبلغ عدد القضايا الواردة للجان الابتدائية الفصل في المنازعات والمخالفات التمويلية لعام ١٤٤١هـ قرابة (٩٥٩) قضية[3]، وبلغ عدد

(١) نظام السوق المالية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٠) بتاريخ ٢/ ٦/ ١٤٢٤هـ، المادة (٣٠/ أ).

(٢) التقرير السنوي الثاني والعشرون لعام ١٤٤١هـ عن أعمال الأمانة العامة للجان المنازعات والمخالفات المصرفية والتمويلية، ص٧.

(٣) المرجع السابق، ص١١.

القضايا المتعلقة بالتمويل العقاري (١٥٠ قضية)[١]، وتجاوزت مبالغ مطالبات العملاء المرتبطة بالتمويل العقاري ٨٧٠ مليون ريال[٢].

المطلب الثاني: ركائز قضائية لضمان عدالة التعاملات:

ومما يعزز ويؤكد مبدأ عدالة التعاملات في الأحكام القضائية طريقة تشكيل الدوائر الابتدائية والاستئنافية للجنة الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية، وكيفية إجراءات نظر الدعوى. حيث تتكون اللجنة الابتدائية والاستئنافية من دائرة أو أكثر، وتتكون كل دائرة من ثلاثة أعضاء وعضو احتياطي رابع. ويشترط في أعضاء اللجنة أن يكونوا من ذوي الخبرة والتأهيل النظامي، ويجب أن يكون أحد الثلاثة ممن يتمتع بالتأهيل الشرعي. ويعين رئيس اللجنة وأعضاؤها بأمر ملكي، ولمدة أربع سنوات قابلة للتجديد.

واشتراط ذلك العدد، ووضع معايير مهنية وعلمية في اختيار أعضاء تلك اللجان، وتعيينهم بأمر ملكي؛ مما يعزز مبادئ استقلالية

(١) المرجع السابق، ص٢٨.

(٢) المرجع السابق، ص٣٢. بينما في العام ١٤٤٠هـ بلغ عدد قضايا التمويل العقاري (٤٦٦) قضية، وتجاوزت مطالبات العملاء للممولين العقاريين ٤ مليار ريال. ينظر: التقرير السنوي الحادي والعشرون لعام ١٤٤٠هـ عن أعمال الأمانة العامة للجان المنازعات والمخالفات المصرفية والتمويلية، ص١٩ وص ٢٣. لمزيد من المعلومات والبيانات، ينظر: الموقع الإلكتروني للأمانة العامة للجان الفصل في المنازعات والمخالفات المصرفية والتمويلية.

وحياديـة وموضوعيـة القـرارات الصـادرة عـن تلـك اللجـان؛ ممـا يعـزز ويدعـم الضمانـات القضائية لعدالة التعاملات في عقود التمويل العقاري.

ويجـب أن تلتـزم لجـان الفصـل في المنازعـات والمخالفـات التمويليـة ابتداءً بتطبيق القواعد والأحكام المنصوص في البند الثالث من المرسوم الملكـي رقـم (م/ ٥١) وتاريـخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ، والأمـر الملكـي رقـم (٧١٣) وتاريـخ ٤/ ١/ ١٤٣٨هـ، الصـادر بالموافقـة عـلى مشروع قواعـد عمـل لجنـة الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية واللجنة الاستئنافية.

وعنـد عـدم وجـود نـص خـاص في تلـك القواعـد، والأنظمـة واللوائـح والتعليمات، والمعلومـات والبينـات الثابتـة في ملـف الدعـوى، والاتفاقـات المبرمـة بـين أطـراف الدعـوى، فيجـب عـلى اللجنـة تطبيـق نظـام المرافعـات الشرعيـة ونظـام الإجـراءات الجزائيـة بحسـب الأحـوال، وبـما لا يتعـارض مع اختصاصـات وصلاحيات وطبيعة عملها.

وأيضـاً صـدرت قواعـد خاصـة بتنظيـم الاختصـاص المـكاني للجنـة والتمييـز بـين أطـراف الدعـوى، ويظهـر مـن خلالهـا مراعـاة جانـب المسـتفيد في مـكان إقامـة الدعـوى، فتقـام في مكانـه سـواءً كان مدعيـاً أم مدعى عليه[1].

(١) قواعـد الاختصـاص المكاني للجـان المنازعـات المصرفيـة ولجـان الفصـل في المخالفـات والمنازعـات التمويليـة، الصـادرة بالأمـر الملكـي رقـم (٩٦٧٥) وتاريـخ ٢١/ ٢/ ١٤٤٢هـ، القواعـد من (١-٤). وفي حـال تقصـير الممـول أو تجـاوزه حـدود حقوقـه المقـررة في عقـد التمويـل العقـاري بصيغـة المرابحـة، فإنـه يحـق للمسـتفيد =

المطلب الثالث: مبادئ قضائية لضمان عدالة التعاملات:

من المقرر أن الأحكام القضائية تعد مصدراً تفسيرياً أو غير رسمي للقانون، أي أنه ليس مصدراً يجب الأخذ به، لكن المبادئ القضائية التي استقرت تعد وسيلة قانونية فعالة يستنار بها لمعرفة اجتهادات السلطة القضائية.

وتؤدي تلك المبادئ دوراً قانونياً بارزاً في بيان ما استقر عليه اجتهاد القضاة وما جرى عليه العمل قضائياً.

وانطلاقاً من تلك الغايات والمقاصد وتحقيقاً للمبادئ الكلية التي تستهدفها تشريعات التمويل العقاري من تحقيق سلامة القطاع المالي، وضمان عدالة التعاملات بين الأطراف، وتعزيزاً لإمكانية التنبؤ بالقرارات قبل صدورها، ودعماً لاستقرار الاجتهادات القضائية؛ أصدرت الأمانة العامة للجان المنازعات والمخالفات المصرفية والتمويلية مدونة المبادئ القضائية في المنازعات المصرفية والتمويلية لعام ١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م.

وقد تضمنت المدونة عدداً من المبادئ التي تبرز وتبين مبدأ عدالة التعاملات في العقود المصرفية والتمويلية.

= إقامة الدعوى أمام هذه اللجان. ينظر: المسؤولية العقدية للممول العقاري - دراسة مقارنة -، عبد الله بن منصور الطيار، مرجع سابق،، ص ٩٠- ٩٧، حاشية (١٤٦).

هذا المطلب يشير بشكل مقتضب إلى أبرز ما صدر عن تلك اللجان من مبادئ قضائية بخصوص تحقيق مبدأ عدالة التعاملات بين أطراف عقد التمويل العقاري، وهي كالتالي -حسب ترقيم المدونة-:

٩٧٤- ثبوت قيام جهة التمويل بحسم الأقساط قبل الموعد المتفق عليه دون موافقة العميل، مؤداه ثبوت خطأ جهة التمويل الموجب للتعويض.

٩٧٦- للجنة التمويلية بما لها من سلطة تقدير الدليل وكفايته أن تأخذ بتقرير الخبير متى اقتنعت بصحته وسلامة أسسه، وأن تقيم قضاءها عليه، ومناط ذلك أن يكون تقرير الخبير قد أحاط بجملة النزاع ودلل عليه بأسباب يبيِّن فيها سنده بحيث يكون صالحاً لأسباب اللجنة في إصدار قرارها.

٩٧٧- مناط القضاء بالتعويض يستند على قيام أركان المسؤولية المدنية الموجبة للتعويض من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وفي حال اختلال أحد تلك الأركان فإن أثر ذلك. رد الدعوى.

٩٧٩- حال احتوى العقد المبرم بين الأطراف على مخالفات نظامية فيتم تصحيح العقد بإبطال المواد المخالفة للنظام وإمضاء العقد، ما لم تكن هذه المواد مخالفة لمقتضى وجوهر العقد.

٩٨١- بطلان قيام جهات التمويل باحتساب الغرامات؛ إذ أن هذه العمولات المتمثلة في الغرامات التي تحصلها جهات التمويل من العميل تعد بمثابة إثراء غير مشروع على حساب الغير دون سبب.

٩٨٢- طلب الشريك المتضامن الخروج من العقد، وتنازله عن نصيبه للشريك الآخر، مع قدرة الشريك الآخر على سداد كامل الأقساط كما هي، أثره: إلزام الشركة بإخراج الشريك المتضامن وذلك لكونه لأنه لا ضرر يعود عليها.

٩٨٣- قيام المسؤولية المدنية الموجبة للتعويض عند ثبوت خطأ الممول في حبس مال المستفيد من عقد التمويل وحرمانه من الانتفاع به واستغلاله.

٩٨٤- عند انعدام وجود ما يلزم العميل من تقديم معلومات حالته الصحية قبل حصوله على التمويل، أثر ذلك: عدم قبول دفع جهة للتمويل بعدم قيام المتمول بتزويدها معلومات عن حالته الصحية[1].

٩٩٢- إجمالي الضمان ليس له علاقة بإجمالي الالتزام، لذا فإن العميل ملتزم بسداد القسط الشهري بالكَمِّ المتفق عليه في عقد التمويل العقاري دون أن يكون لقيمة القسط المتفق عليه أثر على الوفاء بالتزاماته.

(١) ينظر في المبادئ في السابقة: مدونة المبادئ القضائية في المنازعات المصرفية والتمويلية لعام ١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م، ص٢٦٥-٢٦٧.

٩٩٣- استلام المستفيد من عقد التمويل العقاري للعقار محل التمويل وقبوله له؛ قرينةٌ على رضاه بعقد التمويل ما لم يثبت عكس ذلك[١].

٩٩٩- الضمانات المقدمة عند إبرام العقد هي ضمانة للمديونية التي قد تنتج عن العقد، انتهاء العقد أثره: التزام جهة التمويل بإعادة الضمانات عند انتهاء العقد[٢].

١٠٢٢- عدم استحقاق الممول أي رسوم عند عدم إبرام العقد لسبب يعود للممول. حيث إن الرسوم بكافة أنواعها تدور وجوداً وعدماً مع العلاقة التعاقدية.

١٠٢٣- يتحمل الطرف الذي عدل عن إبرام عقد التمويل العقاري قيمة الرسوم الإدارية، ويستثنى من ذلك رسوم تقييم العقار[٣].

(١) ينظر في المبدأين السابقين: المرجع السابق، ص٢٧٠.
(٢) المرجع السابق، ص٢٧٢.
(٣) ينظر في المبدأين السابقين: المرجع السابق، ص٢٧٨.

الخاتمة

تعد الضمانات التعاقدية لالتزام الممول العقاري بتحقيق عدالة التعاملات مع المستفيدين في قروض التمويل العقارية أمراً مهماً لضمان استقرار وتعزيز الثقة في الأنظمة الاقتصادية والتجارية، وهو موضوع حرصت عليه الشرائع السماوية، وأمرت به النصوص الشرعية، وعززته النصوص القانونية.

وهذا البحث وضَّح وبيَّن من خلال الأحكام القانونية التفصيلية مبدأ عدالة التعاملات وواجبات والتزامات الممول العقاري القانونية للامتثال لهذا المبدأ. وهذه الضمانات التفصيلية المتنوعة هدفت لتحقيق معاملات عادلة وشفافة في القطاع المالي، واتضح جلياً من خلال تلك الضمانات الوضوح والدقة والشمول لكافة الأحكام التفصيلية التي تنظم العلاقة التعاقدية بين الممول والمستفيد بما يضمن تحقيق مبدأ عدالة التعاملات ويعزز الثقة بين المستفيدين والممولين العقاريين.

وتلك الضمانات والقواعد التفصيلية الدقيقة تعزز استقرار الأنظمة والسياسات المالية وفاعلية الأنظمة الاقتصادية والتجارية، وتحمي حقوق الأطراف المتعاملة مع منظومة تشريعات التمويل العقاري، وهذا بدوره يسهم بتحفيز الابتكار والمنافسة المشروعة والعادلة في تقديم الخدمات المالية.

النتائج:

بعد الفراغ من كتابة هذا البحث ظهرت بعض النتائج، وأبرزها التالي:

(١) اعتناء الشريعة الإسلامية بضرورة تحقيق العدل والإنصاف في المعاملات المالية بين الأطراف.

(٢) اهتمام ولاة أمر هذه البلاد المباركة بإقامة العدل بين الناس بسن التشريعات، وإيجاد المؤسسات التشريعية والتنفيذية والقضائية التي تكفل تحقيق عدالة التعاملات وتحقيق قواعد العدل والإنصاف بين المتعاملين.

(٣) الدور الكبير والمحوري للبنك المركزي السعودي في وضع القواعد والأحكام التفصيلية الملزمة، وسن الأدوات التنظيمية المتنوعة؛ لتحقيق مبدأ عدالة التعاملات بين الممول والمستفيد، حيث تجاوز ما أصدره البنك في هذا الخصوص (٤٠) أداة قانونية متنوعة تعزز تحقيق هذا المبدأ بشكل مباشر أو غير مباشر.

(٤) تضمَّن العقد النموذجي الكثير من الأحكام والقواعد القانونية التفصيلية والمسهبة، التي تجاوزت (٥٥) التزاماً قانونياً أساسياً، والعديد من الالتزامات التبعية؛ لتوضيح وإبراز التزام الممول العقاري بمبدأ عدالة التعاملات وإرساء الأحكام التفصيلية لإقامة التوازن العادل بين طرفي عقد التمويل في الحقوق والالتزامات.

(٥) الدور الرئيسي الذي تقوم به (لجنة الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية) هو حسم الخلافات والمنازعات الناشئة عن تطبيق أنظمة ولوائح وعقود التمويل العقاري، والتي تتسم بقدر كبير من الخصوصية والأبعاد والتأثيرات الاقتصادية والمالية والنقدية لاستقرار وسلامة القطاع المالي.

وقد تضمن البحث (١٣) مبدأً قضائياً تبرز وتوضح مبدأ عدالة التعاملات بين أطراف عقد التمويل.

التوصيات:

ظهر للباحث من ثنايا هذا البحث التوصيات التالية:

(١) أهمية تكثيف الدراسات والبحوث القانونية المتعمقة في الأدوات التنظيمية التي تصدرها المؤسسات الحكومية، والتي ترتب علاقات قانونية ينبني عليها حقوق والتزامات تعاقدية ونظامية، وعدم الاقتصار على الأنظمة واللوائح الأساسية.

(٢) قيام البنك المركزي بتحديث عقود التمويل عموماً، وعقود التمويل العقاري النموذجية خصوصاً، بشكل دوري لمواكبة أبرز التطورات في الوقائع والمستجدات، والمقارنة مع أبرز ما توصلت له الممارسات العالمية المتقدمة.

(٣) إلزام البنك المركزي للممولين العقاريين بتنمية مهارات ومعارف العاملين في مجال التمويل العقاري للامتثال للقواعد

والأحكام القانونية التي تؤكد أهمية الالتزام بتطبيق الأنظمة واللوائح وما يصدر عن الجهة المشرفة على قطاع التمويل، وذلك من خلال وجوب الحصول على دورات معينة أو شهادات مهنية متقدمة.

(٤) قيام البنك المركزي بفتح قناة مباشرة للمستفيدين للاستشارات والاستفسارات القانونية والمالية المتعلقة بالخدمات المالية والعقود النموذجية عموماً، وفي عقود التمويل العقاري خصوصاً؛ لخدمة الممولين والمستفيدين والمهتمين.

(٥) صياغة بعض مواد العقد النموذجي للتمويل العقاري بصيغة المرابحة تحتاج إلى إعادة نظر أو تصحيح، من حيث وجود بعض الغموض والقصور أو الأخطاء، ومنها:

أ/ الغموض والقصور في تحديد المقصود:

(١) المادة (٥)، الحاشية رقم (١٣): يستحسن هنا توحيد صيغة التاريخ لتقليل اللبس والاشتباه.

(٢) الفقرتان (٢) و(٣) من المادة (١٤): يستحسن تحديد معيار قانوني لمصطلح: «جوهري».

(٣) الفقرة (٤) من المادة (١٧): المدة المذكورة في المادة لم يرد لها تحديد، وينبغي تحديدها اتساقاً مع بقية المدد المحددة، ولكيلا يتعسف الممول بتضييقها على المستفيد مما يترتب عليه الإخلال بمبدأ عدالة التعاملات.

(٤) الفقرة (٦) من المادة (١٧): صياغة هذه المادة تتضمن قدراً من الغموض حيث إن عجزها يتعارض مع صدرها.

(٥) الفقرة (٦) من المادة (٣٤): حصرت المطالبة بالإلزام بمواد العقد في طرفي العقد فقط، ولم تشر لحقوق ورثة المستفيد في حال وفاته، أو شركات إعادة التمويل العقاري في حال نقل الحقوق، وفي هذا إخلال بمبدأ عدالة التعاملات.

(٦) المادة رقم (٣٢): نصت على أنه: «لا يجوز تعديل أي مادة من مواد هذا العقد»، والصياغة بهذه الطريقة تثير إشكالاً قانونيًا، حيث يفهم منها عدم قابلية هذا العقد للتعديل مطلقاً، ويستحسن تعديل المادة بما يضمن جواز التعديل، وأن يكون ذلك برضا طرفي العقد، وأن يكون ذلك مكتوباً، سيما إذا كان ذلك في مصلحة المستفيد، كما نصت على ذلك الفقرة (١-٢-٢٨) من العقد، والتي أشارت صراحة إلى جواز تعديل العقد.

ب/ الأخطاء:

(١) الفقرة (٥) من المادة (٢١): استخدام لفظ إعسار للممول العقاري، وهو دائماً شخصية اعتبارية تجارية ينطبق عليها نظام الإفلاس، وليس الإعسار الذي ينطبق على الشخص المدني.

(٢) الحاشية رقم (٢٤) في الفقرة (١) من المادة (٢٤): ورد فيها لفظ المؤجر والصحيح البائع؛ لأن العقد هنا عقد بيع مرابحة طرفاه بائع ومشترٍ، بخلاف عقد التأجير التمويلي.

(٣) الفقرات الفرعية (١) و(٢) و(٣) للفقرة (١) من المادة (٣٠): تتضمن خطأ في طريقة الترتيب، ومثلها فقرات (٢-٣٣).

وفي الختام، أحمد الله عَزَّوَجَلَّ على ما يسر وأعان، ومنه وحده نستلهم السداد والرشاد، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه.

المصادر والمراجع

المراجع الشرعية واللغوية:

١. **القرآن الكريم**.

٢. **أحكام عقود التمويل في الفقه الإسلامي**، عبد الله بن راضي المعيدي، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع - السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م.

٣. **تهذيب الأخلاق**، أبو عثمان عمرو بن بحر الجاحظ (ت٢٥٥هـ)، دار الصحابة للتراث، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.

٤. **التوقيف على مهمات التعاريف**، محمد عبد الرؤوف بن المناوي (ت١٠٣١هـ)، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.

٥. **تيسير الكريم المنان في تفسير القرآن**، عبد الرحمن بن ناصر السعدي (ت١٣٧٣هـ)، دار السلام للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٢٢هـ.

٦. **جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل**، صالح عبد السميع الأبي الأزهري، المكتبة الثقافية بيروت.

٧. **حاشيتا قليوبي وعميرة (حاشية القليوبي على شرح المحلي على المنهاج)**، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

٨. **صحيح البخاري**، محمد بن إسماعيل البخاري (ت٢٥٦هـ)، الطبعة السلطانية، ١٣١١هـ.

٩. **صحيح مسلم**، مسلم بن الحجاج القشيري (ت٢٦١هـ)، مطبعة عيسى الحلبي وشركاه، ١٣٧٤هـ.

١٠. **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر**، أحمد بن محمد مكي الحموي الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.

١١. **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب (ت٧٩٥هـ)، مكتبة الغرباء الأثرية، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.

١٢. **فقه الهندسة المالية الإسلامي-دراسة تأصيلية تطبيقية**، د. مرضي بن مشوح العنزي، رسالة دكتوراه في الفقه المقارن - قسم الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة القصيم، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع - الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م.

١٣. **القاموس المحيط**، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (ت٨١٧هـ)، دار الرسالة، الطبعة الثامنة، ٢٠٠٥م.

١٤. **القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي**، د. حمد بن محمد الجابر الهاجري، رسالة دكتوراة بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

١٥. **القوانين الفقهية**، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (ت ٧٤١هـ)، بدون ناشر ولا تاريخ طبعة، منشور على المكتبة الشاملة.

١٦. **كشاف القناع عن متن الإقناع**، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت١٠٥١هـ)، مكتبة النصر الحديثة بالرياض، بدون تاريخ طبع.

١٧. **مجلة الأحكام العدلية**، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، الناشر: نور محمد، كراتشي.

١٨. **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**، أحمد بن محمد المقرئ الفيومي (ت٧٧٠هـ)، دار المعارف، الطبعة الثانية.

١٩. **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، دبيان بن محمد الدبيان، بدون ناشر، الطبعة الثانية، ١٤٣٢هـ.

٢٠. **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام**، أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (ت ٨٤٤هـ)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

٢١. **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، شمس الدين، محمد بن محمد، الخطيب الشربيني (ت ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

٢٢. **الموسوعة الفقهية الكويتية**، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الطبعة الثانية.

٢٣. **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، محمد بن علي الشوكاني (ت١٢٥٠هـ)، دار الحديث، مصر.

المراجع القانونية:

أ) العقود:

٢٤. **عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة**، الصادر عن البنك المركزي السعودي، برقم (٤١٠٣٨٥٠٤) وتاريخ ١/ ٦/ ١٤٤١هـ.

ب) الأنظمة:

٢٥. **نظام الإيجار التمويلي**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٤٨) وتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ.

٢٦. **نظام التسجيل العيني للعقار**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٩١) وتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٤٣هـ.

٢٧. **نظام التمويل العقاري**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٠) وتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ.

٢٨. **نظام الرهن العقاري المسجل**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٤٩) وتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ.

٢٩. **نظام السوق المالية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٠) بتاريخ ٢/ ٦/ ١٤٢٤هـ.

٣٠. **نظام المدفوعات وخدماتها**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٢٦) وتاريخ ٢٢/ ٣/ ١٤٤٣هـ.

٣١. **نظام المعاملات المدنية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩١) وتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٤٤٤هـ.

٣٢. **نظام المعلومات الائتمانية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٧) بتاريخ ٥/ ٧/ ١٤٢٩هـ.

٣٣. **نظام مراقبة البنوك**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥) بتاريخ ٢٢/ ٢/ ١٣٨٦هـ.

٣٤. **نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٢) بتاريخ ٢/ ٦/ ١٤٢٤هـ.

٣٥. **نظام مراقبة شركات التمويل**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥١) وتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ.

٣٦. **نظام معالجة المنشآت المالية المهمة**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٨) وتاريخ ٢٥/ ٤/ ١٤٤٢هـ.

ج) الأدوات التنظيمية الصادرة عن البنك المركزي:

٣٧. **التزامات عملاء التقييم العقاري الخاضعين لإشراف ورقابة المؤسسة**، مارس ٢٠١٦م.

٣٨. **تعليمات إسناد المهام إلى طرف ثالث**، ديسمبر ٢٠١٩م.

٣٩. **تعليمات الإفصاح عن التراخيص**، يوليو ٢٠١٩م.

٤٠. **تعليمات الحوكمة الشرعية في شركات التمويل**، مايو ٢٠٢١م.

٤١. **تعليمات الخدمات المقدمة للأشخاص ذوي الإعاقة في المؤسسات المالية**، يناير ٢٠٢٠م.

٤٢. **تعليمات المدد الزمنية لإصدار خطاب إخلاء الطرف وتحويل الحساب والمديونية**، أكتوبر ٢٠٢١م.

٤٣. **التعليمات الموضحة للالتزامات والتعاملات المصرفية في ضوء نظام الإفلاس ولائحته التنفيذية**، أبريل ٢٠٢١م.

٤٤. **تعليمات تقديم منتج التمويل العقاري للأفراد**، يونيو ٢٠٢٠م.

٤٥. **تعميم البنك المركزي المتضمن التأكيد على الالتزام بالتعامل مع الوسيط العقاري**، المرخص من الهيئة العامة للعقار بموجب الأنظمة واللوائح ذات العلاقة، بتاريخ ٢٢/ ١٢/ ١٤٤٤هـ.

٤٦. **تعميم بشأن التسجيل العيني للعقار**، برقم (٤٤٠٨١٤٣٩) وتاريخ ٢٤/ ١٠/ ١٤٤٤هـ.

٤٧. **التعميم ذي الرقم (٣٩١٠٠٠٠٨٦٨٧٦) وتاريخ ٩/ ٨/ ١٤٣٩هـ**، الذي يتضمن عدد من الضوابط في حال شراء مديونية التمويل العقاري بين الممولين.

٤٨. **التعميم ذي الرقم (٤١٠٧٠٥٠١) وتاريخ ٢٢/ ١٢/ ١٤٤١هـ**، رسوم التقييم العقاري في عقود التمويل العقاري للأفراد.

٤٩. **تعميم ضوابط إنشاء إدارة العناية بالعميل لدى شركات التمويل**، رجب ١٤٣٩هـ.

٥٠. تعميم مراعاة إصدار الشيكات المستحقة للأشخاص المتوفين باسم ورثتهم، رقم (ت.ع.م/ ١٤/ ٢٠١١٠٧) بتاريخ ٨/ ٨/ ١٤٣٢هـ.

٥١. حاسبة معدل النسبة السنوي المعد على برنامج جداول البيانات (Excel) المرافقة للقواعد.

٥٢. الحوكمة الشرعية للمصارف والبنوك المحلية العاملة في المملكة، فبراير ٢٠٢٠م.

٥٣. دليل إرشادي لحساب مبلغ السداد المبكر، أغسطس ٢٠١٥م.

٥٤. دليل إرشادي لحساب معدل النسبة السنوي APR، أغسطس ٢٠١٥م.

٥٥. الدليل الإرشادي لإدارة القروض محتملة التعثر، يناير ٢٠٢٠م.

٥٦. سياسة الإبلاغ عن المخالفات لدى المؤسسات المالية، أغسطس ٢٠١٩م.

٥٧. الصيغة النموذجية لوثيقة التأمين على العيوب الخفية، الصادرة بقرار محافظ البنك المركزي السعودي رقم (١٨٧/ ٤٤١) وتاريخ ٥/ ٨/ ١٤٤١هـ.

٥٨. ضوابط أمر الدفع المستديم لصالح جهة التمويل، نوفمبر ٢٠٢١م.

٥٩. ضوابط وإجراءات التحصيل للعملاء الأفراد، أبريل ٢٠١٨م.

٦٠. قواعد احتساب معدل النسبة السنوي (APR)، نوفمبر ٢٠٢٣م.

٦١. قواعد إدارة القروض محتملة التعثر، يناير ٢٠٢٠م.

٦٢. قواعد إسناد المهام الخاصة بشركات التمويل، ديسمبر ٢٠١٨م.

٦٣. قواعد الأطراف ذوي العلاقة للبنوك، فبراير ٢٠٢٠م.

٦٤. قواعد الإفصاح عن أسعار المنتجات التمويلية والادخارية، يوليو ٢٠٢٠م.

٦٥. قواعد التعرضات الكبيرة للبنوك، أغسطس ٢٠١٩م.

٦٦. **قواعد تطبيق أحكام نظام مراقبة البنوك**، الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٢١٤٩/ ٣م) وتاريخ ١٤/ ١٠/ ١٤٠٦هـ.

٦٧. **قواعد تنظيم التصرف في أصول التمويل أو الحقوق الناشئة عنها**، سبتمبر ٢٠١٥م.

٦٨. **قواعد تنظيم شركات إعادة التمويل العقاري**، أبريل ٢٠٢٢م.

٦٩. **قواعد مكافحة الاحتيال في شركات التمويل**، يونيو ٢٠١٧م.

٧٠. **اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي**، الصادرة بقرار محافظ البنك المركزي السعودي رقم (١/ م ش ت) وتاريخ ١٤/ ٤/ ١٤٣٤هـ.

٧١. **اللائحة التنفيذية لنظام المعلومات الائتمانية**، الصادرة بقرار محافظ البنك المركزي السعودي رقم (ق/ ١٣٧٠٩) وتاريخ ٢٢/ ٩/ ١٤٣٢هـ.

٧٢. **اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل**، الصادرة بقرار محافظ البنك المركزي السعودي رقم (٢ م ش ت)، وتاريخ ١٤/ ٤/ ١٤٣٤هـ.

٧٣. **مبادئ الالتزام للبنوك والمصارف التجارية العاملة في المملكة العربية السعودية**، سبتمبر ٢٠٢٠م.

٧٤. **مبادئ التمويل المسئول للأفراد**، مايو ٢٠١٨م.

٧٥. **المبادئ الرئيسة للحوكمة في المؤسسات المالية الخاضعة لرقابة وإشراف البنك المركزي السعودي**، يونيو ٢٠٢١م.

٧٦. **مبادئ السلوك وأخلاقيات العمل في المؤسسات المالية**، أغسطس ٢٠١٩م.

٧٧. **مبادئ وقواعد حماية عملاء المؤسسات المالية**، سبتمبر ٢٠٢٢م.

٧٨. **المتطلبات الإجرائية لتوثيق الرهن العقاري**، مارس ٢٠١٨م.

٧٩. **متطلبات التعيين في المناصب القيادية في المؤسسات المالية الخاضعة لإشراف البنك المركزي السعودي**، أبريل ٢٠٢١م.

د) مصادر نظامية أخرى:

٨٠. **تعميم وزارة العدل رقم (٦٩٧٣/ ت/ ١٢) وتاريخ ١٩/ ١/ ١٤٣٩هـ**، والذي يوضح حصول إنهاء توثيق عقد البيع والرهن في نفس الوقت وفي نفس الإحالة.

٨١. **تنظيم الدعم السكني**، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٨٢) وتاريخ ٥/ ٣/ ١٤٣٥هـ.

٨٢. **السياسات العامة للتمويل العقاري**، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١) وتاريخ ٦/ ١/ ١٤٣٧هـ.

٨٣. **قواعد الاختصاص المكاني للجان المنازعات المصرفية ولجان الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية**، الصادرة بالأمر الملكي رقم (٩٦٧٥) وتاريخ ٢١/ ٢/ ١٤٤٢هـ.

٨٤. **قواعد عمل لجنة الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية**، الصادرة بالأمر الملكي رقم (٧١٣) وتاريخ ٤/ ١/ ١٤٣٨هـ.

٨٥. **اللائحة التنفيذية لتنظيم الدعم السكني المعدلة**، الصادرة بقرار وزير الشؤون البلدية والقروية والإسكان برقم (٤٧٣) وتاريخ ١٥/ ٨/ ١٤٤١هـ.

٨٦. **اللائحة التنفيذية لنظام التسجيل العيني للعقار**، الصادرة بقرار مجلس إدارة الهيئة العامة للعقار بالقرار رقم (١/ ٢٠/ ت/ ٢٢) وتاريخ ٢٧/ ١/ ١٤٤٤هـ.

٨٧. **اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري**، الصادرة بالقرار الوزاري رقم (١٢٢٩) وتاريخ ١٠/ ٤/ ١٤٣٤هـ.

٨٨. **اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني**، الصادرة بقرار وزير المالية رقم (٥٩٦/ ١) وتاريخ ١/ ٣/ ١٤٢٥هـ.

٨٩. **اللائحة التنفيذية لنظام الوساطة العقارية**، الصادرة بقرار مجلس إدارة الهيئة العامة للعقار بالقرار رقم (١٣٢/ ق) وتاريخ ٢٤/ ٦/ ١٤٤٤هـ.

هـ) الكتب والأبحاث القانونية:

٩٠. **اتفاق التمويل العقاري وحق الممول في استخدام التوريق -دراسة قانونية مقارنة-**، مصطفى أحمد إبراهيم، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧م، المجلد الخامس.

٩١. **أحكام التمويل العقاري -دراسة فقهية مقارنة-**، مجيدة عبد السلام حاج الملك، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، ٢٠١٤م.

٩٢. **التمويل العقاري ومدى توافقه مع النماذج الإسلامية للتمويل: دراسة قانونية مقارنة بين النظامين المصري والسعودي**، د. مصطفى أحمد إبراهيم نصر، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، المجلد (٢١)، العدد (١)، ٢٠١٥م.

٩٣. **التمويل العقاري**، إعداد الطلبة: صويلح جهينة ومحبوب لندة، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون، جامعة ٨ ماي ١٩٤٥م-قالمة-، كلية الحقوق والعلوم السياسية ٢٠٢٢-٢٠٢٣م.

٩٤. **التنظيم القانوني لعقد التمويل العقاري**، روزيلا منعم إبراهيم ميخائيل، بحث منشور في المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية)، البحث منشور على الشبكة العنكبوتية.

٩٥. **الحماية الجنائية والمدنية في التمويل العقاري -دراسة تأصيلية مقارنة-**، د. فواز المطيري، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة

دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١١م.

٩٦. **الشروط التعسفية في اتفاق التمويل العقاري**، د. أيمن البقلي، بحث منشور في المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية). ومنشور على الشبكة العنكبوتية.

٩٧. **ضمانات التمويل العقاري**، للدكتورة: دينا محمد السعيد رشدي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٩م.

٩٨. **الضمانات العينية للممول في اتفاق التمويل العقاري**، حنان موشارة، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة محمد خيضر- بسكرة، الجزائر، العدد (٧)، ٢٠١١م.

٩٩. **ضمانات الممول في اتفاق التمويل العقاري - دراسة مقارنة -**، للدكتور: على إبراهيم أبو العنين شلبي، دار الفكر والقانون، ٢٠٢٠م.

١٠٠. **ضوابط التمويل العقاري في النظامين المصري والسعودي -دراسة قانونية مقارنة-**، مصطفى أحمد إبراهيم نصر، مجلة جامعة جازان للعلوم الإنسانية، المجلد (٣) العدد (٢)، شوال ١٤٣٥هـ، يوليو ٢٠١٤م.

١٠١. **المسؤولية العقدية للممول العقاري - دراسة مقارنة -**، عبد الله بن منصور الطيار، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، .

١٠٢. **المفهوم القانوني لعقد التمويل العقاري -دراسة مقارنة-**، د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي وأسامة شهاب الجعفري، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل العراق، السنة السابعة، العدد (٣)، ٢٠١٥م.

١٠٣. **النظام القانوني لعقد التمويل العقاري**، أحمد سعيد الشهراني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠١٢م.

١٠٤. **الوسيط في شرح القانون المدني**، د. عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

المراجع القضائية:

١٠٥. **مدونة المبادئ القضائية في المنازعات المصرفية والتمويلية**، الصادرة لعام ١٤٤٣هـ-٢٠٢٢م.

مراجع أخرى:

١٠٦. **أبرز التطورات الاقتصادية للربع الأول من عام ٢٠٢٤م**، الصادر عن البنك المركزي السعودي.

١٠٧. **الأداء السنوي لقطاع شركات التمويل وإعادة التمويل العقاري ٢٠٢٣م**، الصادر عن البنك المركزي السعودي.

١٠٨. **التقرير السنوي الثاني والعشرون لعام ١٤٤١هـ**، عن أعمال الأمانة العامة للجان المنازعات والمخالفات المصرفية والتمويلية.

١٠٩. **التقرير السنوي الحادي والعشرون لعام ١٤٤٠هـ**، عن أعمال الأمانة العامة للجان المنازعات والمخالفات المصرفية والتمويلية.

١١٠. **مخاطر الائتمان والتمويل العقاري**، الصادر عن ملتقى البنوك العربية ودورها في التمويل العقاري، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، دمشق، ٢٠١٠م.

١١١. **الموقع الإلكتروني للأمانة العامة للجان الفصل في المنازعات والمخالفات المصرفية والتمويلية.**

١١٢. **الموقع الإلكتروني للبنك المركزي السعودي.**

١١٣. **الموقع الإلكتروني لهيئة التأمين.**

تحويل مسارات الطرق وأثره على عقد الإجارة

دراسة تأصيلية

د. عبد الله بن عبد المنعم العبد المنعم

الأستاذ المساعد بقسم الشريعة

كلية الشريعة والقانون، جامعة المجمعة

a.alabdalmunam@mu.edu.sa

المقدمة

إنّ الحمد لله، نحمده، ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضلّ له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أنّ محمّداً عبده ورسوله، صلّى الله عليه، وعلى آله وصحبه ومن والاه.

أما بعد:

فإنه قد استجد في هذا العصر بعض النوازل الفقهية التي يتطلب الأمر، وتمس الحاجة إلى معرفة الحكم الشرعي فيها، وإلى دراستها وتأصيلها تأصيلاً علمياً شاملاً لجميع جوانبها، وذلك في عدد من أبواب الفقه ومسائله، ومن ذلك مسائل المعاملات المالية عموماً، والمسائل المتعلقة بالإجارة خصوصاً، لما يترتب عليها من حقوق الآدميين، فهي من أبرز المعاملات انتشاراً في جميع الأعصار والأمصار، وتدعو إليها الحاجة، وهي تمس حياة الجماعات والأفراد في مختلف المجتمعات، وقد وضع علماء الإسلام قواعد وأسساً للمعاملات، وتناولها الفقهاء السابقون بالبحث في كتبهم، وذلك ببيان الصحيح منها والفاسد، والشروط التي تبطلها، أو تؤثر في صحتها، والطوارئ التي تجيز فسخها، أو تنفسخ بها، إلَّا أنَّ تغير الأحوال والأزمان والأعراف والعادات يُحتِّم على فقهاء الأمة النظر في مستجداتها، ونوازلها التي لم تكن موجودة، أو شائعة في قديم الزمان، ومن تلك المسائل: (تحويل مسارات الطرق وأثره على عقد الإجارة)، سواء

أكانت العقود تجارية أو سكنية، فهل تؤثر هذه التحويلات على عقد الإجارة، فتسوغ فسخ العقد، أو الحط من الأجرة أم لا؟ ونظراً لأهمية هذا الموضوع فقد استعنت بالله عَزَّوَجَلَّ وعزمت على بحثه، والاطلاع على كلام أهل العلم في أصل هذه المسألة وتنزيل الأحكام الشرعية على هذه النازلة الفقهية لبيان الحكم الشرعي في ذلك، وأسميت هذا البحث: بـ (**تحويل مسارات الطرق وأثره على عقد الإجارة دراسة تأصيلية**).

أهمية الموضوع:

وتظهر في الآتي:

١- عقد الإجارة من العقود التي يحتاجها الناس في جميع المجتمعات، وتدعو الحاجة إلى معرفة الأحكام الفقهية المتعلقة به.

٢- تحويل مسارات الطرق مما يكثر وقوعه، وذلك قد يؤثر سلباً على مستأجري المحلات التجارية والسكنية الواقعة على الطرق التي حُوِّل المسار عنها.

٣- معرفة شيء من أنواع الطوارئ التي تنفسخ بها عقد الإجارة، أو تسوغ فسخها في الشريعة، والتي ذكرها الفقهاء السابقون للتخريج عليها.

أسباب اختيار الموضوع:

من أهم الدوافع للكتابة في هذا الموضوع:

١- معرفة حكم تحويل مسارات الطرق وأثره على عقد الإجارة.

٢- الوقوف على آراء الفقهاء المجتهدين السابقين ومذاهبهم في مسوغات فسخ عقد الإجارة، للتخريج عليها في النازلة الفقهية.

٣- كثرة النزاعات والخلافات في العين المستأجرة أمام المحاكم الشرعية، بسبب تحويل الطرق وأثره على عقد الأجرة.

مشكلة البحث وأسئلته:

مصطلح الإجارة ومدلوله شرعي، والأحكام المتعلقة بتحويل مسارات الطريق، ولبيان تلك المشكلة فإن هذا البحث يجيب على الأسئلة الآتية:

١- ما هي الإجارة، وما حكمها؟

٢- ما هي أنواع عقود الإجارة، وما هي أهم الطوارئ على عقد الإجارة في ذات البحث؟

٣- هل ينفسخ عقد الإجارة، أو يحط من الأجرة، بسبب عذر عام كتحويل مسارات الطرق؟

٤- هل ينفسخ عقد الإجارة، أو يحط من الأجرة، بسبب عذر خاص؟

٥- هل تنفسخ الإجارة بنفسها أو تحتاج لحكم حاكم؟

أهداف البحث:

تتلخص أهداف البحث في نقاط أبرزها:

١- التعرف على بعض أحكام الطوارئ على عقد الإجارة.

٢- بيان الحكم الشرعي لمسألة تحويل الطرق.

٣- معرفة أثر تحويل مسارات الطريق على عقد الإجارة.

الدراسات السابقة:

بعد البحث وسؤال بعض المختصين، لم أجد أحداً من العلماء والباحثين تناول دراسة هذا الموضوع، وتأصيله بصفة مستوفية، وشاملة لجميع جوانبه، لكن هناك دراسات تناولت بعضاً من جوانب هذا البحث، مثل:

١- **أحكام الطوارئ في عقود المعاوضات المالية**، المؤلف: سعيد بن مسفر الدغار الوادعي، رسالة دكتوراه، بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، عام ١٤١١هـ.

٢- **أحكام الطوارئ في عقود المعاوضات في الفقه والقانون**، المؤلف: خالص محمد سيد أحمد نوري، رسالة دكتوراه، بجامعة أم درمان الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، عام ١٤٣٢هـ.

٣- **أثر الظروف الطارئة على تصرفات ولي الأمر في الأموال الخاصة**، المؤلف: صهيب سمير عبد الله الكحلوت، رسالة ماجستير، بالجامعة الإسلامية بغزة، كلية الشريعة والقانون، عام ١٤٤٠هـ.

٤- **فقه الطوارئ في العقود والمعاملات**، المؤلف: زيزي مصطفى أحمد مصطفى، بحث محكم، بمجلة جامعة الأزهر كلية البنات الأزهرية بالعاشر من رمضان، عام ٢٠٢١م.

وهذه الدراسات السابقة تشترك مع موضوع دراستي بأحكام الطوارئ، إلا أن موضوع دراستي خاص بتحويل مسارات الطرق وأثره على عقد الإجارة، وهو بحث يتعلق بموضوع مهم أرى أنه جدير بالبحث والدراسة، ولم أجد في البحوث السابقة تطرقًا لهذا الموضوع.

منهج البحث:

سلكت المنهج الاستقرائي، والتحليلي في كتابة هذا البحث.

إجراءات البحث:

١- قمت بتوثيق الآيات القرآنية الواردة في البحث، بذكر اسم السورة، ورقم الآية منها.

٢- خرجت الأحاديث النبوية الواردة في صلب البحث، والحكم عليها من حيث الصحة والضعف، إلا الأحاديث المخرجة من الصحيحين، (البخاري ومسلم) أو أحدهما، فأكتفي بتخريجها منهما أو من أحدهما، بدون حكم عليهما.

٣- وثقت أقوال علماء المذاهب من كتبهم، أو كتب أصحابهم المعتمدة في المذهب.

٤- ذكرت أقوال العلماء في المسألة، وعرضت أدلتهم وناقشتها، ورجحت بينها عند الحاجة، وبينت سبب الترجيح.

خطة البحث:

يتكون هذا البحث من مقدمة، وتمهيد، وأربعة مباحث، وخاتمة، وفهرس.

المقدمة:

وفيها: بيانُ أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، مشكلة البحث وأسئلته، وأهدافه، والدراسات السابقة، والمنهج المُتَّبعِ فيه، وإجراءات البحث، وخطة البحث.

التمهيد: التَّعريف بمفردات عنوان البحث:

ويشتمل على خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التحويل.

المطلب الثاني: تعريف المسارات.

المطلب الثالث: تعريف الطرق.

المطلب الرابع: تعريف الإجارة.

المطلب الخامس: المفهوم العام لعنوان البحث.

المبحث الأول: أوجه عناية الإسلام بالطريق، وأقسام الطريق.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عناية الإسلام بالطريق، ومراعاة حقوقها.

المطلب الثاني: أقسام الطريق العام والخاص.

المبحث الثاني: حكم تحويل مسارات الطريق.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: حكم تحويل مسار الطريق العام لمصلحة عامة.

المطلب الثاني: حكم تحويل مسار الطريق العام لمصلحة خاصة.

المطلب الثالث: حكم تحويل مسار الطريق الخاص لمصلحة خاصة.

المطلب الرابع: حكم تحويل المسارات بشكل دائم، أو مؤقت.

المبحث الثالث: طلب فسخ عقد الإجارة، أو تخفيف الالتزام، بسبب تحويل مسارات الطرق:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: حكم عقد الإجارة في الشريعة:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم عقد الإجارة من حيث الجواز.

الفرع الثاني: حكم عقد الإجارة من حيث اللزوم.

المطلب الثاني: أنواع عقود الإجارة.

المطلب الثالث: طوارئ فسخ عقد الإجارة.

المطلب الرابع: حكم فسخ عقد الإجارة، أو الحط من الأجرة للعذر العام.

المطلب الخامس: حكم فسخ عقد الإجارة، أو الحط من الأجرة للعذر الخاص:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: حكم فسخ عقد الإجارة بالعذر الخاص.

الفرع الثاني: انفساخ الإجارة عند تحقق العذر.

الفرع الثالث: الحطّ من الأجرة لعذر تحويل مسارات الطرق.

المبحث الرابع: تأثير تحويل مسارات الطريق على المستأجر:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أثر تحويل مسار الطريق على المستأجر تأثيراً كاملاً بانقطاع المنفعة.

المطلب الثاني: أثر تحويل مسار الطريق على المستأجر بنقص المنفعة.

الخاتمة:

وفيها أبرز النتائج.

فهرس المصادر والمراجع.

هـذا، وأسـأل الله أن ينفـع بهـذا البحـث، إنـه سُبْحَانَهُوَتَعَالَىٰ سـميعٌ مجيـب، وصلى الله وسـلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين.

التمهيد

التَّعريف بمفردات عنوان البحث

ويشمل على خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التحويل لغة واصطلاحاً:

التحويل في اللغة:

الإزالة، ومنه تَحَوَّلَ عَنِ الشَّيْءِ: زَالَ عَنْهُ إِلى غَيْرِهِ، أو الانتقال من موضع إلى آخر. ومنه: وحالَ إلى مكانٍ آخرَ، أي تحوّلَ[1].

ويقال أيضاً في اللغة: وحولت الشَّيْء عَن الْموضع تحويلاً[2]، ويقال استحال الشيْ: إذا تغير عن طبعه ووصفه[3].

التحويل في الاصطلاح:

التحويل في الاصطلاح موافق للمعنى اللغوي، ولا يخرج عن المعنى الذي يراد به الانتقال بالشيء من موضع إلى آخر[4].

---

(١) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجوهري، فصل الحاء، مادة حول (٤/ ١٦٧٩)؛ ولسان العرب، ابن منظور، فصل الحاء المهملة، مادة حول (١١/ ١٨٧).

(٢) ينظر: جمهرة اللغة، ابن دريد، مادة ح و ل (١/ ٥٧٠).

(٣) ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الحموي، مادة ح ول (١/ ١٥٧).

(٤) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، مجموعة من المؤلفين (١٠/ ٢٩٥).

المطلب الثاني: تعريف المسارات لغة واصطلاحاً:

المسار في اللغة:

هو: المسلك، والطريق، وخَطُّ السَّيْر[١].

مأخوذ من سار يسير سيراً، والصواب في اسم المكان فيه، أن يقال: (مسير)، ولكن يصح أن يقال: مسار، (مثال: غيَّر مَسَار الطائرة) على غير القياس، لصوغ اسم المكان على «مَفْعَل»[٢].

المسار في الاصطلاح:

المسار في الاصطلاح لا يخرج معناه عن مدلوله في اللغة، وهو مكان السير لما أعد له[٣].

المطلب الثالث: تعريف الطرق لغة واصطلاحاً:

الطريق في اللغة:

بمعنى السبيل، يذكر ويؤنث. تقول: الطريق الأعظم، والطريق العظمى، والجمع أطرقة وطرق[٤]، وسُمِّي الطَرِيقُ؛ لأن المارَّة تَدُقُّه بأرجُلِها[٥].

---

(١) ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة، د. محمد مختار، مادة سير (٢/ ١١٤٨).
(٢) ينظر: معجم الصواب اللغوي دليل المثقف العربي؛ د. أحمد مختار عمر (١/ ٦٩٠).
(٣) ينظر: معجم الصواب اللغوي دليل المثقف العربي؛ د. أحمد مختار عمر (١/ ٦٩٠).
(٤) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجوهري، باب الطاء، مادة طرق (٤/ ١٥١٣)؛ ولسان العرب، ابن منظور، فصل الطاء المهملة، مادة طرق (١٠/ ٢٢٠)، وتاج العروس، الزَّبيدي، مادة ط ر ق (٢٦/ ٧٢).
(٥) ينظر: المجموع المغيث في غريبي القرآن والحديث، الأصبهاني (٢/ ٣٤٩).

والطريق: الممر الواسع الممتد أوسع من الشارع[1].

وهو مذكر في لغة أهل نجد، وبه جاء القرآن الكريم: ﴿وَلَقَدْ أَوْحَيْنَآ إِلَىٰ مُوسَىٰٓ أَنْ أَسْرِ بِعِبَادِى فَٱضْرِبْ لَهُمْ طَرِيقًا فِى ٱلْبَحْرِ يَبَسًا لَّا تَخَٰفُ دَرَكًا وَلَا تَخْشَىٰ ﴿٧٧﴾﴾[2][3].

الطريق في الاصطلاح:

الطريق في الاصطلاح لا يخرج عن المدلول اللغوي، فيطلق على النافذ وغيره، وعلى الواسع والضيق، والعام، والخاص[4].

والطريق العام: ما مهَّد من السبل، وكان نافذاً يصلح لسلوك جميع الناس عليه[5].

(١) ينظر: النظم المستعذب، بطال (٢/ ٦٣)، المعجم المحيط، مجموعة من المؤلفين (ص: ٧٦٧)، المعجم الوسيط، مجموعة من المؤلفين (٢/ ٥٥٦)، القاموس الفقهي، د. سعدي أبو جيب (ص٢٢٨).
(٢) سورة طه؛ الآية ٧٧.
(٣) ينظر: المعجم المحيط، مجموعة من المؤلفين ص: (٩٤٠)؛ المعجم الوسيط، مجموعة من المؤلفين (٢/ ٥٥٦).
(٤) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، مجموعة من المؤلفين (٢٨/ ٣٤٥).
(٥) معجم لغة الفقهاء، مجموعة من المؤلفين (ص: ٢٩٠).

المطلب الرابع: تعريف الإجارة:

الإجارة في اللغة:

«بكسر الهمزة» مصدر أجَّره يأجره أجرًا وإجارة فهو مأجور، هذا المشهور، وقيل: آجرته بالمد، فهو مؤجر، فأما اسم الإجارة نفسها، فإجارة «بكسر الهمزة وضمها وفتحها» واشتقت الإجارة من الأجر، وهو: العوض، و سمي الثواب أجرًا، لما فيه من معنى العوض؛ لأن الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ يعوّض العبد على طاعته، ويصبّره على مصيبته(١).

فهي مأخوذة من الأجر، وهو الثواب والجزاء على العمل، والأجرة ما أَعْطيتَ مِنْ الكراءَ(٢).

الإجارة في اصطلاح الفقهاء:

تعددت تعريفات الفقهاء للإجارة، حسب اختلاف أفهامهم في حقيقتها.

فعرفها بعض الحنفية بأنها: عقد على المنافع بعوض هو مال(٣).

---

(١) ينظر: المطلع على ألفاظ المقنع، البعلي، (ص٣١٦)؛ ولسان العرب، ابن منظور (٤/ ١٠).

(٢) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجوهري، فصل الألف، مادة أجر (٢/ ٥٧٦)؛ مقاييس اللغة، القزويني، كتاب الهمزة، مادة أجر (١/ ٨٢)؛ ولسان العرب، ابن منظور، فصل الألف، مادة أجر (٤/ ١٠)؛ القاموس المحيط، الفيروزآبادي، باب الراء، فصل الهمزة، (ص: ٣٤٢)؛ وتاج العروس، الزبيدي، مادة أجر (١٠/ ٢٥).

(٣) ينظر: التعريفات، للجرجاني (ص١٠)؛ والهداية في شرح بداية المبتدي، المرغيناني (٣/ ٢٣٠).

وعرفها بعض المالكية بأنها: تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض[1]، أو بيع منفعة ما يمكن نقله غير سفينة، ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبعض بتبعيضها[2].

وعرفها بعض الشافعية بأنها: عقد على منفعة مقصودة معلومة، قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم[3].

وعرفها بعض الحنابلة بأنها: بذل عوض معلوم، في منفعة معلومة، من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو في عمل معلوم[4].

التعريف المختار للإجارة:

لعل أقرب التعريفات للإجارة، أنها: عقد على المنافع بعوض هو مال، لأن تمليكُ المنافع بعوضٍ يعد إجارة، و تمليكها بغير عوضٍ يعد إعارة[5].

(١) ينظر: الشرح الكبير، للشيخ الدردير (٤/ ٢)؛ وأسهل المدارك شرح إرشاد السالك، الكشناوي (٢/ ٣٢١).
(٢) ينظر: شرح حدود ابن عرفة، الرصاع (ص٣٩٢).
(٣) ينظر: كفاية النبيه في شرح التنبيه، ابن الرفعة (١١/ ٢٠٢)؛ وعجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج، ابن الملقن (٢/ ٩٢٧).
(٤) ينظر: الوجيز في الفقه على مذهب الإمام أحمد، الدجيلي (ص ٢٢٧)؛ والإنصاف، المرداوي (٦/ ٣).
(٥) ينظر: التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان البركتي (ص١٦).

الفرق بين الإجارة والكراء:

يرى بعض العلماء أن الإجارة والكراء لفظان لمعنى واحد، ولا فرق بينهما، وهو العقد على المنافع بعوض.

قال الإمام الموفق ابن قدامة: «وهي نوع من البيع، لأنها تمليك كل واحد صاحبه، فهي بيع المنافع، والمنافع بمنزلة الأعيان، لأنه يصح تمليكها في حال الحياة، وبعد الموت، وتضمن باليد والإتلاف، واختصت باسم كما اختص بعض البيوع باسم، كالصرف، والسلم، فتنعقد بلفظ الإجارة والكراء؛ لأنهما موضوعان لها»[1].

وفرق بعض العلماء بين الكراء والإجارة، فيرون أن الكراء: يستعمل فيما لا يعقل، والإجارة فيمن يعقل[2].

المطلب الخامس: المفهوم العام لعنوان البحث:

والمراد بهذا الموضوع: هل تحويل مسارات الطرق له تأثير على فسخ عقد الإجارة، أو الحط من الأجرة؟ وذلك لأن أعمال الصيانة بالشوارع والممرات والأزقة تؤثر سلباً على المحلات التجارية والسكنية الواقعة على هذه الشوارع، فالمستأجر قد استأجر المحل وهو واقع على الطريق، فتحويل الطريق إلى مكان آخر موقتاً، أو بشكل دائم قد يضره، والله أعلم.

---

(١) المغني، ابن قدامة (٨/ ٧).

(٢) ينظر: الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، صالح الآبي الأزهري (ص٤٢٤).

المبحث الأول
أوجه عناية الإسلام بالطريق، وأقسام الطريق

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عناية الإسلام بالطريق، ومراعاة حقوقها:

لا شك أن الطرق لها بالغ التأثير على حياة الأفراد والجماعات، ولها دور كبير في التنمية، وسهولة التنقلات بين الديار، والأحياء، والمدن، والدول؛ لقضاء الحوائج المختلفة، ودين الإسلام قد أولى الطريق اهتماماً كبيراً، وعناية بالغة، وجعل له حقوقاً على السالكين، وحقوقاً على الجالسين على حافتيه، ووردت أحاديث نبوية كثيرة في الحث على الإحسان إلى سالكي الطريق، وإعطائه حقه من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وكف الأذى.

ومن الأحاديث الواردة في بيان حقوق الطريق ومراعاتها، ما يلي.

أولاً: عن أبي سعيد الخدري[1] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((**إياكم والجلوس على الطرقات**))، فقالوا: ما لنا بد، إنما هي مجالسنا نتحدث فيها، قال: ((**فإذا أبيتم إلا المجالس، فأعطوا الطريق**

(١) هو: سعيد بن مالك بن سنان الأنصاري المدني، من صغار الصحابة وخيارهم، من المكثرين للرواية عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقيهاً مجتهداً مفتياً ممن بايعوا رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ألا تأخذهم في الله لومة لائم. شهد الخندق وما بعدها. ينظر: الإصابة، ابن حجر (٢/ ٣٤)؛ وسير أعلام النبلاء (٣/ ١١٤)؛ والبداية والنهاية (٩/ ٤).

حقها))، قالوا: وما حق الطريق؟ قال: ((**غَضُّ البصر، وكفّ الأذى، ورد السلام، وأمر بالمعروف، ونهي عن المنكر**))[1].

قال الإمام النووي[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ «هذا الحديث كثير الفوائد، من الأحاديث الجامعة، وأحكامه ظاهرة، وينبغي أن يجتنب الجلوس في الطرقات لهذا الحديث، ويدخل في كف الأذى: اجتناب الغيبة، وظن السوء، وتحقير بعض المارين، وتضييق الطريق، وكذا إذا كان الجالسون ممن يهابهم المارون، أو يخافون منهم، ويمتنعون من المرور في أشغالهم بسبب ذلك، لكونهم لا يجدون طريقاً إلا ذلك الموضع»[3].

ثانياً: عن معاذ الجهني رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: نزلنا على حصن سنان[4] بأرض الروم مع عبد الله بن عبد الملك[5]، فضيق الناس المنازل،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه؛ في كتاب المظالم والغصب، باب أفنية الدور والجلوس فيها، والجلوس على الصعدات، (٣/ ١٣٢)، رقم (٢٤٦٥)، واللفظ له؛ ومسلم في صحيحه، في كتاب اللباس والزينة، باب النهي عن الجلوس في الطرقات وإعطاء الطريق حقه، (٣/ ١٦٧٥)، رقم (١١٤ - (٢١٢١).

(٢) هو: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف بن مري بن حسن النووي الشافعي، من أهل نوى من قرى حوران جنوبي دمشق. علامة في الفقه والحديث واللغة. ينظر: طبقات الشافعية السبكي (٥/ ١٦٥)؛ والنجوم الزاهرة (٧/ ٢٧٨)؛ والاعلام (٩/ ١٨٥).

(٣) شرح صحيح مسلم، النووي (١٤/ ١٠٢).

(٤) من حُصُون الروم. والسَّنَائن: ماءة لبنيّ وَقّاص. التكملة، الصغاني (٦/ ٢٥٤).

(٥) هو: عبد الله بن عبد الملك بن مروان الأموي: أول من حول الدواوين بمصر من القبطية إلى العربية. وليها في أيام أبيه سنة ٨٦هـ. وابتنى مسجداً في مصر عرف بمسجد عبد الله، وغلت الأسعار في أيام ولايته، فنقمت العامة، فعزله الوليد سنة ٩٠هـ. ينظر: ولاة مصر، الكندي (ص٥٩)؛ الأعلام، الزركلي (٤/ ١٠٠).

وقطعوا الطريق، فقال معاذ: أيها الناس، إنا غزونا مع رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ غزوة كذا وكذا، فضيق الناس الطريق[1]، فبعث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ منادياً فنادى: ((**من ضيّق منزلاً أو قطع طريقاً**[2] **فلا جهاد له**))[3].

وجه ذلك: أنه إذا نزل في الطريق يمنع الناس من المرور، أو يضيقُ الطريق، فيتضررون بالمرور، وإضرار الناس إثم[4].

المطلب الثاني: أقسام الطريق العام والخاص:

إذا عرفنا أن الطريق هو السبيل المطروق، الذي يسير فيه الناس ويطرقونه بأرجلهم أو دوابهم، أو سياراتهم، أو غيرها من وسائل النقل الحديثة، سواء كان داخل المدن أو خارجها، فهو ينقسم إلى قسمين، وهما: الطريق العام، والطريق الخاص.

---

(١) أي: بقعودهم فيها، وتَضْيِيقِهَا على المارَّة. انظر: التحبير لإيضاح معاني التيسير (٤/ ٦٧٢)؛ وعون المعبود؛ شرح سنن أبي دود (٧/ ٢١٠).

(٢) قطع الطريق: تضييقها على المارة. انظر: شرح المشكاة، الطيبي (٨/ ٢٦٨٩). وقال السهارنفوري: أي: وسدوا الطريق فلم يبق للناس مجال أن يخرجوا من منازلهم، ويرجعوا إليها بسبب تضييق المنازل. انظر: بذل المجهود في حل سنن أبي داود (٩/ ٢٢٤).

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، في مسند المكيين، حديث معاذ بن أنس الجهني، (٢٤/ ٤٠٥)، رقم (١٥٦٤٨) واللفظ له؛ وأبو داود في سننه، في كتاب الجهاد، باب ما يؤمَرُ من انضمام العَسْكر وسَعَتِه، (٤/ ٢٦٨)، رقم (٢٦٢٩)؛ وصححه الشيخ الألباني في صحيح سَنن أبي داود (٧/ ٣٧٩) قائلا: (قلت: حسن صحيح).

(٤) ينظر: المفاتيح في شرح المصابيح، المظهري ٤/ ٣٨٨.

والطريق العام: ما مهد من السبل، وكان نافذاً يسلكه جميع الناس[1].

مثل الشوارع العامة التي يسلكها الناس في المدن في تنقلاتهم، والطرق التي يسلكونها في السفر بين المدن أو الدول.

والطريق الخاص: ما كان لشخص أو عدة أشخاص، ولا يسلكه جميع الناس، أو نقول: الطريق الخاص: هو الطريق غير النافذ[2].

مثل الطرق الخاصة التي تمر بدار إنسان أو مزرعته، والتي لا يسلكها عموم الناس.

قال ابن القاسم[3]: إذا كانت هناك دار يسكنها قوم من الداخل، وخارجها يسكنه آخرون، وللداخلين ممر في الخارج، فإن أهل الخارج إذا أرادوا تحويل باب الدار إلى موضع قريب من مكانه دون أن يسبب ضررًا للداخلين، فإن لهم الحق في ذلك، ومع ذلك، إذا كان الموقع الجديد للباب لا يقرب من موضعهم، فإن للداخلين الحق في منعهم

(١) معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي وحامد صادق (ص: ٢٩٠).
(٢) معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي وحامد صادق (ص: ٢٩٠).
(٣) هو: عبد الرحمن بن القاسم بن خالد العتقي المصري شيخ حافظ حجة فقيه، لم يرو أحد الموطأ عن مالك أثبت منه، توفي بالقاهرة. ينظر: شجرة النور الزكية (ص٥٨)؛ ووفيات الأعيان (١/ ٢٧٦)؛ والأعلام الزركلي (٤/ ٩٧).

من ذلك، كما أشار سحنون[1] في المجموعة: ليس هذا أصلهم، وليس لهم تغيير باب الدار إلا برضا أهل الداخلة[2].

(١) هو: أبو سعيد عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي القيرواني الشامي المالكي؛ وسحنون لقبه، شيخ عصره وعالم وقته، كان ثقة حافظاً للعلم، انتهت إليه الرئاسة في العلم، وكان عليه المعول في المشكلات وإليه الرحلة. ينظر: شجرة النور الزكية (ص٦٩)؛ والديباج (ص١٦٠)؛ ومرآة الجنان (٢/ ١٣١)؛ ومعجم المؤلفين (٥/ ٢٢٤).

(٢) ينظر: الجامع لمسائل المدونة، الصقلي (٢٠/ ٣٥٣)؛ التهذيب، البراذعي (٤/ ٢١٧)؛ الكافي، ابن عبد البر (٢/ ٨٧١).

المبحث الثاني
حكم تحويل مسارات الطريق

وفيه تمهيد وأربعة مطالب:

التمهيد:

قد تقتضي المصلحة العامة أن تقوم السلطات بتحويل مسارات الطرق، لأسباب مختلفة، مثل توسعة الطرقات، أو إيجاد طرق سريعة أو إضافة مسارات أو تحويلات أو عمل صيانة أو إضافة خدمات ونحو ذلك، وربما ترتب عليه شراء الحكومة لبعض المحلات والأراضي من أصحابها بقيمتها للمصلحة العامة ولو كان بدون رضاهم.

فلو أُكره الشخص على بيع ما يملكه لم يصح البيع، إلا أن يكون الإكراه بحق، مثل إكراه الحاكم على البيع لمصلحة عامة مثل توسعة الطرقات والمساجد، والأسواق[1].

وقد حكى بعض أهل العلم الإجماع على جواز الإجبار على البيع في أحوال مثل توسعة الطرقات[2].

(١) ينظر: الأصل؛ محمد بن الحسن (٤/ ٣٥)؛ وشرح مختصر الخليل، الخرشي (٥/ ٩)؛ وروضة الطالبين، النووي (٣/ ٣٤٤)؛ ودليل الطالب لنيل المطالب، الكرمي (ص١٢٥)؛ والإقناع في مسائل الإجماع، ابن القطان (٢/ ٢٤٣).

(٢) ينظر: شرح ابن ناجي على الرسالة، التنوخي (٢/ ٢٥٣).

وأما إذا كان الإكراه على البيع بغير حق، ولا مصلحة عامة، فلا خلاف في عدم لزومه[1].

إلا أن الحنفية يرون صحة البيع إذا باع مكرهاً وسلم المبيع طائعاً، واختلفوا في انتقال الملك إذا أكره على البيع، فباع مكرهاً، وسلم المبيع مكرهاً[2].

وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم (٢٩) (٤/ ٤) في ١٨-٢٣/ ٦/ ١٤٠٨هـ. المتضمن جواز نزع ملكية العقار للمصلحة العامة، لكن بشروط وضوابط شرعية هي:

١- أن يكون النزع للعقار بمقابل تعويض فوري وعادل يقدِّره أهل الخبرة بما لا يقل عن ثمن مثله.

٢- أن يكون النازع ولي الأمر أو نائبه في ذلك المجال.

٣- أن يكون النزع لمصلحة عامة التي تدعو إليها ضرورة عامة أو حاجة عامة تنزل منزلتها كالمساجد والجسور والطرق.

---

(١) ينظر: الهداية في شرح البداية، المرغيناني (٣/ ٢٧٢)؛ والقوانين الفقهية، ابن جزي (ص١٦٣)؛ والتوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، الجندي (٥/ ١٩٥)؛ وبحر المذهب، الروياني (٤/ ٣٤٧)؛ والبيان، العمراني (٥/ ١٢)؛ والمحرر، ابن تيمية (١/ ٣١١)، وكشاف القناع، البهوتي (٧/ ٣٠٣)، والمحلى، ابن حزم (٧/ ٥١٠).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٥/ ١٧٦) «لا يصح بيع المكره، إذا باع مكرهاً وسلم مكرهاً؛ لعدم الرضا، فأما إذا باع مكرها وسلم طائعاً؛ فالبيع صحيح»؛ وفي الهداية شرح البداية، المرغيناني (٣/ ٢٧٢) «إذا باع مكرهًا وسلم مكرهاً يثبت به الملك عندنا، وعند زفر لا يثبت».

٤- عدم توظيف العقار المنتزع في الاستثمار العام أو الخاص، وعدم التعجيل بنزع ملكيته قبل الأوان.

فإن اختلت هذه الشروط أو بعضها كان نزع ملكية العقار من الظلم في الأرض، ومن الغصوب التي نهى الله تعالى عنها ورسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

وإذا صرف النظر عن استخدام العقار المنزوعة ملكيته في المصلحة المشار إليها تكون أولوية استرداده لمالكه الأصلي، أو لورثته بالتعويض العادل(١).

المطلب الأول: حكم تحويل مسار الطريق العام لمصلحة عامة:

إذا كان تحويل مسار الطريق للمصلحة العامة، وهو ما يكون لمصلحة عموم أهل البلد، أو أهل المحل، مثل تحويله لإصلاحه، أو توسعته، أو إيجاد طرق بديلة مختصرة سريعة، وكونها أقرب أو أسهل ونحو ذلك، فقد نص بعض الفقهاء في كتبهم على جواز ذلك إذا كان صدر بأمر من ولي الأمر أو نائبه، وبيان ذلك كما يلي:

قرر علماء الحنفية جواز بناء المسجد العام في الطريق العام إذا كان لا يضر بالطريق، وتحويل باب المسجد من موضع إلى موضوع آخر، والأخذ من الطريق العام لإدخاله في المسجد لإرادة توسعته: جاء في تبين الحقائق: إذا كان الطريق للعامة وكان واسعاً، فبني فيه مسجداً

(١) مجلة المجمع عدد ٤، (٢/ ٨٩٧).

للعامة، وهذا المسجد لا يضر بهذا الطريق، فقد قالوا بالجواز، وهذا مروي عن أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الطريق للمسلمين والمسجد لهم كذلك، وإن رغب أهل المكان أن يضموا ويدخلوا شيئاً من الطريق لبيوتهم، حتى ولو كان ذاك لا يضر بالطريق فإنه لا يجوز لهم فعل ذلك، ولأهل المكان تحويل باب الدخول للمسجد من موضع إلى موضع آخر، وإن بنوا مسجداً واحتاجوا أن يزيدوا لتوسعة المسجد، فأدخلوا جزءًا من الطريق فضموه للمسجد وكان ذلك لا يضر بأصحاب الطريق فإنه يجوز، وكذا لو ضاق المسجد على الناس واحتيج إلى توسعته والأرض التي بجنبه ملك خاص فإنها تؤخذ من مالكها بقيمتها حتى ولو كره أن يبيعها، وكذا لو كان بجنب المسجد أرض موقوفة عليه فاحتاجوا أن يزيدوا المسجد من هذه الأرض فإنه يجوز ذلك بأمر القاضي[1].

ونص علماء المالكية: على جواز التصرف في الطريق العامة في حالات ينظر فيها إلى ما هو أصلح، فقال ابن القاسم: فيمن له أرض لا بناء ولا نبات فيها والطريق يشقها فأراد تحويل الطريق إلى مكان آخر من الأرض لأنه أيسر بالأرض وبأهل الطريق، فيمنع من ذلك، وليس لأحد أن يغيّر طريقاً، حتى وإن كان إلى أيسر من الطريق الأول، وحتى إن كان ذلك برضي ممن جاوره من أهل القرى، لأنها طريق لعامة المسلمين، وأُذِن إذا كان الطريق لأناس بأعيانهم، فلهم الحق في

(١) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي (٣/ ٣٣١)؛ البحر الرائق، ابن نجيم (٥/ ٢٧٦).

ذلك، وقال ابن الماجشون[1]: «ينظر الإمام في الطريق، فإن رأى في تحول الطريق منفعة للعامة كان تكون أقرب وأسهل، أما إن رأى الإمام في تحول الطريق ضرراً بأحد من المارة أو ممن جاور الطريق فيمنع من التحويل، وأما إن حول الطريق بغير إذن الإمام فينظر الإمام في ذلك فإن كان صواباً أمضاه وإلا ردَّه[2].

وأجاز الشافعية التصرف في الطريق العام للمصلحة العامة إذا لم يكن هناك ضرراً، جاء في المجموع:

يجوز أن يبنى مسجداً في طريق واسع بإذن الإمام إذا كان لا ضرر فيه على المسلمين بضيق الطريق[3].

ونص علماء الحنابلة: على جواز التصرف في الطريق العام للمصلحة العامة إذا لم يكن هناك ضرر. جاء في كشاف القناع: يجوز أن يحفر في الطريق النافذ بئراً إذا أراد في حفره منفعة للمسلمين، وكانت الطريق واسعة، ولا يخاف منها ضرراً، لأنها مصلحة بلا مفسدة، ومثله بناء مسجد فيها وبناء الجسور التي يمر عليها الناس عن الماء[4].

---

(١) هو: عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله الماجشون الفارسي التيمي بالولاء. فقيها مالكيا فصيحاً، دارت عليه الفتيا في أيامه بالمدينة. ينظر: الديباج المذهب (ص١٥٣)؛ وشجرة النور (ص٥٦)؛ والأعلام للزركلي (٤/ ٣٠٥).

(٢) ينظر: النوادر والزيادات، ابن أبي زيد القيرواني (١١/ ٥٦)؛ ومواهب الجليل، الحطاب الرُّعيني (٥/ ١٧٠).

(٣) ينظر: المجموع شرح المهذب (١٩/ ٢١)، أسنى المطالب، زكريا الأنصاري (٤/ ٧١).

(٤) كشاف القناع عن متن الإقناع (٣/ ٤٠٧)، وينظر: المغني، ابن قدامة (٨/ ٤٢٥).

المطلب الثاني: حكم تحويل مسار الطريق العام لمصلحة خاصة:

إذا كان تحويل مسار الطريق العام لمصحة خاصة، مثل أن يريد شخص تحويل الطريق العام ليمنع الناس من المرور من عند داره، أو أن يبني فيه دَكّة أو يغرس فيه شجرة، وترتب على ذلك ضرراً، فقد نص بعض الفقهاء على منع ذلك[1]:

جاء في المبسوط: ولو أن إنساناً بنى جداراً من الحجارة في نهر الفرات، واتخذ عليه رحىً ليستفيد من مرور الماء في الطحن، لم يكن ذلك جائزاً له في القضاء، ويحق أن يخاصمه عموم الناس من أجل هدمه وإزالته، لأن موضع نهر الفرات حق لعموم الناس فهو بمنزلة الطريق العام[2].

وجاء في البيان والتحصيل: سأل ابن القاسم عن شخص تكون له في أرضه مخاضة[3] نهر فيريد أن يضع في مكان مرور الماء رحى، وهذه الرحى تأثر على الماء بأن تغور المخاضة، أو بأن تأثر هذه الرحى على

(١) ينظر: المبسوط، السرخسي (٢٣/ ٢٠٠)؛ البيان والتحصيل، ابن رشد (١٠/ ٢٩٨)؛ نهاية المحتاج، الرملي (٤/ ٣٩٧)؛ كشاف القناع، البهوتي (٣/ ٤٠٦).

(٢) ينظر: المبسوط، السرخسي (٢٣/ ٢٠٠)؛ تحفة الفقهاء، السمرقندي (٣/ ٣١٩).

(٣) المخاضة من الخوض، قال الجوهري: «والموضعُ مَخَاضَةٌ، وهو ما جازَ الناسُ فيها مُشاةً وركباناً» الصحاح مادة خوض، (١٤١٤)، والمخاض مِنَ النَّهْرِ الْكَبِيرِ: الموضعُ الَّذِي يَتخَضْخَضُ ماؤُه فَيُخاضُ عِنْدَ العُبور عَلَيْهِ، وَيُقَالُ المَخاضَةُ، لسان العرب، مادة خوض (٧/ ١٤٧). فهو من النَّهر الْكَبِير الْمَوضع الْقَلِيل المَاء الَّذِي يعبر فِيهِ النَّاس النَّهر مشَاة وركبانا. المعجم الوسيط، مجموعة من المؤلفين (١/ ٢٦٢).

مجرى الماء فيغير طريقها، فما حكم ذلك العمل؟ فأجاب بأنه ليس له أن يحدث رحى، ولا غيرها بمكان يجر ذلك العمل ضرراً على أحد من الناس، فما كان يرى أو يظن أنه ضرراً أو يجر إلى الفساد فيمنع، لأنه ملكاً للعامة. قلت: إذا كانت المخائض قريبة من بعضها، مثل الميل أو الميلين، أو الغلوة أو الغلوتين، فسألته حول جواز تحويل الناس إلى إحدى تلك المخائض للاستفادة منها، فأجاب بأنه: لا يجوز له أن يحول الناس عن طريقهم إلى طريق غيرها. ومع ذلك، لا يحق للناس أن يمنعوه من وضع رحاه في مكان لا يؤثر على المخاضة أو على الآخرين، ولا يسبب ضررًا لهم. إذا كان وضع الرحى لا يؤثر سلبًا على المخاضة أو على الناس، فلا يُمنع من ذلك العمل[1].

وجاء في نهاية المحتاج: «ويحرم أن يبني في الطريق دَكة بفتح الدال: أي مسطبة أو غيرها، أو يغرس فيه شجرة»[2].

وجاء في كشاف القناع: ولا يجوز لأحد أن يخرج إلى طريق نافذ جناحاً.. أو دَكة وهي التي تبنى للجلوس عليها، ولا أن يخرج ميزاباً لتصريف الماء، لأن ذلك التصرف ليس بملكه بل في ملك غيره وهو

(١) ينظر: البيان والتحصيل، ابن رشد (١٠/ ٢٩٨)؛ النوادر والزيادات، القيرواني (١١/ ٧٦).

(٢) نهاية المحتاج، الرملي (٤/ ٣٩٧).

تصرف بغير إذن منهم، وسواء كان هذا التصرف فيه ضر بالمارة أو لا، لأنه إذا لم يضر حالاً فقد يضر مستقبلاً[1].

وإذا كان في تحويل مسار الطريق مصلحة لصاحب الأرض، وضرر خفيف على الناس، وجبت المقارنة بين مصلحة تحويل الطريق وضرره على الناس، لاختيار أخف الضررين.

قال ابن رشد الجد[2]: ولو كانت المياه قريبة جداً فإنه لا يمنع من وضع الرحى بها، ليسر المؤونة على الناس إذا كان هذا الضرر يسيراً، لأنه لا يمنع الإنسان من إحداث منفعة خاصة في أرضه إذا لم يكن بها ضرر كبير على غيره، والأصل في ذلك قول رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**إذا اجتمع ضرران ينفي الأصغر الأكبر**))[3] ولأن منعه من وضع الرحى في أرضه يضرر به، وكذا تحويل الناس عن طريقهم إلى طريق غيرها ضرر بهم، فأي الضررين رأى أنه أقل ضرراً فإنه يبقي ولا يلتفت

(١) ينظر: كشاف القناع، البهوتي (٣/ ٤٠٦)؛ المغني، ابن قدامة (٤/ ٣٧٤).

(٢) هو: أبو الوليد محمد بن رشد، قاضي الجماعة بقرطبة، بها ولد وبها توفي، من أعيان المالكية، وهو جد ابن رشد الفيلسوف المشهور. ينظر: الصلة (ص٥١٨)؛ والديباج (ص٣٧٨).

(٣) لم أقف بعد البحث عن حديث لرسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بهذا اللفظ، وإنما هو قاعدة فقهية من صياغة الفقهاء. ينظر: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، الونشريسي، قاعدة (١٠٧)، (ص: ١٥٨).

إليه، ولا حد في ذلك إلا بالاجتهاد لأنه راجع إليه، لأن الاجتهاد هو الأصل عند عدم النص[1].

المطلب الثالث: حكم تحويل مسار الطريق الخاص لمصلحة خاصة:

وأما تحويل الطريق الخاص لمصلحة خاصة فإنه لا يجوز إلا بإذن من أصحاب الحق لأن ذلك يعد تعديًا على حقوقهم فهم في هذا الحق شركاء، ومع ذلك، يمكن أن يحدث هذا التحويل بموافقة من الجميع دون الإضرار بالآخرين لأن الحق لهم[2]. مثل إذا كان هناك زقاق أو طريق خاص يستخدمه السكان للوصول إلى منازلهم، وأراد أحد السكان أن يتوسع بهذا الزقاق فيبني له مبنىً أو أنه يجعله له مرآباً، فيجب في هذه الحالة الحصول على موافقة من يشترك معه في هذا الزقاق من الجيران لأن الحق للجميع.

جاء في الهداية: ليس لأحد من أهل الطريق غير النافذ أن يضع مظلةً أوميزاباً بالطريق إلا بإذن أهله، لأنها مملوكة لهم[3].

(١) ينظر: البيان والتحصيل، ابن رشد (١٠/ ٢٩٩)؛ النوادر والزيادات، ابن أبي زيد القيرواني (١١/ ٧٣).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي (٦/ ١٤٣)، والكافي، ابن عبد البر (٢/ ٨٧١)، والمجموع شرح المهذب (١٣/ ٤١٢)، والمغني، ابن قدامة (٤/ ٣٧٤)، وكشاف القناع، البهوتي (٣/ ٤١٠).

(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية، المرغيناني (٤/ ٤٧٣)، تبيين الحقائق، الزيلعي (٦/ ١٤٣)؛ رد المحتار، ابن عابدين (٦/ ٥٩٣).

وجاء في الجامع لمسائل المدونة: عن ابن القاسم أنه قال: إذا كانت هناك دار يسكنها قوم من الداخل، وخارجها يسكنه آخرون، وللداخلين ممر في الخارج، فإن أهل الخارج إذا أرادوا تحويل باب الدار إلى موضع قريب من مكانه دون أن يسبب ضررًا للداخلين، فإن لهم الحق في ذلك، ومع ذلك، إذا كان الموقع الجديد للباب لا يقرب من موضعهم، فإن للداخلين الحق في منعهم من ذلك، كما أشار سحنون في المجموعة: ليس هذا أصلهم، وليس لهم تغيير باب الدار إلا برضا أهل الداخلة[1].

وجاء في الحاوي: إذا كان الطريق غير نافذة فيمنع من إخراج الجناح في الطريق، إلا بإذن من أهل الطريق، سواء كان الجناح فيه ضراً أو ليس به ضرر[2].

وجاء في المغني: ويمنع أن يبني دكاناً، وأن يخرج روشناً أو ساباطاً على ممر غير نافذه، إلا بإذن أهل الممر[3].

المطلب الرابع: تحويل المسارات بشكل دائم، أو مؤقت:

تحويل المسارات إما أن يكون بشكل دائم، أو بشكل موقت، وكل ذلك جائز للمصلحة العامة[4]، أو المصلحة الخاصة الراجحة، فقد

(١) ينظر: الجامع لمسائل المدونة، الصقلي (٢٠/ ٣٥٣)؛ الكافي، ابن عبد البر (٢/ ٨٧١)؛ والذخيرة، القرافي (٧/ ٢٥٨).

(٢) ينظر: الحاوي، الماوردي (٦/ ٣٧٧)، المجموع، النووي (١٣/ ٤٠٠).

(٣) ينظر: المغني، ابن قدامة (٤/ ٣٧٤)، كشاف القناع، البهوتي (٣/ ٤١٠).

(٤) كما سبق ذكره في مطلب حكم تحويل الطريق لمصلحة عامة فإن كان هذا التحويل مؤقتاً أو مستداماً فإنه يأخذ ذلك الحكم. ينظر: النوادر والزيادات، ابن أبي زيد القيرواني (١١/ ٥٦)؛ ومواهب الجليل، بالحطاب الرُّعيني (٥/ ١٧٠)؛ وتبيين الحقائق، الزيلعي (٣/ ٣٣١).

يكون التحويل لقصد القيام ببعض الإصلاحات على الطريق القديم، وذلك لفترة وجيزة، فيكون التحويل بشكل مؤقت، وقد يكون التحويل لسهولة واختصار الطريق الجديد، فيبقى المسار محولاً بشكل دائم، وقد يكون ذلك لأسباب أخرى تراها الجهات المختصة المعنية في البلد، ويخضع حكم ذلك كله لما سبق ذكره في مطلب تحويل مسارات الطريق لمصلحة عامة، وإحداث أمور في الطريق لمحض المصلحة العامة[1]، وأن ذلك جائز بحسب المصلحة وما تدعو إليه الحاجة، قال أبو يعلى[2] إذا حُدِّدت الطرق وعُرفت المعالم، فإن وضع أي شيء فيها يُعد محرمًا إلا باتفاق الأمة[3]. وهذا يعني أن أي تغيير أو إضافة في هذه الطرق يجب أن يتم بالتوافق بين جميع الأفراد المعنيين، وذلك لحماية المصلحة العامة وضمان عدم الإضرار بالآخرين. وتقدير ذلك راجع إلى ما يراه الإمام من موافقة مصلحة العامة وموافاة رعاية الحاجة من تحقيق النفع أو دفع الضرر، وذلك لما هو متقرر من أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة[4].

(١) ينظر: شرح السير الكبير، السرخسي، ص (١٤٧٥).

(٢) هو: محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن الفراء البغدادي شيخ الحنابلة في وقته، وعالم عصره في الأصول والفروع وأنواع الفنون. ينظر: طبقات الحنابلة، ابن أبي يعلى (٢/ ١٩٣)؛ وشذرات الذهب (٣/ ٣٠٦)؛ والأعلام، الزركلي (٦/ ٢٣١).

(٣) الأحكام السلطانية، أبو يعلى، ص (٢١٣).

(٤) ينظر: المنثور في القواعد الفقهية، الزركشي (١/ ٣٠٩).

المبحث الثالث
طلب فسخ عقد الإجارة، أو تخفيف الالتزام، بسبب تحويل مسارات الطرق

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: حكم عقد الإجارة في الشريعة:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم عقد الإجارة من حيث الجواز:

أما حكم عقد الإجارة في الشرع، فهو عقد جائز عند عامة أهل العلم.

وقد دل على جوازها الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس.

أما الكتاب: فقول الله تعالى في إجارة المرضعة: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[1].

وجه الدلالة: قد دلت الآية الكريمة على جواز الاستئجار على رضاعة الطفل[2].

وأما السنة: فحديث أم المؤمنين عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: «استأجر رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأبو بكر رجلاً من بني الديل هادياً خريتاً،

(١) سورة الطلاق الآية ٦.
(٢) ينظر: المغني، ابن قدامة (٨/ ٦).

وهو على دين كفار قريش، فدفعا إليه راحلتيهما، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما صبح ثلاث»[1].

وأما الإجماع: قد حكى جماعة من العلماء الإجماع على جواز الإجارة[2].

قال الموفق ابن قدامة[3]: «وأجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة، إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم[4] أنه قال: لا يجوز ذلك، لأنه من الغرر، يريد أن عقد الإجارة على منافع لم تخلق بعد، وهذا غلط، لا يمنع انعقاد الإجماع الذي سبق في الأعصار، ومضى في الأمصار»[5].

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب الإجارة، باب إذا استأجر أجيراً ليعمل له بعد ثلاث، أو بعد شهر جاز، وهما على شرطهما الذي اشترطاه إذا جاء الأجل (٣/ ٨٩)، رقم (٢٢٦٤).

(٢) قال ابن المنذر: «أجمعوا على أن الإجارة ثابتة»؛ ينظر: الإجماع ابن المنذر (١٠٦)، وممن حكى الإجماع على لزوم عقد الإجارة من الطرفين: شيخ الإسلام ابن تيمية. ينظر: مجموع الفتاوى (٣٠/ ١٦٥)، و (٣٠/ ١٨٥)، و (٣٠/ ٢١٨).

(٣) هو: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. من أهل جماعيل من قرى نابلس بفلسطين، شارك مع صلاح الدين في محاربة الصليبيين. ينظر: ذيل طبقات الحنابلة، ابن رجب (ص١٣٣)؛ والبداية والنهاية، ابن كثير (١٧/ ١١٦)، والأعلام الزركلي (٤/ ١٩١).

(٤) هو: أبو بكر عبد الرحمن بن كيسان الأصم، شيخ المعتزلة، اشتهر بالكلام والأصول والفقه، توفي سنة إحدى ومائتين. ينظر: سير أعلام النبلاء (٩/ ٤٠٢).

(٥) ينظر: المغني، ابن قدامة (٨/ ٦)؛ وقال ابن رشد الحفيد: «إن الإجارة جائزة عند جميع فقهاء الأمصار، والصدر الأول؛ وحكي عن الأصم، وابن علية منعها»؛ ينظر: بداية المجتهد (٤/ ٥). ينظر: المغني، ابن قدامة (٨/ ٦)؛ وقال ابن رشد الحفيد: (إن الإجارة جائزة عند جميع فقهاء الأمصار، والصدر الأول؛ وحكي عن الأصم، وابن علية منعها)؛ ينظر: بداية المجتهد (٤/ ٥).

وأما القياس: فلأن المنافع مثل الأعيان، فلما أُجِيز عقد البيع على الأعيان، أُجيز عقد الإجارة الذي هو على المنافع[١].

الفرع الثاني: حكم عقد الإجارة من حيث اللزوم:

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: قول جمهور العلماء ومنهم الأئمة الأربعة أن عقد الإجارة عقد لازم من الطرفين، فلا يملك أحدهما فسخه قبل انتهاء المدة المحددة، لأن تمليك منفعة بعوض، فأشبه البيع[٢]، وحكي الإجماع على ذلك[٣].

قال السرخسي: «عقد الإجارة لازم لا يفسخ إلا بعذر»[٤]. وقال القاضي البغدادي: الإجارة عقد لازم من الطرفين ليس لأحد المتعاقدين فسخه متى ما أمكن استيفاء المنافع المعقود عليها[٥]. وقال الروياني:

(١) ينظر: البيان، العمراني (٧/ ٢٨٨).
(٢) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٤/ ٢٠١)؛ والبناية في شرح الهداية، العيني (١٠/ ٣٤١)؛ والذخيرة، القرافي (٥/ ٥٠٠)؛ وإرشاد السالك إلى أشرف المسالك، ابن عسكر (ص٨٦)؛ والمهذب، الشيرازي (٢/ ٢٦٥)؛ والتهذيب، البغوي (٤/ ٤٤٧)؛ والمغني، ابن قدامة (٨/ ٢٣)؛ والكافي، ابن قدامة (٢/ ١٧٧)؛ والمحلى، ابن حزم (٧/ ٨) (٧/ ٣٢).
(٣) ينظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٣٠/ ١٨٥).
(٤) المبسوط، السرخسي (١٥/ ١٣٥).
(٥) ينظر: المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب (٢/ ١٠٩١).

«والإجارة عقد لازم لا يجوز لأحد المتآجرين فسخها إلا بعيب»[1]، وقال الموفق ابن قدامة: أن الإجارة عقد لازم، يلزم تمليك المؤجر الأجر، والمستأجر يستلم المنافع، فإذا فسخ المستأجر الإجارة قبل انتهاء وقتها، أوترك الانتفاع اختياراً منه، فإن الإجارة لا تنفسخ، والأجرة واجبه له، ولم تزل المنافع في ملكه، مثل لو اشترى شيئاً وقبضه ثم تركه[2].

القول الثاني: حكي عن شريح القاضي[3] رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنه قال بأنه عقد غير لازم، لأنها إباحة المنفعة، فأشبهت الإعارة[4].

الراجح: هو القول الأول القائل إن عقد الإجارة عقد لازم من الطرفين، فلا يملك أحدهما فسخه قبل انتهاء المدة المحددة، لقول الله جَلَّ وَعَلَا: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[5]، ولأنه تمليك منفعة فأشبهت البيع، ولأنه عقد معاوضة فلا ينفرد أحدهما بالفسخ.

(١) بحر المذهب، الروياني (٧/ ١٤٢).
(٢) ينظر: المغني، ابن قدامة (٨/ ٢٣).
(٣) هو: أبو أمية شريح بن الحارث الكندي، أصله من الفرس، وهو من اشهر القضاة في صدر الإسلام، كان في زمن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ ولم يسمع منه، ولي قضاء الكوفة في زمن الخلفاء الراشدين عمر وعثمان وعلي. ينظر: تهذيب التهذيب (٤/ ٣٢٦)؛ الشذرات (١/ ٨٥)؛ والأعلام، الزركلي (٣/ ٢٣٦).
(٤) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٤/ ٢٠١).
(٥) سورة المائدة؛ الآية ١.

المطلب الثاني: أنواع عقود الإجارة:

الإجارة على ضربين، وهما: إجارة عين، وإجارة على منفعة في الذمة، لأن الإجارة تارة تكون على العين، وتارة تكون على عمل في الذمة[1].

الضرب الأول: إجارة العين:

فتجوز إِجارة كل عين مباحة يمكن استيفاء المنفعة منها مع بقائها، مثل استئجار الدار للسكنى فيها، والحائط ليضع عليه أطراف خشبه، ومثل استئجار حيوان ليصيد به، والكتاب لِيَقْرأ فيه، واستئجار النقد للتحلي والتزين به[2].

وإِجارة العين تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: أن تكون الإجارة على مدة معلومة، كإِجارة الدار للسكنى لمدة شهراً، والأرض للزراعة لمدة عام واحد، والشخص للخدمة أو للرعي مدة معلومة، ويسمى الأجير هنا أجيراً خاصًّا، لأن المستأجِر يختص بالمنفعة في تلك المدة دون سائر الناس[3].

القسم الثاني: إِجارة العين لعمل معلوم مثل إِجارة الدابة للركوب إِلى موضع معين، أو استئجار شخص ليدله على الطريق، أو رحى

(١) ينظر: الممتع في شرح المقنع، ابن المنجى (٢/ ٧٥٥).
(٢) ينظر: المقنع، ابن قدامة (ص٢٠٥)؛ والممتع في شرح المقنع، ابن المنجى (٢/ ٧٥٥).
(٣) ينظر: المقنع، ابن قدامة (ص٢٠٥)؛ والإنصاف، المرداوي (١٤/ ٣٥١).

لطحن قفزان معلومة، ويشترط في هذا القسم معرفة العمل، وضبطه بما لا يختلف[1].

الضرب الثاني: إجارة على منفعة في الذمة:

وهي أن يعقد على منفعة في الذمة مضبوطة بصفات كالسَّلم: كخياطة ثوب، وبناء دار، وحمل متاع إلى موضع معين، ولا يكون الأجير فيها إلا آدمياً جائز التصرف، ويسمى الأجير فيه بالأجير المشترك، لأنه يتقبل أعمالاً كثيرة من أناس كثيرين في وقت واحد، فيشتركون في استحقاق منفعته[2].

المطلب الثالث: طوارئ فسخ عقد الإجارة:

الأصل في عقد الإجارة: اللزوم عند جمهور العلماء، وأما عند حصول شيء من الطوارئ على العقد، فإما أن يكون مما يمنع من الانتفاع بالعين المؤجرة، مثل أنْ تنهدم الدار المستأجرة قبل نهاية العقد، أو يحصل ما يقلل الانتفاع بها، مثل انقطاع المطر عن الأرض المؤجرة للزراعة، وتحويل مسارات الطريق عن المحلات التجارية، وغير ذلك مما يؤثر سلباً على المستأجر، فهل تنفسخ الإجارة بذلك أم لا؟

اختلف أهل العلم في هذه المسألة على أقوال، ويوجد تفصيل في كل مذهب وهذا بيان أثر الطوارئ في المذاهب الفقهية الأربعة:

(١) ينظر: المبدع في شرح المقنع (٤/ ٤٢٧)؛ والإنصاف، المرداوي (١٤/ ٣٦٤).
(٢) ينظر: المقنع، ابن قدامة (ص٢٠٥)؛ والممتع في شرح المقنع، ابن المنجى (٢/ ٧٦٥).

أولاً: الطوارئ الموجبة للفسخ عند الحنفية:

وهي كثيرة لأن عدم حدوث عذر بأحد العاقدين، شرط عندهم للزوم العقد.

قال الكاساني في أعذار المستأجر لفسخ عقد الإيجار: أما الذي في جانب المستأجر: كما لو أفلس فأراد الخروج من السوق، أو احتاج إلى السفر، أو ينتقل من التجارة إلى الزراعة أو من الزراعة إلى الحرفة أو ينتقل من حرفة إلى حرفة، لأن المفلس لا يمكنه الانتفاع بالدكان فكان في إبقاء العقد عليه من غير استيفاء المنفعة إضرار به، ضرراً لم يلتزمه العقد فلا يجبر على عمله[1].

وقال أيضاً في أعذار المؤجر التي تبيح له الفسخ: أنها تشمل حالات، مثل إذا لحقه دين كبير لا يستطيع سداده إلا من ثمن المستأجر. ففي هذه الحالة، إذا كان الدين قد ثبت قبل عقد الإيجار بالبينة أو بالإقرار، أو ثبت بالبينة بعد عقد الإيجار، فإن للمؤجر الحق في فسخ العقد. أما إذا ثبت الدين ب عد عقد الإيجار بالإقرار، فإن هناك اختلافًا. فعند أبي حنيفة، يُعد الدين الثابت بالإقرار بعد عقد الإيجار

(١) بدائع الصنائع، الكاساني (٤/ ١٩٧)؛ ينظر: المبسوط، السرخسي (١٦/ ٦)، والمحيط البرهاني، ابن مازة (٧/ ٥٠٥)؛ رد المحتار، ابن عابدين (٦/ ٨٣).

سببًا للفسخ. وأما عند صاحبيه، فإن الدين الثابت بالإقرار بعد عقد الإيجار لا يكون سبباً للمؤجر بفسخ الإيجار[1].

ثانياً: الطوارئ الموجبة للفسخ عند المالكية:

وهي ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما ينقص من منفعة العين المؤجرة بشكل يتسبب في ضرر للمستأجر إذا استمر في استخدامها، وكان المؤجر يرفض إصلاح العيب، أو إذا كان على المستأجر أن يتحمل ضررًا بسبب طول مدة الإصلاح، أو إذا كان هناك ضرر لا يمكن البقاء معه، فإن ذلك يُعد سببًا للفسخ. سواء قبل القبض وبعده.

القسم الثاني: ما يتعلق بفوات المنفعة بالكامل، مثل موت الدابة أو الأجير المعين، أو انهيار الدار، أو انقطاع شرب الأرض. فهذه الحالات تستوجب الفسخ.

القسم الثالث: يتعلق بما يمنع من استيفاء المنفعة شرعًا، وهو أيضًا يوجب الفسخ. كما لو استأجر شخصًا لقلع ضرس فسكن الألم، أو إذا عُفي عن القصاص المستأجر على استيفائه، فإن ذلك يُعد سببًا للفسخ[2].

---

(١) بدائع الصنائع، الكاساني (٤/ ١٩٨)؛ ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة (٧/ ٥٠٥)؛ رد المحتار، ابن عابدين (٦/ ٨٣).

(٢) ينظر: عقد الجواهر الثمينة، ابن شاس (٣/ ٩٣٩)؛ التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، خليل (٧/ ٢٠١)؛ ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل، حطاب (٥/ ٤٣٣).

قال ابن رشد الحفيد: مذهب مالك أن عقد الإجارة، عقد لازم، لا تنفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة، إما بسبب وجود العيب بها، أو ذهاب محل الانتفاع بها[1].

ثالثاً: الطوارئ الموجبة للفسخ عند الشافعية:

ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما ينقص المنفعة من العيوب، فهي سبب للخيار، فمتى ظهر بالعين المستأجرة نقص تتفاوت بسببه الأجرة، فهو عيب مثبت لحق الفسخ، كما لو تعطلت السيارة، أو انقطاع الماء عن الأرض الزراعية، أو انهدمت الدار، وانهدمت بعض جدرانها، لكن لو بادر المؤجر إلى الإصلاح، وكان العيب قابلاً للإصلاح في الحال، سقط خيار المستأجر.

القسم الثاني: فوات المنفعة بالكلية حساً، فمن صوره: احتراق السيارة المعينة، أو موت الأجير المعين للعمل فإنه يوجب انفساخ الإجارة.

القسم الثالث: فوات المنفعة شرعاً، فهو أيضاً موجب للانفساخ، لتعذر الاستيفاء، كما لو استأجر على قلع ضرس فسكن الألم، أو قطع عضو فسلم العضو، أو لاستيفاء قصاص في نفس أو طرف فعفا انفسخت الإجارة في الكل لأن الفوات شرعاً كالفوات حساً[2].

---

(١) ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد (٤/ ١٤).

(٢) ينظر: الوسيط في المذهب، الغزالي (٤/ ١٩٦-٢٠٣)؛ وروضة الطالبين، النووي (٥/ ٢٣٩- ٢٤٩).

رابعاً: الطوارئ الموجبة للفسخ عند الحنابلة:

قال ابن قدامة: فإذا جاء أمر خارج عن الإرادة، يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة التي عقد عليها، فإنه يلزمه من الأجرة مقدار المدة التي انتفع بها، فمن استأجر شيء لمدة، فحيل بينه وبين الانتفاع بالمستأجر، لم يخل من أقسام:

القسم الأول: أن تتلف العين، كسيارة احترقت، أو دابة ماتت، فإن الإجارة تنفسخ.

القسم الثاني: أن يحدث على العين ما يمنع الانتفاع بها، كمنزل انهدم، وأرض غرقت، ومزرعة انقطع ماؤها، فهذه ينظر في منفعتها، فإن لم يبق فيها نفع أبداً، فهي بحكم التالف، إما إن بقي فيها نفع بغير ما استأجرت له، فإن الإجارة تنفسخ أيضاً، لأن المنفعة التي وقع عليها العقد قد تلفت، وأما إذا أمكن الانتفاع بالعين المستأجرة فيما استأجرت له على صفه من القصور، مثل أن يمكنه أن يسكن بجزء من المنزل أو أن يزرع بجزء من الأرض فإن الإجارة لا تنفسخ، لأن المنفعة التي عقد عليها لم تتلف بالكلية، فكان كما لو تعيبت، وللمستأجر خيار الفسخ، أما إن حدث التلف المضر، أو انقطاع الماء، أو تلف كهدم بعض العين المستأجرة فذلك البعض له حكم نفسه في الفسخ أو في ثبوت الخيار، وللمستأجر الخيار في بقية العين، لأن يمكن تبعض الصفقة.

القسم الثالث: أن تتعرض العين المستأجرة للغصب، فللمستأجر حق الفسخ، لأن فيه تأخيرًا لحقه، وأما إذا كانت الإجارة على عمل كخياطة قميص، أو حمل متاع إلى مكان معين، فغصب دكان الخياطة، أو غصبت الدابة التي يحمل عليها، لم ينفسخ العقد، وللمستأجر مطالبة الأجير بعوض عن الشيء الذي غصب، أوإقامة من يعمل العمل مثل ذلك، فإذا تعذر البدل، فيثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المغصوبة، فيستوفي منها.

القسم الرابع: أن لا يمكن استيفاء المنفعة المعقود عليها بسبب فعل صدر منها، مثل أن يأبق العبد، أو تشرد الدابة، فلا تنفسخ الإجارة، لكن المستأجر يثبت له خيار الفسخ، وإن لم يفسخ، فإن الإجارة تنفسخ بمضي المدة المحددة.

القسم الخامس: أن يحدث خوف عام، فلا يتمكن المستأجر من سكنى العين المستأجرة، أو أن تحاصر البلد، فلا يتمكن من الخروج إلى الدكان أو إلى الأرض التي استأجرها للزرعة، ونحو ذلك، ففي هذا القسم يثبت للمستأجر خيار الفسخ، لأنه أمر غالب خارج عن الإرادة يمنع المستأجر استيفاء المنفعة التي عقد عليها[1].

فالجمهور يرون فسخ عقد الإجارة بالعيوب دون الأعذار الأخرى.

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة (٨/ ٢٧-٣٢)؛ الشرح الكبير على متن المقنع، ابن قدامة (٦/ ١٠١-١١٤)؛ والواضح في شرح الخرقي، الواحدي (٢/ ٢٩٩-٣٠٢).

والخلاصة أن نصوص الفقهاء في ذلك متضافرة، وكلها تدل على أن عقد الإجارة عقد لازم من الطرفين، لا يملك أحدهما فسخه قبل انتهاء المدة بغير عذر، ويفسخ العقد عندهم بعذر لا يمكن معه للمستأجر استيفاء منفعة العين المؤجرة، مثل انهدام الدار المؤجرة، وأما إذا كان العذر من أحدهما، وأراد الفسخ، مثل احتراق متاع المستأجر، فقد وقع فيه خلاف عريض بين الفقهاء في فسخ عقد الإجارة بذلك[1].

المطلب الرابع: حكم فسخ عقد الإجارة، أو الحط من الأجرة للعذر العام:

اتفق جمهور العلماء على فسخ الإجارة بوجود العيب بالعين، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة[2]. مثال لفسخ عقد الإجارة، أو الحط من الأجرة للعذر العام: مثل عقد إيجار بين مؤجر ومستأجر لمدة سنة واحدة لاستخدام محل تجاري، وبعد مرور ستة أشهر من العقد، اندلعت جائحة صحية عالمية (مثل جائحة كوفيد-١٩)، وأصدرت

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٤/ ١٩٦)؛ والبناية في شرح الهداية، العيني (١٠/ ٣٤١)؛ وبداية المجتهد، ابن رشد (٤/ ١٤)؛ والذخيرة، القرافي (٥/ ٥٠٠)؛ وإرشاد السالك إلى أشرف المسالك، ابن عسكر (ص٨٦)؛ والمهذب، الشيرازي (٢/ ٢٦٥)؛ والتهذيب، البغوي (٤/ ٤٤٧)؛ والمغني، ابن قدامة (٨/ ٢٣)؛ والكافي، ابن قدامة (٢/ ١٧٧)؛ وجامع المسائل لابن تيمية (١/ ٢٣٨)؛ والمحلى، ابن حزم (٧/ ٨) (٧/ ٣٢).

(٢) ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد (٤/ ١٤)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الشيرازي (٢/ ٢٦٢)، الهداية على مذهب الإمام أحمد، الكَلْوَذَاني (ص: ٢٩٣).

الحكومة قرارات بإغلاق جميع المحلات التجارية لفترة غير محددة لمنع انتشار الفيروس. ففي هذه الحالة، يمكن أن يُعد الإغلاق الحكومي عذراً عاماً لأنه خارج عن إرادة الطرفين ويجعل تنفيذ العقد بالشكل المتفق عليه مستحيلاً. لذا يمكن للمستأجر طلب فسخ عقد الإيجار أو طلب خصم من الأجرة المتفق عليها، لأن المحل التجاري لا يمكن استخدامه بسبب الظروف الطارئة.

مثال آخر: هناك عقد إيجار بين مؤجر ومستأجر لمدة سنة واحدة لاستخدام شقة سكنية، وبعد مرور ثلاثة أشهر من العقد، حدث زلزال أدى إلى تدمير الشقة بالكامل وجعلها غير صالحة للسكن، ففي هذه الحالة، يمكن اعتبار الزلزال كارثة طبيعية وعذراً عاماً لأنه خارج عن إرادة الطرفين ويجعل تنفيذ العقد بالشكل المتفق عليه مستحيلاً.

قال ابن مازة في المحيط: إذا كان العيب في الشيء المؤجر يؤدي إلى نقص في المنافع التي يتوقعها المستأجر من هذا العقد، كما إذا مرض العبد أوالدابة، وكذا الدار إذا انهدم بعض بنائها حتى تسبب بنقص في سكناها، فللمستأجر أن يفسخ العقد، لأنه تعذر عليه أن يستوفي الشيء المعقود عليه على الوجه المطلوب بالعقد لوجود خلل فيه[1].

(١) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة (٧/ ٤٩٨)؛ البناية شرح الهداية، العيني (١٠/ ٣٤١).

وقال ابن عبد البر[1]: إذا استأجر شخص دارًا لمدة معينة ثم انهدمت أو احترقت، فإن الكراء يسقط عنه. أما إذا انهدم جزء منها، وكان ذلك يسيرًا ولا يسبب ضررًا للساكن، مثل عورة ظاهرة أو تعطيل المسكن أو عدم المنفعة، فإن الكراء يبقى ملزمًا للمكتري ولا يتحمل المؤجر أي شيء. وإذا تعطلت بعض المساكن أو بعض المرافق، يُحسم من الكراء بقدر ما يتأثر بذلك، بشرط أن يوافق الساكن. وإذا لم يوافق، فإن الكراء ينفسخ بينهما، إلا إذا كانت أعمال الترميم والإصلاح ستتم في فترة زمنية قصيرة جدًا[2].

وقال الإمام الشيرازي[3]: إذا استأجر شخص دارًا ثم انهدمت، فقد قيل إن العقد ينفسخ. أما في حالة المزارعة، إذا استأجر شخص أرضًا للزراعة وانقطع ماؤها، فإن المكتري يكون له الخيار بين الفسخ أو عدم الفسخ. وقد اختلف أصحابنا في هاتين المسألتين على قولين: الأول: أن العقد ينفسخ في

(١) هو: الحافظ أبوعمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري، ولد بقرطبة، محدّث وفقيه ومؤرخ وأديب، وشيخ علماء الأندلس. ينظر: الشذرات (٣/ ٣١٤)، وترتيب المدارك (٤/ ٥٥٦)، وشجرة النور (ص١١٩)، الأعلام (٩/ ٣١٧).

(٢) ينظر: الكافي، ابن عبد البر (٢/ ٧٤٧)، بداية المجتهد، ابن رشد (٤/ ١٤)؛ والذخيرة، القرافي (٥/ ٥٠٠).

(٣) هو: أبو إسحاق جمال الدين إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الشافعي، ولد بفيروز آباد، نشأ ببغداد وتوفي بها، أحد الأعلام، انتهت إليه رئاسة المذهب، بنيت له النظامية ودرس بها إلى حين وفاته. ينظر: طبقات الشافعية الكبرى (٣/ ٨٨)، وشذرات الذهب (٣/ ٣٤٩)، واللباب (٢/ ٤٥١)، ومعجم المؤلفين (١/ ٦٨).

الحالتين لأن المنفعة المقصودة، وهي السكنى والزراعة، قد فاتت، فيكون الفسخ كما لو استأجر عبدًا للخدمة ومات. الثاني: أن العقد لا ينفسخ لأن العين (الدار أو الأرض) لا تزال موجودة ويمكن الانتفاع بها، وإن كانت منفعتها قد نقصت، فيثبت له الخيار كما لو حدث بها عيب. ومنهم من قال: إذا انهدمت الدار، ينفسخ العقد، بينما إذا انقطع الماء من الأرض، فلا ينفسخ العقد، لأن الأرض تبقى موجودة رغم انقطاع الماء، بينما الدار لا تبقى مع الانهدام[1].

وجاء في الممتع في شرح المقنع: إذا استأجر شخص دارًا ثم انهدمت، أو استأجر أرضًا للزراعة فانقطع ماؤها، فإن الإجارة تنفسخ فيما تبقى من المدة في أحد الوجهين، لأن المقصود من الإجارة هو السكنى والزرع، ولا يمكن استيفاء هذه المنفعة بعد الانهدام أو انقطاع الماء. وفي الوجه الآخر، يثبت للمستأجر خيار الفسخ، لأن المنفعة لم تنعدم تمامًا، إذ لا يزال بالإمكان الانتفاع بها بشكل جزئي[2].

(١) ينظر: المهذب، الشيرازي (٢/ ٢٦٢)، والتهذيب، البغوي (٤/ ٤٤٧).
(٢) ينظر: الممتع في شرح المقنع، ابن المنجى (٢/ ٧٧٦).

المطلب الخامس: حكم فسخ عقد الإجارة، أو الحَطّ من الأجرة للعذر الخاص:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: حكم فسخ عقد الإجارة بالعذر الخاص:

اختلف الفقهاء في فسخ عقد الإجارة بالعذر الخاص الطارئ على أحد الطرفين، مثل احتراق متاع المستأجر، أو اضطرار المستأجر للانتقال لمدينة أخرى بسبب العمل قبل انتهاء مدة العقد، مثل أن يكون موظفاً فيصدر قرار يلزمه بالانتقال من هذه المدينة إلى مدينة أخرى، أو يكون عسكريًا فيُكلَّف بالجبهة ونحو ذلك، مما يجعله يضطر للانتقال لمدينة أخرى، أو تلف العين المؤجرة، ونحو ذلك فعلى قولين:

القول الأول: أن عقد الإجارة لا ينفسخ بالعذر الطارئ من أحدهما، وهو مذهب جمهور الفقهاء مالك[1]، والشافعي[2]، وأحمد[3].

---

(١) ينظر: الإشراف، القاضي عبد الوهاب (٢/ ٦٥٢)؛ وبداية المجتهد، ابن رشد (٤/ ١٤)؛ والذخيرة، القرافي (٥/ ٥٠٠).

(٢) ينظر: المهذب، الشيرازي (٢/ ٢٦٥)؛ والتهذيب، البغوي (٤/ ٤٤٧)؛ قال (وعقد الإجارة عقد لازم؛ لا يجوز لأحد المتعاقدين فسخه بعذر يظهر له؛ سواء استأجر عينه أو ألزم ذمته، إلا أن تتلف العين، فينفسخ، أو يجد بالعين عيباً ينقص المنفعة؛ فيثبت للمستأجر الفسخ)؛ والمجموع، النووي (١٥/ ٧٥).

(٣) ينظر: الهداية، الكَلْوَذَاني (٢٩٥) (ولا تنفسخ بعذر في حق المستأجر؛ مثل أن يكتري ليحج فتضيع نفقته، أو يكتري دكانا ليبيع فيه البر فيحترق متاعه)؛ والمقنع، ابن قدامة (ص٢٠٩)؛ حيث قال (ولا تنفسخ بموت المكري والمكتري؛ ولا بعذر لأحدهما: مثل أن يكتري للحج فتضيع نفقته. أو دكاناً فيحترق متاعه)؛ والممتع في شرح المقنع، ابن المنجى (٢/ ٧٧٦).

القول الثاني: أن عقد الإجارة ينفسخ بالأعذار الطارئة الخاصَّة، وهو مذهب الحنفية[١].

أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

استدل القائلون بعدم فسخ عقد الإجارة بالعذر بالكتاب، والمعقول:

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[٢].

وجه الدلالة من الآية:

دلت الآية الكريمة على أن عقد الإجارة من العقود اللازمة، التي لا يملك أحدهما فسخه، فوجب الوفاء بها من الطرفين[٣].

ونوقش ذلك:

بأن الإجارة تعد عقدًا لازمًا، إلا إذا طرأت أعذار تمنع ذلك، ولا يمكن القول بلزومها بشكل مطلق[٤].

---

(١) ينظر: التجرد، القدوري (٧/ ٣٥٧١)؛ والمحيط البرهاني، ابن مازة (٧/ ٤٩٧)؛ والبناية شرح الهداية، العيني (١٠/ ٣٤٧)؛ وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي (٥/ ١٤٤).

(٢) سورة المائدة؛ الآية ١.

(٣) ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد (٤/ ١٤).

(٤) ينظر: التجريد، القدوري (٧/ ٣٥٧١).

واستدلوا من المعقول بالآتي:

١- **طبيعة العقد**: الإجارة هي عقد معاوضة بحتة، وبالتالي ليس لأحد الطرفين فسخه بمعنى في العاقد، كما هو الحال في عقد البيع[١].

٢- **منع الفسخ**: أي منع لا يملك به المؤجر فسخ الإجارة لم يملك به المستأجر، أصله غلاء الأجرة، أو رخصها[٢].

٣- **قاعدة الفسخ**: القاعدة العامة تنص على أنه إذا كان لأحد المتعاقدين الحق في الفسخ، فإنه ينبغي أن يكون للآخر الحق في الفسخ بنفس الطريقة، كما هو الحال في عقود مثل الشركة، الوكالة، والقراض[٣].

٤- **النوايا الشخصية**: إذا قرر المستأجر السفر بعد استئجار دار، أو البقاء بعد استئجار سيارة للحج، فهذا العزم لا يعد عذرًا يؤدي إلى نقص في المنفعة المتعاقد عليها، ولا يمنع من استيفاء المنافع، مما يعني أنه لا يملك فسخ العقد، كما هو الحال مع المؤجر إذا أراد البقاء رغم تأجيره لسيارته أو دار[٤].

٥- **أن الكراء عقد على منافع**، فلا يملك أحد الطرفين فسخه، فأشبه النكاح[٥].

---

(١) ينظر: الإشراف، القاضي عبد الوهاب (٢/ ٦٥٢)؛ وبداية المجتهد، ابن رشد (٤/ ١٤).
(٢) ينظر: الإشراف، القاضي عبد الوهاب (٢/ ٦٥٢).
(٣) ينظر: الإشراف، القاضي عبد الوهاب (٢/ ٦٥٢)؛ وبداية المجتهد، ابن رشد (٤/ ١٤).
(٤) المرجع السابق.
(٥) ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد (٤/ ١٤).

دليل القول الثاني:

واستدل القائلون بفسخ عقد الإجارة بالعذر بالسنة، والمعقول:

أما السنة:

فحديث أبي سعيد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((**لا ضرر ولا ضرار**))[1].

وجه الدلالة من الحديث:

أنه لو بقي عقد الإجارة مستمراً مع الفلس، واحتراق متاع المستأجر، ومع لزوم الدين للمؤجر كان إضرارًا به، وهذا لا يصح[2].

واستدلوا من المعقول بالآتي:

١- أن الفسخ في باب الإجارة امتناع عن القبول من وجه، وفسخ لعقد منعقد من وجه، لأنه في حق المعقود عليه -وهو المنافع- يتجدد انعقادها ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع، وفي حق الأجرة يعد

(١) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، في كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق (٢/ ٧٤٥) رقم (٣١)؛ والدار قطني في سننه، في كتاب الأقضية، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت (٥/ ٤٠٨) رقم (٤٥٤١)؛ والحاكم في المستدرك على الصحيحين؛ في كتاب البيوع، باب وأما حديث معمر بن راشد (٢/ ٦٦) رقم (٢٣٤٥)؛ وصححه إسناده قائلا: (هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه). وقال النووي في الأربعين حديثاً (ص٩٤): (وله طرق يقوي بعضها بعضاً)؛ وصححه الألباني في إرواء الغليل (٣/ ٤٠٨) رقم (٨٩٦)؛ وله طرق أخرى كثيرة. ينظر: نصب الراية، الزيلعي (٤/ ٣٨٤).

(٢) ينظر: التجريد، القدوري (٧/ ٣٥٧١).

منعقداً في الحال، لأنه لا ضرورة في حق الأجرة، وإنما تأخر وقوع الملك في الأجر لا لعدم انعقاد العقد في حقه للحال، بل ضرورة بأمر الملك في المنفعة تحقيقاً للتساوي[١].

٢- ولأن من استأجر غيره لقلع سنه لوجع أصابه، أو استأجر رجلاً ليقطع يده لآكلة وقعت فيها، فسكن الوجع، وبرأت اليد، لا يجبر المستأجر على المضي في الإجارة، والتمكين من قلع السنّ، وقطع اليد، لأنه قبيح لما في المضي من الضرر[٢].

٣- ولأنه لو بقي عقد الإجارة مستمراً مع الفلس، ومع لزوم الدين للمؤجر كان إضرارًا به، وهذا لا يصح[٣].

٤- ولأن كل عقد تناول المنفعة، جاز فسخه لعذر غير العيب، كالعارية[٤].

٥- وقياس ذهاب ما به تستوفى المنفعة على ذهاب العين التي فيها المنفعة[٥].

سبب الخلاف في المسألة:

يرجع سبب اختلاف الفقهاء في المسألة، إلى اختلافهم في عقد الإجارة أهو عقد لازم مطلقاً، أم عقد لازم ما لم تحدث الأعذار؟ قال

(١) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ابن مازة (٧/ ٤٩٧).
(٢) ينظر: المحيط البرهاني، ابن مازة (٧/ ٤٩٧).
(٣) ينظر: التجريد، القدوري (٧/ ٣٥٧١).
(٤) ينظر: التجريد، القدوري (٧/ ٣٥٧١).
(٥) ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد (٤/ ١٤).

الإمام القدوري الحنفي: «ثم الإجارة عندنا عقد لازم ما لم تحدث الأعذار، فلا نسلم لزومها مع ذلك»[1].

الترجح في المسألة:

بعد عرض أقوال الفقهاء وذكر أدلتهم مع المناقشة في حكم فسخ عقد الإجارة من أحد الطرفين للعذر الطارئ، فإن الراجح في ذلك -والله أعلم- هو القول الثاني وهو أن الأصل في عقد الإجارة اللزوم، ولكن قد تقتضي المصلحة فسخها للعذر، مثل احتراق متاع المستأجر، لأن التاجر الذي احترق متاعه بعد استئجار المحل، تتراكم عليه الديون إذا لم يفسخ العقد، كما لا يختلفون في فسخه إذا سكن ألم السن المستأجر على قلعها، وبالله التوفيق.

الفرع الثاني: انفساخ الإجارة عند تحقق العذر:

عند حصول العذر الخاص المسوغ لفسخ عقد الإجارة، فيما إذا تحقق ذلك العذر، هل تنفسخ الإجارة بنفسها منذ وجود العذر، أو أنه لا تنفسخ بنفسها، وإنما هو مجرد مسوغ للفسخ، وهل يكون الفسخ بين العاقدين، أم لا بد من حكم القاضي؟

لم أقف عند غير الحنفية في من تكلم بهذه المسألة، والصحيح عندهم أن فسخ عقد الإجارة لا ينفسخ بذاته بل يحتاج إلى فسخ. وهم في الحقيقة قد اختلفوا في ذلك.

(١) التجريد، القدوري (٧/ ٣٥٧١).

قال الإمام ابن مازة[1] الحنفي: العذر إذا تحقق هل تنفسخ الإجارة بنفس العذر، أو تحتاج فيه إلى الفسخ؟ أخذ بعض المشايخ بأنه ينفسخ بنفس العذر، وعامة المشايخ أنه يحتاج فيه إلى الفسخ، وهو الصحيح، ومن المشايخ من قال: كل عذر يمنع المضي في موجب العقد شرعاً، تنتقض الإجارة بنفسه، ولا تحتاج فيه إلى الفسخ، وكل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعاً، ولكن يلحقه نوع ضرر يحتاج فيه إلى الفسخ، ثم إذا احتيج إلى الفسخ هل يحتاج فيه إلى قضاء القاضي أو رضا العاقد الآخر، ذكر في «الزيادات»: أنه يشترط القضاء أو الرضا، وإليه أشار في «الجامع الصغير» وفي «الأصل» إلى أنه لا يشترط القضاء، أو الرضا[2].

الفرع الثالث: الحطّ من الأجرة لعذر تحويل مسارات الطرق:

تحويل مسارات الطرق عن المحلات التجارية أو السكنية قد يسبب أضراراً بالغة على المستأجر، لأنه استأجر العين وهي على طريق مسلوك، فيكون التحويل بمنزلة العيب الذي يحدث في العين المؤجرة، لأنه يقلل من قيمتها، والمعروف عند أرباب المذاهب الفقهية جواز

(١) هو: برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة المرغيناني البخاري الحنفي، ولد في مرغينان، وتوفي ببخارى. ينظر: كشف الظنون (١/ ٨٢٣)، هدية العارفين (٢/ ٤٠٤)، الفوائد البهية (ص١٨٩، ٢٠٥، ٢٤٦)، الأعلام (٧/ ١٦١).

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ابن مازة (٧/ ٤٩٧)؛ وينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني (٤/ ٢٠٠).

فسخ عقد الإجارة بالعيب، والعيب في حقيقته هو ما يظهر به تفاوت الأجر[١].

أما إذا رضي المستأجر بالعيب الحادث بالعين المؤجرة، فهل يحط عنه من الأجرة بمقدار العيب، أم يدفع الأجرة كاملة؟ اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول: إذا رضي المستأجر بالعيب، فإنه يحط عنه من الأجرة بمقدار العيب، وهو مذهب مالك[٢]، وأحد القولين عند الشافعية[٣]، ووجه عند الحنابلة[٤].

(١) ينظر: المبدع في شرح المقنع، ابن مفلح (٤/ ٤٤٤).

(٢) ينظر: الكافي، ابن عبد البر (٢/ ٧٤٧)، قال: (وإن تعطل بعض مساكنها؛ أو بعض ما يرتفق به منها؛ حط عنه بقدر ما يصيب ذلك من كرائها؛ إن رضي ساكنها؛ وإن لم يرض انفسخ الكراء بينهما إلا أن تكون مرمتها؛ وإصلاحها ينقضي في أيام يسيرة جداً)؛ والقوانين الفقهية، ابن جزي (ص١٨٣)؛ وأسهل المدارك، الكشناوي (٢/ ٣٢٨).

(٣) ينظر: المهذب، الشيرازي (٢/ ٢٦١) (فإن رضي سكناها؛ ولم يطالب بالإصلاح؛ فهل يلزمه جميع الأجرة أم لا؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يلزمه جميع الأجرة؛ لأنه لم يستوف جميع ما استحقه من المنفعة فلم يلزمه جميع الأجرة كما لو اكترى داراً سنة؛ فسكنها بعض السنة ثم غصبت؛ والثاني يلزمه جميع الأجرة)؛ وحلية العلماء في معرة مذاهب الفقهاء، القفال (٥/ ٤١٧)؛ والمجموع، النووي (١٥/ ٧٣).

(٤) ينظر: المبدع في شرح المقنع، ابن مفلح (٤/ ٤٤٤) (وهو مخير بين الإمساك بكل الأجر، ذكره ابن عقيل، وجزم به في «المغني» و«الشرح» وذكر المجد والجد مع الأرش في قياس المذهب، وبين الفسخ استدراكاً لظلامته).

القول الثاني: أن المستأجر إذا رضي بالعيب، فعليه الأجرة كاملة، وهذا مذهب الحنفية[١]، وهو الأظهر عند الشافعية[٢]، ومذهب الحنابلة[٣].

أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

استدل القائلون بأن المستأجر إذا رضي بالعيب، فإنه يحط عنه من الأجرة بمقدار العيب بما يلي:

وهو أن المستأجر لم يستوف جميع استحقاقه من المنفعة، فلم يلزمه جميع الأجرة كما لو اكترى داراً سنة، فسكنها بعض السنة ثم غُصبت[٤].

دليل القول الثاني:

واستدل القائلون بأن المستأجر إذا رضي بالعيب، فعليه الأجرة كاملة بما يلي:

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٤/ ١٩٦)؛ و المحيط البرهاني، ابن مازة (٧/ ٤٩٨- ٥١٧).

(٢) ينظر: المهذب، الشيرازي (٢/ ٢٦١).

(٣) ينظر: الكافي، ابن قدامة (٢/ ١٧٧)؛ والشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة (١٤/ ٤٦٣)؛ والمبدع، ابن مفلح (٤/ ٤٤) «فإن بادر المكري إلى إزالته من غير ضرر يلحق المستأجر كإصلاح تشعيث الدار فلا خيار له لعدم الضرر، فإن سكنها مع عيبها فعليه الأجرة علم أو لم يعلم».

(٤) ينظر: المهذب، الشيرازي (٢/ ٢٦١).

وهو أن المستأجر قد استوفى جميع المعقود عليه ناقصاً بالعيب، فلزمه جميع البدل، كالمبيع المعيب إذا رضيه المشتري[1].

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم في حكم الحط من الأجرة بسبب العذر الطارئ، مثل تحويل مسارات الطرق عن المحلات التجارية وغيرها، فإن الراجح في ذلك -والله أعلم- أنه يرجع لأهل الخبرة للتحقق هل ذلك يوجب فسخ العقد أو إنما يوجب الحط من مبلغ الأجرة بحسبه، وإذا ثبت أن ذلك يوجب فسخ العقد فإن هذا حق للمستأجر يثبت له خيار الفسخ، فإن لم يطالب بالفسخ ورضي بالعيب الحادث بسبب تحويل مسار الطريق، فله حق طلب الحط من الأجرة.

(١) ينظر: الكافي، ابن قدامة (٢/ ١٧٧)؛ والمهذب، الشيرازي (٢/ ٢٦١).

المبحث الرابع
تأثير تحويل مسارات الطريق على المستأجر

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أثر تحويل مسار الطريق على المستأجر تأثيراً كاملاً بانقطاع المنفعة:

إذا حصل هناك ضررٌ كلّي يؤثر على المستأجر بعدم الانتفاع من الشيء الذي استؤجر، كتحويل طريق عن متجر أو محطة وقود أو نحوه، وحصل بسبب هذا التحويل انقطاع للانتفاع من المستأجر فقد اتفقت عبارة الفقهاء على أن للمستأجر حق طلب الفسخ، بسبب هذا الضرر الحاصل.

فقد فقال الإمام ابن مازة عند ذكر ما تنفسخ به الإجارة: «إذا استأجر داراً سنة كل شهر بكذا فليس لواحد منهما فسخ الإجارة قبل إكمال السنة بغير عذر»[1]. وقال ابن مودود الموصلي: وينفسخ عقد الإجارة بالعذر، وهو عجز العاقد عن المضي في تنفيذ ما يوجبه العقد، إلا إذا كان عليه تحمل ضرر زائد لم يستحقه بموجب العقد. على سبيل المثال، إذا استأجر شخصًا ليقوم بقلع ضرسه، ولكن الألم قد زال، أو استأجر شخصًا ليعد طعامًا لوليمة، ولكن حدثت ظروف أدت إلى عدم إقامة الوليمة، كأن تكون طلبت الخلع، أو استأجر حانوتًا للتجارة

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ابن مازة (٧/ ٤٠٩).

ولكنه أفلس، فإن هذه الحالات تمثل أعذارًا تؤدي إلى فسخ العقد، وبالتالي، إذا كان العذر يمنع أحد الطرفين من تنفيذ التزاماته، فإن العقد يمكن أن ينفسخ بناءً على ذلك[١].

وقال خليل[٢] عند ذكر ما يحصل به فسخ الإجارة: «أو بأمر السلطان بإغلاق الحوانيت المكتراة، حق للمستأجر الفسخ أو البقاء على الإجارة»[٣].

وقال الماوردي[٤] عند ذكر ما تنفسخ به الإجارة: إذا استأجر شخص دارًا لمدة سنة للسكنى، ثم انهدمت الدار قبل أن يستوفي السكنى، فإن مذهب الشافعي ينص على أن الإجارة تبطل فيما تبقى من المدة بسبب انهيار الدار[٥].

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، ابن مودود الموصلي (٢/ ٦٢)؛ وكنز الدقائق، النسفي (ص: ٥٥٦).

(٢) هو: ضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى الجندي المالكي، ولي الإفتاء على مذهب مالك، وجاور بمكة، وتوفي بالطاعون. ينظر: الديباج المذهب (ص١١٥)؛ والدرر الكامنة (٢/ ٨٦)؛ والإعلام (٢/ ٣٦٤).

(٣) التوضيح في شرح مختصر، ابن الحاجب (٧/ ٢٠٣)؛ والشرح الصغير، الصاوي (٤/ ٥١).

(٤) هو: علي بن محمد بن حبيب الشافعي الماوردي، نسبته إلى بيع ماء الورد؛ ولد بالبصرة وانتقل إلى بغداد. وهو أول من لقب بأقضى القضاة في عهد القائم بأمر الله العباسي، وكانت له المكانة الرفيعة عند الخلفاء وملوك بغداد. اتهم بالميل إلى الاعتزال. توفي في بغداد. ينظر: طبقات الشافعية (٣/ ٣٠٣)؛ والشذرات (٣/ ٢٥٨)؛ والأعلام الزركلي (٥/ ١٤٦).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير، الماوردي (٧/ ٣٩٨).

وقال ابن قدامة عند ذكر ما يحصل به فسخ الإجارة: إذا تلفت المنفعة المعقود عليها بعد قبضها، فإن الإجارة تنفسخ ويسقط الأجر وفقًا لقول عامة الفقهاء. وذلك لأن المعقود عليه هو المنفعة، وعندما تُقبض، يجب أن يتمكن المستأجر من استيفائها، وإذا لم يحدث ذلك، فإن الأمر يشبه تلف العين قبل قبضها. أما إذا تلفت المنفعة بعد مضي فترة من المدة، فإن الإجارة تنفسخ فيما تبقى من المدة، بينما تبقى سارية فيما مضى. في هذه الحالة، يحق للمؤجر الحصول على أجر يتناسب مع ما استُوفي من المنفعة. إذا كانت الأجرة تختلف حسب الفصول، كما في حالة استئجار دار في الشتاء بسعر أعلى من الصيف، أو في حالة دور لها مواسم مثل دور مكة، يُرجع إلى أهل الخبرة لتحديد قيمة المنفعة. ويجب تقسيط الأجر المسمى بناءً على قيمة المنفعة، كما يُقسم الثمن على الأعيان المختلفة في البيع[1].

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ بعد استقراء طويل للمسألة وتحرير للنزاع فيها: «وقد اتفق العلماء على أنه لو نقصت المنفعة المستحقة بالعقد كان للمستأجر الفسخ»[3]. لأنه أمر غالب يمنع المستأجر من استيفاء

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة (٨/ ٢٨).

(٢) هو: شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي الحنبلي، ولد في حران وانتقل به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر، سجن بمصر مرتين من أجل فتاواه، توفي بقلعة دمشق معتقلا. ينظر: الدرر الكامنة (١/ ١٤٤)؛ والبداية والنهاية (١٤/ ١٣٥)؛ الأعلام الزركلي (١/ ١٤٠).

(٣) مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٣٠/ ٢٥٨).

المنفعة[1]. وهو ما نص عليه نظام المعاملات المدنية فقد أعطى للمستأجر عند وجود مانع من الانتفاع بالأجرة أو حدوث ضرر يمنعه، حق طلب فسخ العقد، وهذا أوردته في المطلب التالي.

المطلب الثاني: أثر تحويل مسار الطريق على المستأجر بنقص المنفعة:

أولاً: حق فسخ العقد:

إذا ثبت الضرر عليه بنقص المنفعة في الأجرة كأن تكون المنفعة أقل من الأجرة ونحو ذلك فله فسخ عقد الإيجار.

قال الكاساني[2]: إذا كان العيب الحادث في المعقود عليه يضر بالانتفاع، فإن هذا النقصان يُعد عذرًا يوجب الخيار للمستأجر. في هذه الحالة، يحق للمستأجر أن يفسخ العقد بسبب العيب الذي يؤثر سلبًا على المنفعة المتفق عليها[3].

(١) التجريد، القدوري (٧/ ٣٥٧٤)، المختصر الفقهي، ابن عرفة (٨/ ٢٨٣)، كفاية النبيه في شرح التنبيه، ابن الرفعة (١١/ ٢٤٤)، المغني، ابن قدامة (٨/ ٣١).

(٢) هو: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي الكاساني، نسبه إلى كاسان بلدة بالتركستان، كان يسمى بملك العلماء توفي بحلب. ينظر: البهية (ص٥٣)؛ الجواهر المضية (٢/ ٢٤٤)؛ والأعلام الزركلي (٢/ ٤٦).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٤/ ١٩٦)، البحر الرائق، ابن نجيم (٨/ ٤٠).

وقال ابن أبي زيد القيرواني[1]: إذا استأجر شخص حمامًا مع رقيق لمدة سنة، ومات الرقيق في منتصف المدة، فإن الإيجار يبقى ساريًا، ومع ذلك، تُخصم حصة كراء الرقيق من الإيجار المتبقي بناءً على قيمته. أما إذا انهدم الحمام بينما الرقيق لا يزال موجودًا، فإن الإيجار ينفسخ لكل من الرقيق والحمام، ويكون المستأجر ملزمًا بدفع الإيجار عن الفترة التي مضت فقط[2].

كما جاء في الفواكه الدواني: إذا انهدم جزء من الدار وتسبب في ضرر على الساكن، فإنه يُمنح الخيار بين فسخ عقد الإيجار مع دفع ثمن الإيجار الماضي الذي سكنه، أو الاستمرار في السكن ودفع الإيجار بالكامل، ولا يحق له المطالبة بقيمة العيب على المشهور. وأما إذا كان هناك نقص في قيمة الإيجار دون أن يسبب ضررًا للساكن، فلا يحق له الخيار، ويكون ملزمًا بالسكن، مع خصم قيمة النقص من الإيجار[3].

(١) هو: أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن النفراوي القيرواني، فقيه، مفسر، كان إمام المالكية في عصره. يلقب بقطب المذهب وبمالك الأصغر. ينظر: معجم المؤلفين (٦/ ٧٣)؛ وشذرات الذهب (٣/ ١٣١)؛ والأعلام، الزركلي (٤/ ٢٣٠).

(٢) ينظر: النوادر والزيادات، ابن أبي زيد القيرواني (٧/ ١٣٩)، التهذيب في اختصار المدونة، البراذعي (٣/ ٤٨٧).

(٣) ينظر: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، النفراوي (٣/ ١١٧٢)؛ القوانين الفقهية، أبو القاسم (ص: ١٨٣)؛ أسهل المدارك، الكشناوي (٢/ ٣٢٨).

وقال القفال الشاشي[(١)]: إذا انهدمت الدار أو توفي العبد قبل انتهاء مدة الإيجار، فإن عقد الإيجار ينفسخ بالنسبة للفترة المتبقية[(٢)].

وقال أبو الخطاب الكلوذاني[(٣)]: «فإن تلفت العين انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة»[(٤)].

ثانياً: حق الحطّ من الأجرة:

وذلك إذا كان الضرر بنقص المنفعة يسيراً، فإنه لا يحق له طلب فسخ عقد الإجارة بهذا الضرر بل يحق له طلب الحطّ من الأجرة عند كثير من الفقهاء[(٥)].

---

(١) هو: أبو بكر محمد بن علي الشاشي القفال الشافعي، من أكابر علماء عصره بالفقه والحديث والأدب واللغة، مولده ووفاته في الشاش وراء نهر سيحون. ينظر: طبقات السبكي (٢/ ١٧٦)؛ ووفيات الأعيان (١/ ٤٥٨)؛ والأعلام الزركلي (٧/ ١٥٩).

(٢) فإن انهدمت الدار، أو مات العبد قبل انقضاء مدة الإجارة، انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي، العمراني (٦/ ٢٠٤)، الأم، الشافعي (٣/ ٨٥)، والحاوي، الماوردي (٧/ ٣٩٨).

(٣) هو: أبو الخطاب محفوظ بن أحمد الكلوذاني، نسبة إلى كلوذا بضواحي بغداد، إمام الحنابلة في وقته. ينظر: اللباب (٢/ ٤٩)؛ وطبقات الحنابلة (ص٤٠٩).

(٤) الهداية على مذهب الإمام أحمد، أبوالخطاب الكَلْوَذَاني (ص: ٢٩٣)؛ وينظر: الشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة (١٤/ ٤٥١)؛ ومجموع الفتاوى، ابن تيمية (٣٠/ ٢٨٩)؛ والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي (١٤/ ٤٥١).

(٥) ينظر: رد المحتار، ابن عابدين (٦/ ٤٣)؛ وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد (٤/ ١٤)، والحاوي، الماوردي (٧/ ٤٠٠)؛ كشاف القناع، البهوتي (٤/ ٢٨).

جاء في الجامع لمسائل المدونة: أما إذا كان هناك ضرر يسير مع وجود منفعة للمستأجر، فإنه يُخصم من الإيجار بمقدار ذلك الضرر، كما يحدث في حالة الاستحقاق اليسير من المبيع[١].

ولهذا قال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «فيمن استأجر أملاكاً مما تكون منفعتها للناس وقلّت الرغبات في سكانها، فنقصت المنفعة المعروفة.. كأن ينتقل جيران المكان، ويقل الزبون لخوف أو خراب، أو تحويل ذي سلطان لهم، ونحوه، فإنه يحط عن المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة المعروفة، ومن حكم بلزوم العقد وجميع الأجرة، فقد حكم بخلاف الإجماع»[٢]. ويقول أيضًا رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «اتفقوا على أنه إذا تلفت العين، أو تعطّلت المنفعة، أو بعضها، في أثناء المدة، سقطت الأجرة، أو بعضها، أو ملك الفسخ»[٣]. ويقول أيضًا: «ما لم يشمله الري من الأرض، فإنه يسقط بقدره من الأجرة، باتفاق العلماء»[٤]. ويقول أيضًا: «له-أي: من استأجر أرضاً، وغلب على أرضها الماء حتى غرق جزء منها- أن يفسخ الإجارة، وله أن يحط من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة، ومن حكم بلزوم العقد وجميع الأجرة، فقد حكم بخلاف الإجماع»[٥].

(١) الجامع لمسائل المدونة، الصقلي (١٦/ ١٧٨ و١٩٩).
(٢) مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٣٠/ ٣١١).
(٣) مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٣٠/ ٢٩٦).
(٤) مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٣٠/ ٣١٢).
(٥) مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٣٠/ ٣٠٨).

وسبق أن صدر قرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي المتضمن: أن الخسارة المعتادة في تقلبات التجارة لا تأثير لها في العقود، لأنها طبيعة التجارة وتقلباتها التي لا تنفك عنها، ولكنها إذا جاوزت المعتاد المألوف كثيراً بمثل تلك الأسباب الطارئة توجب عندئذ تدبيرًا استثنائيًا[1].

كما أنه استقر اجتهاد القضاء الإداري على التعويض عن الأضرار الحقيقية دون المتوقعة، والفعلية لا النظرية، ومن أسانيد هذا المبدأ: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (١٠٩) (٣/ ١٢) حيث جاء فيه: «الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد»[2].

وقد صدر عن المحكمة العليا قرار بشأن جائحة كورونا برقم (٤٥/ م) وتاريخ ٨/ ٥/ ١٤٤٢هـ. ونصه:

«وبعد الدراسة والتأمل والاطلاع على الأوامر الكريمة المتعلقة بهذا الشأن، والقرارات الوزارية المعالجة لآثار الجائحة، والأنظمة ذات الصلة، ولما قرره فقهاء الشريعة في مسألة الجوائح مستندين على نصوص الوحي، وبما أن الشريعة الإسلامية صالحة ومصلحة لكل زمان ومكان وحال، وبما أن المبادئ القضائية تحقق الاستقرار وتوحد

(١) ينظر: قرار رقم (٢٣) (٧/ ٥) بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية.

(٢) مجلة المجمع، العدد الثاني عشر ج٢، ص٩١.

الاجتهاد القضائي وتضبط السلطة التقديرية، ولما فيها من تمكين طرفي العقد من معرفة الحكم الشرعي وتحقيقاً لاستقرار الأوضاع والمراكز النظامية، ولإحقاق العدالة ودفعاً للضرر وتحقيقاً للغاية من استمرار العقود بالمحافظة توازنها بين الطرفين، ومراعاة للمصلحة العامة والخاصة، ولذلك كله قررت الهيئة العامة للمحكمة العليا ما يلي:

أولاً/ تُعدُّ جائحة فيروس كورونا من الظروف الطارئة إذا لم يمكن تنفيذ الالتزام أو العقد إلا بخسارة غير معتادة، ومن القوة القاهرة إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً...

ثانيا/ تتولى المحكمة - بناء على طلب مدعي الضرر وبعد الموازنة بين الطرفين والنظر في الظروف المحيطة - تعديل الالتزام التعاقدي الذي طرأت عليه الجائحة، بما يحقق العدل، وذلك على النحو الآتي:

أ- تطبق في عقود أجرة العقار والمنقول التي تأثرت بالجائحة، الأحكام الآتية: ١- إذا تعذر على المستأجر بسبب الجائحة الانتفاع بالعين المؤجرة كلياً أو جزئياً، فتنقص المحكمة من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة المقصودة المعتادة»[1]، وبالله التوفيق.

وقد نص نظام المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم الملكي برقم (م/ ١٩١) وتاريخ (٢٩ ذو القِعدة ١٤٤٤هـ) في عدد من مواده على بيان حكم عدد من المسائل والحالات التي تجيز للمستأجر حق فسخ

(١) قرار المحكمة العليا برقم (٤٥/ م) وتاريخ ٨/ ٥/ ١٤٤٢هـ.

عقد الأجرة أو إنقاصها، منها ما جاء في المادة الحادية والعشرين بعد الأربعمائة: «إذا هلك المأجور أثناء مدة الإيجار هلاكاً جزئياً أو أصبح في حال تنقص من الانتفاع الذي أُجِّر من أجله، ولم يكن ذلك بسبب المستأجر، جاز له طلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة».

وجاء في الفقرة الثانية من المادة الرابعة والعشرين بعد الأربعمائة: «٢-إذا ترتب على عمل من جهة عامة نقص في الانتفاع بالمأجور جاز للمستأجر طلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة دون إخلال بحقه في مطالبة المؤجر بالتعويض إذا كان عمل الجهة العامة قد صدر لسبب يكون المؤجر مسؤولاً عنه».

وجاء في المادة الخامسة والعشرين بعد الأربعمائة: «١-يضمن المؤجر للمستأجر ما يوجد في المأجور من عيوبٍ تحول دون الانتفاع به أو تنقص منه. ٢-لا يضمن المؤجر العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها أو التي علم بها المستأجر وقت التعاقد».

وتدل هذه النصوص النظامية بمجموعها على أنه إذا تعطلت المنفعة أو نقصت فإنه للمستأجر: حق طلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة مع حفظ حقه في طلب التعويض وهذا هو أيضاً ما يدل عليه كلام أهل العلم في هذه المسألة ويشهد لذلك قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**لا ضرر ولا ضرار**))[1].

(١) سبق تخريجه.

أما بالنسبة لضابط اعتبار العيب والضرر إذا اختلف المستأجر والمؤجر في اعتباره، فإن الضابط في ذلك: أن يرجع فيه لأهل الخبرة من أجل تحديد نوع الضرر والعيب، وهل هو انقطاع للمنفعة كلياً أو جزئياً. وهذا ما نص عليه الفقهاء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ، فنجد أن البابرتي الحنفي[1] قال: والعيب هو كل ما أوجب نقصان في الثمن المتعارف عليه في عادة التجار فالمرجع في معرفة العيب هو عرف أهله[2].

ونقل ابن هبيرة[3] عن الإمام مالك قوله: «ويجتهد الإمام في تقدير ذلك مستعيناً عليه بأهل الخبرة منه»[4].

وقال الشيرازي: العيب الذي يُعد مبررًا لرد المبيع هو ما يعده الناس عيبًا، فإن خفي منه شيء، فيُرجع فيه إلى أهل الخبرة المتخصصين بذلك الجنس[5].

(١) هو: أكمل الدين محمد بن محمود الرومي الحنفي البابرتي. نسبته إلى بابرتا قرية بنواحي بغداد. إماماً محققاً بارعاً في الحديث، ولي مشيخة الشيخونية أول ما فتحت. ينظر: الفوائد البهية (ص١٩٥)؛ والدرر الكامنة (٤/ ٢٥٠)؛ ومعجم المؤلفين (١١/ ٢٩٨).

(٢) العناية شرح الهداية، البابرتي (٦/ ٣٥٧).

(٣) هو: أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الذهلي الشيباني الحنبلي العراقي، عالماً فاضلاً عابداً عاملاً؛ ولي الوزارة للخليفتين المقتفي والمستنجد، من تلاميذه ابن الجوزي. ينظر: الذيل على طبقات الحنابلة (١/ ٢٥١)؛ ووفيات الأعيان (٢/ ٢٤٦)؛ والأعلام (٩/ ٢٢٢).

(٤) اختلاف الأئمة العلماء، ابن هبيرة (٢/ ٣١٥).

(٥) ينظر: المهذب، الشيرازي (١/ ٢٨٦).

وقال ابن قدامة: «وإن اختلفا في الموجود، هل هو عيب أو لا، رجع فيه إلى أهل الخبرة[1]». وقال البهوتي: «ما عده التجار منقصًا أنيط الحكم به، لأنه لم يرد في الشرع نص في كل فرد منه، فرجع فيه إلى أهل الشأن»[2].

فتبين من النصوص السابقة لأهل العلم أنه عند النزاع والخلاف في تحديد العيب وأثره فإنه يرجع لأهل الخبرة والاختصاص في تحديد ذلك.

(١) المغني، ابن قدامة (٥/ ٣٣٩).
(٢) شرح منتهى الإرادات، البهوتي (٢/ ٤٤).

الخاتمة

لقد راعت الشريعة الإسلامية الظروف الطارئة والاستثنائية التي ترد على العقود والتصرفات، وذلك بفسخ العقد، أو إنقاص الأجرة في المأجور إلى القدر المعتاد. وفي ختام هذا البحث، خلُصت إلى بعض النتائج وأهمها:

١- عناية الشارع الحكيم بالطريق، وممر الناس، حيث جعل له حقوقاً يجب مراعاتها على المارة، وعلى الجالسين عليها.

٢- أن الطريق ينقسم إلى قسمين: طريق عام، وطريق خاص، وتحويل مسار الطريق الخاص لا يترتب عليه أحكام كثيرة، بخلاف الطريق العام.

٣- أن تحويل مسار الطريق العام قد يؤدي إلى شراء المحلات المجاورة ولو بغير رضا أصحابها، لأنه إكراه بحق، إذا كان لمصلحة عامة راجحة.

٤- أن عقد الإيجار من العقود اللازمة التي ليس لأحد الطرفين فيها الفسخ بدون إذن الآخر، إلا في حالات خاصة مثل وجود العيب بالعين المؤجرة.

٥- أن تحويل مسار الطريق قد يكون من باب المصلحة المرسلة، فلا يكون ظلماً لأصحاب المحلات الواقعة على الشارع المحول عنه.

٦- أن الطوارئ الموجبة لفسخ عقد الإيجار عند جمهور الفقهاء تكون متى ما وجد عيبٌ، فلم يعتبروا الأعذار الخاصة عذراً لفسخ عقد الإجارة، أما الحنفية فيرون أنه متى حدث عذرٌ بأحد العاقدين جاز فسخ العقد.

٧- يمكن الحطُّ من الأجرة بسبب الضرر الواقع على المستأجر إذا حُوِّل مسار الطريق عن المحل المؤجر.

٨- استقر اجتهاد القضاء الإداري على التعويض عن الأضرار الحقيقية دون المتوقعة، والفعلية لا النظرية.

٩- إذا كان تحويل مسار الطريق يؤثر على المستأجر تأثيراً كاملاً بانقطاع الانتفاع، فيحق له فسخ العقد.

١٠- إذا كان تحويل مسار الطريق يؤثر على المستأجر بنقص المنفعة نقصاً يؤثر في تفاوت الأجرة، فله حق الفسخ، وإذا كان الضرر اللاحق بنقص المنفعة يسيراً، فله حق بالحط من الأجرة.

قائمة المصادر والمراجع

١. **الإجماع**، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: أبو عبد الأعلى خالد بن محمد بن عثمان، دار الآثار للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

٢. **الاختيار لتعليل المختار**، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، (ت٦٨٣هـ)، مطبعة الحلبي، القاهرة، دط، ١٣٥٦هـ.

٣. **الأربعون النووية**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، تحقيق، قصي محمد نورس الحلاق، أنور بن أبي بكر الشيخي، دار المنهاج للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ.

٤. **إرشاد السالك إلىَ أَشرَفِ المَسَالِكِ فِي فقهِ الإمَامِ مَالِك**، عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي (ت٧٣٢هـ)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة الطبعة الثانية، دت.

٥. **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك**، أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي (ت١٣٩٧هـ) دار الفكر، بيروت، دت.

٦. **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (ت٤٢٢هـ)، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.

٧. **الأصل**، المعروف بالمبسوط، المؤلف: محمد بن الحسن الشيباني (ت١٨٩هـ)، المحقق: أبو الوفا الأفغاني، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي.

٨. **الإقناع في مسائل الإجماع**، علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، ابن القطان (ت٦٢٨هـ)، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

٩. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المَرْداوي (ت٨٨٥هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٥م.

١٠. **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك**، أحمد بن يحيى الونشريسي (ت٩١٤هـ)، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.

١١. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت٩٧٠هـ)، دار الكتاب الإسلام، بيروت، الطبعة الثانية، دت.

١٢. **بحر المذهب**، روياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل (ت٥٠٢هـ)، تحقيق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

١٣. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت٥٩٥هـ)، دار الحديث القاهرة، دط، ١٤٢٥هـ.

١٤. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (ت٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٦م.

١٥. **بذل المجهود في حل سنن أبي داود**، خليل أحمد السهارنفوري (ت١٣٤٦هـ)، اعتني به: الأستاذ الدكتور تقي الدين الندوي، مركز الشيخ أبي الحسن الندوي للبحوث والدراسات الإسلامية، الهند، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.

١٦. **البناية شرح الهداية**، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي بدر الدين العيني (ت٨٥٥هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، دت.

١٧. **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني (ت٥٥٨هـ)، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

١٨. **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل**، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت٥٢٠هـ)، تحقيق: د. محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.

١٩. **تاج العروس من جواهر القاموس**، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (ت١٢٠٥هـ)، دار الهداية، دت.

٢٠. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق: القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٤هـ.

٢١. **التجريد**، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري (٤٢٨هـ)، دار السلام: القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ.

٢٢. **التحبير لإيضَاح مَعَاني التَّيسير**، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الصنعاني (ت١١٨٢هـ)، تحقيق: محمد صُبْحي بن حسن حلاق، مكتبة الرُّشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ.

٢٣. **التعريفات الفقهية**، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

٢٤. **التعريفات**، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت٨١٦هـ)، تحقيق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.

٢٥. **تقريب التهذيب**، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، تحقيق: محمد عوامة، دار الرشيد، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م.

٢٦. **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي (ت٥١٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

٢٧. **التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب**، خليل بن إسحاق بن موسى، الجندي المالكي المصري (ت٧٧٦هـ)، مركز نجيبويه للمخطوطات، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.

٢٨. **الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري (ت١٣٣٥هـ)، المكتبة الثقافية، بيروت، دط، دت.

٢٩. **جامع المسائل**، تقي الدين أبو العَباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت٧٢٨هـ)، تحقيق: محمد عزير شمس، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٣٠. **الجامع لمسائل المدونة**، أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي (ت٤٥١هـ)، تحقيق: مجموعة باحثين، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ.

٣١. **جمهرة اللغة**، أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (ت٣٢١هـ)، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٧م.

٣٢. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت١٢٣٠هـ)، دار الفكر، بيروت، دط، دت.

٣٣. **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت٤٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٣٤. **حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء**، محمد بن أحمد بن الحسين بن عمر، أبو بكر الشاشي القفال الفارقيّ (ت٥٠٧هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، دط، دت.

٣٥. **دليل الطالب لنيل المطالب**، مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد الكرمي المقدسي الحنبلي (ت١٠٣٣هـ)، تحقيق: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

٣٦. **الذخيرة**، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

٣٧. **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٩١م.

٣٨. **سنن أبي داود**، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأزدي السِّجِسْتاني (ت٢٧٥هـ)، المكتبة العصرية: صيدا، دط، دت.

٣٩. **سنن الدارقطني**، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (ت٣٨٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

٤٠. **السنن الكبرى**، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ.

٤١. **شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة**، قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني (ت٨٣٧هـ)، اعتنى به: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.

٤٢. **الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك**، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (ت١٢٤١هـ)، دار المعارف، بيروت، دط، دت.

٤٣. **شرح الطيبي على مشكاة المصابيح**، شرف الدين الحسين بن عبد الله الطيبي (ت٧٤٣هـ)، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة، دط، دت.

٤٤. **الشرح الكبير (المطبوع مع المقنع والإنصاف)**، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت٦٨٢هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

٤٥. **شرح حدود ابن عرفة**، محمد بن قاسم الأنصاري الرصاع التونسي المالكي (ت٨٩٤هـ)، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى، ١٣٥٠هـ.

٤٦. **شرح صحيح مسلم بن الحجاج (المنهاج)**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ.

٤٧. **شرح مختصر خليل للخرشي**، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (ت١١٠١هـ)، دار الفكر للطباعة، بيروت، دط، دت.

٤٨. **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، دط، دت.

٤٩. **صحيح البخاري**، أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بردزبه البخاري، المطبعة الكبرى الأميرية: ببولاق مصر، دط، ١٣١١هـ.

٥٠. **صحيح سنن أبي داود**، محمد ناصر الدين الألباني (ت١٤٢٠هـ)، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.

٥١. **صحيح مسلم**، أبو الحسين، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت٢٦١هـ)، دار إحياء الكتب العربية: القاهرة، دط، دت.

٥٢. **عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج**، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد المشهور بـ «ابن الملقن» (ت٨٠٤هـ) علق عليه: عز الدين هشام بن عبد الكريم البدراني، دار الكتاب: إربد، الأردن، ١٤٢١هـ.

٥٣. **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة**، جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي (ت٦١٦هـ)، تحقيق: أ.د. حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.

٥٤. **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، الصديقي، العظيم آبادي (ت١٣٢٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.

٥٥. **الفتاوى الكبرى**، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي

الدمشقي (ت٧٢٨هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.

٥٦. **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (ت١١٢٦هـ)، تحقيق: رضا فرحات، مكتبة الثقافة الدينية، دط، دت.

٥٧. **القاموس الفقهي لغة واصطلاحًا**، د. سعدي أبو جيب، دار الفكر: دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.

٥٨. **القاموس المحيط**، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٧هـ.

٥٩. **القوانين الفقهية**، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (ت٧٤١هـ)، دار القلم، بيروت، دط، دت.

٦٠. **الكافي في فقه الإمام أحمد**، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

٦١. **الكافي في فقه أهل المدينة**، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي (ت٤٦٣هـ)، تحقيق: محمد محمد أحيد مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ.

٦٢. **كشاف القناع عن متن الإقناع**، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، علّق عليه: هلال مصيلحي مصطفى هلال، مكتبة النصر الحديثة: الرياض، دط، دت.

٦٣. **كَشْفُ المَنَاهِجِ وَالتَّنَاقِيحِ فِي تَخْرِيجِ أَحَادِيثِ المَصَابِيحِ**، محمد بن إبراهيم بن إسحاق السلمي المُنَاوِي (ت٨٠٣هـ)،تحقيق: د. محمد إسحاق محمد إبراهيم، الدار العربية للموسوعات، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

٦٤. **كفاية النبيه في شرح التنبيه**، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، المعروف بابن الرفعة (ت٧١٠هـ)، تحقيق: مجدي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

٦٥. **كنز الدقائق**، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (ت٧١٠هـ)، تحقيق: أ.د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ.

٦٦. **لسان العرب**، محمد بن مكرم بن على ابن منظور الأنصاري الرويفعي (ت٧١١هـ) دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.

٦٧. **المبدع في شرح المقنع**، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح (ت٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

٦٨. **مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابعة لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة**، أعداد وسنوات مختلفة.

٦٩. **مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي**، أعداد وسنوات مختلفة، تصدر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة.

٧٠. **مجموع الفتاوى**، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت٧٢٨هـ)، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف: المدينة النبوية، ١٤١٦هـ.

٧١. **المجموع المغيث في غريبي القرآن والحديث**، محمد بن عمر بن أحمد بن عمر بن محمد الأصبهاني المديني، (ت٥٨١هـ)، تحقيق: عبد الكريم العزباوي، دار المدني للطباعة والنشر والتوزيع: جدة، دط، دت.

٧٢. **المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، دار الفكر، بيروت، دط، دت.

٧٣. **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، مجد الدين (ت٦٥٢هـ)، مطبعة السنة المحمدية، دط، ١٣٦٩هـ.

٧٤. **المحلى بالآثار**، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت٤٥٦هـ)، دار الفكر، بيروت، دط، دت.

٧٥. **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة**، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ الحنفي (ت٦١٦هـ)، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

٧٦. **المستدرك على الصحيحين**، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم النيسابوري (ت٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.

٧٧. **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، الإمام أحمد بن حنبل (ت٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

٧٨. **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (ت٧٧٠هـ)، المكتبة العلمية بيروت، دط، دت.

٧٩. **المطلع على ألفاظ المقنع**، محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، أبو عبد الله، شمس الدين (ت٧٠٩هـ)، تحقيق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي للتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.

٨٠. **معجم الصواب اللغوي دليل المثقف العربي**، د. أحمد مختار عمر بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.

٨١. **المعجم الكبير**، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (ت٣٦٠هـ)، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية القاهرة، الطبعة الثانية، دت.

٨٢. **معجم اللغة العربية المعاصرة**، أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت١٤٢٤هـ)، بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.

٨٣. **المعجم الوسيط**، مجموعة علماء بمجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة، دط، دت.

٨٤. **معجم لغة الفقهاء**، محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.

٨٥. **معجم مقاييس اللغة**، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني (ت٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون دار الفكر، بيروت، دط، ١٣٩٩هـ.

٨٦. **المغني**، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ)، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٩٩٧م.

٨٧. **المفاتيح في شرح المصابيح**، الحسين بن محمود بن الحسن، مظهر الدين المشهورُ بالمُظْهِري (ت٧٢٧هـ)، تحقيق: لجنة مختصة من المحققين، بإشراف: نور الدين طالب، دار النوادر، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ.

٨٨. **المقنع في فقه الإمام أحمد**، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ)، تحقيق: محمود الأرناؤوط، ياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي للتوزيع، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

٨٩. **الممتع في شرح المقنع**، زين الدين المُنَجَّى بن عثمان بن أسعد ابن المنجى التنوخي (ت٦٩٥هـ)، مكتبة الأسدي، مكة، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ.

٩٠. **المنثور في القواعد الفقهية**، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت٧٩٤هـ)، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف الكويت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٥هـ.

٩١. **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.

٩٢. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني (ت٩٥٤هـ)، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.

٩٣. **الموسوعة الفقهية الكويتية**، مجموعة من المؤلفين، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت.

٩٤. **موطأ الإمام مالك**، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت١٧٩هـ)، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، ١٤٠٦هـ.

٩٥. **نصب الراية لأحاديث الهداية**، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (ت٧٦٢هـ)، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

٩٦. **نظام المعاملات المدنية السعودي**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩١) وتاريخ (٢٩/ ١١/ ١٤٤٤هـ).

٩٧. **النوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ**، أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد)عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (ت٣٨٦هـ)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.

٩٨. **الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني**، محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوذاني، تحقيق: عبد اللطيف هميم، ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

٩٩. **الهداية في شرح بداية المبتدي**، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت٥٩٣هـ) دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، دت.

١٠٠. **الواضح في شرح الخرقي**، نور الدين أبي طالب عبد الرحمن بن عمر بن أبي القاسم بن علي بن عثمان البصري الضرير، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، دار خضر للطباعة والنشر، بيروت، دط، ١٤٢١هـ.

١٠١. **الوجيز في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، سراج الدين أبو عبد الله، الحسين بن يوسف بن أبي السري الدجيلي (ت٧٣٢هـ)، مكتبة الرشد، الرياض الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

١٠٢. **الوسيط في المذهب**، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت٥٠٥هـ)، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.

المزايدة العكسية الإلكترونية

في ظل نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد ولائحته التنفيذية

د. الحميدي بن إبراهيم بن مرزوق الحميمص

دكتوراه في القانون الإداري

المستشار الشرعي بالرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء

alhwmidi@hotmail. com

٠٠٩٦٦٥٥٣٣٩٥٦٦٨

المقدمة

لقد أدت الثورة في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات التي حدثت خلال القرن الحالي إلى تطور كبير في النصوص والمصطلحات القانونية، سواء كان ذلك في القانون المدني أو التجاري، ولم يكن القانون الإداري هو الآخر بمنأى عن تلك الثورة الكبيرة، حيث ترتب على تلك الثورة المعلوماتية ظهور نوع من العقود الإدارية التي تُبرَم عبر الوسائط الإلكترونية، وتسمى بالعقود الإدارية الإلكترونية، وهي تلك العقود التي تُبرَم بين الجهات الحكومية وبين الأفراد والمؤسسات والشركات الاعتبارية الخاصة عن طريق الإنترنت، أو من خلال وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة الأخرى، كالفاكس والتلكس والتلغراف، وغيرها من الوسائط.

حيث إن الجهات الإدارية تحتاج في كثير من الأحيان إلى إبرام العقود الإدارية، التي تستطيع أن تُوفر من خلالها الاحتياجات اللازمة، من سلع وخدمات، وغيرها من الأغراض اللازمة لإدارة المرافق العامة، وتحقيق الأمن العام والسكينة العامة، وإشباع حاجات المواطنين.

ولم تكن تلك العقود هي الأخرى بمنأى عن الثورة المعلوماتية التي حدثت، مما أدى إلى ظهور فكرة العقود الإدارية الإلكترونية التي تتماشى مع تلك التطورات التكنولوجيا والمعلوماتية المختلفة، تُبرَم تلك العقود الإدارية الإلكترونية بطرق مختلفة، منها المزايدة العكسية الإلكترونية.

وعلى الرغم من قلة من المراجع التي تتحدث عن المزايدات الإلكترونية وبصورة بسيطة، إلا أنه لا توجد دراسة منظمة ومخصصة حول موضوع المزايدات العكسية الإلكترونية، فضلاً عن أنه بالبحث والتنظيم توصلت إلى أنه لا توجد مزايدات عكسية إلكترونية إلا بالنظام السعودي.

هذا، وقد تناول نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٢٨) وتاريخ ١٣/ ١١/ ١٤٤٠هـ، ولائحته التنفيذية ولائحته التنفيذية الصادرة من وزير المالية بالقرار الوزاري رقم (٣٤٧٩) وتاريخ ١١/ ٨/ ١٤٤١هـ النص على استخدام «المزايدة العكسية الإلكترونية» كإحدى الطرق التي تتعاقد الجهات الإدارية مع غيرها من الأفراد والشركات والمؤسسات الخاصة.

ونحاول من خلال هذا البحث تحليل هذا الموضوع في ظل نظام المنافسات والمشتريات الجديد ولائحته التنفيذية بالمملكة العربية السعودية[1].

(١) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٢٨) وتاريخ ١٣/ ١١/ ١٤٤٠هـ، واللائحة التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم (٣٤٧٩) وتاريخ ١١/ ٨/ ١٤٤١هـ، نسخة إلكترونية من النظام واللائحة على الرابط التالي:

https://www.mof.gov.sa/Knowledgecenter/newGovTendandProcLow/Pages/default.aspx

أهمية البحث:

تتجلى أهمية هذا البحث في تعريفه بالمزايدة العكسية الإلكترونية، باعتبارها إحدى أهم الطرق الحديثة التي تطبق من خلال نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد، والإحاطة بكافة الوسائل الفنية والاشتراطات النظامية اللازمة لإجرائها، ومعرفة المبادئ العامة لهذا الإجراء، وقواعد ومراحل إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية في النظام السعودي.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة هذا البحث في أن تطبيق نظام المزايدة العكسية الإلكترونية كطريق لإبرام العقود الإلكترونية في المملكة العربية السعودية يحتاج إلى العديد من الوسائل الفنية الإلكترونية، بالإضافة إلى بعض الاشتراطات النظامية اللازمة لتفعيل هذا الإجراء، مع ضرورة وجود عدد من المبادئ العامة في هذا الإجراء، والتي تضمن تحقيق المساواة وتكافؤ الفرص بين المتنافسين، مما ينتج عنه إشكاليات فنية ونظامية في تفعيل هذا الإجراء في إبرام العقود الحكومية.

صعوبة البحث:

تنبني صعوبة هذا البحث على حداثة الموضوع الذي نتناوله، وهو ذلك الأسلوب الجديد في التعاقد المتمثل بالمزايدة العكسية الإلكترونية، لذا فإن موضوع البحث يعتريه بعض الصعوبات، يأتي في مقدمتها

ندرة المراجع القانونية العربية والأجنبية، مما جعل الباحث يجد ملاذه في المراجع العامة التي تتناول موضوع العقد الإداري الإلكتروني وطرق إبرامه، ونظراً لحداثة تطبيق هذا الأسلوب من التعاقد في المملكة العربية السعودية وقت كتابة هذه السطور فلا يوجد ثمة أحكام قضائية في النظام القضائي السعودي تشير إلى هذا الأسلوب من التعاقد حتى الآن.

لهذا فإن الباحث سوف يعتمد في إعداده لهذا الموضوع على المراجع العامة وتحليل نصوص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، والتي ما زالت في مرحلة التجربة والممارسة من قبل الجهات الحكومية المختصة بالمملكة العربية السعودية؛ لحداثة النظام ودخوله حيز التنفيذ.

تساؤلات البحث:

لما كان هذا البحث يتناول موضوع المزايدة العكسية الإلكترونية باعتبارها إحدى طرق التعاقد بين الجهات الحكومية وغيرها من الأفراد والشركات والمؤسسات الاعتبارية الخاصة في النظام السعودي، فإن هذا البحث يثير تساؤلاً رئيسياً مفاده: ما هي الوسائل الفنية والاشتراطات النظامية اللازمة لإجراء المزايدة العكسية الإلكترونية ومراحل وقواعد إجرائها في النظام السعودي؟

ويتفرع عن هذا التساؤل عدد من التساؤلات التي يهدف البحث إلى الإجابة عليها، من أهمها:

١- ما تعريف المزايدة العكسية الإلكترونية؟

٢- ما هي مزايا المزايدة العكسية الإلكترونية؟

٣- ما المقصود بمبدأ حرية الاشتراك في المزايدة العكسية الإلكترونية؟

٤- ما المقصود بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص في المزايدة العكسية الإلكترونية؟

٥- ما هي مرحلة تقديم العروض؟

٦- ما المقصود بمرحلة التشفير؟

٧- كيف يُبت في العروض المقدمة في المزايدة العكسية الإلكترونية؟

٨- ما هي الضمانات لكفاءة المتقدم بالمزايدة وقدرته للقيام بالعمل الذي تقدم للمزايدة فيه؟

٩- ما هي العقوبات المترتبة على من ينسحب من المزايدة بعد رسوها عليه؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث بصفة أساسية إلى الإجابة عن التساؤلات السابقة، من خلال:

١- معرفة ماهية المزايدة العكسية الإلكترونية، والتي تناول نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد بالمملكة العربية السعودية النص عليها كإحدى طرق التعاقد.

٢- معرفة الوسائل الفنية والاشتراطات النظامية اللازمة لإجراء المزايدة العكسية الإلكترونية في النظام السعودي.

٣- بيان المبادئ العامة اللازم تطبيقها في المزايدة العكسية الإلكترونية باعتبارها إحدى طرق التعاقد في العقود الإدارية.

٤- توضيح مراحل وقواعد إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد ولائحته التنفيذية.

٥- توضيح الضمانات اللازمة لكفاءة المقدم بالمزايدة وقدرته على القيام بالعمل الذي تقدم للمزايدة فيه.

٦- ذكر العقوبات المترتبة على من ينسحب من المزايدة بعد رسوها عليه.

منهج البحث:

تقتضي طبيعة البحث الذي نحن بصدده استخدام المنهج الوصفي التحليلي، وذلك لدراسة وتحليل النصوص النظامية المتعلقة بموضوع المزايدة العكسية الإلكترونية والتي وردت في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد بالمملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٢٨) وتاريخ ١٣/ ١١/ ١٤٤٠هـ، وكذا لائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٢٤٢) وتاريخ ٢١/ ٣/ ١٤٤١هـ، وذلك للتوصل إلى ما يخص هذا الموضوع من أحكام وقواعد وإجراءات نص عليها النظام واللائحة.

الدراسات السابقة:

لم أجد سوى دراسة **د. بدر بن عبد الله المطرودي، المزايدة العكسية الإلكترونية كأسلوب من أساليب التعاقد الإداري، ١٤٤٣هـ -٢٠٢٢م**[(١)]. وهو بحث محكم.

هدفت تلك الدراسة للعمل على التوضيح لمفهوم المزايدة العكسية الإلكترونية، وتوضيح طبيعتها، والتركيز على كيفية التعاقد تبعاً لهذا الأسلوب، واعتمدت الدراسة على المنهج التحليلي تبعاً للأنظمة الإجرائية المنظمة للعقود الإدارية بوجه العموم ونظام المشتريات الحكومية، وقسمت الدراسة لمبحثين، الأول حول توضيح ماهية المزايدة العكسية الإلكترونية، أما الثاني فحول توضيح الإجراءات الخاصة بالمزايدة العكسية الإلكترونية.

وتوصلت الدراسة لمجموعة من النتائج والتوصيات المهمة، فكان من أهم النتائج أن المزايدة العكسية الإلكترونية يلحقها إجراءات تطرأ عليها، وتؤدي في النهاية لحرمان المتنافس من التعاقد، والحرمان يتنوع ما بين حرمان وقائي وحرمان إجرائي، ومن أهم التوصيات التي وضعتها تلك الدراسة العمل على تعديل الفقرة الثانية من المادة (٥٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، تلك التي

(١) د. بدر بن عبد الله بن محمد المطرودي، المزايدة العكسية الإلكترونية كأسلوب من أساليب التعاقد الإداري، مجلة جامعة الملك سعود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٣٤، العدد ١، ١٤٤٣هـ -٢٠٢٢م.

تنص على ألا تتجاوز تكلفة المنافسة خمسة ملايين ريال، فيرى الباحث ضرورة رفع حد التعاقد بأسلوب المنافسة العكسية الإلكترونية حتى يكون خمسين (٥٠) مليون ريال، وذلك نظراً لما يتميز به هذا الأسلوب من توفير مردود مالي كبير لصالح الخزانة العامة ومن أجل المحافظة كذلك على المال العام.

نقد الدراسة: لا شك أن هذا المرجع مهم جداً، وله دور كبير في موضوع البحث محل الدراسة، ولكن تركيزه الكبير كان حول شرح الإشكاليات حول المتعاقدين بجهة الإدارة، إلا أن الجديد في دراستنا هو أنها تعمل على التوضيح لماهية تلك المزايدة، وتوضيح نشأتها وتعريفها ومزاياها، كما أنها تتميز بالتوضيح للوسائل الفنية لإجراء المزايدة العكسية الإلكترونية، والأحكام النظامية للمزايدة العكسية الإلكترونية.

وما تتميز به دراستنا كذلك هو التوضيح لضمانات كفاءة المتقدم بالمزايدة وقدرته على القيام بالعمل، والعقوبات المترتبة على من ينسحب من المزايدة بعد رسوها عليه، ومن المميز كذلك في هذه الدراسة هو حداثتها والتطبيق على نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، وبالتالي إضافة ما هو جديد وترك مادة علمية قوية تساعد الباحثين حول نفس المجال.

خطة البحث:

اقتضت طبيعة البحث أن أعقد له **مقدمة** تتضمن توطئة لهذا الموضوع، وأهميته، وأسباب اختياره، وأهدافه، وإشكاليته، وصعوباته،

وتساؤلاته التي يستهدف الإجابة عليها، وبيان المنهجية العلمية المتبعة في إعداده، بعد ذلك قسمت خطته الموضوعية إلى خمسة مباحث تضمنت مبحثاً تمهيدياً ومن ثم أربعة مباحث رئيسية.

فالمبحث تمهيدي تناولت فيه ماهية المزايدة العكسية الإلكترونية (نشأتها-تعريفها-مزاياها).

أما المبحث الأول فتناولت فيه الوسائل الفنية لإجراء المزايدة العكسية الإلكترونية، **وفي المبحث الثاني** تناولت الأحكام النظامية للمزايدة العكسية الإلكترونية، **والمبحث الثالث** جعلته للحديث عن ضمانات كفاءة المتقدم بالمزايدة وقدرته على القيام بالعمل، والعقوبات المترتبة على من ينسحب من المزايدة بعد رسوها عليه، ثم أعقبت ذلك **بخاتمة** تضمنت أهم النتائج التي توصلت إليها والتوصيات التي أوَدّ أن أُدلِي بها، **وقائمة بأهم المصادر والمراجع** التي استفدت منها في جمع المادة العلمية للبحث.

المبحث التمهيدي
ماهية المزايدة العكسية الإلكترونية ونشأتها

تمهيد وتقسيم:

إن البحث في المزايدة العكسية الإلكترونية كإحدى الوسائل والآليات الحديثة التي تبرم من خلالها العقود الإدارية بشكل إلكتروني يتطلب منا بيان مفهومها، وخصائصها، ثم مزايا إبرام العقود الإدارية بها كأسلوب من الأساليب الحديثة في إبرام الإدارة لعقودها.

ونظراً لبداية استخدام المزايدة العكسية الإلكترونية في مجال العقود الإدارية، والذي بدأ منذ فترة ليست بالطويلة كنتيجة للتقدم العلمي واستخدام الوسائل العلمية الحديثة في المعاملات بين الأطراف، اقتضى الأمر منا بيان نشأتها، ونتناول ذلك في مطلبين في هذا المبحث:

المطلب الأول: تعريف المزايدة العكسية الإلكترونية ومزاياها:

تعد المزايدة العكسية التي تُقام عبر الإنترنت قناة تلبي الإدارة احتياجاتها من خلالها، فهي أداة شراء جديدة وغير مكلفة، كما أنها أداة تسعير مرنة وجيدة بالنسبة للموردين، ومن ثم فهي تتميز بمزايا لم تكن تتوافر في المزايدة التقليدية التي تعاني من قلة المشاركة وضيق الوقت والتكاليف الباهظة، وهنا جاءت المزايدة العكسية الإلكترونية لتغير مفهوم المزايدات التي نعهدها.

من خلال هذا المطلب نلقي الضوء على مفهوم المزايدة العكسية الإلكترونية، ونحدد خصائصها كي نميزها عن غيرها من أنواع المزايدات -المزايدة التقليدية أو العادية- كما نميزها أيضاً عن غيرها من العقود الإلكترونية باعتبارها من العقود الإلكترونية، والتي تختلف عنها في موضوعها وأطرافها، ونتناول ذلك من خلال هذا المطلب في فرعين، نخصص الأول منهما لتعريف المزايدة العكسية الإلكترونية، ثم نتناول مزاياها من خلال الفرع الثاني:

الفرع الأول: تعريف المزايدة العكسية الإلكترونية:

يعد نظام المزايدة العكسية الإلكترونية من الوسائل الحديثة في إبرام العقود الإدارية، لهذا يندر وجود تعريف لها، سواء في الأنظمة والتشريعات أو لدى الفقه القانوني، وعلى كلٍّ نوضح فيما يلي ماهيتها بحسب ما لدى الأنظمة الأجنبية وكذا الفقه القانوني، ثم نتناول تعريفها بحسب ما نص عليه المنظم السعودي في نظام المنافسات والمشتريات الجديد.

أولاً: تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للمزادات العكسية الإلكترونية:

عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المزادات العكسية الإلكترونية بأنها: «عملية مناقصة لاشتراء المنتجات أو الأشغال أو الخدمات تُتاح فيها للمورد معلومات عن العروض الأخرى المقدمة، ويتسنى له فيها تعديل عرضه بشكل مستمر على

سبيل منافسة العروض الأخرى، دون معرفة هويات الموردين الآخرين، ويقدم الموردون عروضهم بشكل إلكتروني عن طريق موقع المزاد الإلكتروني الذي يكون على شبكة الإنترنت، ويتم المزاد لفترة محددة، أو قد يتواصل إلى حين انقضاء وقت معين دون تلقي عروض جديدة ويرسوا المزاد على أقل العروض المقدمة سعراً»[1].

ثانياً: تعريف المزايدة العكسية الإلكترونية لدى الفقه القانوني:

عرف بعض الفقه القانوني المزايدة العكسية الإلكترونية بأنها: ذلك الإجراء الذي بموجبه يتقدم المرشح لإبرام العقد الإداري بعطاء الثمن عن طريق وسيط إلكتروني، وفي مدة زمنية يحددها الشخص العام ويعلم بها مسبقاً جميع المرشحين، وذلك لتوريد بعض المواد الغذائية أو الأدوات للجهة الإدارية، وبتقديم أثمان مختلفة يعلمها جميع الموردين دون أن تعرف هوية أحدهم، ويُبرَم العقد مع المرشح الذي يتقدم بأقل سعر[2].

وبالتالي لا يختلف هذا النوع من المزايدات عن المزادات العلنية في العقود الخاصة -عقود القانون المدني- من خلال التنافس بين عدد

(١) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بعنوان الأعمال الممكنة مستقبلاً في مجال الاشتراء العمومي، رقم الوثيقة A/CN.9/553 - الدورة السابعة والثلاثون، نيويورك، ٢ يوليه ٢٠٠٤م، ص١٠.

(٢) د. فيصل عبد الحافظ الشوابكة، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، مجلد (٢١)، عدد (٢)، ٢٠١٣م، ص٣٤٩.

من المرشحين لإبرام العقد، بينما يظهر الاختلاف في كون المزايدة الإلكترونية العكسية تنصب على عقود التوريد، بحيث ترغب الجهة الإدارية في التعاقد على أقل ثمن لتوريد منقولاتها من سلع وخدمات وغير ذلك، الأمر الذي جعل الفقه يسمي هذا النوع من المزايدات بالمزايدات الإلكترونية المعكوسة(١).

ثالثاً: تعريف المزايدة العكسية الإلكترونية في النظام السعودي:

تناول نظام المنافسات والمشتريات الجديد بالمملكة العربية السعودية تعريف المزايدة الإلكترونية العكسية، وذلك في المادة الأولى منه حيث عرفها بأنها: «أسلوب إلكتروني لتقديم عروض مخفضة تعاقبياً خلال مدة محددة بغرض اختيار أقل العروض سعراً»(٢).

وبالتالي من خلال التعريف لابد من أن توضح بعض المفردات الخاصة به مثل العكسية، وسبب الوصف لها بالعكسية، فضلاً عن التوضيح لعبارة التعاقبي، وذلك بالنقاط الآتية:

أولاً: أنها سميت بالعكسية لاختلافها عن التقليدية فالتقليدية تقتضي بأن يقوم البائع بعرض صنف أو سلعة على المشترين، ويقوم المشترون بالتقديم لعطاءات حتى وقت إغلاق المزاد، فتكون الترسية بالنهاية على من يقوم بالتقديم لأعلى سعر، ولكن العكسية سميت

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة -الإسكندرية-، ط١، ٢٠٠٤م، ص١١٤.

(٢) المادة الأولى من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

بهذا الاسم لكونها عكس ما ذُكر تماماً، حيث تقوم بها الجهة المشترية بتقديم الطلب بصورة إلكترونية من أجل الحصول عن طريق التقديم لثمن يقابل السلعة أو الخدمة التي أعلنت الجهة المشترية عن حاجتها للشراء، وفي نهاية المزاد العكسي تصبح الترسية على من يقوم بالتقديم للسعر الأقل[١].

ثانياً: سبب وصف المزايدة الإلكترونية بالعكسية لكونها عكس التقليدية، وتختلف كذلك عن المناقصة أو المزايدة الإلكترونية العادية[٢].

ثالثاً: وتعرف كذلك بالتعاقبية لكونها تقوم بالتقديم للعروض المخفضة بصورة تعاقبية أثناء مدة معينة، وذلك بهدف اختيار أقل العروض سعراً، وبه يحصل التأكيد على أن هذا الأسلوب أكثر الأساليب خصوصية وتميزاً[٣].

كما جاء في **اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات** أنه يجوز أن: «تستخدم الجهة الحكومية أسلوب المزايدة العكسية لشراء السلع المتوفرة لدى أكثر من مورد، أو متعهد، أو مقدم خدمة»[٤].

---

(١) د. بدر بن عبد الله المطرودي، المزايدة العكسية الإلكترونية كأسلوب من أساليب التعاقد الإداري، مجلة جامعة الملك سعود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٣٤، العدد ١، ١٤٤٣هـ-٢٠٢٢م، ص١٨٥ وما بعدها.

(٢) د. بدر بن عبد الله المطرودي، المرجع السابق، ص١٨٥.

(٣) د. بدر بن عبد الله المطرودي، المرجع السابق، ص١٨٦.

(٤) المادة (٥٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي.

ومما سبق يمكن لنا تعريف المزايدة العكسية الإلكترونية بأنها: **«وسيلة إدارية لإبرام العقد الإداري من خلال الوسائط الإلكترونية وشبكة الإنترنت، تستطيع من خلالها جهة الإدارة التعاقد مع أقل العروض ثمناً، وذلك لتوريد منقولاتها من السلع والخدمات التي لها سوق تنافسية فعالة، وذلك عبر التنافس بين عدد من الموردين خلال مدة محددة مسبقاً -من قبل جهة الإدارة- يقدم خلالها المتنافسون عروضهم بشكل إلكتروني، وبنظام يسمح لجميع المتنافسين بمعرفة جميع العروض المقدمة من المتنافسين الآخرين دون معرفة هوية أحدهم، وترسوا المزايدة على أقل العروض سعراً»**.

نخلُص من هذا إلى أن المزايدة العكسية الإلكترونية هي آلية ووسيلة تلجأ إليها الجهة الإدارية لإبرام عقودها الإدارية عبر الوسائط الإلكترونية وشبكة الإنترنت، تستطيع من خلالها جهة الإدارة التوصل إلى أفضل العروض المقدمة من المتنافسين بشأن توريد بعض السلع أو الخدمات للجهة الإدارية، وبما يضمن تحقيق الشفافية والنزاهة في إبرام العقد، حيث تكون قيمة جميع العروض المقدمة من المتنافسين معلومة لهم، دون الكشف عن هوية أحدهم، ويكون للمتنافس خلال مدة المزايدة تغيير العرض المقدم منه بشكل مستمر حتى نهاية المدة المحددة مسبقاً لعملية المزايدة، مما يجعل الجهة الإدارية تستطيع التوصل إلى أقل العروض سعراً.

ومن ثم فقد تناول نظام المنافسات والمشتريات الجديد بالمملكة العربية السعودية ولائحته التنفيذية النص على هذا الأسلوب الحديث من التعاقد، والذي تستطيع الجهات الإدارية تطبيقه لإبرام عقودها الإدارية إذا ما توافرت الاشتراطات النظامية اللازمة لتطبيقه والتي سنتناولها بالتفصيل في موضع لاحق من البحث.

ولا بد من القول بأن المزايدة العكسية الإلكترونية غير ملزمة للجهات الإدارية، ولكنها اختيارية ويتضح ذلك جلياً بنص بنظام المنافسات والمشتريات، وعلى وجه التحديد بالمادة (٤٣) من النظام، حيث نصت على أن: «للجهة الحكومية استخدام أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية وفقاً لما توضحه اللائحة».

وبالتالي يمكننا القول بأن الجهات الإدارية تحتاج لتفعيل هذا النوع من المزايدات نظراً لأهميته، واعتباره من الركائز الأساسية التي يقوم عليها التحول الرقمي الوطني، ودوره في وضع مجموعة أساليب بصورة إلكترونية من أجل إتمام الإجراءات الخاصة بالتعاقد فيها، والتقليص للتعاملات الورقية، بل الاستغناء عنها بصورة كاملة، وهذا التحول يمثل نوع من التحول للتعاملات الإلكترونية، من أجل الاستكمال لنظام الحكومة الإلكترونية بالجهات الحكومية[1].

(١) د. بدر بن عبد الله المطرودي، مرجع سابق، ص١٨٤.

الفرع الثاني: مزايا المزايدة العكسية الإلكترونية:

إن توجه الجهات الإدارية إلى تطبيق المزايدة العكسية الإلكترونية، كإحدى الآليات والوسائل التي تستطيع من خلالها جهة الإدارة إبرام عقودها الإدارية يحقق العديد من المزايا والإيجابيات، تتمثل أهمها فيما يلي:

١- حصول الإدارة على أفضل العروض:

تستطيع الجهة الإدارية من خلال نظام المزايدة العكسية الإلكترونية الحصول على أفضل العروض والمتمثل في أقلها سعراً، حيث يوفر هذا الأسلوب الشفافية والعلانية في التعاقد؛ بما يحقق مبدأ العدالة والمساواة بين المتنافسين، وبما يسمح بتوفير عدد أكبر من العروض؛ بما يضمن توصل الجهة الإدارية إلى إبرام العقد مع أقل العروض سعراً[(١)].

ولما كان نظام المزايدة العكسية الإلكترونية يسمح للمتنافس بمعرفة قيمة العروض المقدمة من المنافسين الآخرين، فإن ذلك سوف يؤدي إلى المزيد من المنافسة بينهم، مما يجعل كل منافس يعمل على تخفيض قيمة العرض المقدم منه باستمرار، وسوف يؤدي ذلك في النهاية إلى تعاقد الجهة الإدارية مع أفضل العروض وأقلها سعراً.

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، مرجع سابق، ص١٢١.

٢- التغلب على مشكلة البيروقراطية وطول إجراءات التعاقد:

يؤدي نظام المزايدة العكسية الإلكترونية إلى القضاء على مشكلة البيروقراطية وطول إجراءات التعاقد، والتي تتحقق في ظل إجراءات التعاقد التقليدية، من طول فترة المفاوضات والإعلان وإبرام العقد وغيرها من الإجراءات الإدارية الأخرى، بينما تؤدي المزايدة الإلكترونية ولا شك -نظراً لاعتمادها على الإنترنت والوسائط الإلكترونية الحديثة- إلى القضاء على الروتين الحكومي وطول الإجراءات التي تحدق غالباً عند إبرام العقود الإدارية(١).

٣- القضاء على الفساد الإداري والمالي:

تستطيع الجهة الإدارية من خلال أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية التخلص من انحرافات ضعاف الموظفين، والمتمثلة في حصولهم على الرَّشاوَى والمزايا المالية مقابل العبث بإجراءات التعاقد، وذلك في الحالات التي يترك فيها التعاقد لتقديرهم، وكذلك في حالات إبرام العقود في سرية وخفاء مع عروض تكون أكثر كلفة على الجهة الإدارية، والتضحية بمصلحة الإدارة والمصلحة العامة في مقابل الحصول على الرشاوي وغيرها، أما التعاقد من خلال نظام المزايدة الإلكترونية فإنه يمنع الاتصال المباشر بين مقدمي العطاءات أي المرشحين للتعاقد وبين الموظفين في الجهات الإدارية المتعاقدة، بما يؤدي إلى القضاء على أي منفذ

(١) د. حمدي سليمان القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد (٣٤)، ملحق، ٢٠٠٧م، ص٦٦٠.

وطريق لاستغلال النفوذ والابتزاز والوساطة في التعاقدات الحكومية ويقضي على الفساد المالي والإداري بشكل مطلق[1].

٤- المزايدة العكسية الإلكترونية وسيلة سريعة لتبادل المعلومات وتقليل للأعباء المالية:

تعد المزايدة العكسية الإلكترونية وسيلة سريعة لتبادل المعلومات، كما أنها تؤدي إلى تقليل الأعباء المالية، وذلك بصورة لا يمكن أن تقاس بالطرق التقليدية للتعاقد الإداري، حيث تؤدي إلى تقليل الوقت والجهد بنسبة قد تتجاوز ٢٥٪ من الوقت والجهد اللازمين لإنجاز إجراءات التعاقد بالطرق التقليدية، وهذا ما أكدته التجارب العملية للدول[2][3].

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، مرجع سابق، ص١٢١.

(٢) د. هيبة سردوك، المناقصة العامة كطريق للتعاقد، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٩م، ص١١٠.

(٣) قامت ولاية واشنطن بتطبيق نظام الشراء الإلكتروني وخصوصاً في الحصول على المطبوعات واللوازم المكتبية، وقد نتج عن ذلك توفير بنسبة ١٠-٢٠٪ من تكلفة المواد والمشتريات، كما وفرت حكومة شيلي مبلغ ٢٠٠ مليون دولار من جملة ٤ بليون دولار، قيمة المناقصات السنوية للدولة وذلك بعد استخدام النظم الإلكترونية في مجال المشتريات من نظام المزايدة الإلكترونية وغيرها، وفي الكويت قامت شركة نفط الكويت بتنفيذ نظام العطاءات الإلكترونية وقد أسفر ذلك عن توفير نحو ٣٠٪ من الوقت والجهد الذين كان يتطلبهما إتمام التعاقد التقليدي: ينظر د. دواد عبد الرازق، الحكومة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه، منشأة المعارف -الإسكندرية، ط١، ٢٠١٥م، ص٢٨٢ وما بعدها.

كما يؤدي نظام المزايدة العكسية الإلكترونية إلى توفير التكلفة المالية على الإدارة، حيث إن نشر العطاءات والإعلان عن العقود في الصحف الورقية، وإعادة نشرها أحياناً، يكلف الإدارة مبالغ مالية كبيرة، أما في حالة المزايدة الإلكترونية فيُستخدم أسلوب النشر والإعلان الإلكتروني، من خلال شبكة الإنترنت ووضع الإعلان على الموقع الإلكتروني طول مدة العرض دون أن تتحمل جهة الإدارة لأي تكلفة مالية[1].

٥- أن المزايدة غير ملزمة ولكنها تكون اختيارية:

وهذا ما أكدت عليه المادة رقم (٣٤) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

٦- تُسهل المزايدة الإلكترونية الاتصال بين الجهة الإدارية والمواطنين:

إن تطبيق نظام المزايدة العكسية الإلكترونية يؤدي إلى شفافية المعاملات المالية للجهة الإدارية؛ مما يؤدي إلى المزيد من تطبيق العدالة بمفهومها الواسع، كما يساعد هذا النظام على سهولة التواصل بين الجهة الإدارية والمتنافسين، حيث تُنشر جميع البيانات والمعلومات والمستجدات على الموقع الإلكتروني للجهة الحكومية؛ مما يؤدي إلى مزيد من الشفافية وسرعة وسهولة التواصل بالجهة الإدارية[2].

---

(١) د. حمدي سليمان القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، مرجع سابق، ص٦٦٠.

(٢) د. عاطف محمد شوقي، د. محمد سعد إبراهيم، العقد الإداري الإلكتروني في القانون السعودي والمقارن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلد (٢٢)، عدد (٣٧)، ٢٠١٣م، ص٧٤٦.

المطلب الثاني: نشأة المزايدة الإلكترونية:

ظهرت المزادات الإلكترونية في نهاية القرن العشرين كنتيجة للتقدم العلمي والتكنولوجي واستخدام الوسائل العلمية والإلكترونية الحديثة في المعاملات والعقود التجارية المختلفة(١).

وكان ذلك بالتحديد في العام ١٩٩٥م مع انطلاق الموقع الإلكتروني الشهير (e-Bay) حيث باع رجل يدعي (Pierre Omidyer) عن طريق الموقع طابعة ليزر مكسورة تم المزايدة عليها وبيعت بأعلى سعر وهو ١٤,٨٣$، ومنذ نشأة هذا الموقع زاد استخدام نظام المزايدات الإلكترونية بشكل كبير، ففي أواخر التسعينات دخلت في المنافسة مع شركة (e-Bay) شركات أخرى مثل (Amazon.Com) وشركة (Yahoo!) وغيرها من الشركات الأخرى التي أنشأت العديد من المواقع الإلكترونية لإجراء تلك المزايدات(٢).

ومع انتشار عقود المزايدات في المعاملات الخاصة بين الأفراد والشركات بدأ استخدامها في العقود الإدارية للتنافس بين المرشحين لإبرام العقد مع الجهات الإدارية من خلال الوسائط الإلكترونية.

(١) عزة علي الحسن، الإطار القانوني والتشريعي للتجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة الخرطوم، السودان، ٢٠٠٥م، ص٣.

(٢) د. زانا إسماعيل عزيز، د. أميد صباح عثمان، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع بالمزاد العلني الإلكتروني الدولي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد (٧)، عدد (٣٦)، ٢٠١٨م، ص٣ وما بعدها.

هذا بالنسبة للمزايدات الإلكترونية بشكل عام، أما فيما يخص المزايدة العكسية الإلكترونية -محل البحث- تحديداً بمفهومها المتقدم والتي تقوم فيه الجهة الإدارية المسؤولة عن التعاقد بالإعلان عن بدء المزاد العلني عن طريق شبكة الإنترنت، ثم يتقدم المرشحون بعطاءاتهم في مظاريف مغلقة وبطريقة سرية إلى جهة الإدارة، ثم التنافس بينهم حتى يتم الوصول إلى الثمن الأقل ورسوّ المزاد على ذلك، فقد ظهر هذا النوع من المزايدات لأول مرة في هولندا، ثم انتقلت هذه الطريقة من هولندا إلى غيرها من دول في العالم، ومن أولاها فرنسا الذي بدأ استخدامه فيها عام ٢٠٠٢م حيث نُظم في هذا العام في مدينة ليون الفرنسية، وبعدها إلى بقية دول العالم(١).

وبهذا نجد أن المزايدات الإلكترونية قد بدأت في مجال العقود الخاصة، ثم انتقلت فيما بعد إلى مجال العقود الإدارية التي تبرمها جهة الإدارة، ويرجع السبب في ذلك-كما سبق القول-إلى انتشار وسائل التكنولوجيا الحديثة واستخدام تلك الوسائل في إبرام العقود الإدارية، حيث ظهر ما يسمى بالعقد الإداري الإلكتروني، والذي يتمثل في إبرام جهة الإدارة لعقودها من خلال شبكة الإنترنت والوسائط الإلكترونية،

(١) د. ناجح أحمد عبد الوهاب، التطور الحديث للقانون الإداري في ظل نظام الحكومة الإلكترونية، دار النهضة العربية- القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٢م، ص٧٥.

كالفاكس أو التلكس وغيرها من الوسائل الإلكترونية الحديثة الأخرى[1].

ومع انتشار وظهور العقود الإدارية الإلكترونية، ظهرت المزايدة الإلكترونية العكسية كإحدى الآليات والوسائل التي تستطيع من خلالها الجهات الإدارية إبرام العقود الإدارية، بشكل يتماشى مع تطورات التكنولوجيا الحديثة التي حدثت في مختلف المجالات، ومنها مجال إبرام العقود الإدارية لجهة الإدارة، ومن خلالها تستطيع الجهة الإدارية التوصل إلى أفضل العروض سعراً.

(١) انظر: د. هيبة سردوك، المناقصة العامة كطريق للتعاقد، مرجع سابق، ص١٠٨ وما بعدها. د. بشار خياط، العقد الإداري الإلكتروني، مجلة جامعة البعث- المجلد (٣٩)، العدد (٦٧)، ٢٠١٧م، ص١٢٧ وما بعدها. د. الحميدي إبراهيم الحميمص، مسؤولية الإدارة المدنية عن تعاملاتها عبر الوسائل الإلكترونية، رسالة لنيل الدكتوراه من الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ١٤٣٨هـ، غير مطبوع.

المبحث الأول
الوسائل الفنية اللازمة لإجراء للمزايدة العكسية الإلكترونية

تمهيد وتقسيم:

علمنا مما سبق أن المزايدة العكسية كوسيلة إدارية لإبرام العقد الإداري تتم إلكترونياً، وأنها تُقام من خلال الوسائط الإلكترونية الحديثة عبر شبكة الإنترنت، وبالتالي فإن إجراءها وتطبيقها يحتاج إلى وجود عدد من الأدوات والوسائل الفنية للتعامل بها عبر الإنترنت.

والواقع العملي لتطبيق إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية استدعى وجود من الأدوات والوسائل الفنية اللازمة لإمكانية القيام بها، إذ تَلزم في البداية بعض الأدوات الإلكترونية بالإضافة إلى وجود الحاسب الآلي -الكمبيوتر-[1]، فهذه الأدوات تمثل مرحلة أولية وأساسية

(١) الحاسب الآلي: هو جهاز إلكتروني يستطيع ترجمة أوامر مكتوبة بتسلسل منطقي لتنفيذ عمليات إدخال بيانات، أو إخراج معلومات وإجراء عمليات حسابيه أو منطقيه، وهو يقوم بالكتابة على أجهزة الإخراج أو التخزين، والبيانات تُدخل بواسطة مشغل الحاسب عن طريق وحدات الإدخال مثل لوحة المفاتيح أو استرجاعها من خلال وحدة المعالجة المركزية التي تقوم بإجراء العمليات الحسابية، وكذلك العمليات المنطقية، ثم تُكتب البيانات على أجهزة الإخراج مثل الطابعات أو وسائط التخزين المختلفة، ينظر: د. أحمد محمود مصطفي، جرائم الحاسبات الآلية في التشريع المصري، دار النهضة العربية- القاهرة، ط١، ٢٠١٠م، ص٨.

للوصول إلى التقنيات المتطورة اللازمة لإجراء عملية المزايدة العكسية الإلكترونية.

وفيما يلي نتناول بعض الأدوات والوسائل الفنية اللازمة للقيام بإجراء المزايدة الإلكترونية عبر الإنترنت، وذلك من خلال ثلاثة مطالب من هذا المبحث:

المطلب الأول: شبكة الإنترنت Network:

الإنترنت هو عبارة عن شبكة تتألف من مئات الحاسبات الآلية، المترابطة بعضها ببعض، إما عن طريق خطوط التليفون أو عن طريق الأقمار الصناعية، وتمتد عبر العالم لتؤلف في النهاية شبكة هائلة، بحيث يمكن للمستخدم لها الدخول إلى أي منها في أي وقت، ولو في أي مكان يتواجد فيه على الكرة الأرضية، ولو حتى في الفضاء، ويرتبط جهاز الحاسب الآلي بهذه الشبكة عن طريق مودم (Modem)، مرتبط بخط بالهاتف، لتلقي وإرسال البيانات عبر مزود الخدمة[1].

فشبكة الإنترنت يكون من خلالها إرسال البيانات واستقبالها، لهذا كانت من أهم الوسائل الفنية اللازمة لإجراء المزايدة الإلكترونية، حيث تمثل شبكة الإنترنت مجلس العقد الذي يبرم فيه العقد بين المرشح والجهة الإدارية، حيث إن التعاقد من خلال تلك الوسائل

(١) د. جميل عبد الباقي الصغير، الإنترنت والقانون الجنائي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠١٢م، ص٤ وما بعدها.

يكون بين طرفين لا يجمعهما مجلس عقد واحد، ومن خلال الشبكة تجري المفاوضات بين الطرفين، حيث تعرض الجهة الإدارية الاشتراطات اللازمة لإبرام العقد والمواصفات المطلوبة في المعقود عليه، ويعرض الطرف الآخر عرضه على الجهة الإدارية، حتى يحصل التوافق بين الطرفين بشكل إلكتروني[1].

فإجراء المزايدة العكسية الإلكترونية يلزم له توفر خدمة الإنترنت لدى كل الأطراف، سواء الجهة الإدارية التي تقوم بالإعلان عن إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية، أو المرشحون لإبرام التعاقد معه الجهة الإدارية، حيث يقوم كلا الطرفين بإرسال واستقبال البيانات اللازمة لإجراء المزايدة عن طريق شبكة الإنترنت، فيُعلن عن المزايدة والمواصفات المطلوبة في السلع التي ترغب الجهات الإدارية في الحصول عليها، ومدة إجراء المزايدة، وغير ذلك من المعلومات والبيانات اللازمة عبر شبكة الإنترنت.

(١) د. حازم صلاح الدين، تعاقد جهة الإدارة عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، ط١، ٢٠١٣م، ص٨٤.

المطلب الثاني: الموقع الإلكتروني Website:

يعرف الويب أو شبكة المعلومات العالمية بأنها صفحات مكونة من أجزاء نصية أو صور مرئية في الشكل الرقمي يجري تبادلها من خلال الحواسب الآلية عبر الشبكات التي تتصل جميعها بشبكة الإنترنت(١).

وإذا كانت توفر شبكة الإنترنت لازماً وضرورياً لإجراء المزايدة العكسية الإلكترونية، فإن الموقع الإلكتروني لازم هو الآخر للقيام بهذا الإجراء، حيث أن نشر البيانات واستقبالها يكون من خلال الموقع الإلكتروني.

هذا، وقد نص نظام المنافسات والمشتريات الجديد على إنشاء بوابة -موقع- إلكترونية موحدة للمشتريات الحكومية تكون خاضعة لإشراف وزارة المالية، وتُطوَّر بشكل مستمر(٢).

بحيث تكون هذه البوابة الإلكترونية هي وسيلة التواصل بين الجهات الحكومية الراغب في الإعلان عن المزايدات الإلكترونية وبين جمهور المرشحين للتعاقد مع تلك الجهات، بحيث تُعرض المواصفات المطلوبة وشروط التعاقد وطرح العطاءات وإعلانها من خلال هذه البوابة، ويقوم الطرف الآخر -المرشح للتعاقد- بتقديم عرضه من خلال هذا الموقع وإرسال البيانات والمعلومات اللازمة عبر هذه البوابة.

(١) د. علاء حسين مطلق، الأرشيف الإلكتروني، دار النهضة العربية-القاهرة-، ط٢، ٢٠١٠م، ص٨٥ وما بعدها.

(٢) المادتين (١) و(١٣/ ١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

ومما لا شك فيه أن إخضاع تلك البوابة الإلكترونية لرقابة وإشراف وزارة المالية يحقق المزيد من الشفافية والرقابة على كافة الجهات الحكومية بالمملكة، ويُمكِّن الوزارة من متابعة المزايدات الإلكترونية بشكل دوري ومستمر، لا سيما وأن النظام اشترط فيها أعلى درجات الخصوصية والسرية والأمان والشفافية في تداول المعلومات مع ضمان سلامة الإجراءات[1].

المطلب الثالث: البريد الإلكتروني E-mail:

البريد الإلكتروني هو نظام للتراسل باستخدام شبكات الحاسبات، ويستخدم كمستودع لحفظ الأوراق والمستندات الرقمية في صندوق البريد الخاص بالمستخدم، شريطة تأمين هذا الصندوق بعدم الدخول إليها، وذلك بطرق التأمين المعروفة ومنها التشفير، وكلمات المرور وغيرها من تقنيات الحماية الفنية[2].

وعملية التعاقد في المزايدة الإلكترونية تكون من خلال البريد الإلكتروني، حيث يقوم الشخص الراغب في التعاقد بالدخول إلى صندوق بريده الإلكتروني، وإرسال عرضه طبقاً لشروط وبنود التعاقد وكافة البيانات المتعلقة به، ويجرى ذلك عن طريق كتابة عنوان البريد الإلكتروني في المكان المخصص في صندوق البريد الإلكتروني للمرسل،

(١) المادة (١٧/ ١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.
(٢) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية القاهرة، ٢٠٠٧م، ص٥٣.

ثم يدون الرسالة التي يرغب في إرسالها، أو يرسلها ملحقةً بالبريد الإلكتروني، ثم يقوم بالضغط على مفتاح الإرسال الموجود في برنامج البريد الإلكتروني، لترسل إلى الطرف الآخر -جهة الإدارة- وتصل الرسالة على البريد الإلكتروني المرسل إليها، والذي بدوره يرد على ذلك العرض بالقبول أو الرفض[1].

وتمثل الوسائل الفنية السابقة ذكرها سلسلة متصلة يلزم توافرها جميعاً لإجراء عملية المزايدة العكسية الإلكترونية، فيلزم وجود شبكة الإنترنت، لإنشاء الموقع الإلكتروني ومن ثم الإعلان عن المزايدات الإلكترونية وشروطها ومدتها وغير ذلك من المعلومات والبيانات الأخرى.

هذا بالإضافة إلى وجود البريد الإلكتروني والذي يستطيع من خلاله الأطراف -الباعة- تبادل البيانات والمعلومات مع جهة الإدارة -المشتري-، حيث تستطيع جهة الإدارة إرسال واستقبال المراسلات الخاصة بالعقد -المزايدة-عبر بريدها الإلكتروني الخاص بها أو الخاص بالمتعاملين معها[2].

(١) د. تامر سليمان، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الشبكة العنكبوتية، دار النهضة العربية القاهرة، ط١، ٢٠٠٩م، ص٥٢، د. عاطف شوقي، د. محمد إبراهيم، العقد الإداري الإلكتروني في القانون السعودي والمقارن، ص٧٣٨.

(٢) د. حمدي سليمان القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، مرجع سابق، ص٦٦٨.

كذلك تعلن الإدارة عبر البوابة عن قيمة العطاءات المتقدمة ليعلم بها جميع المتقدمين من الباعة، وذلك دون أن تفصح عن شخصياتهم، حتى يتسنى لهم معرفة هذه العطاءات ومن ثم التنافس فيما بينهم للحصول على الأعمال التجارية من الإدارة -المشتري-؛ وذلك يؤدي بدوره إلى انخفاض الأسعار والعطاءات التالية، إذ يقوم الباعة بمنافسة بعضهم طالما كان في مقدور أي منهم الحصول عليه مع تحقيق ربح مُرضٍ.

فإذا توافرت الوسائل الفنية السابق ذكرها، أصبح من الممكن إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية وإتمامها، ثم بعد ذلك تطبيقها على أرض الواقع، مع ضرورة توافر الأحكام النظامية بطبيعة الحال.

المبحث الثاني
الأحكام النظامية لإجراء المزايدة العكسية الإلكترونية

تمهيد وتقسيم:

إذا كانت المزايدة العكسية الإلكترونية إحدى الوسائل والآليات التي تستطيع جهة الإدارة من خلالها إبرام عقودها الإدارية كما سبق القول، فإن الإدارة وكذا المتعاملين معها ليسوا متحررين في إتمامها وإجراءها من كل قيد، فيقيموها وفق ما يشاءون، على اعتباره عقد بيع وأن العقد ملزم للمتعاقدين.

فهو وإن كان كذلك في بعض جوانبه إلا أن المنظم السعودي وضع له قواعد وأحكام عبر نظام أصدره، وهو نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد، والذي يجعل جهة الإدارة والمتعاملين معها مقيدين بمراعاة العديد من الأحكام التي تضمن تحقيق المصلحة العامة، ذلك إلى جانب القواعد والمبادئ العامة التي ينبغي مراعاتها في العقود الإدارية.

ومن ثم ينبغي أن تقام المزايدة العكسية الإلكترونية في ظل المبادئ والقواعد العامة التي تحكم العقود الإدارية بشكل عام، ثم بتوافر الأحكام والاشتراطات التي نص عليها نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد ولائحته التنفيذية بشكل خاص.

ويمرّ إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية بعدد من المراحل حتى الانتهاء منها بدءاً بالإعلان الإلكتروني، مروراً بمرحلة تقديم العروض، ثم مرحلة التشفير، وانتهاءً بمرحلة البت في العروض.

من خلال هذا المبحث نوضح المبادئ والقواعد العامة التي تحكم إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية، باعتبارها من العقود الإدارية بشكل عام وذلك في مطلب أول، ثم بيان الأحكام والشروط التي أوجب نظام المنافسات والمشتريات مراعاتها وذلك في مطلب ثان، ونختم المبحث بمطلب ثالث نتناول فيه مراحل إجرائها.

المطلب الأول: المبادئ العامة الواجب توافرها لإجراء المزايدة العكسية الإلكترونية:

إذا كانت العقود الخاصة تقوم على أساس قاعدة «العقد ملزم للمتعاقدين»، والتي توسع بشكل كبير من حرية التعاقد، والاتفاق على كثير من الشروط التي لا تتوافر في العقود الإدارية، فإن العقود العامة التي تبرمها جهة الإدارة تخضع لكثير من المبادئ العامة التي يجب توافرها عند إبرام تلك العقود، بغض النظر عن طريقة إبرامها، أي سواء أُبرمت تلك العقود بالطريق المباشر، أو عن طريق المناقصات، أو المزايدات العكسية الإلكترونية، فتلك المبادئ يجب توافرها في كل حال على كافة العقود التي تبرمها جهة الإدارة.

وفيما يلي نتناول المبادئ التي يجب توافرها في المزايدة العكسية الإلكترونية باعتبارها إحدى طرق إبرام العقود الإدارية وذلك من خلال أربعة أفرع.

الفرع الأول: مبدأ حرية الاشتراك في المزايدة العكسية الإلكترونية:

من المبادئ العامة التي يقوم عليها إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية: مبدأ حرية الاشتراك في المزايدة، وهو ما يعبر عنه بمبدأ حرية المنافسة، والذي يتمثل في حرية دخول المزايدة أو الممارسة التي تعلن عنها جهة الإدارة في الحدود التي يحددها النظام والقانون، وترتيباً على ذلك لا يجوز للجهة الإدارية أن تمنع إحدى المؤسسات أو الشركات الخاصة من الدخول إلى المزايدة، طالما توافرت لديه الشروط القانونية المعلن عنها مسبقاً للتقدم إلى المزايدة، كما لا يجوز وفقاً لهذا المبدأ تفضيل أحد المتقدمين على حساب الآخرين؛ لأن ذلك يؤدي إلى بطلان الإجراء، إلا إذا كان التفضيل راجعاً ومستنداً على أساس قانوني[1].

وعلى الرغم من أن هذا يعد مبدأً عاماً يحكم جميع العقود الإدارية، إلا أنه ونظراً لأهميته وزيادةً للتأكيد عليه ومراعاته بشأن المزايدة العكسية الإلكترونية فقد نصت عليه اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات

(١) د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة «دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٢م، ص١٤.

والمشتريات بقولها: «أن تتم المزايدة عن طريق البوابة، بما يضمن سلامة الإجراءات والشفافية، ويحقق حرية التنافس»[(١)].

فلا شك بأن مبدأ حرية الاشتراك في المزايدة والمنافسة عليها يؤكد ضمان نزاهة إجراءات المزايدة، ويتيح لجهة الإدارة فرصة لاختيار أفضل العروض من الناحية المالية والفنية[(٢)].

وقد أعطى المنظم السعودي -**استثناء على هذا المبدأ وللتخفيف من التوسع فيه طالما حصل المبتغى منه**- للإدارة سلطة تقديرية في تنظيم عملية التقدم للمزايدة، وإعطاء حق الاشتراك فيها لبعض الأطراف دون بعضهم، وفقاً لما يتراءى لها في ظل أحكام نظام المنافسات والمشتريات، كما قرر في بعض الأحوال اقتصار الدعوة على بعض المتقدمين الذين تتوافر فيهم صفات معينة، وذلك في المواد (١٨، ١٩، ٢٠).

فبعد أن قرر النظام وجوب شروط معينة في الأشخاص الذين تتعامل معهم الجهات الحكومية حتى يتسنى تنفيذ الأعمال وتأمين المشتريات المطلوبة، ألزم الجهة الحكومية بإجراء تأهيل مسبق أو لاحق

(١) المادة (٥٤/ ٣) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

(٢) د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية-القاهرة-، ط٢، ٢٠٠٣م، ص٣٥.

في الأعمال والمشتريات، وفي حال أُجري تأهيل مسبق، فإن الدعوة تقتصر للمشاركة في المنافسة على من اجتاز التأهيل المسبق فقط[1].

وبالتالي؛ فإنه يجوز للجهة الحكومية إجراء تأهيل مسبق أو لاحق للمتنافسين في الأعمال والمشتريات التي تتطلب طبيعتها ذلك، واقتصار المشاركة في المزايدة العكسية على بعض المتقدمين ممن تتوافر فيهم شروط التأهل، ومن خلال هذا التأهيل يُختار المتنافسون الذين يحق لهم التقدم إلى المزايدة واستبعاد غيرهم ممن لم يجتازوا التأهيل الذي أعدته الجهة الحكومية.

وعليه؛ فإن حرية التقدم والاشتراك في المزايدة العكسية الإلكترونية، تتزايد في ظل هذا الإجراء، حيث يُعلن عن بدء المزايدة والتقدم إليها من خلال شبكة الإنترنت، وعبر الموقع الإلكتروني المعد لذلك، مما يزيد من حرية الاشتراك في المزايدة، ويفتح المجال لكل متنافس لتقديم عرضة بحرية وشفافية كبيرة، ويعطي فرصة لكافة الأفراد والمؤسسات صغيرة كانت أو كبيرة من حرية الاشتراك في المزايدة التي تطرحها الجهة الإدارية[2].

كما أن النظام القديم لم يتطرق للحديث عن هذا الموضوع، وبالتالي يتضح الفرق في هذه النقطة بين النظامين.

(١) المادتين (٢٠-١٩) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.
(٢) د. ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة -الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص٦٨.

الفرع الثاني: مبدأ العلانية في إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية:

من المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية: مبدأ العلانية، والذي يتحقق من خلال إعلام كل من تنطبق عليه الشروط للتقدم، لغرض التقدم بعرضه ومن ثم التعاقد مع الجهة الإدارية، حيث يؤدي ذلك لإبراز الشفافية، ومن ثم تحقيق المصلحة العامة التي تسعى إليها جهة الإدارة، والمتمثل في اختيار أفضل المتعهدين وأقل الأسعار(١).

ولتحقيق هذا المبدأ فقد نصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على أنه:

«١- يتم إعلان المزايدة العكسية الإلكترونية، في البوابة، وفي الموقع الإلكتروني للجهة الحكومية.

٢- يجب أن يتضمن الإعلان، أو الدعوة، الشروط والمواصفات الفنية والموعد النهائي لتسجيل الراغبين في الاشتراك في المزايدة العكسية الإلكترونية على ألا تقل الفترة من تاريخ الإعلان، أو الدعوة حتى موعد تسجيل طلبات الاشتراك عن خمسة عشر يوماً»(٢).

(١) د. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص٢٩٢.

(٢) المادة (٥٥/ ٢، ١) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

وبهذا؛ فإنه يجب على جهة الإدارة أن تعلن عن المزايدة العكسية في البوابة الإلكترونية والموقع الإلكتروني، بحيث يصل هذا الإعلان إلى الكافة، ولا شك أن الإعلان عن المزايدة عبر شبكة الإنترنت والموقع الإلكتروني للجهة الإدارية، من أنجح وسائل الإعلان عن رغبة الإدارة في إجراء المزايدة، ذلك لأن الشبكة متاحة للاطلاع من قبل كافة الأشخاص والشركات سواء في الداخل أو الخارج[1].

ويجب أن يشتمل الإعلان عن المزايدة تاريخ بداية الإجراء ونهايته، وكافة المعلومات والشروط اللازمة لكي يتسنى للمتنافسين الاشتراك في المزايدة العكسية الإلكترونية، حيث نص النظام على أنه يجب أن يُزود المتنافسون بالمعلومات اللازمة وإرشادات استخدام البوابة الإلكترونية[2].

وبالنظر للنظام القديم نجد أن المادة (٣٨) منه وضحت أنه -مع عدم الإخلال بما تقضي به المادة (١١) من النظام- تُباع المنقولات الزائدة عن حاجة الجهة الإدارية بمزاد علني ينشر عنه بالصحف، وفي مقر الجهة الإدارية والبلدية، وذلك قبل ميعاد المزاد بخمسة عشر يوماً.

وبالتالي، ومن خلال الذكر للنظامين الحديث والقديم، يمكننا القول أنهما يتفقان في مبدأ العلانية للمزاد، فضلاً عن الاتفاق في مدة الإعلان عن المزاد وهو قبل إقامته بخمسة عشر يوماً.

(١) د. حمدي القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، مرجع سابق، ص٦٦٧.

(٢) المادة (٣٤/ ٥) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

الفرع الثالث: مبدأ الشفافية والسرية في إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية:

تقوم المزايدة العكسية الإلكترونية على مبدأي الشفافية والسرية، حيث يعدان من الضمانات المهمة لتحقيق المصلحة العامة والمساواة بين المتنافسين.

ويقصد بمبدأ الشفافية: معاملة جميع المتنافسين على قدم المساواة، سواء بالنسبة للإجراءات أو المواعيد المقررة، فلا يجوز للإدارة كقاعدة عام أن تتفاوض مع أحد المنافسين بشكل سري لتعديل عطائه أو غير ذلك(١).

أما مبدأ السرية فيقصد به: أن تظل هوية المنافسين مجهولة وغير معلنة لبقية المتنافسين حتى انتهاء الإجراء، وذلك لمنع حدوث أي تحايل أو اتفاق جانبي لرفع الأسعار بما يحقق المصلحة العامة(٢).

وقد نصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الجديد على هذين المبدأين في مجال إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية، حيث نصت على أنه: «يجب أن تتم المزايدة عن طريق البوابة، بما يضمن سلامة الإجراءات والشفافية، ويحقق حرية التنافس»(٣).

---

(١) د. عبد الغني بسيوني، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف-الإسكندرية-، ٢٠٠٣م، ص٥٤٣.

(٢) د. عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص٥٤٣.

(٣) المادة (٥٤/ ٣) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

وفي إطار المزايدة العكسية الإلكترونية تتحقق الشفافية بشكل كبير، حيث تُقدم العطاءات وتُرتب بشكل إلكتروني، وبالتالي لا يستطيع الموظف الامتناع عن استلام العطاء أو تعطيل أحد المنافسين لصالح الآخر، فكافة الإجراءات تُجرى إلكترونيًا دون تدخل من جهة الإدارة(١).

وقد أكدت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الجديد على وجوب توافر مبدأ السرية في إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية حيث نصت على أنه: «يُطلع المتنافس على ترتيب سعره وعلى أسعار بقية المتنافسين دون الكشف عن هويتهم»(٢).

وبذلك يكون للمنافس الاطلاع على ترتيب عرضه المقدم وعلى باقي العروض، دون الكشف عن هوية أصحاب العروض الأخرى، بما يحقق السرية والمنافسة الحقيقية الفعالة، والتي من خلالها تستطيع جهة الإدارة الحصول على أفضل العروض من الناحية الفنية والمالية، وبما يمثل ضمانة مهمة لمنع أي تحايل أو اتفاق جانبي بين المتنافسين لرفع الأسعار أو ابتعاد أحد المنافسين لحساب منافس آخر(٣).

(١) د. حازم صلاح الدين، تعاقد جهة الإدارة عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص٢١٢.

(٢) المادة (٥٤/ ٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

(٣) د. عبد الغني بسيوني، النظرية العامة في القانون الإداري، مرجع سابق، ص٥٤٤.

ومما لا شك فيه أنه يمكن تحقيق مبدأ الشفافية والسرية في إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية، وذلك من خلال الوسائل والآليات الإلكترونية الحديثة، والتي تضمن تحقيق هذه المبادئ وتمنع حدوث أي نوع من التواطؤ أو الغش أو الرشوة سواء فيما بين المتنافسين، أو بين أحد المتنافسين وجهة الإدارة، وبما يحقق المصلحة العامة والمساواة بين الجميع، وإلا اختل التوازن واضطرب حبل المزايدة، الذي يقوم على المساواة وتكافؤ الفرص، مما يجعل المزايدة تخرج عن الهدف الذي تقررت من أجله، ويفوت الغرض من عقدها.

وبالنظر للنظام القديم نجد أن المادة الأولى منه قد أكدت على تحقيق الشفافية في جميع مراحل إجراءات المنافسات والمشتريات الحكومية.

وبالتالي نجد أن النظام الجديد أكثر دقة من النظام القديم، وذلك أيضاً يرجع لحداثة الموضوع، وقَصره فقط على الحديث عنه بهذه الصورة بالمملكة العربية السعودية، وهذا ما تبين من خلال الشرح، وبعد الاطلاع على المراجع ذات الصلة بالموضوع.

الفرع الرابع: مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص في المزايدة العكسية الإلكترونية:

يقصد بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص: إيجاد نفس الفرصة لكل من يتقدم للتعاقد مع الإدارة دون تمييز بين شخص وآخر، بحيث لا يُعفى بعض المتنافسين من شروط معينة دون الآخرين، أو تُطلب إجراءات إضافية من بعض المتعاقدين دون الآخرين، بل يجب أن تكون جهة

الإدارة في موقف محايدٍ من الجميع؛ مما يحقق المساواة وتكافؤ الفرص بينهم(١).

ومبدأ المساواة وتكافؤ الفرص يعد من المبادئ الرئيسية التي يجب توافرها في إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية وغيرها من الإجراءات النظامية الأخرى التي تبرم من خلالها جهة الإدارة عقودها الإدارية، وقد نص نظام المنافسات والمشتريات السعودي على أنه: «يُعطى جميع الأشخاص الراغبين في التعامل مع الجهة الحكومية ممن تتوافر فيهم الشروط التي تؤهلهم لهذا التعامل فرصاً متساوية ويعاملون على قدم المساواة»(٢).

وعلى هذا لا يجوز لجهة الإدارة أن تخلق نوعاً من التمييز بين المتنافسين في المزايدة الإلكترونية، بأن تمنح بعض المتقدمين امتيازات معينة دون البعض الآخر، أو أن تضع عقبات أمام بعض المنافسين، سواء عقبات مادية أو معنوية فيجب أن يكون جميع المتنافسين سواء لا تميُّز لأحدهم على الآخر. ولهذا نصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على أن: «تتاح لجميع المتنافسين فرص متساوية ومتواصلة لتقديم أسعارهم، أو عروضهم»(٣).

(١) د. حمدي القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، مرجع سابق، ص٦٦٧.

(٢) المادة (٤) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

(٣) المادة (٥٦/ ٢) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

وعلى هذا يلزم تطبيق مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين كافة المتنافسين في المزايدة العكسية الإلكترونية، حتى لا يحدث ظلم لأحد المتنافسين على حساب طرف آخر، كما أن تحقيق هذه المبادئ هو ما يُمكِّن الإدارة من الوصول إلى أفضل العروض من الناحية المالية والفنية، خاصة وأن هذا هو الهدف الرئيس الذي ينبغي لجهة الإدارة السعي إليها دائماً.

وبالنظر للنظام القديم نجد أنه لم يتطرق في أي من مواده للحديث عن هذا الموضوع.

المطلب الثاني: الاشتراطات النظامية لإجراء المزايدة العكسية الإلكترونية:

كذلك؛ فإن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية قد نصا على عدد من الاشتراطات النظامية التي يجب تجهيزها حتى يتسنى للجهات الإدارية بالمملكة تطبيق هذا الإجراء.

فلتطبيق إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية يلزم توافر الأدوات الإلكترونية، من وجود الحاسب الآلي، وكذلك يلزم توافر شبكة الإنترنت، والمواقع الخاصة بالجهات الحكومية، والبريد الإلكتروني، على النحو السابق تفصيله.

وإذا كان من اللازم توافر هذه الأدوات والوسائل للقيام بعملية المزايدة العكسية الإلكترونية من الناحية الواقعية، إلا أنه يلزم كذلك

توافر بعض الاشتراطات النظامية لإجرائها، حتى يكون لجهة الإدارة الحق في اللجوء إلى هذا الإجراء في إبرام عقودها الإدارية.

وفيما يلي نتناول بالتوضيح الاشتراطات النظامية لإجراء المزايدة العكسية الإلكترونية وفقاً لما نص عليه نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد ولائحته التنفيذية على النحو التالي:

١ - تحديد مواصفات السلع المراد شرائها:

يجب على الجهة الإدارية قبل البدء في إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية أن تقوم بتحديد مواصفات السلع المراد شرائها، فتبدأ بالإعلان عن مقدار وكمية تلك السلع، والجودة المطلوبة فيها بشكل مفصل وواضح، وقد نص نظام المنافسات والمشتريات على ذلك، إذ أوجب على الجهة الحكومية إذا استخدمت المزايدة العكسية الإلكترونية وفقاً لما توضحه اللائحة مراعاة الآتي: «أن تعد الجهة الحكومية مواصفات فنية مفصلة»[١].

فيجب على جهة الإدارة التي ترغب في اللجوء إلى نظام المزايدة الإلكترونية العكسية أن تقوم بتحديد المواصفات الفنية التي تلزم في السلع التي ترغب في الحصول عليها، وفائدة تحديد تلك المواصفات مسبقاً تظهر عند البدء في توريد تلك السلع إلى الجهات الإدارية، حيث يكون المورد في تلك الحالة ملزمًا بتوريد السلع، وفقاً للمواصفات التي أعلنت عنها جهة الإدارة مسبقاً، وكذا حتى يكون

(١) المادة (٣٤/ ١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

المرشح للدخول في المنافسة على علم بكافة التفاصيل التي يلزم توافرها في السلع محل المزايدة، حتى يقرر ما إذا كان يقدر على توفير السلع بتلك المواصفات أم لا، قبل الدخول في عملية المزايدة.

٢- أن تقتصر على المزايدة على السلع الجاهزة فقط:

لقد اشترطت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات أن تقتصر عملية إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية على السلع الجاهزة فقط والمتوافرة في الأسواق(١).

وبالتالي، لا يجوز لجهة الإدارة اللجوء إلى إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية من أجل الحصول على المواد الأولية أو السلع غير الجاهزة، وكذلك لا يجوز لجهة الإدارة اللجوء إلى إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية من أجل الحصول الخدمات، كخدمات النقل أو الإنشاء أو التطوير، وغيرها من الخدمات الأخرى.

٣- ألاَّ تزيد قيمة المزايدة عن خمسة ملايين ريال سعودي:

لقد وضعت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد حدًا أقصى لقيمة السلع التي تجرى عليها المزايدة الإلكترونية، وذلك بمبلغ خمسة ملايين ريال سعودي(٢).

(١) المادة (٥٤/ ١) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

(٢) المادة (٥٤/ ٢) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

٤- تحديد مدة زمنية لبداية المزايدة العكسية الإلكترونية ونهايتها:

لقد اشترط نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد بالمملكة العربية السعودية أن يُحدد تاريخ لبداية المزايدة ونهايتها(١).

كذلك نصت اللائحة على إمكانية تمديد الجولات في حالات تساوي أكثر من عرض، وكذلك إذا ما رأت الجهة الإدارية عدم مناسبة الأسعار(٢).

وعلى هذا؛ فيجب على الجهة الإدارية أن تقوم مسبقاً بتحديد تاريخ ووقت بداية المزايدة العكسية الإلكترونية ونهايتها؛ لضمان التنافس بين كافة المرشحين، ويكون للجهة الإدارية وفقاً لما نصت عليه اللائحة لنظام المنافسات والمشتريات تمديد فترة المزايدة عن المدة والتاريخ المحدد سلفاً، وذلك في حالة تساوي العروض أو عدم مناسبة الأسعار المقدمة من المرشحين.

٥- إجراء المزايدة من خلال البوابة الإلكترونية:

لقد اشترط نظام المنافسات والمشتريات الجديد أن يتم إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية من خلال البوابة الإلكترونية، حيث يبدأ استقبال العروض وترتيبها من خلال البوابة، ويقوم المرشح بتقديم

(١) المادة (٥٤/ ٦) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

(٢) المادة (٥٤/ ٦) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

عرضه من خلال هذا الموقع، وإرسال البيانات والمعلومات اللازمة عبر هذه البوابة[١].

ولا شك أن القيام بكافة إجراءات المزايدة الإلكترونية من خلال البوابة الإلكترونية يضمن تحقيق المساواة والعدالة، وتكافؤ الفرص بين جميع المتنافسين[٢].

وبهذا يجب أن يكون استقبال العروض وترتيبها بشكل آلي عبر نظام إلكتروني متكامل، يكون مطابقاً لمعايير الأمن والحماية بما يضمن سلامة إجراءات التعاقد بما يضمن أقصى درجات الشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص[٣].

٦- ألا يقل عدد المتنافسين في المزايدة العكسية الإلكترونية عن ثلاثة متنافسين:

لقد اشترطت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد ألا يقل عدد المتنافسين عن ثلاثة مرشحين، حيث نصت على أنه يجب: «ألا يقل عدد المتنافسين في المزايدة العكسية

(١) المادة (٣٤/ ٣) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.
(٢) د. حمدي القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، مرجع سابق، ص٦٦٨ وما بعدها.
(٣) المادة (٥٤/ ٤، ٣) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

الإلكترونية عن ثلاثة متنافسين، وتُلغى المنافسة إذا انسحب عدد من المتنافسين ولم يتبق إلا اثنان منهم فأقل»[1].

والعلّة في النص على هذا الشرط ضمان وجود منافسة حقيقية بين أكبر عدد من الأفراد، للحصول أفضل العروض من حيث الجودة وأقلها سعراً، لهذا يجب ألا يقل عدد المتنافسين عن ثلاثة، وفي حالة ما إذا قل العدد عن ثلاثة فإنه يتعين على جهة الإدارة في هذه الحالة إلغاء المزايدة وعدم الاستمرار في إجرائها.

٧- وجوب تقديم ضمان مالي:

لقد نصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الجديد على قيد يجب توافره أيضاً للقيام بإجراء المزايدة العكسية الإلكترونية، ويتمثل هذا القيد في وجوب تقديم ضمان مالي من كافة المتنافسين، حيث نصت اللائحة على: «أن يقدم الراغبون في دخول المزايدة العكسية ضماناً ابتدائياً وفقاً لما تنص عليه شروط المزايدة، وذلك عند تقديم عروضهم الأولية»[2].

وتقديم الضمان المالي لتحقيق المنافسة الحقيقة وضمان جدية المنافسين المتقدمين للمزايدة، حيث إن جهة الإدارة التي أعلنت عن

(١) المادة (٥٤/ ٧) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

(٢) المادة (٥٤/ ٨) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

إجراء المزايدة لا تعلم من هي الشركات التي ستتقدم للمشاركة في المزايدة، كما أن جهة الإدارة لا يكون لديها دراية بقدرة الشركات الفنية والمالية لذا تلجأ إلى المطالبة بتقديم تأمينات أولية لضمان جدية المشاركة في المزايدة[1].

المطلب الثالث: مراحل إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية:

علمنا أن إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية يلزمها عدد من الآليات والوسائل الفنية، بالإضافة لوجوب بعض الاشتراطات النظامية التي سبق الحديث عنها حتى يتسنى للجهة الإدارية تطبيق هذا الإجراء في إبرام عقودها الإدارية، وفي جميع الأحوال فإنه يجب تطبيق عدد من المبادئ العامة التي تحكم إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية لتتحقق من خلال هذا الإجراء المصلحة العامة والمتمثلة في الوصول إلى أفضل العروض من الناحية الفنية والمالية.

فإذا توافرت الوسائل الفنية اللازمة لهذا الإجراء والاشتراطات النظامية، فإن القيام بهذا الإجراء يكون من خلال عدد من المراحل حتى ينتهي التعاقد مع الجهة الإدارية من خلال هذا الأسلوب -المزايدة العكسية الإلكترونية.

(١) د. نافع تكليف مجيد، الإعلان عن المناقصة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول -السنة السابعة-، ٢٠١٥م، العراق، ص٣٢٠.

وفيما يلي نتناول بيان مراحل إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية، وذلك من خلال أربعة فروع من هذا المطلب:

الفرع الأول: الإعلان الإلكتروني عن المزايدة:

يعد الإعلان عن المزايدة العكسية الإلكترونية أولى مراحل هذا الإجراء، فمن خلاله تكون الجهة الإدارية قد أعلنت عن رغبتها لإبرام العقد، كما توضح الإدارة من خلاله المواصفات الفنية المطلوب توافرها في السلع التي تجرى المزايدة عليها، كما توضح من خلال الإعلان الشروط التي يجب توافرها في المتنافسين، وغير ذلك من المسائل الأخرى التي يجب أن يكون المتنافسين على علم بحقيقتها وأمرها. وقد نصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على أنه: «١- يُعلن عن المزايدة العكسية الإلكترونية في البوابة والموقع الإلكتروني للجهة الحكومية. ٢- يجب أن يتضمن الإعلان الشروط والمواصفات الفنية والموعد النهائي لتسجيل الراغبين في الاشتراك في المزايدة العكسية الإلكترونية؛ على ألا تقل المدة من تاريخ الإعلان حتى موعد تسجيل طلبات الاشتراك عن خمسة عشر يوماً»[(١)].

فأهمية الإعلان في مجال المزايدة تبرز من جهة أنه من خلاله يحصل إعلام كافة الأفراد رغبة جهة الإدارة في التعاقد؛ لأن بعض الراغبين في التعاقد قد لا يعلمون بحاجة الإدارة إلى ذلك، بالإضافة إلى أن الإعلان

(١) المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

يحول بين الإدارة وبين قصر عقودها على طائفة معينة من الأشخاص بحجة أنهم وحدهم الذين تقدموا للمزايدة[١].

وعلى هذا؛ فإن جهة الإدارة تكون ملزمة بالإعلان عن المزايدة الإلكترونية العكسية من خلال البوابة الإلكترونية، ويجب أن يتضمن الإعلان تاريخ بداية المزايدة ونهايتها والشروط والمواصفات المطلوبة في السلع محل المزايدة، وكل المعلومات والبيانات والشروط الأخرى[٢].

مما يوفر مزيداً من العلانية، ويوجه الدعوة بشأن المزايدة لعدد يكاد لا يقع تحت حصر، ليس فقط في الدولة المعلنة وإنما في مختلف دول العالم، من خلال الإنترنت الذي غزا مختلف بقاع الأرض[٣].

الفرع الثاني: مرحلة تقديم العروض:

المرحلة الثانية من مراحل إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية هي مرحلة تقديم العروض من قبل المرشحين، وتقوم الإدارة بتحديد الوقت الذي يمكن للمرشحين فيه تقديم عروضهم، بحيث لا يُقبل

(١) د. نافع تكليف مجيد، الإعلان عن المناقصة، مرجع سابق، ص٣٢٣.
(٢) د. فيصل عبد الحافظ الشوابكة، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص٣٥٠.
(٣) د. عاطف شوقي، د. محمد إبراهيم، العقد الإداري الإلكتروني في القانون السعودي، مرجع سابق، ص٧٥٤.

أي عرض بعد انتهاء المدة المقررة، إلا في حالة قيام الإدارة بتمديد فترة التقديم[١].

وقد نص نظام المنافسات والمشتريات الجديد على أن تُقدم العروض من خلال البوابة الإلكترونية الموحدة، بما يضمن سلامة الإجراءات والشفافية ويحقق حرية التنافس[٢].

وتقديم العروض في المزايدة العكسية الإلكترونية يبدأ بإرسال المرشحين توقيعاتهم الإلكترونية مع المفتاح العام لكل توقيع إلكتروني، ويقدم العرض على البوابة الإلكترونية المعدة لذلك، وتُرتب العروض وفقاً للثمن المقدم في كل عرض، ويكون من حق كل مرشح التعرف على ترتيب عرضه والاطلاع على العروض المقدمة دون معرفة هوية مقدمها حتى انتهاء مدة تقديم العروض[٣].

(١) د. عاصم بن سعود السياط، آلية إبرام العقود الإدارية والأسباب المؤدية إلى بطلانها، مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، مجلد (٢٠)، عدد (٥٩)، ٢٠١٦م، مصر، ص٣١٠.

(٢) المادة (٥٤/ ٣) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

(٣) د. فيصل عبد الحافظ الشوابكة، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص٣٥٠.

وقد أكدت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على ذلك حيث نص على أن: «يُطلع المتنافس على ترتيب سعره وعلى أسعار بقية المتنافسين دون الكشف عن هوياتهم»[(١)].

وتعد مرحلة تقديم العروض من الراغبين في التعاقد من أكثر مراحل إجراءات المزايدة دقة وحساسية، لهذا ينبغي أن تحاط بالسرية التامة؛ حتى لا تفقد المزايدة الغرض والهدف من إجرائها وتحمل أعبائها وطول إجراءاتها[(٢)].

الفرع الثالث: مرحلة التشفير:

بعد الانتهاء من مرحلة تقديم العروض، تبدأ مرحلة التشفير، وهي مرحلة لا تقل أهمية عن مرحلة تقديم العروض، ويعرف التشفير بأنه: تحويل البيانات المعالجة إلكترونياً إلى رموز لعدم تمكين الغير من انتهاك سريتها، ويعتمد التشفير على تغيير محتوى الرسالة الإلكترونية، وذلك باستخدام أسلوب وبرنامج محدد يسمى مفتاح التشفير، وذلك قبل إرسال الرسالة، وذلك قبل صورتها الأصلية قبل التشفير[(٣)].

(١) المادة (٥٤/ ٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

(٢) د. عاطف شوقي، د. محمد إبراهيم، العقد الإداري الإلكتروني في القانون السعودي، مرجع سابق، ص٧٥٤.

(٣) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، مرجع سابق، ص٧٥.

وتظهر أهمية مرحلة التشفير في إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية، حيث تُخفى خلالها هوية المتنافسين، بحيث لا يستطيع المتنافس الآخر معرفة مقدم العرض، وتتخذ الإدارة من الإجراءات ما يحول دون السماح لأي أحد من الاطلاع على هوية مقدمي العروض حتى موظفي الجهة الإدارية وذلك حتى حلول التاريخ الخاص بفض سرية العروض ومقدميها، وذلك حتى لا يُتلاعب بالمزايدة والفوز بها بطرق غير مشروعة[1].

وبذلك يكون المتاح فقط للمتنافسين رؤية العروض المقدمة منهم ومن غيرهم وترتيب تلك العروض دون معرفة هوية مقدمي تلك العروض، وذلك حتى تتحقق الشفافية والسرية ويمنع بشكل نهائي التلاعب في أي من بيانات المنافسين أو عروضهم، أو الكشف عن الهوية الحقيقية لهم بما يسمح بالتواطؤ والغش ويجعل المزايدة لا تحقق الهدف المرجو منها وهو التوصل إلى أفضل العروض فنياً وأقلها من حيث السعر.

الفرع الرابع: مرحلة البت في العروض:

بعد انتهاء مرحلة تقديم العروض خلال الفترة المحددة سلفاً من قبل الجهة الإدارية، والتي أوجب النظام تحديدها منذ البداية، إذ نصت اللائحة التنفيذية على: «أن يُحدد وقت بداية ونهاية المزايدة

(١) د. عاطف شوقي، د. محمد إبراهيم، العقد الإداري الإلكتروني في القانون السعودي، مرجع سابق، ص٧٥٥.

العكسية، وإمكانية تمديد الجولات في حال تساوي أكثر من عرض، وكذلك إذا ما رأت الجهة عدم مناسبة الأسعار»[1].

هذا وقد استوجب النظام تكوين لجنة أو أكثر لفحص العروض لدى الجهة الحكومية، وتقدم توصياتها في الترسية على أفضل العروض وفقاً لأحكام النظام واللائحة التنفيذية[2].

هذا؛ وقد حددت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات قواعد الترسية والبت في العروض، إذ نصت على أنه: «تستند معايير الترسية في المزايدة العكسية الإلكترونية إلى السعر، ويكون العرض الفائز هو أقل العروض سعراً»[3].

فالمادة السابقة قد وضحت بشكل صريح أن البت في العرض المقدم يقوم من حيث الأساس باختيار أقل العروض المقدمة من حيث السعر، والمطابق للشروط والمواصفات المعلن عنها من قبل الجهة، حيث يصبح هذا العرض هو العرض الفائز بالمزايدة العكسية الإلكترونية.

وفي هذه الحالة تقوم الجهة الإدارية بالإعلان عن اسم صاحب العرض الفائز ومضمون عرضه، وبعض البيانات الأخرى، ويُخطر

(١) المادة (٥٤/ ٦) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.
(٢) المادة (٥٧/ ١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.
(٣) المادة (٥٦/ ١) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

بقية المتنافسين بذلك وفق ما نصت عليه المادة (٨٥) بقولها: «١- تعلن الجهة الحكومية عن العرض الفائز في المنافسة في البوابة وتبلغ صاحبه بذلك، ويتضمن الإعلان المعلومات الآتية بحد أدنى: أ) صاحب العرض الفائز. ب) معلومات عن المشروع. ج) القيمة الإجمالية للمشروع. د) مدة تنفيذ العقد ومكانه.

٢- يُبلغ المتنافسون الآخرون بنتائج المنافسة، وأسباب استبعادهم بما في ذلك الدرجات الفنية لعروضهم.

٣- تنشر البوابة نتائج وبيانات المنافسات والمشتريات التي تزيد قيمتها على (مائة ألف) ريال، وذلك خلال (ثلاثين) يوماً من التعاقد بحد أقصى، على أن تنشر معلومات كل عقدٍ على حدة، وأن تشمل تلك المعلومات ما يلي: أ) اسم المتعاقد وعنوانه ونوع العقد. ب) مدة العقد وقيمته ومكان تنفيذ. ج) تاريخ تسليم الموقع، وتاريخ استلام الأعمال.

٤- تستثنى من الإعلان والنشر مشتريات الأسلحة والذخائر والمعدات العسكرية ولوازمها وتلك المتعلقة بالأمن الوطني»[1].

ويعد الإيجاب المقدم من طرف المرشح الفائز بمثابة الإيجاب الإلكتروني، الذي يجب أن يتطابق مع القبول الذي يكون من خلال

(١) المادة (٨٥/ ٤، ٣، ٢، ١) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

السلطة الإدارية المختصة بإبرام العقد الإداري، وإخطار المتعاقد معها من خلال الوسيط الإلكتروني «البريد الإلكتروني للشخص»[1].

(١) د. قيدار عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد (١٠)، عدد (٣٧)، ٢٠٠٨م، ص١٧٠.

المبحث الثالث
ضمانات وقدرة المتقدم للقيام بالعمل والعقوبات المترتبة على انسحاب المتقدم من المزايدة بعد رسوها

تمهيد وتقسيم:

أما هذا المبحث فتناقش فيه الضمانات والقدرة الخاصة بالمتقدم من أجل القيام بالعمل، ومن ثم توضيح العقوبات التي تترتب على انسحاب الشخص المتقدم للمزايدة، وذلك بعد أن رست عليه، حيث فالمطلب الأول بفرعيه هو حول توضيح الضمانات وقدرة المتقدم، أما الثاني فهو ما سيوضح العقوبات التي تفرض على من ينسحب من المزايدة بعد رسوها عليه.

المطلب الأول: ضمانات كفاءة المقدم بالمزايدة وقدرته على القيام بالعمل الذي تقدم للمزايدة فيه:

يعد النظام المتبع في تحليلينا لموضوع المزايدة والضمانات للمتقدم بالمزايدة أو المنافسة كما تعرف هو نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، فهو القائم على تنظيم سير أعمال المزايدات والمنافسات والمشتريات الحكومية في السعودية، وهو أساس العقود التي تبرمها الجهات الحكومية.

الفرع الأول: ضمانات كفاءة المتقدم للمزايدة:

إن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد يؤكد على فكرة النزاهة والمساواة والمنافسة، وضمان المعاملة العادلة مع كل المتنافسين في المزيدات أو المنافسات كما تسمى، وهذا كله لأجل تحقيق تكافؤ الفرص، وينظم أيضاً كل الأعمال المتعلقة بالمشتريات وفقاً للإجراءات، وتجنب الاستغلال والانحياز لتأثيرات المصلحة الشخصية فيها؛ لضمان صون المال العام، ويتحقق بصورة أفضل عند التعاقد على الأعمال والمشتريات وتنفيذها، بأسعار تنافسية عالية، وضمان الشفافية في كل الإجراءات أثناء سيرها، كما أن نظام المشتريات الحكومية الجديد يعد المساعد والمطور في تحقيق مستهدفات رؤية وزارة المالية.

ومن أهم الإجراءات والسياسات الجديدة في النظام والمستحدثة هي التخطيط المسبق لأعمال ومشتريات الجهة الحكومية، كما لا يترتب عليها في نشر خطط أعمالها ومشترياتها أي التزامات[1]، بالإضافة لإنشاء بوابة إلكترونية موحدة ومعلن عنها للجميع تُطرح جميع المنافسات والمشتريات الحكومية من خلالها.

(١) خالد العمودي، تقرير/ نظام المنافسات والمشتريات الجديد يعزز النزاهة والمنافسة ويحقق التنمية، ١٧ يوليو ٢٠١٩م، الاطلاع بتاريخ ٢٥ نوفمبر ٢٠٢٢م، متاح على: https://spa.gov.sa

ومثال ذلك: المزايدة العكسية الإلكترونية، والمنافسة على مرحلتين، والاتفاقيات الإطارية، والمسابقة وتوطين الصناعة، ولكن ما يهمنا هنا وهو محور دراستنا ألا وهو **موضوع المزايدة والمنافسة**.

أولاً: الشروط الواجب توافرها في المتقدم للمزايدة:

نجد أن المنظم السعودي وضع شروطاً وضوابط وإجراءات خاصة تطبق على جميع المتنافسين، بحيث تكون الدعوة للمزايدة العكسية الإلكترونية عن طريق الإعلان في البوابة، وهي ما تعرف بمنصة (اعتماد) التابعة لوزارة المالية، مع تحديد رحلة المزايدة بدايتها ونهايتها، وذلك لضمان الشفافية في التعامل مع جميع الموردين أو المتعهدين.

شروط ضمان كفاءة الشخص المقدم بالمزايدة:

ونذكر منها الآتي:

(١) أن يكون هذا الشخص له الأهلية للتعاقد، أي يكون كامل الأهلية وفقاً للقاعدة العامة، فلو كان الشخص المزايد تنقصه الأهلية فيجوز تمثيل نائبه القانوني عنه.

(٢) كما يحق للمزايد إعلان تعيين وكيل ينوب عنه بموجب توكيل يذكر فيه وكالته عن الشخص الذي يرغب في المزايدة، وألا يكون هذا الشخص ممنوعًا من المشاركة من قبل النظام[١].

(١) دحو أحمد، إجراءات بيع المنقول والعقار بالمزاد العلني، رسالة ماجستير، (جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم: كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٦م)، ص ١١١.

الشروط الواجبة في كل من المتنافسين لعروض المشتريات الحكومية:

(١) الترخيص النظامي أو السجل التجاري في مجال الأعمال المقدم لها.

(٢) أن يقدم شهادة تحقيق النسبة النظامية حول توطين الوظائف.

(٣) أن يقدم شهادة الانتساب التي تعني بالغرفة التجارية.

(٤) أن يقدم شهادة التصنيف بمجال الأعمال المتقدم لها، وإن كانت قيمة تلك العرض مما يشترط له التصنيف تبعاً للأحكام الواردة بنظام تصنيف المقاولين.

(٥) أن تكون جميع الوثائق والتراخيص سارية المفعول.

(٦) أن يقدم رخصة الاستثمار التجاري.

(٧) أن يقدم شهادة صادرة من المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بالتسجيل للمنشأة بالمؤسسة وتسديد كافة الحقوق التأمينية[١].

وهذا ما أوضحته الفقرة (١) من المادة (١٣) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية[٢].

(١) المادة (١٣/ ١/ ج) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

(٢) المادة (١٣/ ١) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

شروط التعاقد بالمزايدة العكسية الإلكترونية:

لقد حددت المادتان (٥٤/ ٥٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المشتريات الحكومية الشروط الخاصة بالتعاقد بأسلوب المزايدة العكسية، ومع مراعاة ما جاء في المادة (٣٤) من النظام فإن الجهة الحكومية تلجأ لاستعمال أسلوب المزايدة العكسية لشراء السلع المتوفرة لدى أكثر من مورد أو متعهد أو مقدم خدمة. وهنا لا بد من اتباع عدد من الشروط وهي[١]:

(١) أن تقتصر المزايدة على السلع الجاهزة الموجودة بالسوق، بأن تكون السلع لها سوق تنافسية مقدم خدمة فعالة، ومتوافرة لدى أكثر من مورد، أو متعهد، أو سوق تنافسية مقدم خدمة.

(٢) ألا تتجاوز تكلفة المنافسة في المزايدة العكسية عن خمس ملايين ريال.

(٣) أن تنفذ المزايدة عن طريق المزايدة البوابة الإلكترونية؛ لضمان سلامة الإجراءات المتبعة والشفافية وبالتالي يحقق حرية التنافس.

(٤) وجود قدر من المساواة والعدالة خلال إجراءات المزايدة العكسية الإلكترونية وضمان تكافؤ الفرص بين المنافسين.

---

(١) المادتان (٥٤/ ٥٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

(٥) معرفة المنافس سعره وأسعار غيره من بقية المتنافسين معه في السوق دون إعلان هويتهم.

(٦) أن يحدد وقت بداية ونهاية المزايدة العكسية، وإمكانية تمديد الجولات في حال تساوي أكثر من عرض، وكذلك إذا ما رأت الجهة عدم مناسبة الأسعار، وعليه فإن بدء الإعلان عن المزايدة العكسية الإلكترونية البوابة والموقع الإلكتروني للجهة الحكومية، تحديد وقت البداية والنهاية، وفي حال تساوت الأسعار المقدمة من الموردين أو المتعهدين أو المقاولين، أو كانت غير مناسبة؛ فإنه يحق لجهة الإدارة تمديد عدد الجولات غير مناسبة، فإنه يحق لجهة الإدارة تمديد عدد الجولات.

(٧) ألا يقل عدد المتنافسين في المزايدة العكسية الإلكترونية عن ثلاثة متنافسين كحد أدنى، وإذا انسحب عدد من المتنافسين، ولم يتبق إلا اثنان فأقل؛ تلغى المنافسة، ولم يشترط المنظم حداً أقصى للمشاركين؛ لذا يمكن مشاركة عدد غير محدود، ويتضح أن الحد الأدنى لعدد المتنافسين في المزايدة العكسية الإلكترونية هو ثلاثة، وتلغى المزايدة العكسية إذا انسحب عدد من المتنافسين، ولم يتبق إلا اثنان فأقل، ولم ينص المنظم على العدد الأقصى للمشاركة في المزايدة العكسية الإلكترونية، وبالتالي يكون العدد الأقصى غير محدود من المتنافسين.

(٨) وجوب تقديم ضمان ابتدائي فيقدم الراغبون في دخول المزايدة العكسية ضماناً ابتدائياً لما تنص عليه شروط المزايدة عند تقديم

عروضهم الأولية، والمنظم السعودي عندما طلب من المتنافس الذي يرغب في المشاركة تقديم ضمان ابتدائي يهدف من ذلك لضمان جدية المتنافس في الالتزام بالعرض المقدم منه.

(٩) قيام الجهة بفحص وتدقيق العروض المتعلقة بالمزايدة وهل تكون مطابقة للشروط والأوصاف الفنية المرغوب بها قبل الولوج للمزايدة.

لذلك لا بد من تضمين الشروط والمواصفات الفنية وموعد الانتهاء بالإعلان لتسجيل الراغبين بالاشتراك في المزايدات العكسية الإلكترونية، والمدة المحددة من وقت بدء الإعلان حتى موعد تسجيل طلبات الاشتراك لا تقل عن خمسة عشر يوماً.

لقد أوضح نظام المنافسات والمشتريات الحكومية معايير إرساء المزايدة العكسية الإلكترونية على السعر لتقديم عروض مخفضة تعاقبياً خلال مدة محددة، بغرض اختيار أقل العروض سعراً وتستخدم الجهات الحكومية أسلوب المزايدة العكسية لشراء الإلكترونية لشراء السلع المتوفرة لدى أكثر من مورد أو متعهد أو مقدم الخدمة، وذلك وفقاً للشروط والضوابط المحددة في النظام ولائحته التنفيذية ومنها على سبيل المثال لا الحصر ألا تتجاوز تكلفة المزايدة (خمسة ملايين) ريال، وأن تقتصر المزايدة على السلع الجاهزة المتوفرة في السوق، وألا يقل عدد المتنافسين عن ثلاثة، وأن يقدم الراغبون في دخول المزايدة ضماناً ابتدائياً وفقاً لما تنص عليه شروط المزايدة وتستند معايير الترسية

في المزايدة العكسية الإلكترونية إلى السعر، ويكون العرض الفائز هو أقل العروض سعراً وتتاح الفرص بالتساوي أمام كل المتنافسين لتوضيح وتقديم أي منها للأسعار والعروض الخاصة به. كما أنه في حال وجود تعطل بالنظام الإلكتروني القائم من خلاله المزايدة هنا في هذه الحالة يجب توقف المزايدة على الفور، وإمكانية البدء من جديد واستئنافها في خلال الساعات الرسمية للدوام باليوم المحدد بالمزايدة ويمكن إلغاء المزايدة في حال تعذر تطبيق ذلك[1].

ضوابط التعاقد بالمزايدة العكسية:

أوضح نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ضوابط التعاقد بالمزايدة العكسية:

فقد نصت المادة (٣٤) على أنه[2] «لجهة الحكومية استخدام أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية وفقاً لما توضحه اللائحة، مع مراعاة الآتي:

١/ أن تعد الجهة الحكومية مواصفات فنية مفصلة، فيجب على الجهة الحكومية أن تقوم بإعداد جميع المواصفات الفنية والقيمية بشكل مفصل للسلع المطلوبة في المزايدة العكسية الإلكترونية.

٢/ أن يكون هناك سوق تنافسية تكفل التنافس الفعال. فتقوم تلك الجهة الإدارية بتحديد المواصفات الفنية التي يلزم توافرها في

(١) المادة (٥٦) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.
(٢) المادة (٣٤) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

السلع التي ترغب في الحصول عليها، وفائدة تحديد تلك المواصفات مسبقاً تظهر عند البدء في توريد تلك السلع إلى الجهات الإدارية حيث يكون المورد في تلك الحالة ملزم بتوريد السلع وفقاً للمواصفات التي أعلنت عنها جهة الإدارة مسبقاً، وكذا حتى يكون المرشح للدخول في المنافسة على علم بكافة التفاصيل التي يلزم توافرها في السلع محل المزايدة ليقرر ما إذا كان يقدر على توفير السلع بتلك المواصفات أم لا قبل الدخول في عملية المزايدة.

٣/ أن تستقبل العروض عن طريق البوابة وترتبها بشكل آلي. فالعروض الواردة لجهة الإدارة من الموردين أو المتعهدين أو المقاولين لابد أن تستقبل عن طريق البوابة الإلكترونية للمزايدة العكسية الإلكترونية وتكون جميع الإجراءات إلكترونية.

٤/ أن تحدد تاريخ بداية المزايدة ونهايتها. وبالتالي فإن البدء في المزايدة العكسية الإلكترونية يكون من الإعلان عنها في البوابة والموقع الإلكتروني للجهة الحكومية، مع اشتراط تحديد وقت البداية والنهاية، وفي حال تساوت الأسعار المقدمة من الموردين أو المتعهدين أو المقاولين، أو كانت غير مناسبة، فإنه يحق لجهة الإدارة تمديد عدد الجولات.

٥/ أن يزود المتنافسون بالمعلومات اللازمة وإرشادات استخدام البوابة».

كما أوضحت اللائحة التنفيذية من ذات النظام أن[1]: «يشكل رئيس الجهة الحكومية أو من يفوضه لجنة تتولى ما يلي:

١/ الإشراف على إجراء المزايدة العكسية.

٢/ إعداد محضر يتضمن الإجراءات وتوصياتها بالترسية على صاحب العرض الفائز وأن ترفعه إلى صاحب الصلاحية لاعتماد الترسية».

حيث بينت اللائحة التنفيذية أن رئيس الجهة الحكومية أو من يفوضه هو المسؤول عن الإشراف على إجراءات المزايدة العكسية وكذلك تجهيز محضر يثبت ويشتمل على إجراءات وتوصيات بالترسية على الشخص صاحب العرض الفائز، ورفعه لصاحب الصلاحية وهذا لاعتماد الترسية له.

ثانياً: أنواع خطابات الضمان المقدمة للمزايدة:

خطابات ضمان المزايدات والمناقصات هو الخطاب الذي يصدر في الغالب لصالح الوزارات والمصالح الحكومية والمؤسسات والشركات ضماناً لحقوقها في عقود المقاولة أو التوريد، وهي تنقسم للآتي:

(١) المادة (٥٧) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

١ - خطاب الضمان الابتدائي:

وهو الذي يرفقه المقاول بالعطاء المقدم منه في المناقصة أو المزايدة، ويمثل نسبة معينة من قيمته؛ لكي تطمئن الجهة طارحة المزايدة أو المناقصة إلى جدية العطاءات المقدمة وعدم تراجع مقدم العطاء إذا تغيرت الأسعار أو تبين له خطأ تقديره.

وسمي ضمانًا ابتدائياً أو مؤقتًا لأن الغرض منه ينتهي بعدم رسو المناقصة أو المزايدة على العميل مقدم العطاء، أو برسوها عليه وتوقيعه على عقده. ففي الحالتين يسترد المقاول خطاب الضمان، أما إذا تراجع عن توقيع العقد بعد أن رسا عليه كان للجهة المستفيدة طارحة المناقصة أو المزايدة أن تصادر قيمة الضمان الابتدائي.

قد نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على[1]: «أن يقدم الراغبون في دخول المزايدة العكسية ضماناً ابتدائياً وفقاً لما تنص عليه شروط المزايدة، عند تقديم عروضهم الأولية».

فأوجب النظام على كل من يرغب في دخول المزايدة ضماناً ابتدائياً، وفقاً لما تنص عليه شروط المزايدة عند تقديم عروضهم الأولية، وحسناً فعل المنظم السعودي عندما طلب من المتنافس الذي يرغب في المشاركة تقديم ضمان ابتدائي لكي يضمن جدية المتنافس في الالتزام بالعرض الذي قدمه إلى جهة الإدارة، وذلك أن كون المزاد إلكترونياً

(١) المادة (٥٤/ ٨) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

يضمن مشاركة عدد غير محدد من المشاركين من مختلف دول العالم؛ لأنه يمكن أن يكون هناك تلاعب في الأسعار من المتنافسين أثناء تقديمها، ثم إذا تمت الترسية انسحبوا من المزايدة، وتكون الخسارة على الجهة الإدارية من ناحية الجهد والوقت؛ لذا فإن الضمان المالي يضمن التزامهم بهذا العرض وإجبارهم على تقديم أسعار معقولة.

وقد نص النظام على أن[1]: «يقدم المتنافس مع عرضة ضماناً ابتدائياً بنسبة تتراوح من (١٪) إلى (٢٪) من قيمة العرض، ويستبعد العرض الذي لم يقدم معه الضمان».

وبالتالي لابد أن يقدم المتنافس مع عرضه الضمان الابتدائي وإلا تم استبعاده.

وحددت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الأحكام المتعلقة بالضمان الابتدائي[2]، وهي أنه لا يجوز قبول العرض المقدم بدون ضمان ابتدائي، وللجهة الحكومية قبول الضمان الناقص متى كانت نسبة النقص لا تتجاوز ١٠٪ من قيمة الضمان المطلوب، وفي هذه الحالة على لجنة فحص العروض قبل التوصية بالترسية على مقدم الضمان الناقص أن تطلب منه استكمال النقص في الضمان خلال مدة تحددها اللجنة لا تزيد عن (عشرة) أيام عمل، وإلا عُدَّ منسحباً ولا يعاد له الضمان الابتدائي.

(١) المادة (٤١/ ١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.
(٢) المادة (٧٠) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

ويقدم أصل خطاب الضمان الابتدائي مع العرض، على أن يكون ساري المفعول مدة لا تقل عن تسعين (٩٠) يوماً من التاريخ المحدد لفتح العروض. وفي حال كان الضمان ناقص المدة بما لا يتجاوز ثلاثين (٣٠) يوماً تعين على لجنة فحص العروض -قبل التوصية بالترسية على مقدم الضمان الناقص- أن تطلب منه استكمال النقص في الضمان خلال مدة تحددها.

ويحق للجهة الحكومية طلب تمديد الضمان الابتدائي لمن رست عليه الأعمال متى كان تاريخ انتهاء مدة سريانه قبل تقديم الضمان النهائي.

وترد الضمانات الابتدائية إلى أصحاب العروض التي لم ترسُ عليها بعد البت فيها، وكذلك في حالة إلغاء المنافسة أو بعد انتهاء الوقت المحدد لسريان العروض ما لم يبد صاحب العرض رغبته في الاستمرار في الارتباط بعرضة وفقاً لإحكام النظام واللائحة.

وبخلاف ما ورد آنفاً وفيما لم يرد فيه نص يقتضي مصادرة الضمان الابتدائي، ترد الضمانات الابتدائية لأصحابها، ويجوز للجهة بناء على تقديرها أو بطلب من أصحاب العروض الإفراج عن ضماناتهم الابتدائية قبل البت في الترسية، إذا تبين بعد فتح العروض وانكشاف الأسعار أن تلك العروض مرتفعة أو مخالفة للشروط والمواصفات بما يحول دون الترسية على أي منها.

وعلى الجهة الحكومية عند وجود أسباب مصادرة الضمان البنكي، العرض على لجنة فحص العروض أو لجنة فحص عروض الشراء المباشر بحسب الحال: لدراسة الحالة وتقديم توصية مسببة إلى صاحب الصلاحية في الترسية، مع الأخذ في الاعتبار الآثار المترتبة على المصادرة ومدة سريان الضمان، ويجوز للجهة طلب تمديد الضمان مدة معقولة إذا كانت إجراءات اتخاذ قرار المصادرة تتطلب ذلك.

وقد أوضحت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات أنه: «يجوز للجهة الحكومية قبول الضمان البنكي الصادر من البنك أجنبي بشرط أن يكون متعمداً من مؤسسة النقد العربي السعودي، وذلك في الحالات التي لا يتمكن فيها المتنافس من تقديم ضمان من بنك سعودي أو بواسطته في الأعمال والمشتريات التي تنفذ خارج المملكة».

وأخيراً؛ فإن تقديم المتنافسين للعروض يقترن به تقديم الضمان الابتدائي، لضمان جدية المتنافس في التزامه بالعرض المقدم منه، وتختلف قيمة الضمان باختلاف طبيعة المزايدة العكسية، فإذا كانت المزايدة بعروض مختومة - أي (المزايدة السرية) - فيكون قدره ٢٪، وإذا كانت المزايدة علنية فيكون قدر الضمان ٥٪.

(٢) خطاب الضمان النهائي:

وهذا الضمان يتعين أن يقدمه من يرسو عليه العطاء بغرض ضمان حسن تنفيذ الارتباطات المبرمة مع الجهات المستفيدة، وفق شروط عقد المقاولة أو التوريد. ويظل خطاب الضمان النهائي ساري المفعول

بكامل قيمته لحين انتهاء الغرض منه أو انتهاء مدته. فقد أوضح نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد الضمان النهائي وتظهر به مجموعة من النقاط، وهي[1]:

«١/ يجب على من تتم الترسية عليه تقديم ضمان نهائي بنسبة ٥٪ من قيمة العقد، وذلك خلال (خمسة عشر) يوم عمل من تاريخ إبلاغه بالترسية. ويجوز للجهة الحكومية تمديد هذه المدة لمدة مماثلة. وإن تأخر عن ذلك فلا يُعاد إليه الضمان الابتدائي، ويتم التفاوض مع العرض الذي يليه، وفقاً لأحكام النظام، ويجوز زيادة نسبة الضمان بعد موافقة الوزير».

وبالتالي لا بد على من رست المنافسة عليه تقديم الضمان النهائي والأخير بنسبة ٥٪ من قيمة العقد، وهذا في فترة زمنية خمسة عشر يوماً بدءاً من تاريخ إبلاغه بالترسية. وفي حال تأخره عن هذا لا يأخذ ضمانه الابتدائي ويكون التفاوض مع العرض التالي له وفقاً لأحكام النظام، وإمكانية زيادة نسبة الضمان بعد أخذ موافقة الوزير.

«٢/ يلتزم صاحب العرض -إذا كان من المنشآت الصغيرة والمتوسطة المحلية- بدفع غرامة مالية إلى الجهة الحكومية تساوي قيمة الضمان الابتدائي، وذلك إذا قام بسحب عرضه قبل انتهاء مدة سريان العروض، أو إذا لم يقدم الضمان النهائي في حال تمت الترسية عليه. وفي

(١) المادة (٦١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

حال مرور (ستين) يوماً من تاريخ سحب عرضه، أو من تاريخ انتهاء مهلة تقديم الضمان النهائي دون أن يقوم بدفع الغرامة المالية المقررة؛ يعاقب بمنعه من التعامل مع الجهات الحكومية لمدة سنة».

ويتضح من خلال ذلك التزام صاحب العرض في المنشآت الصغيرة والمتوسطة المحلية بدفع غرامة مالية للجهة الحكومية مساوية لقيمة الضمان الابتدائي، وهذا في حالة قيامه بسحب عرضه قبل نهاية وانقضاء مدة سريان العروض، وفي حال عدم تقديم الضمان النهائي عند إرساء العطاء له أو كانت الترسية عليه، وفي حال مضي ستين يوماً من تاريخ سحب عرضه أو من تاريخ انقضاء مهلة تقديم ضمان نهائي وعدم تقديم غرامة مالية مقررة، يعاقب بأن لا يتعامل مع الجهات الحكومية لمدة سنة.

«٣/ لا يلزم تقديم الضمان النهائي في الحالات الآتية:

أ- إذا كانت قيمة الأعمال والمشتريات لا تتجاوز (مائة ألف) ريال.

ب- التعاقد بين الجهات الحكومية.

ج- التعاقد مع مؤسسة أو جمعية أهلية أو كيان غير هادف إلى الربح.

د- التعاقد مع الشركات التي تملك الدولة فيها نسبة لا تقل عن ٥١٪ من رأس مالها.

هـ- إذا قام المتعاقد معه بتوريد جميع الأصناف التي رسا عليه توريدها، وقبلتها الجهة الحكومية نهائيًا خلال المدة المحددة لإيداع

الضمان النهائي، أو قام بتوريد جزء منها وقُبِل وكان ثمنه يكفي لتغطية قيمة الضمان النهائي، على ألا يصرف ما يغطي قيمة الضمان إلا بعد تنفيذ المتعاقد معه التزامه.

و- إذا كُلف المتعاقد بأعمال إضافية».

ويتضح مما سبق أنه يعفى المتعاقد من تقديم الضمان النهائي في حالات محددة وهي إذا كانت قيمة الأعمال والمشتريات لا تتجاوز مائة ألف ريال، وكذلك إذا كان التعاقد بين الجهات الحكومية، أو كان مع الشركات التي تملك الدولة فيها نسبة لا تقل عن ٥١٪.

«٤/ يجب الاحتفاظ بالضمان النهائي إلى أن يفي المتعاقد معه بالتزاماته ويستلم المشروع استلاماً نهائياً، وفقاً لأحكام العقد وشروطه».

الفرع الثاني: قدرة المتقدم على القيام بالعمل الذي تقدم للمزايدة فيه:

يعتبر نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد الصادر عام ١٤٤٠هـ تقدماً كبيراً في مسار تحول المملكة للحكومة الإلكترونية حيث بدأت الجهة الحكومية تتعامل مع الأفراد والمؤسسات والشركات المرخص لها بمزاولة الأعمال وفقاً للقواعد والإجراءات القائمة في نظام المزايدة والمنافسة، فقد كان النظام القديم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٨) وتاريخ ٩/ ٤/ ١٤٢٧هـ، مكوناً من (٨١) مادة وكانت من شروط ومبادئ النظام الأساسية تقديم العطاءات وفتح المظاريف وعدم تقديم ضمان أولي مع العروض وفحص العروض وصحتها

ومدة تنفيذها، وبالتالي سنتطرق هنا لمعرفة ضمان كفاءة المقدم للمزايدة[1].

إن كفاءة المتقدم للمزايدة على إنجاز العمل الذي تقدم له يلزم منه استيفاء الشروط المنصوص عليها في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الواردة في المواد (١٨، ١٩، ٢٠).

وقد نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه[2]: «يجب أن تتوافر في الأشخاص الذين تتعامل معهم الجهات الحكومية الشروط اللازمة لتنفيذ الأعمال وتأمين المشتريات وفقاً لما توضحه اللائحة».

وقرر النظام وجوب توافر شروط معينة في الأشخاص الذين تتعامل معهم الجهات الحكومية حتى يتسنى تنفيذ الأعمال وتأمين المشتريات المطلوبة، كما ألزم الجهة الحكومية بإجراء تأهيل مسبق أو لاحق في الأعمال والمشتريات، وعند إجراء تأهيل مسبق، تقتصر الدعوة للمشاركة في المنافسة على من اجتاز التأهيل المسبق فقط.

وقد أوضح ذلك نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أنه[3]: «يجب أن تكون معايير التأهيل المسبق أو اللاحق موضوعية وقابلة للقياس ومتعلقة بالقدرات الفنية والمالية والإدارية ومقدار الالتزامات

(١) يارا صلاح، نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد ١٤٤٢هـ، ٢٢يناير ٢٠٢١م، الاطلاع بتاريخ ٢٥ نوفمبر ٢٠٢٢م، متاح على: https://aleasimuh.com
(٢) المادة (١٨) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد.
(٣) المادة (٢٠) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد.

التعاقدية للمتنافسين، وبما يتناسب مع طبيعة المشروع أو العمل وحجمه وقيمته».

ويتضح مما سبق ضرورة تطبيق المعايير الخاصة بالتأهيل المسبق أو اللاحق موضوعية، وكذلك قابليته للقياس، ولا بد أ أيضاً من الكفاءة المالية والإدارية والتشغيلية والمتعلقة بالقدرات الفنية ومقدار الالتزامات المتنافسين التعاقدية، بما يكون متناسباً مع طبيعة المشروع أو العمل وبحجمه كذلك قيمته.

وبالتالي تحقيق أقصى قدر من الكفاءة الاقتصادية للحصول على المشتريات الحكومية وتنفيذ مشاريعها بأسعار عادلة ومنافسة، وتعزيز النزاهة والمنافسة وتوفير معاملة عادلة للمقاولين لتحقيق مبدأ تكافؤ الفرص، وتحقيق الشفافية في جميع مراحل إجراءات المزايدات والمشتريات.

المطلب الثاني: العقوبات المترتبة على انسحاب المتقدم من المزايدة بعد رسوها:

أولاً: العقوبات المترتبة على انسحاب المتقدم من المزايدة بعد رسوها:

في هذه الحالة يُصادر ضمانه الابتدائي خلال فترة البت في المزايدة ولعدم ضمان جدية المتعاقد، ونص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «يجب على من تتم الترسية عليه تقديم ضمان نهائي بنسبة ٥٪ من قيمة العقد، وذلك خلال خمسة عشر (١٥) يوم عمل من تاريخ إبلاغه بالترسية. ويجوز للجهة الحكومية تمديد هذه المدة

لمدة مماثلة. وإن تأخر عن ذلك فلا يعاد إليه الضمان الابتدائي، ويتم التفاوض مع العرض الذي يليه، وفقاً لأحكام النظام، ويجوز زيادة نسبة الضمان بعد موافقة الوزير»[1].

وبالتالي؛ إذا لم يقدم من ترسى عليه المزايدة العكسية الضمان النهائي خلال خمسة عشر (١٥) يوماً من إبلاغه بالترسية يُصادر ضمانه الابتدائي، وكذلك إذا سحب عرضه خلال مدة المزايدة لعدم جدية المتعاقد.

ثانياً: معالجته للانسحاب والإلغاء في النظام السعودي:

بعد بيان العقوبة المترتبة على انسحاب المتقدم من المزايدة بعد رسوها، ناسب هنا الحديث عن معالجة نظام المنافسات والمشتريات مسألة الانسحاب من المزايدة والإلغاء من خلال التظلم الإداري إلى الجهة الحكومية، والتظلم إلى لجنة التظلمات، حيث سنتطرق إلى كافة التفاصيل التي تكون لازمة، وما يترتب عليها من إجراءات، منها قيام الجهة الحكومية بجعل فترة زمنية ملزمة للتوقف تبعاً لمجموعة من الضوابط حددتها المادة (٨٧) من النظام[2].

(١) المادة (٦١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد.

(٢) حمدي محمد العجمي، أحكام منازعات القرارات المنفصلة عن العقد الإداري في ضوء المنافسات والمشتريات السعودي الجديد دراسة تحليلية مقارنة، جامعة الأمير سلطان- المملكة العربية السعودية، ب، ت، ص ١١-١٥.

(١) التظلم الإداري إلى الجهة الحكومية:

لا شك أن ما تطرحه الجهة الحكومية من منافسات أو مناقصات يكون عرضة لعدم الرضا من قبل بعض المتقدمين لها، خصوصاً إذا رأوا أنهم قد ظلموا من قبل القائمين عليها، لذا حرص المنظم على حفظ حقوق المتقدم لأي منافسة أو مناقصة أو مزايدة لدى الجهة، فألزمها بتشكيل لجنة تختص بالنظر في المخالفات والشكاوى، وبين المنظم اختصاصات هذه اللجنة، وكذلك الإجراءات الواجب اتباعها أمامها، وهذه اللجنة يجب أن يصدر بتشكيلها قرار من الوزير المختص، ويشمل القرار تحديد رئيس اللجنة ونائبة وبقية الأعضاء، بالإضافة إلى عضو احتياطي أو أكثر، ويجوز تجديد عضويتها.

وهو ما جاء في المادة (٨٦) من نظام المنافسات والمشتريات الجديد حيث تطرق إلى آلية تشكيل اللجنة واختصاصاتها وقواعد عملها[١].

فمن حيث التشكيل نصت الفقرة الأولى[٢] من المادة المذكورة على: «أن تكون للنظر في المخالفات والشكاوى والمخالفات بقرار من الوزير لجنةٌ أو أكثر من المختصين لا يقل عددهم عن خمسة ويحدد فيه رئيس اللجنة ونائبه، وينص في القرار على عضو احتياطي أو أكثر ويعاد تشكيل هذه اللجنة كل ثلاث سنوات ويجوز تجديد العضوية فيها،

(١) حمدي محمد العجمي، مرجع سابق، ص ١٣-١٦.
(٢) المادة (٨٦/ ١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

ويصدر الوزير قراراً يحدد قواعد عمل اللجنة وإجراءاتها، ويحدد مكافآت أعضائها وسكرتيرها».

فهذه اللجنة المشكلة للنظر في الشكاوى والتظلمات نصت المادة المشار إليها آنفاً إلى وجوب إعادة تشكيلها كل ثلاث سنوات، أو صدور قرار بتجديد عضويتها يصدر الوزير، ولعل النص على هذه الجزئية لضمان حيادية اللجنة ولعدم بقاء الأعضاء مدداً طويلة، وإن كان يشكل على هذا ما ورد بجواز التجديد لها.

أما من حيث الاختصاصات فقد نصت المادة(٨٦/ ٢)[1] على أن «تختص اللجنة بما يلي:

أ- النظر في تظلمات المنافسين من قرار الترسية أو من أي قرار أو إجراء تتخذه الجهة الحكومية قبل قرار الترسية.

ب- النظر في تظلمات المتعاقد معهم من قرارات تقييم الأداء.

ج- النظر في طلبات تعديل الأسعار وفقاً لأحكام المادة (٦٨) من النظام».

فالمنظم أعطى اللجنة صلاحيات بفحص تظلمات كل المتنافسين، سواء قبل قرار الترسية أو أي إجراء تتخذه الجهة الحكومية، كما أن اللجنة لها صلاحية النظر في التظلمات المقدمة من المقاولين على قرارات تقييم الأداء، إضافة إلى اختصاص اللجنة بالنظر في طلبات تعديل

(١) المادة (٨٦/ ٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

الأسعار، وعلى المتظلم أن يقدم ضماناً يساوي نصف قيمة الضمان الابتدائي ويعاد له في حال ثبوت التظلم.

وقد أوضحت أيضاً المادة (٨٦/ ٣) من النظام عن حجية قرارات اللجنة، ونصت على: «أن تكون قرارات اللجنة ملزمة للجهة الحكومية».

فإذا صدر قرار اللجنة لصالح المتظلم وأثبت القرار خطأ الجهة الحكومية لم يكن أمام الجهة إلا الالتزام وتنفيذ قرار اللجنة، وعدم تجاوزه أو رفضه.

كما وضع نظام المنافسات الجديد مدة بعد قرار الترسية وقبل اعتماده لتمكين المتنافسين من التظلم بعد صدور قرار الترسية، وأسماها فترة التوقف، فنصت المادة (٥٣) على أن[١]: «تلتزم الجهة الحكومية بعد صدور قرار الترسية والإعلان عنه، بفترة توقف لا تقل عن (خمسة) أيام عمل ولا تزيد عن (عشرة) أيام عمل، لا يجوز خلالها اعتماد الترسية وتوقيع العقد، وذلك لتمكين المتنافسين من التظلم من قرار الترسية».

وقد أوضحت المادة (٨٧) من اللائحة التنفيذية[٢] التفاصيل الإجرائية، لذلك فنصت على أنه: «يجب على الجهة الحكومية الالتزام بفترة التوقف وفقاً للضوابط الآتية:

(١) المادة (٥٣) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.
(٢) المادة (٨٧) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

١/ يجب ألا تقل فترة التوقف عن (خمسة) أيام عمل ولا تزيد عن عشرة أيام عمل من تاريخ صدور قرار الترسية والإعلان عنه، وتلتزم الجهة بالإعلان عنها في البوابة الإلكترونية.

٢/ في حال تعذر الإعلان في البوابة أو موقع الوزارة لأسباب فنية، يبلغ المتنافسين بذلك عبر البريد الإلكتروني.

٣/ مع مراعاة ما ورد في المادة (٨٧) من النظام، تستقبل الجهة الحكومية التظلمات على قرار الترسية أو إجراء من إجراءات من خلال البوابة.

٤/ لا يجوز للجهة الحكومية أن تقبل أي تظلم بعد انتهاء فترة التوقف.

٥/ لا يعد قرار الترسية نافذاً حتى تنتهي فترة التوقف، ويتم البت في التظلمات إن وجدت».

عند النظر في المادة (٥٣) من النظام والمادة (٨٧) من اللائحة المشار إليهما آنفاً، نجد أنهما حددتا فترة التوقف بمدة تتراوح بين خمسة وعشرة أيام عمل، يتوقف فيها قرار الترسية، ويلاحظ أن المادتين المشار إليهما آنفاً قد حددتا بداية المدة الزمنية لفترة التوقف بين تاريخ صدور القرار، والإعلان عنه، وهذا لا يستقيم؛ لأنهما قد يتفقان في ذلك وقد يختلفان، فقد يصدر القرار في تاريخ، ويعلن عنه في تاريخ آخر، فبأي التاريخين يمكن أن يكون بداية المدة الزمنية؟ ومن جهة فإن القاعدة في تحديد المواعيد تكون من تاريخ الإعلان؛ لأنها هي

وسيلة العلم التي يعتد بها، وليس تاريخ الصدور الذي يخفي على المخاطبين به، ومن ثم وجب تعديل هاتين المادتين بما يتلافى ذلك، لتبدأ هذه المدة من تاريخ الإعلان عن قرار الترسية، بالإضافة إلى أنه يجب على الجهة أن تحدد الحد الأقصى لفترة التوقف بشكل واضح على البوابة؛ لأن هذا الميعاد ليس ميعاداً تنظيميًا، بل هو ميعاد سقوط يترتب على فوات ميعاد التظلم على القرار.

فإذا كان التظلم إلى الجهة الحكومية من قرار الترسية يكون من خلال التوقف المشار إليها فإن التظلم من أي إجراء آخر يكون خلال خمسة أيام عمل، وقد أوضحت المادة (٨٧) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد ذلك أنه: «١- لكل متنافس الحق في التظلم أمام الجهة الحكومية من أي قرار اتخذته. قبل قرار الترسية. وذلك خلال خمسة أيام عمل من تاريخ صدور القرار. ٢- يجب على الجهة الحكومية البت في التظلم خلال خمسة عشر يوم عمل من تاريخ ورود التظلم فإن مضت تلك المدة دون البت في التظلم عد رفضاً».

يتضح من هذه المادة إلزام الجهة الحكومية بالبت في التظلم خلال (١٥) يوم عمل من تاريخ ورود التظلم، وإن لم تلتزم الجهة بالرد خلال المدة المحددة فيعتبر هذا ردًا ضمنيًا برفض التظلم..

أما عن الآثار المترتبة على تقديم التظلم فقد حددتها المادة (٨٧/ ٥)[1]، حيث نصت على أنه: «لا يجوز للجهة الحكومية استكمال إجراءات التعاقد إلا بعد مراعاة الآتي:

أ- انتهاء فترة التوقف دون ورود تظلمات.

ب- في حال ورد تظلم وقبوله: يتم تصحيح ما تم اتخاذه من إجراءات مخالفة لأحكام النظام إن أمكن وإلا فتلغى المنافسة، وفي حالة صححت الجهة الحكومية ما اتخذته من إجراءات مخالفة لأحكام النظام ونتج عن ذلك فوز عرض آخر فيجب منح صاحب العرض المستبعد دون غيره فرصة لتقديم تظلمه من ذلك التغيير إلى الجهة الحكومية خلال مدة مماثلة لمدة التوقف ويسري في شأن تظلمه حكم هذه المادة.

ج- في حال ورود التظلم ورفضه ومضي المدة المشار إليها في الفقرة (٤) من هذه المادة دون قيام اللجنة بإصدار قرار في التظلم».

ويتضح من خلال ذلك، أن هذه المادة تعالج الآثار المترتبة على تقديم التظلم، وكذلك حال قبوله أو رفضه، ففي حالة عدم تقديم تظلم وانتهت فترة التظلم يكون للجهة الإدارية في هذه الحالة اعتماد قرار الترسية، أما في حالة تقديم التظلم وقبوله فتُصحح المخالفة، وفي حالة عدم إمكانية ذلك تلغى المنافسة، غير أنه قد يؤدي تصحيح

(١) المادة (٨٧/ ٥) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

المخالفة -كما في حالة الاستبعاد- إلى فوز متنافس آخر غير المتظلم، وفي هذه الحالة يجب منح صاحب العرض المستبعد دون غيره فرصة التقدم بتظلم إلى الجهة الحكومية.

أما الفقرة (ج) فإنه صياغتها بها إشكالية، حيث انتهت الفقرة بالقول: «ومضي الفترة المشار إليها في الفقرة الرابعة من هذه المادة دون قيام اللجنة بإصدار قرار في التظلم»، وهذا لا يستقيم مع الفقرة الرابعة المشار إليها لوجوب البت في التظلم، ولم تمنح المادة فرضية السكوت، حيث نصت الفقرة الرابعة على أنه: «على اللجنة المشار إليها في المادة (٨٦) من النظام، البت فيما يرد من إليها من تظلمات مماثلة».

ومن ثم فلا مناص من وجوب إصدار قرار في هذه الحالة، ومن ناحية أخرى في حالة مضي المدة دون البت في التظلم جرياً على الفقرة (ج) فما هو الإجراء الذي يجب على المدعي القيام به حيث لم تحدد لنا الفقرة ذلك، ولا يمكن الاعتماد على المادة (٨٨/ ٦)[1] والتي تنص على أنه: «يجوز التظلم من قرارات اللجنة أمام المحكمة الإدارية خلال (ستين) يوماً من تاريخ العلم بالقرار»، وذلك لأنه لا يوجد قرار ولم يجعل النظام من سكوت اللجنة قراراً، كما أن هذه لا تتعلق بالقرارات المنفصلة وإنما تتعلق بمخالفات المتنافسين والمتعاقد معهم لأحكام النظام والعقود المبرمة معهم.

(١) المادة (٨٨/ ٦) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد.

(٢) التظلم إلى لجنة التظلمات:

بعد أن أوضحنا آلية التظلم الإداري للجهة الحكومية، إلا أن الجهة قد ترفض أحياناً التظلم، وهو ما لا يلقى قبولاً من المتظلم؛ فهنا لا بد من وجود جهة أعلى يرفع لها المتظلم عندئذٍ، وهي لجنة التظلمات.

فللتظلم أمام تلك اللجنة فعلى المتظلم أن يقوم به خلال ثلاثة أيام فقط من التاريخ الذي علم به بقرار الرفض لتظلمه، وهذا ما قد حددته المادة (٨٧/ ٣) من النظام من أنه[1]: «للمتظلم خلال ثلاث أيام من التاريخ الذي تم إبلاغه بقرار رفض تظلمه».

أو عليه أن يقوم بالتظلم للجنة بعد مرور أيام كذلك، ولكن من تاريخ مضي المدة المشار لها بالفقرة (٢) من نفس المادة وذلك من دون البدء بالتظلم، وبالنسبة للجنة المتظلم أمامها فلا بد أن تكون اللجنة المختصة تلك التي نصت عليها المادة (٨٦) من النظام.

فهذه الفقرة حددت للمتظلم ثلاثة أيام من تاريخ إبلاغه برفض التظلم إلى الجهة دون البت فيه، والتظلم إلى لجنة التظلمات المذكورة، وتحديد ثلاثة أيام دون تقييدها بكونها أيام عمل هو مناسب؛ لأن تقديم التظلم شيء والتفكير فيه وإعداد مبرراته شيء آخر، ومن ثم يتوافر لكل منهما المدة الكافية حتى لو تخلل ذلك أيام الإجازات.

(١) حمدي محمد العجمي، المرجع السابق، ص١٦.

أما مدة نظر التظلم من قبل اللجنة، فقد نصت المادة (٨٧/ ٤) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «اللجنة المشار إليها في المادة (٨٦) من النظام، البت فيما يرد إليها من تظلمات وإبلاغ أصحاب الشأن خلال (١٥) يوم عمل من تاريخ ورودها إليها. وللجنة التمديد لمدة مماثلة».

فهذه المادة جعلت مدة البت في نظر التظلم والإبلاغ عن القرار مدة مناسبة ومعدودة، بحيث يراعى أن يكون الإعلان عن القرار أيضاً في ذات المدة، كما أعطى النص للجنة إمكانية التمديد لمدة (١٥) يوم عمل أخرى.

هذا، نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أنه[1]: «يقدم المتظلم ضماناً يساوي نصف قيمة الضمان الابتدائي: يعاد إليه إذا ثبت صحة التظلم».

فهذه المادة ألزمت المتظلم تقديم ضمان مالي قدره نصف قيمة الضمان الابتدائي، ويعاد إلى المتظلم حال ثبوت صحة التظلم، ولعل الهدف من مثل هذا الإجراء هو ألا تكون هناك تظلمات لا تستند لأدلة قوية وكافية فيما قدمه المتظلم قد يكون الهدف منها تعطيل المنافسة وتأخيرها أو حتى الإضرار بمن رست عليه المنافسة، ووضع الشبهات التي لا دليل عليها، فبمثل هذا الضمان لن يتقدم بتظلمه إلا

(١) المادة (٨٦/ ٤) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد.

من كان متأكداً ومتيقناً أنه قد حصلت أخطاء أضرت بمركزه القانوني وبنزاهة المنافسة.

ثالثاً: إلغاء المزايدة الإلكترونية العكسية في النظام السعودي:

توجد أمور لاحقة تعتري المزايدة العكسية الإلكترونية، وتجعل هذا الأسلوب كأن لم يكن، ويفتقد المركز النظامي، فقد تطرأ عليه إجراءات تؤدي في النهاية إلى إلغاء المنافسة أو الانسحاب منها وفق أسلوب المزايدات العكسية الإلكترونية، ولذا يجب علينا أن نبين فيما يلي حالات إلغاء المزايدة، وهذا ما أوضحته اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، فقد أوضحت الفقرة (٧) من المادة (٥٤) الحالات التي تلغى فيها المزايدة العكسية الإلكترونية، وحصرتها في ثلاث حالات، وبيانها على النحو التالي:

الحالة الأولى: إلغاء المزايدة إذا قل العدد عن ثلاثة مزايدين:

لقد نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على[1]: «ألا يقل عدد المتنافسين في المزايدة العكسية الإلكترونية عن ثلاثة متنافسين». فعند الإعلان عن المزايدة العكسية الإلكترونية بالشكل الصحيح، وتحديد يوم للتقديم، ولم يتقدم سوى متنافس واحد أو اثنان فتلغى المزايدة العكسية الإلكترونية، والسبب يعود إلى أن هذا هو الحد الأدنى الذي وضعه المنظم السعودي لبدء التعاقد بالمزايدة العكسية الإلكترونية.

(١) المادة (٥٤/ ٧) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد.

الحالة الثانية: إلغاء المزايدة لانسحاب المتنافسين المتقدمين:

نصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أن: «تلغى المنافسة إذا انسحب عدد من المتنافسين، ولم يتبق إلا اثنان منهم فأقل»[1].

فبين النظام أن المزايدة تلغى إذا انسحب عدد المتنافسين، ولم يتبق منهم إلا اثنان فأقل، وذلك قبل البدء في المزايدة العكسية الإلكترونية، حيث إن هذا هو الحد الأدنى للبدء بالمزاد العكسي.

الحالة الثالثة: إلغاء المزايدة لحدوث عطل فني في البوابة الإلكترونية:

تناولت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات إلغاء المزايدة لحدوث عطل فني في البوابة الإلكترونية، حيث نصت على أنه[2]: «في حال حدوث عطل فني في النظام الإلكتروني الذي تجري من خلاله المزايدة، توقف إجراءات المزايدة فوراً على أن تستأنف خلال ساعات الدوام الرسمي في اليوم المحدد للمزايدة وتلغى المزايدة في حال تعذر ذلك».

فهذه المادة أوضحت أنه قد تتعذر عملية المزايدة العكسية الإلكترونية على البوابة الإلكترونية أو منصة اعتماد، وذلك لأسباب فنية، تؤدي إلى عدم استطاعة الجهة الحكومية أو المتنافسين الدخول

(١) المادة (٥٤/ ٧) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد.
(٢) المادة (٥٦/ ٣) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد.

للبوابة الإلكترونية أو منصة اعتماد، مما يوجب إيقاف إجراءات المزايدة العكسية فور وقوع الخلل، على أن تستكمل تلك الإجراءات في ساعات العمل الرسمي في اليوم الذي حددت فيه المزايدة العكسية الإلكترونية، وكذلك وضح المنظم أنه إذا تعذرت هذه الحلول في مواجهة أعطال البوابة الإلكترونية تلغى المزايدة العكسية الإلكترونية.

وبالتالي ترد الضمانات الابتدائية إلى أصحاب العروض التي لم يتم الترسية عليها بعد البت فيها وكذلك في حالة إلغاء المنافسة أو بعد انتهاء الوقت المحدد لسريان العروض ما لم يبد صاحب العرض رغبته في الاستمرار في الارتباط بعرضة وفقاً لأحكام النظام واللائحة.

خلاصة القول في الإجراءات اللاحقة للمزايدة العكسية الإلكترونية أنه يعتري هذا الأسلوب بعض الأمور التي تلحق به وتجعله كأن لم يكن، ويفتقد المركز النظامي، ويكون في حكم العدم، وهذه الإجراءات التي تطرأ عليه تؤدي في النهاية إلى حرمان المتنافس من التعاقد، وهذا الحرمان يتنوع بين حرمان وقائي وحرمان جزائي وربما يقتضي الأمر إلى إلغاء المزايدة العكسية الإلكترونية إذا قل العدد عن ثلاثة، أو انسحب المتنافسون المتقدمون، أو عند حدوث عطل فني في البوابة الإلكترونية.

الأمثلة التطبيقية:

بمراجعة الجهات الحكومية والوزارات وجدنا أنه لم تنفذ المزايدة العكسية على الأقل في الجهات التي استطعنا أن نتواصل معها، وأن جل ما تم العمل به هو المناقصة الإلكترونية.

ويمكن أن نذكر مثالاً على ذلك أنه إذا طلبت الجهة مثلاً توفير عشرة (١٠) أجهزة محمول بمواصفات خاصة ومعينة لا تتوافر عند كل الموردين وكانت هذه المواصفات موجودة لدى أكثر من مورد وأسعار هذه الأجهزة مرتفعة جداً فهنا نستطيع أن نجري بينهم المزايدة العكسية للحصول على هذه السلعة بأقل سعر.

الخاتمة

انتهينا بفضل الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ من إتمام هذا البحث الموسوم بـ «المزايدة العكسية الإلكترونية في ظل نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد ولائحته التنفيذية».

وفي حقيقة الأمر اتضح لنا بعد الانتهاء منه أنه موضوع ذو أهمية، وهو لا يزال محل للبحث والمناقشة من قبل المنظم وكذا الفقه النظامي في المملكة العربية السعودية، فإبرام العقود الإدارية من خلال أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية يحقق فوائد جمة، سواء بالنسبة لجهة الإدارة أو للمتنافسين في تلك المزايدات.

هذا وقد أسفر هذا البحث عن مجموعة من النتائج والتوصيات نوردها فيما يلي:

أولاً: النتائج:

تتمثل أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث فيما يلي:

١- أن المزايدة العكسية الإلكترونية هي وسيلة إدارية لإبرام العقد الإداري من خلال الوسائط الإلكترونية وشبكة الإنترنت، تستطيع من خلالها جهة الإدارة التعاقد مع أقل العروض ثمناً وذلك لتوريد منقولاتها من السلع الجاهزة، عبر التنافس بين عدد من الموردين، خلال مدة محددة مسبقاً -من قبل جهة الإدارة- يقدم المتنافسون

خلالها عروضهم بشكل إلكتروني، وبنظام يسمح لجميع المتنافسين بمعرفة جميع العروض المقدمة من المتنافسين الآخرين دون معرفة هوية أحدهم، وترسو المزايدة على أقل العروض سعراً.

٢- يعد أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية من أهم أساليب إبرام العقد الإداري، لكونها تشمل القواعد العامة المتواجدة في القانون المدني، وإجراءات العقود الإلكترونية، فضلاً عن القواعد العامة الخاصة بإبرام العقود الإدارية.

٣- يحتاج تطبيق أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية إلى عدد من الآليات والوسائل الفنية، بالإضافة إلى بعض الاشتراطات النظامية الأخرى التي تعد من أسساً تنبني عليها، حتى يكون للجهة الإدارية اللجوء إلى هذه الأسلوب من التعاقد.

٤- ازدياد التعامل بأسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية، كونه يتماشى مع التوجهات الحديثة نحو إبرام العقود الإدارية بشكل إلكتروني، لاسيما مع تطبيق نظام الحكومة الإلكترونية في كثير من الدول.

٥- حصر نظام المنافسات والمشتريات الجديد ولائحته التنفيذية تطبيق أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية في عقود توريد السلع الجاهزة التي لا تجاوز قيمتها عن خمسة ملايين ريال سعودي.

٦- يقوم أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية على عدد من المبادئ العامة التي يلزم تطبيقها، حتى يحقق هذا الأسلوب الهدف المرجو منه

وهو تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في وصول جهة الإدارة إلى أفضل العروض فنياً وأقلها سعراً.

٧- يمر إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية بعدد من المراحل المتتابعة، والتي تعد حلقات وصل تكمل كل منها الأخرى، تبدأ بمرحلة الإعلان عن المزايدة، وتنتهي بمرحلة البت في العروض المقدمة.

٨- لقد أعطى نظام المنافسات والمشتريات صلاحية إلغاء المزايدة العكسية أو تأجيلها للجهة الحكومية حسب ضوابط أوضحها النظام.

٩- أن المنافسة في النظام السعودي بين أكبر عدد وليست قاصرة على جهة معينة، وكذلك إتاحة الفرصة المتساوية لجميع المتنافسين في تقديم عروضهم.

ثانياً: التوصيات:

تتمثل أهم التوصيات التي نود أن نوصي بها في ختام هذا البحث فيما يلي:

١- إعداد دورات تأهيلية للعاملين في القطاعات الحكومية وتدريبهم على استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة في مجال إبرام العقود الإدارية، وتعميم ثقافة الحوكمة الإلكترونية على كافة الجهات الحكومية بالمملكة العربية السعودية، واعتبارها منهج عمل، وذلك بعد تأهيل الكوادر البشرية العاملة فيها.

٣- زيادة عدد المنافسين في المزايدة العكسية الإلكترونية بحيث يكون الحد الأدنى للمنافسين عشرة على الأقل، وذلك لضمان وجود منافسة حقيقة وتوصل الجهة الإدارية إلى أفضل العروض.

٤- زيادة الحد الأقصى لقيمة العقود التي يجرى عليها المزايدة الإلكترونية لتكون عشرة ملايين ريال سعودي على الأقل، نظراً للارتفاع المستمر في أسعار بعض السلع مما يجعل الحد الأقصى المنصوص عليه إلى الآن -وهو مبلغ خمسة ملايين ريال- مبلغًا زهيدًا.

٥- اتخاذ الإجراءات الأمنية والفنية اللازمة لتأمين كافة العقود الإدارية المبرمة إلكترونيًا، وحمايتها من الجرائم الإلكترونية كالاختراق أو تسريب المعلومات أو العبث فيها أو غير ذلك من الجرائم الإلكترونية الأخرى.

٦- النص على عقوبات جزائية رادعة في حالة مخالفة الإجراءات النظامية، والقيام بالغش أو التواطؤ أو غير ذلك من الأساليب غير المشروعة في مجال إبرام العقود الإدارية.

٧- التأكيد على التعويض بالضمان النهائي في حالة السحب بعد الترسية أو اعتماد الترسية وفقاً للنسب المقررة في النظام.

٨- قيام المزايدات بين جهات حكومية وغيرها وإضافة المؤسسات غير الهادفة للربح في نطاقها.

٩- إعادة النظر في المدة المتاحة للسماح بإلغاء الضمان النهائي لتصبح أقل من ثلاثين يوماً.

قائمة بأهم المراجع والمصادر

أولاً: الكتب والمؤلفات:

١. **أحمد محمود مصطفى**، جرائم الحاسبات الآلية في التشريع المصري، دار النهضة العربية-القاهرة-، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.

٢. **أنس جعفر**، العقود الإدارية، دار النهضة العربية-القاهرة-، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣م.

٣. **تامر محمد سليمان**، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الشبكة العنكبوتية، دار النهضة العربية-القاهرة-، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

٤. **جابر جاد نصار**، المناقصات العامة «دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية-القاهرة-، ٢٠٠٢م.

٥. **جميل عبد الباقي الصغير**، الإنترنت والقانون الجنائي، دار النهضة العربية-القاهرة-، ٢٠١٢م.

٦. **حازم صلاح الدين**، تعاقد جهة الإدارة عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة-الإسكندرية-، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م.

٧. **داود عبد الرازق**، الحكومة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه، منشأة المعارف -الإسكندرية-، الطبعة الأولى، ٢٠١٥م.

٨. **عبد الفتاح بيومي حجازي**، مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية -القاهرة، ٢٠٠٧م.

٩. **عبد الغني بسيوني**، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف-الإسكندرية-، ٢٠٠٣م.

١٠. **عبد الفتاح محمود كيلاني**، المسئولية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر-الإسكندرية-، ٢٠١١م.

١١. **علاء حسين مطلق**، الأرشيف الإلكتروني، دار النهضة العربية-القاهرة-، الطبعة الثانية، ٢٠١٠م.

١٢. **ماجد راغب الحلو**، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة-الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.

١٣. **ماجد راغب الحلو**، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة-الإسكندرية-، ٢٠١٠م.

١٤. **محمد بكر حسين**، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية-، ٢٠٠٦م.

١٥. **ناجح أحمد عبد الوهاب**، التطور الحديث للقانون الإداري في ظل نظام الحكومة الإلكترونية، دار النهضة العربية- القاهرة-، الطبعة الأولى، ٢٠١٢م.

١٦. **هيبة سردوك**، المناقصة العامة كطريق للتعاقد، مكتبة الوفاء القانونية-الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

ثانياً: الأطروحات الجامعية:

١٧. **الحميدي إبراهيم مرزوق الحميمص**، مسؤولية الإدارة المدنية عن تعاملاتها عبر الوسائل الإلكترونية، رسالة لنيل الدكتوراه من الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ١٤٣٨هـ، غير مطبوع.

١٨. **حمدي محمد العجمي**، أحكام منازعات القرارات المنفصلة عن العقد الإداري في ضوء المنافسات والمشتريات السعودي الجديد - دراسة تحليلية مقارنة، جامعة الأمير سلطان- المملكة العربية السعودية، ب، ت.

١٩. **سامح عبد الواحد التهامي**، التعاقد عبر الإنترنت، رسالة لنيل الدكتوراه من كلية الحقوق جامعة الزقازيق، مصر، ٢٠٠٨م.

٢٠. **عزة علي الحسن**، الإطار القانوني والتشريعي للتجارة الإلكترونية، رسالة لنيل الدكتوراه من جامعة الخرطوم، السودان، ٢٠٠٥م.

٢١. **دحو أحمد**، إجراءات بيع المنقول والعقار بالمزاد العلني، رسلة ماجستير، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٦م.

ثالثاً: الأبحاث المنشورة في الدوريات والمجلات والمؤتمرات العلمية:

٢٢. **بدر بن عبد الله بن محمد المطرودي**، المزايدة العكسية الإلكترونية كأسلوب من أساليب التعاقد الإداري، مجلة جامعة الملك سعود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٣٤، العدد ١، ١٤٤٣هـ-٢٠٢٢م.

٢٣. **إبراهيم محمد الحديثي**، التعاقد بين الجهات الحكومية تكييفه وآثاره، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الحادية والستون- يوليو ٢٠١٩م.

٢٤. **بشار خياط**، العقد الإداري الإلكتروني، مجلة جامعة البعث-سوريا-، المجلد (٣٩)، العدد (٦٧)، ٢٠١٧م.

٢٥. **حمدي سليمان القبيلات**، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، الأردن-عمان-، مجلد (٣٤)، ملحق، ٢٠٠٧م.

٢٦. **زانا إسماعيل عزيز**، د. أميد صباح عثمان، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع بالمزاد العلني الإلكتروني الدولي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك-العراق-، مجلد (٧)، عدد (٣٦)، ٢٠١٨م.

٢٧. **عاصم بن سعود السياط**، آلية إبرام العقود الإدارية والأسباب المؤدية إلى بطلانها، مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر-القاهرة-، مجلد (٢٠)، عدد (٥٩)، ٢٠١٦م.

٢٨. -**عاطف محمد شوقي**، د. محمد سعد إبراهيم، العقد الإداري الإلكتروني في القانون السعودي والمقارن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة-مصر-، مجلد (٢٢)، عدد (٣٧)، ٢٠١٣م.

٢٩. **فيصل عبد الحافظ الشوابكة**، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بالجامعة الإسلامية، فلسطين-غزة-، مجلد (٢١)، عدد(٢)، ٢٠١٣م.

٣٠. **قيدار عبد القادر صالح**، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل-العراق-، مجلد (١٠)، عدد (٣٧)، ٢٠٠٨م.

٣١. **نافع تكليف مجيد**، الإعلان عن المناقصة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون جامعة بابل-العراق-، العدد الأول -السنة السابعة، ٢٠١٥م.

٣٢. **هشام عبد السيد الصافي محمد**، القضاء الإداري المصري والتكنولوجيا الحديثة، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، لبنان، ٢٠١٧م.

رابعاً: الأنظمة والتقارير:

٣٣. **نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد بالمملكة العربية السعودية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٢٨) وتاريخ ١٣/ ١١/ ١٤٤٠هـ.

٣٤. **اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد بالمملكة العربية السعودية**، الصادرة بقرار وزير المالية رقم (٣٤٧٩) وتاريخ ١١/ ٨/ ١٤٤١هـ.

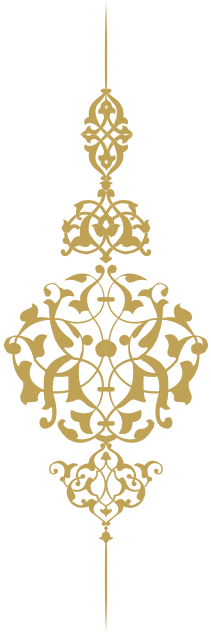
٣٥. **تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي**، بعنوان الأعمال الممكنة مستقبلاً في مجال الاشتراء العمومي، رقم الوثيقة A/CN. 9/553، الدورة السابعة والثلاثون، نيويورك، ٢ يوليه ٢٠٠٤م.

خامساً: الروابط الإلكترونية:

٣٦. **خالد العمودي**، تقرير: نظام المنافسات والمشتريات الجديد يعزز النزاهة والمنافسة ويحقق التنمية، ١٧ يوليو ٢٠١٩م، الاطلاع بتاريخ ٢٥ نوفمبر ٢٠٢٢م، متاح على: https://spa.gov.sa

٣٧. **يارا صلاح**، نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد ١٤٤٢هـ، ٢٢يناير ٢٠٢١م، الاطلاع بتاريخ ٢٥نوفمبر ٢٠٢٢م، متاح على: https://aleasimuh.com

٣٨. **المناقصات والمزايدات في القانون الإداري السعودي-نظام تأمين مشتريات الحكومة- المناقصات والمزايدات في القانون الإداري السعودي-نظام تأمين مشتريات الحكومة-**، تاريخ الزيارة ٩/ ١٢/ ٢٠٢٢م، متاح على: https://qawaneen.blogspot.com/2020/05/blog-post-7html



المرابحة مع الالتزام بالحسم

دراسة فقهية

د. زياد بن صالح بن حمود التويجري

الأستاذ المشارك بقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء

zsaltwuijri@imamu.edu.sa

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن شريعة الإسلام أكملها الله عَزَّوَجَلَّ، ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا﴾[1]، ولذا فهو صالح لكل زمان ومكان، وهذا من محاسن شريعة الإسلام الغراء، فعلى مر أربعة عشر قرناً تجد النوازل المستجدة لها أحكام في هذه الشريعة، وإن من أبرز قواعد الفقه ما أبرزه وأظهره شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ وأن الأصل في المعاملات والعادات الحل والإباحة حتى يرد الدليل المحرم، أو يوجد في المعاملة أصل من أصول المعاملات المحرمة[2].

وإن مما استجد في هذا الزمن، إلغاء التعامل بمؤشر اللايبور (LIBOR)، وما يقابله من مؤشرات محلية، والتي تنظر إلى المستقبل، ويحدد معدل الربح للفترة القادمة، وتبني الجهات التنظيمية مؤشر (RFR)، والذي ينظر إلى الماضي، ويحدد معدل الربح للفترة الماضية.

وبناء على تبني الجهات التنظيمية في المملكة العربية السعودية هذا التوجه، فإنه يوجب على العاملين والمهتمين بالمصرفية الإسلامية،

(١) سورة المائدة، الآية: (٣).
(٢) ينظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٢٩/ ١٧).

النظر إلى هذا المؤشر الجديد، والعمل على إيجاد المخارج الشرعية للمصرفية الإسلامية.

وبالنظر إلى أكثر المنتجات التي تعمل بها المصارف والنوافذ الإسلامية في التعامل مع العملاء الراغبين في الحصول على التمويل، نجد أن (المرابحة للآمر بالشراء) تأخذ حيزاً كبيراً من عقود التمويل، ولذا فإن مدار البحث في هذه الورقات سيكون حول (**المرابحة مع الالتزام بالحسم**) لمحاولة الخروج بمنتج تمويلي يتوافق مع المؤشر الجديد.

أسأل الله عَزَّوَجَلَّ بمنه وكرمه أن يسددني ويهديني إلى الصواب، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تظهر أهمية هذا الموضوع في النقاط الآتية:

١- أن الجهات التنظيمية في المملكة العربية السعودية تبنت العمل بالمؤشر الجديد (RFR)، والذي ينظر إلى الماضي، ويحدد معدل الربح للفترة الماضية، مما ينبني عليه تغير في التعاملات المصرفية، والذي يوجب على الباحثين النظر في المسائل المتعلقة بذلك وبيان أحكامها الشرعية.

٢- أن غالب عقود التمويل في المصارف الإسلامية تعتمد صيغة المرابحة، والتي يكثر فيها استخدام مرابحة واحدة طوال مدة العقد، وهذا يشكل مخاطرة على المصارف، خاصة في عقود التمويل طويلة

الأجل، كتمويل المساكن ونحوه، فإذا ارتفع المؤشر فإن المصرف سيحقق أرباحاً أقل من السوق، وإذا انخفض المؤشر فإن العميل سيدفع أرباحاً أعلى من السوق، فكانت صيغة المرابحة مع الالتزام بالحسم مخرجاً لهذا الإشكال.

٣- حاجة كثير من العاملين في الهيئات الشرعية والباحثين والمهتمين بالمعاملات المالية والمصرفية الإسلامية لمثل هذه الدراسات، التي تبين الحكم في هذه النوازل المعاصرة.

الدراسات السابقة:

بعد البحث في فهارس المكتبات العامة كمكتبة الملك عبد العزيز، ومكتبة الملك فهد، ومكتبة الملك سلمان، ومركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، وبعد البحث في الشبكة العنكبوتية العالمية (الإنترنت) وقفت على الدراسات التالية:

الدراسة الأولى: الجهالة التي تؤول إلى العلم وتطبيقاتها المعاصرة، للأستاذ الدكتور: يوسف بن عبد الله الشبيلي، والمنشور ضمن كتابه أبحاث في قضايا مالية معاصرة.

وقد أشار صاحب الفضيلة للمرابحة مع الالتزام بالخصم ضمن تطبيقات البيع الآجل بالسعر المتغير.

الدراسة الثانية: التحول إلى مؤشر (RFR) والآثار المترتبة عليه في المنتجات المالية الإسلامية، للدكتور: محمد بن علي القري، والمنشور

ضمن ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثالثة عشرة ١٤٤٣هـ، والتي يقيمها البنك الأهلي السعودي.

وقد أشار فضيلة الدكتور للمرابحة مع الالتزام بالحسم ضمن البدائل الإسلامية المقترحة في إطار المؤشر عديم المخاطر.

الدراسة الثالثة: التحول إلى مؤشر (RFR) والآثار المترتبة عليه في المنتجات المالية الإسلامية، للدكتور: عثمان بن ظهير مغل، والمنشور ضمن ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثالثة عشرة ١٤٤٣هـ، والتي يقيمها البنك الأهلي السعودي.

وقد أشار فضيلة الدكتور للمرابحة مع الالتزام بالحسم ضمن البدائل الشرعية لآلية استخدام تكلفة النقد في المنتجات القائمة على المرابحة أو التورق.

الدراسة الرابعة: المرابحة مع الالتزام بالحسم، للدكتور: عبد الرحمن بن عبد الله السعدي، والمنشور ضمن ندوة البنك العربي الوطني لأعمال المصرفية الإسلامية ١٤٤٤هـ.

الدراسة الخامس: المرابحة مع الالتزام بالحسم، للدكتور: خالد بن محمد السياري، والمنشور ضمن ندوة البنك العربي الوطني لأعمال المصرفية الإسلامية ١٤٤٤هـ.

الدراسة السادسة: المرابحة مع الالتزام بالحسم، للدكتور: إبراهيم بن محمد العتيبي، والمنشور ضمن ندوة البنك العربي الوطني لأعمال المصرفية الإسلامية ١٤٤٤هـ.

وقد اطلعت على هذه البحوث واستفدت منها، وأضفت عليها زيادة رأيت مناسبة بيانها، كعلاقة المسألة بـ(ضع وتعجل) وغيرها.

منهج البحث:

التزمت في إعداد هذا البحث بالمنهج الآتي:

(١) صورت المسألة تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها -إن احتاجت المسألة إلى تصوير-.

(٢) إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق ذكرت حكمها بدليله مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة.

(٣) إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف اتبعت ما يلي:

أ- تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.

ب- ذكر الأقوال في المسألة ومن قال بها، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية، مع تجنب ذكر الأقوال الشاذة.

ج- الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما فأسلك فيها مسلك التخريج.

د- توثيق الأقوال من مصادرها الأصيلة.

هـ- استقصاء أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها إن أمكن، ويكون ذلك بعد ذكر الدليل مباشرة.

و- الترجيح مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف -إن وجدت-.

(٤) اعتمدت على أمهات كتب المصادر الأصيلة إن وجدت فيها ما يغني عن غيرها، وذلك في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.

(٥) ركزت على موضوع البحث وتجنبت الاستطراد.

(٦) اعتنيت بدراسة ما جد من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث.

(٧) كتبت الآيات وفق الرسم العثماني مضبوطة بالشكل.

(٨) خرجت الأحاديث والآثار من مصادرها المعتمدة، فإن كان الحديث أو الأثر في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بالعزو إليهما. وإن لم يكن الحديث في أحدهما خرجته من المصادر التي وقفت عليه فيها، ثم ذكرت ما وقفت عليه من كلام أهل العلم عليه تصحيحاً أو تضعيفاً.

خطة البحث:

انتظم البحث في مقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة.

المقدمة:

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

المبحث الأول: تعريف المرابحة مع الالتزام بالحسم:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف المركب:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف المرابحة.

الفرع الثاني: تعريف الالتزام.

الفرع الثالث: تعريف الحسم.

المطلب الثاني: التعريف اللقبي للمرابحة مع الالتزام بالحسم.

المبحث الثاني: هيكل المرابحة مع الالتزام بالحسم.

المبحث الثالث: حكم المرابحة مع الالتزام بالحسم:

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: تخريجه على الإبراء المعلق.

المطلب الثاني: تخريجه على الإبراء من المجهول.

المطلب الثالث: تخريجه على الهبة المعلقة.

المطلب الرابع: تخريجه على الهبة المجهولة.

المطلب الخامس: المرابحة مع الالتزام بالحسم وضع وتعجل.

المطلب السادس: الضوابط الشرعية للمرابحة مع الالتزام بالحسم.

الخاتمة:

وفيها أبرز النتائج وأهم التوصيات.

وأتبعت ذلك بفهرس للمصادر والمراجع.

تمهيد

قبل الشروع في بحث المرابحة مع الالتزام بالحسم لا بد من التقديم بالحديث عن المؤشرات، ذلك أن عقود التمويل كانت تعتمد على مؤشر اللايبور (LIBOR) والمؤشرات المماثلة له، في معرفة معدل الفائدة للبنوك التقليدية، ومعدل الربح للمصارف الإسلامية.

والمراد بالمؤشر هو: «رقم حسابي يحسب بطريقة إحصائية خاصة يقصد منه معرفة حجم التغير في سوق معينة. وتجري عليه مبايعات في بعض الأسواق العالمية»[1].

فالمؤشر أقرب ما يكون إلى ما يعرف بـ(سعر السوق)، ولكل سوق مؤشر أو سعر سوق يعتمد المتعاملون في هذا السوق عليه، ولذا نجد أن المؤشرات كثيرة جداً، هناك مؤشر للقمح، وللقطن، وللنفط وهكذا، ومن أشهر المؤشرات في الأسواق المالية، مؤشر اللايبور (LIBOR): وهو سعر الفائدة على القروض بين البنوك في لندن، ومثله في المملكة العربية السعودية مؤشر السايبور (SAIBOR): وهو سعر الفائدة على القروض بين البنوك في المملكة العربية السعودية، وتجد أن لكل دولة مؤشرًا خاصًّا فيها.

فمؤشر اللايبور (LIBOR) يُحَدَّد بأن يقوم كل بنك – من البنوك الثمانية عشرة والتي اعتمدتها لجنة المصارف البريطانية– عند الساعة

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم (٦٥/ ١/ ٧)، العدد السابع (١/ ٧١٦).

الثانية عشرةً ظهراً من كل يوم عمل بتحديد سعر الفائدة الذي يستعد لدفعه للاقتراض من البنوك الأخرى، ثم تقوم اللجنة بحذف أعلى أربعة أسعار، وأدنى أربعة أسعار، ثم تستخرج المتوسط من أسعار البنوك العشرة الباقية، هذا المتوسط هو سعر اللايبور (LIBOR) ذلك اليوم، وهكذا مؤشر السايبور (SAIBOR) في المملكة يستخرج بذات الآلية، لكن بسبب قلة البنوك المحلية في المملكة، فإن البنك المركزي السعودي (ساما) يطلب التسعير من جميع البنوك بشكل يومي، على أن يُستبعَد أعلى وأدنى سعرين، ومن ثم يحتسب متوسط الباقي، ويعلن السعر الساعة الحادية عشرة صباحاً.

وهنا يُلحظ أن المؤشر مبني على تقديرات الخبراء في هذه البنوك لتحديد كلفة إقراض النقد للفترة المستقبلية، مما يجعله عرضة للتلاعب، فإذا أراد أحد هذه البنوك الثمانية عشرة الاقتراض اتفق مع بعض البنوك الأخرى على تقليل سعر الفائدة، وفي عام ٢٠١٢م ظهرت فضيحة تورطت بها بنوك عالمية حققت أرباحاً كبيرة في المشتقات المالية المسعرة استناداً إلى اللايبور (LIBOR) والذي تم التلاعب به، مما دعا إلى البحث عن بديل لهذا المؤشر يحقق شفافية وعدالة أكبر، فقام مجلس الاحتياطي الفدرالي الأمريكي بتشكيل لجنة بديل السعر المرجعي، وعهد إليها بإيجاد بديل عن مؤشر اللايبور (LIBOR) يقوم على أمرين:

١- أن يكون خالياً من المخاطر.

٢- أن يكون معتمداً على الماضي لا على المستقبل.

فاقترحت اللجنة مؤشراً جديداً وهو السوفر (Secured) (SOFR Overnight Financing Rate)، والذي يعتمد على معاملات حقيقية، لأنه مبني على (معدل الريبو لليوم السابق)[1]، فهو يعتمد على السعر الماضي (Backward Looking)، فمؤشر اليوم يُبنى على تكلفة الأمس، ومؤشر الغد يُبنى على تكلفة اليوم، ففي صباح كل يوم ترسل جميع البنوك الأمريكية إلى اللجنة المختصة في البنك المركزي الأمريكي سجلاً لمعدل الفائدة على جميع عمليات الإقراض والاقتراض بين البنوك، والتي كانت مدتها يوم واحد، وبناء على هذه المعلومات تقوم اللجنة باستخراج معدل الفائدة لهذا اليوم، وهو ما يعرف بمؤشر السوفر (SOFR).

وهذا يعني أن البنك سيبني تكلفة التمويل لهذا اليوم على مؤشر اليوم السابق أو المؤشر قبل ثلاثة أيام أو خمسة أيام بحسب ما يراه البنك.

وعلى كل حال، **فما هو حكم اعتماد المصرفية الإسلامية على المؤشر الجديد؟**

(١) ينظر: التحول إلى مؤشر (RFR) والآثار المترتبة عليه في المنتجات المالية الإسلامية، القري، ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثالثة عشرة (ص ١٢-١٣، ١٧-١٨)؛ واستخدام المؤشرات الخالية من المخاطر في الإجارة والمرابحة، مغل (ص ٤).

إن ما قيل عن جواز العمل بالمؤشرات السابقة يجري على المؤشرات الجديدة. جاء في المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: «ولا مانع من ذكر مؤشر من المؤشرات المعروفة في مرحلة الوعد للاستئناس به في تحديد نسبة الربح»[(١)]، وفي الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد: «يجوز ذكر مؤشر من المؤشرات المعروفة في مرحلة الوعد للاستئناس به في تحديد نسبة الربح شريطة أن يحدد الربح عند التعاقد»[(٢)].

وأهمية المؤشر هي في معرفة سعر السوق واتجاهه، فإن البنوك والمصارف لا بد لها من أن تغطي تكلفة الحصول على أموال المودعين، وأن تكون أرباحها أعلى من هذه التكلفة، ذلك أن البنوك التقليدية وكذا المصارف الإسلامية تعمل بأموال المودعين، والتي تشكل ٩٥٪ من أموال البنك، وهي بطبيعتها قصيرة الأجل، ويقوم البنك باستخدام هذه الأموال في التمويلات متوسطة إلى طويلة الأجل، وبناء على ذلك فيلزمه مراعاة الأصول والخصوم ومواءمتها[(٣)]، فإذا حصل البنك «على الودائع لمدد قصيرة وبعائد قدره مثلاً ٥٪ فإنه يجب عليه أن يحقق في أصوله عائداً يزيد على ٥٪، ولو أن العائد السوقي تغير ليصبح ١٠٪ فإن البنك لا يستطيع أن يحافظ على هذه الودائع إلا بأن

(١) معيار المرابحة (ص ٢١٤).
(٢) الضابط رقم (٥٣) (ص ٢٧).
(٣) ينظر: التحول إلى مؤشر (RFR) والآثار المترتبة عليه في المنتجات المالية الإسلامية، القري، ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثالثة عشرة (ص ١٦-١٧).

يدفع لأصحابها ١٠٪، وإذا لم يفعل فإن كل مستثمر سيسحب أمواله وينقلها إلى البنك الآخر الذي يدفع متوسط ربح السوق، وهو قادرٌ على ذلك بحكم كونها قصيرة الأجل، لكن البنك لا يستطيع أن يرفع العائد على أصوله بهذه السرعة؛ لأن أصوله المولدة للدخل أطول أجلاً من الودائع، فينتهي به الأمر إلى تحقيق ٥٪ على أصوله ليدفع ١٠٪ على ودائعه، وهو أقصر طريق إلى الفشل. وتحتاج الإدارة الحصيفة والكفاءة في تحقيق هذه المواءمة بين الأصول والخصوم إلى وجود مؤشر مثل اللايبور (LIBOR). بدون هذا المؤشر فإنه لا سبيل للبنوك من التأكد من أن البنك يغطي دائماً تكلفة الحصول على الأموال، وأن يكون الربح المتحقق هو زيادة على هذه التكلفة»[1].

ولذا فإن الاستئناس بالمؤشر والاعتماد عليه في تحديد مقدار الربح لا يوجد مانع شرعي منه، سواء أكان المؤشر هو (اللايبور) أو (السايبور) أو (سوفر) ونحوها من المؤشرات.

وبما أن غالب عقود التمويل في المصارف الإسلامية تعتمد صيغة المرابحة، والتي تستند إلى سعر المؤشر في تحديد مقدار الربح، يُستخدم مرابحة واحدة طوال مدة عقد التمويل عند ابتداء العقد، وهذا يشكل مخاطرةً بالنسبة للمصرف خاصة في عقود التمويل طويلة الأجل، لاحتمال تغير قيمة العملة وانخفاض قيمتها، أو تغير المؤشر ارتفاعاً وانخفاضاً، وغيرها من المخاطر، فإذا ثبت المصرف الربح في المرابحة

(١) المرجع السابق (ص ١٧)، بتصرف.

ثم ارتفع المؤشر فإن المصرف سيحقق أرباحاً أقل من السوق، وإذا انخفض المؤشر فإن العميل سيدفع أرباحاً أعلى من السوق، ولذا فقد أوجد الباحثون معالجةً لهذه المخاطر، ومن تلك المعالجات: استخدام صيغة **المرابحة مع الالتزام بالحسم**، والتي سنحاول -إن شاء الله- المساهمة في بيانها وتفصيلها في المباحث التالية.

المبحث الأول
تعريف المرابحة مع الالتزام بالحسم

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف المركب:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف المرابحة:

المرابحة في اللغة: من رَبِحَ يَرْبَح رِبحاً ورَبَحاً ورباحاً، وهو النماء في التَّجْر، تقول العرب: رّبِحت تجارته: إذا ربح صاحبها فيها، وأربحه على سلعته، أي أعطاه رِبحاً، قال تعالى: ﴿فَمَا رَبِحَت تِّجَرَتُهُمْ﴾[1]: أي ما ربحوا في تجارتهم.

يقال: بعت الشيء مُرابحةً، ويقال: بِعته السلعة مُرابحةً على كل عشرة دراهم درهم[2].

وأما في الاصطلاح: فالمرابحة بمعناها العام هي: البيع برأس المال وربح معلوم[3].

---

(١) سورة البقرة، الآية (١٦).

(٢) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجوهري (١/ ٣٦٣)؛ والمحكم والمحيط الأعظم، المرسي (٣/ ٣٢٢)؛ ولسان العرب، ابن منظور (٢/ ٤٤٢-٤٤٣)؛ وتاج العروس، الحسيني (٦/ ٣٧٩-٣٨٠).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٥/ ١٣٥)؛ وبداية المجتهد، ابن رشد (٣/ ٢٢٩)؛ والحاوي الكبير، الماوردي (٥/ ٢٧٩)؛ والمغني، ابن قدامة (٦/ ٢٦٦).

هذه هي المرابحة البسيطة، لكن إذا سبق هذه المرابحة وعدٌ بالشراء ممن يرغب في الحصول على السلعة، فهذه هي المرابحة المرادة في المصرفية الإسلامية، وهي ما يعرف بالمرابحة المركبة، أو المرابحة للآمر بالشراء، أو المرابحة للواعد بالشراء، وهي: أن يتقدم العميل إلى المصرف بطلب شراء سلعة معينة ويعد المصرف بأن يشتري هذه السلعة بربح معلوم بعد تملك المصرف لها.

الفرع الثاني: تعريف الالتزام:

الالتزام في اللغة: مأخوذ من اللزوم، يقال: لَزِمَ الشيء يَلْزَمُه لَزْماً ولُزوماً، ولازَمَهُ مُلازَمَةً ولِزاماً والْتَزَمَه وأَلْزَمَه إياه فالْتَزَمَه، يقول ابن فارس: «اللام والزاء والميم أصل واحد صحيح، يدل على مصاحبة الشيء بالشيء دائماً، يقال: لزمه الشيء يلزمه»[(١)].

بمعنى ثبت ودام، ويتعدى بالهمزة فيقال: ألزمته بالمال، أي ثبت في ذمته ووجب عليه، واللازم: ما يمتنع انفكاكه عن الشيء، يقال: التزم الأمر، وهو ملزومٌ بهن والالتزام: الاعتناق[(٢)].

وأما في الاصطلاح فهو: فاللزوم ما يمتنع انفكاكه عن الشيء[(٣)].

(١) مقاييس اللغة، ابن فارس (٥/ ٢٤٥).
(٢) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجوهري (٥/ ٢٠٢٩)؛ ولسان العرب، ابن منظور (١٢/ ٥٤١-٥٤٢)؛ والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي (٢/ ٥٥٢)؛ وتاج العروس، الحسيني (٣٣/ ٤١٧، ٤٢٠).
(٣) ينظر: التعريفات، الجرجاني (ص ١٩٠)؛ والكليات، الكفوي (ص ٧٩٥).

الفرع الثالث: تعريف الحسم:

الحسم في اللغة: القطع، يقال: حَسَمَهُ يَحْسِمُهُ حَسْماً فانْحَسَمَ: قَطعه، يقول ابن فارس «الحاء والسين والميم أصل واحد، وهو قطع الشيء عن آخره»[(١)]، يقال: أَحسمُ على فلان الأمر: أي أقطعه عليه لا يظفر منه بشيء.

ويأتي بمعنى: المنع، يقال: حَسَمَه الشيءَ يَحْسِمُهُ حَسْماً: مَنَعَهُ إِياه[(٢)].

والمعنى المراد هنا: هو خصم ما زاد من الربح عن المؤشر، أي قطع ومنع جزء من الربح عن الاستحقاق، بحيث يتنازل عنه المصرف لصالح الطرف الآخر.

وأما في الاصطلاح: فالحسم إزالة أثر الشيء[(٣)].

المطلب الثاني: التعريف اللقبي للمرابحة مع الالتزام بالحسم:

عُرف عقد المرابحة مع الالتزام بالحسم بعدة تعريفات منها:

«أن يتفق المصرف مع العميل على هامش ربح أعلى مما في السوق، يراعى فيه الاحتياط لمصلحة المصرف، ويلتزم المصرف بأن يحسم من قيمة الدين ما زاد عن معدل الربح في السوق في تاريخ سداده»[(٤)].

---

(١) مقاييس اللغة، ابن فارس (٢/ ٥٧).

(٢) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجوهري (٥/ ١٨٩٩)؛ والمحكم والمحيط الأعظم، المرسي (٣/ ٢١٣)؛ ولسان العرب، ابن منظور (١٢/ ١٣٤)؛ وتاج العروس، الحسيني (٣١/ ٤٨٧).

(٣) التوقيف على مهمات التعاريف، المناوي (ص ١٤٠).

(٤) المرابحة مع الالتزام بالحسم، السعدي، ندوة البنك العربي الأولى (ص ٣).

وعرف بأنه «بيع المصرف على العميل سلعة بأجل متفق عليه مع هامش ربح محدد، مع التزام المصرف بالتنازل أو الحط من ربحه في حال نقص المؤشر المرتبط بالتمويل عن القدر المقابل له من هامش الربح الذي تم التعاقد عليه ابتداءً في العقد»[1].

وعرف بأنه «عقد مرابحة بهامش ربح أعلى من المعدل السائد عند إبرام عقد المرابحة مع الوعد برد ما زاد إن كان ثم زيادة في نهاية المدة عندما يعرف المؤشر»[2].

وفي الحقيقة غالب التعاريف متقاربة، فالمصرف يتفق مع العميل على هامش ربحٍ محدد غالباً ما يكون أعلى من السوق، على أن يلتزم المصرف بالتنازل عن جزء من ربحه في حال كان زائداً عن معدل الربح في السوق في تاريخ السداد.

(١) المرابحة مع الالتزام بالحسم، العتيبي، ندوة البنك العربي الأولى (ص ٩).
(٢) التحول إلى مؤشر (RFR) والآثار المترتبة عليه في المنتجات المالية الإسلامية، القري، ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثالثة عشرة (ص ٢٣).

المبحث الثاني

هيكل المرابحة مع الالتزام بالحسم

هذه المعاملة تقوم على إجراءات محددة هي[1]:

١- يُنفذ عقد مرابحة واحدة تغطي كامل مدة التمويل بربح محدد متفق عليه، يكون هذا الربح أعلى من ربح السوق[2].

٢- يتفق على طريقة السداد، إما دفعة واحدة خاصةً في التمويل قصير الأجل (سنة وأقل)، وإما على دفعات مقسمة على فترات محددة (كنهاية كل شهر، أو كل ثلاث أشهر.. وهكذا).

٣- يسدد العميل القسط المتفق عليه من أصل الدين، بالإضافة إلى جزء من إجمالي الربح، والمحتسب بناء على المؤشر المتفق عليه بين المصرف والعميل.

---

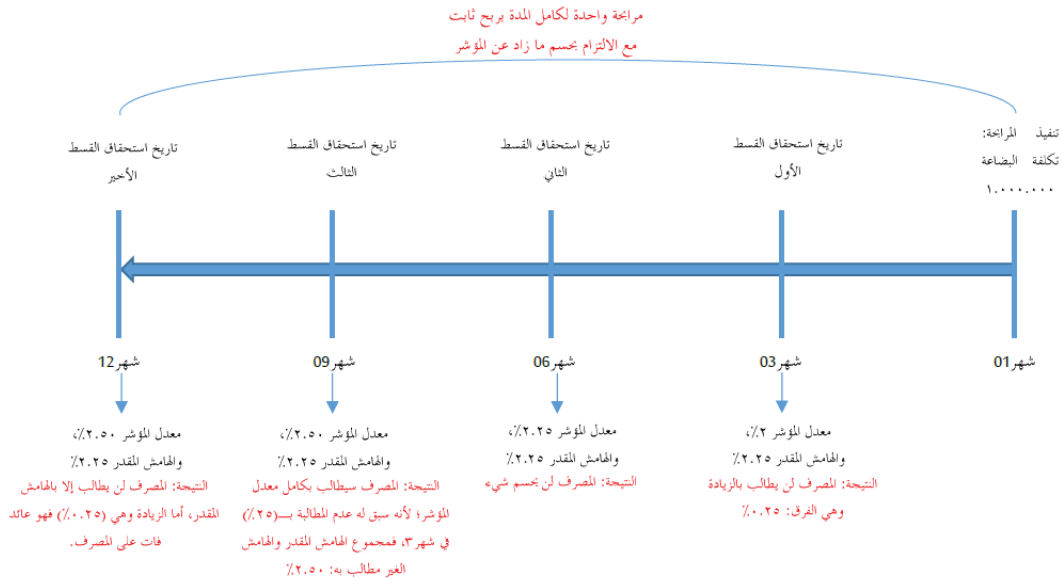
(١) ينظر: التحول إلى مؤشر (RFR) والآثار المترتبة عليه في المنتجات المالية الإسلامية، القري، ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثالثة عشرة (ص ٢٣-٢٤)؛ والمرابحة مع الالتزام بالحسم، العتيبي، ندوة البنك العربي الأولى (ص ١٢-١٣؛ والقرار رقم (٩٨٧) إجازة منتج المرابحة مع الالتزام بالحسم، والوثائق المنظمة له، قرارات اللجنة الشرعية، تطبيق إصدارات الإنماء الشرعية.

(٢) ثمن البيع في هذه المعاملة يتكون من تكلفة الشراء (أصل الدين) والربح المحدد المقطوع (إجمالي الربح).

٤- يلتزم في العقد على رد ما زاد من الربح إلى العميل وذلك عند نهاية العقد، فإذا وجد المصرف أنه حصل على ربح أعلى من المؤشر في نهاية المدة، فإنه يقوم برد الزائد إلى العميل بناء على هذا الالتزام.

٥- لا يجوز للمصرف أن يستوفي من العميل المتمول ما زاد عن الربح المتفق عليها بداية العقد، ولو تجاوز معدل المؤشر المتفق عليه ما قدره المصرف عند بدء عقد المرابحة؛ لأن أخذ الزيادة يكون على دين قد استقر في ذمة العميل فيكون من الربا المحرم.

رسم إيضاحي للهيكلة في حال كان مؤشر التمويل هو مؤشر (RFR)[1]:



(١) ينظر: المرابحة مع الالتزام بالحسم، العتيبي، ندوة البنك العربي الأولى (ص ١٤).

المبحث الثالث
حكم المرابحة مع الالتزام بالحسم

لبيان حكم المسألة فلا بد من تصويرها تصويراً صحيحاً، فالمرابحة مع الالتزام بالحسم: طلب من العميل الآمر بالشراء موجه إلى مؤسسة مالية بشراء سلعة معينة بمواصفات محددة، مع وعده بأن يشتريها من المؤسسة بربح محدد متفق عليه، غالباً ما يكون أعلى من سعر المؤشر المتفق عليه، ويكون دفع الثمن في أوقات معلومة محددة، مع التزام المؤسسة المالية بالحسم من الربح حال انخفاض المؤشر.

وقبل بيان حكم المسألة فلا بد من بحث عدد من المسائل، وبيان ضابط العلم بالثمن، وهل المرابحة مع الالتزام بالحسم فيها ترديد في الثمن؟

أما **المسألة الأولى** وهي **ضابط العلم بالثمن**:

فقد اتفقت المذاهب على اشتراط العلم بالثمن والمثمن[1]، لكن اختلفوا في ضابط العلم بالثمن على قولين:

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٥/ ١٥٦)؛ وبداية المبتدي، المرغيناني (ص ١٣٠)؛ والقوانين الفقهية، ابن جزي (ص ١٦٣)؛ ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الحطاب (٤/ ٢٧٦)؛ والحاوي الكبير، الماوردي (٥/ ٤٣)؛ ومنهاج الطالبين، النووي (ص ٩٥)؛ والمغني، ابن قدامة (٦/ ٢٧٨)؛ وشرح منتهى الإرادات، البهوتي (٢/ ١٧)؛ وكشاف القناع، البهوتي (٧/ ٣٥٧).

القول الأول: أن الشرط وجوب العلم بمقدار الثمن عند العقد، أي أن يكون الثمن محدداً عند التعاقد، وإليه ذهب الجمهور[١].

القول الثاني: أن الشرط هو العلم بمقدار الثمن عند العقد، أو أن يكون آيلاً إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة والاختلاف بين المتعاقدين، وإليه ذهب بعض الحنفية[٢]، وهو رواية عند الحنابلة[٣]، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية[٤]، وابن القيم[٥].

وعلى هذا القول لا تلزم تسمية الثمن في مجلس العقد، ويكفي أن يتفق العاقدان على طريقة منضبطة لتحديد الثمن.

واستدل أصحاب القول الأول بعدة أدلة منها:

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٥/ ١٥٦)؛ وبداية المبتدي، المرغيناني (ص ١٣٠)؛ والقوانين الفقهية، ابن جزي (ص ١٦٣)؛ ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الحطاب (٤/ ٢٧٦)؛ والحاوي الكبير، الماوردي (٥/ ٤٣)؛ ومنهاج الطالبين، النووي (ص ٩٥)؛ والمغني، ابن قدامة (٦/ ٢٧٨)؛ والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي (١١/ ١٣١)؛ وشرح منتهى الإرادات، البهوتي (٢/ ١٧)؛ وكشاف القناع، البهوتي (٧/ ٣٥٧).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٥/ ١٥٦).

(٣) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي (١١/ ١٣١-١٣٢).

(٤) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم (٤/ ٥)؛ والفروع، ابن مفلح (٦/ ١٥٥)؛ والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي (١١/ ١٣١-١٣٢).

(٥) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم (٤/ ٥).

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾[1].

وجه الدلالة: أن الرضا شرط، والرضا لا يتعلق إلا بمعلوم[2].

ويمكن أن يناقش: بأن المقصود بالعلم هو العلم المانع من المنازعة، وهذا يتحقق بأن يكون محدداً وقت التعاقد، أو أن يكون آيلاً إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة، كالبيع بسعر المثل، والبيع بما ينقطع به السعر، والبيع بالرقم، ونحوها من البيوع.

فإن قيل: هذه البيوع لا نجيزها.

أجيب: بأن الإجماع انعقد على صحة نكاح المفوِّضة وأن لها مهر المثل[3]، والأبضاع أشد من البيوع، كما أن أكثرهم يجيزون الإجارة بأجرة المثل[4].

---

(١) سورة النساء، الآية: (٢٩).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٥/ ١٥٦).

(٣) حكى الإجماع غير واحد من أهل العلم منهم: ابن حزم في (مراتب الإجماع (ص ٦٩)؛ والكاساني في (بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٤)؛ وابن رشد في (بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٣/ ٥١)؛ والشربيني في (مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٤/ ٣٦٧)؛ وابن تيمية في (مجموع الفتاوى (٣٢/ ٦٢) و(٢٩/ ٣٥٢)؛ وابن القيم في (إعلام الموقعين عن رب العالمين (٤/ ٥).

(٤) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم (٤/ ٥).

الدليل الثاني: حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «**نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر**»(١).

وجه الدلالة: أن الثمن إذا لم يسم عند العقد فهو مجهول، فيدخل في النهي عن الغرر(٢).

ونوقش: بأن الجهالة المفضية إلى المنازعة هي المفسدة للبيع؛ لأنها تكون مانعة من التسليم والتسلم، فلا يحصل مقصود البيع، أما إذا كانت الجهالة غير مفضية إلى المنازعة -كما هو في مسألتنا-، فإنه لا تمنع من ذلك(٣).

الدليل الثالث: أن الثمن أحد العوضين، وإذا كان العلم بالمبيع شرطاً في صحة البيع، فكذلك في الثمن ولا فرق(٤).

ويمكن أن يناقش: بأن شرط العلم بالمبيع ليس المراد به على القطع والتحديد، وإنما يكون المشترط أن يكون آيلاً إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، رقم الحديث (١٥١٣)، (٣/ ١١٥٣).
(٢) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، الدبيان (٢/ ٢٨٩)؛ وأبحاث في قضايا مالية معاصرة، الشبيلي (١/ ٢٥٠).
(٣) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٥/ ١٥٦).
(٤) ينظر: أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، الكشناوي (٢/ ٢٦٥)؛ والمغني، ابن قدامة (٦/ ٢٧٨)؛ والشرح الكبير، ابن قدامة (١١/ ١٣٢).

ودليل ذلك صحة البيع إذا عقد على ثلاثة أثواب على أنه بالخيار بأيها شاء بالثمن المذكور ويرد الباقي، فالبيع منعقد موجب للملك عند اختياره لا للحال، وليس المعقود عليه معلوماً على التحديد في الحال، وإنما هو مجهول، لكنها جهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشتري يأخذ أيها شاء ويرد الباقي، فلا تقع المنازعة(١).

واستدل أصحاب القول الثاني بعدة أدلة منها:

الدليل الأول: حديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: كنا مع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني، فيتقدم أمام القوم فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعمر: ((**بعنيه**)). قال: هو لك يا رسول الله. قال: ((**بعنيه**)). فباعه من رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت**))(٢).

ويمكن أن يكون وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اشترى من عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بعيره، وتصرف فيه بالهبة لعبد الله ابن عمر، دون ذكر للثمن، ولو كان الثمن محدداً معلوماً لنقل كما في حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ:

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٥/ ١٥٦).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا ولم ينكر البائع على المشتري أو اشترى عبداً فأعتقه، رقم الحديث (٢١١٥)، (٣/ ٦٥).

((**بعنيه بأوقية**))[1]، وهذا لا ينفي عدم الثمن، وإنما لمّا لم يذكر الثمن دل على أنه غير محدد مقطوع به وإنما يؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة والاختلاف؛ وذلك أنه آنس من عمر الرضا، بدليل أنه كان يود أن يهبه إياه، فلم يذكر الثمن.

الدليل الثاني: القياس على الهبة بشرط الثواب، فهي عقد معاوضة عند أهل العلم، وقد قالوا بصحتها مع أنه لم يذكر فيها الثمن.

وكذلك أجاز عامة الفقهاء أن يقول الرجل: اعتق عبدك عني، وعلي ثمنه، وهذه معاوضة بثمن المثل.

كما أجاز كثير من أهل العلم عقد الإجارة بأجرة المثل، وهي بيع منافع[2].

الدليل الثالث: أن مقصود العقد حصول التسليم والتسلم، وهو حاصل وإن لم يسم الثمن إذا كان آيلاً إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة[3].

---

(١) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، رقم الحديث (٢٧١٨)، (٣/ ١٨٩)؛ وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث (١٠٩)، (٣/ ١٢٢١).

(٢) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، الدبيان (٢/ ٢٩٠).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٥/ ١٥٦)، قال الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «أن يكون المبيع معلوماً وثمنه معلوماً علماً يمنع من المنازعة. فإن كان أحدهما مجهولاً جهالةً مفضيةً إلى المنازعة فسد البيع، وإن كان مجهولاً جهالةً لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد؛ لأن الجهالة إذا كانت مفضيةً إلى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة لا تمنع من ذلك؛ فيحصل المقصود».

الراجح -والله أعلم- هو القول الثاني، وأن الضابط في شرط العلم بالثمن أن يكون معلوماً عند العقد، أو يؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة؛ وذلك أن النهي إنما ورد عن الغرر، والغرر هو البيع مجهول العاقبة، فإذا كان يؤول إلى العلم فليس بمجهول العاقبة، ثم إن المقصود من البيع هو حصول التسليم والتسلم، وهو حاصل ولو لم تتم تسمية الثمن إذا كان يؤول إلى العلم، قال ابن مفلح: «وقال أبو داود في مسائله باب في الشراء ولا يسمى الثمن سمعت أحمد سئل عن الرجل يبعث إلى البقال فيأخذ منه الشيء بعد الشيء ثم يحاسبه بعد ذلك، قال: أرجو أن لا يكون بذلك بأس، قال أبو داود: قيل لأحمد: يكون البيع ساعتئذ؟ قال: لا، قال الشيخ تقي الدين -ابن تيمية-: وظاهر هذا أنهما اتفقا على الثمن بعد قبض المبيع والتصرف فيه، وأن البيع لم يكن وقت القبض وإنما كان وقت التحاسب، وأن معناه: صحة البيع بالسعر»[1]، أي السعر المعهود بيعه به.

فهذه النصوص دليل على أن ضابط العلم بالثمن أن يكون آيلاً إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة والاختلاف، ومن ذلك ما لو ربط بمؤشر معلوم لا يقع الاختلاف في معرفته، بل إن المعاملة بهذا أطيب لقلب المشتري وأنه يأخذ السلعة بثمن المثل، لا بزيادة قد تكون متفاحشة تضر به.

(١) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، ابن مفلح (١/ ٢٩٨-٢٩٩)، وينظر: مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود السجستاني (ص ٢٦٥-٢٦٦).

وقد يثار تساؤل هنا: وهو أن الالتزام بالحسم من ربح المرابحة، يجعل ثمن المرابحة مجهولاً، فلا يعلم كم الربح الذي سيستحقه المصرف، وذلك أن كل قسط سيدفعه العميل مرتبط بمؤشر الفترة، والذي لا يتضح إلا يوم السداد أو قُبيله.

ويمكن مناقشته: بأن ربح المرابحة محدد معلوم مقطوع به عند ابتداء العقد، وقد حُددت آجال سداده، فالثمن قد تحقق فيه شرط العلم به، وأما الالتزام بالحسم فهذا وعد من المصرف بإبراء العميل أو هبته ما زاد عن المؤشر، مما ستأتي الإشارة إليه في تخريج هذا الوعد[1]، ولا تعارض بين ثبوت الربح والعلم به على وجه محدد مبتوت به، وبين استحقاق العميل الحسم بناء على الوعد من المصرف، فالربح والحسم لم يردا على الثمن في نفس الحال، وإنما لكل منهما أثره ومحله، ثم إن المرابحة انعقدت بثمن محدد معلوم للطرفين فلا جهالة فيه، وبما أن المرابحة هي من بيوع الأمانة والربح فيها محسوب إضافة إلى ما قامت به السلعة على المصرف، فإذا تبين في نهاية مدة العقد أن المصرف أخذ أكثر مما يستحقه، وجب عليه أن يرد الزائد على العميل.

وقد أوردت اللجنة الشرعية لمصرف الإنماء هذا الإشكال وأجابت عنه، جاء في قرارها: «وبعد تأمل الهيئة لهذا المنتج والمسائل المتعلقة به، ومن أبرزها مسألة التزام المصرف عند انتهاء العقد بالتنازل عن المتبقي من إجمالي الربح بعد تحصيل المصرف لأرباحه وفق الآلية المتفق عليها

(١) في صفحة (٥٩٠).

في العقد، وهل يُعد ذلك من الغرر المنهي عنه من جهة أن الالتزام بالتنازل يؤول إلى جهالة الثمن؟ ظهر للهيئة أن جهالة الثمن محل المنع هي أن يفترق العاقدان بعد إبرام العقد على ثمنين دون تحديد لأحدهما، ولا يدخل في ذلك الالتزام بالتنازل؛ لتحقق العلم بالثمن الكلي وثبوته من حين إبرام العقد»[(١)].

أما **المسألة الثانية** فهي **ترديد الثمن**، وهل المرابحة مع الالتزام بالحسم فيها ترديد في الثمن؟

وصورة ترديد الثمن: أن يقول الرجل لآخر: أبيعك هذه السلعة بعشرة نقداً، أو بعشرين نسيئة ويفترقان دون بت وقطع بأحد الثمنين مع وجوب البيع[(٢)].

(١) قرار رقم (٩٨٧) إجازة منتج المرابحة مع الالتزام بالحسم، والوثائق المنظمة له، قرارات اللجنة الشرعية، تطبيق إصدارات الإنماء الشرعية، وينظر: التحول إلى مؤشر (RFR) والآثار المترتبة عليه في المنتجات المالية الإسلامية، القري، ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثالثة عشرة (ص ٢٨-٢٩)؛ والمرابحة مع الالتزام بالحسم، العتيبي، ندوة البنك العربي الأولى (ص ٤٢).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٥/ ١٥٨)؛ والجوهرة النيرة، الزبيدي (١/ ٢٠٣)؛ والتهذيب في اختصار المدونة، ابن البراذعي (٣/ ١٥٨)؛ ومنح الجليل شرح مختصر خليل، عليش (٥/ ٣٧)؛ ومختصر المزني (١/ ٤٦١)؛ والحاوي الكبير، الماوردي (٥/ ٣٤٢)؛ والمغني، ابن قدامة (٦/ ٣٣٣)؛ وشرح منتهى الإرادات، البهوتي (٢/ ١٩)؛ وكشاف القناع، البهوتي (٧/ ٣٥٩).

وهو منهي عنه؛ لأنهما افترقا والبيع تم ولا يُدرى أيهما جُعِل ثمناً، وفي الحديث «**نهى رسول الله عن بيعتين في بيعة**»[1]، قال الترمذي: «والعمل على هذا عند أهل العلم، وقد فسر بعض أهل العلم قالوا: بيعتين في بيعة: أن يقول: أبيعك هذا الثوب بنقد بعشرة وبنسيئة بعشرين ولا يفارقه على أحد البيعين، فإذا فارقه على أحدهما فلا بأس إذا كانت العقدة على أحد منهما»[2].

وبإمعان النظر في المرابحة مع الالتزام بالحسم، يظهر ألا ترديد في الثمن، فالطرفان يفترقان والثمن مقطوع به محدد مبتوت، وإنما الذي وجد هو وعد من البائع (المصرف) بالحط والحسم من الربح، إن كان الربح المتفق عليه أعلى من ربح السوق.

فبناء على ما سبق وأن الراجح في ضابط العلم بالثمن أن يكون معلوماً عن العقد، أو آيلاً إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة، وأن المقصود من البيع هو حصول التسلم والتسليم ولو لم يتم تسمية

(١) أخرجه الترمذي في جامعه، أبواب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، رقم الحديث (١٢٣١)، (٢/ ٥١٣)؛ وأخرجه النسائي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب بيعتان في بيعة، وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة بمائة درهم نقداً، وبمائتي درهم نسيئة، رقم الحديث (٦١٨٣)، (٦/ ٦٧). قال الترمذي: «حديث حسن صحيح» (الجامع (٢/ ٥١٣)، وصححه ابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٤٩٦).

(٢) الجامع، الترمذي (٢/ ٥١٤).

الثمن إذا كان آيلاً إلى العلم، وبما أن المرابحة مع الالتزام بالحسم الثمن فيها محدد معلوم مقطوع به عند ابتداء العقد، وقد حددت آجال السداد، مع وعد المصرف للعميل وعداً ملزماً بأن يحسم ما زاد عن الربح الحقيقي للعميل بناء على المؤشر العام المعلوم الذي ربطت به المعاملة، والأصل في المعاملات المالية هو الحل والإباحة، **فيترجح للباحث -والله أعلم-** جواز المرابحة مع الالتزام بالحسم، والمعاملة هنا أطيب لقلب المشتري، فهو يأخذ السلعة بثمن المثل، لا بزيادة قد تكون متفاحشة تضر به.

وعلى ماذا يُخرج هذا وعد المصرف للعميل بالحسم من الربح؟

ذكر عدد من الباحثين تخريجه على عدد من الفروع الفقهية، فمنهم من خرجه على أنه إبراء معلق، ومنهم من خرجه على أنه إبراء مجهول، ومنهم من خرجه على أنه هبة معلقة، ومنهم من خرجه على أنه من الهبة المجهولة[1]، ونبحث في المطالب الآتية كل مسألة من هذه المسائل.

(١) أبحاث في قضايا مالية معاصرة، الشبيلي، (١/ ٢٦٧)؛ والمرابحة مع الالتزام بالحسم، السعدي، ندوة البنك العربي الأولى (ص ٨ وما بعدها)؛ والمرابحة مع الالتزام بالحسم، السياري، ندوة البنك العربي الأولى (ص ١٤ وما بعدها)؛ والمرابحة مع الالتزام بالحسم، العتيبي، ندوة البنك العربي الأولى (ص ٢٨ وما بعدها).

المطلب الأول: الإبراء المعلق:

اختلف أهل العلم في الإبراء المعلق وسبب خلافهم يرجع إلى الاختلاف في الإبراء أهو إسقاطٌ أم تمليك؟ وقد تباينت الأقوال في ذلك، حتى في المذهب الواحد لكن كان لكل مذهب رأي غالب.

فالحنفية يترجح عندهم معنى الإسقاط مع بقاء معنى التمليك، يقول الكاساني: «الإبراء إسقاط فيه معنى التمليك، بدليل أنه يرتد بالرد، وهذا آية التمليك، إذ الإسقاط لا يحتمل ذلك»[1].

والمالكية يترجح عندهم معنى التمليك، ولذا فهو محتاج إلى القبول، يقول الدسوقي: «اختُلف في الإبراء، فقيل: إنه نقل للملك فيكون من قبيل الهبة وهو الراجح، وقيل: إنه إسقاط للحق، فعلى الأول يحتاج لقبول، دون الثاني، كالطلاق والعتق، فإنهما من قبيل الإسقاط، ولا تحتاج المرأة والعبد فيهما لقبول العصمة والحرية»[2].

أما الشافعية ففي الجديد أن الإبراء تمليك، وتوسط بعض الشافعية قال الشربيني: «فائدة: الإبراء من جهة المبرِئ تمليك، ومن جهة المبرَأ إسقاط، فيشترط علم الأول دون الثاني، هذا إذا لم يَؤُلِ الأمر فيه إلى معاوضة... وإلا فيشترط علمهما»[3].

(١) بدائع الصنائع، الكاساني (٥/ ١٧٢).
(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٩٩).
(٣) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الشربيني (٤/ ٤٣٦).

وأما الحنابلة فهو عندهم إسقاط، يقول ابن قدامة: «إذا كان له في ذمة إنسان دين، فوهبه له، أو أبرأه منه، أو أحله منه، صح وبرئت ذمة الغريم منه، وإن رد ذلك ولم يقبله؛ لأنه إسقاط، فلم يفتقر إلى القبول، كإسقاط القصاص والشفعة وحد القذف، وكالعتق والطلاق»[1].

وعليه فإن جمهور المذاهب على أن الإبراء يتضمن معنى التمليك والإسقاط، عدا الحنابلة فهو إسقاط فقط.

ومن ذهب إلى أنه تمليك أو يحتمله، قال: بأنه يفتقر إلى القبول، ويكون منجزاً لا معلقاً، وأن يكون معلوماً لا مجهولاً.

أما من ذهب إلى أنه إسقاط، فإنه لا يحتاج إلى قبول، ويصح أن يكون معلقاً، وأن يكون الإبراء من المجهول.

وذهب البعض إلى أن الإبراء عن الدين فيه المعنيان، معنى التمليك ومعنى الإسقاط، وقال غيره: الإبراء يختلف بحسب صورته، فقد يكون تمليكاً، وقد يكون إسقاطاً[2].

ولذا اختلف أهل العلم في الإبراء المعلق على قولين:

(١) المغني، ابن قدامة (٨/ ٢٥٠).

(٢) الأشباه والنظائر، ابن نجيم (ص ٢٢٥)؛ والفروق، القرافي (٢/ ١١٠-١١١)؛ والأشباه والنظائر، السيوطي (ص ١٧١)؛ والقواعد، ابن رجب (ص ٢٩٩).

القول الأول: أن الإبراء المعلق غير صحيح، وإليه ذهب الحنفية[١]، والشافعية[٢]، وهو المنصوص عن الإمام أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٣].

القول الثاني: أن الإبراء المعلق صحيح، وإليه ذهب المالكية[٤]، وهو رواية عن الإمام أحمد[٥]، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية[٦]، وابن القيم[٧].

استدل أصحاب القول الأول بعدة أدلة منها:

الدليل الأول: بأن الإبراء تمليك، والتمليك لا يقبل التعليق[٨].

(١) تحفة الفقهاء، السمرقندي (٣/ ٢٦٠)؛ وبدائع الصنائع، الكاساني (٦/ ٥٠) (٧/ ١٨٩)؛ والهداية، المرغيناني (٣/ ٢٢٨)؛ وذهب بعض الحنفية إلى التفريق؛ لاحتمال الإبراء معنى الإسقاط والتمليك: فإن كان الإبراء المعلق تعليقاً صريحاً فلا يصح؛ لمعنى التمليك، وإن لم يكن صريحاً فيصح. ينظر: شرح الوقاية، المحبوبي (٤/ ٢٣٧)؛ والنهاية في شرح الهداية، السغناقي (١٨/ ١٩٤).

(٢) روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي (٤/ ٢٦١)؛ وتحفة المحتاج في شرح المنهاج، ابن حجر (٧/ ٤٦٥).

(٣) ينظر: الفروع، ابن مفلح (٦/ ٣٤١)؛ وكشاف القناع، البهوتي (٨/ ٢٧٩)؛ ومطالب أولي النهى، الرحيباني (٤/ ٣٩٣).

(٤) ينظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ابن شاس (٣/ ١٢٠٨).

(٥) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم (٣/ ٣٠١) (٤/ ٦)؛ والفروع، ابن مفلح (٦/ ٣٤١).

(٦) ينظر: الفروع، ابن مفلح (٦/ ٣٤٢).

(٧) ينظر: بدائع الفوائد، ابن القيم (٤/ ٧٩)؛ وإغاثة اللهفان في مصائد الشيطان، ابن القيم (٢/ ١٦).

(٨) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي (٤/ ١٥٨).

ويمكن أن يناقش: بعدم التسليم بأن الإبراء تمليك، وأنه إسقاط لغة واصطلاحاً، ففي اللغة هو التخلص والتنزه[1]، وفي الاصطلاح: إزالة حق له في ذمة آخر أو قِبله[2].

فإن قيل: بأن الإبراء فيه معنى التمليك.

فيمكن أن يناقش: بأن احتمال المعنى لا ينقله عن حقيقته الاصطلاحية، ولذا لا يصح تمليك الأعيان بلفظ الإبراء، ويصح الإبراء بلفظ الإسقاط، كما لو قال: أسقطت عنك ألف ريال.

الدليل الثاني: أن الإبراء تمليك، فلا يصح إلا بقبول، ولذا فإنه يرتد بالرد[3].

ويمكن أن يناقش: بعدم التسليم بأن الإبراء مفتقرٌ إلى القبول، وأنه إسقاط حق فيتم بلا قبول كإسقاط القصاص والشفعة والقذف فكلها لا تفتقر إلى قبول، فكذا إسقاط الدين غير مفتقر إلى القبول، وإنما هو لازم قول من حمله على التمليك، ولذا اضطرب بعض أصحاب القول الأول وذهبوا إلى القول بأن الإبراء يحمل على المعنيين، أو يحمل في بعض المسائل على التمليك، وفي البعض الآخر على الإسقاط.

(١) ينظر: لسان العرب، ابن منظور (١/ ٣٣)؛ وتاج العروس، الحسيني (١/ ١٤٦)؛ والمعجم الوسيط، مجموعة مؤلفين (١/ ٤٦).
(٢) ينظر: النهاية في شرح الهداية، السغناقي (١٨/ ١٩٤).
(٣) رد المحتار، ابن عابدين (٥/ ٢٤٤).

ويمكن أن يستدل لهم: بأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «**نهى عن بيع الغرر**»، وتعليق الإبراء بيع غرر؛ لأنه تملك السلعة ولا يقطع بثمنها، فقد تكون بكامل المدفوع، وقد تكون بأقل منه بسبب الإبراء المعلق.

ويمكن أن يناقش: بعدم التسلم من ثلاثة وجوه:

الأول: أن الثمن محدد مقطوع به، وقد تفرق المتبايعان على ثمن مبتوت.

الثاني: أن الغرر ما كان مستور العاقبة، والنهي عنه لما يفضي إليه من منازعة ومخاصمة، وعدم قدرة على التسليم؛ أما إن كان لا يفضي إلى ذلك فلا مانع منه، ألا ترى أنه يجوز أن يبيع قفيزاً من صبرة، ولا يجوز أن يبيع شاةً من قطيع؛ للمنازعة في تعيين ما يُسلمه؛ للتفاوت[1].

الثالث: أن الإبراء إسقاط، والإسقاط لا تبطله الجهالة؛ لأن الجهالة فيه لا تؤدي إلى المنازعة.

واستدل أصحاب القول الثاني بعدة أدلة منها:

الدليل الأول: قصة أبي اليسر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في صحيح مسلم، وفيها أنه قال لغريمه: إن وجدت قضاء فاقضني، وإلا، أنت في حل، فأشهد بصر عيني هاتين -ووضع إصبعيه على عينيه- وسمع أذني هاتين،

(١) ينظر: فتح القدير، ابن الهمام (٦/ ٣٩٨)؛ والمغني، ابن قدامة (٤/ ٩٩).

ووعاه قلبي هذا -وأشار إلى مناط قلبه- رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهو يقول: ((**من أنظر معسراً أو وضع عنه، أظله الله في ظله**))[1].

وجه الدلالة: أن صاحب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أبا اليسر، أبرأ غريمه إبراء معلقاً، ولم يُعرف له مخالف، والأخذ بقول الصحابي وعمله مقدم على قول غيره.

الدليل الثاني: أن الأصل في العقود والشروط الصحة ما لم تخالف الشرع، وليس في شرط التعليق ما يخالف الشرع[2]، قال ابن القيم رَحِمَهُ اللَّهُ: «القياس الصحيح يقتضي صحة تعليقه -تعليق الإبراء-؛ لأنه إسقاط محض، ولهذا لا يفتقر إلى قبول المبرئ، ولا رضاه، فهو بالعتق والطلاق أشبه منه بالتمليك»[3]، وقال: «ولم يقيموا -أصحاب القول الأول- شبهة فضلاً عن دليل صحيح على امتناع تعليق الإبراء بالشرط، ولا يدفعه نص، ولا قياس، ولا قول صاحب»[4].

الراجح -والله أعلم- هو القول الثاني، وأن تعليق الإبراء صحيح جائز؛ لأن الإبراء حقيقته الإسقاط، وهو لا تفتقر إلى قبول؛ وقد قال به صحابي ولم يُعرف له مخالف، وقول الصحابي مقدم على من بعده،

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزهد والرقائق، رقم الحديث (٣٠٠٦)، (٤/ ٢٣٠١).
(٢) ينظر: أبحاث في قضايا معاصرة، الشبيلي (١/ ٢٦٨).
(٣) إغاثة اللهفان، ابن القيم (٢/ ١٨).
(٤) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم (٤/ ٦).

لا سيما وأنه يوافق الأصل في العقود والشروط وهو الصحة، وليس في تعليق الإبراء ما يخالف الشرع.

المطلب الثاني: الإبراء من المجهول:

اختلف أهل العلم في صحة الإبراء من المجهول على قولين:

القول الأول: أن الإبراء من المجهول صحيح، وإليه ذهب الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعي في القديم[٣]، وهو المذهب عند الحنابلة[٤]، وفي رواية عندهم: أن الإبراء من المجهول يصح إن تعذر العلم به، وإلا فلا[٥].

القول الثاني: أن الإبراء من المجهول لا يصح مطلقاً، وإليه ذهب الشافعي[٦]، وهو رواية عند الحنابلة[٧].

استدل أصحاب القول الأول بعدة أدلة منها:

(١) ينظر: التجريد، القدوري (٥/ ٢٤٩٠)؛ والمبسوط، السرخسي (١٣/ ٩٢).
(٢) ينظر: الموطأ، مالك (٢/ ٦١٣)؛ وشرح مختصر خليل، الخرشي (٦/ ٩٩).
(٣) ينظر: الحاوي الكبير، الماوردي (٥/ ٢٧٢)؛ والمهذب، الشيرازي (٢/ ٥٦).
(٤) ينظر: المغنى، ابن قدامة (٦/ ٢٦٥)؛ وشرح منتهى الإرادات، البهوتي (٢/ ٤٣٣)؛ وكشاف القناع، البهوتي (١٠/ ١٣٠).
(٥) ينظر: المغنى، ابن قدامة (٦/ ٢٦٥) (٨/ ٢٥١)؛ وشرح منتهى الإرادات، ابن النجار (٧/ ٢٨٤)؛ وكشاف القناع، البهوتي (١٠/ ١٣٠).
(٦) ينظر: المهذب، الشيرازي (٢/ ٥٦، ٣٣٧)؛ وبحر المذهب، الروياني (٤/ ٥٦٢).
(٧) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي (١٧/ ٢٩)؛ وشرح منتهى الإرادات، ابن النجار (٧/ ٢٨٤).

الدليل الأول: حديث سالم بن عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: باع ابن عمر عبدًا له بالبراءة، فوجد الذي اشتراه به عيبًا فقال لابن عمر: لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فقال الرجل: باعني عبدًا به داء لم يسمه لي، فقال ابن عمر: بعت بالبراءة، فقضى عثمان: أن يحلف ابن عمر بالله لقد باعه وما به داء علمه، فأبى ابن عمر أن يحلف، وقبل العبد(١).

وجه الدلالة: أن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا باع العبد بشرط البراءة من كل عيب، وهذا دليل على صحة البراءة من المجهول، وقد اشتهرت هذه القصة في زمن الصحابة فلم ينكرها أحد، فكانت إجماعاً، قال ابن قدامة: «وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر، فكانت إجماعاً»(٢).

فإن قيل: بأن عثمان رده على ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فلا دليل لكم فيها.

أجيب: بأن الرد لا لعدم صحة البراءة من المجهول، وإنما لنكول ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن حلف اليمين تورعاً، ولذا أشار ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ إلى أن الصحابة أجمعوا على صحة شرط البراءة من المجهول قال رَحِمَهُ اللَّهُ: «لأن ابن عمر باع بشرط البراءة، فأجمعوا على صحته»(٣).

---

(١) أخرجه مالك في موطئه، رقم الحديث (٤)، (٢/ ٦١٣)؛ وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه، واللفظ له، رقم الحديث (١٤٧٢١)، (٨/ ١٦٢)؛ وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى، رقم الحديث (١٠٨٨٨)، (١١/ ٢١٤) قال البيهقي: «أصح ما روي في هذا الباب»، وصححه ابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٥٥٨).

(٢) ينظر: المغنى، ابن قدامة (٦/ ٢٦٥).

(٣) ينظر: المرجع السابق.

الدليل الثاني: حديث أم سلمة قالت: جاء رجلان من الأنصار يختصمان إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بينة، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**إنكم تختصمون إلي، وإنما أنا بشر، ولعل بعضكم ألحن بحجته -أو قد قال: لحجته- من بعض، فإنما أقضي بينكم على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً، فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار يأتي بها إسطاماً في عنقه يوم القيام**)) فبكى الرجلان، وقال كل واحد منهما: حقي لأخي، قال: فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**أما إذ قلتما، فاذهبا فاقتسما، ثم توخيا الحق، ثم استهما، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه**))[1].

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجاز البراءة عن الديون المجهولة؛ إذا الأشياء المندرسة تكون مجهولةً[2].

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده، واللفظ له، رقم الحديث (٢٦٧١٧)، (٤٤/ ٣٠٧)؛ وأخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب قضاء القاضي إذا أخطأ، رقم الحديث (٣٥٨٥)، (٥/ ٤٣٩)؛ وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى، رقم الحديث (١١٤٧١)، (١١/ ٥٢٩)؛ وأخرجه الحاكم في مستدركه، رقم الحديث (٧٠٣٣)، (٤/ ١٠٧)، وقال: «صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، ووافقه الذهبي، وقال ابن كثير في إرشاد الفقيه: «رواه الإمام أحمد وأبو داود بإسناد على شرط مسلم» (٢/ ٤٠٦)، وحسنه ابن حجر العسقلاني من أجل أسامة بن زيد، وقال: «وهو مدني صدوق في حفظه شيء، وقد أخرج له مسلم استشهاداً، وبقية رواته من رواة الصحيح» (موافقة الخبر الخبر في تخريج أحاديث المختصر (٢/ ١٨٣).

(٢) ينظر: التجريد، القدوري (٥/ ٢٤٩٠)؛ والجوهر النقي، ابن التركماني (٦/ ٦٦).

الدليل الثالث: حديث جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه أخبره: أن أباه توفي وترك عليه ثلاثين وسقًا لرجل من اليهود، فاستنظره جابر فأبى أن ينظره، فكلم جابر رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ليشفع له إليه، فجاء رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وكلم اليهودي ليأخذ ثمر نخله بالذي له فأبى... الحديث[1].

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سأل الغريم اليهودي أن يقبل بثمر نخل الحائط بالدَّين الذي له، وأن يحلله من باقي دينه، وذلك إن لم يف الثمر بالدين كله، وسؤاله له كان بغير وقوف منهم على مقدار ثمر النخل من الدَّين، ففيه دليل على إجازة الإبراء من الدين المجهول[2].

الدليل الرابع: الإجماع العملي؛ فالأمة من زمن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى يومنا يتحللون عن المعاملات والديون وخاصةً عند الموت مع جهالة قدر ما يقع التحلل منه، فدل على جواز البراءة من المجهول[3].

الدليل الخامس: أن الإبراء إسقاط حق فصح معلوماً ومجهولاً كالعتاق والطلاق[4].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: إذا قاص أو جازفه في الدين تمراً بتمر أو غيره، رقم الحديث (٢٣٩٦)، (٣/ ١١٧).

(٢) ينظر: شرح مشكل الآثار، الطحاوي (١٠/ ٢١٩).

(٣) ينظر: التجريد، القدوري (٥/ ٢٤٩١).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير، الماوردي (٥/ ٢٧٢)؛ والمغني، ابن قدامة (٦/ ٢٦٥).

فإن قيل: بأن الإبراء تمليك لا إسقاط، أو إسقاط فيه معنى التمليك.

أجيب: بعد التسليم؛ فالإبراء إسقاط لغة واصطلاحاً، ففي اللغة هو التخلص والتنزه[1]، وفي الاصطلاح: إزالة حق له في ذمة آخر أو قِبله[2]، واحتماله معنى التمليك لا ينقله عن حقيقته الاصطلاحية، ولذا لا يصح تمليك الأعيان بلفظ الإبراء، ويصح الإبراء بلفظ الإسقاط، كما لو قال: أسقطت عنك ألف ريال.

الدليل السادس: أن ما لا يفتقر إلى تسليم يصح مع الجهالة، كالقفيز من الصبرة، ولما كان الإبراء لا يفتقر إلى تسليم صح في المجهول[3].

واستدل أصحاب القول الثاني بعدة أدلة منها:

الدليل الأول: ما جاء عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «**نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر**»[4].

وجه الدلالة: أن الإبراء عن المجهول غرر؛ لأنه لا يقف على قدره[5].

(١) ينظر: لسان العرب، ابن منظور (١/ ٣٣)؛ وتاج العروس، الحسيني (١/ ١٤٦)؛ والمعجم الوسيط، مجموعة مؤلفين (١/ ٤٦).
(٢) ينظر: النهاية في شرح الهداية، السغناقي (١٨/ ١٩٤).
(٣) ينظر: الحاوي الكبير، الماوردي (٥/ ٢٧٢).
(٤) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، رقم الحديث (١٥١٣)، (٣/ ١١٥٣).
(٥) ينظر: الحاوي الكبير، الماوردي (٥/ ٢٧٢).

ويمكن أن يناقش: بأن الإبراء إسقاط حق، فصح مجهولاً ومعلوماً كالعتق، والنهي الوارد في الحديث هو بيع الغرر وما يأخذ حكمه من المعاوضات لا إسقاط الحقوق.

الدليل الثاني: أن كل جهالة يمكن الاحتراز منها لا يعفو عنها، ولما أمكن الاحتراز من الجهالة في الإبراء، وجب أن تكون الجهالة مانعة من صحة الإبراء[1].

ويمكن أن يناقش: بأن الإبراء يكون من حق في الذمة، ولما كان الإبراء إسقاطاً لما في الذمم جاز أن يكون من مجهول، فقد أجاز النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الإبراء من الحقوق المندرسة المجهولة بإبراء كل واحد منهم الآخر، وفي حديث جابر سأل اليهودي أن يأخذ ثمر الحائط -مع عدم وقوفهما عليه- بالدَّين الذي له، وأن يبرأه من بقية الدَّين.

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول، من أن الإبراء من المجهول صحيح؛ لما جاء عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من إجازته إبراء ذمم المتخاصمين في الحقوق المندرسة المجهولة بأن يبرأ كل واحد منهما الآخر؛ ولما جاء عنه من سؤاله اليهودي غريم عبد الله بن حرام أن يأخذ ثمر نخل الحائط الذي هو مجهول لهم حال السؤال بالدَّين الذي له وإبراءه من بقية الدَّين؛ وللإجماع في قصة ابن عمر على صحة شرط البراءة من المجهول؛ وللإجماع العملي من الأمة على الإبراء من

(١) ينظر: المرجع السابق (٥/ ٢٧٣).

المجهول من الحقوق خاصة الديون لا سيما عند الموت وأماراته؛ ولأن الإبراء إسقاطٌ لغة واصطلاحاً، فلا يقيد بما تقيد به المعاوضات.

المطلب الثالث: الهبة المعلقة:

اختلف أهل العلم في صحة تعليق الهبة على قولين:

القول الأول: عدم صحة تعليق الهبة، وإليه ذهب الحنفية(١)، والشافعية(٢)، والحنابلة(٣).

القول الثاني: صحة تعليق الهبة، وإليه ذهب المالكية(٤)، وهو رواية عند الحنابلة اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية(٥)، وابن القيم(٦).

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٦/ ١١٧، ١١٨)، والفتاوى الهندية (٤/ ٣٧٤).

(٢) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي، العمراني (٨/ ١٢٢)؛ والنجم الوهاج في شرح المنهاج، الدميري (٥/ ٥٣٩)؛ وأسنى المطالب في شرح روض الطالب، الأنصاري (٢/ ٤٧٩).

(٣) ينظر: المغني، ابن قدامة (٨/ ٢٥٠)؛ والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي (١٧/ ٤٤)؛ وشرح منتهى الإرادات، البهوتي (٢/ ٤٣٤)؛ وكشاف القناع، البهوتي (١٠/ ١٣٧).

(٤) ينظر: البيان والتحصيل، ابن رشد (٤/ ٣٢٥)؛ ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الحطاب (٦/ ٥٦)؛ وفتح العلي المالك، عليش (١/ ٢٨٧-٢٨٨).

(٥) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي (١٧/ ٤٤).

(٦) ينظر: أحكام أهل الذمة، ابن القيم (١/ ٥١٩)؛ وإغاثة اللهفان في مصائد الشيطان، ابن القيم (٢/ ١٦).

استدل أصحاب القول الأول: أن الهبة تمليك العين للحال، والتمليكات لا تحتمل خطر الوجود والعدم، وتعليق الهبة له خطر الوجود والعدم؛ فلم يصح[1].

ويمكن أن يناقش: بأن الأصل في الهبة أنها تبرع محض لا يطلب الباذل عليها شيئاً، ويُغتفر في التبرعات ما لا يُغتفر في غيرها، وقد صح عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه علق الهبة، كما سيأتي في أدلة القول الثاني.

واستدل أصحاب القول الثاني بعدة أدلة منها:

الدليل الأول: ما جاء عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وفيه:... فقام رجل في يده كبة من شعر، فقال: أخذت هذه لأصلح بها برذعة لي، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك**))[2].

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١١٧).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده، رقم الحديث (٦٧٢٩)، (١١/ ٣٣٩-٣٤١)؛ وأخرجه أبو داود في سننه، واللفظ له، كتاب الجهاد، باب في فداء الأسير بالمال، رقم الحديث (٢٦٩٤)، (٤/ ٣٣٠)؛ والحديث حسن، قال الهيثمي: «رواه أحمد، ورجال أحد إسناديه ثقات» (مجمع الزوائد ومنبع الفوائد (٦/ ١٨٨)، وقال ابن عبد البر: «حديث متصل جيد الإسناد» (التمهيد (١٢/ ٣٨٨)، وحسنه الألباني في (صحيح سنن أبي داود (٨/ ٢٩).

ويمكن أن يكون وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهبه هبةً معلقة، فأحل له ما يملكه هو وبنو عبد المطلب، وعلق الباقي بإباحة باقي الغانمين(١).

الدليل الثاني: ما جاء عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**لو قد جاء مال البحرين قد أعطيتك هكذا وهكذا وهكذا**)). فلم يجئ مال البحرين حتى قُبض النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلما جاء مال البحرين أمر أبو بكر فنادى: من كان له عند النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عِدَةٌ، أو دَين فليأتنا، فأتيته فقلت: إن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لي كذا وكذا، فحثى لي حثية، فعددتها، فإذا هي خمسمائة، وقال: خذ مثليها(٢).

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ علق هديته لجابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بوصول مال البحرين، فلما جاء مال البحرين وكان النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد قبض، أنفذه أبأ بكر لجابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ(٣).

ويمكن أن يناقش: بعدم التسليم بأن هذا من باب الهبة، وإنما هو من باب الوعد.

---

(١) ينظر: أحكام أهل الذمة، ابن القيم (١/ ٥١٩)؛ وشرح المصابيح، ابن الملك (٤/ ٤٥٣).

(٢) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، واللفظ له، كتاب الكفالة، باب من تكفل عن ميت دينا فليس له أن يرجع، رقم الحديث (٢٢٩٦)، (٣/ ٩٦)؛ وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الفضائل، رقم الحديث (٢٣١٤)، (٤/ ١٨٠٦).

(٣) ينظر: إغاثة اللهفان في مصائد الشيطان، ابن القيم (٢/ ١٦).

ويمكن أن يجاب: بأن كل هبة معلقة بشرط هي وعد، ولا يخرجها ذلك عن حقيقتها، كما صرح بذلك ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1].

الدليل الثالث: أن الأصل في المعاملات المالية الحل والإباحة، ولم يثبت ما يخرج تعليق الهبة عن هذا الأصل، لا بالنص ولا بالإجماع كما ذكره ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2]، بل صح عن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تعليق الهبة كما في حديث جابر وغيره.

الراجح -والله أعلم- هو القول الثاني، وأن تعليق الهبة صحيح؛ لفعله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقد علق هبته لجابر بمجيء المال، ووهب ماله وبني عبد المطلب من كبة الشعر، وعلق تمام الهبة بإباحة باقي الغانمين؛ ولأن تعليق الهبة لم يرد ما يخرجه عن الأصل في المعاملات المالية وهو الحل والإباحة، فلا نص يمنع، ولا إجماع.

المطلب الرابع: الهبة المجهولة:

اختلف أهل العلم في صحة الهبة المجهولة على قولين:

القول الأول: عدم صحة الهبة المجهولة.

(١) ينظر: المرجع السابق.
(٢) ينظر: المرجع السابق.

وإليه ذهب الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

القول الثاني: صحة الهبة المجهولة، وإليه ذهب المالكية[٤]، وبعض الحنابلة[٥]، وهو اختيار ابن تيمية[٦]، وابن القيم[٧].

استدل أصحاب القول الأول بعدة أدلة منها:

الدليل الأول: أن الهبة عقد تمليك في حال الحياة، فلم يصح بالمجهول كالبيع[٨].

(١) ينظر: المبسوط، السرخسي (١٢/ ٧٤)؛ والمحيط البرهاني، ابن مازة (٦/ ٢٤٠)؛ ومجلة الأحكام العدلية، المادة (٨٥٨) (ص ١٦٥).

(٢) ينظر: الوسيط، الغزالي (٤/ ٢٦٨)؛ والبيان في مذهب الإمام الشافعي، العمراني (٨/ ١٤١)؛ وروضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي (٥/ ٣٧٣).

(٣) ينظر: المغني، ابن قدامة (٨/ ٢٤٩)؛ والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي (١٧/ ٤٢)؛ وشرح منتهى الإرادات، البهوتي (٢/ ٤٣٤)؛ والإقناع في فقه الإمام أحمد، الحجاوي (٣/ ٣٣).

(٤) ينظر: الجامع لمسائل المدونة، الصقلي (١٩/ ٥٩١)؛ والكافي في فقه أهل المدينة، ابن عبد البر (٢/ ١٠٠١)؛ وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد (٤/ ١١٤)؛ وشرح مختصر خليل، الخرشي (٧/ ١٠٣).

(٥) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي (١٧/ ٤٢-٤٣) وشرح منتهى الإرادات، ابن النجار (٧/ ٢٨٧).

(٦) ينظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٣١/ ٢٧٠)؛ والفتاوى الكبرى، ابن تيمية (٥/ ٤٣٤).

(٧) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم (٢/ ٨).

(٨) ينظر: المبسوط، السرخسي (١٢/ ٧٤)؛ والبيان في مذهب الإمام الشافعي، العمراني (٨/ ١٤١).

الدليل الثاني: أن الهبة تمليك، والتمليك لا يتعلق بخطر الوجود وعدمه، فلم يصح في المجهول[1].

ويمكن مناقشة الدليلين: بأن الهبة من عقود التبرعات، ويُغتفر في التبرعات ما لا يُغتفر في غيرها، وقد ثبت عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هبة المجهول، كما سيأتي في أدلة القول الثاني.

واستدل أصحاب القول الثاني بعدة أدلة منها:

الدليل الأول: حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وفيه:... فقام رجل في يده كبة من شعر، فقال: أخذت هذه لأصلح بها برذعة لي، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك**))[2].

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهب الرجل نصيبه ونصيب بني عبد المطلب من هذه الكبة المشاعة، وهو لا يعلم مجموع ما يملكه منها، فهذا دليل على جواز هبة المشاع المجهول[3].

الدليل الثاني: قصة جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في مال البحرين، وأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال له: ((**لو قد جاء مال البحرين قد أعطيتك هكذا وهكذا وهكذا**)). فلم يجئ مال البحرين حتى قبض النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ،

(١) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي، العمراني (٨/ ١٤١).
(٢) سبق تخريجه في صفحة (٦٠٤).
(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، الجصاص (٤/ ٤١).

فلما جاء مال البحرين أمر أبو بكر فنادى: من كان له عند النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عِدَةٌ، أو دَين فليأتنا، فأتيته فقلت: إن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لي كذا وكذا، فحثى لي حثية، فعددتها، فإذا هي خمسمائة، وقال: خذ مثليها[1].

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهب جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ هبة مجهولة المقدار[2].

الدليل الثالث: ما جاء عن عائشة أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نحلها جَادَّ عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: «والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إليَّ غنىً بعدي منك، ولا أعز عليَّ فقراً بعدي منك، وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقاً، فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك. وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك، وأختاك، فاقتسموه على كتاب الله»، قالت عائشة، فقلت: يا أبت، والله لو كان كذا وكذا لتركته، إنما هي أسماء، فمن الأخرى؟ فقال أبو بكر: «ذو بطن بنت خارجة، أراها جارية»[3].

---

(١) سبق تخريجه في صفحة (٦٠٥).

(٢) ينظر: التوضيح لشرح الجامع الصحيح، ابن الملقن (١٥/ ١٤٥)؛ وعمدة القاري شرح صحيح البخاري، العيني (١٢/ ١٢١).

(٣) أخرجه مالك في موطئه، واللفظ له، رقم الحديث (٤٠)، (٢/ ٧٥٢)؛ وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى، رقم الحديث (١١٩٤٨)، (٦/ ٢٨٠)؛ وصححه ابن كثير في (إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه (٢/ ١٠٤)؛ وابن الملقن في (البدر المنير (٧/ ١٤٥).

وجه الدلالة: أن أبا بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وهب عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا عشرين وسقًا من مال الغابة، فدل على جواز الهبة المجهول عينها(١).

الدليل الرابع: ما جاء في قصة أم أيمن رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا وفيه: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لها: ((**يا أم أيمن اتركيه ولك كذا وكذا**))، وتقول: كلا والذي لا إله إلا هو. فجعل يقول: ((**كذا**))، حتى أعطاها عشرة أمثاله أو قريباً من عشرة أمثاله(٢).

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهب أم أيمن هبة مجهولة، وذلك أن الثمرة مجهولة كما يقول القرطبي رَحِمَهُ اللَّهُ، فدل على جواز هبة المجهول(٣).

الدليل الخامس: ما جاء عن سويد بن قيس، قال: جلبت أنا ومخرفة العبدي بزًّا من هجر، فجاءنا رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فساومنا سراويل، وعندنا وزَّان يزن بالأجر، فقال له النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**يا وزان، زن وأرجح**))(٤).

---

(١) ينظر: الاستذكار، ابن عبد البر (٧/ ٢٢٧).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، رقم الحديث (١٧٧١)، (٣/ ١٣٩٢).

(٣) ينظر: المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم، القرطبي (٤/ ٥٩١).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه، واللفظ له، كتاب البيوع، باب في الرجحان في الوزن والوزن بالأجر، رقم الحديث (٣٣٣٦)، (٣/ ٢٤٥)؛ وأخرجه الترمذي في جامعه، أبواب البيوع عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب ما جاء في الرجحان في الوزن، رقم الحديث (١٣٠٥)، (٢/ ٥٧٤)؛ وأخرجه النسائي في سننه الكبرى، كتاب =

وجه الدلالة: أن الرجحان هبة، وهي غير معلومة القدر، فدل على جواز هبة المجهول[1].

الدليل السادس: قصة الرجلين في المواريث التي قد اندرست ولا تُعلَم، فإن كل واحد منهما جعل حقه للآخر جاء في الحديث «فبكى الرجلان، وقال كل واحد منهما: حقي لأخي»[2]، وهذه هبة مجهولة، فكل واحد منهما لا يعلم نصيبه[3].

ويمكن أن يستدل لهم: بأن الأصل في الهبات أنها من عقود التبرعات، والغرر في التبرعات مغتفر لا يؤثر فيها.

الراجح -والله أعلم- هو القول الثاني وأن الهبة المجهولة جائزة؛ لفعل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ ولأن الأصل في الهبة أنها من التبرع، ويغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في غيرها.

وبهذا نخلص إلى أن المرابحة مع الالتزام بالحسم يمكن تخريجها على أنها من الإبراء المعلق، أو من الإبراء من المجهول، أو من الهبة المعلقة،

= البيوع، باب الرجحان في الوزن، رقم الحديث (٦١٤٠)، (٦/ ٥٣)؛ وأخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب التجارات، باب الرجحان في الوزن، رقم الحديث (٢٢٢٠)، (٢/ ٧٤٨)؛ قال الترمذي: «حديث حسن صحيح» (الجامع (٢/ ٥٧٤)؛ وقال الحاكم: «حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه» ووافقه الذهبي (المستدرك على الصحيحين (٤/ ٢١٣).

(١) ينظر: شرح سنن أبي داود، ابن رسلان (١٤/ ٣٧).

(٢) سبق تخريجه في صفحة (٥٩٩).

(٣) ينظر: شرح سنن أبي داود، ابن رسلان (١٤/ ٦٣٢).

أو من الهبة المجهولة، فكلها جائزة على الراجح -والله أعلم-، وهذه المسائل أصول يمكن إلحاق التزام المؤسسات المالية بالحط والحسم من الربح المتفق عليه ابتداءً في العقد بناء على انخفاض المؤشر عليها والتخريج والإلحاق بها، ولذا فإن كثيراً من الهيئات الشرعية والباحثين أجازوا المرابحة مع الالتزام بالحسم. ومن ذلك:

١- **هيئة الرقابة الشرعية لمصرف الهلال** عام ٢٠٠٩م في المحضر رقم (١٥/ ١٨٦/ ١١/ ٢٠٠٩): حيث أجازت البيع بثمن محدد، وعقد هبة معلق لجزء من الثمن المؤجل على تغير السعر أو على مؤشر ما[١].

٢- **الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء** عام ١٤٤٠هـ/ ٢٠١٩م، وذلك في القرار رقم (٩٨٧) بشأن إجازة منتج المرابحة مع الالتزام بالحسم[٢].

٣- **الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي** عام ١٤٤٢م/ ٢٠٢١م، وذلك في توجيهها ذي الرقم (٢١١٢٢) بشأن النظر في استخدام مؤشر (سوفر) بديلاً عن مؤشر (لايبور)[٣].

٤- **اللجنة الشرعية للبنك الأهلي السعودي** عام ١٤٤٢هـ/ ٢٠٢١م، في القرار رقم (١٢١٢٧٥٠١) بشأن هياكل شرعية مقترحة للمرابحة

(١) ينظر: ملتقى المرابحة بربح متغير، الهيئة الشرعية لبنك البلاد (ص ١٦٠).
(٢) تطبيق إصدارات الإنماء الشرعية، قرارات اللجنة الشرعية.
(٣) ينظر: تعقيب أ. د. صالح بن عبد الله اللحيدان، ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثالثة عشرة (ص ٤٢٦-٤٢٧).

للتوافق مع المؤشر الجديد، ومنها: هيكل المرابحة مع الالتزام بالحسم، وقد انتهت فيه -بالأغلبية- إلى إجازة تلك الهياكل المقترحة[1].

المطلب الخامس: المرابحة مع الالتزام بالحسم وضع وتعجل:

بعد ذكر المسائل التي تخرج عليها مسألة المرابحة مع الالتزام بالحسم، قد يثور هنا استشكال، وهو أن هذه المسألة شُرط فيها الحط من ثمن الربح عند ابتداء العقد، ومسألة الحط إنما أجازها بعض أهل العلم في مسألة (ضع وتعجل) عند الوفاء بالدين لا عند ابتدائه.

والجواب عن ذلك من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم بوجود صورة (ضع وتعجل) في المرابحة مع الالتزام بالحسم، وذلك أنه لا تعجل هنا مطلقاً، فلا وجود لهذا الاستشكال إلا في الأذهان فقط، فالمعاملة السداد فيها على ١٠ سنوات مثلاً، بربح محدد متفق عليه حين ابتداء العقد، مع التزام من البنك بحسم ما زاد عن الربح الحقيقي لصالح المدين، فليس فيها تعجل ليتم الوضع مقابلة له.

الوجه الثاني: أن الدين أصله معلوم محدد متفق عليه عند ابتداء العقد، والجهالة في مقدار ما قد يتنازل به البنك لصالح المدين، جهالة تؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى النزاع والاختلاف.

(١) ينظر: المرابحة مع الالتزام بالحسم، العتيبي، ندوة البنك العربي الأولى (ص ٢٧).

فإن قيل: بأن الاتفاق السابق بين الطرفين على التزام البنك برد ما زاد عن الربح الحقيقي هو حيلة على الربا، وذلك بأن يجعله البنك ساتراً لغرامات التأخر، فلا يرد له إلا ما زاد بعد حسم غرامات التأخر، ثم إنهما قد افترقا دون بت بالثمن، فالثمن متردد بين الحد الأعلى للربح، وبين الربح الحقيقي.

فالجواب: أن المحذور الشرعي هو التفرق دون بت بأحد الثمنين، أما في مسألتنا فإن العقد أبرم بين الطرفين بثمن مبتوت محدداً مقطوعاً به هو الربح الأعلى، وافترقا على ذلك، وقد ثبت في ذمة العميل كامل الربح.

أما التزام المصرف للعميل بالتنازل عما زاد عن الربح الحقيقي، فهو وعد ملزم من طرف واحد فقط، والوعد الملزم من طرف ليس عقداً. ثم إن مناط المنع في الحيلة على الربا هو عند وجود التهمة، أما عند عدم التهمة بالتحايل على الربا -وذلك أن من ضوابط جواز المعاملة ألا يستخدم المصرف هذه المعاملة حيلة على الربا في أخذ غرامات على التأخير- فالأصل هو الجواز، وقد أجاز أهل العلم صوراً عديدة هي أشد خطراً من الالتزام بالحسم عند ابتداء العقد إذا لم توجد تهمة بالتحايل على الربا، ومن ذلك[1]:

(١) ينظر: الحسم من الدين مقابل التعجيل، السماعيل (ص ٣١-٣٢).

١- **بيع العينة**: فقد ذهب بعض أهل العلم على جواز صورة العينة إذا وقعت بمثل الثمن الأول أو أكثر منه، يقول ابن الهمام: «ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن بمثل الثمن أو أكثر جاز، وإن باعها من البائع بأقل لا يجوز عندنا»(١).

وقال شمس الدين ابن قدامة: «فأما إن باعها بمثل الثمن أو أكثر جاز؛ لأنه لا يكون ذريعة»(٢).

٢- **اجتماع السلف والبيع**: فالشارع نهى عن اجتماعهما، ومع ذلك فإن من أهل العلم من أجاز اجتماعهما إن لم يكن حيلة على الربا، ففي مختصر خليل: «ومنع للتهمة ما كثر قصده، كبيع وسلف»(٣)، وقال المواق: «قال ابن عبد السلام: أكثر العلماء لا يقول بسد الذرائع، ولا سيما في البيع، وقد علمت أن المنع في البيع والسلف إنما نشأ عن اشتراط السلف نصاً، وبياعات الأجل لا نص فيها باشتراط أن البائع يشتري السلعة التي باع، وإنما هو أمر يتهمان عليه ويستند في تلك التهمة إلى العادة»(٤).

(١) فتح القدير، ابن الهمام (٦/ ٤٣٢-٤٣٣).
(٢) الشرح الكبير، ابن قدامة (١١/ ١٩٣).
(٣) مختصر خليل (ص ١٥٠).
(٤) التاج والإكليل لمختصر خليل، المواق (٦/ ٢٦٨).

ثم إن الربا هو الزيادة في الدين الثابت في ذمة المدين لتأخره عن السداد، والمرابحة مع الالتزام بالحسم ليس فيها زيادة على الدين من حيث الأصل، فالعقد بين الطرفين بثمن محدد مقطوع به، فالربا غير متصورٍ في الالتزام بالحسم إلا في صورة جزئية تم منعها، وهي غرامة التأخير فإن اشتراطها محرم يجب خلو العقد منه.

المطلب السادس: الضوابط الشرعية للمرابحة مع الالتزام بالحسم:

بعد عرض حكم المسألة من حيث الجملة، والمسائل التي تُخرج عليها المرابحة مع الالتزام بالحسم، نختم هذا المبحث بذكر الضوابط الشرعية التي تحيط بالمسألة وتبعدها عن الصورية والمحاذير الشرعية:

فيشترط في عقد المرابحة إضافةً إلى الشروط العامة للبيع[1]، وشروط البيع بالتقسيط[2]:

(١) وشروط البيع إجمالًا:
الشرط الأول: أن يكون المعقود عليه طاهراً.
الشرط الثاني: أن يكون المعقود عليه مباح النفع.
الشرط الثالث: أن يكون المعقود عليه مقدوراً على تسليمه.
الشرط الرابع: أن يكون المعقود عليه خالياً من الغرر.
الشرط الخامس: أن يكون المعقود عليه مالاً.
الشرط السادس: أن يكون المعقود عليه مملوكاً في ذاته.
الشرط السابع: أن يكون معلوماً للمتعاقدين.

(٢) وشروط البيع بالتقسيط إجمالًا:
الشرط الأول: ألا يكون البيع بالتقسيط ذريعةً إلى الربا.
الشرط الثاني: أن يكون المبيع حالاً. =

الضابط الأول: أن تملك المؤسسة المالية السلعة قبل بيعها على العميل، وتقبضها قبضاً حقيقياً أو حكمياً؛ لتدخل في ضمانها، وتكون تبعة الهلاك عليها.

الضابط الثاني: إلغاء أي ارتباط تعاقدي سابق بين العميل الآمر بالشراء والبائع الأصلي؛ لئلا تكون المعاملة قرضاً بفائدة.

الضابط الثالث: أن يكون البائع للسلعة على المؤسسة المالية طرف ثالث غير العميل أو وكيله؛ لئلا تكون عينةً.

الضابط الرابع: أن يتم عقد المرابحة مع العميل في وقت لاحق لتملك المؤسسة المالية السلعة، ولا يجوز اعتبار عقد المرابحة مبرماً تلقائياً بمجرد تملك المؤسسة المالية السلعة.

الضابط الخامس: أن يكون العقدان منفصلين، فلا يُبنى أحدهما على الآخر؛ لئلا تكون المعاملة قرضاً بفائدة.

الضابط السادس: ألا يكون الوعد ملزماً للطرفين، إن كان هنالك وعد، أو يكون ملزماً لطرف واحد فقط.

= الشرط الثالث: أن يقبض البائع السلعة المبيعة.
الشرط الرابع: أن يكون البيع منجزاً.
الشرط الخامس: أن يكون الثمن في بيع التقسيط ديناً لا عيناً.
الشرط السادس: أن يكون الثمن مبتوتاً.
الشرط السابع: أن يكون الأجل معلوماً.

الضابط السابع: أن تنتقل ملكية السلعة إلى العميل الآمر بالشراء بعقد المرابحة، لا بسداد كامل الثمن أو الأقساط.

الضابط الثامن: أن يكون التأمين على السلعة أثناء فترة الوعد على المؤسسة المالية.

الضابط التاسع: ألا يجري بين الثمنين ربا النسيئة أو ربا الفضل، كما لو كانت العلة واحدة والجنسان مختلفان، أو كان الجنس واحداً.

الضابط العاشر: أن يكون التعاقد مع العميل بثمن مبتوت غير متردد، فيكون إجمالي ربح المرابحة معلوماً محدداً غير متردد فيه.

الضابط الحادي عشر: أن يكون الربح المنصوص عليه في العقد هو السعر المعتاد للسوق أو مقارباً له؛ فلا يُزاد في الربح بصورة تجعله صورياً أو ساتراً لغرامات التأخير.

الضابط الثاني عشر: ألا يستخدم المصرف هذه المعاملة حيلة على الربا في أخذ غرامات على التأخير[1].

الضابط الثالث عشر: أن تكون إجراءات الحسم معلومة للمتعاقدين بصورة لا توقع في النزاع والاختلاف.

كما أنه يلزم التقيد بمعيار المرابحة (المعيار الثامن) من المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية.

(١) فيزيد في الربح عن المعتاد في السوق، ويضع قيد في العقد (في حال تعثر العميل في السداد فإن ما زاد عن المؤشر يأخذه المصرف)، فهنا أصبح الثمن الأقل هو حقيقة العقد، والزيادة مع الالتزام بالحسم هي الساترة للحصول على غرامات التأخير.

الخاتمة

الحمد لله على ما يسره من إتمام للبحث، والشكر له أولا وآخراً، ظاهراً وباطناً، وقد توصلت في هذا البحث إلى عدد من النتائج منها:

١- أن المؤشر هو: رقم حسابي يحسب بطريقة إحصائية خاصة يقصد منه معرفة حجم التغير في سوق معينة. وتجري عليه مبايعات في بعض الأسواق العالمية.

٢- أن المؤشر أقرب ما يكون إلى ما يعرف بسعر السوق.

٣- أن مؤشر اللايبور (LIBOR) والسايبور (SAIBOR) يحدد تكلفة الإقراض للفترة المستقبلية، وهو مبني على تقديرات الخبراء، بينما مؤشر السوفر (SOFR) كذلك يحدد تكلفة الإقراض للفترة المستقبلية لكنه مبني على معاملات الماضي، وهي معاملات حقيقية، فالمؤشرات السابقة كان يسهل التلاعب بها بما أنها مبنية على التقدير، بخلاف المؤشر الجديد السوفر (SOFR).

٤- أهمية المؤشر هو في معرفة سعر السوق واتجاهه، فيستدل المصرف الإسلامي عليه في تحديد ربحه في عمليات التمويل.

٥- أن الاستئناس بالمؤشرات والرجوع لها في تحديد نسبة الربح لا مانع منه شرعاً، على أن يتم البت بمقدار الربح عند التعاقد.

٦- أن استخدام صيغة المرابحة مع الالتزام بالحسم تعالج المخاطر التي قد تلحق بالعميل أو المصرف، وذلك أن المصرف لو ثبت الربح

في المرابحة طويلة الأجل ثم ارتفع المؤشر فإن المصرف سيحقق أرباحاً أقل من السوق، وإذا انخفض المؤشر فإن العميل سيدفع أرباحاً أعلى من السوق.

٧- أن حقيقة المرابحة مع الالتزام بالحسم هي: أن يتفق المصرف مع العميل على هامش ربحٍ محدد غالباً ما يكون أعلى من السوق، على أن يلتزم المصرف بالتنازل عن جزء من ربحه في حال كان زائداً عن معدل الربح في السوق في تاريخ السداد.

٨- أن العقد يشتمل على عملية مرابحة واحدة تغطي كامل مدة التمويل بربح محدد متفق عليه غالباً ما يكون أعلى من ربح السوق.

٩- أن السداد إما أن يكون على دفعة واحدة أو على دفعات مقسمة على فترات محددة.

١٠- أن يتم الالتزام في العقد برد ما زاد من الربح إلى العميل عند نهاية العقد.

١١- لا يجوز للمصرف أن يستوفي من العميل المتمول ما زاد عن الربح المتفق عليه في بداية العقد؛ لأن الزيادة ستكون على دين قد استقر في ذمة العميل فهو ربا.

١٢- أن الضابط في شرط العلم بالثمن أن يكون معلوماً عند العقد، أو يؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة.

١٣- أن المرابحة مع الالتزام بالحسم من الربح المحدد في العقد إلى الربح الحقيقي المبني على المؤشر المتفق عليه في العقد، يجعل الربح آيلاً إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة والاختلاف، بل هو أطيب للمشتري؛ لأنه يأخذ السلعة بثمن المثل لا بزيادة متفاحشة تضر به.

١٤- أن الالتزام بالحسم من ربح المرابحة لا يجعل مقدار الربح مجهولاً؛ لأن مقدار الربح محدد ومعلوم ومبتوت به عند ابتداء العقد فتحقق فيه شرط العلم بالثمن؛ وأما الالتزام بالحسم إلى الربح الحقيقي المبني على المؤشر المتفق عليه فهو وعد من المصرف، فالربح والحسم لم يردا على الثمن في نفس الحال وإنما لكل منهما أثره ومحله.

١٥- أن المرابحة مع الالتزام بالحسم لا يظهر فيها ترديد في الثمن؛ لأن الطرفين يفترقان والثمن مقطوع به محدد مبتوت، والذي وجد هو وعد من المصرف بالحط والحسم من الربح، إن كان الربح المتفق عليه أعلى من ربح السوق.

١٦- أن المرابحة مع الالتزام بالحسم يمكن تخريجها على أنها من الإبراء المعلق، أو من الإبراء من المجهول، أو من الهبة المعلقة، أو من الهبة المجهولة، فكلها جائزة على الراجح -والله أعلم-، وهذه المسائل أصول يمكن إلحاق التزام المؤسسات المالية بالحط والحسم من الربح المتفق عليه ابتداءً في العقد بناء على انخفاض المؤشر عليها والتخريج والإلحاق بها.

١٧- أن صورة (ضع وتعجل) لا توجد في المرابحة مع الالتزام بالحسم؛ لأنه لا يوجد تعجل في هذه المسألة.

١٨- أن الدين في المرابحة مع الالتزام بالحسم أصله معلوم محدد متفق عليه عند ابتداء العقد، وأما الجهالة في مقدار ما قد يتنازل عنه البنك لصالح المدين هي جهالة تؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة والاختلاف.

١٩- أن التحايل على الربا في المرابحة مع الالتزام بالحسم غير موجود، وذلك أن مناط المنع في الحيلة على الربا هو عند وجود التهمة، أما عند عدم التهمة بالتحايل على الربا فالأصل هو البقاء على ما كان وهو الحل والإباحة.

٢٠- أن الربا هو الزيادة في الدين الثابت في ذمة المدين لتأخره عن السداد، والمرابحة مع الالتزام بالحسم ليس فيها زيادة على الدين من حيث الأصل؛ لأن العقد بين الطرفين بثمن محدد مقطوع به.

٢١- أن للمرابحة مع الالتزام بالحسم ضوابط شرعية تبعدها عن الصورية والمحاذير الشرعية وقد ذكرها الباحث في موضعها.

وفي الختام، فما كان من صواب فمن الله، وما كان من خطأ فمني والشيطان، واللهَ أسأل أن ينفع كاتبه وقارئه، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

فهرس المصادر والمراجع

١. **أبحاث في قضايا مالية معاصرة**، أ. د. يوسف بن عبد الله الشبيلي، بنك البلاد ودار الميمان، الطبعة الأولى، ١٤٤١هـ.

٢. **أحكام أهل الذمة**، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد عزير شمس، دار عطاءات العلم، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٤٢هـ.

٣. **إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه**، إسماعيل ابن كثير الدمشقي، تحقيق: بهجة أبو الطيب، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.

٤. **استخدام المؤشرات الخالية من المخاطر في الإجارة والمرابحة**، د. عثمان بن ظهير مغل، بحث مقدم لمؤتمر أيوفي العشرين للهيئات الشرعية، منشور على موقع الأيوفي ١٤٤٣هـ.

٥. **الاستذكار**، يوسف بن عبد الله ابن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق: سالم عطا ومحمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

٦. **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي.

٧. **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك**، أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية.

٨. **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، خرج أحاديثه زكريا عمرات، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٩. **الأشباه والنظائر**، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.

١٠. **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.

١١. **إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان**، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد حامد الفقي، مكتبة المعارف، الرياض.

١٢. **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، موسى الحجاوي المقدسي، تحقيق: عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة، بيروت.

١٣. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، علي بن سليمان المرداوي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية.

١٤. **بحر المذهب**، عبد الواحد بن إسماعيل الروياني، تحقيق: طارق السيد، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

١٥. **بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة**، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح، القاهرة.

١٦. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٥هـ.

١٧. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، أبو بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.

١٨. **بدائع الفوائد**، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، دار الكتاب العربي، بيروت.

١٩. **البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير**، عمر بن علي بن أحمد الشافعي المعروف بابن الملقن، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وآخرون، دار الهجرة، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

٢٠. **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، تحقيق: قاسم النوري، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

٢١. **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة**، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: د. محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.

٢٢. **تاج العروس من جواهر القاموس**، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.

٢٣. **التاج والإكليل لمختصر خليل**، محمد بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.

٢٤. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، عثمان بن علي البارعي الزيلعي، الطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ.

٢٥. **التجريد**، أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ.

٢٦. **تحفة الفقهاء**، علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ.

٢٧. **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، أحمد بن محمد ابن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، ١٣٥٧هـ.

٢٨. **التحول إلى مؤشر (RFR) والآثار المترتبة عليه في المنتجات المالية الإسلامية**، د. محمد بن علي القري، ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثالثة عشرة، البنك الأهلي السعودي، ١٤٤٣هـ.

٢٩. **التعريفات**، علي بن محمد بن علي الشريف الجرجاني، تحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الدار الناشرة: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.

٣٠. **تعقيب أ. د. صالح بن عبد الله اللحيدان**، بحوث ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثالثة عشرة، البنك الأهلي السعودي، ١٤٤٣هـ.

٣١. **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد في حديث رسول الله** صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أبو عمر بن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق: بشار عواد معروف وآخرون، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ.

٣٢. **التهذيب في اختصار المدونة**، خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني أبو سعيد ابن البراذعي المالكي، تحقيق: د. محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.

٣٣. **التوضيح لشرح الجامع الصحيح**، عمر بن علي الأنصاري الشافعي المعروف بابن الملقن، تحقيق: دار الفلاح للبحث العلمي، دار النوادر، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.

٣٤. **التوقيف على مهمات التعاريف**، محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي الحدادي ثم المناوي القاهري، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.

٣٥. **الجامع الكبير**، محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٨م.

٣٦. **الجامع لمسائل المدونة**، محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، جامعة أم القرى.

٣٧. **الجوهر النقي على سنن البيهقي**، علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني، دار الفكر.

٣٨. **الجوهرة النيرة**، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي، المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى، ١٣٢٢هـ.

٣٩. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، مطبوع مع الشرح الكبير للدردير، دار الفكر.

٤٠. **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، علي بن محمد البصري البغدادي الشهير بالماوردي، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٤١. **الحسم من الدين مقابل التعجيل**، د. عبد الكريم بن محمد السماعيل، البحوث والدراسات، تطبيق إصدارات الإنماء الشرعية، على أجهزة IOS.

٤٢. **رد المحتار على الدر المختار = حاشية ابن عابدين**، محمد بن أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ.

٤٣. **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.

٤٤. **سنن ابن ماجة**، محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.

٤٥. **سنن أبي داود**، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت.

٤٦. **السنن الكبرى**، أحمد بن الحسين بن علي الخسروجردي الخرساني البيهقي، تحقيق: محمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ.

٤٧. **السنن الكبرى**، أحمد بن شعيب الخراساني النسائي، تحقيق: حسن شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

٤٨. **الشرح الكبير على متن المقنع**، عبد الرحمن بن محمد ابن قدامة، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.

٤٩. **شرح الوقاية**، صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي الحنفي، تحقيق: د. صلاح أبو الحاج، دار الوراق، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.

٥٠. **شرح سنن أبي داود**، أحمد بن حسين ابن رسلان المقدسي الرملي الشافعي، عدد من الباحثين بدار الفلاح، دار الفلاح للبحث العلمي، مصر، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ.

٥١. **شرح مختصر الطحاوي**، أبو بكر الرازي الجصاص، رسائل دكتوراه في الفقه، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة.

٥٢. **شرح مختصر خليل**، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، دار الفكر.

٥٣. **شرح مشكل الآثار**، جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

٥٤. **شرح مصابيح السنة للإمام البغوي**، ابن الملك الرومي محمد بن عبد اللطيف الكرماني الرومي، لجنة مختصة من المحققين، إدارة الثقافة الإسلامية، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ.

٥٥. **شرح منتهى الإرادات = دقائق أولي النهى لشرح المنتهى**، منصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.

٥٦. **شرح منتهى الإرادات = معونة أولي النُهَى شرح المنتهى**، محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار، تحقيق: أ. د. عبد الملك بن دهيش، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، الطبعة الخامسة، ١٤٢٩هـ.

٥٧. **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ.

٥٨. **صحيح البخاري = الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله** صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ **وسننه وأيامه**، محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٥٩. **صحيح سنن أبي داود**، محمد ناصر الدين الألباني، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.

٦٠. **صحيح مسلم = المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله** صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٦١. **الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد**، أمانة الهيئة الشرعية، دار الميمان، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ.

٦٢. **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة**، عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي، تحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.

٦٣. **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني، شركة من العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية، دار إحياء التراث العربي.

٦٤. **الفتاوى الكبرى**، أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.

٦٥. **الفتاوى الهندية = الفتاوى العالمكيرية**، نظام الدين البرنهابوري البلخي وجماعة من العلماء، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر الطبعة الثانية، ١٣١٠هـ.

٦٦. **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك**، محمد بن أحمد عليش، دار المعرفة.

٦٧. **فتح القدير = شرح فتح القدير على الهداية**، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شركة مكتبة ومطبعة مصفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٨٩هـ.

٦٨. **الفروع**، محمد بن مفلح بن محمد المقدسي الراميني الصالحي الحنبلي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

٦٩. **الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق**، أحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرافي، عالم الكتب.

٧٠. **قرارات اللجنة الشرعية لمصرف الإنماء**، تطبيق إصدارات الإنماء الشرعية، على أجهزة IOS.

٧١. **القواعد**، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي، دار الكتب العلمية.

٧٢. **القوانين الفقهية**، محمد بن أحمد ابن جزي الغرناطي، تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ.

٧٣. **الكافي في فقه أهل المدينة**، يوسف بن عبد الله ابن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ.

٧٤. **كشاف القناع عن متن الإقناع**، منصور بن يونس البهوتي، دار الكتب العلمية.

٧٥. **الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية**، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت.

٧٦. **لسان العرب**، محمد بن مكرم بن علي ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.

٧٧. **المبسوط**، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ.

٧٨. **مجلة الأحكام العدلية**، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء، تحقيق: نجيب هواويني، نور محمد كارخانه تجارت كتب، كراتشي.

٧٩. **مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي**، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة.

٨٠. **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، تحقيق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، ١٤١٤هـ.

٨١. **مجموع الفتاوى**، أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، ١٤١٦هـ.

٨٢. **المحكم والمحيط الأعظم**، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

٨٣. **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة البخاري، تحقيق: عبد الكريم الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

٨٤. **مختصر المزني**، إسماعيل بن يحيى المزني، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ.

٨٥. **مختصر خليل**، خليل بن إسحاق الجندي المالكي المصري، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ.

٨٦. **المرابحة مع الالتزام بالحسم**، إبراهيم بن محمد العتيبي، بحث مقدم لندوة البنك العربي الوطني لأعمال المصرفية الإسلامية ١٤٤٤هـ.

٨٧. **المرابحة مع الالتزام بالحسم**، د. خالد بن محمد السياري، بحث مقدم لندوة البنك العربي الوطني لأعمال المصرفية الإسلامية ١٤٤٤هـ.

٨٨. **المرابحة مع الالتزام بالحسم**، د. عبد الرحمن بن عبد الله السعدي، بحث مقدم لندوة البنك العربي الوطني لأعمال المصرفية الإسلامية ١٤٤٤هـ.

٨٩. **مراتب الإجماع**، علي بن أحمد ابن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، دار الكتب العلمية، بيروت.

٩٠. **مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود السجستاني**، أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، تحقيق: طارق بن عوض الله، مكتبة ابن تيمية، مصر، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.

٩١. **المستدرك على الصحيحين**، الحاكم بن محمد بن عبد الله بن محمد الضبي الطهماني النيسابوري، تحقيق: مصطفى عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.

٩٢. **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال الشيباني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

٩٣. **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، أحمد بن محمد الفيومي الحموي، المكتبة العلمية، بيروت.

٩٤. **المصنف = مصنف عبد الرزاق**، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.

٩٥. **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ.

٩٦. **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، دبيان بن محمد الدبيان، الطبعة الثانية، ١٤٣٢هـ.

٩٧. **المعايير الشرعية المعتمدة حتى صفر ١٤٣٩هـ**، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين.

٩٨. **المعجم الوسيط**، نخبة من اللغويين بمجمع اللغة العربية بالقاهرة، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الطبعة الثانية.

٩٩. **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

١٠٠. **المغني**، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، مكتب القاهرة، ١٣٨٨هـ.

١٠١. **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم**، أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي، تحقيق: محيي الدين ميستو وآخرين، دار ابن كثير، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.

١٠٢. **مقاييس اللغة**، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ.

١٠٣. **ملتقى المرابحة بربح متغير**، الملتقى الثاني للهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية، الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الطبعة الأولى، ٢٠١٤م.

١٠٤. **منح الجليل شرح مختصر خليل**، محمد عليش، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ.

١٠٥. **منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه**، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: عوض قاسم، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

١٠٦. **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، دار الكتب العلمية.

١٠٧. **موافقة الخبر الخبر في تخريج أحاديث المختصر**، أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، تحقيق: حمدي السلفي و صبحي السامرائي، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ.

١٠٨. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.

١٠٩. **الموطأ**، مالك بن أنس الأصبحي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٦هـ.

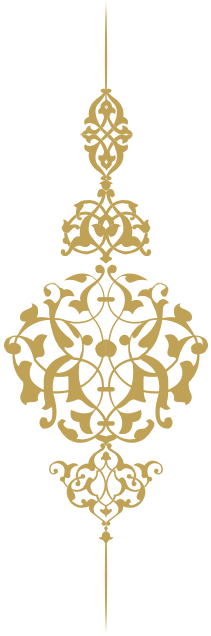
١١٠. **النجم الوهاج في شرح المنهاج**، محمد بن موسى الدميري، تحقيق: لجنة علمية، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

١١١. **النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية**، شمس الدين محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي الراميني، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ.

١١٢. **النهاية في شرح الهداية**، حسين بن علي السغناقي الحنفي، رسائل ماجستير بجامعة أم القرى، الأعوام ١٤٣٥ - ١٤٣٨هـ.

١١٣. **الهداية في شرح بداية المبتدي**، علي بن أبي بكر الفرغاني المرغيناني، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

١١٤. **الوسيط في المذهب**، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: أحمد إبراهيم ومحمد تامر، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.



الوضع القانوني لشركة المحاصَّة

دراسة تحليلية مقارنة

في ظل نظام الشركات ونظام المعاملات المدنية

في المملكة العربية السعودية

د. خالد بن مرزوق بن سراج الذيابي

أستاذ مساعد، تخصص الأنظمة- قسم الدراسات الإسلامية،

كلية التربية، جامعة الأمير سطام بن عبد العزيز بالخرج

يتقدم المؤلف بالشكر لجامعة الأمير سطام بن عبد العزيز على تمويل هذا العمل البحثي من خلال المشروع رقم (٢٩٤٥٨/٠٢/٢٠٢٤)

المقدمة

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

فتُعدُّ شركة المحاصَّة من أكثر الشركات شيوعًا، لما لها من ميزاتٍ تدفع الكثير للدخول فيها، فأصبح لها مردود اقتصادي كبير على البلاد، ممّا دفع القوانين التجارية المقارنة منذ وقتٍ مبكر إلى الاعترافِ بها ضمن الشركات التجاريَّة، وتنظيمِها بشكل يساير واقع حالها في الاستتار؛ رغبةً في إبقاء واستثمار تأثيرها الاقتصادي القوي الذي فرضته؛ ولذلك ركّزت على قضية الاستتار وبنت عليها القواعد القانونية الخاصّة بها، الأمر الذي أدَّى إلى ضبط السلوك الاستثماري فيها، وحفظ الحقوق وتحقيق العدالة.

ومن هذه الأنظمة النظام التجاري السعودي الذي نظّم عبر مراحله التاريخية شركة المحاصَّة، فجاءت في تشريعاته الخاصة بالشركات، وكان آخرها نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣) وتاريخ ٢٨/ ١/ ١٤٣٧هـ المُلغَى بعد صدور نظام الشركات بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٣٢) وتاريخ ١/ ١٢/ ١٤٤٣هـ.

اتَّخذ المنظِّم السعودي خطوة مؤثّرةً بعدم ذكر شركة المحاصَّة في نظام الشركات الجديد، وبالتزامن مع ذلك جاء نظام المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩١) وتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٤٤٤هـ ولم

يُسمِّ شركة المحاصَّة؛ الأمر الذي قاد إلى التساؤل هل أصبحت شركة المحاصَّة في فراغٍ تنظيمي مُؤثِّرٍ على العلاقات القانونية بين الشركاء في شركة المحاصَّة، مُؤدٍّ إلى ضياع الحقوق؟ الأمر الذي لا يحقِّق المقصد الشرعي في العدل وحفظ الأموال والحقوق.

هذا التساؤل يدفع للتصدي لبحث هذه المسألة، وسبيلُه استقراء النصوص في نظام الشركات الساري ونظام المعاملات المدنية، وتحليلُها، ومقارنةُ أحكامها المستجدة مع وضع شركة المحاصَّة في القوانين التجارية المقارنة، بُغية الجواب عن أسئلة مهمة: هل شركة المحاصَّة ما زالت مشروعة؟ ثمَّ هل توجد قواعد نظامية جديدة تحكمها؟ وهل هذه القواعد الجديدة تتناسب مع حقيقتها المعروفة في القوانين التجارية المقارنة أم تعود عليها بالإزالة والإبطال؟

أهمية البحث:

تبرز أهمية البحث في الآتي:

١. الحاجة الداعية لمعرفة الوضع القانوني لشركة المحاصَّة في ظل نظام الشركات الجديد، ونظام المعاملات المدنيَّة؛ جوابًا على التساؤلات المثارة.

٢. تعلُّق الموضوع بحق طائفة كبيرة من الناس، وهم الشركاء في شركة المحاصَّة، ومعلومٌ أنَّ حفظ الحقوق والأموال من مقاصد الشريعة.

٣. تعلُّقه ببعض الأنظمة الحديثة المهمة وهي نظام الشركات الجديد، ونظام المعاملات المدنيَّة، وهي بحاجة لدراسة مسائلها الجزئية وإبرازها بشكل مفصّل.

٤. جِدة الموضوع؛ إذ لم أطّلع -حسب اجتهادي- على دراسة تناولت شركة المحاصَّة في ظل نظام الشركات السعودي الساري، ونظام المعاملات المدنيَّة.

مشكلة البحث:

يسعى البحث للكشف عن الوضع القانوني الجديد لشركة المحاصَّة، وفي سبيل معالجة هذه المشكلة، يسعى للإجابة عن تساؤلات متتابعة منطقيًا، كالتالي:

١. هل شركة المحاصَّة ما زالت مشروعة في ظل نظام الشركات السعودي الساري، ونظام المعاملات المدنيَّة؟

٢. هل توجد قواعد نظامية جديدة تحكمها؟

٣. هل هذه القواعد الجديدة تتناسب مع حقيقتها المعروفة في القوانين التجارية المقارنة أم تعود عليها بالإزالة والإبطال؟

حدود البحث:

- **الحدود المكانية**: المملكة العربية السعودية.

- **الحدود المرجعيَّة**: نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٣٢) وتاريخ ١/ ١٢/ ١٤٤٣هـ، ونظام المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩١) وتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٤٤٤هـ، أمّا غيرها فعلى سبيل المقارنة متى ما دعت الحاجة.

- **الحدود الموضوعيَّة**: الوضع القانوني لشركة المحاصَّة وفق البيئة التشريعية التجارية الجديدة.

منهج البحث:

يستقرئُ الباحث نصوص النظام، ويحلِّلُها لاستخراج الأحكام والمسائل التي تكشف الوضع الجديد لشركة المحاصَّة، ويلجأ لمقارنتها بالأحكام المستقرة في القوانين التجاريَّة المقارنة، مع مراعاة الإجراءات المتعارف عليها في البحث العلمي.

الدراسات السابقة:

لم أقف على دراسة حديثة تناولت شركة المحاصَّة بعد صدور نظام الشركات الساري ونظام المعاملات المدنية، ومن الدراسات التي وقفت عليها:

١. **شركة المحاصَّة**، باتع الشمري (رسالة دكتوراه، قسم السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء، ١٤٢١هـ)، وهذه الدراسة ركزت على الجانب الفقهي.

٢. **شركة المحاصَّة في الشريعة والقانون**، نايف جريدان (مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد ٢٦، العدد ٣٣، الرياض ٢٠١٤م).

ويظهر الفرق بين بحثي وبين هاتين الدراستين من ناحية المضمون والمنهج؛ فقد قامتا على الوصف وبيان أحكام شركة المحاصَّة المنصوص عليها فعلًا في نظام الشركات القديم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٦ بتاريخ ٢٢/ ٣/ ١٣٨٥هـ، حيث كانت شركة المحاصَّة موجودة في نظام الشركات.

٣. **الآثار القانونية المترتبة على إزالة شركة المحاصَّة من نظام الشركات السعودي**، علي العجلان (رسالة ماجستير، قسم الأنظمة بكلية والدراسات القضائية، الجامعة الإسلامية بالمدينة، ١٤٤٤هـ).

وهي أحدث الدراسات في الباب، ولكنها قبل صدور نظام المعاملات المدنيَّة، والفرق بينها وبين بحثي ظاهر؛ فعمدة بحثي استقراء نصوص نظام المعاملات المدنية وتحليلها للتوصُّل لمدى استيعابها لوضع شركة المحاصَّة المعروف قانونًا، وهذا الأمر غير موجود في الدراسة المشار إليها.

خطة البحث:

تمهيد: مفهوم شركة المحاصَّة:

ويحوي مطلبين:

المطلب الأول: تعريف شركة المحاصَّة.

المطلب الثاني: خصائص شركة المحاصَّة.

المبحث الأول: القواعد الحاكمة لشركة المحاصَّة:

ويحوي مطلبين:

المطلب الأول: شركة المحاصَّة في نظام الشركات السعودي.

المطلب الثاني: شركة المحاصَّة في نظام المعاملات المدنية.

المبحث الثاني: أحكام شركة المحاصَّة:

ويحوي أربعة مطالب:

المطلب الأول: تكوين شركة المحاصَّة.

المطلب الثاني: نشاط شركة المحاصَّة.

المطلب الثالث: انقضاء شركة المحاصَّة.

المطلب الرابع: الحماية القضائية للاستتار:

ويحوي فرعين:

الفرع الأول: الاختصاص القضائي بشركة المحاصَّة.

الفرع الثاني: موقف القضاء من الاستتار.

الخاتمة:

وتحوي: النتائج، والتوصيات.

فهرس المصادر.

تمهيد

مفهوم شركة المحاصَّة

لبيان مفهوم شركة المحاصَّة نبدأ بتعريفها، ثم بيان خصائصها؛ وذلك في ضوء وضعها المعروف في الفقه والقانون التجاري.

المطلب الأول: تعريف شركة المحاصَّة:

لم يورد المنظِّم السعودي شركة المحاصَّة في نظام الشركات الجديد[1]، ولا في نظام المعاملات المدنية[2]؛ لذا سنستعرض تعريفاتٍ لها في الأنظمة المقارنة والفقه القانوني.

فبالنسبة للأنظمة التجارية:

١. عرَّفها نظام الشركات السعودي القديم بأنها: «شركة تستتر عن الغير، ولا تتمتع بشخصية اعتبارية، ولا تخضع لإجراءات الشهر، ولا تقيد في السجل التجاري»[3].

(١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٣٢) وتاريخ ١/ ١٢/ ١٤٤٣هـ.
(٢) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩١) وتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٤٤٤هـ.
(٣) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣) وتاريخ ٢٨/ ١/ ١٤٣٧هـ، الملغى بنظام الشركات الجديد.

٢. عرَّفها قانون الشركات الكويتي بأنها: «شركة تعقد بين شخصين أو أكثر، على أن تكون الشركة مقصورة على العلاقة بين الشركاء ولا تسري في مواجهة الغير»[١].

٣. عرَّفها قانون الشركات الفرنسي بأنها: «شركة لا وجود لها إلا في العلاقات بين الشركاء، فهي لا تظهر للغير، ولا تتمتع بالشخصية المعنوية، ولا تخضع لمعاملات النشر، ويمكن إثباتها بمختلف الطرق»[٢].

أما بالنسبة للفقه القانوني، فعرِّفت بعدة تعاريف منها:

١. «شركة مستترة، ليس لها وجود أمام الغير، ويقوم بأعمالها أحد الشركاء باسمه خاصة، ويبدو للغير وكأنه يتعامل لحسابه الخاص»[٣].

٢. «عقد ينتج عنه شركة خفيَّة ومستترة، لا وجود لها، ولا شخصية اعتبارية، ولكن تقوم فيما بين الشركاء فيها فقط، ويقوم بإدارة أعمالها واحد أو أكثر من الشركاء باسمه، بحيث يكون أمام الغير كأنَّه يتعامل لحسابه الخاص»[٤].

---

(١) قانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦م بإصدار قانون الشركات، ينظر: قانون الشركات (moci.gov.kw).

(٢) النظام القانوني لشركة المحاصَّة، دودي منال، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ٢٠١٥، ص٩.

(٣) القانون التجاري، علي حسن يونس، دار الفكر العربي: القاهرة، ١٩٧٠م، ص٦٤٩.

(٤) انظر: الشركات التجارية، محمد العريني ومحمد الفقي، منشورات الحلبي الحقوقية: بيروت، ٢٠٠٥م، ص١٦٩.

وبإمعان النظر في التعريفات السابقة نجد أنَّ مفهوم شركة المحاصَّة مفهوم مستقرٌّ في الأنظمة التجارية المقارنة، ولدى فقهاء القانون، وقد ركزت التعريفات على قضية الاستتار، وهو الوصف الرئيسي لها، والذي ينبني عليه بقية خصائصها، ولا شك أنَّ شركة المحاصَّة كبقية أنواع الشركات ينطبق عليها التعريف العام للشركة فهي: «عقد يسهم بمقتضاه شريكان أو أكثر بتقديم حصة من مال أو عمل أو منهما معًا في مشروع لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة»[1] ثم تأتي خصوصيتها في الاستتار وما ينشأ عنه من خصائص؛ وبناء عليه يمكن للباحث اجتهادًا أن يُعرِّف شركة المحاصَّة بأنها:

«عقد يسهم بمقتضاه شخصان أو أكثر بتقديم حصة من مال أو عمل أو منهما معًا في مشروع لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة، على أن تكون هذه الشراكة مستترة عن الغير، يقوم بأعمالها أحد الشركاء باسمه خاصة، ويبدو للغير وكأنه يتعامل لحسابه الخاص».

ومن ناحية الفقه الإسلامي فإنَّ شركة المحاصَّة لم يرد لها ذكر بهذا الاسم، غير أنَّ ما ذكره فقهاء الشريعة عمومًا من أحكامٍ للشركات يدلُّ على جوازها ودخولها في جملة الأحكام الشرعية للشركات؛ ومستند ذلك:

(١) المادة (٥٢٩) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩١) وتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٤٤٤هـ.

١. انطباق تعريف الشركة عليها؛ فقد عرَّف الفقهاء الشركة بأنها «اختصاص اثنين أو أكثر بمحل واحد»[١]، وعرَّفها بعضهم بأنها «ما يحدث بالاختيار بين اثنين فصاعدًا من الاختلاط لتحصيل الربح وقد يحصل بغير قصد كالإرث»[٢]، وعرَّفها بعضهم بأنها «ثبوت الحق شائعًا في شيء واحد أو عقد يقتضي ذلك»[٣]، وعرَّفها بعضهم بأنها «الاجتماع في استحقاق أو تصرُّف»[٤]، وبناء على ذلك قسَّم الفقهاء الشركة إلى شركة مِلك وهي الاجتماع في استحقاق، وشركة عقد وهي الاجتماع في تصرف، أي هي عقد بين المتشاركين في الأصل والربح[٥].

وبمقارنة تعريف شركة المحاصَّة بتعريف شركة العقد، يظهر جليًّا دخول شركة المحاصَّة تحت مفهوم شركة العقد في الفقه الإسلامي.

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن الكليبولي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ، ٢/ ٥٤٢.

(٢) مواهب الجليل من أدلة خليل، أحمد الشنقيطي، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، ١٤٠٧هـ، ٤/ ٢٢.

(٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد الأنصاري، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣م، ٥/ ٣.

(٤) المغني، موفق الدين ابن قدامة، دار عالم الكتب، الرياض، ت. عبد المحسن التركي، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ، ٧/ ١٠٩.

(٥) ينظر: الإنصاف في معرفة الخلاف، علاء الدين أبي الحسن المرداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ت. محمد الشافعي، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ، ٥/ ٣٦٧، رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، دار عالم الكتب، الرياض، ت. عادل عبد الموجود وعلي معوض، ١٤٢٣هـ، ٦/ ٤٦٦.

٢. لم يشترط فقهاء الإسلام أن تكون علاقة الشركاء فيما بينهم معلنة وظاهرة لدى بقية الناس.

٣. الأصل في العقود رضا المتعاقدَين[١]، والأصل في المعاملات الحل والإباحة[٢]، ولا دليل على منع شركة المحاصَّة بسبب الاستتار.

المطلب الثاني: خصائص شركة المحاصَّة:

ظهرت شركة المحاصَّة منذ زمن قديم يعود إلى القرن الحادي عشر الميلادي، فتعود أصولها إلى عقد التوصية (الكوموندا) الذي ظهر للتحايل على تحريم الكنيسة للربا، حيث لجأ أصحاب الأموال إلى استثمار أموالهم عن طريق الفوائد الربوية بإنشاء شركة خفية مع أحد العمال، بحيث يظهر هذا العامل أمام الغير وكأنه يعمل لحسابه الخاص، ولَمَّا جاء القرن الثامن عشر واتخذت شركة التوصية شكلًا قانونيًّا ظاهرًا، بقيت الصورة الأولى المستترة كشركة محاصَّة، ثمَّ لقيت الاعتراف من المشرِّع الفرنسي الذي نظَّم أحكامها في قانون التجارة الفرنسي عام ١٨٠٧م وسماها جمعية المحاصَّة، ومع النقد الموجه لهذه

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ، ٢/ ٨١٨.

(٢) انظر: كشاف القناع، للبهوتي، وزارة العدل: الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ، ٧/ ٣٨٩، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، لعلاء الدين البعلي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ت. محمد الفقي، ١٣٦٩هـ، ص ١٢٤.

التسمية غيَّرها إلى شركة المحاصَّة في قانون الشركات الصادر عام ١٩٦٦م[١].

يعود وجود شركة المحاصَّة في غالب القوانين التجارية المقارنة إلى الاستجابة لواقع انتشارها وتأثيرها الاقتصادي، فقد لجأ إليها الكثير بسبب سهولة إنشائها وانعقادها لبعدها عن الإجراءات والشكليات الرسمية، وقلة التكلفة في التأسيس والإدارة، وملاءمتها لمختلف المشروعات، ومناسبة الاستتار لشريحة واسعة من أصحاب الأموال الذين لا يرغبون بالظهور[٢].

ويُلاحظ أنَّ القوانين التجارية المقارنة لما نظَّمت أحكام شركة المحاصَّة جاءت مسايرةً لواقع حالها في الاستتار، رغبةً في إبقاء واستثمار تأثيرها الاقتصادي القوي الذي فرضته؛ ولذلك ركّزت على قضية الاستتار، وترتَّب على ذلك خصائص لشركة المحاصَّة، يمكن إجمالها في الآتي:

١. **الاستتار**، حيث يُعدُّ اختفاؤها عن الغير واحتجابها عن الظهور علانية أهم سماتها، بحيث يقتصر وجودها على الشركاء فقط، والمقصود هو الاستتار القانوني، الذي يقتضي ألَّا يصدر من الشركاء

(١) ينظر: موسوعة الشركات التجارية، إلياس نصيف، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥م، ٤/ ٢٣١.

(٢) القانون التجاري السعودي، محمد الجبر، الرياض، الطبعة الرابعة، ١٤١٧هـ، ص٢٧٣.

صراحة أو ضمنًا ما يكشف عن وجود الشركة في مواجهة الغير، كما لو قاموا بشهرها أو اتخذوا لها عنوانًا وتعاقد أحدهم مع الغير بهذا العنوان(١).

٢. **انعدام الشخصية الاعتبارية**، وهذا أمرٌ يقتضيه الاستتار، فهي وإن توافرت أركانها وانعقدت فيما بين الشركاء، إلا أنَّ إرادة الشركاء للاستتار يجعلها غير متمتعة بشخصية قانونية مستقلة، حيث يقوم بإدارة أعمالها واحد أو أكثر من الشركاء باسمه ويكون أمام الغير كأنَّه يتعامل لحسابه الخاص، ويترتب على ذلك ألَّا يكون لشركة المحاصَّة عنوان، ولا ذمة مالية، ولا موطن، ولا جنسية، وليس لها حق التقاضي، ولا تخضع لقواعد تصفية الشركات، ولا تلتزم بالقيد في السجل التجاري، ولا يجوز شهر إفلاسها(٢).

٣. **تقوم على الاعتبار الشخصي**؛ ولذلك فهي من شركات الأشخاص، تنقضي بوفاة أحد الشركاء، أو بالحجر عليه، أو بشهر إفلاسه، أو بإعساره، أو بانسحابه، ما لم ينص عقد الشركة على استمرارها بين الشركاء الباقين، والحصص غير قابلة للتداول(٣).

---

(١) ينظر: الشركات التجارية، حسين الماحي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الرابعة، ٢٠١٧م، ص١٣٧.

(٢) شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي، محمد بن سالم صالح بايوسف البريكي، دار البشائر، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، ص٢٣٨.

(٣) ينظر: القانون التجاري، محمود سمير الشرقاوي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م، ص٢٥٩.

٤. الشريك المحاصُّ لا يكتسب صفة التاجر لمجرَّد انضمامه إلى الشركة إلَّا إذا عُيِّن مديرًا للشركة التي غرضها ممارسة الأعمال التجاريَّة، لأنه سيكون حينها ممارسًا للعمل التجاري بصفته الخاصة[1].

(١) ينظر: الشركات التجارية، سميحة القليوبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م، ص٤٠٥.

المبحث الأول
القواعد الحاكمة لشركة المحاصَّة

إنَّ التوصُّل إلى معرفة الوضع النظامي الجديد لشركة المحاصَّة يتطلب استقراء النصوص النظاميَّة، وتحليلها؛ لمعرفة هل شركة المحاصَّة -بمفهومها المستقر في القوانين التجارية المقارنة- ما تزال مشروعة في النظام السعودي؟ وهل القواعد النظاميَّة الجديدة تستوعب بقاءها أو تعود عليها بالإبطال والإزالة؟ جوابًا عن السؤال الأول يُعقَد هذا المبحث، وللجواب عن السؤال الثاني سيأتي المبحث الثاني، أمّا المبحث الأول فالحديث عنه في مطلبين:

المطلب الأول: شركة المحاصَّة في نظام الشركات السعودي:

بالنظر إلى تاريخ التشريع التجاري في المملكة العربية السعودية نجد أنَّ نظام الشركات لعام ١٤٣٧هـ قد نظَّم شركة المحاصَّة[(١)]، فوردت فيه أحكام تفصيلية، ابتدأت بتعريف شركة المحاصَّة، واعتبار العقد مرجعًا أساسيًّا لغرض الشركة، وحقوق الشركاء، والتزاماتهم، وكيفية توزيع الأرباح والخسائر، وجاءت فيه أحكام مكمِّلة تنظِّم توزيع الأرباح والخسائر إذا خلا منها عقد الشركة، وتنظِّم آلية ملك الشركاء للحصص، وكيفية استردادها بعد إفلاس الشريك الذي

(١) وقبله كذلك نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٦) وتاريخ ٢٢/ ٣/ ١٣٨٥هـ، في المواد من (٤٠) إلى (٤٧). (ملغى).

يحوزها، وكيفية إدارة الشركة، واتخاذ القرارات، وحظر إصدار صكوك قابلة للتداول، وعدم جواز رجوع الغير على غير الشريك الذي تعامل معه ما لم يصدر من الشركاء فعل يكشف للغير عن هذه الشركة، وأحكام انقضائها، وإثباتها بكافة طرق الإثبات، وبعض الأحكام السابقة كانت بالإحالة إلى شركة التضامن(١).

وعلى وجه العموم جاء النظام الملغى بأحكام لشركة المحاصَّة متوافقة عمومًا مع الأحكام المستقرة في القوانين المقارنة، ولعلّ الداعي إلى تنظيمها يرتبط بظهورها التاريخي ابتداء في القانون الفرنسي، الذي تأثرت به كثير من القوانين العربية، وهذا دافع تاريخي، وثمَّ دافع آخر وهو دافع سلوكي يهدف لضبط النشاط المرتبط بهذه الشركة الذي فرض نفسه واقعًا، فاحتاجت الدولة لتنظيمه طلبًا لاستقرار الأوضاع، وتحقيق العدالة والأمن، ودافع ثالث اقتصادي يتمثّل في دعم هذا النشاط، وتعزيز انتشاره؛ تحقيقًا للتقدّم الاقتصادي(٢).

أمَّا نظام الشركات الجديد الصادر عام ١٤٤٣هـ فقد حدَّد للشركات الخاضعة لأحكامه خمسة أشكال هي شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة المساهمة وشركة المساهمة المبسطة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، ولم يذكر شركة المحاصَّة، ولم يورِد أية قواعد

(١) ينظر: الباب الرابع من نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣) وتاريخ ٢٨/ ١/ ١٤٣٧هـ (ملغى).

(٢) ينظر: موسوعة الشركات التجارية، إلياس نصيف، مرجع سابق، ٤/ ٢٣٣.

تنظِّمها، الأمر الذي يعني عدم خضوع شركة المحاصَّة لأحكام نظام الشركات، ولا شك أنَّ هذا أمرٌ مؤثر كثيرًا على الوضع القانوني لشركة المحاصَّة.

اتخذ المنظِّم السعودي هذه الخطوة المؤثرة بإزالة شركة المحاصَّة من نظام الشركات مخالفًا للعديد من أنظمة الشركات المقارنة التي ذكرت شركة المحاصَّة، ومتوافقًا مع بعض الأنظمة المقارنة التي لم تذكرها كقانون الشركات الإماراتي(١) والعراقي(٢)، وعند التأمل في الأسباب التي دعت المنظِّم السعودي وغيره إلى عدم ذكر شركة المحاصَّة يرى الباحث أنَّ المنظِّم بنفسه أشار لذلك عندما عرَّف الشركة بأنها «كيان قانوني يؤسس وفقًا لأحكام النظام بناء على عقد تأسيس أو نظام أساس...»(٣)، فقد اتجه المنظِّم إلى هذا المسلك الفقهي الذي يَعدُّ الشركة كيانًا قانونيًّا وليست عقدًا، وهو الأمر الذي انتصر له العديد من فقهاء القانون الذين لم يقبلوا فكرة العقد في ظل ظهور فوارق كبيرة بين قواعد قوانين الشركات والقواعد العامة الحاكمة للعقود، فالمشرِّع في قوانين الشركات يتدخل بشكل كبير بنصوص خاصة آمرة

(١) ينظر: المادة (٩) من مرسوم بقانون اتحادي رقم (٣٢) لسنة ٢٠٢١م بشأن الشركات التجارية.

(٢) ينظر: قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧م المعدل في سنة ٢٠٠٤م في دولة العراق.

(٣) المادة (٢) من نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٣٢) وتاريخ ١/ ١٢/ ١٤٤٣هـ.

تناسب ما ينشأ عن عقد الشركة من شخص معنوي مستقل عن الشركاء، ويدار بقواعد خاصة مختلفة عن القواعد العامة لا تخضع لموافقة جميع الشركاء أو رضاهم بل تحمي مصلحة الشركة؛ بالتالي فهذا المسلك لا يتناسب معه إيراد شركة المحاصَّة لأنه لا كيان قانوني لها[1].

وبتحليل نصوص نظام الشركات نستطيع أن نستخلص موقفه من شركة المحاصَّة في ثلاث نقاط رئيسيَّة هي:

١. لم يذكرها، ولم يورِد أية قواعد خاصة أو عامة تنظِّمها.

٢. لا يسري الحكم بتعديل الأوضاع وفقًا لنظام الشركات الجديد الذي نُصّ عليه في ديباجة النظام على شركة المحاصَّة[2]؛ إذ لا وجود قانوني لها أصلًا قبل ذلك، وليس لها عقد تأسيس أو نظام مُشهَر[3].

---

(١) ينظر: الشركات التجارية، خالد الرويس، دار الشقري، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٤٠هـ، ص١٢.

(٢) جاء في المرسوم الملكي الصادر به نظام الشركات ما نصه: «ثالثًا: على الشركات القائمة عند نفاذ النظام -المشار إليه في البند (أولًا) من هذا المرسوم- تعديل أوضاعها وفقًا لأحكامه خلال مدة لا تزيد على (سنتين) تبدأ من تاريخ نفاذه. واستثناءً من ذلك، تحدد وزارة التجارة وهيئة السوق المالية -كل فيما يخصه- الأحكام الواردة فيه التي تخضع لها تلك الشركات خلال تلك المدة».

(٣) وهذا من اشتراطات المركز السعودي للأعمال لتقديم خدمة «مواءمة الشركات» خلال الفترة التصحيحية، ينظر: الآثار القانونية المترتبة على إزالة شركة المحاصَّة من نظام الشركات السعودي، علي العجلان، رسالة ماجستير، قسم الأنظمة بكلية والدراسات القضائية، الجامعة الإسلامية بالمدينة، ١٤٤٤هـ، ص٦٤.

٣. لم يبطل نظام الشركات شركة المحاصَّة؛ بدليل أنَّه لم يصرِّح ببطلان الشركات التي لا تتخذ أحد الأشكال النظامية الخمسة، وإنما اكتفى بعدم خضوعها للنظام لأنها لم تؤسس وفقًا لأحكامه[١]؛ وفي هذا دلالة إشارة على بقاء شركة المحاصَّة خاضعة للأحكام العامة المستمدة من الشريعة العامة المتمثلة في القانون المدني والمكملة بأحكام الفقه الإسلامي، وقد أحسن المنظِّم في هذا لتوافقه مع قواعد الشريعة التي تنص على أن الأصل في العقود الصحة[٢]، وأن الأَوْلى في العقود اعتبارها وإعمالها حفظًا للحقوق[٣]، ولأنَّ القانون التجاري ما هو إلا شريعة خاصة لنوع من الأعمال والأشخاص يكمِّلها ويقوم إلى جوارها الشريعة العامة التي تطبَّق بحسب الأصل على جميع الأعمال أيًّا كانت طبيعتها وعلى جميع الأفراد أيًّا كانت صفتهم[٤].

المطلب الثاني: شركة المحاصَّة في نظام المعاملات المدنية:

لا شك أنَّ صدور نظام المعاملات المدنية قفزة تشريعيَّة كبيرة في المملكة العربية السعودية، ألقت بظلالها على الكثير من المعاملات

(١) ينظر: المادة (٤) من نظام الشركات لعام ١٤٤٣هـ.

(٢) ينظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد الزحيلي، مرجع سابق، ٢/ ٨١٥، وانظر: قواعد العقد، خالد المشيقح، صدى الخير، الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ، ص١٢.

(٣) جاء في التقرير ١٠٢٥/ ٤ من تقريرات محكمة التمييز بقرار رقم (٣٨٣/ ق١/ ب) وتاريخ ١/ ٧/ ١٤١٨هـ.

(٤) القانون التجاري السعودي، محمد الجبر، مرجع سابق، ص٧.

والمسائل، فهو يمثِّل القانون المدني الذي تُعدُّ أحكامه قواعد عامَّة تحكم المعاملات عمومًا، بل تحكم حتى تلك المعاملات التجارية التي لم يرد بها نص خاص في الأنظمة التجارية[1]، ويستكمل هذا النظام بالأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية[2].

ونظام المعاملات المدنية وإن لم يرد فيه ذكرٌ خاص لشركة المحاصَّة، غير أنَّه بتحليل نصوصه يمكن استظهار موقفه من شركة المحاصَّة فيما يلي:

١. جاء نظام المعاملات المدنية بقواعد عامة تحكم جميع أشكال الشركات العقدية دون تسمية، ما عدا الشركات المسمَّاة في نظام الشركات[3].

(١) جاء في قرار مجلس الوزراء رقم (٨٢٠) ٢٤/ ١١/ ١٤٤٤هـ الصادر به نظام الشركات ما نصه: سادساً:«تسري أحكام نظام المعاملات المدنية وما ورد في البند (خامساً) من هذا المرسوم على المعاملات التجارية؛ بما لا يخالف طبيعة المعاملة التجارية، وذلك فيما لم يرد به نص خاص في الأنظمة التجارية»، وجاء في المادة الأولى من نظام المعاملات المدنية: «٢. لا يخل تطبيق نصوص هذا النظام بالنصوص النظامية الخاصة».

(٢) جاء في المادة (١) من نظام المعاملات المدنية: «١. تُطبق نصوص هذا النظام على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها، فإن لم يوجد نص يمكن تطبيقه طُبقت القواعد الكلية الواردة في الأحكام الختامية، فإن لم توجد قاعدة يمكن تطبيقها طُبقت الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثرُ ملاءمة لهذا النظام».

(٣) نصت المادة (٢/ ٥٢٩) من نظام المعاملات المدنية على أنه: «لا تسري أحكام هذا الفصل على الشركات المقررة أحكامها في نصوص نظامية خاصة».

٢. تعريف شركة المحاصَّة المستقر فقهًا وقانونًا يدخل في عموم تعريف الشركة الوارد في نظام المعاملات المدنية، فقد عرَّف الشركة بأنها «عقد يسهم بمقتضاه شريكان أو أكثر بتقديم حصة من مال أو عمل أو منهما معًا في مشروع لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة»[(١)]؛ وهذا التعريف ينطبق على شركة المحاصَّة.

٣. بخصوص الاستتار الذي هو أساس شركة المحاصَّة فلم يرد في نظام المعاملات المدنية ما يمنع منه، بل لم يشترط النظام الإشهار؛ مما يدل على أنَّ استتار الشركة باقٍ على أصل جوازه شرعًا[(٢)] ونظامًا، وإن كان أثر هذا الاستتار محل بحث سيأتي.

٤. يؤيِّد ما سبق ما قرَّره نظام المعاملات المدنية من أنَّ الأصل في العقود والشروط الصحة واللزوم[(٣)]، وعليه فعقد شركة المحاصَّة باقٍ على هذا الأصل بغض النظر عن استتارها.

٥. لَمَّا تقرَّر في المطلب السابق أن نظام الشركات لم يبطل شركة المحاصَّة أو يمنعها؛ فغاية الأمر أنَّه أخرجها من سلطان القواعد الخاصة في نظام الشركات؛ لتبقى خاضعة للقواعد العامة للمعاملات والعقود المأخوذة من نظام المعاملات المدنية، ولا يستقيم القول إنَّ

(١) المادة (٥٢٩/ ١).

(٢) ينظر: شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، محمد الموسى، دار التدمرية: الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٣٢هـ، ص٣٠٣.

(٣) المادة (٧٢٠)، القاعدة العاشرة من نظام المعاملات المدنية.

المنظِّم السعودي أوجد فراغًا تشريعيًّا فيما يخص شركة المحاصَّة مع وجود التشريع العام للمعاملات المتمثل في القواعد العامة الواردة في نظام المعاملات المدنية والمكمَّل بأحكام الشريعة الإسلامية، يؤكد ذلك عبارة المنظِّم الواردة في نظام المعاملات المدنية «لا تسري أحكام هذا الفصل على الشركات المقررة أحكامها في نصوص نظامية خاصة»، والتي يُفهم منها أنَّ الشركات التي لم ترد في نظام الشركات تخضع لأحكامه.

٦. لم يقرِّر نظام المعاملات المدنية للشركات شخصية اعتبارية، وذمة تستقل عن الشركاء، وهذا يتناسب مع طبيعة شركة المحاصَّة[(١)]، ويتوافق مع أحكام الشركات في الفقه الإسلامي الذي يَعدُّ الشركات عمومًا شركات أشخاص لا تتمتع بشخصية اعتبارية ولا بذمة مالية

(١) جاء في قرار مجلس الوزراء رقم (٨٢٠) ٢٤/ ١١/ ١٤٤٤هـ الصادر به نظام الشركات ما نصه: «سابعًا: يقوم وزير العدل -بالتنسيق مع وزير التجارة- بدراسة مدى مناسبة اكتساب عقد الشركة الوارد في نظام المعاملات المدنية الشخصية الاعتبارية والشروط الواجب توافرها والآثار المترتبة على ذلك، في ضوء نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٣٢) وتاريخ ١/ ١٢/ ١٤٤٣هـ، والرفع عن ذلك لاستكمال الإجراءات النظامية»، وبعد الدراسة جاء التعميم رقم (٦٨٨٤٥) وتاريخ ٢٢/ ٩/ ١٤٤٥هـ القاضي بعدم إكساب الشخصية الاعتبارية لهذه الشركات.

مستقلة[1]، وقد خالف المنظِّم في ذلك القوانين المدنيَّة التي أثبتت للشركة شخصية معنوية مستقلة[2].

٧. القواعد العامة المنظِّمة للشركات التي جاء بها نظام المعاملات المدنية تنطبق على شركة المحاصَّة عمومًا وفق مفهومها المستقر، ولا تتنافى معها، وتتقارب بشكل كبير من الصور المتعدّدة لشركة المحاصَّة التي صحّحها فقهاء الشريعة[3]، وسيأتي بيان ذلك.

وعلى ضوء ما سبق في هذا المبحث يتقرّر أنَّ نظام الشركات لم يُبطل شركة المحاصَّة؛ وأنَّ القواعد الحاكمة لشركة المحاصَّة هي القواعد العامة التي تضمنها نظام المعاملات المدنية وإن لم تُسمَّ فيه شركة المحاصَّة؛ وبالتالي فإنَّ شركة المحاصَّة ما تزال مشروعة في النظام السعودي، ويبقى الجواب على السؤال الثاني: هل القواعد النظاميَّة الجديدة تستوعب بقاء شركة المحاصَّة أم تعود عليها بالإبطال والإزالة؟

(١) ينظر: شركة المحاصَّة في الشريعة والقانون، نايف جريدان، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد (٢٦)، العدد (٣٣)، الرياض ٢٠١٤م، ص٢٢٨.

(٢) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي: بيروت، ١٩٦٤م، ٥/ ٢٩٢.

(٣) ينظر: شركة المحاصَّة، باتع الشمري، رسالة دكتوراه، قسم السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء، ١٤٢١هـ، ص١٤٧.

المبحث الثاني
أحكام شركة المحاصَّة

لَمَّا تقرَّر في المبحث الأول أنَّ شركة المحاصَّة بمفهومها المستقر في الفقه والأنظمة التجاريَّة المقارنة ما تزال مشروعة، وأصبحت خاضعة للقواعد الواردة في نظام المعاملات المدنيَّة؛ وهذه القواعد إمَّا قواعد عامة للمعاملات كالقواعد المتعلقة بالعقد، أو قواعد خاصة بالشركات وهي الواردة في الباب الرابع «عقود المشاركة»؛ وعلى ضوء ذلك تُبين أحكام شركة المحاصَّة؛ لنرى هل قواعدها الجديدة تستوعب بقاءها أم تعود عليها بالإبطال والإزالة؟

المطلب الأول: تكوين شركة المحاصَّة:

يلزم لقيام الشركة توفر الأركان الموضوعية العامَّة، والأركان الموضوعية الخاصة، والأركان الشكليَّة.

أولًا: الأركان الموضوعية العامة:

التي تُشترط في العقود عامَّة، وهي الرضى، والأهلية، والمحل، والسبب.

١. **الرضى**: ويتحقق إذا توافقت إرادتا متعاقدين (أو أكثر) لديهما أهلية التعاقد وعُبِّر عن الإرادة بما يدل عليها[1]، فيرضى كل شريك

(١) المادة (٣٢) من نظام المعاملات المدنية.

بالدخول في الشركة، ويجب أن يكون سالمًا من عيوب الرضا، وهي الغلط والتغرير والإكراه والاستغلال والغبن[١].

٢. **الأهلية**: وهي أهلية الأداء، التي يراد بها صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يُعتدُّ به شرعًا[٢]، وبالتالي فلا يَصحُّ عقد الشركة من فاقد الأهلية، كالصغير غير المميِّز والمجنون والمعتوه[٣].

٣. **المحل**: وهو الغرض الذي قامت من أجله الشركة، أي النشاط الاقتصادي الذي اتجهت لممارسته إرادة الشركاء، ويُشترط في المحل أن يكون أن يكون ممكنًا في ذاته، مشروعًا غير مخالف للشرع والنظام العام، وأن يكون معيَّنًا أي محدَّدًا غير غامض، ويترتب على فقدان هذه الشروط بطلان المحل وبالتالي بطلان الشركة[٤].

٤. **السبب**: وهو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب في ذمته الالتزام، ويتمثَّل في رغبة الشركاء في تحقيق الربح[٥]، ويشترط في السبب

(١) المواد (٥٧-٦٩) من نظام المعاملات المدنية.
(٢) نظرية العقد في الفقه الإسلامي، عصمت بكر، دار الكتب العلمية: الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص٢٠٣.
(٣) المواد (٤٧-٥٦) من نظام المعاملات المدنية.
(٤) الشركات التجارية، سامي عبد الباقي أبو صالح، مطبوعات جامعة القاهرة، كلية التجارة، ٢٠١٣م، ص٨.
وانظر: المادة (٧٢) من نظام المعاملات المدنية.
(٥) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ١٩٩٨م، ٤/ ٧.

أن يكون مشروعًا؛ وبالتالي يقع باطلًا أي عقد يكون السبب الباعث على التعاقد فيه غير مشروع إذا صُرِّح به في العقد أو دلت عليه ظروف التعاقد، على أنَّ مشروعية السبب مفترضة فكل عقد لم يُذكر سببه يُفترض أن له سببًا مشروعًا؛ ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك[1].

تأسيسًا على ما سبق تنعقد الشركة بارتباط الإيجاب بالقبول إذا وردت على محل صحيح، واستند إلى سبب مشروع، دون إخلال بما يتطلبه النظام، وهذه القاعدة العامة تنطبق على شركة المحاصَّة بشكلها المعروف قانونًا.

ثانيًا: الأركان الموضوعية الخاصة:

يلزم لقيام عقد الشركة توافر الأركان الموضوعية الخاصة، فهي تميِّز عقد الشركة عن بقية العقود، وتخلُّفُ أحدها يؤدِّي إلى انتفاء فكرة الشركة، وهي:

١. **تعدُّد الشركاء**: وهذا ما يقتضيه المعنى اللغوي للشركة المشتق من الشرك[2]، وتمليه حقيقة الشركة القائمة على الاشتراك والتعاون واتحاد المصالح بين شخصين فأكثر، باعتبار أنَّ الشركة عقد، ولا يتصور وجود عقد أحادي الطرف[3]، وإلى هذا الركن أشار المنظِّم

(١) المواد (٧٥-٧٦) من نظام المعاملات المدنية.

(٢) لسان العرب، ابن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ، ١٠/ ٤٤٨.

(٣) الوجيز في القانون التجاري، محسن شفيق، دار النهضة، ١٩٨٦م، ص١٦٢.

السعودي بقوله: «الشركة عقد يسهم بمقتضاه شريكان أو أكثر...»[1]، هذا باعتبار الأصل، وأجاز المنظِّم استثناء تأسيس شركة المساهمة وشركة المساهمة المبسطة والشركة ذات المسؤولية المحدودة المملوكة من شخص واحد[2]، وبخصوص شركة المحاصَّة فقطعًا لا يرد عليها هذا الاستثناء، بل لا بدَّ من وجود شريكين على الأقل ليتصوَّر عقلًا حصول استتار أحدهما، وظهور الآخر للعلن.

٢. **تقديم الحصص**: تقتضي حقيقة الشركة أن يلتزم كل شريك بتقديم حصة نقدية أو عينية أو بعمل، ليساهم بحصته -باستثناء الحصة بالعمل- في تكوين رأس مال الشركة، وتقديم هذه الحصة هي المبرّر لحصوله على نصيب من الربح، وهذا الركن أشار إليه المنظِّم في تعريف الشركة بقوله «...بتقديم حصة من مال أو عمل أو منهما...[3]»، ولا يُشترط أن تكون الحصص متساوية أو من طبيعة واحدة، إلا أنه يتعين تقديرها وتحديد ما تعادله من قيمة حتى يمكن تحديد نصيب الشريك من الأرباح والخسائر وفائض التصفية، مع مراعاة أنَّ الحصة بالعمل لا تدخل في تكوين رأس مال الشركة، وإنَّما تُقوَّم لتحديد نصيب الشريك بالعمل في الأرباح والخسائر، دون حصوله على أي

(١) المادة (٥٢٩) من نظام المعاملات المدنية، والمادة (٢) من نظام الشركات.
(٢) المادة (٧) من نظام الشركات.
(٣) المادة (٥٢٩) من نظام المعاملات المدنية.

نصيب في موجودات الشركة عند حلِّها[١]، ولا يصح أن تكون الحصة أو بعضها ما للشريك من نفوذ أو سمعة أو ثقة مالية، ويجوز أن تكون حصة الشريك دَينًا لدى الغير لكن لا يَنقضِ التزامه بتقديمها إلا بعد تحصيله الدين وتسليمه للشركاء[٢].

وبعد التدقيق في نصوص نظام المعاملات المدنيَّة نجد أنَّ المنظِّم لم يتعرَّض لملكيَّة الحصص المقدَّمة، بل اكتفى بتقرير أنَّه إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو أي حق عينيٍّ آخر فإن أحكام البيع هي التي تسري على ضمان الحصة إذا هلكت أو استُحقت أو ظهر فيها عيب وإذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال فإن أحكام الإيجار هي التي تسري في ذلك[٣]؛ ممَّا يعني أنَّ هذا الأمر خاضعٌ لإرادة الشركاء في عقد الشركة، ومن الناحية الفقهية فيمكن أن يحتفظ الشريك بملكية الحصص، ويمكن أن تنتقل الملكية إلى مدير المحاصَّة، ويمكن أن تكون الملكية مشاعة بين الشركاء[٤]، وبالتالي تنطبق عليه القواعد المتبعة في قسمة المال الشائع[٥].

(١) ينظر: القانون التجاري، عبد الهادي محمد سفر الغامدي وبن يونس محمد حسيني، مكتبة الشقري: الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٣٠هـ، ص ١٤٨.
(٢) المادة (٥٣٠) من نظام المعاملات المدنية.
(٣) المادة (٥٣٣) من نظام المعاملات المدنية.
(٤) منهج المشرع والقضاء الكويتي في شأن شركة المحاصَّة، عبد الوهاب صادق (مجلة الحقوق: جامعة الكويت، مج ٤٤، ع ٣) ص ٩٨.
(٥) المادة (٥٤٩/ ٣) من نظام المعاملات المدنية: «تتبع في قسمة أموال الشركة القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع».

والأحكام السابقة المتعلقة بالحصص تتناسب مع عدم الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للشركات الخاضعة لنظام المعاملات المدنية، ويتَّفق هذا مع ما كانت عليه شركة المحاصَّة في نظام الشركات الملغى فلم يكن لها شخصية اعتبارية ولذلك يبقى الشريك مالكاً لحصته، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك[1]، ويرى الباحث أنَّ بقاء هذين الحكمين المهمين لشركة المحاصَّة في ظل نظام المعاملات المدنية دليل يقوِّي القول بأنَّ الوضع القانوني الجديد لا يمنع من وجود شركة المحاصَّة.

٣. **نية المشاركة**: رغم أنَّ نظام المعاملات المدنية ونظام الشركات لم ينصَّا أو يشيرا إلى هذا الركن إلا أنَّ الفقه مجمعٌ عليه؛ فلا يمكن تصوُّر وجود شركة وشركاء إلا بوجود نية المشاركة، وتعرَّف بأنها «الرغبة في الاتحاد وتحمُّل المخاطر المشتركة»، وهذا يقتضي التنظيم الجماعي وتوازي المصالح، ولا يقتضي بالضرورة أن يكون الأمر على قدم المساواة، بل كلٌّ حسب مركزه القانوني في الشركة، وهذا الركن معيار أساس لتمييز الشركة عن ما يشابهها كالشيوع وعقد القرض وعقد العمل[2]، وهو عنصر نفسي يكمن في إرادة الشركاء، يظهر واضحًا في شركات الأشخاص لقيامها على الاعتبار الشخصي الذي يعزِّز تعاون الشركاء لنجاح مشروعهم، ويظهر أقل وضوحًا في شركات الأموال التي يعنى المساهم فيها بتوظيف أمواله أكثر من اهتمامه بالشركاء ونشاط

(١) المادة (٤٩) من نظام الشركات، الصادر عام ١٤٣٧هـ (الملغى).
(٢) ينظر: القانون التجاري السعودي، محمد الجبر، مرجع سابق، ص١٨٦.

الشركة[1]، وشركة المحاصَّة يظهر فيها هذا العنصر بقوة لأن استتار الشركاء عن الغير دليل على تركيزهم القوي على نية المشاركة.

٤. **اقتسام الأرباح والخسائر**: ذكره المنظِّم بقوله: «...لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة[2]»، فالشركاء يتشاركون الأرباح فيما بينهم، ويتحمَّلون الخسارة فيما بينهم، وهذا الركن معيارٌ يميِّز الشركة عن الجمعية التي لا تهدف إلى تحقيق الربح بل تهدف لتحقيق غاياتها.

والأصل أن توزع الأرباح حسب اتفاق الشركاء في عقد الشركة، ولا يشترط تساوي الأنصبة، ولا أن يكون نصيب الأرباح كنصيب الخسائر، ولا أن يكون نصيبه في الربح بحسب نصيبه في رأس المال، بل يكفي مطلق الاشتراك في الأرباح والخسائر[3]، وهذا يسمَّى توزيعًا اتفاقيًّا، فإن لم يوجد اتفاق أو بطل لأي سبب فيُصار إلى التوزيع القانوني الذي نص عليه المنظِّم كقاعدة مكمِّلة، والذي يقتضي أن توزَّع الأرباح بنسبة حصة كل منهم في الشركة[4]، وأمَّا طريقة توزيع الأرباح ومواعيد استحقاقها فتخضع لاتفاق الشركاء، شريطة أن يكون التوزيع بعد سلامة رأس المال[5].

(١) العقود والشركات التجارية، إبراهيم سيد أحمد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، ص١١٩.
(٢) المادة (٥٢٩) من نظام المعاملات المدنية.
(٣) القانون التجاري، مراد منير، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢م، ص٢٣٧.
(٤) المادة (٥٣٤/ ١) من نظام المعاملات المدنية.
(٥) المادة (٥٣٦) من نظام المعاملات المدنية.

أمَّا بخصوص توزيع الخسائر فقد نص نظام المعاملات المدنية على أنها «توزَّع بين الشركاء بنسبة حصة كل منهم في الشركة»[(١)]، ولم يرد في النص ما يفيد بجواز الاتفاق على خلاف ذلك كما هو الحال في الربح؛ مما يدلُّ على أنَّ المنظِّم لا يجيز الاتفاق على خلاف ذلك، بالتالي لا مجال للتوزيع الاتفاقي للخسائر، ولهذا أصله الشرعي الذي استقاه منه المنظِّم، فالراجح من أقوال الفقهاء جواز أن يكون الربح على ما اشترطه الشركاء بدليل عموم قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**المسلمون على شروطهم**))[(٢)]، ولأن الربح كما يكون بالمال فإنه يكون مُستحَقًّا بالعمل كما في عقد المضاربة، والناس متفاوتون في العمل فجاز التفاوت في الربح المتفق عليه ولو كان أكثر من حصة الشريك في رأس المال أو أقل، وعليه يقاس بقية الشركات، وأما الخسارة فيجب أن تكون بقدر رأس المال؛ لأن تحميله فوق ذلك ظلمٌ له وأخذٌ من ماله بغير حق، ولذلك جاء في الأثر: «الربح على ما اصطلحا عليه، والوضيعة على قدر رؤوس الأموال»[(٣)]، ولا يصح قياس الخسارة على الربح لوجود الفارق من عدة أوجه، فالربح مقصود والخسارة غير مقصودة، والربح قد يتعلق بالمال والعمل والضمان والخسارة لا تتعلَّق إلا بالمال، وتفاوت

(١) المادة (٢/ ٥٣٤) من نظام المعاملات المدنية.

(٢) رواه الترمذي في كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الصلح برقم (١٣٥٢)، صححه الألباني، السلسلة الصحيحة برقم (٢٩١٥).

(٣) المصنف، لابن أبي شيبة،، دار كنوز إشبيليا: الرياض، ت. سعد الشثري، الطبعة الأولى،١٤٣٦هـ، ١١/ ٢٣٩.

الربح له مبرِّرات كثيرة راعاها الشرع كحذق بعض الشركاء وخبرتهم في العمل(١).

وتأكيدًا لوجود هذا الركن فقد نص المنظِّم على بطلان كل شرط مخلٍّ به؛ فلا يصح اشتراط أن يكون نصيب الشريك من الربح مبلغًا محدَّدًا، أو أنه لا يستفيد من الربح أو يُعفى من الخسارة(٢)، وهذه الشروط معروفة في القانون بشرط الأسد، وهي باطلة في الشرع والقانون(٣).

وبالنظر إلى ما كان عليه الوضع في نظام الشركات القديم نجد أنَّه أخضع توزيع الأرباح والخسائر لا تفاق الشركاء في عقد الشركة(٤)، ثم أوجب تحديدها ونصيب كل شريك منها عند نهاية السنة المالية للشركة، وذلك من واقع قوائم مالية معدة وفقاً للمعايير المحاسبية المتعارف عليها، ومراجعة -وفقاً لمعايير المراجعة المتعارف عليها- من مراجع حسابات خارجي مرخص له(٥)، وهذا الحكم متوافقٌ في مضمونه مع ما ورد في نظام المعاملات المدنيَّة، غير أنَّ نظام المعاملات

(١) ينظر: شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، محمد الموسى، مرجع سابق، ص٩٥.
(٢) المادة (٥٣٥) من نظام المعاملات المدنية.
(٣) القانون التجاري، الغامدي وحسيني، مرجع سابق، ص ١٤٨.
(٤) المادة (٤٥) من نظام الشركات، الصادر عام ١٤٣٧هـ (الملغى).
(٥) المادتان (٥١)، (٣٥) من نظام الشركات، الصادر عام ١٤٣٧هـ (الملغى).

المدنيَّة لم يصرِّح بوجوب اعتمادها على قوائم ماليَّة، ولا تأثير لذلك على حقيقة شركة المحاصَّة.

وهذه الأركان الموضوعيَّة الخاصة والتي أشار إليها نظام المعاملات المدنيَّة متى ما توافرت صحَّ انعقاد الشركة، ولأنَّ المنظِّم لم يشترط إعلان هذه الشركة وبقي حكم استتارها على أصل الجواز الشرعي والنظامي؛ فيمكن القول أنَّ شركة المحاصَّة المعروفة في القانون التجاري المقارن، وإن لم يَرِد ذكرها باسمها في نظام الشركات ونظام المعاملات المدنية، ما زالت مقبولةً على وجه العموم في التشريع السعودي.

ثالثًا: الأركان الشكلية:

في ظل القوانين التجاريَّة المقارنة لا تخضع شركة المحاصَّة لشرط كتابة العقد ولا إشهاره، وهذا استثناءٌ لها من هذا الحكم الذي ينطبق على بقية الشركات التجاريَّة[1]، والسبب في ذلك أنَّ شركة المحاصَّة شركة مستترة، وكتابة العقد وإشهاره إنَّما كان ضروريًّا لإعلام الغير بوجود الشركة والإنباء عن ظهور شخصها المعنوي[2]، الأمر الذي يتنافى مع طبيعة شركة المحاصَّة القائمة على استتار بين الشركاء دون أن يكون لها وجود بالنسبة للغير، كما يتنافى مع عدم وجود شخصية اعتبارية لها تقتضي إعلام الغير، بل متى صدر من الشركاء تعبير

(١) ينظر: المواد (١٢)، (١٤)، (٤٣) من نظام الشركات، الصادر عام ١٤٣٧هـ (الملغى).

(٢) موسوعة الشركات التجارية، إلياس نصيف، مرجع سابق، ٤/ ٣٠٠.

صريح أو ضمني عن وجود شركتهم في مواجهة الغير جاز له الاحتجاج عليهم بوجود الشركة وأصبحت بمثابة شركة تضامن[١]، بالتالي فشركة المحاصَّة لا يلزم كتابة عقدها، كما أنه لا يجوز شهر هذا العقد وإلا فقدت صفتها كشركة محاصَّة[٢]، ولمَّا كان الأمر كذلك جاز إثبات شركة المحاصَّة بكافة طرق الإثبات المقرَّرة لإثبات العقود[٣]، ولا يمنع ذلك من كتابة محرَّر عُرفي لعقد شركة المحاصَّة يكون متداولًا بين الشركاء فقط[٤].

أمَّا بعد خروج شركة المحاصَّة من نظام الشركات الجديد، وخضوعها لأحكام نظام المعاملات المدنيَّة، فقد أصبحت من العقود الشكلية[٥]؛ لوجوب كتابته، أسوة بكل الشركات الفقهية الخاضعة لنظام المعاملات المدنية، فقد نصَّ المنظِّم على أنه: «يجب أن تكون

(١) إشكالية الظهور العلني لشركة المحاصَّة في القانون المغربي، محمد مومن، بحث محكم: مجلة الإرشاد القانوني، العدد (١٠)، ٢٠٢٢م، ص٨١.
(٢) القانون التجاري السعودي، محمد الجبر، مرجع سابق، ص٢٧٦.
(٣) المادة (٤٤) من نظام الشركات، الصادر عام ١٤٣٧هـ (الملغى).
(٤) الوسيط في الشركات التجارية، أحمد محمد محرز، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤م، ص٣٣٠.
(٥) العقد الشكلي هو: الذي لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل يجب لانعقاده اتباع شكل مخصوص يعينه القانون، وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية أو عرفية يُدوَّن فيها العقد. ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ١/ ١٤٩.

عقود المشاركة الواردة في هذا الباب مكتوبة، وإلا كانت باطلة...»[1]، وتكفي الكتابة العرفية؛ لأنَّ المنظِّم لم يشترط كتابة رسميَّة، ولم يشترط ما يتطلَّبها من إجراءات قيد أو تسجيل، والجزاء المترتِّب على الإخلال بهذا الشرط هو البطلان، وهو ليس بطلانًا مطلقًا وإنما بطلان من نوع خاص، فبين الشركاء يبقى العقد قائمًا منتجًا لآثاره إلى الوقت الذي يرفع فيه أحد الشركاء الدعوى ببطلان الشركة فيسري البطلان من تاريخ قيد الدعوى، ولذلك لا يكون البطلان إلا بحكم قضائي بناءً على دعوى من أحد الشركاء، ويكون باعتبار المستقبل وليس الماضي، حيث تصبح معترفًا بها في الماضي تطبيقًا لنظرية الشركة الفعلية، وهذا البطلان لا يجوز للمتعاقد أن يحتج به تجاه الغير، أما الغير فله أن يحتجَّ بالبطلان لعدم قيام الركن الشكلي، ويجوز له أن يُغفِل بطلان الشركة ويتمسك بوجودها، وله أن يثبت وجود الشركة بكافة طرق الإثبات[2]، أمَّا إثبات الشريك لشراكته فلا يمكن إلا بالكتابة؛ لأنَّ المنظِّم اشترطها، ولأن ما اشترطت له الكتابة صحة أو إثباتًا لا يجوز إثباته بشهادة الشهود ولو لم يزد عن مائة ألف ريال، وبذلك قضى نظام الإثبات[3].

ويرى الباحث أن شرط الكتابة الوارد في نظام المعاملات المدنية يستوعب شركة المحاصَّة؛ لأنَّ المنظِّم اشترط الكتابة فقط، ولم يشترط

(١) المادة (٥٢٨) من نظام المعاملات المدنية.

(٢) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، للسنهوري، مرجع سابق، ٥/ ٢٤٨.

(٣) ينظر: المواد (٦٦)، (٦٧)، (٨٤) من نظام الإثبات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٤٣) وتاريخ ٢٦/ ٥/ ١٤٤٣هـ.

أن تكون رسمية، ولم يشترط أن يُقيَّد العقد أو أن يُشهر، بالتالي يمكن بقاء خاصية الاستتار، لإمكانية كتابة العقد مع بقائه مكتوبًا مستترًا بين الشركاء.

المطلب الثاني: نشاط شركة المحاصَّة:

نظرًا لاستتار شركة المحاصَّة وعدم وجود شخصية معنوية لها؛ فلا يمكن أن يكون لها ممثِّل قانوني أو مدير يعمل باسمها ولحسابها، ولذلك ذكر فقهاء القانون أنَّ مباشرة نشاط شركة المحاصَّة يكون بإحدى طرق ثلاث:

الطريقة الأولى: تعيين أحد الشركاء مديرًا للمحاصَّة، فيتفق الشركاء على قيام أحدهم بأعمال الشركة، ويتعامل مع الغير باسمه وصفته الشخصيَّة، وليس للغير حق الرجوع إلَّا على الشريك الذي تعامل معه[1]، ولهذا المدير سلطته الواسعة في القيام بجميع الأعمال التي تحقِّق مصلحة الشركة، ويلتزم بنقل آثار تصرفاته إلى الشركاء، ولا يكون للشركاء مزاحمته في تصرفاته، لكن لهم سلطة المراقبة والاطلاع على المستندات والوثائق، وتقديم الرأي والمشورة[2].

(١) ينظر المادة (٤٨) من نظام الشركات، الصادر عام ١٤٣٧هـ (الملغى).
(٢) الشركات التجارية، سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص٤١٣.

الطريقة الثانية: أن يتعامل كل شريك مع الغير باسمه الخاص، فيلتزم الشريك في مواجهة الغير بنتائج تصرفاته، ويُعدُّ الشريك الذي تعامل مع الغير وكيلًا عن باقي الشركاء.

الطريقة الثالثة: الإدارة الجماعيَّة، وهي اشتراك جميع الشركاء في الأعمال التي تتم لحساب الشركة، فتكون الأعمال بأسمائهم جميعًا، ويلتزمون أمام الغير على وجه التضامن متى كان غرض الشركة تجاريًّا تبعًا لقاعدة افتراض التضامن في المسائل التجارية[1].

وبمقارنة هذا الوضع المستقر لنشاط شركة المحاصَّة في الفقه والقانون التجاري مع أحكام نظام المعاملات المدنيَّة؛ نجد أنَّ الأخير نصَّ على طريقتين لإدارة الشركة:

الطريقة الأولى: تعيين مدير، فأجاز للشركاء «أن يعيِّنوا منهم أو من غيرهم من يدير أموال الشركة ويتصرف فيها نيابة عنهم»[2]، وهذا يتوافق مع الطريقة الأولى لإدارة شركة المحاصَّة في الفقه والقانون التجاري، وأوجب على المدير أن يبذل العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة أو عناية الشخص المعتاد، وحظر أي تصرف يلحق الضرر بالشركة[3].

الطريقة الثانية: عند عدم تعيين مدير، فقد نصَّ المنظِّم على أنه «إذا لم يعيِّن الشركاء من يدير أموال الشركة فيُعد كل شريك وكيلًا عن

(١) القانون التجاري السعودي، محمد الجبر، مرجع سابق، ص٢٧٩.
(٢) المادة (٥٣٧/ ١) من نظام المعاملات المدنية.
(٣) المواد (٥٣٩، ٥٤٠، ٥٤١) من نظام المعاملات المدنية.

باقي الشركاء في إدارة أموال الشركة والتصرف فيها بما يحقق الغرض الذي أنشئت من أجله دون الرجوع إلى باقي الشركاء...»، ومقابل حق الإدارة المنفردة لكل شريك وحمايةً لحقوق بقية الشركاء؛ فقد قرَّر المنظِّم لكل واحدٍ منهم حق الاعتراض على أي عمل قبل تمامه، وقرَّر لأغلبية الشركاء باعتبار قيمة الحصص الحق في رفض هذا الاعتراض؛ وذلك كله ما لم يتفق على خلاف ذلك[1]، كما قرَّر حقَّ كل شريك في الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها، وجعل حق الاطلاع من النظام العام يقع الاتفاق على خلافه باطلًا[2].

وهذه الطريقة متوافقة مع الطريقة الثانية لإدارة شركة المحاصَّة في الفقه القانون التجاري، لكن زاد عليها نظام المعاملات المدنية القواعد الحمائية لبقية الشركاء، وبإمعان النظر فيها نجد أنها لا تتنافى مع طبيعة شركة المحاصَّة؛ لأنها تحكم العلاقة بين الشركاء، فلا تقتضي منع الاستتار الذي يمثِّل جوهر شركة المحاصَّة.

أما الطريقة الثالثة لإدارة شركة المحاصَّة في الفقه القانون التجاري فتدخل ضمن الطريقة الثانية في نظام المعاملات المدنية؛ لما يلي:

(١) المادة (٥٣٧/ ٢) من نظام المعاملات المدنية.
(٢) المادة (٥٣٨) من نظام المعاملات المدنية.

١. في حالة عدم تعيين مدير فالنظام افترض حق الإدارة لكل شريك منفردًا[١]، فمن باب أولى لو اجتمع الشركاء على الإدارة وأداروا الشركة بشكل جماعي.

٢. بحكم القواعد المدنيَّة العامة فعقد الشركة هو الأساس الذي يحكم العلاقة بين الشركاء شريطة عدم مخالفة النظام العام[٢]، وليس في نظام المعاملات المدنيَّة ما يمنع من الإدارة الجماعية للشركة، والنصوص الواردة فيه بشأن إدارة الشركة مكمِّلة يصار إليها في حالة عدم وجود اتفاق، بدليل عبارة المنظِّم «...وذلك كله ما لم يتفق على خلاف ذلك»[٣].

ما تقدَّم يتعلَّق بمباشرة نشاط شركة المحاصَّة، أمّا ما يتعلَّق بحماية نشاطها فقد تضمَّن نظام الشركات الملغى قواعد حمائية تتمثَّل في حظر ممارسة الشريك لحسابه أو لحساب الغير نشاطاً من نوع نشاط الشركة، وحظر أن يكون شريكاً أو مديراً أو عضو مجلس إدارة في شركة تنافسها أو مالكاً لأسهم أو حصص تمثل نسبة مؤثرة في شركة أخرى تمارس النشاط نفسه، وتأكيدًا لهذه الحماية أجاز لبقية الشركاء أن يطلبوا من الجهة القضائية المختصة أن تَعُدَّ التصرفات التي قام بها لحسابه الخاص

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ٥/ ٣٠٢.
(٢) المرجع السابق، ٥/ ٣٢١.
(٣) المادة (٥٣٧/ ٢) من نظام المعاملات المدنية.

قد تمت لحساب الشركة مع المطالبة بالتعويض، كلُّ ذلك ما لم يكن بموافقة الشركاء[1].

وهذا الحكم الحمائي لم يرد نظيره في نظام المعاملات المدنية، بالتالي يبقى الأمر على الأصل وهو الجواز، فيجوز لشريك المحاصَّة العمل لحسابه أو لحساب الغير في نشاط من نوع نشاط الشركة أو مشاركته في شركة أخرى تمارس نفس النشاط؛ شريطة ألا يقصد الإضرار، وإلَّا دخل في حكم التصرفات الضارة الممنوعة بحسب القواعد العامَّة، كما يمكن للشركاء في العقد الاتفاق على منع الشريك من ذلك؛ وعلى هذا فإن هذه الحماية ممكنة الوجود في شركة المحاصَّة في ظل نظام المعاملات المدنية الجديد.

وأما عن قرارات الشركاء فنصَّ نظام الشركات الملغى أنها تصدر بالأغلبية العددية لآرائهم، إلا إذا كان القرار متعلقاً بتعديل عقد تأسيس الشركة فيجب أن يصدر بإجماع الشركاء، وذلك ما لم ينصَّ على غير ذلك[2]، إلاَّ قرار ضم شريك جديد فلا يجوز إلا بموافقة جميع الشركاء، ما لم ينص عقد الشركة على غير ذلك[3]، وفي ظل نظام المعاملات المدنيَّة ولخلوه من نص يقابل ذلك، فنعود إلى القواعد العامة المستقاة من الشريعة الإسلامية والتي تقتضي موافقة جميع الشركاء على قرارات

(١) ينظر: المادتان (٥١) و(٢٤) من نظام الشركات، الصادر عام ١٤٣٧هـ (الملغى).
(٢) ينظر: المادتان (٥١) و(٢٧) من نظام الشركات، الصادر عام ١٤٣٧هـ (الملغى).
(٣) المادة (٤٦) من نظام الشركات، الصادر عام ١٤٣٧هـ (الملغى).

الشركة ما لم يتفقوا سلفًا في العقد على غير ذلك، وموافقتهم جميعًا على ضمِّ شريك جديد؛ باعتبار أنَّ الشركات في الفقه الإسلامي قائمة على الاعتبار الشخصي الذي جوهره قيام الشركة ثقةً في أشخاص بأعيانهم ولذلك تتأثر في الحالات العارضة له كموت أو انسحاب أو إعسار وغيرها، وهذا لا يناسبه دخول شريك جديد إلا بموافقة جميع الشركاء ما لم يتفقوا على خلاف ذلك في عقد الشركة، فالعقد وشروطه معتبرة شرعًا ونظامًا[1].

وأمَّا عن إصدار الصكوك المحظور على شركة المحاصَّة في نظام الشركات القديم[2] لعدم مناسبته لاستتارها وعدم وجود شخصية اعتبارية لها، فيتوافق مع نظام المعاملات المدنيَّة؛ لأنه لا يمكن إصدار صكوك قابلة للتداول في ظل عدم اعتراف نظام المعاملات المدنية بالشخصية الاعتبارية للشركات الخاضعة له.

وتأسيسًا على ما سبق يرى الباحث أنَّ أحكام إدارة نشاط الشركة المتعلقة بمباشرة النشاط وحمايته وقرارات الشركاء وإصدار الصكوك المتداولة في نظام المعاملات المدنية تتقارب مع أحكام إدارتها السابقة في ظل القانون التجاري، ولا تعود عليها بالنقض، وهذا يؤدِّي إلى القول إنَّ نظام المعاملات المدنية يستوعب وجود شركة المحاصَّة.

(١) ينظر: شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، محمد الموسى، مرجع سابق، ص١٢٢.
(٢) ينظر المادة (٤٧) من نظام الشركات، الصادر عام ١٤٣٧هـ (الملغى).

المطلب الثالث: انقضاء شركة المحاصَّة:

المتقرِّر في القانون التجاري المقارن أنَّ شركة المحاصَّة تنقضي كبقية الشركات بالأسباب العامَّة لانقضاء الشركات، كما تنقضي بالأسباب الخاصّة لانقضاء شركة الأشخاص(١).

فالأسباب العامَّة هي تحقيق الغرض الذي أُنشئت من أجله، أو استحالة تحقيقه، أو انقضاء المدة المحدِّدة لها، أو هلاك رأس مالها، أو اجتماع الحصص في يد شخصٍ واحد؛ وفي هذه الصور الخمسة تنقضي بقوة القانون، كما تنقضي بالأسباب الإرادية في حالة إجماع الشركاء على إنهائها، أو اندماجها، كما تنقضي بحكم قضائي؛ فهذه ثمانية أسباب(٢).

وأمَّا الأسباب الخاصَّة لانقضاء شركات الأشخاص فهي وفاة أحد الشركاء، أو إفلاسه، أو إعساره، أو الحجر عليه، أو انسحابه، مع مراعاة أنَّ الانتهاء هنا ليس من النظام العام؛ بالتالي يجوز لباقي الشركاء الاتفاق على استمرار الشركة في هذه الأحوال(٣).

وانقضاء شركة المحاصَّة خلافًا لبقية الشركات التجاريَّة لا يستتبع خضوعها لنظام التصفية لاستتارها وعدم وجود شخصية معنوية لها

(١) الوجيز في النظام التجاري السعودي، سعيد يحيى، الطبعة السابعة، ٢٠٠٤م، ص٢١٩.
(٢) القانون التجاري، الشرقاوي، مرجع سابق، ص٢٦٧، المادة (١٦) من نظام الشركات، الصادر عام ١٤٣٧هـ (الملغى).
(٣) الشركات التجارية، خالد الرويس، مرجع سابق، ص٢٦٦، المادة (١٦) من نظام الشركات، الصادر عام ١٤٣٧هـ.

ولا ذمة ماليَّة مستقلة عن ذمم الشركاء، ولذا يقتصر الأمر على مجرَّد تسوية الحسابات بين الشركاء لتحديد نصيب كلٍّ منهم، مع أنَّه يجوز تعيين مُصَفٍّ يكون وكيلًا عن الشركاء وليس الشركة[1].

وبمقارنة هذه الأسباب مع أحكام الانقضاء التي جاء بها نظام المعاملات المدنيَّة نجد ما يلي:

١. قضى نظام المعاملات المدنيَّة بانتهاء عقد الشركة بانقضاء الغرض الذي أنشئت من أجله، أو بانقضاء مدته، ولم يجعل ذلك من النظام العام؛ فأجاز للشركاء الاتفاق على مدِّ أجله قبل انقضاء المدة، بل عدَّ عقد الشركة مجددًا حكمًا لمدة غير محدَّدة في حال استمرار الشركاء في عملٍ من نوع الأعمال التي أنشئت لها الشركة، وحمايةً لحق الغير أجاز لدائن أحد الشركاء أن يعترض على تجديد عقد الشركة، ورتَّب على اعتراضه عدم نفاذ تجديد العقد في حقه[2].

وبهذا يتوافق نظام المعاملات المدنيَّة مع سببين من الأسباب العامّة لانقضاء شركة المحاصَّة في القانون التجاري، بما في ذلك اعتبار العقد مجددًا حكمًا، وتقرير حق الاعتراض على التجديد لصاحب المصلحة، أمّا الأسباب الستة الأخرى فلم يتعرّض لها على وجه الخصوص في عقد الشركة، وإن كان قد تعرَّض لبعضها في الأحكام العامة لفسخ

(١) القانون التجاري السعودي، محمد الجبر، مرجع سابق، ص٢٨٠.
(٢) ينظر: المادة (٥٤٤) من نظام المعاملات المدنية.

العقد وانفساخه[1]؛ وهذا لا يُعدُّ فراغًا تشريعيًّا لأن المنظِّم أحال إلى الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثرُ ملاءمة لهذا النظام[2]؛ وانتهاء الشركة بأحد هذه الأسباب الستة متقرِّرٌ عند فقهاء الإسلام[3]، وبالتالي فإن أحكام نظام المعاملات المدنية يستوعب هذه الأسباب لانتهاء شركة المحاصَّة.

٢. قضى نظام المعاملات المدنيَّة بانتهاء عقد الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو افتتاح إجراء التصفية له أو انسحابه، ولم يجعل ذلك من النظام العام؛ بل أجاز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته، كما أجاز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء أو حُجِر عليه أو أعسر أو افتُتحت إجراءات التصفية له أو انسحب؛ تستمر الشركة بين باقي الشركاء[4]، وهذا متوافق تمامًا مع الأسباب الخاصة لانقضاء شركة المحاصَّة.

(١) ينظر الفرع السادس: «فسخ العقد وانفساخه» المواد (١٠٥) إلى (١١٠) من نظام المعاملات المدنية.

(٢) ينظر: المادة (١) من نظام المعاملات المدنية.

(٣) ينظر: الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، عبد العزيز الخياط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤١٤هـ، ١/ ٣٤٤، الشركات في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، مطبعة البردي، ١٤٣٠هـ، ص١٣٤، شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، محمد الموسى، مرجع سابق، ص٣٣٧، الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ٥/ ٣٣٧.

(٤) المادة (٥٤٧) من نظام المعاملات المدنية.

٣. أمَّا خضوع شركة المحاصَّة لإجراءات التصفية فإنَّ نظام المعاملات المدنيَّة قضى أن «تُصفَّى أموال الشركة وتقسَّم وفق الإجراءات التي اتفق عليها الشركاء»[(١)]، فلم يخُضِع الشركات لنظام التصفية المعمول به في نظام الشركات التجارية؛ وبالتالي فإنَّ شركة المحاصَّة في ظل نظام المعاملات المدنيَّة ما زال ينطبق عليها الحكم المستقر في القوانين التجاريَّة المقارنة بعدم إخضاعها لإجراءات التصفية، ويتماشى هذا الحكم مع عدم اعتراف المنظِّم السعودي بالشخصية الاعتباريَّة للشركات الخاضعة لنظام المعاملات المدنية[(٢)].

وبعد ما تقدَّم يرى الباحث أنَّ أحكام انقضاء الشركة الواردة في نظام المعاملات المدنية تتقارب مع أحكام انقضائها في ظل أحكام الفقه والقانون التجاري، ولا تعود عليها بالنقض، ولذلك يمكن القول إنَّ نظام المعاملات المدنية يستوعب وجود شركة المحاصَّة.

المطلب الرابع: الحماية القضائية للاستتار:

الحديث أولًا عن الاختصاص القضائي بشركة المحاصَّة، ومن ثمَّ موقف القضاء من استتار الشركة في ظل أحكام نظام المعاملات المدنية.

(١) المادة (٥٤٩) من نظام المعاملات المدنية.

(٢) تعميم الديوان الملكي رقم (٦٨٨٤٥) وتاريخ ٢٢/ ٩/ ١٤٤٥هـ بعدم إكساب الشخصية الاعتبارية لهذه الشركات.

الفرع الأول: الاختصاص القضائي بشركة المحاصَّة:

لم يختلف الاختصاص القضائي بخروج شركة المحاصَّة من نظام الشركات؛ لأنَّ المحاكم التجاريَّة أصبحت تختص بالمنازعات التي تنشأ عن عقود المشاركة المنصوص عليها في نظام المعاملات المدنية، ومستند ذلك أنه جاء في المرسوم الملكي الصادر به نظام المعاملات المدنية «ثالثًا: يعدل اعتباراً من تاريخ العمل بنظام المعاملات المدنية ما يلي:

١. الفقرة (٣) من المادة (السادسة عشرة) من نظام المحاكم التجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٩٣) بتاريخ ١٥/ ٨/ ١٤٤١هـ، لتكون بالنص الآتي: «المنازعات التي تنشأ عن عقود المشاركة المنصوص عليها في نظام المعاملات المدنية»».

والمادة السادسة عشرة هي التي تحدِّد الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية، وقد أحسن المنظِّم السعودي في ذلك؛ فجمع الاختصاص بجميع المنازعات التي تنشأ عن الشركات العقدية سواءً أتخذت أحد الأشكال النظاميَّة الخاضعة لنظام الشركات أم أحد الأشكال المدنيَّة الخاضعة لنظام المعاملات المدنيَّة[1] له فائدته في ضبطِ وتكامل الاجتهاد القضائي المتعلق بالشركات، ومراعاةِ تشابه نشاطها، وأهميته في الحركة الاقتصادية، واستثمارِ ما لدى القاضي التجاري من إدراكٍ لواقع

(١) المستجدات في عقود الشركات، سلمان التركي، جمعية قضاء، الدراسات القضائية رقم (٦٠)، ص٨.

الشركات العملي والنظامي، كما أنَّ ذلك مناسب لخضوعها لنفس قواعد الإثبات المتقرِّرة في نظام الإثبات[١].

ومصادر الحكم في شركة المحاصَّة تتمثَّل في النصوص النظامية الواردة في الباب الرابع من نظام المعاملات المدنيَّة، مكمَّلة بالأحكام الشرعيَّة المتعلقة بتكييف وتأصيل شركة المحاصَّة في الفقه الإسلامي[٢].

الفرع الثاني: موقف القضاء من الاستتار:

نظرًا لأنَّ شركة المحاصَّة في القانون التجاري قائمة على الاستتار، ولا شخصيَّة معنوية لها، ولا ذمة مالية مستقلة؛ فإن الشريك المتعامل مع الغير هو المسؤول عن سداد ديون الشركة، لأنه يتعامل ظاهرًا باسمه ولحسابه الخاص، ثمَّ يعود على الشركاء كلٌّ بحسب نصيبه في الشركة، وليس للغير حق الرجوع إلا على الشريك الذي تعامل معه[٣]، كما أنَّ هذا الاستتار يمنع من التنفيذ على حصص الشريك ونصيبه من قبل الدائن الشخصي.

(١) تنص المادة (١) من نظام الإثبات على أنه: «تسري أحكام هذا النظام على المعاملات المدنية والتجارية».

(٢) الكلام فيها مبسوط في كتب الفقه الإسلامي المعاصرة، ينظر مثلاً: شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، محمد الموسى، مرجع سابق، ص٣٠٥، الشركات في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، مرجع سابق، ص١٢٤، شركة المحاصَّة، باتع الشمري، مرجع سابق، ص١٤٦.

(٣) ينظر: المادة (٤٨) من نظام الشركات الصادر عام ١٤٣٧هـ (الملغى).

وقد تقدَّم أنَّ هذا الاستتار جائز شرعًا، ونظامًا، بالتالي يبقى الحال على ما هو عليه في ظل نظام المعاملات المدنيَّة؛ ولذا يمكن القول إنَّ حماية هذا الاستتار مصدرها الجواز الشرعي والنظامي، ويقتضي ذلك أن يعتدَّ القضاء التجاري السعودي بهذا الاستتار إعمالًا للعقد القائم بين الشركاء، ولا يَفرض عليهم إعلانَه، ولا يُلغي اعتباره، حتى لو قامت خصومة بين الشركاء، ويجدُ هذا الحكم مستندًا له في نظام المعاملات المدنيَّة عندما قرَّر المنظِّم أنَّ الأصل أنَّ النائبَ إذا لم يُعلِم المتعاقدَ الآخرَ وقت إنشاء العقد أنَّه تعاقد بصفته نائبًا؛ فإنَّ أثر العقد لا يُضاف إلى الأصيل دائنًا أو مدينًا[1]، ومدير المحاصَّة في الحقيقة نائبٌ عن باقي الشركاء في شركة المحاصَّة، ويمكن أن ينطبق عليه هذا الحكم.

لكن التساؤل يثور في حالة سعي صاحب المصلحة في كشف شركة المحاصَّة وإثبات وجودها، ويفترض أنَّ صاحب المصلحة هنا هو الدائن الشخصي لأحد الشركاء باعتبار أنَّ له الحق في التنفيذ على حصص الشريك، والحق في استيفاء حقه من نصيب الشريك من الأرباح القابلة للتوزيع أو من نصيبه في مال الشركة بعد التصفية[2]، ففي هذه الحالة له إثبات وجود الشركة بطرق الإثبات في المواد المدنية[3] وفقًا لنظام الإثبات، كما يُفترَض أنَّ صاحب المصلحة هو

(١) ينظر: المادة (٩١) من نظام المعاملات المدنية.
(٢) ينظر: المادة (٥٤٢) من نظام المعاملات المدنية.
(٣) الوسيط في شرح القانون المدني، للسنهوري، مرجع سابق، ٥/ ٢٤٨.

أحد الشركاء يريد إلزام بقية الشركاء بمقدار حصة كل منهم في ديون الشركة[١]، ففي هذه الحالة يجوز له إثبات وجود الشركة بالكتابة، والتساؤل الذي يثور في هذه الحالة: هل يعني هذا تعذُّر وجود شركة المحاصَّة في ظل نظام المعاملات المدنيَّة؟

جوابًا على هذا التساؤل يرى الباحث أنَّ هذه حالة عارضة لا تعود على أصل وجود شركة المحاصَّة بالمنع، وهي تُشبِه حالة قيام الشركاء بفعل صريح أو ضمني يكشف عن وجود شركة المحاصَّة التي تجيز اعتبارها شركة تضامن في حق من تعامل معها، دون إبطال أصل الشركة[٢] بل تبقى كما هي بين الشركاء؛ ولذا يرى الباحث أنَّ التعامل القضائي في حالة إثبات صاحب المصلحة لشركة المحاصَّة أن يُفيد من هذا الكشف في استيفاء حقِّه مع بقاء الشركة صحيحة وقائمة على عقدها بين الشركاء، وبهذا يُجمَع بين مصلحة الشركة ومصلحة الدائن، وبين مرادات الشرع في اعتبار العقود وصحتها وحفظ الحقوق والديون، وهذا يتفق مع مقاصد الشريعة[٣].

(١) ينظر: المادة (٥٤٣) من نظام المعاملات المدنية.
(٢) ينظر: القانون التجاري السعودي، محمد الجبر، مرجع سابق، ص٢٧٥.
(٣) مقاصد الشريعة: هي المعاني الكليَّة التي لاحظتها الشريعة عند وضع أحكامها، ومن مقاصدها العامة أداء الحقوق، ينظر: مقاصد الشريعة، سعد الشثري، دار كنوز إشبيليا: الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ، ص٩، ٢٣١.

الخاتمة

النتائج:

شركة المحاصَّة المعروفة فقهًا وقانونًا ما تزال مشروعة، ومستند ذلك:

١. لم يُبطِل نظام الشركات الجديد الصادر عام ١٤٤٣هـ شركة المحاصَّة؛ بدليل أنَّه لم يصرِّح ببطلان الشركات التي لا تتخذ أحد الأشكال النظامية الخمسة، وإنما اكتفى بعدم خضوعها له؛ لأنها لم تؤسَّس وفقًا لأحكامه، وهذا مسلكٌ متوافق مع قواعد الشريعة التي تقضي بأنَّ الأصل في العقود الصحة، والأولى في العقود اعتبارها وإعمالها.

٢. نظام المعاملات المدنية يحكم شركة المحاصَّة -وإن لم تُسمَّ فيه-؛ لأنه يحكم جميع أشكال الشركات -ما عدا الشركات المسمَّاة في نظام الشركات-، بدليل أنَّ تعريف شركة المحاصَّة المستقر قانونًا يدخل في عموم تعريف الشركة الوارد فيه، ولم يرد فيه شرط الإشهار؛ فيبقى استتار الشركة الذي هو حقيقة شركة المحاصَّة على أصل جوازه شرعًا.

٣. القواعد النظاميَّة الجديدة في نظام المعاملات المدنيَّة تستوعب بقاء شركة المحاصَّة ولا تعود عليها بالإبطال والإزالة؛ وبيان ذلك:

أ. تحقُّق الأركان الموضوعية العامة في شركة المحاصَّة في ظل نظام المعاملات المدنيَّة.

ب. تحقُّق الأركان الموضوعية الخاصة في شركة المحاصَّة في ظل نظام المعاملات المدنيَّة.

ج. شرط كتابة عقد الشركة يستوعب بقاء شركة المحاصَّة؛ لأنَّ المنظِّم اشترط فقط الكتابة، ولم يَشترط أن تكون رسمية، ولم يَشترط أن يُقيَّد العقد أو أن يُشهَر، بالتالي يمكن بقاء خاصية الاستتار، لإمكانية كتابة العقد مع بقائه مكتوبًا مستترًا بين الشركاء.

د. أحكام إدارة نشاط شركة المحاصَّة المتعلقة بمباشرة النشاط، وحمايته، وقرارات الشركاء، وحظر إصدار الصكوك المتداولة، تتقارب مع أحكام إدارتها في ظل أحكامها المنسوخة في القانون التجاري، ولا تعود عليها بالنقض.

هـ. أحكام انقضاء شركة المحاصَّة تتقارب مع أحكام انقضائها في ظل أحكام الفقه والقانون التجاري المقارن، ولا تعود عليها بالنقض.

و. إمكانيَّة كشف شركة المحاصَّة وإثبات وجودها من قبل صاحب المصلحة حالة عارضة لا تعود على أصل وجود شركة المحاصَّة بالمنع، وهي تشبه في القانون التجاري حالة قيام الشركاء بفعل صريح أو ضمني يكشف عن وجود شركة المحاصَّة التي تجيز اعتبارها شركة تضامن في حق من تعامل معها، دون إبطال أصل الشركة.

التوصيات:

١. تحقيق الحماية القضائية لاستتار شركة المحاصَّة؛ بأن يعتدّ القضاء السعودي بهذا الاستتار إعمالًا للعقد القائم بين الشركاء، ولا يفرض عليهم إعلانه؛ لجوازه الشرعي والنظامي.

٢. السعي لتقرير مبادئ قضائية لشركة المحاصَّة مستقاة من نظام المعاملات المدنية.

٣. الاهتمام بإعداد عقود شركات المحاصَّة بما يتلاءم مع الوضع الجديد في ظل قواعد نظام المعاملات المدنية.

٤. نشر الوعي بأحكام شركة المحاصَّة في ظل قواعد نظام المعاملات المدنية.

قائمة المصادر والمراجع

١. **إشكالية الظهور العلني لشركة المحاصَّة في القانون المغربي**، محمد مومن بحث محكم، مجلة الإرشاد القانوني، العدد ١٠، ٢٠٢٢م.

٢. **الآثار القانونية المترتبة على إزالة شركة المحاصَّة من نظام الشركات السعودي**، علي العجلان، رسالة ماجستير، قسم الأنظمة بكلية والدراسات القضائية، الجامعة الإسلامية بالمدينة، ١٤٤٤هـ.

٣. **الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية**، لعلاء الدين البعلي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ت. محمد الفقي، ١٣٦٩هـ.

٤. **الإنصاف في معرفة الخلاف**، علاء الدين أبي الحسن المرداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ت. محمد الشافعي، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

٥. **الشركات التجارية**، حسين الماحي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الرابعة، ٢٠١٧م.

٦. **الشركات التجارية**، خالد الرويس، دار الشقري، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٤٠هـ.

٧. **الشركات التجارية**، سامي عبد الباقي أبو صالح، مطبوعات جامعة القاهرة، كلية التجارة، ٢٠١٣م.

٨. **الشركات التجارية**، سميحة القليوبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.

٩. **الشركات التجارية**، محمد العريني ومحمد الفقي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥م.

١٠. **الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، عبد العزيز الخياط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤١٤هـ.

١١. **الشركات في الفقه الإسلامي**، علي الخفيف، مطبعة البردي، ١٤٣٠هـ.

١٢. **العقود والشركات التجارية**، إبراهيم سيد أحمد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.

١٣. **القانون التجاري السعودي**، محمد الجبر، الرياض، الطبعة الرابعة، ١٤١٧هـ.

١٤. **القانون التجاري**، عبد الهادي محمد سفر الغامدي وبن يونس محمد حسيني، مكتبة الشقري، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٣٠.

١٥. **القانون التجاري**، علي حسن يونس، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٠م.

١٦. **القانون التجاري**، محمود سمير الشرقاوي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٨٦م.

١٧. **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، محمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.

١٨. **المستجدات في عقود الشركات**، سلمان التركي، جمعية قضاء، الدراسات القضائية، رقم (٦٠).

١٩. **المصنف**، لابن أبي شيبة، دار كنوز إشبيليا، الرياض، ت. سعد الشثري، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ.

٢٠. **المغني**، موفق الدين ابن قدامة، دار عالم الكتب، الرياض، ت. عبد المحسن التركي، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ.

٢١. **النظام القانوني لشركة المحاصَّة**، دودي منال، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ٢٠١٥م.

٢٢. **الوجيز في القانون التجاري**، محسن شفيق، دار النهضة، ١٩٨٦م.

٢٣. **الوجيز في النظام التجاري السعودي**، سعيد يحيى، الطبعة السابعة، ٢٠٠٤م.

٢٤. **الوسيط في الشركات التجارية**، أحمد محمد محرز، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤م.

٢٥. **الوسيط في شرح القانون المدني**، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٤م.

٢٦. **رد المحتار على الدر المختار**، لابن عابدين، دار عالم الكتب، الرياض، ت. عادل عبد الموجود وعلي معوض، ١٤٢٣هـ.

٢٧. **شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون**، محمد الموسى، دار التدمرية، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٣٢هـ.

٢٨. **شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي**، محمد بن سالم صالح بايوسف البريكي، دار البشائر، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م.

٢٩. **شركة المحاصَّة في الشريعة والقانون**، نايف جريدان، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد ٢٦، العدد ٣٣، الرياض ٢٠١٤م.

٣٠. **شركة المحاصَّة**، باتع الشمري، رسالة دكتوراه، قسم السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء، ١٤٢١هـ.

٣١. **قواعد العقد**، خالد المشيقح، صدى الخير، الكويت، الطبعة الثانية، ١٤٣٥هـ.

٣٢. **كشاف القناع**، للبهوتي، وزارة العدل، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ.

٣٣. **لسان العرب**، ابن منظور دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.

٣٤. **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، عبد الرحمن الكليبولي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٣٥. **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، عبد الرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ١٩٩٨م.

٣٦. **مقاصد الشريعة**، سعد الشثري، دار كنوز إشبيليا، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ.

٣٧. **منهج المشرع والقضاء الكويتي في شأن شركة المحاصَّة**، عبد الوهاب صادق، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد ٤٤، عدد ٣.

٣٨. **مواهب الجليل من أدلة خليل**، أحمد الشنقيطي، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، ١٤٠٧هـ.

٣٩. **موسوعة الشركات التجارية**، إلياس نصيف، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥م.

٤٠. **نظام الإثبات**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٤٣ وتاريخ ٢٦/ ٥/ ١٤٤٣هـ.

٤١. **نظام الشركات**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٣ وتاريخ ٢٨/ ١/ ١٤٣٧هـ (المُلغَى).

٤٢. **نظام المعاملات المدنية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ١٩١ وتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٤٤٤هـ.

٤٣. **نظرية العقد في الفقه الإسلامي**، عصمت بكر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

٤٤. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، شمس الدين محمد الأنصاري، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣م.