



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



فضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الثامن والثلاثون • رجب ١٤٤٦هـ • يناير ٢٠٢٥م

أصول تطبيق نظام المعاملات
المدنية السعودي

د. عبد الرحمن بن محمد الحميد

تفسير النصوص بفحواها بين
الشريعة والقانون - دراسة
أصولية مع التطبيق على الأنظمة
السعودية

د. فالح بن صياد الدوسري

معيار القرار الإداري المنعدم
في قضاء ديوان المظالم
السعودي في ضوء معايير
الفقه المقارن والقضاء المصري

أ. د. حمدي محمد العجمي

شروط وضوابط مزاوله
المهن الصحية في ظل الفقه
الإسلامي ونظام مزاوله المهن
الصحية السعودي

عبد الله عياف السرواني

الآثار النظامية المترتبة على
وجوب الوساطة في المملكة
العربية السعودية - دراسة
تطبيقية مقارنة بالفقه
الإسلامي

د. تركي عبد الله الطيار

البيوع الموصوفة بين الحلول
والتأجيل وتطبيقاتها في البيع بإحالة
الشحن (Drop Shipping) - دراسة
فقهية مقارنة

د. عبد الرحمن بن خالد السعدي

التبرع الممنوع شرعاً قواعد
وتطبيقات - مقارنة مع الأنظمة
المرعية والمبادئ والقرارات القضائية
في المملكة العربية السعودية

د. عبد العزيز بن سليمان العيسى

الإقرار في القضاء وأثر القرينة في
ترك العمل به - دراسة فقهية تأصيلية
تطبيقية على المحاكم بالمملكة
العربية السعودية

د. سعد بن محمد التميمي

شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص
(SPAC) - دراسة فقهية -

د. إياس بن إبراهيم الهزاع

العقوبات الجزائية والتعزيرية في قانون
العمالة المنزلية الكويتي - دراسة فقهية

د. آلاء عادل العبيد

قضاء

قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الثامن والثلاثون • رجب ١٤٤٦هـ • يناير ٢٠٢٥م

✉ info@qadha.org.sa

☎ 0112584996

☎ 0538999887

📷 📺 📧 qadha.ksa

✖ qdha



© الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) ١٤٤٦هـ (٢٠٢٥م)
تعتبر المواد المقدمة للنشر عن آراء مؤلفيها، ويتحمل أصحابها
مسؤولية صحة المعلومات والاستنتاجات ودقتها، وجميع الحقوق
محفوظة للجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)، وعند
قبول البحث للنشر تؤول ملكية النشر من المؤلف إلى المجلة.

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

هيئة التحرير

رئيس التحرير

فضيلة أ. د. مَنْصُورُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْحَيْدَرِيِّ

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

أعضاء هيئة التحرير

فضيلة أ. د. خَالِدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْمُصَلِح

أستاذ الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية
في جامعة القصيم

فضيلة أ. د. عَبْدِ الْوَاحِدِ بْنِ حَمَدِ الْمَرْزُوع

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

فضيلة أ. د. مُحَمَّدُ بْنُ جَبْرِ الْأَلْفِيِّ

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

فضيلة د. مِشْعَلُ بْنُ سَعْدِ آلِ عَسْكَر

قاضي استئناف

فضيلة د. خَالِدُ بْنُ عُثْمَانَ الْعُمَيْرِ

عميد كلية الحقوق بكلية الشرق العربي

فضيلة الشيخ / عَبْدِ الْإِلَهِ بْنِ إِبْرَاهِيمِ الْعَرَوَان

محامٍ

ضوابط النشر في مجلة قضاء

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

إجراءات التحكيم في مجلة قضاء

المرحلة الأولى:

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

المرحلة الثانية:

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

المرحلة الثالثة:

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

المرحلة الرابعة:

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

محتويات العدد

٧

كلمة التحرير

البيوع الموصوفة بين الحلول والتأجيل وتطبيقاتها في البيع بإحالة الشحن (Drop Shipping) - دراسة فقهية مقارنة

٩

د. عبد الرحمن بن خالد السعدي

التبرع الممنوع شرعًا وقواعد وتطبيقات - مقارنة مع الأنظمة المرعية والمبادئ والقرارات القضائية في المملكة العربية السعودية

٩١

د. عبد العزيز بن سليمان بن فهد العيسى

الإقرار في القضاء وأثر القرينة في ترك العمل به - دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية على المحاكم بالمملكة العربية السعودية

١٨٩

د. سعد بن محمد عبد العزيز التميمي

شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص (SPAC) - دراسة فقهية -

٢٥٧

د. إلياس بن إبراهيم بن محمد الهزاع

العقوبات الجزائية والتعزيرية في قانون العمالة المنزلية الكويتي - دراسة فقهية

٢٠٢

د. آلاء عادل العبيد

أصول تطبيق نظام المعاملات المدنية السعودي

٢٨٥

د. عبد الرحمن بن محمد بن عبد العزيز الحميد

تفسير النصوص بفحواها بين الشريعة والقانون - دراسة أصولية مع التطبيق على الأنظمة السعودية

٤٥٧

د. فالح بن صياد بن ربيعان الدوسري

معيار القرار الإداري المنعدم في قضاء ديوان المظالم السعودي في ضوء معايير الفقه المقارن والقضاء المصري

٤٩٧

أ. د. حمدي محمد العجمي

شروط وضوابط مزاولة المهن الصحية في ظل الفقه الإسلامي ونظام مزاولة المهن الصحية السعودي

٥٦٥

عبد الله عياف محمد السرواني

الأثار النظامية المترتبة على وجوب الوساطة في المملكة العربية السعودية - دراسة تطبيقية مقارنة بالفقه الإسلامي

٦٢٢

د. تركي عبد الله عقيل الطيار

كلمة التحرير

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

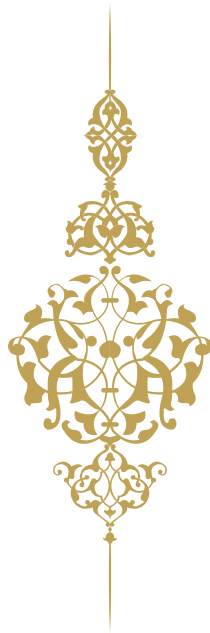
فتضع الجمعية العلمية القضائية السعودية بين أيديكم العدد الثامن والثلاثين من (مجلة قضاء)، الذي تضمن في طياته موضوعات نوعية مستجدة بطبيعتها، كاليك بإحالة الشحن Drop Shipping، وشركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص SPAC، وأصول تطبيق نظام المعاملات المدنية السعودي، كما تضمن موضوعات أخرى حوت في جنباتها جوانب نوعية وإن كان أصل الموضوع قد تم تناوله في أبحاث أخرى كالتبرع الممنوع شرعاً، والإقرار في القضاء، والعقوبات الجزائية والتعزيرية في قانون العمالة المنزلية الكويتي، وتفسير النصوص بفحواها، ومعيار القرار الإداري المنعدم، وشروط ضوابط مزاوله المهنة الصحية، والآثار النظامية المترتبة على وجوب الوساطة.

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

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

رئيس هيئة التحرير

أ. د. منصور بن عبد الرحمن الحيدري





البيوع الموصوفة بين الحلول والتأجيل وتطبيقاتها في البيع بإحالة الشحن (Drop (Shipping)

دراسة فقهية مقارنة

د. عبد الرحمن بن خالد السعدي

أستاذ مساعد في قسم الدراسات الإسلامية والعربية

بجامعة الملك فهد للبترول والمعادن

المقدمة

عندما انتشرت فرص التجارة الإلكترونية، وأصبح الناس ينتهزون الفرص ذات التكاليف الأقل لإنشاء مشاريعهم التجارية، وفي المقابل تجار كبار يرغبون في مسوقين؛ يقومون بنشر بضائعهم على الناس، ويشاركونهم الربح عند بيع السلعة التي يملكها التاجر الكبير -تاجر الجملة-، ظهرت نتيجة لذلك نماذج تجارية مبتكرة تفتقر لدراسات شرعية فقهية، واقتصادية ومالية؛ فلزم الباحثين في العلم الشرعي تجلية الأحكام ذات الصلة بهذه الأساليب التجارية، وتبقى المعضلة الكبرى أن بعض هذه النماذج لا يمتلك سلعتها الباعة فتجدهم يخشون من بيع سلعة لا تملك، أو من بيع سلعة غائبة، أو يتخرجون الدخول في منصات بيع إلكترونية تقوم بدور الوسيط أو المحيل.

ولما تنوعت أساليب التجارة -وبالأخص الإلكترونية منها-، كان محور هذا البحث عن أهم مسألة فقهية تُعالج هذا الإشكال، وتُجلى النظر في كلام العلماء وتحريرات الفقهاء وتحقيقاتهم في البيوع التي تتم بالصَّفة، بحيث عني البحث بمعتمد المذاهب الفقهية الأربعة في مسائل البيوع الموصوفة، ومقارنتها بما جاء في نظام المعاملات المدنية السعودية.

ولما تسارعت الخدمات المصاحبة للبيع والشراء الإلكتروني، وتطورت الوسائل الخدمية، وبات بإمكان التاجر الإلكتروني أن يبيع سلعة وتصل إلى المشتري بعد ساعات قليلة في محل إقامته؛ نشأ -على إثر ذلك- إشكال يُصاحب بحث المسألة الفقهية المذكور سلفاً، حيث إن نظر فقهاء المذاهب

الفقهية يختلف فيما بيع بصفته إذا كان حالاً، وبين ما كان إلى أجلٍ من حيث التكييف والحكم والشروط اللازمة للبيع، فكان من لوازم البحث النظر في اتجاهات المذاهب الأربعة للبيوع الموصوفة.

وبناءً على كل ما سبق؛ فقد اندفعت همّة الباحث في إعادة تحرير المسألة الأصل، والنظر في اعتبار الحلول والتأجيل فيها، وتنزيلها بعد ذلك على تطبيقات البيع الإلكتروني، فكان محلّ البحث النظري في البيوع الموصوفة بين الحلول والتأجيل.

ونظراً لتعدد صور التجارة الإلكترونية؛ فاخترت أن يكون محلّ الدراسة التطبيقية منتجات البيع بإحالة الشحن، أو منتجات البيع عبر سلسلة التجزئة المعروفة باللغة الإنجليزية بـ (Drop Shipping)، فكان هذا البحث الموسم بـ: البيوع الموصوفة بين الحلول والتأجيل وتطبيقاتها في البيع بإحالة الشحن (Drop Shipping) دراسة فقهية مقارنة، لبحث تقارير الفقهاء في البيوع الموصوفة، وأثر الحلول والتأجيل عليها، وبيان موقف المنظم السعودي حيالها وفق نظام المعاملات المدنية، وبحث العلاقة بين منتج البيع بإحالة الشحن مع البيوع الموصوفة.

ويظهر مما سبق أهمية البحث نظراً لتهافت صغار التجار الراغبين للدخول في سوق الأعمال إلى هذه النماذج المغرية لهم، مع الحاجة لدراسة البيوع الموصوفة من كلام فقهاء المذاهب -رحمة الله عليهم-، مع حاجة المكتبة الشرعية للنظر في علاقة التطبيقات المعاصرة مع المسائل الفقهية الأصيلة، والبحث في إشكالياتها وتحقق تكييفها به من عدمه.

وبخصوص الدراسات السابقة فإني وجدت مجالين يتقاطعان مع الرسالة؛ أحدهما: البحث الفقهي في البيوع الموصوفة، وأهمه: البيع على الصفة للعين الغائبة وما يثبت في الذمة، للعايشي فداد، وهو من مطبوعات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية بجدة، وجاء فيه تحريرات بديعة للبيع على الصفة، واقتصرت الدراسة على البحث الفقهي النظري ببيان أنواع البيوع التي تتم بالصفة.

والثاني: في دراسة التطبيق محل الدراسة، وأهمه: بحث البيع المقترن بشحن البضاعة عبر المورد، لخالد السيارى، المنشور في مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، في العدد ٩٠، سبتمبر ٢٠٢٢م، وجاء في البحث التعريف بالمنتج، وبيان تكييفه الفقهي بوجهة نظر الباحث، وإجابته على الإشكالات الفقهية على المنتج بناء على تكييفه الفقهي، وبقيت تكييفات أخرى مؤثرة في حكم المسألة، وخاصة في علاقة المنتج بالحلول والتأجيل، وبالدفء عند التسليم.

وعند النظر في هذين البحثين زادت همتي لبحث العلاقة بين الدراسة النظرية والتطبيقية، بعد تحرير فقهي للبيوع الموصوفة، وإبراز أثر الحلول والتأجيل في الدراسة التأصيلية والتطبيقية، مبيناً ما جاء في نظام المعاملات المدنية السعودي في البيوع الموصوفة. وبناء على ما سبق فهذا البحث سيضيف إضافتين ظاهرتين، أحدهما نظرية والأخرى تطبيقية؛ فالنظرية في تحرير أنواع البيوع الموصوفة وبيان موقف المنظم السعودي منها، والتطبيقية

في بيان العلاقة بينها وبين منتج الدراسة، مع مناقشة لبعض ما توصل إليه الباحثان في بحثيهما.

وحدود البحث في الدراسة النظرية على البيوع الموصوفة في المسائل التي نصّ عليها فقهاء المذاهب، ومعتمداً في نسبة الأقوال على المعتمد في المذاهب الفقهية الأربعة، مبيّناً ما له صلة بذلك في نظام المعاملات المدنية السعودي، وحدوده في الدراسة التطبيقية في بيان العلاقة بين المنتج والبيوع الموصوفة، وعرض أهم الإشكالات الشرعية فيه بعد تخرجه، ويجتمعان في الدراسة النظرية والتطبيقية في دراسة أثر الحلول والتأجيل عليهما.

وأسئلة البحث أربعة:

- ما رأي المذاهب الفقهية الأربعة في البيوع الموصوفة؟
- وما أثر الحلول والتأجيل عليها؟
- وما علاقة منتج البيع بإحالة الشحن بالبيوع الموصوفة؟
- وما أثر حلول الثمن أو المثلن أو تأجيلهما على منتج البيع بإحالة الشحن؟

وتم اعتماد المنهج الاستقرائي الوصفي التحليلي منهجاً للبحث، وذلك بتتبع كلام الفقهاء في البيوع الموصوفة، وجمع شتاتة، وإبراز أدلته وتحليل مأخذه وأسباب خلافه، مع وصف لطبيعة الصور المختلفة في الدراسة التأصيلية النظرية، مقارنةً بنظام المعاملات المدنية السعودي. وفي الدراسة التطبيقية محلّ الدراسة، ملتزماً في ذلك منهج البحث العلمي في التحرير

والتوثيق والأمانة العلمية، مقتصرًا على معتمد المذاهب الفقهية الأربعة، ومستقصيًا استدلالاتهم ومناقشاتهم، وموازنًا بعد ذلك ومرجحًا، ومخرّجًا للأحاديث النبوية من الصحيحين إن وجد فيها، أو بتخرجه من كتب السنن التي نصّ المحدث فيها على حكمه، وأقتصر في آخر البحث على قائمة بأهم المراجع والمصادر.

حيث جعلت هيكله البحث في مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، وكانت المباحث الثلاثة على النحو التالي:

المبحث الأول في التعريف بمصطلحات البحث؛ معرفًا البيوع الموصوفة، والحلول والتأجيل، والبيع بإحالة الشحن في ثلاثة مطالب.

المبحث الثاني في أحكام البيوع الموصوفة بين الحلول والتأجيل؛ كاشفًا عن نوعي البيوع الموصوفة في مطلبين: الأول بيع الموصوف المعين، والثاني في بيع الموصوف في الذمة؛ سواء كان سلمًا مؤجلًا أو حالًا، أو ما كان بلفظ البيع. ثم مطلب ثالث في الحلول والتأجيل وأثرهما على البيوع الموصوفة، وموقف المنظم السعودي من ذلك.

المبحث الثالث في البيع بإحالة الشحن وعلاقته بالبيوع الموصوفة؛ متطرقًا إلى التكييف الفقهي لهذا المنتج والمتعلق بالبيوع الموصوفة، ثم أثر تأجيل المثمن وحلوله، وكذلك أثر تأجيل الثمن وحلوله، وذلك في مطالب ثلاثة.

أسأل الله تعالى القبول والنفع، وأن يبارك فيمن كتب وقرأ، وأن يجعله
علماً نافعاً للجميع، وذُخراً نجد فيه فضله وكرمه في الدنيا والآخرة، وأن
يغفر لنا الزلل والتقصير، وأن يتجاوز عنا أجمعين.



المبحث الأول التعريف بمصطلحات البحث

المطلب الأول: البيوع الموصوفة:

الفرع الأول: الموصوف لغة:

اسم مفعولٍ للفعل الثلاثي (وَصَفَ)، وهذا الفعل الثلاثي أصلٌ واحدٌ يدلُّ على تحلية الشئ، يُقال: وَصَفْتُهُ وَأَصِفُهُ، أي: نَعْتَهُ بما فيه، ويُقال: لهذا الشئ صفَةٌ، أي: أمانةٌ لازمةٌ له، ومنه قولهم: وَصَفَ الثوبَ الجسمَ، أي: إذا أظهر وبين هيئته^(١). فعلى ذلك يكون الموصوف في اللغة: المنعوت بما فيه الذي له أمانةٌ قد بينت هيئته وأظهرته وجلته.

الفرع الثاني: الموصوف اصطلاحًا:

إنَّ الموصوف أو المواصفة يُطلق عند الفقهاء ويُراد به: بيع الشئ بصفةٍ من غير رؤية ونحوها^(٢)، وعليه فتظهر حقيقة الموصوف عند ذكرهم للبيوع غائبة العين، أو التي تتم بصفتها كبيع السلم، فيأتي ذكر شروط الموصوف عندهم التي تميّزه عن غيره، من بيان الجنس والنوع والقدر ونحوه^(٣).

- (١) يُنظر: مقاييس اللغة لابن فارس ٦/ ١١٥، لسان العرب لابن منظور ٩/ ٣٥٦، المصباح المنير للفيومي ٢/ ٦٦١.
- (٢) يُنظر: مختار الصحاح للرازي ص ٣٤٠، لسان العرب لابن منظور ٩/ ٣٥٧.
- (٣) يُنظر: كتب المذاهب الفقهية الأربعة عند بيع الغائب أو بيع السلم، وسيأتي بعض منها في المبحث التالي.

ويأتي ذكر البيوع الموصوفة عند الفقهاء في عقود البيع إذا كان البيع على غير حاضرٍ وقد ذكر جنسه ونوعه وقدره وهيئته مما يميّزه عن غيره، وصلته بالدلالة اللغوية ظاهر؛ يقول ابن الأثير رَحِمَهُ اللهُ في بيان ذلك: «... لأنّه باع بالصفة من غير نظرٍ ولا حيازة ملكٍ»^(١).

وعلى ما سبق فيخرج من استعمال الفقهاء للبيوع الموصوفة نوعان من أنواع البيع باعتبار العقود عليه - من غير خلاف -:

أولاً: بيع العين الحاضرة في مجلس العقد، كما هو جارٍ في أغلب المبيعات.

ثانياً: بيع العين الغائبة عن مجلس العقد، مع عدم ذكر صفاتها التي تميّزها عن غيرها، والذي يُسمى عند الفقهاء ببيع المجهول، وبيع المجهول لا يصحّ إجماعاً^(٢).

وعند النظر في الأنواع التي يذكرها الفقهاء عند الحديث عن بيوع الصّفة نجد أنه يدخل في البيوع الموصوفة نوعان من أنواع البيوع:

(١) النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٥ / ١٩١.

(٢) يُنظر: الشرح الكبير لابن أبي عمير ١٤ / ٢٦٦.

أولاً: البيوع الموصوفة المعينة:

وهي بيع العين الغائبة المعينة لمن يملكها بعد وصفها من البائع. ونضرب له مثلاً بقول البائع: بعتك سيارتي اليابانية، ويذكر صفاتها التي تميّزها عن غيرها^(١).

ثانياً: البيوع الموصوفة في الذمة:

وقد سبق تعريف الموصوف لغةً واصطلاحاً، وبقي تعريف الذمة لغةً واصطلاحاً باعتبار المراد تعريفه مركباً.

فالذمة في اللغة: مصدر للفعل الثلاثي (ذمّ)، والذال والميم في المضاعف أصلٌ واحدٌ يدلُّ على خلاف الحمد، ويرد هذا الفعل على عدّة معانٍ لا تخرج من هذا الأصل المذكور، ومن ذلك العهد والكفالة والضمان، فما يُذمُّ على إضاعته يُسمّى ذمّة كالعهد؛ لأنّه تتبعك المذمّة حال تضييعه. وكذلك يأتي بمعنى الحقّ والحرمة^(٢)، وجميعها لا تخرج أن تكون على خلاف الحمد.

والذمة إذا أطلقت في الاصطلاح الفقهي فإنّ دلالة اللفظة تأتي على معانٍ متعدّدة بين موسّع لها ومضيق، ومن ذلك:

- (١) يُنظر ما ذكره الحنابلة من مثال في ذلك: الإنصاف للمرداوي ١١/١٠٣.
- (٢) يُنظر: مقاييس اللغة لابن فارس ٢/٣٤٥، القاموس المحيط للفيروز آبادي ص ١١١٠.

أولاً: الذمة تدلّ على وصفٍ للمحلّ القابل للالتزام واللزوم. وخصّه بعضهم - كالقراقي والسبكي رَحِمَهُمَا اللهُ^(١) - بكون هذا الوصف معنى شرعي مقدّر يقوم في المكلف. وعمّم هذه الدلالة غيرهم - كالبزدوي والسرخسي رَحِمَهُمَا اللهُ، ونقل البزدوي إجماع الفقهاء في ذلك^(٢) - بحيث اعتبروا هذا الوصف ملازمًا للإنسان منذ وجوده في الدنيا، ومن عمّم كذلك الجرجاني رَحِمَهُ اللهُ بقوله: «وصفٌ يصير به الشخص أهلاً للإيجاب أو الاستيجاب»^(٣).

ثانياً: الذمة إذا أطلقت عند الفقهاء فيراد منها: النفس والذات، جاءت هذه الدلالة عند النووي رَحِمَهُ اللهُ بقوله: «قولهم: ثبت المال في ذمته، وتعلق بذمته، وبرئت ذمته، واشتغلت ذمته، مُرادهم بالذمة: الذات، والذمة في اللغة: تكون للعهد، وتكون للأمانة... فاصطلح الفقهاء على استعمال لفظ الذمة موضع الذات والنفس، فقولهم: وجب في ذمته أي: في ذاته ونفسه؛ لأنّ الذمة العهد والأمانة، محلها النفس والذات، فسمى محلها باسمها»^(٤).

وبناء على ما سبق فيظهر - والله أعلم - أنّ اختلافهم في دلالة الذمة خلافٌ معنويٌّ، لا تخرج عنه اصطلاحات الفقهاء؛ إلا أنّ الاستعمال

(١) الفروق للقراقي ٣/ ٣٣، الأشباه والنظائر للسبكي ١/ ٣٦٣.

(٢) أصول البزدوي (مطبوع في هامش كشف الأسرار) ٤/ ٢٣٧، أصول السرخسي ٢/ ٢٨٢.

(٣) التعريفات للجرجاني ص ١٠٧، وجاء مثله في كشف الأسرار للبخاري ٤/ ٢٣٧ - ٢٣٨.

(٤) تهذيب الأسماء واللغات للنووي ٣/ ١١٢، بتصرفٍ يسير.

المعاصر للذمة - في الفقه والقانون - وسّعها بإدخال الشخص الاعتباري في الاستعمال، ولا فرق في ذلك على الدلالة.

وبيع الموصوف في الذمة باعتباره لقباً: هو بيع العين الغائبة غير المعينة بعد وصفها في ذمة البائع - سواءً كانت مملوكة للبائع أو لم تكن -، ومنه: بيع السلم المشروع إجماعاً^(١)، على خلافٍ سيأتي بين المذاهب الفقهية في أثر الحلول على هذا النوع، وخلافٍ آخر في أثر إبرام العقد بغير لفظي السلم أو السلف.

وعلى كُُلِّ فإنَّ بين هذين النوعين أحكاماً فقهيةً مختلفةً، ومن ذلك ما يلزم البائع في حال عدم توفر الموصوف أو تلف الموصوف المعين الذي كان يملكه - أي: البائع - قبل أن يقبضه المشتري، أو الأحكام المتعلقة بالقبض قبل التفرق لأحد البدلين، وسيأتي بيان لبعض هذه الأحكام في المبحثين التاليين.

المطلب الثاني: الحلول والتأجيل:

إنَّ الحلول والتأجيل يرد ذكرهما في بيان حقيقة الزّمن عند التعاقد - كعقد البيع مثلاً وما يتعلّق بالبدلين عند تسليمهما أو أحدهما -، أو وقت ثبوت الحقّ أو المطالبة به كما في الديون؛ فهل الحقّ الثابت على المدين قد حلّ فيكون مُطالباً بسداده الآن، أو أنّ الدين مؤجّل.

(١) يُنظر: الإجماع لابن المنذر ص ٩٨.

وكذلك جاءت في المصاححة التي يُشترى فيها الدين، فذكرت بيع الحلول والتأجيل، ومن ذلك ما ذكره ابن قدامة رَحْمَهُ اللهُ: «وبيع الحلول والتأجيل لا يجوز، كما لا يجوز أن يُعطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة، ولأنه يبيعه عشرة بعشرين فلم يجز كما لو كانت معيبة»^(١).

ويأتي ذكر الأجل في البيوع الموصوفة عند الحديث عن بيع السلم؛ للحديث النبوي الذي نصّ على وجوب تسمية الأجل^(٢)، وعلى خلاف بين المذاهب في وجوب الأجل من عدمه - وهو أحد أسباب الخلاف الفقهي في مسألة السلم الحال كما سيأتي -.

وعلى ما سبق فيظهر أن استعمال الفقهاء للحلول والتأجيل جاء مُقارَبًا لأصل الوضع اللغوي، فالتأجيل مأخوذٌ من الأجل، وهو غاية الوقت في الموت وحلول الدين ونحوه^(٣)، فالحلول هو أجل الدين، يُقال: وحلّ الدين يحلّ بالكسر حلولاً^(٤)؛ فإذا كان البيع الموصوف بيعاً في الذمة - مثلاً - وهو حالٌّ كان هذا أجله، وليس ثمّة تأجيلٌ، وإذا كان للموصوف في الذمة أجلٌ في المستقبل فليس هو حالاً، بل مؤجّلٌ، ولذلك لما عرّف الفقهاء الدين الحالّ قيل فيه: «ما يجب أدائه عند طلب الدائن»^(٥). وخلافه التأجيل، الذي

(١) المغني لابن قدامة ٢١ / ٧.

(٢) سيأتي بيانه في المبحث التالي.

(٣) يُنظر: لسان العرب لابن منظور ١١ / ١١.

(٤) مختار الصحاح للرازي ص ٧٩.

(٥) التعريفات الفقهية للبركتي ص ٩٨.

هو ضرب الأجل للشيء وجعله في المؤجل، وأيضاً تعليق الدين وتأخيره إلى وقتٍ معيّن^(١).

وخلاصة الأمر في بيان دلالة لفظي الحلول والتأجيل ما جاء منصوصاً عند الشافعية في بيان بيع من اليوع الموصوفة التي أجازوها وهو السلم الحال، حيث قالوا في ذلك: «إذا ثبت جواز السلم حالاً ومؤجلاً؛ فقد اختلف أصحابنا هل الأصل فيه التأجيل أو الحلول رخصة، أو الأصل فيه الحلول والتأجيل رخصة...»^(٢).

المطلب الثالث: البيع بإحالة الشحن:

تعتبر منصات «إحالة الشحن» من الفرص التجارية للراغبين بالتربح دون تحمّل بعض التبعات التي قد ترفع من تكلفة المشروع التجاري، فمن نعم الله علينا في زماننا المعاصر ما قدمته التقنية من فرص ساهمت في توسع مجالات التجارة الإلكترونية والتي أتاحت لكثير من الراغبين في ذلك الدخول في عالم التجارة والأعمال.

ونظراً لتقديم التقنية خدمات نافعة للبشرية في ابتكار وسائل لم تكن متوفرة قبل ذلك، فإن منصات «إحالة الشحن» هي إحدى هذه الأدوات المبتكرة للراغبين في خوض تجربة تجارية ذات مخاطرة محدودة، ولا تستدعي

(١) يُنظر: المرجع السابق ص ٥٠.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٣٩٦/٥.

رأس مالٍ كبيرٍ في تأسيسها، فتُعدّ هذه المنصات فرصةً مغريّةً لكثيرٍ ممن يرغب بذلك.

وتحرص المنصات التي تُقدّم هذا النموذج على التعريف به، وبيان أهميته، ولذلك فسيكون هذا المطلب في فرعين اثنين؛ لبيان ذلك^(١).

الفرع الأول: التعريف بنموذج البيع بإحالة الشحن:

عُرِفَ نموذج البيع بإحالة الشحن المعروف بـ (Drop Shipping) في المنصات التقنية العالمية الكبرى التي تريد توسعة مبيعاتها، مع مساهمة المجتمع في تحقيق هذا الغرض، وعُرِفَ هذا النموذج تعريبيًا بإحالة الشحن، أو البيع عبر سلسلة التجزئة، ونحوهما.

وتُعرف إحالة الشحن في اللغة بمعرفة الدلالة اللغوية لكل لفظة مهما، فالإحالة: مصدر أحال، وهو من التحويل، وهو نقل شيء من مكان إلى مكان آخر^(٢). والشحن: الشين والحاء والنون أصلان متباينان، أحدهما يدل

(١) يُنظر في التعريف بذلك منصات إحالة الشحن (Drop Shipping) -عمومًا- والمتواجدة في المملكة العربية السعودية -على وجه الخصوص-، ومن ذلك:

- منصة زد: <https://zid.sa>

- منصة سلة: <https://salla.com>

- منصة مخازن: <https://m5azn.com/ar>

- منصة شوبيفاي: <https://www.shopify.com>

(٢) يُنظر: طلبة الطلبة للنسفي ص ١٤٠، المغرب للمطرزي ص ١٣٤.

على الملء، والآخر على البعد. يُقال شحنها شحنًا: ملاءها، والسفينة المحملة بالبضائع تُسمى شاحنة^(١).

وحقيقتها تتقاطع مع الدلالة اللغوية؛ ف نموذج (Drop Shipping) الذي يمكن تعريبه بإحالة الشحن يُقصد به أن يكون الشحن على المزود لا على التاجر البائع، وعليه فالتحويل بنقل شيء من مكان إلى مكان آخر متحقق، والذي تمت إحالته هو الشحن الذي يُقصد به البضاعة المنقولة إلى المشتري.

وعليه فيقوم هذا النموذج على طريقة يسيرة في نموذج عملها بحيث يوجد بائع تجزئة وبائع جملة، ويقوم بائع التجزئة بعرض منتجات متوفرة لدى بائع الجملة لبيعها للعملاء، فيقوم بائع التجزئة -المستفيد من هذا النموذج- بشحن المنتجات مباشرة من المزود -سواء كان مصنعًا أو بائع جملة- إلى العميل مباشرة.

بحيث لا يحتاج بائع التجزئة إلى امتلاك العديد من الأمور التي تزيد من تكلفة مشروعه التجاري؛ فلا يحتاج إلى شراء البضائع إلا إذا طلبها العميل، فضلًا عن عدم حاجته إلى مستودعات لتخزين المنتجات.

فيكون بائع التجزئة بهذه الطريقة يعمل بعمل الربط بين العميل وبائع الجملة، شابه عمل الوسطاء، بحيث يقوم بائع التجزئة الذي افتتح صفحة عبر الشبكة العنكبوتية ببيع المنتجات في متجره الافتراضي، فإذا تم طلب

(١) يُنظر: مقاييس اللغة لابن فارس ٣/ ٢٥١-٢٥٢.

الشراء من قبل العميل، قام بائع التجزئة بإرسال طلب إلى شركة إحالة الشحن (Drop Shipping) ليتم شحنه إلى العميل.

وعلى ما سبق فإن نموذج إحالة الشحن (Drop Shipping) يقوم على مبدأ يسير من مبادئ سلاسل التوريد البسيطة، ومن خلال الوصف السابق، يمرّ هذا النموذج بثلاث مراحل عمل:

المرحلة الأولى: طلب الشراء:

يتقدّم العميل بطلب الشراء من بائع التجزئة؛ سواءً كان المتجر حقيقياً أو افتراضياً - وهو الغالب -، فيطلب العميل منتجاً محدّداً من متجر بائع التجزئة، بغض النظر عن طريقة عرض المنتجات وأسلوب الدفع.

المرحلة الثانية: نقل الطلب:

بعد إتمام طلب الشراء من قبل العميل في المرحلة الأولى يقوم بائع التجزئة بنقل الطلب إلى المزوّد - سواءً أكان بائع جملة أو مصنّعاً مورّداً للسلعة المشتراة -؛ بحيث يكون ربح بائع التجزئة - عادة - بفرق السعر بين بيعه للمشتري وشرائه من المزوّد.

المرحلة الثالثة: شحن الطلب:

بعد أن يتلقّى المزوّد الطلب من بائع التجزئة، ويستلم مبلغه، يتولّى المزوّد شحن السلعة للمشتري مباشرة دون الرجوع لتاجر التجزئة، مع وضعه لشعار المتجر الخاص بتاجر التجزئة - في الغالب -؛ فيبقى المزوّد مجهولاً بالنسبة للعميل المشتري.

الفرع الثاني: أهمية نموذج البيع بإحالة الشحن:

تبرز أهمية نموذج البيع بإحالة الشحن عند معرفة حقيقته المذكورة سلفاً، وله ميزات منها:

الميزة الأولى: التكاليف القليلة:

تُعتبر هذه الميزة هي الميزة الأهم، حيث لا يحتاج التاجر الراغب في تطبيق هذا النموذج إلى وجود رأس مال يُؤسس به مشروعه التجاري؛ بحيث إن كثيراً من أفكار المشاريع التجارية تفتقر إلى رأس مال حاضر يجب على التاجر أن يُوفّره، مما يضطره إلى السعي للحصول على تمويل لبدء مشروعه.

الميزة الثانية: إمكانية التوسع:

التوسع في البضائع المختارة في المتجر؛ لعدم الحاجة لمعرض ولا لمستودع، فيمكن للتاجر أن يختار كل بضاعة تُعجبه من غير تقييد. وكذلك فإنّ التوسع في المشروع التجاري ممكن من غير مزيد تكاليف؛ فكلّ ما في الأمر أن تزداد الطلبات، فتزداد إحالة الشحن إلى المزود، فيُتيح هذا النموذج إمكانية توسع التاجر في مشروعه التجاري.

المبحث الثاني

أحكام البيوع الموصوفة بين الحلول والتأجيل

جاءت تقسيمات الفقهاء في بيان أنواع البيع إلى عدة تقسيمات بحسب الاعتبار، ومن هذه التقسيمات ما كان باعتبار حضور المبيع ومشاهدته من عدمه، وقد جاء هذا التقسيم عند المالكية -مثلاً-، حيث قسّم أبو الوليد الباجي رَحْمَةُ اللَّهِ الْبَيْعَ الَّذِي يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ جَائِزًا إِلَى ثَلَاثَةِ أَوْجِهٍ، فَقَالَ: «وَحُكْمُ الْبَيْعِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجِهٍ: فَبَيْعٌ حَاضِرٌ مَرْتَبِيٌّ، وَبَيْعٌ فِي سَلْعَةٍ غَائِبَةٍ مَوْصُوفَةٍ، وَبَيْعٌ فِي سَلْعَةٍ مَوْصُوفَةٍ بِصِفَةٍ مَضْمُونَةٍ بِالذِّمَّةِ...»^(١). وجاء قريباً منه عند الشافعية -مع وجود خلاف عند الشافعية في أحد هذه الوجوه كما سيأتي- كما ذكر ذلك أبو شجاع رَحْمَةُ اللَّهِ بِقَوْلِهِ: «البيوع ثلاثة أشياء: بيع عينٍ مشاهدةٍ فجائز، وبيع شيءٍ موصوفٍ في الذِّمَّةِ فجائز إذا وُجِدَتِ الصِّفَةُ عَلَى مَا وُصِفَ بِهِ، وَبَيْعٌ عَيْنٍ غَائِبَةٍ لَمْ تُشَاهَدْ وَلَمْ تُوصَفْ فَلَا يَجُوزُ»^(٢).

فمحلّ البحث والدراسة ما ذكر في النقول السابقة باستثناء الوجه الأول المذكور عند الباجي وأبي شجاع رَحْمَهُمَا اللَّهُ؛ لأنّ غيره متعلّق ببيع المعقود عليه إذا بيع موصوفاً من غير مشاهدة.

وجاء تقسيمٌ فقهيٌّ آخر باعتبار نوع المبيع ثم باعتبار كون المبيع موصوفاً أو غير موصوف، ومن ذلك ما ذكره الماوردي: «وأما بيع الرقاب، فضربان: بيوع أعيان، وبيوع صفات. فأما بيوع الصفات: فالسلم، وله

(١) فصول الأحكام للباجي ص ٣٧١.

(٢) متن أبي شجاع المسمى الغاية والتقريب ص ٢١-٢٢.

باب. وأما بيوع الأعيان، فضر بان: عين حاضرة، وعين غائبة. فأما العين الحاضرة، فبيعها جائز. وأما العين الغائبة فعلى ضربين: موصوفة، وغير موصوفة...»^(١).

وحتى نُقسّم التحرير الفقهي لمسألة البيوع الموصوفة فينبغي النظر إلى الأمور الفقهية المؤثرة في بحث المسألة عند المذاهب الفقهية الأربعة، والخلاف الفقهي فيها. وعليه فإنّ المؤثرات تتعلق بأمرٍ ثلاثة:

الأمر الأول: حلول المعقود عليه في البيوع الموصوفة أو تأجيل تسليمه؛ ولذا فإنّ وجود الأجل يُعدّ أحد الأمور الفقهية المؤثرة في دراسة المسألة.

الأمر الثاني: ملكية المعقود عليه في البيوع الموصوفة للبائع وقت العقد أو عدمه؛ لذا فإنّ العين المعيّنة الموصوفة يختلف الحكم فيها عن المعقود عليه غير المعين في دراسة المسألة.

الأمر الثالث: اللفظ الذي انعقد به بيع الموصوف في الذمة؛ فقد عدّ بعض الفقهاء فرقاً بين ما عُقد بلفظ البيع أو ببيع السلم مثلاً؛ لذا كان هذا الأمر أحد الأمور الفقهية المؤثرة في دراسة المسألة.

وبناءً على ما سبق فقد جعلت هذا المبحث في مطالب ثلاثة؛ قسّمت فيها البيوع الموصوفة إلى قسمين باعتبار كون المعقود عليه الموصوف معيناً أو غير معين، ثم كان غير المعين في فروع ثلاثة، وختمت هذا المبحث بمطلبٍ ثالثٍ لبيان الحلول والتأجيل وأثرهما على البيوع الموصوفة المعينة وما كان

(١) الحاوي الكبير للماوردي ١٤/٥.

في الذمة؛ لكونه أحد المؤثرات لدراسة المسألة، ومن خلاله - كما سيأتي - سيتبين نظر المذاهب الفقهية في البيوع الموصوفة المعينة أو ما كان في الذمة حال كونها حالة أو مؤجلة؛ لما لهذه المسألة من أثر في المبحث التالي.

المطلب الأول: البيوع الموصوفة المعينة:

تكون السلع في المبيعات إما حاضرةً في مجلس العقد، أو غائبة عنه، والسلع الغائبة يقوم الوصف مقام رؤيتها. وهذه السلع الموصوفة إما أن تكون مُعَيَّنة أو غير مُعَيَّنة، وفي هذا المطلب؛ يُبحث في السلعة الغائبة التي بيعت بوصفها وهي سلعةٌ مُعَيَّنة.

هذا المبيع المعين الذي بيع موصوفاً، يلزم البائع فيه أن تكون الصفات المذكورة متحققّة؛ لأنّ هذا الأمر تعلق في ذمته من وجه كون الصفات التي ذكرها مطابقة للحقيقة؛ فيدخل من هذا الوجه في البيوع الموصوفة في الذمة. وبما أنّه بيعٌ مُعَيَّنٌ فيجب أن يكون بيعاً مملوكاً للبائع، وقد حكي الإجماع في ذلك، يقول ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «ولا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها، ليمضي ويشترها، ويسلمها، رواية واحدة. وهو قول الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفاً»^(١)، ومستند ذلك ما جاء من نهي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للبائع أن يبيع ما ليس عنده كما في حديث حكيم بن حزام رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وفيه: «قلت: يا

(١) المغني لابن قدامة ٢٩٦/٦. وجاء عند ابن هبيرة رَحِمَهُ اللهُ نقل الإجماع للأئمة الأربعة بقوله: «واتفقوا على أنّه لا يجوز بيع ما ليس عنده، وهو أن يبيعه شيئاً ليس هو عنده، ولا في ملكه»، اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة ٤٠٩/١.

رسول الله، يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، فأبيعه ثم أبتاعه له من السوق؟ قال: ((لا تبع ما ليس عندك))^(١).

فتكون صورة المسألة -مسألة بيع الموصوف الغائب المعين-: أن يبيع البائع سلعةً مملوكة له، فتلك السلعة موجودة وليست معدومة، لكنها ليست مرئية في مجلس العقد، سواءً كانت حاضرة في مجلس العقد أو غائبة؛ لكن رؤية المبيع تخلفت هنا. وقام مقام الرؤية وصف السلعة وصفاً تُعرف السلعة به، ويتحقق رضا المشتري عند معرفة الصفات، وتنشغل ذمة البائع بما وُصف. وليست صورة المسألة بيع الغائب من غير صفة؛ لأنها ليست موصوفةً حينئذٍ. وعليه؛ فلا يُقال إنها سلعة معدومة، ولا إنها غير مملوكة، ولا إنها عُرفت بالرؤية، وإنما هي سلعة موجودة في ملك البائع عرفها بصفتها من غير رؤية.

فهذه مسألة بيع العين الغائبة بالوصف من غير رؤية سابقة، وقد اختلف الفقهاء فيها على قولين.

(١) وتفسير هذا الحديث عليه مدار مسائل البحث في البيوع الموصوفة -كما سيأتي-. وتخرجه: رواه الترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم (١٢٣٢)، وحسنه.

الأقوال في المسألة:

القول الأول: جواز بيع الموصوف المعين الغائب في الجملة^(١)، وهو قول جمهور الفقهاء^(٢).

القول الثاني: المنع من بيع الموصوف المعين الغائب، وهو المذهب عند الشافعية^(٣).

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بجواز بيع الموصوف المعين الغائب عن مجلس العقد بدليلين:

الدليل الأول:

أن الوصف يقوم مقام الرؤية؛ فكما أن الأصل جواز البيع بالرؤية، فيجوز البيع بالصفة؛ لاشتراكهما بالعلم بالمبيع^(٤)، ودخولاً في عموم إباحة

(١) ومن ذلك -مثلاً- أن بعض المالكية منع من بيع الغائب بالصفة إذا كان موجوداً في مجلس العقد، وأن الحنابلة اشترطوا ذكر أوصاف السلم. يُنظر: الشرح الصغير للدردير ٣/ ٤٤، الكافي لابن قدامة ٢/ ٩-١٠.

(٢) يُنظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ١٦٤، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/ ٥٢١، شرح التلقين للمازري ٢/ ٨٩٥، الحاوي الكبير للماوردي ٥/ ١٧، الكافي لابن قدامة ٢/ ١٠.

(٣) يُنظر: نهاية المطلب للجويني ٥/ ٨، نهاية المحتاج للرملي ٣/ ٤١٦.

(٤) يُنظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/ ٥٢١، المقدمات لابن رشد ٢/ ٧٦-٧٨.

البيع^(١). ويعضد هذا المعنى أمور عدّة في الشريعة اعتبر فيها كون الخبر محلّ محلّ المعاينة، ولو لم يكن كذلك لما صحّ بيع الأعمى وشراؤه -مثلاً-^(٢).

يُنَاقِشُ:

بمنع صحة بيع الأعمى وشراؤه عند الشافعية القائلين بمنع بيع الغائب؛ لأنّه غائبٌ عنه^(٣).

يُجَابُ:

أنّ الأعمى جاز له البيع عبر الأزمان المختلفة، وقد نقل الكاساني رَحْمَةُ اللَّهِ الْإِجْمَاعُ فِي ذَلِكَ^(٤). وعند التحقيق؛ فمسألة شراء الأعمى من آثار الخلاف في المسألة محلّ الدراسة.

الدليل الثاني:

القياس على جواز بيع السّلم بجامع أنّهما انعقدا من غير رؤية، وإنّما البيع بالصفة، فإذا جاز بيع السّلم إجماعاً -كما سيأتي- وهو من بيوع الصّفة جاز أن يبتاعه على الصّفة ولا يكون ذلك غرراً، إذ لا فرق بين الموضوعين^(٥).

(١) يُنظر: شرح التلقين للمازري ٢ / ٨٩٤.

(٢) يُنظر: المرجع السابق.

(٣) يُنظر: المجموع للنووي ٩ / ٣٠٢.

(٤) يُنظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥ / ١٦٤.

(٥) يُنظر: المقدمات لابن رشد ٢ / ٧٨، الكافي لابن قدامة ٢ / ١٠.

يُنَاقِشُ:

أَنَّ السَّلْمَ بِيَعِ صِفَةً فَإِذَا عُلِقَ بِالْعَيْنِ بَطُلٌ، وَعَلَيْهِ فَكَذَلِكَ بِيَعِ الْعَيْنَ إِذَا عُلِقَ بِالصِّفَةِ بَطُلٌ^(١).

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بمنع بيع الموصوف المعين الغائب عن مجلس العقد بدليلين:

الدليل الأول:

أَنَّهُ دَاخِلٌ فِي النَّهْيِ عَنِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ^(٢)؛ فَالْسلعة الغائبة ليست عند البائع.

يُنَاقِشُ:

بعدم التسليم بمعنى الحديث، بل المقصد هو ألا يبيع معيناً ليس في ملكه، وكذلك فالشافعية المستدلون بالحديث يُجيزون بيع العين الغائبة عن مجلس العقد إذا رآها المشتري قبل العقد^(٣).

(١) يُنظر: الحاوي الكبير للماوردي ١٧/٥.

(٢) يُنظر: الحاوي الكبير للماوردي ٣٢٥/٥، المجموع للنووي ٣٠١/٩.

(٣) يُنظر: التنبيه للشيرازي ص ٨٨.

الدليل الثاني:

اعتمد الدليل الثاني على شرط العلم بالتمن، وأن عدم العلم به من الغرر. وبناء الدليل في أمرين:

الأمر الأول: لأن البيع بالصفة للعين الغائبة عن مجلس العقد مشتمل على الغرر؛ لأن الرؤية تُفقد ما لم تُفده العبارة، فدخلت في المنع للغرر من هذا الوجه^(١).

الأمر الثاني: لمخالفة هذا البيع طريق العلم بالتمن؛ ووجه ذلك أن الطريق الذي تُعرف به العين الغائبة هو المعاينة، والدليل على الاقتصار على ذلك الطريق أنه يُكتفى بالرؤية للعلم به، وهذه الرؤية لا يلزم منها الإحاطة بجملة صفات المبيع، فلو كان الأمر متعلقاً بمعرفة صفات المبيع جميعها؛ لما صحَّ العقد بالرؤية المعتادة التي لا تحيط غالباً بالصفات، فكان المعبر في معرفة العين الغائبة معاينتها فحسب^(٢).

يُنَاقِشُ:

بأمرين اثنين:

الأمر الأول: عدم التسليم بكونه من الغرر؛ لأن الصفة تقوم مقام رؤية الموصوف، فالمعرفة بالصفة معرفة بعين الشيء الموصوف؛ فلا وجه

(١) يُنظر: مغني المحتاج للشرييني ٢/ ٣٥٧، نهاية المحتاج للرملي ٣/ ٤١٦.

(٢) يُنظر: نهاية المطلب للجويني ٥/ ٨.

للمنع بالغرر حينئذٍ، وكذلك هو الحال بالقياس على السّلم - وهو من بيوع الصّفة - ولا غرر فيه^(١).

الأمر الثاني: ولو سُلم بوجود الغرر، فالجهالة هنا لا تُفضي إلى المنازعة؛ لأنّ للمشتري الخيار إن لم تكن على الوصف المذكور^(٢)، وجهالة بيع المغيبات دليل على عدم اقتصار البيع للمعين بالرؤية - الذي لا دليل على الاقتصار عليه -؛ فقد أجاز النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بيع الحب في أكمامه وهو غير مرئي على صفة ما فرك منه^(٣).

يُجاب:

بأنّ بيع الحبّ في أكمامه بيع حاضرٍ في مجلس العقد لا بيع غائب.

يُنَاقَشُ الجواب:

بأنه لا أثر لهذا الوصف؛ لأنّ المبيع المقصود غائبٌ، والمؤثر في جواز بيعه هو الصفة المرئية أما المبيع فهو غير مرئي، وعليه: فيجوز البيع إذا كان المبيع غائباً على صفة، إذ لا فرق إذا غاب المبيع بين أن يبيعه على الصفة أو على مثالٍ يُريه إيّاه^(٤).

(١) يُنظر: المقدمات لابن رشد ٧٧/٢-٧٨، شرح التلقين للمازري ٢/٨٩٥.

(٢) يُنظر: تبين الحقائق للزيلعي ٤/٢٤.

(٣) يُنظر: المقدمات لابن رشد ٧٨/٢.

(٤) يُنظر: المرجع السابق.

الموازنة والترجيح:

بعد النظر في أدلة المجيزين والمانعين لبيع العين الغائبة الموصوفة ممن يملكها يتبين لنا مأخذ القولين في المسألة، حيث يعتمد المانعون على فهمهم لحديث حكيم بن حزام؛ ف«عند» في الحديث دالٌّ على منع بيع العين الغائبة، وكذلك اشتغال البيع على الغرر؛ لعدم العلم بالثمن. واعتمدوا في ذلك على ما نُسب إلى الشافعي رَحْمَةُ اللَّهِ بِجَعْلِ الْبَيْعِ عَلَى ثَنَائِيَّةٍ؛ إِمَّا عَيْنَ مَرْتَبَةٍ أَوْ صِفَةٍ مضمونة ثابتة في الذمة، وليس ذلك في بيع العين الغائبة الموصوفة^(١).

وقام قول الجمهور المجيزين للمسألة على استصحاب أصل الجواز في المبيعات، وأن تفسير الشافعية للحديث بالوجه الذي اعتمدوا عليه في قولهم؛ فتكون «عند» دالّة على الملكية لا العين الحاضرة. وأما قولهم باشتغال البيع على الغرر فغير مسلم؛ لأنّ الصّفة تقوم مقام المعاينة، وغاية ما فيه -على فرض التسليم- أنّه غررٌ معفيٌّ عنه، لا يُفضي إلى المنازعة، ومثله نظائر أبحاثها الشريعة -كما ناقش الجمهور دليل الشافعية-.

وقد عدّ بعض الفقهاء سبب الخلاف في المسألة: هو اختلافهم في الصّفة: هل تقوم مقام الرؤية مع القدرة على الوقوف على عين الموصوف أم لا؟ وقد بيّنا قوة ما ذكره الجمهور في قيام وصف الشيء محلّ عيانه، والخبر يحلّ محلّ المعاينة^(٢).

(١) يُنظر: المقدمات لابن رشد ٧٧/٢.

(٢) يُنظر: مناهج التحصيل للرجاجي ٣٥٩/٦، شرح التلقين للمازري ١٩٥/٢.

وبالإضافة لما سبق فإن المبيع الغائب الذي ذكرت صفاته، وجعل للمشتري الخيار عند خلف الصفة، فيكون بذلك قد اجتمع في جواز هذا البيع مصالح للمتبايعين، ودرء للمفاسد التي يخشاها المانعون، فتتفي المعاني المانعة في ذات العقد. وبخيار الرؤية -الذي نصّ عليه الفقهاء- حفظ حق المشتري عند رؤية العين التي كانت غائبة وبيعت بالوصف لو تخلّفت الصفة، وعدم تأثير للغرر إذا كان للمشتري حق الخيار عند عدم مطابقة العين للصفات المذكورة. وعليه فبعد هذه الموازنة بين الأدلة يترجّح -والله أعلم- قول الجمهور بجواز بيع العين الغائبة بالصفة.

المطلب الثاني: البيوع الموصوفة في الذمة غير المعينة:

إذا باع البائع سلعة غير معينة، ووصفها وصفاً ميّزها عن غيرها، فإن هذا البيع يعتبر بيعاً موصوفاً في الذمة لم يقع على سلعة معينة، سواء كانت السلعة مملوكة للبائع كمثل متجر يبيع سلعة موصوفة موجودة عنده في مخازنه، لكنّه لم يُحدّد السلعة المباعة بعينها، أو لم تكن مملوكة للبائع -وهي محلّ البحث في الأصل- كمثل من يبيع سلعة لا يملكها لكنه يصفها وصفاً في ذمته، والسبب في كونها محلّ البحث: أنّ المنازعة الفقهية تجري على هذا الأمر في بعض أحواله -كما سيأتي-.

وهذه البيوع الموصوفة في الذمة غير المعينة إما أن تكون سلماً أو بيعاً، وإما أن تكون مؤجلة أو حالة، وقد قُسم المطلب إلى ثلاثة فروع بناء على هذه الاعتبارات.

الفرع الأول: السلم المؤجل:

هو نوعٌ من أنواع البيوع، انعقد الإجماع على مشروعيته في الجملة^(١)، واقتضت حكمة التشريع هذا؛ لحاجة الناس إلى مثل هذا العقد الذي يبيع موصوفاً في ذمة البائع، لذا سُمِّي هذا البيع بيع المحاويج، يقول القرطبي رَحْمَةُ اللَّهِ: «والسَّلْمُ بيع من البيوع الجائزة بالاتفاق، مستثنى من نهيه عَلَيْهِ السَّلَامُ عن بيع ما ليس عندك. وأرخص في السلم؛ لأنَّ السَّلْمَ لما كان بيع معلوم في الذمة كان بيع غائبٍ تدعو إليه ضرورة كلِّ واحدٍ من المتبايعين، فإن صاحب رأس المال محتاجٌ إلى أن يشتري الثمرة، وصاحب الثمرة محتاجٌ إلى ثمنها قبل إبانها ليُنْفِقَه عليها، فظهر أن بيع السلم من المصالح الحاجية، وقد سماه الفقهاء بيع المحاويج...»^(٢).

والسَّلْمُ في اللغة السَّلْفُ وزناً ومعنى، يُقال أسلم إذا أسلف، وهو إعطاء الذهب والفضة في سلعة معلومة إلى أمدٍ معلوم، والسَّلْفُ لغة أهل العراق، والسَّلْمُ لغة أهل الحجاز، والسَّلْفُ أعم؛ لأنَّه يشمل السَّلْمَ والقرض^(٣)، وسبب تسميته بالسَّلْم؛ لتسليم رأس المال في المجلس، وبالسَّلْفُ لتقديم رأس المال^(٤).

(١) يُنظر: الإجماع لابن المنذر ص ٩٨، الإقناع في مسائل الإجماع لابن القطان ٢/ ٢٣٧. الذخيرة للقرافي ٥/ ٢٢٤.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٣٧٩.

(٣) يُنظر: تهذيب اللغة للأزهري ١٢/ ٣١٠-٣١١، مختار الصحاح للرازي ص ١٥٣، لسان العرب لابن منظور ١٢/ ٢٩٥.

(٤) تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ص ١٨٧.

والسّلم في الاصطلاح جاء على تفسير ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَكُتِبَ لَهُ...﴾^(١): «أشهد أن السّلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحلّه الله في كتابه وأذن فيه، ثم قرأ هذه الآية». وعرفه الفقهاء بتعاريف متقاربة، تحكمها شروطهم في عقد السلم.

ومستند الإجماع كذلك ما جاء في السّنة النبوية من حديث ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أنه قال: «قدم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المدينة وهم يُسلفون في الثمار السّنة والسنتين فقال: ((من أسلف في تمرٍ فليُسلف في كيلٍ معلومٍ، ووزنٍ معلومٍ، إلى أجلٍ معلومٍ))»^(٢).

وما سبق من المشروعية والإجماع إنما هو منعقدٌ على السّلم كبيع موصوفٍ في الذّمة إذا كان مؤجلاً، وإلا فالعلماء مختلفون في جواز السّلم الحالّ مع إجماعهم على جواز المؤجل؛ فجوز الحالّ الشافعي وآخرون، ومنعه مالك وأبو حنيفة وآخرون، وأجمعوا على اشتراط وصفه بما يضبطه^(٣).

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢.

(٢) رواه البخاري، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم، حديث رقم (٢٢٤٠)، ورواه مسلم، كتاب المساقاة، باب السلم، حديث رقم (١٦٠٤).

(٣) يُنظر: شرح النووي على مسلم ٤١/١١.

واشترط الفقهاء لجواز السلم المؤجل شروطاً زائدة عن شروط البيع - وكل شروط البيع شروط للسلم بالإجماع^(١) -، هي محل إجماع في أغلبها، يقول ابن هبيرة رَحِمَهُ اللهُ مبيناً شروط السلم محل الاتفاق: «وانفقوا على أن السلم يصحّ بستّة شرائط: أن يكون في جنسٍ معلوم، وصفة معلومة، ومقدار معلوم، وأجل معلوم، ومعرفة مقدار رأس المال»^(٢).

وذكروا في حدّ السلم عبارات متقاربة، منها: أنه عقدٌ على موصوفٍ في الذمة بدلٍ يُعطى عاجلاً^(٣)، وهو تعريف الشافعية -الذين يجيزون السلم الحال-، فكان تعريفهم شاملاً لنوعي السلم -المؤجل والحال-.

إلا أن تعريف جمهور الفقهاء للسلم جاء مخصوصاً بالسلم المؤجل؛ لأنهم لا يرون انعقاد السلم إلا مؤجلاً -كما سيأتي-، ومن ذلك قولهم: أن السلم عقدٌ على موصوفٍ في الذمة، مؤجل، بثمنٍ مقبوضٍ في مجلس العقد^(٤).

وجاء عند المالكية -ممن يجيزون تأخير رأس مال السلم إلى يومين أو ثلاثة- في تعريفهم للسلم قيدٌ يُشير إلى عدم لزوم تسليم رأس مال السلم في مجلس العقد، حيث ذكر القرطبي رَحِمَهُ اللهُ تعريفهم للسلم بقوله: «هو

(١) يقول ابن حجر رَحِمَهُ اللهُ: «وانفقوا على أنه يُشترط له ما يُشترط للبيع»، فتح الباري لابن حجر ٤/٤٢٨.

(٢) اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة ١/٤٠٩.

(٣) تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ص ١٨٧.

(٤) الدر النقي لابن المبرد ٢/٤٨٠.

بيع معلوم في الذمة، محصور بالصفة، بعين حاضرة، أو ما هو في حكمها، إلى أجل معلوم.... وقولهم: «أو ما هو في حكمها» تحرز من اليومين والثلاثة التي يجوز تأخير رأس مال السلم إليه، فإنه يجوز تأخيره عندنا ذلك القدر»^(١).

وأجمع الفقهاء على أن السلم المؤجل لا يجوز إلا إذا كان رأس المال حاضرًا في مجلس العقد - عند الجمهور -، أو في حكم مجلس العقد - كما عند المالكية بجواز تأخيره ليومين أو ثلاثة -؛ وانعقد الإجماع على هذا حتى لا يكون من قبيل بيع الدين بالدين^(٢)، ويكون ذلك حال تأجيل البدلين في الذمة.

ونخلص في خاتمة الفرع إلى أن صورة عقد السلم المؤجل: أن يقوم البائع ببيع سلعة موصوفة في الذمة مؤجلة التسليم في وقت معلوم، ويقوم المشتري بتسليم البائع ثمن السلعة الموصوفة في مجلس العقد.

وأركان هذا العقد: عند الحنفية؛ صيغته، وتكون من إيجاب وقبول، وأضاف الجمهور أربعة أركان - إضافة للإيجاب والقبول - وهي: المسلم والمسلم إليه (العاقدان)، ورأس مال السلم والمسلم فيه (المعقود عليهما).

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٣٧٩.

(٢) الإجماع لابن المنذر ص ٩٦، المغني لابن قدامة ٦/ ١٠٦.

ويعتري بيع السلم المؤجل اعتراضان؛ الأول: هل يُعتبر بيع السلم المؤجل من قبيل بيع ما لا يملك؟ وهل يُعتبر هذا البيع من قبيل بيع المعدوم؟

يُجاب عن الأول أنّه لا يُعتبر بيع السلم المؤجل من بيع ما لا يملك؛ لأنّ بيع ما لا يملك إنّما هو في البيوع المعينة، لا ما كان موصوفاً في الدّمة؛ جمعاً بين حديث حكيم بن حزام -الذي يفيد المنع من بيع ما لا يملكه البائع-، وحديث مشروعية السلم^(١).

وجواب الثاني أنّ بيع السلم المؤجل ليس بيعاً على من جهل وجوده، بل على من يغلب على الظنّ وجود المسلم فيه في وقت تسليمه -وهذا الشرط مجمع عليه^(٢)-، وإن لم يتمّ التسليم؛ فلهم الخيار بين فسخ عقد السلم، أو إمضائه بأجل جديد، أو بأخذ بدلٍ عن المسلم فيه بقيمته.

ومن تأمل ما سبق، سواء في أصل التعاقد أو ما يغلب على الظنّ وقتها، أو ما يلزم عند تخلّفه بان له الفرق، وأخرجه عن بيع المعدوم. ومن لم يبين له الفرق فحاله كحال من لم يُفرّق بين الربا والبيع، يقول ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ في هذا: «وقياس السلم على بيع العين المعدومة التي لا يدري أيقدر على تحصيلها أم لا، والبائع والمشتري منها على غرر، من أفسد القياس صورة ومعنى. وقد فطر الله العقلاء على الفرق بين بيع الإنسان ما لا يملكه ولا

(١) يُنظر: شرح السنة للبغوي ٨/ ١٤٠-١٤١.

(٢) يقول ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «كون المسلم فيه عام الوجود في محله، ولا نعلم فيه خلافاً». المغني ٦/ ٤٠٦.

هو مقدور له، وبين السَّلْم إليه في مُعَلٍّ مضمون في ذمته مقدور في العادة على تسليمه، فالجمعُ بينهما كالجمع بين الميتة والمذكي، والربا والبيع»^(١).

الفرع الثاني: السَّلْم الحَال:

بناءً على ما ذكر في الفرع السابق؛ فإنَّ عقد السَّلْم في الأصل يجري على الأجل. إلا أنه يُمكن أن يقوم البائع ببيع سلعةٍ موصوفةٍ في الذمة، ولكنها حالة غير مؤجلة التسليم، أو هي مؤجلة لكنها دون الحد الأدنى للأجل الذي نصَّ عليه الفقهاء^(٢)، ويقوم المشتري بتسليم البائع ثمن السلعة في مجلس العقد.

فإذا انعقد السَّلْم على هذا الوصف، فهو ما يُعرف عند الفقهاء بالسَّلْم الحَال، وهو محلّ خلاف بين الفقهاء في اعتباره بين المذاهب الفقهية على قولين.

الأقوال في المسألة:

القول الأول: المنع من السَّلْم الحَال؛ فلا يصحّ السلم إلا مؤجلاً. وهو قول الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة^(٣).

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ١٩٣ / ٣.

(٢) وقد اختلفت المذاهب الفقهية في الحد الأدنى للأجل، لكن كل ما كان دون الحد الأدنى للأجل فهو سلم حال عندهم.

(٣) يُنظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢١٢ / ٥، بداية المجتهد لابن رشد ٢١٩ / ٣، الذخيرة للقرافي ٢٥١ / ٥، المغني لابن قدامة ٤٠٢ / ٦.

القول الثاني: جواز السلم الحال؛ فكما يصح السلم مؤجلاً، فإنه يصح حالاً. وهو قول الشافعية^(١).

أدلة القول الأول:

استدل الجمهور القائلون بالمنع من السلم الحال بثلاثة أدلة:

الدليل الأول:

ظاهر حديث السلم^(٢)، والذي جاء فيه: ((من أسلف في شيء، فليُسلف في كيلٍ معلوم، ووزنٍ معلوم، إلى أجلٍ معلوم))^(٣).

وجه الدلالة:

أن الأمر بالأجل جاء في الحديث، ويُعرف المنع منه بثلاثة طرق^(٤):

الطريق الأول: حقيقة الأمر؛ فأمره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقتضي الوجوب.

الطريق الثاني: مقصد الأمر؛ فأمره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بهذه الأمور إنما هو تبيينٌ لشروط السلم، ومنعٌ منه عند غيابها. فأوجب صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

(١) وعُدَّت كذلك رواية عند الحنابلة، حيث أجاز السلم الحال المملوك ابن تيمية وابن القيم رَحْمَهُمَا اللهُ بخلاف غير المملوك. يُنظر: الحاوي الكبير للماوردي ٣٩٦/٥، مغني المحتاج للشربيني ٨/٣، الإنصاف للمرداوي ٢٦٠/١٢.

(٢) وجعل ابن رشد شيئين هما عمدة القائلين بشرط الأجل، وذكر ظاهر الحديث أولها. يُنظر: بداية المجتهد لابن رشد ٣/٢١٩.

(٣) سبق تحريجه.

(٤) يُنظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢١٢، الفواكه الدواني للنفرأوي ٩٩/٢، المغني لابن قدامة ٦/٤٠٢.

مراعاة الأجل في السلم كما أوجب مراعاة القدر فيه فيدل على كونه شرطاً فيه كالقدر.

الطريق الثالث: القياس بين الأمرين؛ فكما أنّ السلم لا يصح بانتفاء الكيل والوزن، فكذلك لا يصحّ بانتفاء الأجل.

يُنَاقَشُ:

بأنّ ذكر الأجل إنما جاء حكاية لحالهم في السلم؛ فهم كانوا يُسلفون التمر السنة والسنتين وبأجلٍ غير معلومةٍ. فغاية غرضه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إيجاب العلم بالأجل عند وجوده لا اشتراطه. ودليل ذلك أمران^(١):

الأمر الأول: أنّه لو لم يكن كذلك لكان أيضاً أمراً بأن يكون السلم في مكيل أو موزون فلم يجز في المعدود ولا المذروع؛ لأنّ النسق في الفصول الثلاثة واحدٌ.

الأمر الثاني: أنّ الحديث جمع بين حدّي الكيل والوزن، واجتماعهما ليس شرطاً، فكذلك ضمّ الأجل إليهما ليس بشرطٍ في السلم.

(١) يُنظر: فتح القدير لابن الهمام ٨٧/٧، الحاوي الكبير للهاوردي ٣٩٦/٥، مختصر خلافيات البيهقي لابن فرح ٣/٣٦٠، أسنى المطالب للأنصاري ١٢٤/٢، مغنى المحتاج للشربيني ٨/٣.

الدليل الثاني:

أنَّ السَّلْمَ إنَّما جاز رخصةً من بيع ما ليس عند الإنسان^(١). ويُعرف هذا الدليل من معنيين اثنين^(٢):

المعنى الأول: أنه جاز للرفق، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل، ووجه الارتفاق أنَّ السَّلْمَ أُبيح دفعًا لحاجة المفاليس؛ ليُقدر على التَّحصيل فيه فيسلم، ولو كان قادرًا على التسليم لم يُوجد المرخص، فبقي على النافي. وكذلك فالمسلم يُقدِّم الثمن للارتخاص، والمسلم إليه يرغب في ارتخاص الثمن للرفق الذي له في استعجال الانتفاع به وفي الصبر والتأخير، فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق، فلا يصحَّ حينئذٍ، كالكتابة^(٣)، وإذا زال الرفق زال الجواز.

المعنى الثاني: أنه يُقتصر على الحال التي ورد النَّصُّ فيه -التأجيل في السَّلْم-؛ لكونه رخصةً، فلا يُتجاوز إلى السَّلْمِ الحال.

(١) وعدَّ بعضهم هذا حديثًا. يقول ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «وهذا لم يرو في الحديث وإنما هو من كلام بعض الفقهاء». مجموع الفتاوى لابن تيمية ٥٢٩/٢٠.

(٢) يُنظر: البناية لليني ٣٤٣/٨، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٥٦٧/٢، بداية المجتهد لابن رشد ٢١٩/٣، المغني لابن قدامة ٤٠٢-٤٠٣.

(٣) على أن الحنفية يميزون الكتابة الحالة، فلا يصلح أن يكون هذا دليلاً لهم. يُنظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢٨١/٢.

توجه المناقشة على الدليل الثاني إلى معانٍ ثلاثة^(١):

المعنى الأول: أن عقد السلم هنا عقد معاوضة، لا عقد إرفاق، ومعنى الرفق الموجود في السلم حاصل كذلك بالسلم الحال - كما سيأتي في مناقشة الدليل الثالث - ولا ينتفي بانتفاء الأجل.

المعنى الثاني: والسلم إن جاز رخصة؛ فالرخصة فيه للأجل، وإلا فالأصل في البيع كله الحلول والنقد، والأجل ترخيص وترفيه، والدليل على ذلك أنه لا يوجد بيع يمتنع عن جوازه لكونه نقدًا، وبيع كثيرة تُمتنع عن الصحة للأجل.

المعنى الثالث: أن السلم الحال يُفارق الكتابة؛ لأنَّ الأجل وجب في الكتابة لعدم قدرة الرقيق، والحلول يُنافيه، بخلاف السلم الحال الذي قد تتحقق فيه مصلحة للمتعاقدين عند حلوله وعدم الأجل فيه. ويُقاس السلم على الكتابة إذا لم يكن المسلم فيه موجودًا عند العقد، فيُشترط فيه الأجل حينئذٍ كالكتابة، وهما العقدان اللذان يُشترط فيهما الأجل عند الشافعية المجيزين للسلم الحال إذا كان موجودًا عند العقد.

(١) يُنظر: مختصر خلافات البيهقي لابن فرح ٣/ ٣٦٠، مغني المحتاج للشربيني ٣/ ٨.

الدلیل الثالث:

أنّ الحلول فی السّلم لا یُبقیه علی اسمه ومعناه؛ فیُخرجه عنهما. وبیان ذلك فی ثلاثة أوجه^(١):

الوجه الأول: فی التّسمية: أنّه یُسَمَّى سلماً وسلفاً؛ لتعجّل أحد العوضین وتأخّر الآخر، فهو مشتقٌّ منهما، فوجب منع ما أخرجّه عن ذلك.

الوجه الثانی: فی المعنی: أنّ الشّارع أرخص فیهِ للحاجة الداعية إلیه ارتفاقاً، ومع حضور ما یبیعهُ حالاً زال المعنی، فلا یثبت؛ كالقرض لما كان للرفق بالمقترض كان ما أخرجّه عن ذلك یبطله. ویؤكّده ما ذكر فی الدلیل الثانی من معنی الارتفاق؛ فارتفاق المشتري باسترخاضه، وارتفاق البائع بتأخیره، ولا یكون هذا المعنی بالحلول.

الوجه الثالث: فی المعنی كذلك: أنّ عقد السّلم یجمع ثمناً ومُثمناً، فلما كان الثمن لا یقع إلا علی وجهٍ واحدٍ وهو التّعجیل اقتضى أن یكون المثلّم لا یقع إلا علی وجهٍ واحدٍ وهو التأجیل.

(١) یُنظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٥٦٧/٢، بداية المجتهد لابن رشد ٢١٩/٣، الحاوي الكبير للماوردي ٣٩٦-٣٩٧، المغني لابن قدامة ٤٠٣/٦.

يُناقش:

بعدم التسليم بالأوجه المذكورة لتسمية السّلم ومعناه. ووجه ذلك في أمرين^(١):

الأمر الأول: فغير مُسَلَّم بأنّ سبب التسمية هو استحقاق الأجل، بل قد يكون لاستحقاق تسليم جميع الثمن في مجلس العقد، فيكون دليلهم مجرد دعوى، ويعضده أنّ سبب التسمية الآخر جاء في مدونات المذاهب الفقهية التي منعت من السّلم الحال^(٢). وعلى كلّ فإنّ سُلِّم بالمعنى الذي ذكره للفظه فالاعتبار في العقود بالمعاني والمقاصد لا بمجرد الألفاظ.

الأمر الثاني: أنّ السّلم يصحّ فيما لو أسلم دينارًا فيما يساوي درهمًا، وهذه الصورة لا استرخاص فيها للمشتري، وعليه: وجب أن يكون ما وُضِع له من رفق البائع بالأجل ليس بشرطٍ في صحّة السّلم، فلو أسلم حالًا، لجاز كذلك.

أدلة القول الثاني:

استدل الشافعية القائلون بجواز السّلم الحالّ بدليلين:

(١) يُنظر: الحاوي الكبير للماوردي ٣٩٦/٥، تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ص ١٨٧، مجموع الفتاوى لابن تيمية ١١٢/٣٠.

(٢) يُنظر: البحر الرائق لابن نجيم ١٦٨/٦، التنبيهات للقاضي عياض ١٠٢٨/٢.

الدليل الأول:

قياس بيوع الصّفة على بيوع الأعيان؛ لكونها نوعي البيع. وبيان هذه الأقيسة في أربعة أمور^(١):

الأول: أنّ الثّمن في بيوع الأعيان مؤجّل ومعجّل؛ فجاز أن يكون المثلّم في بيوع الصّفة مؤجّلاً أو معجّلاً، فيكون ما تعلّق في الدّمة من عقد المعاوضة قد دخله التعجيل والتأجيل.

الثاني: أنّ السّلم الحالّ عقدٌ يصحّ مؤجّلاً، فصحّ حالاً.

الثالث: أنّه عقد معاوضة محضة فجاز أن يصحّ مؤجّلاً ومعجّلاً.

الرابع: أنّ الأجل في بيوع الأعيان ليس شرطاً فيه، فكذلك في بيوع الصفات بجامع حقيقة الأجل فيهما؛ إذ هما مدة ملحقة بعقد معاوضة محضة فوجب ألا يكون شرطاً في السّلم. وهذا المعنى الجامع موجودٌ في الخيار، وليس الخيار شرطاً فيه.

يُنَاقِش:

بمفارقة السّلم لبيوع الأعيان، فإنّ بيوع الأعيان لم تثبت على خلاف الأصل لمعنى يختص بالتأجيل، كالسّلم^(٢).

(١) يُنظر: الحاوي الكبير للماوردي ٥/٣٩٦-٣٩٧، المغني لابن قدامة ٦/٤٠٢-٤٠٣.

(٢) يُنظر: المغني لابن قدامة ٦/٤٠٢-٤٠٣.

يُجاب:

بعدم التسليم بالمناقشة، مستصحين في ذلك أنّ الأصل في البيع الحَلّ سواء كان معجلاً أو مؤجلاً إلا ما جاء الدليل بمنعه.

الدليل الثاني:

قياس الأولى؛ لأنّ السّلم المؤجّل أقرب للغرر من السّلم الحالّ، فإذا جاز مؤجلاً فحالاً أجوز، وهو من الغرر أبعد^(١).

يُنَاقش:

بعدم التسليم بأنّ السّلم الحالّ أبعد عن الغرر والضرر؛ لأنّه يُفِضِي إلى المنازعة؛ لأنّ المسلم إليه عاجزٌ عن تسليم المسلم فيه، وصرف رأس المال في حاجته، وربّ السّلم يُطالب بالتّسليم فيتنازعان على وجه تقع الحاجة إلى الفسخ والإضرار بعدم تحقّق العقد، ولا يرتفع ذلك إلا بالأجل، الذي به تتحقّق مصالح الحصول على المسلم فيه، وانتفاع المسلم إليه برأس المال^(٢).

ولو سلّم بأنّ غرر السّلم الحالّ أقلّ، فهو أبيع رخصة للحاجة، فلا فائدة مؤثرة من كون الغرر هنا أقلّ إذا علم ذلك^(٣).

(١) يُنظر: الأم للشافعي ٩٥/٣.

(٢) يُنظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢١٢/٥.

(٣) يُنظر: فتح القدير لابن الهمام ٨٧/٧، المغني لابن قدامة ٤٠٣/٦.

جُباب:

بما نوقش به الدليل الثاني للقول الأول، ومن ذلك أنّ الرّخصة فيه إنّما هي لحصول الأجل، فيبقى الحلول على أصل الجواز.

الموازنة والترجيح:

بعد النظر في أدلة المانعين والمجيزين للسّلم الحالّ يتبيّن لنا مأخذ القولين في المسألة، وللموازنة بين الأدلة يلزمنا دراسة ثلاثة أسئلة تتعلق بالمسألة، وهي: هل الأصل في السّلم الحالّ الحلّ أو الحرمة؟ وما وجه الرّخصة في عقد السّلم -عمومًا-؟ وهل السّلم جاء على خلاف الأصل والقياس؟

عند تأمل نصوص الفقهاء فيها نجد أنهم يختلفون في هذا الأصل -وقد يكون لهذا الاختلاف سبب في الخلاف في المسألة-، وعليه فيكون لهذا السؤال أثرٌ على التّرجيح الفقهي للمسألة.

فالجمهور -في الجملة- يجعلون المنع أصلًا في السّلم، ولا يُباح منه إلا ما كان منصوصًا في حديث السّلم؛ لذا اشترطوا الأجل، ومنعوا من السّلم الحالّ. ومن ذلك ما جاء عند الحنفية في بيان كون السّلم رخصةً؛ لدفع حاجة المفاليس. وجاء في فتح القدير ما يدل على أنّ الأصل عندهم في السّلم المنع، والإباحة إنّما جاءت رخصةً مع الأجل، حيث قالوا: «فلا يتحقق محل الرخصة إلا مع ذكر الأجل، فلا يجوز في غيره، وكونه قادرًا حال العقد لم يتحقق المبيح في حقه»^(١).

(١) فتح القدير لابن الهمام ٧/ ٨٧.

ولتحقيق قولهم؛ يُقال لهم: لماذا الصّلة بين الأجل والرخصة؟ فأجابوا عن مثل هذا السؤال بأنّ الأجل أمانة الرخصة، حيث جاء عندهم: «ولما كان جوازه للحاجة وهي باطنة، أنيط بأمر ظاهر كما هو المستمر في قواعد الشرع كالسفر للمشقة ونحوه وهو ذكر الأجل فلم يلتفت بعد ذلك إلى كون المبيع معدومًا من عند المسلم إليه حقيقةً أو موجودًا قادرًا هو عليه»^(١)، وهنا فقد جعل الحنفية الاعتبار في السلم إلى الأجل لا إلى كونه موجودًا، وعليه فلا اعتبار عندهم بزوال الضّرر وقلة الغرر - وسيأتي بيان ذلك -.

أما الشافعية - المجيزون للسلم الحال - فقد استصحبوا أصل الإباحة، ودلّوا على ذلك بكون السلم - الحالّ والمؤجلّ - من البيع، والله عزّ وجلّ أحلّ البيع^(٢)، وجعلوا الأجل هو الرخصة فيه، لذا جاء في مختصر خلافيات البيهقي: «والأصل في البيع كله الحلول والنقد، والأجل ترخيص وترفيه، والدليل على ذلك أن لا بيع يمتنع عن جوازه لكونه نقدًا، وبيوع كثيرة تمتنع عن الصحة للأجل»^(٣).

وأما السلم فلم يُشرع على خلاف القياس والأصل، وفي هذا المعنى جاء عند ابن القيم رحمه الله تقريرات عديدة تُؤكّد خلاف الأمر، ومن ذلك قوله:

(١) المرجع السابق.

(٢) يُنظر: الحاوي الكبير للمرداوي ٥/٣٩٦-٣٩٧.

(٣) مختصر خلافيات البيهقي لابن فرح ٣/٣٦٠.

«لا نُسَلِّمُ أَنْ السَّلَامَ عَلَى خِلافِ الأَصْلِ، بل تأجيل المبيع كتأجيل الثمن، كلاهما من مصالح العالم»^(١).

وأحد المآخذ المؤثرة في المسألة هو اعتبار الضرر وأثره على تحقق علة الغرر، وغاية ما أجاب عنه الجمهور في موضوع الغرر والضرر أنه لا أثر له باعتبار الأدلة الأخرى التي استدلّ بها الجمهور، مع الإقرار بما جاء عند الشافعية، ونصّ عليه الشافعي رَحْمَةُ اللهِ بِكَونِ الضَّررِ والغَررِ فِي السَّلَامِ الحَالِ أَقْل.

حيث قال رَحْمَةُ اللهِ فِيهَا: «فإذا أجاز رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بيع الطعام بصفة إلى أجل، كان بيع الطعام بصفة حالاً أجوز؛ لأنه ليس في البيع معنى إلا أن يكون بصفة مضموناً على صاحبه، فإذا ضمن مؤخرًا ضمن معجلًا، وكان معجلًا أضمن منه مؤخرًا، والأعجل أخرج من معنى الغرر، وهو مجامع له في أنه مضمون له على بائعه بصفة»^(٢).

وعلق رفيق المصري على أن السَّلَامَ الحَالِ أَقْلُ ضَررًا وَغَررًا بِقَوْلِهِ: «وهذا فقه عميق دقيق، ففي السلم المؤجل خطر انقطاع المُسَلِّمِ فِيهِ فِي الأَجَلِ، وَخَطَرُ حَوَالَةِ الأَسْوَاقِ (= تَغْيِيرَاتِ الأَثْمَانِ)، فَالْبَدَلُ المُؤَجَّلُ يَقْدَرُ مَقْدَارَهُ فِي ضَوْءِ ظُرُوفٍ وَاقِعَةٍ وَمَتَوَقَّعَةٍ قَدْ تَتَغَيَّرُ، فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّسَاوِيُ بَيْنَ البَدَلِ

(١) زاد المعاد لابن القيم ٥ / ٧٢١.

(٢) الأم للشافعي ٣ / ٩٥.

صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَكِيمَ بنِ حَزَامٍ عن بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ: إِمَّا أَنْ يَرَادَ بِهِ بَيْعُ عَيْنٍ مَعِينَةٍ فَيَكُونُ قَدْ بَاعَ مَالَ الْغَيْرِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَهُ وَفِيهِ نَظَرٌ. وَإِمَّا أَنْ يَرَادَ بِهِ بَيْعُ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ وَإِنْ كَانَ فِي الذَّمَّةِ وَهَذَا أَشْبَهَ؛ فَيَكُونُ قَدْ ضَمِنَ لَهُ شَيْئًا لَا يَدْرِي هَلْ يَحْصِلُ أَوْ لَا يَحْصِلُ؟ وَهَذَا فِي السَّلْمِ الْحَالِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ مَا يَوْفِيهِ، وَالْمُنَاسِبَةُ فِيهِ ظَاهِرَةٌ»^(١)، وَقَالَ رَحْمَةُ اللهِ: «فَهُوَ نَهْيٌ عَنِ السَّلْمِ الْحَالِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عِنْدَ الْمُسْتَسَلِفِ مَا بَاعَهُ»^(٢).

إِلَّا أَنَّ الشَّافِعِيَّةَ مِمَّنْ أَبَاحَ السَّلْمَ الْحَالَّ قَيَّدُوا قَوْلَهُمْ بِوُجُوبِ وَجُودِ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَقْتِ التَّسْلِيمِ؛ لِأَنَّ هَذَا شَرْطٌ فِي السَّلْمِ عَمُومًا، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْلَمَ مُؤَجَّلًا وَيَكُونُ الْمُسْلِمُ فِيهِ لَا يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ وَجُودَهُ وَقْتِ الْأَجْلِ الْمُسَمَّى. وَلَمَّا كَانَ هُنَا السَّلْمُ حَالًّا اشْتَرَطَ لَهُ مِثْلَ شَرْطِ السَّلْمِ الْمُؤَجَّلِ بِضُرُورَةٍ وَجُودِهِ وَقْتِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ وَقْتِ التَّسْلِيمِ. حَيْثُ جَاءَ فِي مَغْنِيِّ الْمَحْتَاكِجِ: «وَإِنَّمَا يَصَحُّ حَالًّا إِذَا كَانَ الْمُسْلِمُ فِيهِ مَوْجُودًا عِنْدَ الْعَقْدِ»^(٣)، وَعَلَيْهِ: فَالسَّلْمُ الْمُؤَجَّلُ يَجُوزُ فِيهِ بَيْعُ الْمَعْدُومِ وَقْتِ الْعَقْدِ، لَكِنْ فِي السَّلْمِ الْحَالِّ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ يَشْتَرَطُ فِي السَّلْمِ -عَمُومًا- وَجُودَهُ عِنْدَ التَّسْلِيمِ، فَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلًا فَيَصَحُّ إِنْ كَانَ الْمُسْلِمُ فِيهِ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ وَجُودَهُ عِنْدَ الْأَجْلِ، وَلَا يُتَصَوَّرُ ذَلِكَ عَقْلًا فِي السَّلْمِ الْحَالِّ.

(١) مجموع الفتاوى ٥٢٩/٢٠.

(٢) تفسير آيات أشكلت لابن تيمية ٦٩١/٢ وما بعدها

(٣) مغني المحتاج للشرييني ٨/٣.

ولا يمكن حمل قول الشافعية على أن السلم الحال يكون في المملوك فقط -كقول ابن تيمية وابن القيم رَجَمَهُمَا اللَّهُ-، بل إنهم اشترطوا وجوده وقت التسليم، فيبقى السلم الحال من أنواع السلم المستثناة من بيع غير المملوك، كما ذكر ذلك السرخسي -في السلم عموماً-، ونقل فيه الإجماع، حيث قال: «وبالإجماع المراد بيع ما ليس في ملكه فإن ما في ملكه وإن لم يكن حاضرًا يجوز بيعه إذا كان المشتري رآه قبل ذلك وما ليس في ملكه وإن كان حاضرًا لا يجوز بيعه فعرّفنا أن المراد قبول السلم فيما لا يقدر على تسليمه»^(١).

الفرع الثالث: بيع الموصوف في الذمة بلفظ البيع:

ويأتي هذا الفرع في دراسة مسألة بيع الموصوف في الذمة بلفظ البيع لا بلفظ السلم، وثمة مسلكان للمذاهب الفقهية في انعقاده بلفظ البيع لا على وجه السلم وأحكامه، هما:

المسلك الأول: أنه ينعقد سلمًا بلفظ البيع، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة عند تأجيل المبيع^(٢).

فالحنفية والمالكية لا يصح عندهما السلم إلا مؤجلاً، وعليه فهم يشترطون شروط السلم فيه، سواء كان بلفظ السلم أو بلفظ البيع، وعللوا ذلك بكون السلم من البيع، فينعقد به، ولا ينعقد الموصوف في الذمة إلا

(١) المبسوط للسرخسي ١٢/١٢٦.

(٢) يُنظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/١٦٨، حاشية العدوي ٢/١٧٦-١٧٧.

مؤجلاً وهو السّلم؛ عبارة بحقيقة العقد المسمى شرعاً ومعناه. وعليه فلا ينعقد عندهم بيع الموصوف في الذمة حالاً بلفظ بيعٍ أو سلمٍ. والحنابلة لا يصحّ عندهم الموصوف في الذمة مؤجلاً إلا سلماً، وينعقد بلفظ سلمٍ أو بيعٍ، جاء في الإقناع: «ويصحّ -أي: السّلم- بلفظ بيعٍ وسلمٍ وسلفٍ، وبكلّ ما يصحّ به البيع»^(١)، وذكروا له مثلاً كقولهم: ابتعت منك قمحاً صفته كذا، وكيله كذا إلى كذا، فجعلوه سلماً لا بيعاً، وعللوا إلحاقه بالسّلم مع أنّه انعقد بلفظ البيع؛ لكونه نوعاً من البيع^(٢)، ووسّعوا انعقاد السّلم بكلّ لفظٍ يصحّ به البيع، كانعقاده بلفظة: تملكّت -مثلاً-.

المسلك الثاني: أنّه يكون بيعاً على غير وجه السلم، وهو مذهب الشافعية حال تأجيل المبيع أو حلولة، ومذهب الحنابلة حال الحلول فقط. فالشافعية يجعلون للألفاظ اعتباراً في إنشاء عقد السّلم؛ فما انعقد على موصوفٍ في الذمة بلفظ السّلم فله أحكام السّلم وشروطه، وما انعقد بلفظ البيع فله أحكامه، والحنابلة يجعلونه بيعاً إذا كان حالاً وهو بمعنى السّلم.

يقول النووي رَحِمَهُ اللهُ مَقْرَرًا مذهب الشافعية: «ولو أسلم بلفظ الشراء، فقال: اشتريت طعاماً أو ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم، فقال: بعتك انعقد. وهل هو سلم اعتباراً بالمعنى، أم بيع اعتباراً بلفظه؟ وجهان. أصحهما: الثاني. فعلى هذا، لا يجب تسليم الدراهم في المجلس، ويثبت فيه خيار

(١) الإقناع للحجاوي ١٣٣/٢.

(٢) يُنظر: كشف القناع للبهوتي ٨٦/٨.

الشرط.... وإن قلنا: الاعتبار بالمعنى، وجب تسليم الدراهم في المجلس، ولم يثبت فيه خيار الشرط»^(١).

والحنابلة حال حلول المبيع لا تأجيله يجعلونه من البيع لا السلم، فيكون عندهم من قبيل بيع الصفة في الذمة الحال. جاء في كشاف القناع: «والنوع الثاني من نوعي البيع بالصفة: بيع موصوف غير معين، ويصفه بصفة تكفي في السلم، إن صح السلم فيه، بأن انضبطت صفاته، مثل أن يقول: بعثك عبداً تركياً، ثم يستقصي صفات السلم فيه، فهذا في معنى السلم، وليس سلماً؛ لحلوله»^(٢). لذا، فالمتقرر عند الحنابلة في بيع الموصوف في الذمة غير المعين، أنه لا ينعقد حالاً إلا بلفظ البيع، وهو بمعنى السلم؛ لذا، يشترط المذهب قبض الثمن أو المثمن في مجلس العقد قبل التفرق لكونه في معنى السلم، وليخرج من كونه بيع دين بدين^(٣)، وسيأتي مزيد بيان في المبحث الثاني لهذه المسألة.

وأجرى الحنابلة على هذا العقد أحكام البيع، فاشتروا وصفه بصفة تكفي في السلم، وجعلوا فيه خياراً، وضمانه على البائع حتى يقبضه المشتري، وعليه فليس للمشتري التصرف فيه قبل القبض، يقول البهوتي رَحْمَةُ اللَّهِ: «والمبيع بصفة معيناً كان أو في الذمة... من ضمان البائع حتى

(١) روضة الطالبين للنووي ٦/٤.

(٢) كشاف القناع للبهوتي ٧/٣٣٦-٣٣٧.

(٣) يُنظر: الإنصاف للمرداوي ١١/١٠٤.

يقبضه مشترٍ؛ لأنه تعلق به حقّ توفية، فأشبهه المبيع بكيلٍ أو نحوه. ولا يجوز للمشتري التصرف فيه قبل قبضه»^(١).

المطلب الثالث: الحلول والتأجيل وأثرهما على البيوع الموصوفة، وموقف المنظم السعودي من ذلك:

ولتصوّر أثر الحلول والتأجيل على البيوع الموصوفة، فإننا سنمهد لخلاصة في البيوع الموصوفة باعتبار المذاهب الفقهية، وقد جاء شيء من هذه الخلاصة في كلام لابن القيم رَحِمَهُ اللهُ: «والناس لهم في مبيع الغائب ثلاثة أقوال: منهم من يجوزه مطلقاً ولا يجوزه معيناً موصوفاً كالشافعي في المشهور عنه، ومنهم من يجوزه معيناً موصوفاً ولا يجوزه مطلقاً كأحمد وأبي حنيفة، والأظهر جواز هذا وهذا...»^(٢)، ورأي المذاهب الفقهية في الجملة على النحو التالي:

أولاً: يرى الحنفية والمالكية جواز بيع العين الغائبة بالصفة، ويبيحون بيع الموصوف في الذمة مؤجلاً على عقد السلم بأي لفظ ينعقد به سواء بالسلم أو البيع، ولا يُجيزون السلم حالاً ولا يبيع الصفة في الذمة مؤجلاً ولا حالاً على غير وجه السلم.

ثانياً: أما الشافعية، فلهم نظريتهم الخاصة في البيوع الموصوفة، فهم يمنعون من بيع العين موصوفة من غير رؤية سابقة، ويأذنون ببيع الموصوف

(١) كشاف القناع للبهوتي ٤٩٤ / ٧ بتصرفٍ يسير.

(٢) زاد المعاد لابن القيم ٧٢١ / ٥.

في الذمة حالاً أو مؤجلاً؛ فأباحوا السلم الحال كما السلم المؤجل، وجعلوا للفظ العقد أثرًا في تكييفه؛ فإذا انعقد بلفظ السلم أو السلف فهو سلمٌ إن كان المبيع حالاً أو مؤجلاً.

ثالثاً: أما الحنابلة فأجازوا بيع الموصوف المعين الغائب، وإذا كان في الذمة، فالمعتبر عندهم في تكييف العقد هو وقت تسليم المبيع؛ فإن كان مؤجلاً فهو السلم بأي لفظ كان انعقاده. وإن كان حالاً، فلا يصح بلفظ السلم أو السلف، ويجعلونه بيع صفة في الذمة حالاً؛ لأنهم يمنعون من السلم الحال. فهم أباحوا بيع الموصوف في الذمة الحال بلفظ البيع فقط.

وبناءً على ما سبق فإن تحليل آراء المذاهب الفقهية الأربعة يصل بالتأمل فيها إلى أثر الحلول والتأجيل على البيوع الموصوفة، فتكون الخلاصة باعتبار المبيع ونوعه على اعتبار كون الموصوف معيناً أو في الذمة، وما كان في الذمة هل هو مؤجل أو حال، وهل هو بلفظ البيع أو السلم، والخلاصة كما يلي:

أولاً: إذا كان المبيع الموصوف معيناً: فجمهور الفقهاء على جواز البيع، ويشترط الشافعية الرؤية السابقة للمبيع الموصوف. ويعتبر تفسير حديث حكيم بن حزام سبباً من أسباب خلاف الشافعية في المسألة؛ حيث جعلوا المراد من الحديث بيع المعين، فإذا غابت العين المبيعة، لم يجز البيع؛ لهذا الحديث، وأجاب الجمهور بأن النهي في الحديث عن بيع ما لا يملكه البائع^(١)؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم ذكره جواباً لحكيم حين سأله أنه يبيع

(١) يُنظر: تبين الحقائق للزيلعي ٤ / ٢٤.

الشيء ثم يمضي فيشتريه ويُسلمه، فيكون المقصود من هذا الحديث النهي عن بيع ما لا يملكه البائع^(١).

ويقول ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ في مناقشة رأي الشافعية هنا: «ويقال للشافعي مثل ما قال هو لغيره: إذا جاز بيع المطلق الموصوف في الذمة، فالمعين الموصوف أولى بالجواز، فإن المطلق فيه من الغرر والخطر والجهل أكثر مما في المعين»^(٢).

ثانياً: إذا كان المبيع الموصوف في الذمة مؤجلاً: فهو سلمٌ بالإجماع وهو دين في ذمة البائع إن كان بلفظ السلم، وخالف الشافعية إن كان انعقاده بلفظ البيع، فجعلوه من قبيل بيع الصفة في الذمة المؤجل. فمأخذ الشافعية أنهم يجعلون للفظ العقد أثراً في حقيقته، فالسلم يلزم أن يكون بلفظه، والجمهور اعتبروا معنى العقد، فينعقد عندهم السلم بلفظ السلم ولفظ البيع؛ لخصوصية السلم من البيع.

ثالثاً: وإذا كان المبيع الموصوف في الذمة حالاً ولفظ السلم: فهو عند الشافعية سلمٌ حال، ولا يصح العقد عند الجمهور؛ لأنهم يمنعون من السلم الحال. فالجمهور اعتبروا ما ذكر من أوصاف في حديث الشرط في مقام الشروط التي تقوم عليها حقيقة عقد السلم، فاشتروا التأجيل في السلم، خلافاً للشافعية.

(١) يُنظر: المغني لابن قدامة ٦/ ٢٩٦

(٢) زاد المعاد لابن القيم ٥/ ٧٢١.

رابعاً: أما إن كان المبيع الموصوف في الذمة حالاً بلفظ البيع: فهو بيع صفة في الذمة حالاً، أباحه الشافعية والحنابلة. وفرق في مأخذ صحة العقد بين الشافعية والحنابلة؛ فالشافعية من أجل اعتبار لفظة العقد، والحنابلة لا يعتبرونه من قبيل السلم؛ لأن السلم مخصوص بالتأجيل، والعقد هنا مؤجل، وهو في معنى السلم فجاز بيعاً بلفظه، ولا يصح بلفظ السلم.

ولذا جاء في كشف القناع: «ويشترط -أيضاً- ألا يكون بلفظ: سلم أو سلف؛ لأنه يكون إذن سلماً، ولا يصح حالاً، ولم يذكره المصنف؛ لأنه اقتصر فيما تقدم على قول «التلخيص»: إن البيع لا ينعقد بلفظ السلم والسلف»^(١) وهذا تأكيد لقاعدة المذهب في التفريق بين بيع الموصوف في الذمة المؤجل، والذي لا يقع عندهم إلا سلماً، و ينعقد بأي لفظة كانت. وبين بيع الموصوف في الذمة الحال والذي لا ينعقد بلفظي السلم والسلف؛ لأن السلم والسلف عندهم لا يصح إلا مؤجلاً، فهم منعوا من السلم الحال، إلا أن بيع الموصوف في الذمة ينعقد حالاً على معنى السلم لا على كونه سلماً بألفاظ البيع لا السلم والسلف.

ويأتي سؤال المقارنة بالنظام السعودي: ما موقف المنظم السعودي في نظام المعاملات المدنية من البيوع الموصوفة وأثر الحلول والتأجيل عليها؟

جاء في نظام المعاملات المدنية السعودي ذكرٌ لبعض البيوع الموصوفة؛ إلا أنه لم يسمِّ عقد السلم من العقود المسماة فيه، ورغم عدم ذكره للبيوع

(١) كشف القناع للبهوتي ٧/ ٣٣٧.

الموصوفة في الذمة إلا أنّ المنظم أشار إلى بعض الأحكام المتصلة بالعقود الموصوفة في الذمة في مواد متفرقة.

حيث جاء في المادة الثامنة بعد الثلاثمائة^(١) ما يحسم الخلاف الفقهي في جواز بيع العين الموصوفة الغائبة - على الرأي المختار في المسألة خلافًا للشافعية-، وذكر المنظم أنّ العقد المعلوم بالصفة لا يبطل إلا إذا لم يكن المبيع معلومًا ولم ينصّ في العقد على علم المشتري به، أو أثبت تغيير البائع به ولو كان مع إقراره في العقد بعلمه. وعرفّ المنظم التغيير في المادة الحادية والستين بقوله: «١- التغيير أن يخذع أحد المتعاقدين الآخر بطرق احتياليةٍ تحمله على إبرام عقد لم يكن ليبرمه لولاها. ٢- يعدُّ تغييرًا تعمد السكوت لإخفاء أمرٍ لم يكن المغرر به ليبرم العقد لو علم به». ويجري على هذه الحالة المواد المتعلقة بعيوب الرضى^(٢) وإبطال العقد وبطلانه^(٣).

وبشأن اليوع الموصوفة في الذمة فلم يسمّها المنظم من العقود المسماة في النظام، وتسمية العقود لا تفيد حصر العقود فيها، فجاء في المادة الثلاثين أنّ أحكام النظام تُطبّق على العقود المسماة وغير المسماة^(٤). وعند التحقيق

(١) نصّها: «١- يجب أن يكون المبيع معلومًا للمشتري برؤيته أو ببيان صفاته المميزة له. ٢- إذا تضمّن عقد البيع أن المشتري عالمٌ بالمبيع فلا حق له في طلب إبطال العقد لعدم العلم إلا إذا أثبت تغيير البائع به».

(٢) يُنظر: المادة السابعة والخمسون وما بعدها.

(٣) يُنظر: المادة السابعة والسبعون وما بعدها.

(٤) نصّها: «تطبق الأحكام الواردة في هذا الفصل على العقود المسماة وغير المسماة، وذلك دون إخلال بالأحكام الواردة في النصوص النظامية التي تنظم عقودًا ذات

فالنظام لا يعتني بتكليف العقد؛ لذا فالسلم يُمكن جعله من قبيل العقد على موصوفٍ بإرادتين مقرون بشرطٍ، وعلى هذا فالأقرب أن المنظم لا يمنعه بنوعيه حالاً ومؤجلاً.

وفي النظر في الحلول والتأجيل للبدلين أو أحدهما في البيوع الموصوفة فنجد المنظم اعتبر الأصل في الثمن أنه معجلٌ - كما جاء في المادة السابعة عشرة بعد الثلاثمائة^(١)، واعتبر كذلك الأصل الفورية في وفاء الدين في الذمة، ما لم يوجد اتفاق أو نص نظامي في ذلك، وفي حالة البيوع الموصوفة في الذمة فإن اتفاق المتعاقدين على تأجيل المبيع الموصوف في الذمة يجعله مؤجلاً، وعند عدم الاتفاق يكون حالاً - كما جاء في المادة الخامسة والسبعين بعد المائتين^(٢).

وما يتعلق بتأجيل البدلين فالذي يظهر أن المنظم يمنع العقد المشتمل على بيع دين بدين، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة الثانية والسبعين^(٣) شروط ما يجب توفره في محل الالتزام: ألا يكون مخالفاً للنظام العام، وحيث

طبيعة خاصة.

(١) وفيها: «يُستحق الثمن في البيع معجلاً ما لم يوجد اتفاق على أن يكون مؤجلاً أو مقسماً لأجل معلوم».

(٢) وفيها: «يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام في ذمة المدين؛ ما لم يوجد اتفاق أو نص نظامي بخلاف ذلك».

(٣) نصّها: «يجب أن تتوفر في محل الالتزام الشروط الآتية: أ- أن يكون ممكناً في ذاته. ب- ألا يكون مخالفاً للنظام العام. ج- أن يكون معيناً بذاته أو بنوعه ومقداره أو قابلاً للتعيين».

إن مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية مما يخالف النظام العام المحكوم بالشريعة، فيكون بيع الكالئ بالكالئ منهياً عنه في النظام، ويكون أثر ذلك - عند تحققه - بطلان العقد، حيث جاء في الفقرة الثانية من ذات المادة: «يقع العقد باطلاً إذا لم تتوفر في المحل الشروط الواردة في الفقرة (١) من هذه المادة».

ويمكن للمحكمة تصحيح العقد حال مخالفة النهي الشرعي حال تأجيل البدلين، فقد جاء في المادة الخامسة والثمانين ما يُفيد ذلك: «إذا توفرت في العقد الباطل أركان عقد آخر؛ انعقد هذا العقد إذا تبين أن إرادة المتعاقدين كانت تنصرف إليه». وكذلك فالمادة السابعة والسبعون بعد المائتين^(١) فيها تمكين للمحكمة في تحديد الأجل عند عدم تحديده مع التأجيل في عقد السلم المؤجل الذي يشترط ذكر الأجل فيه وتحديده.

(١) نصّها: «إذا كان الالتزام مؤجلاً ولم يحدد أجل الوفاء به، حددته المحكمة - بناءً على طلب الدائن أو المدين - بحسب العرف وطبيعة المعاملة».

المبحث الثالث

البيع بإحالة الشحن وعلاقته بالبيوع الموصوفة

نظراً لوجود هذا النموذج، وأهميته للراغبين في التربح في قطاع التجزئة بأقل التكاليف - كما بينا في أهمية هذا النموذج - فإنَّ النظر في آلية تصحيح المعاملة من الناحية الفقهية أمرٌ مهمٌ؛ لتجتمع المصالح برعاية الدين والمال كضرورتين من ضرورات الدين ومقاصد التشريع، فإذا أراد المكلف أن يقوم بهذا النموذج فإنَّ حرصه على سلامة المعاملة من الناحية الشرعية كحرصه على سلامتها من الناحية المادية، بل أكثر، ليكون هذا البحث معيناً له لتحقيق هذه الغاية.

وستكون دراسة هذا المبحث التطبيقي في ثلاثة مطالب؛ الأول في التكييف الفقهي للبيع بإحالة الشحن المتعلقة بالبيوع الموصوفة، والثاني في أثر حلول المثمن وتأجيله على منتج البيع بإحالة الشحن، والثالث في أثر حلول المثمن وتأجيله على منتج البيع بإحالة الشحن.

المطلب الأول: التكييف الفقهي للبيع بإحالة الشحن المتعلق بالبيوع الموصوفة:

في نموذج البيع بإحالة الشحن لا يُعدُّ تاجر التجزئة - البائع - مالكاً للسلعة وقت عرضها على المشتري؛ فهو يعرض ما لا يملك؛ فإذا تمَّ طلب المشتري واشترى السلعة فقد اشترى ما لا يملكه البائع، ويبقى سؤال البحث: هل هذا داخل في الممنوع شرعاً؟ وهل ثمة إمكانية لتصحيح المعاملة من طرف الراغب في استخدام نموذج إحالة الشحن؟ وما هي

الإجراءات التي يمكن أن تقوم بها المزودات الراغبة بنموذج إحالة الشحن للابتعاد عن المحرم؟

وللنظر الفقهي فيها؛ فهذا المنتج مما يمكن أن يُعدّ من البيوع الموصوفة، إلا أنه لا يمكن أن يُجعل تكييفه من قبيل البيوع الموصوفة المعينة؛ لكونه ديناً على البائع، والبائع لا يملك السلعة، وعليه، فلا يُمكن بيع السلع المعينة عن طريق هذا المنتج؛ لأنه يبيع سلعةً معينة لا يملكها، يقول ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «ولا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها، ليمضي ويشترها، ويسلمها، رواية واحدة. وهو قول الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفاً»^(١).

فيلزم أن يكون البيع بإحالة الشحن ديناً لا عيناً، «فالمعين لا يكون في الذمة فلا يكون ديناً»^(٢)، «وما لا يكون في الذمة لا يكون ديناً»^(٣)، فيُعدّ هذا المنتج من قبيل البيوع الموصوفة في الذمة لا المعينة، ويبقى في تكييفه تحديد نوعه من البيوع الموصوفة في الذمة، وهذا ما سيبيّن في المطلب التالي؛ لتعلّق هذا الأمر بحلول المثمن وتأجيله.

المطلب الثاني: أثر طول المثمن وتأجيله على منتج البيع بإحالة الشحن:

عند إتمام عملية البيع بإحالة الشحن، يظهر عادة وقت التسليم المتوقع، وهو ما قد يكون محدّداً أو غير محدّد، وما كان منه محدّداً، فتختلف فيه المدد،

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٩٦.

(٢) الفروق للقرافي ٢/١٥٣.

(٣) الفروق للقرافي ٣/٢٥٩.

مما يؤثر على التكييف الفقهي لنوع البيوع الموصوفة حينئذٍ، وسيكون بحثه في فرعين باعتبار مدة الشحن لبيان نوع البيع؛ لأن المنصات التي تُطبّق هذا المنتج تختلف بحسب مكان مخازن التوريد قُرباً وبعُدًا.

الفرع الأول: منصات البيع بإحالة الشحن طويلة الأمد:

فإذا كان الأجل مُحدّدًا ولمدته أثرٌ في ثمنه^(١) فإنّ تكييفه يُعدّ من قبيل بيع الموصوف في الذمة المؤجّل، وهو حينئذٍ إلى السّلم أقرب، فيأخذ أحكامه وشروطه، ويجب التزامه بها. وإن كان بلفظ البيع - وهو الواقع في عقود هذه المتاجر الإلكترونية -، فجمهور الفقهاء على أنّه من السّلم المؤجّل كذلك، والشافعية يعدّونه بيعًا لا سلّمًا، وعليه فكلّ المذاهب الفقهية الأربعة يُجيزونه بشروطه.

وإن لم يكن الأجل مُحدّدًا؛ فالفقهاء لا يجعلونه من السّلم المؤجّل؛ لاشتراط أن يكون السّلم المؤجّل مُحدّد الأجل، وأن يكون الأجل فوق الحد الأدنى - بحسبه عند كلّ مذهبٍ فقهيٍّ -، وعليه فتكون أحكامه كأحكام منصات البيع بإحالة الشحن السريعة - التي ستذكر في الفرع التالي -.

(١) كأكثر من يومين - مثلاً -، مع الأخذ بالاعتبار اختلاف المذاهب الفقهية في أدنى أجل السّلم المؤجّل - لكنه ليس محلّ البحث والدراسة -.

الفرع الثاني: منصات البيع بإحالة الشحن السريعة:

وهذا واقع غالب منصات البيع بإحالة الشحن؛ إما بسبب عدم تحديد الأجل، أو لسرعة تسليمه للعميل، وذلك لقوة التنافس بين المنصات في تحقيق التسليم السريع، والذي قد يكون لساعات قليلة، أقل من يوم واحد. لذا قد يُوجد من يمنع توصيف هذه المنصات بأنها بيع الموصوف في الذمة باعتبار ضرورة أن يكون للأجل أثر في قيمة السلعة التي تُباع موصوفة في الذمة؛ فتجدهم يمنعون من السلم الحالّ مثلاً - كما مرّ معنا في المبحث السابق -.

وعند التحقيق فهذه المنصات لا إشكال فيها - بالجملة - عند من يرى جواز البيوع الموصوفة في الذمة الحالّة؛ كالشافعية - مثلاً - الذين أجازوا السلم الحالّ بلفظ السلم أو يكون تكييفه بيعاً إن كان بلفظ البيع، أو الحنابلة الذين أجازوا بيع الصفة في الذمة الحالّ بغير لفظ السلم، بخلاف الحنفية والمالكية الذي منعوا من هذه المبيعات، ولا يمكن أن يجعلوا صحيح بيع مستخدم منصات البيع بإحالة الشحن إذا كانت مدة التسليم قصيرة للسلع التي لا يملكها بتخريجها على البيوع الموصوفة في الذمة.

ولا إشكال في جميع صور البيع بإحالة الشحن إذا كان المبيع في الذمة عند الشافعية والحنابلة - سواء كان المبيع مؤجلاً أو حالاً -، وعند الحنفية والمالكية - إذا كان المبيع مؤجلاً معلوم الأجل -، بشرط أن يكون ضمان

المبيع على بائع التجزئة حتى القبض^(١)، على أن يتم قبض الثمن عند العقد، ولو كان القبض لجهة وسيطة تكون وكيلة عن البائع؛ لتتحقق من إتمام العملية. ولكن يبقى الإشكال الفقهي قائماً عند تأجيل الدفع لحين استلام السلعة، وهو ما سيوضح في المطلب التالي.

المطلب الثالث: أثر حلول الثمن وتأجيله على منتج البيع بإحالة الشحن:

تتأثر منتجات إحالة الشحن بالحلول والتأجيل بالنسبة لثمن المبيع، حيث إن المبيع في هذه المنتجات موصوفٌ وليس مملوكاً للبائع، فهو دينٌ في ذمته، ففي حال كان الدفع عند التسليم يصبح حينئذٍ البدلان مؤجلين، فتدخل صورة البحث في مسألة بيع الدين بالدين، ويُعدّ إشكال الدفع عند التسليم أهم الإشكالات الشرعية محلّ الدراسة والبحث.

وتُعدّ هذه المسألة أحد الإشكالات الشرعية للتطبيقات المعاصرة للبيوع الموصوفة في منصات التجارة الإلكترونية -عموماً-، وفي منتجات البيع بإحالة الشحن -خصوصاً-، ولدراسة أثر حلول الثمن وتأجيله يلزمنا النظر في تحقّقه في الصّور محلّ الدّراسة، ودراسة المستثنيات التي يذكرها الفقهاء عن صورة بيع الدين بالدين ومدى تحقّقها في منتجات البيع بإحالة الشحن.

(١) وفي حال كان واقع المنصات أن يكون الضمان على بائع الجملة، فيمكن تصحيح العقد بإجراء عقدٍ موازٍ بين بائع التجزئة وبائع الجملة.

ولبحث هذا المطلب ثمة أسئلة تحتاج لدراسة وبحث؛ لنصل بها إلى نتيجة فقهية لمنتجات البيع بإحالة الشحن، ومثار هذه الأسئلة أتمها ذكرت كنتيجة عند بعض الباحثين فأباح تأجيل الثمن في بعض صور البيوع الموصوفة في الذمة بشروطها عنده^(١). وعليه فأسئلة المطلب محل الدراسة:

- هل اشترط فقهاء المذاهب الفقهية الأربعة عدم تأجيل الثمن في السلم حتى لا يكون من قبيل بيع الدين بالدين؟ وما هو توجيه رأي المالكية في جواز تأخر تسليم الثمن يومين أو ثلاثة في السلم؟

- وهل يكفي تعيين الثمن دون قبضه لإخراجه من صورة بيع الدين بالدين؟

- وهل تكون مدة حمل المثلن كافية للاستثناء من بيع الدين بالدين حال الدفع عند التسليم؟

- وهل يمكن تخريج منتجات البيع بإحالة الشحن على الشراء من دائم العمل التي يبيع بها أهل المدينة كما في المذهب المالكي؟

أولاً: هل اعتبر الفقهاء تأجيل الثمن في السلم من قبيل بيع الدين بالدين؟

في السلم المؤجل؛ يمنع الفقهاء من كل اشتراط تأجيل لتسليم رأس مال السلم يجعله ديناً في ذمة المسلم. فاشترط الجمهور تسليم رأس مال السلم في مجلس العقد، وأذن المالكية بتأخيره إلى يومين أو ثلاثة، ولم يعتبروا هذه المدة من الأجل الذي يجعله ديناً؛ للعادة، ولحاجة المسلم لهذه المدة في

(١) يُنظر: بحث: البيع المقترن بشحن البضاعة عبر المورد للسياري ص ١١٧ وما بعدها.

تحصيل رأس مال السّلم^(١). وعليه: فلم يخالفوا القاعدة العامة في ذلك، فتكون النتيجة أنّ فقهاء المذاهب الأربعة اعتبروا اشتراط تأجيل رأس مال السّلم داخلاً في بيع الدين بالدين، والمالكية لا يعتبرون اليومين والثلاثة من الدين. فتكون النتيجة أنّ جميع المذاهب الفقهية اعتبرت اشتراط تأجيل رأس مال السلم - في الجملة - صورة من صور بيع الدين بالدين.

ثانياً: هل تعيين الثمن يقوم مقام القبض في البيوع الموصوفة؟

نجد أنّ المالكية يعتبرون ذلك في رأس مال السّلم - خلافاً لغيرهم -، والشافعية والحنابلة يعتبرونه فيما كان بيعاً من البيوع الموصوفة في الدّمة لا فيما يعتبرونه سلماً عندهم؛ حيث اعتبر تعيين الثمن كافياً عن قبضه في مجلس العقد.

وذلك لأنّ التعيين لا يجعله ديناً، فيُخرجه التعيين من بيع الدين بالدين، إلا أنّ المالكية يستثنون من ذلك ما لو كان رأس مال السلم نقوداً؛ لأنّها لا تقبل التعيين عندهم^(٢). وعليه: فالنقود لا تقبل التعيين عند من أجاز ذلك، فلا يمكن قبول عدم القبض في عقد السلم المؤجّل حتى مع التعيين إن كان رأس مال السلم نقوداً، فهم يجعلونها حينئذٍ داخلية في الدّمة ما لم تُقبض، فلا تخرج من نهي بيع الدين بالدين.

(١) يُنظر: المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/٩٨٨.

(٢) يُنظر: مواهب الجليل للحطاب ٤/٥١٦-٥١٧.

ويبقى البحث عند الشافعية والحنابلة في اليوع الموصوفة على غير وجه السلم؛ فبيع الموصوف في الذمة إذا لم يقبض في مجلس العقد وتأجل الثمن كذلك فيكون ثمة تأجيل للبدلين، فهل يدخل في النهي عن بيع الدين بالدين؟

عند النظر في المذهبين نجد أنّهما يتفقان في وجوب تعيين الثمن في مجلس العقد، واختلفوا في وجوب قبضه. فهل جواز تعيين الثمن يُبيح الدفع عند التسليم في البيع بإحالة الشحن؟

للجواب على هذا السؤال نجد أنّ مسألة تعيين النقود بالتعيين هي المؤثرة في مسألتنا، فالقائلون بتعيين النقود بالتعيين - وهم الشافعية والحنابلة -^(١) يقبلونها في بيع الموصوف في الذمة لا في السلم؛ لخصوصية السلم في الأحكام والشروط.

وقبل الإجابة على مسألة تعيين النقود بالتعيين من عدمها يجدر التنبيه أنّه لا يمكن اعتبار ما نقله الحنابلة كقول ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ في بيع الصفة في الذمة الحال: «وقال القاضي: يجوز التفرق فيه قبل القبض؛ لأنّه بيع حال، فجاز التفرق فيه قبل القبض، كبيع العين»^(٢) أنّه من قبيل عدم التعيين، فالحنابلة هنا يعتمدون على قول القاضي، والصورة التي نُقلت عن القاضي رَحِمَهُ اللهُ كان الثمن فيها معيّنًا لم يقبض، بدليل أنّ المنقول عن القاضي قوله:

(١) يُنظر: الحاوي الكبير للماوردي ١٣٨/٥، المغني لابن قدامة ١٠٣/٦.

(٢) المغني لابن قدامة ٣٥/٦.

«اشترت منك ثوباً من صفته كذا وكذا بهذه الدراهم»^(١)؛ فالتنصيص بهذه الدراهم دلالة تعيين.

وأما ما يُنسب لبعض الشافعية من عدم وجوب التعيين إن كان بيعاً، فيردّه صريح ما ذكره فقهاؤهم من وجوب التعيين، يقول الدميّاطي رَحْمَةُ اللَّهِ: «قال في التحفة: فعلى الأول - أي أنه بيع - يجب تعيين رأس المال في المجلس إذا كان في الذمة، ليخرج عن بيع الدين بالدين، لا قبضه»^(٢)، ولا تجد له مخالفاً.

فيكون القول حينئذٍ عند الشافعية والحنبلة بوجوب التعيين؛ حتى لا يكون من قبيل بيع الدين بالدين، فقالوا إن وجوب التعيين أولى؛ ليخرج من بيع دين بدين^(٣)، فإذا وقع تعيين الثمن، لم يكن الثمن ديناً، فلا يدخل عندهم في بيع الدين بالدين.

والمسألة - والله أعلم - مسألة تحتاج لمزيد نظرٍ وتأملٍ، والقول فيها بجواز الدّفْع عند التسليم في حال تعيين الثمن دون قبضه لا يخلو من شبهة بيع الدين بالدين، وإن كان قول تعيين الثمن، والمثمن ديناً في الذمة لا يُدخل هذه المعاملة في بيع الدين بالدين. إلا أنّ جمعاً من المعاصرين يرون أنّ مسألة تعيين النقود لا تجري على النقود المعاصرة في زماننا^(٤) وإنما يجري

(١) تصحيح الفروع للمرداوي ١٤٦/٦.

(٢) إعانة الطالبين للبكري ٢٣/٣.

(٣) يُنظر: تصحيح الفروع للمرداوي ١٤٦/٦.

(٤) وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم: ١٤٠ (٦/١٥).

الخلاف في المسألة على حال النقود في وقتهم؛ فلا يتصور تعيينها حينئذ؛ لكونها مثلية غيرت حال النقود السابقة، وهو الأقرب - والله أعلم - . فإنه «يمكن أن يُقال في حق النقود الذهبية والفضية القليلة المقدار عند من يرى أنها تتعين بالتعيين. أما النقود الورقية فإنها لا تتعين بالتعيين. ولا يتحقق أيضاً في الذهب والفضة في هذا العصر؛ لأنه أمكن ضبط حجمهما، ووزنهما، وتحديد عيار كل منهما»^(١)، «بدليل أن المستأجر لو عدل عن نقل النقد وقد تسلمه المصرف؛ فإنه لا يلزم المصرف ردها بعينها، بل يعطيه مثلها»^(٢).

ويظهر كذلك أن المنظم السعودي - في نظام المعاملات المدنية - لم يجعل النقود قابلة للتعيين، ويُفهم ذلك من نصين؛ الأول في الفقرة الأولى من المادة الخامسة والستين بعد المائة حيث جاء فيها: «إذا تعلق الحق بشيء معين بالنوع لا بالذات، فإنه لا يختص بشيء بذاته من ذلك النوع إلا بإفرازه»، والثاني في تعريفه للأشياء المثلية والقيمية^(٣) ما يصل إلى النتيجة المذكورة، حيث جعل المنظم الأشياء المثلية: «هي ما تتماثل آحادها أو تتقارب بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء بلا فرق يُعتد به عرفاً»، وهذا متحقق في النقود المعاصرة؛ فبعضها يقوم مقام البعض بلا فرق، ولا معنى حينئذ للإفراز.

(١) بحث: تجارة الذهب للمرزوقي ١٦٥ / ٩.

(٢) بحث: تجارة الذهب للمرزوقي ١٦٩ / ٩.

(٣) كما جاء في المادة الحادية والعشرين.

وخلاصة الأمر أنّ من أجاز التعيين دون القبض في مجلس العقد، فقد أبقى بيع الدين بالدين على عمومته المحرّم في هذه الصور، ولم يُخالف الإجماع المنعقد، وإنّما جعل الثمن عيناً لا ديناً، والإشكال يبقى مع كون الثمن نقوداً معاصرة، وهي لا تقبل التعيين، فيكون منتج البيع بإحالة الشحن غير ممكن فيه الدفع عند التسليم ولو عينها المشتري.

ثالثاً: هل التأخر من أجل حمل السلعة يُخرج تأخير قبض المثلث من بيع الدين بالدين عند تأجيل الثمن؟

نجد أنّ المالكية رَحِمَهُمُ اللهُ ينصّون على أحكام تأخير قبض البدلين حيث يجعلون فسخ الدين في الدين أعلى من ابتداء الدين في الدين، والسّلم من النوع الثاني، ويقولون في الأول: «ولا يجوز فيهما التأخير إلى مثل ذهابه إلى البيت، وأما أن يفارقه ثم يطلبه فلا يجوز إلا قدر ما لا يمكن القبض إلا به، فإن كان يسيراً فبقدر ما يأتي بمن يحمله. فإن كان طعاماً كثيراً جاز مع اتصال العمل ولو شهراً»^(١)، وعند التحقيق نجدهم قد اشترطوا في ذلك حضوره -أي: حضور المثلث عند البائع-، حيث جاء عندهم: «إلا ما كان يسيراً بقدر ما يأتي بمن يحمله فإن كان طعاماً كثيراً جاز أيضاً مع اتصال العمل لو شهراً. قاله أشهب. قال: وهذا إذا كان ما يأخذه منه حاضراً أو في حكمه كمنزله أو حانوته لا ما كان غائباً فيمنع»^(٢)، والأقرب أنهم اعتبروه

(١) التوضيح لخليل ٥/ ٣٤٠.

(٢) شرح الزرقاني ٥/ ٣٠٦.

تعييناً للمثمن حال حضوره مع حاجة التأخير للعمل بنقله، وهذا ما لا يتصور وقوعه في منتج إحالة الشحن - والله أعلم -.

رابعاً: هل بيع دائم العمل وبيعة المدينة مستثناة من بيع الدين بالدين، وهل تدخل صورة منتج البيع بإحالة الثمن فيهما؟

وصورة بيع دائم العمل التي يبيعها أهل المدينة عند المالكية، أن الناس كانوا يتبايعون اللحم بسعر معلوم يؤخذ كل يوم شيء معلوم ويشرع في الأخذ ويتأخر الثمن إلى العطاء، وأباحوا فيها تأخير قبض جميع الثمن بشرطين إضافيين: أن يكون أصله عند البائع، وأن يشرع في قبض أوله؛ بناء على قاعدة أن قبض الأوائل قبض للأواخر، وقيل يجوز تأخير الشروع في القبض^(١).

فالمالكية يخرجونها من ابتداء الدين بالدين بالشروط المذكورة، فيقول أشهب رَحِمَهُ اللهُ: «إنما الدين بالدين ما لم يشرع في قبض شيء منه»^(٢). وتكييفها أنها مستثناة من السلم الحال عندهم، وهم يجعلونها بيعاً لا سلماً، ومأخذ إباحتها عندهم أنهم جعلوا المثمن معيناً؛ فدائم العمل لا يفتر غالباً أو حكماً، ككون البائع من أهل حرفة ذلك الشيء ليسره عنده، فيشبه تعيين المعقود عليه حكماً في الصورتين^(٣).

(١) يُنظر: مواهب الجليل للحطاب ٤/ ٥٣٨، منح الجليل لعليش ٥/ ٣٨٤.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٣/ ١٧٥.

(٣) لوامع الدرر للشنقيطي ٩/ ١٥٤.

وعند التحقيق فمنتجات البيع بإحالة الشحن إن سُلمَّ أن بائع التجزئة يُخْرَج على دائم العمل، فإنَّ الشُّرُوط التي نصَّ عليها المالكية لا تنطبق على هذه الصُّورة، فلا يتحقَّق التعيين؛ لغيابها لا حضورها حال العقد، وعدم انطباق الشرط الآخر كذلك - والله أعلم -.

وبناء على ما سبق فما ذُكر من تخريجٍ فقهيٍّ لإباحة هذا المنتج مع الدفع عند التسليم؛ فيه مخالفة ظاهرة لتقييدات الفقهاء في هذه التخريجات الفقهية التي لا تستقيم مع صورة منتجات إحالة الشحن؛ لوجود فارق بينها. ومع الفارق إذن فلا تخرج - والله أعلم - من نهي بيع الكالئ بالكالئ، ولا يبقى من هذه التخريجات التي يُمكن إجازة الدَّفْع عند التسليم في منتجات إحالة الدفع إلا ما يتعلَّق بتعيين الثمن! وقد ذُكر سابقاً الإشكالات عليه مع طبيعة النقود المعاصرة.

وختاماً، فلا تخرج منتجات إحالة الشحن في حال الدفع عند التسليم عن بيع الدَّين بالدَّين - والله أعلم -، ويمكن تكييف العقد بغير البيوع الموصوفة في الذِّمة - وهو خارج محلِّ البحث -، وذلك بتصحيح العقد بجعل بائع التجزئة وكَيْلاً عن المشتري أو عن بائع الجملة، أو إمضاء العقد بصيغة الوعد غير الملزم، وهو محلُّ دراسة وبحث؛ للوصول للتعاقد بهذه النماذج مع الدفع عند التسليم.

الخاتمة

في خاتمة هذه الرحلة العلمية الفقهية؛ خلصت إلى نتائج فقهية نظرية مربوطة بالنموذج التطبيقي، فالبيوع الموصوفة إما أن تكون بيع عين؛ فيشترط لها الملك للبائع، وأجاز الجمهور بيع العين الغائبة بالصفة خلافاً للشافعية إن كانت من غير رؤية سابقة.

وإما أن تكون بيع دين في الذمة؛ وهذا المبيع الموصوف لا يجب أن يكون مملوكاً للبائع، بل ويصح أن يكون معدوماً إن كان مؤجلاً، وذكرنا الرأي المختار في إباحة السلم الحال كما السلم المؤجل. ثم أبنا عن كلام الفقهاء في البيوع الموصوفة في الذمة بلفظ البيع، ومسالك فقهاء المذاهب الأربعة في ذلك، مع بيان أثر الحلول والتأجيل فيها؛ فالشافعية اعتبروا اللفظ حال تأجيل المثمن وحلوله، والحنابلة اقتصروا على اعتبار اللفظ حال الحلول، وجعلوه سلماً حال التأجيل.

وجاء بيان موقف المنظم السعودي من البيوع الموصوفة؛ فقد ذكر إباحة بيع العين الغائبة، ولم يجعل البيوع الموصوفة في الذمة من العقود المسماة في نظام المعاملات المدنية، لكن يفهم منه إباحتها مؤجلة وحالة.

ثم كانت الدراسة التطبيقية لمنتج إحالة الشحن وعلاقته بالبيوع الموصوفة، وذلك ببيان تكييفه بكونه من البيوع الموصوفة في الذمة لا المعينة؛ لعدم ملك البائع للسلعة.

ثم بيان أثر تأجيل المثلثن فيكون متردداً بين البيوع الموصوفة المؤجلة - سواء كان سلماً أو بيعاً إن كان بلفظ البيع -، والبيوع الموصوفة الحالة - سواء كان سلماً أو بيعاً إن كان بلفظ البيع -، وبيان تكييف كل منها تكييفاً فقهياً.

ثم كان البحث في أثر تأجيل المثلثن؛ لكون المثلثن ديناً على كل حال - سواء كان حالاً أو مؤجلاً؛ لأنه ليس بيع معيّن -، وبيان ما لو تأجل البدلان فيكون من بيع الدين بالدين المؤجل، وجاء البحث بهدف الإجابة على سؤال: هل ثمة استثناءات للمسألة تتيح تأجيل المثلثن؛ لكون نموذج البيع بإحالة الشحن يُتيح الدفع عند التسليم، وذكرنا أن هذا الإشكال مُتحققٌ، ويلزم في هذا النموذج - ما لم يصحح العقد بغير البيوع الموصوفة - أن يُقبض المثلثن في مجلس العقد، ولا يُتاح فيه الدفع عند التسليم؛ لأنّ النقود المعاصرة لا تقبل التعيين - وهو ما يؤيده رأي المنظم السعودي -، ولا ينطبق على صورة البيع بإحالة الشحن بيع دائم العمل، ولا ما استثناه بعض الفقهاء من تأخير قبض المثلثن لحمله للمشتري، فوجود الفارق بين منتج البيع بإحالة الشحن والصور التي استثناه الفقهاء لزم قبض المثلثن في مجلس العقد، وعليه فامتنع الدفع عند التسليم - والله أعلم -.

وخاتمة الأمر فإني أوصي منصات البيع بإحالة الشحن أن يعينوا باعة التجزئة المتعاقدين معهم على تجاوز الإشكالات الشرعية إجرائياً وتقنياً. وأوصي الباحثين الفقهاء بدراسة مسائل الدفع عند التسليم دراسة نظرية تطبيقية، مع متابعة جديد نماذج البيع الإلكتروني، وربطها بالدراسات

التأصيلية الفقهية، ومن أمثلة ذلك: دراسة منتج البيع بإحالة الشحن دراسة تبحث في إمكانية تصحيح العقد حال الدفع عند التسليم بغير التكيف بالبيوع الموصوفة، وذلك كالوكالة عن المشتري أو البائع، أو الوعد غير الملزم، والتحقق من مدى انطباق أحكام الوكالة أو الوعد في إجراءات البيع والتوريد.



ثبت لأهم المصادر والمراجع

١. الإجماع، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: فؤاد عبد المنعم، دار المسلم، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.
٢. اختلاف الأئمة العلماء، يحيى بن هبيرة، تحقيق: السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
٣. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي.
٤. الأشباه والنظائر، عبد الوهاب بن علي السبكي، تحقيق: عادل عبد الموجود - علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
٥. الإشراف على نكت مسائل الخلاف، القاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
٦. أصول السرخسي، محمد بن أحمد السرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة، بيروت.
٧. إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، عثمان بن محمد البكري، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
٨. إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، تحقيق: مشهور آل سلمان، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
٩. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موسى الحجاوي، تحقيق: عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة، بيروت.
١٠. الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
١١. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرداوي، تحقيق: عبد الله التركي - عبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

- ١٢ . البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم المصري، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
- ١٣ . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبو بكر بن مسعود الكاساني، الطبعة الأولى، ١٣٢٧هـ - ١٣٢٨هـ.
- ١٤ . البناية شرح الهداية، بدر الدين العيني، تحقيق: أيمن شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
- ١٥ . بيع التقييط: تحليل فقهي واقتصادي، رفيق المصري، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ١٨٥ / ٦ - ٢٣٤.
- ١٦ . البيع المقترن بشحن البضاعة عبر المورد، خالد السيارى، بحث في مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد ٩٠، سبتمبر ٢٠٢٢م، ص ١١٤ - ١٢٨.
- ١٧ . البيع على الصفة للعين الغائبة وما يثبت في الذمة، العياشي فداد، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
- ١٨ . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٤هـ.
- ١٩ . تجارة الذهب في أهم صورها وأحكامها، صالح المرزوقي، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ٦٨ / ٩ - ١٨٢.
- ٢٠ . تحرير ألفاظ التنبيه، يحيى بن شرف النووي، تحقيق: عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.
- ٢١ . تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ.



٢٢. تصحيح الفروع، علي بن سليمان المرادوي، تحقيق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت- دار المؤيد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ.
٢٣. التعريفات الفقهية، محمد عميم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ.
٢٤. التعريفات، علي بن محمد الجرجاني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣ هـ.
٢٥. التنبيه في الفقه الشافعي، إبراهيم الفيروزآبادي الشيرازي، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣ هـ.
٢٦. التنبهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلط، القاضي عياض، تحقيق: محمد الوثيق - عبد النعيم حميتي، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٢ هـ.
٢٧. تهذيب الأسماء واللغات، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الكتب العلمية، بيروت.
٢٨. تهذيب اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهر، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١ م.
٢٩. الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني - إبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤ هـ.
٣٠. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، علي بن أحمد العدوي، تحقيق: يوسف البقاعي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤ هـ.
٣١. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، علي بن محمد المعروف بالماوردي، تحقيق: علي معوض - عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ.

٣٢. الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقى، يوسف بن حسن بن عبد الهادي ابن المبرد، تحقيق: رضوان مختار، دار المجتمع، جدة، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
٣٣. روضة الطالبين وعمدة المفتين، يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.
٣٤. زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن قيم الجوزية، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة السابعة والعشرون، ١٤١٥هـ.
٣٥. شرح السنة، الحسين بن مسعود بن الفراء البغوي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق-بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
٣٦. الشرح الصغير، الشيخ الدردير، مطبوع مع حاشية الصاوي، دار المعارف.
٣٧. الشرح الكبير، عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن قدامة، تحقيق: عبد الله التركي - عبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
٣٨. طلبة الطلبة، عمر بن محمد النسفي، المطبعة العامرة-مكتبة المثني، بغداد، ١٣١١هـ.
٣٩. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ.
٤٠. فتح القدير على الهداية، كمال الدين ابن الهمام الحنفي، مطبعة مصفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٨٩هـ.
٤١. الفروق، أحمد بن إدريس المالكي المعروف بالقرافي، عالم الكتب.
٤٢. فصول الأحكام، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق: الباتول بن علي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ١٤١٠هـ.



- ٤٣ . الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم النفراوي، دار الفكر، ١٤١٥هـ.
- ٤٤ . القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ.
- ٤٥ . كشف القناع عن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق ونشر: وزارة العدل السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-١٤٢٩هـ.
- ٤٦ . كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، عبد العزيز بن أحمد البخاري، وبهامشه أصول البزدوي، شركة الصحافة العثمانية، إسطنبول، الطبعة الأولى، ١٣٠٨هـ.
- ٤٧ . لسان العرب، محمد بن مكرم ابن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
- ٤٨ . لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، تحقيق ونشر: دار الرضوان، نواكشوط، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ.
- ٤٩ . المبسوط، محمد بن أحمد السرخسي، مطبعة السعادة، مصر.
- ٥٠ . متن أبي شجاع المسمى الغاية والتقريب، أحمد بن الحسين بن أحمد أبو شجاع، عالم الكتب.
- ٥١ . مجموع الفتاوى، أحمد بن تيمية الحراني، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، ١٤٢٥هـ.
- ٥٢ . المجموع شرح المهذب، يحيى بن شرف النووي، إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة، ١٣٤٤هـ.
- ٥٣ . مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠هـ.

- ٥٤ . مختصر خلافيات البيهقي، أحمد بن فرح اللّخمي الإشيلي، تحقيق: ذياب عبد الكريم، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
- ٥٥ . المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت.
- ٥٦ . المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة.
- ٥٧ . المغرب في ترتيب المعرب، ناصر بن عبد السيد المطرزي، دار الكتاب العربي.
- ٥٨ . مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن محمد الشرييني، تحقيق: علي معوض - عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
- ٥٩ . المغني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله التركي - عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ.
- ٦٠ . مقاييس اللغة، أحمد بن فارس القزويني الرازي، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ.
- ٦١ . المقدمات الممهّدات، محمد بن أحمد بن رشد، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.
- ٦٢ . مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، علي الرجراجي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
- ٦٣ . منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد عيش، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ.
- ٦٤ . مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.



- ٦٥ . نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله الجويني، تحقيق: عبد العظيم الديب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨ هـ.
- ٦٦ . النهاية في غريب الحديث والأثر، المبارك بن محمد الشيباني الجزري ابن الأثير، تحقيق: طاهر الزاوي - محمود الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩ هـ.

منصات إلكترونية:

- ٦٧ . منصة زد: <https://zid.sa>
- ٦٨ . منصة سلة: <https://salla.com>
- ٦٩ . منصة شوبيفاي: <https://www.shopify.com>
- ٧٠ . منصة مخازن: <https://m5azn.com/ar>



التبرع الممنوع شرعًا

قواعد وتطبيقات

مقارنة مع الأنظمة المرعية والمبادئ والقرارات
القضائية في المملكة العربية السعودية

د. عبد العزيز بن سليمان بن فهد العيسى

الأستاذ المشارك في قسم الفقه المقارن

بالمعهد العالي للقضاء

المقدمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، أما بعد..
فإن التبرعات من أعظم القربات، الموصلة إلى رضا رب البريات، وإلى
أعالي الجنات، ولكن لا بد من انضباطها بالقواعد الشرعية، والضوابط
المرعية، لتحصل على هذه الفضائل الربانية، وإلا فإنه تكون بمخالفتها
للأدلة الشرعية، والمقاصد المرعية، من أسباب الوقوع في الحرام، ونيل
الآثام، ولهذا رغبت في جمع المسائل الفقهية المبيّنة للمحرمات من التبرعات،
وجعلتها على هيئة قواعد، إذ هي مُعينة على ضبط الأحكام، ونيل المرام،
دون عناء وطول كلام، واخترت أن يكون عنوان البحث، «التبرع الممنوع
شرعاً، قواعد وتطبيقات - مقارنة مع الأنظمة المرعية والمبادئ والقرارات
القضائية في المملكة العربية السعودية».

أهمية الموضوع:

وتتلخص أهمية الموضوع وأسباب اختياره بما يأتي:

- ١- أهمية البحث في عقود التبرعات، لعظم أثرها على الفرد والمجتمع.
- ٢- أن الأصل في عقود التبرعات الاستحباب، وهذا قد يوهم الاطراد
في جميع المسائل؛ لذا ينبغي التنبيه على ما خرج عن هذا الأصل.
- ٣- وجود جملة من المسائل ذكر العلماء تحريم التبرع فيها، وهي بحاجة
إلى جمع وتقعيد.

٤- أن الإخلال بهذه المستثنيات الشرعية من الاستحباب في التبرعات، يفضي إلى ضد المقصود من شرعية عقود التبرعات، في الدنيا والآخرة.

٥- وقوع كثير من الناس في الخطأ في هذا الباب بسبب ظنهم أن التبرع سائغ مطلقاً، بناء على الأصل، مما يستدعي جمع ما يحرم من عقود التبرعات، وبيانها للناس.

الدراسات السابقة:

لم أقف على دراسة خاصة في هذا الموضوع، ومسائله متفرقة في أبواب الوقف والوصية والهبة والصدقة، فتحتاج إلى جمع وتقييد واستدلال؛ لتيسر ضبطها؛ لأنها على خلاف الأصل الذي هو الاستحباب في التبرعات.

منهج البحث:

سلكت في هذا البحث منهج الاستقراء للفروع ثم صياغتها على هيئة قواعد، ثم دراسة هذه القواعد فقهياً، وبيان أدلتها، ثم ذكر تطبيقاتها. فهو منهج استقرائي تحليلي.

خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة، وتمهيد، وسبعة مباحث، وخاتمة:

المقدمة:

وتشتمل على حمد الله والصلاة على رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وبيان عنوان الموضوع، وأهميته وأسباب اختياره، ومنهج البحث وخطته.

تمهيد: التعريف بمفردات البحث:

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بمفردات البحث لغة.

المطلب الثاني: التعريف بمفردات البحث اصطلاحاً.

المطلب الثالث: المقصود بالتبرعات الممنوعة شرعاً.

المبحث الأول: كل تبرع بما فوق الثلث في مرض الموت، فإنه غير جائز، ويحرم تنفيذه إلا بإذن الورثة.

المبحث الثاني: كل تبرع في مرض الموت للورثة بغير المقدار الشرعي فإنه غير جائز ويحرم تنفيذه إلا بإذن الورثة.

المبحث الثالث: كل تبرع تضمن ترك العدل بين الأولاد فإنه محرم.

المبحث الرابع: كل تبرع تضمن ترك العدل بين الزوجات فهو محرم.

المبحث الخامس: كل تبرع في معصية أو إعانة عليها فهو محرم ولا يصح.

المبحث السادس: كل تبرع أفضى إلى ترك واجب كالنفقة فهو محرم.

المبحث السابع: كل تبرع من مدينٍ مطالبٍ بدينه يضر بغير مائه فهو محرم

ولا يصح.

الخاتمة: وفيها النتائج.

فهرس المصادر والمراجع.



تمهيد

التعريف بمفردات البحث

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بمفردات البحث لغة:

التبرع لغة:

أصله من برع، «الباء والراء والعين أصلان أحدهما: التطوع بالشيء من غير وجوب، والآخر: التبريز والفضل، قال الخليل: تقول: برعَ يبرعُ برُوعاً وبراعةً، وهو يتبرع من قبل نفسه بالعطاء... وتقول: وهبت للإنسان شيئاً تبرعاً إذا لم يطلب»^(١)، وتبرع بالعطاء: تفضل بما لا يجب عليه، وفعله متبرعاً: متطوعاً^(٢)، وتبرع بالأمر: فعله غير طالب عوضاً^(٣).

وعليه فالتبرع في اللغة: يشمل التفضل بما لا يجب، وبذل الشيء ابتداء

من غير طلب، وبذل الشيء بدون طلب العوض.

(١) مقاييس اللغة مادة (برع)، ١٠٥.

(٢) القاموس المحيط، مادة (برع)، ٧٠٣.

(٣) انظر: مادة (برع)، المصباح المنير، ٤٧، المعجم الوسيط ٥٠.

المنع لغة:

«الميم والنون والعين، أصلٌ واحدٌ، وهو خلاف الإِطاء»^(١)، ومنعت الرجل عن الشيء فامتنع منه^(٢).

ويطلق في الاصطلاح على المحرم.

والمحرم لغة:

أصله من حَرُم، «الحاء والراء والميم أصلٌ واحد، وهو المنع والتشديد، والحرام ضد الحلال»^(٣)، والمحارم: ما حرّم الله، والحُرمة: ما لا يحل انتهاكه، وحرّم الشيء: جعله حراماً، والحرمان: مكة والمدينة، سُمّيا بذلك؛ لحرمتها، وأنه حرّم أن يُحدث فيهما، أو يُؤوى محدث^(٤).

شرعاً:

«الشين والراء والعين أصلٌ واحدٌ، وهو شيء يُفتح في امتداد يكون فيه، من ذلك الشريعة: وهي مورد الشاربة الماء. واشتق من ذلك الشريعة في الدين، والشريعة...»^(٥).

(١) مقاييس اللغة، مادة (منع) ٩٣١.

(٢) انظر: الصحاح ١٠٠٥، القاموس المحيط ٧٦٤.

(٣) مقاييس اللغة (حرم)، ٢٣٨.

(٤) انظر: الصحاح (حرم) ٢٢٧، القاموس المحيط (حرم) ١٩٠٢.

(٥) مقاييس اللغة مادة (شرع) ٥٣٥. وانظر: الصحاح ٥٤٣، المصباح المنير ٢٥٤.

القواعد لغة:

جمع قاعدة، والقاعدة الأساس، وقواعد البيت أساسه، واحده قاعدة، قال تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ [سورة البقرة: ١٢٧]. فالقاعدة هي الأساس الحسي والمعنوي، فتشمل الضابط أو الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئيات مثل: «كل أذن ولود، وكل صموخ يُّوض»^(١).

تطبيقات:

«الطاء والباء والقاف، أصلٌ صحيح واحد، وهو يدل على وضع شيء مبسوط على مثله حتى يغطيه، من ذلك الطَّبَق، تقول: أطبقت الشيء على الشيء فالأول طَبَّقٌ للثاني، وقد تطابقا، ومن هذا قولهم: أطبق الناس على كذا، كأن أقوالهم تساوت حتى لو صيِّرَ طَبَقًا للآخر لصلح... وقولهم: طَبَّقَ الحق إذا أصابه من هذا، ومعناه وافقه...»^(٢).

«والتطبيق: إخضاع المسائل والقضايا لقاعدة علمية أو قانونية أو نحوها»^(٣).

- (١) انظر: الصحاح (قعد) ٨٧٢، المصباح المنير (قعد) ٤١٦، المعجم الوسيط (قعد) ٧٤٨.
- (٢) مقاييس اللغة (طبق)، ٦٠٧. وانظر: القاموس المحيط (طبق)، ٩٠٢.
- (٣) المعجم الوسيط (طبق) ٥٥٠، وذكروا أن هذا اللفظ مؤلّد، وهو اللفظ الذي استعمله الناس قديماً بعد عصر الرواية.

المطلب الثاني: التعريف بمفردات البحث اصطلاحاً:

التبرع في الاصطلاح:

أكثر الفقهاء المتقدمين لا يذكرون تعريفاً للتبرع، وإنما يذكرون أنواع التبرعات المالية، ويعرفون كل نوع منها ما يضبطه ويميزه عن غيره^(١)، ومع ذلك فقد أشار غير واحد من المتقدمين إلى تعريفه كبرهان الدين ابن مفلح بقوله: «التبرع: عبارة عن إزالة ملكه فيما ليس بواجب بغير عوض»^(٢).

أما المعاصرون فقد ذكر جماعة منهم تعريفات للتبرع، ومنها ما جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية^(٣) بأن التبرع هو: بذل المكلف مالاً أو منفعة غيره في الحال والمآل بلا عوض بقصد البر والمعروف غالباً.

وقيل بأنه: بذل المال من أحد العاقدين مجاناً، سواء أكان البذل تمليك عين أم منفعة، أم حق، وسواء أكان مؤبداً أم مؤقتاً^(٤).

وهذه التعاريف متقاربة في الجملة، ولعل القول بأن التبرع هو: بذل الشيء بلا عوض هو الأقرب الذي يحصل به المقصود من معرفة ما يندرج في التبرع من العقود، مع الاختصار.

وذلك؛ لأن الشيء يشمل المال والمنفعة، فيكتفى به عن التفصيل.

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (تبرع)، ٦٥ / ١٠.

(٢) المبدع ٢٣٠ / ١٢. وانظر: كشاف القناع ١٨٠ / ١٠.

(٣) ٦٥ / ١٠. وذكر هذا التعريف الدكتور نزيه حماد في كتابه معجم المصطلحات الاقتصادية ١٢٧.

(٤) انظر: أساسيات المعاملات المالية والمصرفية الإسلامية ٧٥.

وللخروج من إشكالية قيد المكلف المذكور في تعريف الموسوعة الفقهية الكويتية، فبعض الفقهاء يصححون بعض التبرعات من غير المكلف كالوصية من المميز.

أما قصد البر والمعروف فهو يبين الغاية الأساسية من التبرع ولا يدخل في حقيقته، ولأنه قد يكون السبب في بعض التبرعات هو المحبة دون قصد البر، ولا يخرجها ذلك عن كونها تبرعاً.

الممنوع:

يطلق في الاصطلاح على المحرم، وقد ذكر العلماء أقوالاً كثيرة في تعريف المحرم وكل قول منها لا يخلو من اعتراض، ولعل أقربها أن يقال بأن المحرم هو: ما ذُمَّ فاعله شرعاً^(١).

ويطلق على: ما يلزم من وجوده عدم الحكم، ولا يلزم من عدمه وجود الحكم^(٢)، فما ورد فيه المانع الشرعي فهو ممنوع منه، ويجرم تنفيذه لوجود المانع.

(١) انظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ١/١٥٣، نفائس الأصول ١/٨٢، شرح مختصر الروضة ١/٣٥٩، شرح الكوكب المنير ١/٣٧٦، القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين ٢٧٦.

(٢) انظر: الإحكام ١/١٧٣، روضة الناظر ١/١٠٦، القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين ٢٥٦.

شرعاً:

أي الممنوع بدليل دل عليه الشرع، والشريعة: ما شرع الله لعبادة من الدين، أي الطريق في الدين، أو ما أظهره الله لعباده من الأحكام^(١).

القاعدة اصطلاحاً:

هي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها^(٢).

وعند إرادة تخصيصها بالفقه نضيف قيد (فقهية) فنقول: قضية كلية فقهية منطبقة على جميع جزئياتها^(٣)، أو يُقال: قضية كلية فقهية، جزئياتها قضايا فقهية كلية. ولعله الأقرب، وذلك للخروج من إشكالية اشتباه القاعدة الفقهية بالقاعدة القانونية أو الأحكام الفقهية الجزئية التي يراد من عمومها شمولها لكل من حصل منه مقتضاها، نحو من أتلف مال غيره فعليه الضمان، لشمولها لكل فرد حصل منه ذلك، بينما الفقهاء لا يعدون أمثال هذا من القواعد، بل هي أعم من ذلك فالقاعدة تشتمل على قضايا فقهية كلية، كل قضية منها عامّة^(٤).

(١) انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ٤٧٤، التعريفات للجرجاني ١٣٠. معجم لغة الفقهاء ٢٣١.

(٢) انظر: التعريفات للجرجاني ١٧٢، المصباح المنير ٤١٦، الكليات للكفوي ٥٩٦.

(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١ / ٢٢، القواعد الفقهية للباحسين ٣٩، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية ١ / ٢٢٨.

(٤) انظر: القواعد الفقهية للباحسين ٥٤.

وهذا أحد الاتجاهين في القاعدة، وهي أنها كليّة. وهناك اتجاه آخر يرى أن القواعد الفقهية أغلبية؛ لوجود الاستثناءات على أكثر القواعد، ويُجاب عن هذا بعدة أوجه^(١):

الوجه الأول: أن الأمر الكلي إذا ثبت فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضاه لا يخرجها عن كونه كلياً.

الوجه الثاني: أن الغالب الأكثرى معتبر في الشريعة اعتبار الكلي القطعي.

الوجه الثالث: أن الجزئيات والمستثنيات المتخلفة لا ينتظم منها كلي يعارض القاعدة الثابتة.

الوجه الرابع: أن تخلف بعض الجزئيات هو في حقيقة الأمر لاختلال بعض شروط القاعدة فيها، فهي تندرج في القاعدة ظاهراً ولكن عند التمحيص يتبين عدم ذلك.

التطبيقات للقواعد الفقهية في الاصطلاح: المراد بها ما يندرج تحت هذه القواعد من فروع وجزئيات فالتطبيق للقواعد الفقهية في الاصطلاح: «إخضاع المسائل والقضايا لقاعدة علمية أو قانونية أو نحوها»^(٢).

أو يقال: هو ذكر المسائل الجزئية المندرجة تحت القواعد الفقهية.

(١) انظر: الموافقات ٢/ ٨٣، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١/ ٢٢، القواعد الفقهية للباحسين ٣٥، الممتع في القواعد الفقهية ١٨.

(٢) المعجم الوسيط (طبق) ٥٥٠.

وهو ما يُعبّر عنه أحياناً بفروع القاعدة، أو أمثلة القاعدة.

المطلب الثالث: المقصود بالتبرع الممنوع:

المقصود بالتبرع الممنوع في هذا البحث: هو ما ورد الدليل الشرعي على تحريمه أو المنع من تنفيذه مع تحقق كمال الأهلية في المتبرّع، والإباحة بالمتبرّع به.

فالمراد بالبحث هنا: ذكر القواعد الضابطة للتبرعات المحرمة، والتبرعات غير النافذة التي يحرم تنفيذها مع كمال أهلية المتبرّع، والإباحة في المتبرّع به، فتكون القاعدة شاملة لجميع التبرعات، ولا تختص بنوع منها، مع دراسة هذه القواعد، وذكر بعض تطبيقاتها.

المبحث الأول

كل تبرع بما فوق الثلث في مرض الموت فإنه غير جائز، ويحرم تنفيذه إلا بإذن الورثة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى القاعدة:

تبين القاعدة حكم التبرعات في مرض الموت، وقد اختلفت عبارات العلماء في ضبطه، ومنهم من أكثر من ضرب الأمثلة في ذلك، ولا يخفى أن ما يكون مرضاً مخوفاً في زمن قد لا يكون كذلك في زمن آخر؛ لتطور الطب، ولعل من أفضل الضوابط في مرض الموت هو ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية بقوله: «ليس معنى المرض المخوف الذي يغلب على الظن الموت منه، أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت... وإنما الغرض أن يكون سبباً صالحاً للموت، فيضاف إليه، ويجوز عند حدوثه»^(١).

وبهذا يحصل ضبط المراد في مرض الموت، أو المرض المخوف، وقد تقرر عند الفقهاء أنه لا بد من شرطين لترتب أحكام مرض الموت عليه، وهما:

الأول: أن يتصل به الموت. الثاني: أن يكون المرض مخوفاً^(٢).

(١) الفتاوى الكبرى ٥/ ٤٤٠، المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ١١٥.

(٢) انظر: مجمع الأنهر ٢/ ٦٩٦، شرح الخرشي ٥/ ٣٠٤، روضة الطالبين ٦/ ١٣٠، المغني ٦/ ٨٤.

فتفيد القاعدة أن التبرعات من وقف أو هبة أو وصية أو صدقة في مثل هذا المرض غير جائزة بما فوق الثلث، ويحرم أن تنفذ حتى يقبل الورثة بذلك، أو يقبل بعضهم فينفذ في نصيبه فقط.

المطلب الثاني: دراسة القاعدة وبيان أدلتها:

حكى غير واحد من أهل العلم الاتفاق على عدم جواز الوصية بما فوق الثلث، وأنه يجرم تنفيذها إلا بإذن الورثة، ومن أقوالهم في ذلك:

قول الشافعي: «لم أعلمهم اختلفوا في أنه جائز لكل موصٍ أن يستكمل الثلث قل ما ترك أو أكثر، وليس بجائز له أن يجاوزه»^(١).

وقال ابن حزم: «اتفقوا أنه لا يجوز لمن ترك ورثة أو وارثاً أن يوصي بأكثر من ثلث ماله لا في صحته ولا في مرضه»^(٢).

وقال ابن عبد البر: «أجمع علماء المسلمين أنه لا يجوز لأحد أن يوصي بأكثر من ثلث ماله إذا ترك ورثة من بنين أو عصبه»^(٣).

أما ما عدا الوصية من التبرعات فقد حُكي الإجماع في عدم جوازها بما فوق الثلث وحرمة تنفيذها إلا بإذن الورثة، وأنها في حكم الوصية في هذا الأمر، حكى الاتفاق على هذا طائفة من أهل العلم، قال ابن المنذر: «أجمع

(١) الأم ٤/١٠٦.

(٢) مراتب الإجماع ١٩٢.

(٣) التمهيد ٤٩/١٩.

كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الهبات في المرض الذي يموت فيه الواهب: حكم الوصايا، وتكون من الثلث مقبوضة»^(١).

وقال ابن عبد البر: «المرض الذي يلزم به صاحبه الفراش، ولا يقدر معه على شيء من التصرف، ويغلب على القلوب أنه يتخوف عليه منه الموت، فإذا كانت هذه حال المريض، فالعلماء مجمعون قديماً وحديثاً أنه لا يجوز أن يقضي في ماله بأكثر من الثلث»^(٢).

غير أن حكاية الإجماع محل نظر، فقد خالف بعض السلف، كطاووس وهو مذهب الظاهرية، فقالوا بجواز التبرعات غير الوصية في مرض الموت^(٣).

أدلة الأقوال:

– أدلة القول الأول:

الدليل الأول: حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ، عِنْدَ وَفَاتِكُمْ، بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ، زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ»^(٤).

(١) الإشراف على مذاهب العلماء ٧/ ٨٧.

(٢) الاستذكار ١٩/ ٧٥.

(٣) انظر: المحلى ٩/ ٣٥٧. قال ابن حزم: «وقول أبي سليمان: أن جميع أفعال المريض من رأس ماله إلا العتق».

وقد ذهب طاووس أن جميع تبرعاته من رأس المال حتى العتق. انظر: الحاوي الكبير ٨/ ٣٢٠.

(٤) أخرجه ابن ماجه في كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، رقم (٢٧٠٩). وله شواهد من حديث معاذ وأبي الدرداء وغيرهم قال ابن حجر: «وكلها ضعيفة وله طرق يقوي بعضها بعضاً»، وحسنه الألباني. انظر: بلوغ المرام رقم (٩٦٣)، إرواء الغليل رقم (١٦٤١).

وجه الاستدلال: أن المأذون به من التبرعات هو ما كان بمقدار الثلث، فدل على أن ما زاد عنه لا ينفذ إلا بإجازة المستحق للمال من بعده وهم الورثة^(١).

نوقش: بأنه لا يثبت^(٢).

أجيب من وجهين:

الوجه الأول: بأن له شواهد يتقوى بها.

الوجه الثاني: أن «هذا الحديث وإن لم يكن صحيحاً فإن معناه صحيحٌ يصدقه حديث سعد الذي اقتضى بظاهره تعليق حق الورثة بهال المريض»^(٣).

الدليل الثاني: حديث سعد بن أبي وقاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «عَادِنِي النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ مِنْ مَرَضٍ أَشْفَيْتُ مِنْهُ عَلَى الْمَوْتِ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، بَلَغَ بِي مِنَ الْوَجَعِ مَا تَرَى، وَأَنَا ذُو مَالٍ، وَلَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَةٌ لِي وَاحِدَةٌ، أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلْثِي مَالِي؟ قَالَ: «لَا»، قَالَ: فَأَتَصَدَّقُ بِشَطْرِهِ؟ قَالَ:

(١) انظر: الشرح الكبير ١٧/ ١٢٣.

(٢) ضعف جميع الأخبار الواردة في الباب ابن حزم في المحلى ٨/ ٣٠٢، وضعف بعض العلماء بعض أسانيدنا منهم: ابن كثير وابن الملقن والهيثمي. انظر: إرشاد الفقيه ٢/ ٢٣٩، تحفة المحتاج ٢/ ٢١١، مجمع الزوائد ٤/ ٢١٥.

(٣) القبس شرح الموطأ ١٩/ ٤٣.

«الثُّلُثُ يَا سَعْدُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ ذُرِّيَّتَكَ أَغْنِيَاءَ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»^(١).

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يأذن لسعد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بالتصدق بما يزيد على ثلث المال في المرض المخوف.

نوقش: بأن الحديث في الوصية، فلا يلحق به غيرها كما جاء في بعض الروايات^(٢).

أجيب: أن الحديث جاء بلفظ «أتصدق» في الصحيحين، وهو أشهر من لفظ «أوصي»^(٣).

نوقش: أن لفظ «أوصي» كذلك ثابت في الصحيحين^(٤)، وأيضاً: هي صريحة في المعنى، وأما «أتصدق» فيحتمل التنجيز والتعليق، والمخرج متحد، فيحمل على التعليق للجمع بين الروايتين^(٥).

(١) أخرجه البخاري في كتاب مناقب الأنصار، باب قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اللهم أمض لأصحابي هجرتهم» رقم: ٣٩٣٦، ومسلم في كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، رقم: ١٦٢٨.

(٢) انظر: المحلى ٨ / ٣٠٣، التمهيد ١٩ / ٤٧.

(٣) سبق تخريج الحديث ولفظه في الصحيحين «أتصدق».

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس، رقم: ٢٧٤٢، ومسلم في كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، رقم (١٦٢٨).

(٥) انظر: فتح الباري ٥ / ٤٤٨.

يُجاب: أنه لو سُلمَ بذلك: فإنه لا تنافي بين لفظ الوصية والصدقة؛ لأن التبرع في مرض الموت في حكم الوصية، بجامع كونها من بذل المال بلا معاوضة.

الدليل الثالث: حديث عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرَهُمْ، فَدَعَا بِهِمْ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَجَزَّأَهُمْ أَثْلَاثًا، ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً، وَقَالَ لَهُ قَوْلًا شَدِيدًا»^(١).

وجه الاستدلال: أن الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يحكم بنفاذ ما يزيد عن الثلث في العتق عند الموت، وهو من أجل التبرعات بل يختص بقوة السراية، كذلك بقية التبرعات في مرض الموت من باب أولى يحرم تنفيذها إلا بمقدار الثلث من التركة، أو إجازة الورثة^(٢).

نوقش: بأنه يحمل على الوصية لا على التبرعات المنجزة، فقد جاء في بعض الروايات «أوصى» ولا خلاف أنها من الصحيح والمريض سواء لا تجوز إلا بالثلث^(٣).

يُجاب: بأنه لو كان وصية لما ألزم بتنفيذها وبإعتاق العبيد قبل وفاة الموصي؛ لأن الوصية يمكن تغييرها.

(١) أخرجه مسلم في كتاب صحبة المالك، رقم: ١٦٦٨.

(٢) انظر: الشرح الكبير ١٧/ ١٢٣.

(٣) انظر: المحلى ٨/ ٣٠٥. ورواية «أوصى» ساقها مسلم بعد الرواية الأولى رقم: ١٦٦٨.

الدليل الرابع: قياس الوقف في مرض الموت على الوصية، بجامع كونها من التبرعات، وحصول سبب الموت وهو المرض المخوف بمنزلة حضور الموت^(١).

- أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: عموم الآيات في فضل الصدقات كقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَرْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(٧٧) ولم يخص الله عز وجل صحيحاً من مريض، ... وما كان ربك نسياً^(٢).

الدليل الثاني: حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله، أي الصدقة أعظم أجراً؟ قال: «أن تصدق وأنت صحيح شحيح تخشى الفقر، وتأمل الغنى، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم، قلت لفلان كذا، ولفلان كذا وقد كان لفلان»^(٣).

(١) انظر: المغني ٨ / ٢١٥.

(٢) انظر: المحلى ٩ / ٣٤٨.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب فضل صدقة الشحيح الصحيح، رقم: ١٤١٩، ومسلم في كتاب الزكاة، باب أن أفضل الصدقة صدقة الصحيح الشحيح، رقم: ١٠٣٢.

وجه الاستدلال: في الحديث بيان لتفاضل الصدقة، فدل على فضل الصدقة حال نزول الموت وصحتها، وإن كانت أقل درجة في الفضل من حال الغنى والصحة^(١).

يُنَاقِشُ ما سبق: بأن هذه العمومات مخصوصة بأدلة الجمهور التي سبق ذكرها، فلا يستقيم الاحتجاج بها، والخاص مقدم على العام.

الدليل الثالث: «أن يقال: هل المال للمريض أم للورثة؟ فإن قالوا: بل له كما هو للصحيح، قلنا: فلم تمنعونه ماله دون أن تمنعوا الصحيح وهذا ظلم ظاهر، ولو قالوا: بل هو للورثة لقالوا الباطل؛ لأن الوارث لو أخذ منه شيئاً لقضي عليه برده، ولو وطئ أمة المريض لحد»^(٢).

يناقش: أنه مال للمريض، لكن منع من التصرف فيه بما يضر الورثة في غير ما يتعلق بمصالح المريض، والورثة أولى بالمال من غيرهم، وبأنه مقابل بأدلة الجمهور المرفوعة^(٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة في الجملة، ولكون أدلته خاصّة في المسألة، والخاص مقدم على العام.

(١) انظر: المحلى ٩ / ٣٥٤.

(٢) انظر: المحلى ٩ / ٣٥٤.

(٣) انظر: الحاوي الكبير ٨ / ٣٢٠.

ولأن التبرعات أحكامها متفقة في الجملة، إلا بدليل قوي يخص بعضها دون غيره.

وعليه فالقاعدة تكون صحيحة، فلا يجوز أن ينفذ ما فوق الثلث من التبرعات الواقعة في مرض الموت إلا بإجازة الورثة.

- وقد جاء في نظام الأحوال الشخصية^(١) في المادة (١٩٠): «تنفذ الوصية إذا لم تزيد على (ثلث) التركة، وإذا زادت الوصية على (الثلث)، فيوقف ما زاد على إجازة الورثة، وينفذ منه بقدر نصيب من أجازها منهم».

وجاء في نظام الأحوال الشخصية في المادة (١٧٢): «يأخذ كل تصرف ناقل للملكية يصدر من المريض مرض الموت حكم الوصية إذا كان تبرعاً، وإذا كان معاوضة فيها محاباة فيأخذ قدر المحاباة حكم الوصية».

وجاء في المبدأ القضائي رقم (٤٠٧)^(٢): «المصادقة على حكم تضمن أنه لا يصح وقف المدين في مرض الموت إلا في ثلث التركة بعد سداد ما عليه من ديون».

وجاء أيضاً في المبدأ القضائي رقم (٥٢٤)^(٣): «الوقف إذا علقه الواقف بموته فهو صحيح، وحكمه حكم الوصية».

(١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٧٣/٢) وتاريخ ٦/٨/١٤٤٣هـ.

(٢) المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا، والهيئة الدائمة والعامّة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا ١٤٧.

(٣) المرجع السابق ١٧٥.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة:

للقاعدة تطبيقات كثيرة ومنها: ما جاء في فتاوى العلامة محمد بن إبراهيم آل الشيخ^(١): «من محمد بن إبراهيم إلى... بخصوص ذكرك أن رجلاً أوقف له داراً يملكها على إخوانه وأولاد إخوانه، وله ذرية: ابن وثلاث بنات، علماً أنه أوقف وقفه هذا وهو مريض مرض الموت، وتسالون هل ينفذ الوقف مع ما فيه من حرمان الذرية منه؟»

الجواب: الحمد لله، إذا كان توقيفه وقفه هذا في مرض مخوف فلا ينفذ إلا مقدار الثلث، أما إن كان غير مخوف فينفذ وقفه».

وجاء في فتاويه أيضاً في جواب لمن سأله عن وصية والده وهو مريض بمرض السرطان^(٢): «وصل إلينا كتابك الذي تستفتي به عن وصية والدك الذي أوصى وهو مريض بداء السرطان، بأن دوره الثلث وقف بعد مماته على ذريته الذكور والإناث وأولادهم من بعدهم لأبناء الظهور دون أبناء البطون، وتسال هل تنفذ الوقفية في جميع الدور أم في الثلث؟»

والجواب: إذا كان الأمر كما ذكرت فالظاهر أنه لا ينفذ إلا في الثلث، إلا إن أجازته الورثة، فإن كان في المسألة خصومة فمرجعها إلى المحكمة...».

وسئل رحمه الله: «ما قولكم - وفقكم الله - في رجل كان راكباً في سيارة فاصطدمت مع سيارة أخرى فحدث في ذلك إصابات لبعض الركاب، وفي

(١) ٢٢١/٩، وانظر: ٢٢٨/٩.

(٢) ٢٢٣/٩.

جملتهم هذا الرجل المسؤول عنه، وكان من أشدهم إصابة حتى مات بسبب إصابته في زمن قريب، وحلَّ قبل موته من تلزمه ديته من الدية، فهل تسقط الدية بتحليله أم لا؟ أفنونا - عفا الله عنكم -.

الجواب: الحمد لله لا يسقط إلا الثلث فقط، لأن هذا الإبراء المذكور عند أهل العلم بمنزلة الوصية^(١).

وجاء في مجموعة الأحكام القضائية ١٤٣٤ هـ^(٢) دعوى ملخصها أنه: «أقام بعض ورثة رجل دعوى على ناظر وقف والدهم وطالبوا بإلغاء صك الوقفية، وإعادة الأموال الموقوفة لهم ولبقية الورثة بحجة أن الوقف أتى على أكثر المال، وأن الموقف فاقد للأهلية الشرعية حال الوقف... صادق المدعى عليه على الوقف، ورفض طلب المدعين، وأنكر أن الموقف كان فاقداً للأهلية، وأثبت بشهادة الشهود والأوراق الموقعة من المدعين وغيرهم من بقية الورثة بأن الموقف كان في أهليته الشرعية حين أوقف الأوقاف المذكورة... ورجع المدعون وقرروا أن مورثهم كان في أهليته الشرعية حال الوقف». وجرى إثبات المحكمة للوقف، ففي هذا أنه لو ثبت فقدانه للأهلية لكان للمحكمة نظر آخر في هذه القضية، ولكن لما أقر الورثة بأهلية الموقف حكمت المحكمة بصحة الوقف وثبوته.

(١) فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم ٢٢٢ / ٩.

(٢) ٨٥ / ٩.

المبحث الثاني

كل تبرع في مرض الموت للورثة بغير المقدار الشرعي فإنه غير جائز، ويحرم تنفيذه إلا بإذن الورثة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة أن أي تبرع سواء كان صدقة أو وقفاً أو هبة من المريض مرض الموت يتضمن تخصيص أو تفضيل بعض الورثة على غيرهم بغير المقدار الشرعي فإنه غير جائز، ويحرم تنفيذه إلا بإذن الورثة، مع التنبيه أن الوصية لبعض الورثة لا تجوز في حال الصحّة ومن باب أولى عدم جوازها في مرض الموت.

المطلب الثاني: دراسة القاعدة وبيان أدلتها:

الوصية لا تصح لو ارث مطلقاً في مرض الموت وفي حال الصحة حكى الاتفاق على ذلك جماعة من أهل العلم منهم الإمام مالك بقوله: «السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لو ارث». قال ابن عبد البر: «وهذا كما قال مالك رَحِمَهُ اللهُ وهي سنة مجتمع عليها لم يختلف فيها العلماء إذا لم يُجزها الورثة»^(١)

(١) التمهيد ٧٩/١٩.

وحكى الإجماع على هذا غير واحد من أهل العلم^(١).

وأما الهبة فقد سبق في المبحث السابق ذكر حكاية الإجماع على أنها في حكم الوصية.

قال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الهبات في المرض الذي يموت فيه الواهب: حكم الوصايا»^(٢). وسبق ذكر خلاف الظاهرية وبعض السلف في حكم تصرفات المريض مرض الموت، ولكن ينبغي التنبيه أنها إن كانت هبة للأولاد فقد صرح ابن حزم بوجوب العدل فيها مطلقاً حتى في حال الصحة.

وأما الوقف فلما كان من أوصافه أنه ليس تملكاً محضاً خالف فيه الحنابلة في المشهور من المذهب ورأوا صحة الوقف على بعض الورثة في مرض الموت ولكن بقدر الثلث، وأما الجمهور فرأوا المنع، وألحقوه بحكم الوصية مطلقاً ولا وصية لو ارث.

وسأذكر الخلاف هنا ليتبين القول الراجح في هذه المسألة:

(١) انظر: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي ٨/ ٤١٦. فقد نسب حكاية الإجماع للشافعي وابن المنذر، وابن حزم وابن هبيرة وابن رشد والقرطبي والقرافي وابن تيمية وابن كثير، ويثبت هذا الإجماع وصحته.

(٢) الإشراف على مذاهب العلماء ٧/ ٨٧. والصدقة كالهديفة في أكثر المسائل. انظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٦٦.

القول الأول: عدم صحة الوقف في مرض الموت بغير المقدار الشرعي إلا بإجازة الورثة، وهو مذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، ورواية عن أحمد^(٤).

القول الثاني: صحة الوقف على الورثة بما لا يزيد على الثلث، ولو بغير المقدار الشرعي، وهو مذهب الحنابلة^(٥).

أدلة الأقوال:

- دليل القول الأول:

أن الوقف على بعض الورثة تخصيص له في مرض الموت فممنوع منه كالوصية، وإلحاقاً له بالهبة^(٦).

(١) انظر: البحر الرائق ٥ / ٢١٠. على تفصيل عندهم في كيفية التعامل مع هذا الوقف عند وقوعه. فهل يجعل في الثلث ويقسم بين الورثة بقدر أنصبتهم ثم للفقراء؟ وقيل: يكون للفقراء في الحال.

(٢) انظر: التاج والإكليل ٧ / ٦٣٩، الفواكه الدواني ٢ / ١٥٤، بلغة السالك ٤ / ١١٠.

(٣) انظر: أسنى المطالب ٢ / ٤٦٤، تحفة المحتاج وحاشية العبادي ٦ / ٢٧٤.

(٤) انظر: المغني ٨ / ٢١٧، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٧ / ٧٤، شرح الزركشي ٤ / ٢٨٧، المبدع ١٢ / ٢٩٤.

(٥) انظر: المغني ٨ / ٢١٧، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٧ / ٧٤، شرح الزركشي ٤ / ٢٨٧، الفروع ٦ / ٤١٤، المبدع ١٢ / ٢٩٤، كشف القناع ١١ / ١٤٩.

(٦) انظر: المبدع ١٢ / ١٩٥.

وقد أجمع العلماء على عدم جواز الوصية للوارث^(١)؛ لما في حديث أبي أمامة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِرِوَارِثٍ»^(٢).

- أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: ما جاء عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ «عَنْ صَدَقَةَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: نَسَخَهَا لِي عَبْدُ الْحَمِيدِ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ: بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، هَذَا مَا كَتَبَ عَبْدُ اللَّهِ عُمَرُ فِي ثَمَغِ^(٢)، فَقَصَّ مِنْ خَيْرِهِ نَحْوَ حَدِيثِ نَافِعٍ، قَالَ: «غَيْرُ مُتَأَثِّلٍ مَالًا، فَمَا عَفَا عَنْهُ مِنْ ثَمَرِهِ فَهُوَ لِلْسَّائِلِ وَالْمُحْرُومِ». قَالَ: وَسَاقَ الْقِصَّةَ قَالَ: وَإِنْ شَاءَ وَلِيٌّ ثَمَغٍ اشْتَرَى مِنْ ثَمَرِهِ رَقِيقًا لِعَمَلِهِ. وَكَتَبَ مُعَيْقِبٌ، وَشَهِدَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْأَرْقَمِ: بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ عَبْدُ اللَّهِ عُمَرُ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنْ

(١) انظر: الإجماع لاب المنذر ١٠٠، المغني ٨/٣٩٦، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣١/٣٠٦، موسوعة الإجماع ٨/٤١٧. قال ابن تيمية: «والتبرع في مرض الموت كالوصية باتفاق الأئمة الأربعة» مجموع الفتاوى ٣١/٢٩٢.

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب الوصايا، باب ما جاء في الوصية للوارث، رقم: ٢٨٧٠، والترمذي في أبواب الوصايا عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب ما جاء لا وصية لوارث، رقم: ٢١٢٠، وقال: «حسن صحيح»، وابن ماجه في كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، رقم: ٢٧١٣. وحسنه أحمد، وقواه ابن خزيمة، وابن الجارود، وصححه الألباني. انظر: إرشاد الفقيه ٢/١٣٨، بلوغ المرام رقم: ٩٦١، إرواء الغليل ٨٨/٦.

(٢) ثمغ: بفتح المثلثة وسكون الميم بعدها معجمة، ومنهم من فتح الميم، هي أرض تلقاء المدينة كانت لعمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وقيل في خيبر. انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ١٢٧، فتح الباري ٥/٤٨٠، المعالم الأثرية ٧٨.

حَدَّثَ بِهِ حَدَّثٌ أَنْ ثَمَعًا وَصَرَمَةَ بِنِ الْأَكْوَعِ وَالْعَبْدَ الَّذِي فِيهِ وَالْمِائَةَ سَهْمٍ
الَّتِي بِخَيْبَرَ وَرَقِيقَهُ الَّذِي فِيهِ، وَالْمِائَةَ الَّتِي أَطْعَمَهُ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِالْوَادِي تَلِيهِ
حَفْصَةُ مَا عَاشَتْ، ثُمَّ يَلِيهِ ذُو الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا أَنْ لَا يُبَاعَ وَلَا يُشْتَرَى، يُنْفِقُهُ
حَيْثُ رَأَى مِنَ السَّائِلِ وَالْمُحْرُومِ وَذَوِي الْقُرْبَى، وَلَا حَرَجَ عَلَى مَنْ وَلِيَهُ إِنْ
أَكَلَ أَوْ أَكَلَ أَوْ اشْتَرَى رَقِيقًا مِنْهُ»^(١).

وجه الاستدلال: أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ جعل لحفصة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أن تأكل من
وقفه وتشتري رقيقاً، وهذا تخصيص لها رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا دون غيرها من الورثة^(٢).

نوقش: بأن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لم يخص بعض ورثته بوقفه، والنزاع إنما هو في
التخصيص، وأما جعل الولاية لحفصة، فليس ذلك وقفاً عليها، فلا يكون
ذلك واردًا في محل النزاع^(٣).

الدليل الثاني: أن الوقف ليس في معنى تملك المال، لأنه لا يمكن
التصرف فيه ببيع أو هبة ولا يورث فلا يكون في حكم الوصية بالمال^(٤).

(١) أخرجه أبو داود، في كتاب الوصايا، باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف، رقم:
٢٨٧٩. وأصله في الصحيحين. وقال الألباني: صحيح وجادة.

(٢) انظر: المغني ٨ / ٢١٨.

(٣) انظر: المغني ٨ / ٢١٨.

(٤) انظر: المغني ٨ / ٢١٨، شرح الزركشي ٤ / ٢٧٨.

نوقش: بعدم التسليم أنه ليس في حكم الوصية، بل هو في حكمها، وكونه لا يملك الرقبة وينتفع بالغلة، لا يقتضي جواز التخصيص، بدليل ما لو أوصى لورثته أو بعضهم بمنفعة عبد فإنه لا يجوز^(١).

قال ابن سعدي: «ومن الفروق الضعيفة بل الخارقة للإجماع تجوز بعض الفقهاء وقف المريض مرض الموت على بعض ورثته دون إذن الباقيين، فإن هذا هو عين الوصية للوارث الذي نص الشارع على بطلانه، وأجمع العلماء عليه»^(٢).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول بعدم صحة الوقف على بعض الورثة في مرض الموت؛ لأنه في حكم الوصية، ولا وصية لوارث، والعبرة في العقود بمعانيها، لا بألفاظها^(٣).

- ويتبين مما سبق صحة القاعدة بأن كل تبرع لوارث في مرض الموت بغير المقدار الشرعي فهو غير جائز، ويحرم تنفيذه إلا بإذن بقية الورثة.

- هذا وقد جاء في نظام الأحوال الشخصية المادة (١٧٩): «لا وصية لوارث إلا إذا أجازها بعد الوفاة باقي الورثة، فإن أجازها بعضهم فتنفذ في نصيبهم».

(١) انظر: المغني ٨/ ٢١٨.

(٢) القواعد الجامعة والفروق والتقسيم البديعة النافعة (١٢٩).

(٣) انظر: المنشور في القواعد ٢/ ١٠٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٠٤، الفصل في القواعد الفقهية ١٩٠.

وقد ذكر في المبحث السابق أن الوقف في مرض الموت أو المعلق بالموت له حكم الوصية وعليه جرى العمل كما في المبادئ القضائية.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة:

للقاعدة تطبيقات متعددة ومنها: أنه سئل شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «عن امرأة لها زوج؛ ولها عليه صداق فلما حضرتها الوفاة أحضرت شاهد عدل وجماعة نسوة وأشهدت على نفسها أنها أبرأته من الصداق: فهل يصح هذا الإبراء أم لا؟»

فأجاب: الحمد لله، إن كان الصداق ثابتاً عليه إلى أن مرضت مرض الموت لم يصح ذلك إلا بإجازة الورثة الباقين. وأما إن كانت أبرأته في الصحة جاز ذلك وثبت بشاهد ويمين عند مالك والشافعي وأحمد. وثبت أيضاً بشهادة امرأتين ويمين عند مالك وقول في مذهب أحمد. وإن أقرت في مرضها أنها أبرأته في الصحة لم يقبل هذا الإقرار عند أبي حنيفة وأحمد وغيرهما؛ ويقبل عند الشافعي، وقد قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن الله قد أعطى كل ذي حظ حظه فلا وصية لوارث»^(١)، وليس للمريض أن يخص الوارث بأكثر مما أعطاه الله»^(٢).

«وسئل رَحِمَهُ اللهُ عن رجل خلف شيئاً من الدنيا، وتقاسمه أولاده، وأعطوا أمهم كتابها وثمانها، وبعد قليل وجد الأولاد مع أمهم شيئاً يجيء

(١) سبق تخريجه.

(٢) مجموع الفتاوى ٣١/٢٩٣.

ثلث الوراثة، فقالوا: من أين لك هذا المال؟ فقالت: لما كان أبوكم مريضاً طلبت منه شيئاً فأعطاني ثلث ماله، فأخذوا من أمهم، وقالوا: ما أعطاك أبونا شيئاً، فهل يجب ردُّ المال إليها؟

فأجاب: ما أعطى المريض في مرض الموت لوارثه فإنه لا ينفذ إلا بإجازة الورثة، فما أعطاه المريض لامرأته فهو كسائر ماله، إلا أن يميز ذلك باقي الورثة، وينبغي للأولاد أن يقرروا أمهم، ويميزوا ذلك لها، لكن لا يجبرون على ذلك، بل تقسم التركة، قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا وصية لوارث»^(١) «(٢)».

«وسئل عن رجل أوصى لأولاد بسهام مختلفة، وأشهد عليه عند وفاته بذلك، فهل تنفذ وصيته؟ أم لا؟»

فأجاب: الحمد لله رب العالمين، لا يجوز للمريض تخصيص بعض أولاده بعطية منجزة، ولا وصية بعد الموت، ولا أن يقر له بشيء في ذمته، وإذا فعل ذلك لم يجز تنفيذه بدون إجازة بقية الورثة، وهذا كله باتفاق المسلمين، ولا يجوز لأحد من الشهود أن يشهد على ذلك شهادة يعين بها على الظلم، وهذا التخصيص من الكبائر الموجبة للنار، حتى روى أهل السنن

(١) سبق تخريجه.

(٢) مجموع الفتاوى ٣١/٣٠٤. وانظر: ٣١/٣٠٦. وفيه إقرار زوج لزوجته في مرض الموت، ولم تكن تعلم أن لها في ذمته شيئاً، قرر فيه شيخ الإسلام أنه يكون وصية لوارث.

ما يدل على الوعيد الشديد لمن فعل ذلك؛ لأنه كالمسبب في الشحناء وعدم الاتحاد بين ذريته، لا سيما في حقه، فإنه يتسبب في عقوقه وعدم بره»^(١).

وجاء في فتاوى العلامة محمد بن إبراهيم^(٢): «... من محمد بن إبراهيم إلى... فقد وصل إلينا كتابك الذي تسأل فيه عن شخص أوصى بثلث ماله لأولاده وفصل بعضهم على بعض بالزيادة، ولم يُجزِ الباكون تلك الزيادة.

والجواب: أن الوصية لو ارث لا تجوز، لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فلا وصية لو ارث»^(٣).

فإذا كانت الوصية لبعض الورثة دون بعض لا تصح في حال الصحة، فمن باب أولى في حال مرض الموت.

- وجاء في مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥ هـ^(٤) دعوى ملخصها: «أقامت المدعية دعوها ضد المدعى عليهم، طالبت إثبات ملكيتها لمنزل خلفها مورث الطرفين - زوجها - بدعوى أنه وهبه لها في مرضه الذي مات فيه، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أصالة ووكالة أنكروا صحتها، وبطلب البينة من المدعية أبرزت ورقة متضمنة هبة المنزل لها من زوجها المتوفى، ومذيلة بتواريخ منسوبة لعدد من الشهود، وقد أحضرت شاهدين منهم، فشهدا طبق دعوها، وبعرض ذلك على المدعى

(١) المرجع السابق ٣١/٣٠٨.

(٢) ٢٢٩/٩.

(٣) سبق تحريجه.

(٤) ١٦١/٤.

عليه دفع بأن المورث وضع بصمته على الورقة وهو في مرض أفقده الأهلية، كما طعن في عدالة الشهود، ونظرًا لأن الهبة وقعت من الموروث في مرض موته، ولأنها تكون بذلك موقوفة على إجازة الورثة، لذا فقد حكم القاضي برد دعوى المدعية وإبقاء المنزل محل النزاع ملكًا للورثة بحسب أنصبتهم، فاعترضت المدعية وصدّق الحكم من محكمة الاستئناف».



المبحث الثالث

كل تبرع تضمن ترك العدل بين الأولاد فإنه محرم

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة أن أي تبرع يخص به الوالد بعض أولاده دون بعض، أو يفضل فيه بعضهم على بعض على غير الوجه الشرعي، سواء كان وقفاً أو هبة أو وصية أو عارية أو قرصاً يخص أو يفضل به بعضهم دون بعض على غير الوجه الشرعي مع عدم وجود مسوغ شرعي فإنه محرم.

المطلب الثاني: دراسة القاعدة وبيان أدلتها:

الوصية تحرم على الورثة ولا إشكال فيها، وأما ما عداها من التبرعات فهل يجب العدل فيها كالهبة والقرض والوقف والصدقة ونحوها، هذه القاعدة فيها خلاف، ولكن ذهب إلى القول بها في الجملة بعض الحنابلة^(١)، فقالوا بتحريم ترك العدل بين الأولاد في التبرعات، وخالفهم جمهور الفقهاء فقالوا بالكراهة فقط، وسأذكر الخلاف هنا في حكم التفضيل في الوقف، ويندرج فيه الهبة فإذا قيل بوجود العدل فيه ففي غيره من باب

(١) وذلك لوجود بعض الاستثناءات في مذهب الحنابلة على المشهور، فقد أجازوا التفضيل والتخصيص في الوقف، وفي رواية عدم جواز ذلك وذهب إليه جماعة من المحققين، وقد سبق في المبحث السابق الإشارة إلى خلاف الحنابلة في حكم تفضيل بعض الأولاد على بعض في الوقف وسيأتي بيان المصادر عند ذكر خلاف العلماء في المسألة.

أولى؛ لأنه ليس تملكاً محضاً، ولكثرة من خالف فيه، حتى الحنابلة في المعتمد عندهم لم يروا وجوب العدل فيه.

اختلف العلماء في جواز تخصيص أو تفضيل بعض الأولاد بالوقف دون آخرين بدون سبب شرعي على قولين:

القول الأول: جواز تخصيص أو تفضيل بعض الأولاد بالوقف بدون سبب شرعي مع الكراهة، وهو قول الحنفية^(١) والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).

القول الثاني: تحريم تخصيص أو تفضيل بعض الأولاد بالوقف بدون سبب شرعي، وهو قول طائفة من فقهاء الحنفية^(٥)، والمالكية^(٦)، والشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨)، وقول الظاهرية^(٩).

(١) انظر: المبسوط ١٢/٥٠، حاشية ابن عابدين ٧/٧١٨.

(٢) الذخيرة ٦/٣٠٢، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٥/٤٧٤.

(٣) انظر: تحفة المحتاج ٦/٣٠٧، نهاية المحتاج ٥/٤١٥.

(٤) انظر: الإقناع ٣/٩١، شرح المنتهى للبهوتي ٤/٤٠٨، والعدل عندهم في الوقف أن الذكر كالأنثى، أما في الهبة فالذكر له حظ الأنثيين.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين ٦/٦٨٢.

(٦) انظر: الذخيرة ٦/٣٠٢.

(٧) انظر: تحفة المحتاج ٦/٣٠٧.

(٨) انظر: المحرر ٢/٥٣، الشرح الكبير والإنصاف ١٧/٧٤، شرح الزركشي ٤/٣٠٨.

(٩) انظر: المحلى ٩/١٨٢. وبه أفتى جماعة من المحققين كابن باز كما في فتاوى نور على

الدرب ١٩/٣٦٠، وابن عثيمين كما في فتاوى نور على الدرب ٩/٣٠٤. وبه صدرت

الفتاوى من اللجنة الدائمة للإفتاء في المملكة العربية السعودية. انظر: فتاوى اللجنة

الدائمة المجموعة الأولى ١٦/١١٤.

أدلة الأقوال:

– أدلة القول الأول^(١):

الدليل الأول: الأدلة العامة في فضل الإحسان كقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ [سورة النحل: ٩٠]، ومن ذلك الإحسان لبعض الأولاد فهو من أفضل البر^(٢) كما قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ الصَّدَقَةَ عَلَى الْمُسْكِينِ صَدَقَةٌ، وَعَلَى ذِي الرَّحِمِ اثْنَتَانِ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ»^(٣).

نوقش: أن القول بجواز تخصيص بعض الأولاد بالوقف، والاستدلال بهذه العمومات هو من جنس الاستدلال بجواز الصلاة في وقت النهي بأحاديث فضل الصلاة. وبالصيام في العيدين بأحاديث فضل الصيام، وهذا لا يستقيم، والذي أمر بالصلة والصدقة، هو الذي أمر بالعدل

(١) المراجع لكتب الفقهاء في الوقف لا يكاد يجد استدلالاً في هذه المسائل عند تقريرهم لجوازه إلا نادراً، لذا عامة الأدلة هي مما ذكره الفقهاء في باب الهبة في مبحث العدل بين الأولاد، وعند المتأخرين ممن بحث هذه المسألة انتصاراً للقول بالجواز، أو للقول بالمنع.

(٢) انظر: الإشراف على نكت الخلاف ٦٧٥. وفيه: «يجوز أن ينحل الرجل بعض ولده ماله، ويكره أن ينحله جميع ماله، وأي ذلك فعل نفذ إذا كان في الصحة» واستدل بالآية. وانظر: الجامع لأحكام الوقف ١٩٦/٢.

(٣) انظر: الدرر السنية ٣٦/٧.

(٤) أخرجه النسائي في الزكاة، باب الصدقة على الأقارب، رقم (٢٥٨٢)، وابن ماجه في كتاب الزكاة، باب فضل الصدقة، رقم (١٨٤٢). وصححه ابن خزيمة رقم (٢٠٦٧)، وابن حبان رقم (٣٣٤٤) والألباني.

بين الأولاد، فلا يجوز أن تضرب الأدلة بعضها ببعض^(١)، ونحن لا نمنع من إتياء ذي القربى، ولكن يجب أن يكون على الوجه الشرعي وذلك بالعدل بينهم.

الدليل الثاني: الأدلة العامة لمشروعية الوقف، وهذا يشمل الوقف على الأولاد؛ لأنه من الإحسان إليهم^(٢).

نوقش: بأنه مقابل بأدلة وجوب العدل بين الأولاد، والوقف قرينة شرع لنيل الأجر فلا يتخذ وسيلة للجور وترك العدل.

الدليل الثالث: ما ورد عن جماعة من الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ أنهم وقفوا على بعض أولادهم، وهذا مما يدل على جواز ذلك^(٣)، ومن ذلك ما ورد عن الزبير بن العوام رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنه تصدق بدوره، وقال: للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها، فإن استغنت بزوج فليس لها حق^(٤).

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن أكثر ما ورد في هذا الباب من آثار الصحابة في الوقف على أولادهم لا يخلو من ضعف^(٥).

(١) انظر: الدرر السننية ٣٦/٧.

(٢) انظر: الدرر السننية ٣٦/٧، محاضرات في الوقف ١٩٥.

(٣) انظر: الدرر السننية ٣٦/٧، محاضرات في الوقف ١٩٧، الجامع لأحكام الوقف ١٩٦.

(٤) أخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم، في كتاب الوصايا، باب إذا وقف أرضاً أو بئراً أو اشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين، قبل حديث رقم (٢٧٧٨). وصححه الألباني في الإرواء رقم (١٥٩٥).

(٥) انظر: الدرر السننية ٣٦/٧، محاضرات في الوقف ٢٠١.

الوجه الثاني: بأن ما ورد من أوقاف إنما هو لعموم الأولاد، بدون تخصيص، وما ذكر في هذا الأثر وغيره من الآثار من تخصيص فهو لسبب فكل من اتصف بالسبب أخذ من الوقف وهذا لا محذور فيه^(١).

الدليل الثالث: ما ورد في كتاب وقف عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «تَلِيهِ حَفْصَةُ مَا عَاشَتْ، ثُمَّ يَلِيهِ ذُو الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا أَنْ لَا يُبَاعَ وَلَا يُشْتَرَى يُنْفَقُهُ حَيْثُ رَأَى مِنَ السَّائِلِ وَالْمُحْرُومِ وَذَوِي الْقُرْبَى، وَلَا حَرَجَ عَلَى مَنْ وَلِيَهُ إِنْ أَكَلَ أَوْ أَكَلَ أَوْ اشْتَرَى رَقِيقًا مِنْهُ»^(٢).

نوقش: أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لم يخص حفصة أو بعض أولاده بالوقف، وإنما جعل ولاية النظارة لها، وجعل لمن ولي أجرة لولايته، وليس هذا محل النزاع، إنما الخلاف في تخصيص بعض الأولاد في الوقف^(٣).

الدليل الرابع: ما جاء عن بعض الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ من الهبة لبعض أولادهم دون البقية في آثار متعددة^(٤).

والوقف كالهبة بجامع أن كلا منهما من عقود التبرعات، ومن هذه الآثار:

(١) انظر: المغني ٨/ ٢٥٧، المحلى ٩/ ١٤٩، الدرر السنية ٧/ ٥٤، محاضرات في الوقف ٢٠٢، العدل بين الأولاد وكيفيته ٣٠.

(٢) سبق تحريجه. وانظر: المغني ٨/ ٢٠٧.

(٣) انظر: المغني ٨/ ٢١٨، الممتع شرح المقنع ٤/ ١٦٥.

(٤) قال في الإشراف على نكت الخلاف ٦٧٦ في سياق الاستدلال على جواز التفضيل والتخصيص في الهبة: «ولأن ذلك مروى عن أبي بكر وعبد الرحمن بن عوف ولا يخالف لهما».

١- أثر أبي بكر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كما جاء عن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا زوج النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أَنَّهَا قَالَتْ: إِنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ كَانَ نَحَلَهَا جَادَّ عَشْرِينَ وَسَقًا مِنْ مَالِهِ بِالْعَابَةِ، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ قَالَ: «وَاللَّهِ يَا بَيْتَهُ مَا مِنْ النَّاسِ أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غَنَى بَعْدِي مِنْكَ، وَلَا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكَ، وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكَ جَادَّ عَشْرِينَ وَسَقًا، فَلَوْ كُنْتُ جَدَدْتِيهِ وَاحْتَزَيْتِيهِ كَانَ لَكَ. وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالٌ وَارِثٌ»^(١).

نوقش: بأنه رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «خَصَّهَا بَعْطِيَّتِهِ لِحَاجَتِهَا وَعَجْزِهَا عَنِ الْكَسْبِ وَالتَّسَبُّبِ فِيهِ، مَعَ اخْتِصَاصِهَا بِفَضْلِهَا»^(٢).

٢- ما ورد أن عبد الرحمن بن عوف رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فَضَّلَ وَلِدَ أُمِّ كَلْثُومٍ، وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ غَيْرِهَا^(٣).

نوقش: بعدم ثبوته فإنها رواية منقطة^(٤).

(١) أخرجه مالك في الموطأ، باب ما لا يجوز من النحل، رقم (١٥٠٨)، وعبد الرزاق في مصنفه ١٠١/٩، وصححه زكريا الباكستاني في كتابه ما صحَّ من آثار الصحابة ٩٦١/٢.

(٢) المغني ٢٥٧/٨.

(٣) نقله البيهقي في سننه ١٧٨/٦ عن الشافعي معلقاً. وقال ابن حزم في المحلى: ١٤٤/٩: «قال ابن وهب: وبلغني عن عمرو بن دينار أن عبد الرحمن بن عوف نحل ابنته من أم كلثوم بنت عقبة ابن أبي معيط أربعة آلاف درهم، وله ولد من غيرها» ثم ذكر في ١٤٩/٩ أنها رواية منقطة.

(٤) انظر: المحلى ١٤٤/٩.

٣ - ما ورد عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه قطع ثلاثة رؤوس أو أربعة لبعض أولاده دون بعض^(١).

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: من جهة الرواية، ففي سندها ضعف^(٢).

الوجه الثاني: من جهة الدراية، وذلك بما جاء في سياق الأثر أنه علّل إعطائه بأنه مسكين، فيكون التفضيل لسبب، وهذا سائغ كأن يقول وقف على المحتاج من ذريتي.

والحاصل في الجواب على ما ورد من آثار في التفضيل:

١ - القول بضعفها.

٢ - أن التفضيل كان لسبب، وهذا مما لا حرج فيه في الوقف.

٣ - أنه لا حجة في الخبر الموقوف، ومن باب أولى إذا خالف المرفوع^(٣).

(١) أخرجه البيهقي في سننه ٦/ ١٧٨، وصححه زكريا الباكستاني في كتابه ما صحّ من آثار الصحابة ٢/ ٩٦٠، وقال: «ابن وهب روايته عن ابن لهيعة صحيحة».

(٢) في سند الرواية ابن لهيعة وهو ساقط كما قال ابن حزم في المحلى ٩/ ١٤٩. وكلام أهل العلم في ابن لهيعة كثير، منهم من ضعفه ومنهم من فصل القول فيه، والقول بتضعيفه فيه قوّة إلا أن يتابع. ينظر: تهذيب الكمال ٤/ ٢٥٢، مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٣/ ٣٥٢، وقال ابن حجر في التقريب: ١/ ٤١٧ «صدوق اختلط بعد احتراق كتبه، ورواية ابن المبارك وابن وهب عنه أعدل من غيرهما».

(٣) انظر: المحلى ٩/ ١٤٨. وقد ضعف أكثر هذه الآثار، ثم ذكر أنه لا حجة في أحد دون رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

الدليل الخامس: أن التخصيص أو التفضيل تصرف من إنسان رشيد صحيح غير محجور عليه، وقد وهب من ماله، ولا اعتراض لأحد عليه في ماله، وإنما الاعتراض حال المرض^(١).

الدليل السادس: أن الإنسان لو وهب أو وقف من ماله لأجنبي وترك الأقربين لجاز له ذلك، فكذلك لو وهبه لبعض أولاده، وترك الآخرين^(٢).
نوقش الدليلان: بأنهما مخالفان لما ورد من الأخبار الصحيحة المرفوعة للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من الأمر بالعدل بين الأولاد، ولا قياس مع النص^(٣).
- أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: حديث النعمان بن بشير رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا قَالَ: أَعْطَانِي أَبِي عَطِيَّةً، فَقَالَتْ عَمْرَةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ: لَا أَرْضَى حَتَّى تُشْهَدَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: إِنِّي أَعْطَيْتُ ابْنِي مِنْ عَمْرَةَ بِنْتِ رَوَاحَةَ عَطِيَّةً، فَأَمَرْتَنِي أَنْ أَشْهَدَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «أَعْطَيْتَ سَائِرَ وَلَدِكَ مِثْلَ هَذَا؟»، قَالَ: لَا، قَالَ: «فَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ»، قَالَ: فَرَجَعَ فَرَدَّ عَطِيَّتَهُ^(٤).

(١) انظر: الإشراف على نكت الخلاف ٦٧٥.

(٢) انظر: التمهيد ١٨ / ٥٣٥، الإشراف ٦٧٦.

(٣) انظر: فتح الباري ٥ / ٢٦٥.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الهبة، باب الهبة للولد، وباب الإشهاد في الهبة رقم: ٢٥٨٦، ومسلم في كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، رقم: ١٦٢٣.

وفي رواية: انطلق بي أبي يَحْمِلُنِي إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَشْهَدُ أَنِّي قَدْ نَحَلْتُ النُّعْمَانَ كَذَا وَكَذَا مِنْ مَالِي، فَقَالَ: «أَكُلْ بَنِيكَ قَدْ نَحَلْتَ مِثْلَ مَا نَحَلْتَ النُّعْمَانَ؟» قَالَ: لَا، قَالَ: «فَأَشْهَدْ عَلَيَّ هَذَا غَيْرِي»، ثُمَّ قَالَ: «أَيْسُرُكَ أَنْ يَكُونُوا إِلَيْكَ فِي الْبَرِّ سَوَاءً؟» قَالَ: بَلَى، قَالَ: «فَلَا إِذَا»^(١).

وفي رواية: «إِنَّ هُمْ عَلَيْكَ مِنَ الْحَقِّ أَنْ تَعْدَلَ بَيْنَهُمْ كَمَا أَنَّ لَكَ عَلَيْهِمْ مِنَ الْحَقِّ أَنْ يَبْرُوكَ»^(٢).

وفي حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَلَيْسَ يَصْلُحُ هَذَا، وَإِنِّي لَا أَشْهَدُ إِلَّا عَلَى حَقٍّ»^(٣).

وجه الاستدلال: دلت هذه الروايات على تحريم تخصيص بعض الأولاد بالهبة، - ويقاس عليها الوقف - وقد دل على التحريم من عدة أوجه^(٤):

- (١) أخرجه مسلم في كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل الأولاد في الهبة، رقم: ١٦٢٣.
- (٢) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب الرجل يفضل بعض ولده في النحل، رقم: ٣٥٤٢، وذكره ابن حجر في الفتح ٣٦/٥ وسكت عنه، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة رقم: ٢٨٤٧.
- (٣) أخرجه مسلم في كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، رقم: ١٦٤٢.
- (٤) انظر: المحلى ١٨٢/٩، المغني ٥٢٨/٨، كشف القناع ١٠/١٤٣، شرح المنتهى للبهوتي ٤/٤٠٥، العدل بين الأولاد وكيفيته ٢٤. هذا وللجمهور على الاستدلال بحديث النعمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أجوبة، بل واستدلال ببعض ألفاظه على الجواز، أعرضت عن ذكرها رغبة في الاختصار، ولظهور ضعف بعضها. انظر: التمهيد ١٨/٥٢٣، شرح مسلم للنووي ١٠٢٩، فتح الباري ٥/٢٦٢.

الوجه الأول: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر بالعدل، والقاعدة أن الأصل في الأمر أنه يقتضي الوجوب إلا لصارف.

الوجه الثاني: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر ببرد الهدية وإرجاعها، ولم يرخص في إمضائها.

الوجه الثالث: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وصف تخصيص بعضهم بذلك أنه جور وأنه خلاف الحق.

الوجه الرابع: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رفض أن يشهد على هذه الهبة.

الوجه الخامس: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر الأب أن يعدل بين أولاده، وهذا لفظ عام، يدخل فيه العدل بين الأولاد في الوقف.

الوجه السادس: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أخبر أن هذا لا يصلح، أي: أنه فاسد.

هذا الحديث برواياته يدل على وجوب العدل بين الأولاد، وعلى أن ترك هذا من الجور.

نوقش: أن الحديث وارد في الهبة، والهبة تختلف عن الوقف، فهي تشمل على تمليك للعين والمنفعة، فالموهوب له يملك بيع العين الموهوبة وهبتها والتصرف فيها، أما الوقف فهو تمليك للمنفعة فقط، فلا يملك الموقوف له تلك التصرفات^(١).

(١) انظر: الممتع شرح المنع ٤/١٦٤، الشرح الممتع ١١/٤٩، التعليق على الكافي لابن عثيمين ٦/٦٢٠.

أجيب: بأنه وإن وجد الفرق بينهما فهو فرق غير مؤثر؛ لأنه لا يمنع كون ذلك تفضيلاً لبعض الأولاد وجوراً على الآخرين، ومخالفة للعدل المأمور به بين الأولاد^(١).

الدليل الثاني: أن تخصيص بعض الأولاد أو تفضيله سبب للعداوة والبغضاء وقطيعة الرحم، وما كان سبباً للحرام فهو حرام^(٢).

الدليل الثالث: أن تخصيص بعض الأولاد أو تفضيله سبب لعقوق الباقيين، وما كان وسيلة للحرام فهو حرام^(٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول بتحريم تخصيص بعض الأولاد بمنفعة الوقف أو تفضيله بلا سبب شرعي^(٤)؛ لقوة أدلة هذا القول وسلامتها من المناقشة، ولما يفضي له التفضيل من حصول الشحناء بين الأولاد، والإعانة على العقوق، خاصة أن منفعة الوقف مستمرة، بخلاف

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) انظر: المغني ٨ / ٢٥٧.

(٣) انظر: الحاوي الكبير ٧ / ٥٤٥، فتح الباري ٥ / ٢٦٥.

(٤) أما التفضيل بسبب شرعي بوصف معتبر فهذا مما لا حرج فيه؛ لتحقق العدل فيه بكون كل من اتصف بالوصف استحق من الوقف، وكذا التفضيل بأخذ الذكر مثل حظ الأنثيين مما لا بأس به عند جماعة من المحققين وبه يتحقق العدل بين الأولاد، وذهب كثير من الفقهاء إلى التسوية بين الذكر والأنثى في الوقف. انظر: المبسوط ١٢ / ٥٦، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٥ / ٤٧٤، روضة الطالبين ٥ / ٣٧٨، المغني ٨ / ٢٥٩، الشرح الكبير والإنصاف ١٦ / ٤٨٤، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣١ / ٣٩٧.

الهبة التي تستلم وقد تنسى مع الزمن فالتخصيص بالوقف من هذه الجهة أعظم.

- هذا وقد جاء في المبدأ القضائي رقم (٤٥٤): «صحّة الوقف على الأولاد الذكور والإناث وفق الفريضة الشرعية للذكر مثل حظ الأنثيين، ثم من بعده على أولاد الذكور من أولاده دون أولاد الإناث، وهلم جرّاً إلى آخر الطبقات»^(١).

- وجاء في المبدأ القضائي رقم: (٤٥٥): «الوقف على بعض الورثة دون بعض من وقف الجنف والجور، الذي نص المحققون من أهل العلم على بطلانه، لحديث النعمان بن بشير رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا وغيره، ولأن الوقف بهذه الصفة يسبب القطيعة والشقاق بين الذرية والأقارب»^(٢).

- أما الوصية فهي لا تصح للورثة من الأولاد الوارثين، جاء في نظام الأحوال الشخصية المادة (١٧٩): «لا وصية لوارث إلا إذا أجازها بعد الوفاة باقي الورثة، فإن أجازها بعضهم فتنفذ في نصيبهم». فيتضمن ذلك عدم جواز التفضيل أو التخصيص في الوصية للأولاد الوارثين.

(١) انظر: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا ١٥٧.

(٢) المرجع السابق ١٥٨.

- أما التفضيل أو التخصيص لبعض الأولاد في الهبة فلم يتعرض نظام المعاملات المدنية لحكمه، والمشهور من المذهب تحريمه مع القول بنفوذ الهبة وصحتها إن وقعت^(١).

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة:

لهذه القاعدة تطبيقات متعددة ومنها: أن شيخ الإسلام ابن تيمية سئل «عن رجل خص بعض الأولاد على بعض؟»

فأجاب: ليس له في حال مرضه أن يخص أحداً منهم بأكثر من قدر ميراثه باتفاق المسلمين، وإذا فعل ذلك فلباقي الورثة ردّه وأخذ حقوقهم، بل لو فعل ذلك في صحته لم يجز في أصح قولي العلماء، بل عليه أن يرده كما أمر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يردّه حياً وميتاً، ويرده المخصص بعد موته^(٢).

«وسئل: عن رجل أوصى لأولاده الذكور بتخصيص ملك دون الإناث وأثبتته على يد الحاكم قبل وفاته: فهل يجوز ذلك؟»

فأجاب: لا يجوز أن يخص بعض أولاده دون بعض في وصيته ولا مرض موته باتفاق العلماء، ولا يجوز له على أصح قولي العلماء أن يخص بعضهم بالعطية في صحته أيضاً بل عليه أن يعدل بينهم ويرد الفضل كما أمر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بشير بن سعيد حيث قال له: «ارده» فردّه وقال: «إني لا

(١) جاء في فتاوى محمد بن إبراهيم في امرأة خصصت ابنتها هبة بعد بيان تحريم هذا الفعل ٢١٩ / ٩: «وما دامت قد توفيت [أي الأم] قبل التعديل فقد ثبتت الهبة لأختكم، فلا يشاركها فيها أحد منكم، هذا المفتى به، وهو المشهور من المذهب».

(٢) مجموع الفتاوى ٣١ / ٢٩٤.

أشهد على جور» وقال له على سبيل التهديد: «أشهد على هذا غيري»^(١)، ولا يجوز للولد الذي فضل أن يأخذ الفضل؛ بل عليه أن يرد ذلك في حياة الظالم الجائر وبعد موته كما يرد في حياته في أصح قولي العلماء^(٢).

ومنها ما جاء في فتاوى محمد بن إبراهيم^(٣): «رجل له أولاد عدة، وكانت له دار صغيرة ضيقة، فأراد أن يشتري داراً أكبر منها بمبلغ أربعين ألف ريال، وعرض على ابنه الأكبر يقرضه نصف ثمن هذه الدار لكي يكون له نصفها ملكاً خاصاً دون غيره من الأولاد، رغبة منه في بقاء ابنه هذا في جواره لنقصه في بعض أموره، علماً بأنه لم يعط بقية الأولاد شيئاً في مقابل ذلك، مع أن فيهم المحتاج والقاصر، فهل يجوز ذلك؟

والجواب: سؤالك يشتمل على مسألتين: الأولى: إقراضك لهذا الشخص في مقابل نفعه لك.

الثانية: كونك فضلت أحد أولادك على البقية.

أما «الأولى»: فالأصل في مشروعية القرض أنه عقد إرفاق وقربة، فإذا شرط فيه الزيادة أخرجته عن أصله؛ لأنه والحال هذه إنما أقرضه لأجل الزيادة لا لإرفاق ولا قربة، وهذه الصورة التي سألت عنها من باب القرض الممنوع؛ لأن القرض مقصود بالقصد الثاني، والمقصود بالقصد الأول هو بر ولدك لك، ويجوز تبعاً مالياً يجوز استقلالاً. وبناء على ذلك لا يظهر لنا مانع منه.

(١) سبق قريباً تحريج الحديث بالفاظه.

(٢) مجموع الفتاوى ٣١/٣١٠.

(٣) ٢١٦/٩.

وأما «الثانية»: فجائزة بشرط أن من عمل مثل عمله معك من أولاده تقرضه مثله؛ لعموم قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم»^(١).

-وسئل العلامة ابن عثيمين: «ما حكم وقف شيء من المال على بعض الورثة؟

فأجاب بقوله: لا يجوز للإنسان أن يوقف شيئاً من ماله على بعض الورثة إن كانوا أولاده؛ لأن هذا من الجور، وقد قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم»^(٢)، فلا يجوز مثلاً أن يقول: هذا وقف على ابني فلان، أو بنتي فلانة، وما أشبه ذلك؛ لأن هذا تخصيص لبعض أولاده بهذا الوقف، وهو محرم عليه، سواء كان ذلك بعد وفاته، أو كان ذلك في حياته»^(٣).

(١) سبق تحريجه.

(٢) سبق تحريجه.

(٣) مجموع فتاوى ورسائل ابن عثيمين ٦٠/٣١. وانظر في بيان عدم صحة الوقف على بعض الورثة: فتاوى اللجنة الدائمة ١٦/١١٤، ١٢٣.

المبحث الرابع

كل تبرع تضمن ترك العدل بين الزوجات فهو محرم

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة تحريم التبرعات المتضمنة للجور وترك العدل بين الزوجات، كأن يخص إحداهن بالهبة، أو يفضلها على غيرها، أو يوقف على إحداهن أو يفضلها في ريع الوقف، ويلحق بذلك تخصيصها بالعارية أو القرض وحرمان البقية مع الاستواء في الحاجة، وكذا الوصية فهي محرمة من باب أولى لدخولها في الوصية لو ارث.

المطلب الثاني: دراسة القاعدة وبيان أدلتها:

هذه القاعدة محل خلاف بين أهل العلم، فهل للزوج أن يفضل ويوسع على إحدى زوجاته أو يخصها بشيء من التبرعات دون البقية بعد قيامه بالواجب عليه من النفقة والكسوة والسكنى، أم يجب العدل بينهما، اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: وجوب العدل بينهما بما زاد عن القدر الواجب، وهو

مذهب الحنفية^(١)، وقول للمالكية^(٢).

القول الثاني: عدم وجوب العدل بينهن فيما زاد عن القدر الواجب، وهو مذهب المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

أدلة الأقوال:

– أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة النساء: ١٩].

وجه الاستدلال: في الآية الأمر بالمعاشرة بالمعروف، ومن ذلك العدل بين الزوجات في التبرعات، وليس من المعاشرة بالمعروف تفضيل بعضهن على بعض.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٦٤٦، وفيه: «يجب العدل بينهن في حقوقهن من القسم والنفقة والكسوة، وهو التسوية بينهن»، وجاء في حاشية ابن عابدين ٤/٣٧٥، أن العدل في كلام صاحب المتن بمعنى عدم الجور لا بمعنى التسوية...، وبين أن التسوية مبنية على قول من اعتبر حال الرجل وحده في النفقة، قال: «وأما على القول المفتى به من اعتبار حالهما، فإن إحداهما قد تكون غنية والأخرى فقيرة، فلا يلزم التسوية بينهما مطلقاً في النفقة».

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٣/٢٠٤. وفيه: «مذهب مالك وأصحابه أنه إن قام لكل واحدة منهن بما يجب لها بقدر حالها فلا حرج عليه أن يوسع على من شاء منهن بما شاء، وقال ابن نافع: يجب العدل بينهن في ماله بعد إقامته لكل واحدة بما يجب لها، والأول أظهر». وانظر: شرح الخرشي ١/٤٣.

(٣) انظر: شرح الخرشي ١/٤٣، الشرح الكبير وحاشية السوقي ٣/٢٠٤.

(٤) انظر: مغني المحتاج ٤/٥٠٨، وفيه: «ويجوز أن يؤثر بعض نسائه بالتبرع... والأولى التسوية». وانظر: تحفة المحتاج ٧/٤٣٩.

(٥) انظر: الشرح الكبير ٢١/٤٣٥، المبدع ١٤/٥٠٧.

يُنَاقِشُ: بأن المعاشرة بالمعروف لا يلزم منها ذلك، فمن أعطى زوجته حقها فقد عاشرها بالمعروف، وإن زاد غيرها من إحسانه، فلا ينافي ذلك عشرتها بالمعروف.

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعًا فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ

أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾ [سورة النساء: ٣].

وجه الاستدلال: في الآية جواز نكاح ما زاد عن الواحدة، ومنع ذلك بالمفهوم ممن خاف عدم العدل بينهما، والخوف إنما يكون من ترك الواجب^(١)، ومن خص أو فضل بعضهن بالتبرعات لا يعتبر عادلاً بينهما.

يُنَاقِشُ: بأن العدل إعطاء كل ذي حق حقه، وإذا أعطاها حقها الواجب لها فهو لم يظلمها، وإعطاء غيرها لا يعد ظلمًا لها.

الدليل الثالث: حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ فَمَالَ إِلَىٰ إِحْدَاهُمَا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ مَائِلٌ»^(٢).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٦٤٧.

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب القسم بين النساء، رقم: ٢١٣٣، والترمذي في أبواب النكاح عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب التسوية بين الضرائر، رقم: (١١٤١)، والنسائي في كتاب عشرة النساء، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه، رقم: ٣٩٤٢، وابن ماجه في كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، رقم: ١٩٦٩، وقال الترمذي: «وإنما أسند هذا الحديث همام بن يحيى عن قتادة، ورواه هشام الدستوائي عن قتادة، قال: كان يُقال، ولا نعرف هذا الحديث مرفوعاً إلا من حديث همام، =

وجه الاستدلال: أن من الميل المتوعد عليه شرعاً، تفضيل بعضهم على بعض في التبرعات.

نوقش: بأنه متكلمٌ في ثبوته، وقد قيل بأن الصواب إرساله.

الدليل الرابع: حديث عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يُقْسَم فيعدل، ويقول: «اللهم هذا قسمني فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك» قال أبو داود: يعني القلب^(١).

= وهما ثقة حافظ». وخالفه سعيد بن أبي عروبة أيضاً فرواه مرسلًا. انظر: العلل الكبير للترمذي ١٦٥، وفي شرح علل الترمذي ٢/ ٦٩٥ لابن رجب عن البرديجي في أصحاب قتادة: «وإذا روى حماد بن سلمة وهمام وأبان ونحوهم من الشيوخ عن قتادة عن أنس عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وخالفهم سعيد أو شعبة فإن القول قول هشام وسعيد وشعبة على الانفراد؛ لأن هؤلاء الثلاثة شعبة وسعيد وهشام أثبت من همام وأبان وحماد» وقال البغوي في شرح السنة ٩/ ١٥٠: «وفي إسناد نظر»، والحديث صححه الحاكم في المستدرک رقم (٢٧٩٧) وابن حبان رقم: ٤٢٠٧، وقال ابن حزم ثابت، وصحح إسناده ابن كثير وابن حجر، والألباني. انظر: المحلى ١٠/ ٦٥، نصب الراية ٣/ ٢١٤، إرشاد الفقيه ٢/ ١٨٥، التلخيص ٣/ ٤٢٥، إرواء الغليل رقم: ٢٠١٧، مستدرک التعليل ٢/ ١٤٢.

(١) أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء، رقم (٢١٣٤)، والترمذي في أبواب النكاح عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب التسوية بين الضرائر، رقم (١١٤٠)، والنسائي في كتاب عشرة النساء، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض، رقم (٣٩٤٣)، وقال: «أرسله حماد بن زيد»، وابن ماجه في كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، رقم (١٩٧١). وقال الترمذي: «حَدِيثُ عَائِشَةَ هَكَذَا رَوَاهُ غَيْرُ وَاحِدٍ، عَنْ حَمَادِ بْنِ سَلَمَةَ، عَنْ أَبِي أَيُّوبَ، عَنْ أَبِي قِلَابَةَ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يَزِيدَ، عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَقْسِمُ، وَرَوَاهُ حَمَادُ بْنُ زَيْدٍ، وَغَيْرُ وَاحِدٍ، عَنْ أَبِي أَيُّوبَ، عَنْ أَبِي قِلَابَةَ مُرْسَلًا، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَقْسِمُ وَهَذَا أَصَحُّ مِنْ حَدِيثِ حَمَادِ بْنِ سَلَمَةَ»، وحسن الألباني الشطر الأول منه من فعله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لشواهد، دون القول. انظر: الإرواء رقم: ٢٠١٨.

وجه الاستدلال: أن العدل في التبرعات مما يملكه المرء فهو مطالبٌ به.

نوقش: بضعف الحديث، وأن الصحيح فيه الإرسال.

– أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: حديثُ أمِّ كلثومِ بنتِ أبي سلمة، قالت: لما تزوج رسولُ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمَّ سلمة، قال لها: «إِنِّي قَدْ أَهَدَيْتُ إِلَى النَّجَاشِيِّ حُلَّةً وَأَوْاقِيَّ مِنْ مِسْكِ، وَلَا أَرَى النَّجَاشِيَّ إِلَّا قَدِمَاتٍ، وَلَا أَرَى إِلَّا هَدَيْتِي مَرْدُودَةً عَلَيَّ، فَإِنْ رُدَّتْ عَلَيَّ، فَهِيَ لَكَ». قال وكان كما قال رسولُ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَرُدَّتْ عَلَيْهِ هَدِيَّتُهُ، فَأَعْطَى كُلَّ امْرَأَةٍ مِنْ نِسَائِهِ أَوْقِيَّةً مِسْكِ، وَأَعْطَى أُمَّ سَلَمَةَ بَقِيَّةَ الْمِسْكِ وَالْحُلَّةَ^(١).

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: ضعف الحديث.

الوجه الثاني: أنه يُحتمل أن ما بقي من المسك لا يساوي أوقية، فزاد أم

سلمة الحُلَّة^(٢).

(١) أخرجه أحمد ٢٤٦/٤٥، وابن حبان رقم (٥١١٤)، وفي سنده كلام؛ لضعف مسلم بن خالد الزنجي وعدم معرفة والد موسى بن عقبة انظر: مجمع الزوائد ٤/١٥٠، الإرواء رقم (١٦٢٠).

(٢) انظر: الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا ٤/٤٣٩.

الدليل الثاني: حديث عائشة رضي الله عنها: «أَنَّ النَّاسَ كَانُوا يَتَحَرَّوْنَ بِهَدَايَاهُمْ يَوْمَ عَائِشَةَ، يَبْتَغُونَ بِهَا، أَوْ يَبْتَغُونَ بِذَلِكَ مَرَضَاةَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»^(١).

وجه الاستدلال: «أنه لا حرج على المرء في إثارة بعض نساءه بالتحف، وإنما اللازم العدل في المبيت والنفقة ونحو ذلك من الأمور اللازمة»^(٢).

نوقش: «بأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يفعل ذلك، وإنما فعله الذين أهدوا له وهم باختيارهم في ذلك، وإنما لم يمنعهم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ لأنه ليس من مكارم الأخلاق أن يتعرض الرجل إلى الناس بمثل ذلك؛ لما فيه من التعرض لطلب الهدية»^(٣).

الدليل الثالث: أن التسوية فيما زاد على القدر الواجب من النفقة أمر يشق تحقيقه، فسقط وجوبه كالوطء^(٤).

يُنَاقَشُ: بأن ما يخرج عن قدرة المرء لا يؤاخذ به، واليسير يُغْتَفَرُ. ويطالب بها في قدرته.

(١) أخرجه البخاري في كتاب الهبة وفضلها، باب قبول الهدية، رقم: ٢٥٧٤، ومسلم في كتاب الفضائل، باب فضل عائشة رضي الله عنها، رقم: ٢٤٤١.

(٢) فتح الباري ٥/٢٥٦، وهذا تقرير ابن بطال للاستدلال وتعقبه ابن المنير كما سيأتي في المناقشة.

(٣) المرجع السابق ٥/٢٦٥.

(٤) انظر: الشرح الكبير ٢١/٤٣٥، المبدع ١٤/٥٠٧، الإنصاف ٢١/٤٣٠.

الدليل الرابع: أن حق المرأة هو المبيت والنفقة والسكنى والكسوة، فإذا أداها الرجل، فما زاد فهو متطوعٌ به، فله أن يبذله إلى من يشاء^(١).

نوقش: بأن «موجب هذه العلة أن له أن يقسم للواحدة ليلة من أربع؛ لأنه الواجب، ويبيت الباقي عند الأخرى»^(٢).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول بوجود العدل، لقوة أدلته، ولأنه أحوط وأبرأ للذمة، ومع ذلك فالخلاف قوي، وينبغي التنبيه على أنه يُعفى عن اليسير، ولا يلزم من القول بالعدل التسوية بل يعطي كل زوجة ما تستحقه من النفقة والكسوة، لأن المعتبر في النفقات هو حال الزوجين^(٣)، فإن زاد بعضهن عن القدر الواجب لها، فعليه أن يزيد الأخرى بحسبها، وكذا بما يتبرع به عليهن من الهدايا ونحوها.

- وعليه فتكون القاعدة صحيحة وهي أن كل تبرع تضمن ترك العدل بين الزوجات فهو محرم، لأن الوقف كالهديّة بجامع كونها من التبرعات، والوصية كذلك، ولأنها وصية لو ارث.

(١) الإنصاف ٢١ / ٤٣٠.

(٢) المرجع السابق ٢١ / ٤٣٠.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٤ / ٣٧٥.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة:

من التطبيقات لهذه القاعدة سؤال ورد لشيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «عن رجل متزوج بامرأتين وإحدهما يحبها ويكسوها ويعطيها ويجتمع بها أكثر من صاحبته؟»

فأجاب: الحمد لله، يجب عليه العدل بين الزوجتين باتفاق المسلمين؛ وفي السنن الأربعة عن أبي هريرة عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «من كانت له امرأتان فمال إلى إحدهما دون الأخرى جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل»^(١)، فعليه أن يعدل في القسم... لكن إن كان يحبها أكثر ويطؤها أكثر: فهذا لا حرج عليه فيه؛... وأما العدل في «النفقة والكسوة» فهو السنة أيضاً اقتداءً بالنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فإنه كان يعدل بين أزواجه في النفقة؛ كما كان يعدل في القسمة؛ مع تنازع الناس في القسم: هل كان واجباً عليه؟ أو مستحباً له؟ وتنازعوا في العدل في النفقة: هل هو واجب؟ أو مستحب؟ ووجوبه أقوى وأشبه بالكتاب والسنة»^(٢).

وسأل سائل ابن باز رَحِمَهُ اللهُ بقوله: «أنا رجل متزوج منذ أربعة عشر عاماً، ولي خمسة أطفال والحمد لله، وبعد ذلك تزوجت الزوجة الثانية وهي من الأقارب، وعند الزواج لم يشترط عليّ خالي سوى الملابس، والآن أريد أن أشتري لها ذهباً، وأخاف أن أظلم الأولى إذا اشترت للثانية دون أن أشتري للأولى. أرشدوني حتى لا أقع في الظلم؟»

(١) سبق تخريجه.

(٢) مجموع الفتاوى ٣٢ / ٢٦٩.

فأجاب: يجب عليك العدل بين الزوجتين في النفقة والملابس والحلي، إلا أن ترضى إحداها بزيادة ضررتها عليها فلا بأس، ومن يكن عندها من الأطفال أكثر من ضررتها فعليك أن تزيد لها في النفقة على قدر حاجتها، وقد ثبت عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ما يدل على وجوب العدل بين الزوجات، وكان صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يعدل بينهن ويقول: «اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك»^(١).

وسئل ابن عثيمين رَحِمَهُ اللَّهُ عن «شخص لديه زوجة وتزوج بزوجةٍ أخرى وطلبت الأولى أن يعطيها من الحلي مثلما يعطي الزوجة الثانية فهل يلزمه ذلك أم لا؟ ما جورين.

فأجاب رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: لا يلزمه أن يعطي الأولى مثلما أعطى الثانية فيما جرت العادة به أن تعطى المرأة المتزوجة، أما إذا أعطاها أكثر مما تُعطاها المرأة المتزوجة فإنه يلزمه أن يعطي الزوجة الأولى مثلما أعطاها بقدر الزائد. مثال ذلك إذا كان من العادة أن الرجل إذا تزوج امرأةً أعطاها من الحلي ما قيمته عشرة آلاف ريال ففي هذه الحال لا يعطي الزوجة الأولى شيئاً، وأما إذا أعطاها من الحلي ما قيمته أحد عشر ألف ريال فإنه يلزمه أن يعطي الزوجة الأولى ألفاً؛ لأن هذا الألف زائد على ما جرت به العادة مما تُعطاها المرأة المتزوجة والقول الصحيح في العدل بين الزوجات أنه يجب على الزوج أن يعدل بينهن في كل ما يمكنه العدل فيه سواءً من الهدايا أو النفقات بل وحتى الجماع إن قدر يجب عليه أن يعدل فيها؛ لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال:

(١) مجموع فتاوى ومقالات ابن باز ٢١/٢٣٧. والحديث المذكور سبق تخريجه.

«من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل» إلا أن ترضى الزوجة الأخرى بإسقاط حقها...»^(١).



(١) فتاوى نور على الدرب ١٠/٢٦٥. والحديث سبق تخرجه. وانظر: ١٠/٢٦٢، ١٠/٢٦٣، ١٠/٢٧٠-٢٧٣.

المبحث الخامس

كل تبرع في معصية أو إعانة عليها فهو محرم، ولا يصح

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة تحريم التبرعات من الصدقات والهبات والوصايا والوقف والقرض والعارية لمن يستعين بها على المعصية، وذلك أن أعظم مقصود في عقود التبرعات هو حصول الأجر، وفي بذلها للإعانة على المعصية مناقضة للمقصود الشرعي منها، لذا جاء المنع فيها.

المطلب الثاني: دراسة القاعدة وبيان أدلتها:

جاءت الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة على حرمة التعاون على الإثم والعدوان ويدخل في ذلك تحريم التبرع للإعانة على المعصية، بل حُكي الإجماع على حرمة ذلك في أكثر عقود التبرعات، ففي الوقف قال ابن قدامة: «وجملة ذلك أن الوقف لا يصح... ولا على معصية كبيت النار والبيع والكنائس وكتب التوراة والإنجيل؛ لأن ذلك معصية... والوقف على قناديل البيعة... وهذا مذهب الشافعي، ولا نعلم فيه خلافاً»^(١).

(١) المغني ٨/ ٢٣٤.

وقال ابن القيم: «لا يصح الوقف على مشهد ولا قبر يُسرج عليه ويُعظَّم، وينذر له ويحج له، ويعبد من دون الله سبحانه، ويتخذ وثناً من دونه، وهذا مما لا يُخالف فيه أحد من أئمة الإسلام ومن اتبع سبيلهم»^(١).

وقال ابن نجيم: «ولا خلاف أن من وقف على صلاة أو صيام أو قراءة أو جهاد غير شرعي ونحوه لم يصح»^(٢).

وجاء في منح الجليل في شرح مختصر خليل^(٣): «وبطل» الوقف على من يستعين به «على معصية». وفي الشرح الكبير للدردير^(٤) ذكر أمثلة بقوله: «كجعل غلته في ثمن خمر، أو حشيشة أو سلاح لقتال غير جائز».

وفي الوصية قال ابن حزم: «واتفقوا على أن الوصية بالمعاصي لا تجوز»^(٥).

وصرح غير واحد من الفقهاء بتحريم الهبة لمن يستعين بها في المعصية من ذلك قول الشربيني: «وانعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها... وقد يعرض لها أسباب تخرجها عن ذلك: منها: ما لو كان المتَّهَب يستعين بذلك على معصية»^(٦).

(١) زاد المعاد ٣/ ٥٠٧. وانظر للتوسع: موسوعة الإجماع ٨/ ١٧٣.

(٢) انظر: البحر الرائق ٥/ ٢٦٥. وانظر: الفتاوى الهندية ٢/ ٣٥٣.

(٣) ٨/ ١١٥.

(٤) ٥/ ٤٥٩.

(٥) مراتب الإجماع ١٩٣، وفي ١٩٢ قال: «تبطل الوصية في المعصية». وانظر للتوسع ونقل أقوال الفقهاء الموافقة للإجماع: موسوعة الإجماع ٨/ ٣٧٢.

(٦) مغني المحتاج ٤/ ٦٢.

- ومن الأدلة على تحريم التبرعات في الإعانة على المعصية:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [سورة المائدة: ٢].

وجه الاستدلال: أن الأصل في النهي أنه للتحريم، وقد نُهي عن التعاون على الإثم والعدوان، ومما يدخل في ذلك بذل التبرعات لمن يستعين بها على معصية الله، وإيذاء عباد الله.

الدليل الثاني: أن مقصود عقود التبرعات هو حصول الأجر، وفي بذلها في الإعانة على المعصية مضادة لهذا المقصود^(١).

الدليل الثالث: أن التبرعات يُراد بها مع الأجر نفع المتبرع له، والإعانة على المعصية ضرر عليه، والضرر محرّم شرعاً^(٢).

الدليل الرابع: قاعدة السببية، وهي أن كل من تسبب في شيء أو أعان عليه، ودعا إليه فهو كفاعله، ولها أدلة كثيرة منها: حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «مَنْ دَعَا إِلَى هُدًى كَانَ لَهُ مِنَ الْأَجْرِ مِثْلُ أُجُورٍ مَنْ تَبِعَهُ، لَا يَنْقُصُ ذَلِكَ مِنْ أُجُورِهِمْ شَيْئًا، وَمَنْ دَعَا إِلَى ضَلَالَةٍ كَانَ عَلَيْهِ مِنَ الْإِثْمِ مِثْلُ آثَامِ مَنْ تَبِعَهُ، لَا يَنْقُصُ ذَلِكَ مِنْ آثَامِهِمْ شَيْئًا»^(٣).

(١) انظر: المغني ٨/ ٥١٣، مجموع الفتاوى ٣١/ ٣١٥.

(٢) انظر: المغني ٨/ ٢٣٦.

(٣) أخرجه مسلم في كتاب العلم، باب رفع العلم وقبضه، رقم (٢٦٧٤).

- هذا وقد جاء في نظام الأحوال الشخصية في المادة (١٨٨): «يشترط في الموصى به ما يأتي: ... ٣- أن يكون مشروعاً». والوصية بالإعانة على الحرام ليست مشروعة.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة:

للقاعدة تطبيقات متعددة ومنها: أنه سئل شيخ الإسلام ابن تيمية: «عن رجل وقف وقفاً وشرط فيه شروطاً على جماعة قرّاء يحضرون كل يوم بعد صلاة الصبح يقرأون ما تيسر من القرآن... وشرط عليهم أيضاً أن يبيتوا كل ليلة بالترتبة المذكورة،...؟»

فأجاب: الحمد لله رب العالمين، أصل هذه المسألة - وهو الأعمال التي يُتقرب بها إلى الله، والوصية لأهلها والنذر لهم - أن تلك الأعمال لا بد أن تكون من الطاعات التي يجها الله ورسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فإذا كانت منهيّاً عنها لم يجز الوقف عليها، ولا اشترطها باتفاق المسلمين، وكذلك في النذر ونحوه،... وبالجملة لا خلاف بين العلماء أن من وقف على صلاة أو صيام أو قراءة أو جهاد غير شرعي لم يصح وقفه، بل هو يُنهي عن ذلك وعن البذل فيه... وبعد هذا يُنظر في تحقيق مناط الحكم في صورة السؤال وغيرها، فما تبين أنه من الشروط الفاسدة ألغى.. ومن هذه الشروط الباطلة ما يحتاج تغييره إلى همّة قويّة، وقدرة نافذة، ويؤيدها الله بالعلم والدين...

فمما لا نزاع فيه أن مييت الشخص في مكان معين دائماً ليس قرابة ولا طاعة باتفاق العلماء^(١).

وجاء في فتاوى العلامة محمد بن إبراهيم في وقف على الزوايا وعلى قراءة المولد^(٢) وفيه: «بدراستنا للصك ... ظهر لنا صحة أصل الوقف لاستكمال شروط الصحة، أما ما اشتمل عليه من شروط غير شرعية فهي لاغية، ونصوص العلماء في ذلك معروفة...».

وجاء في فتاويه^(٣): «من محمد بن إبراهيم إلى حضرة فضيلة رئيس المحكمة والدوائر الشرعية في... فقد جرى الاطلاع على الأوراق ... المرفقة بالاستفتاء المقدم إلينا بواسطةكم من ناظر وقف ..، المتضمن أن بعض أوقاف موقوفة في جهات غير شرعية ولا يقرها الشرع الشريف، كما جرى الاطلاع على صورة حجة الوقفية الموضحة بها شروط الوقف، وبتأمل ما ذكر وبمعرفة مقاصد بعض النظار الذين يتقدمون مستفتين عن مثل ذلك ومحاولين إبطال مثل هذا الوقف للتوصل إلى التصرف فيه وبيعه، فإننا لا نرى إبطاله بمثل ما ذكر؛ لأن إبطاله خلاف مقصود الواقف، بل خلاف مقصود الشارع؛ لأن الوقف على الأعمال الخيرية التي ندب إليها

(١) مجموع الفتاوى ٢٦/٣١.

(٢) ٤٨/٩.

(٣) ٥٣/٩. وانظر: ٦٠/٩ في وقف على قبة من القباب لترميمها وعمل الشاي والقهوة أثناء الاحتفالات، فأجاب الشيخ بعدم جواز ذلك؛ لأن من شرط الوقف أن يكون على بر وقرابة، والغلو في القبور وإقامة الزيارة عليها من البدع المنهي عنها، فعلى هذا يتعين المنع من هذا، وصرف الربيع لعمل بر كبناء المساجد وتفطير الصوام.

الشارع ولا ينبغي التعرض له بإفساد أو إبطال ما وجد سبيل لتصحيحه، لاسيما وهذا وقف قد حكم بصحته حاكم من مدة تزيد على ثلاثمائة سنة، ولا يزال العمل جارياً بوقفيته وصراف ريعه مصارفه طيلة هذه المدة. وغاية ما هنالك إن كان مصرفه على أوجه ووجد فيها شيء غير شرعي فيقتصر منها على الأشياء الشرعية».

وسئل العلامة ابن باز: «ما ردكم على من تهدي علبة عطر لامرأة أخرى، هل يجوز هذا؟ علماً بأن المرأة المهدي إليها تذهب إلى الشارع وهي متعطرة بهذا العطر، وهل يلحق صاحب الهدية إثم؟

فأجاب: إهداء الطيب إلى المرأة لا بأس به؛ لأن الهدية تجلب المودة والمحبة وللمهدي أجر، وإذا استخدمت المرأة المهدي إليها هذا الطيب على وجه محرم فالإثم عليها، لكن إذا كانت المهدي قد عرفت أن المهدي إليها تستعمل من هذا الطيب في الخروج إلى السوق فلا يجوز ذلك لها؛ لأن ذلك من باب المعونة على الإثم والعدوان، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]»^(١).

وسئل رحمه الله عن «الوصية التي تخالف الشرع، هل تنفذ أم لا؟ وكيف يتصرف الموصي إليه في هذه الوصية؟

فأجاب: الوصايا المخالفة للشرع لا تنفذ... لا ينفذ منها إلا ما وافق الشرع، فإذا أوصى الإنسان مثلاً في ماله بأكثر من الثلث لا ينفذ إلا الثلث

(١) مجموع فتاوى ومقالات ابن باز ٢٠/٦٣.

إلا برضا الورثة المرشدين إذا رضوا بالزيادة، وإذا أوصى بهال في معصية، كأن يُشترى به خمر، أو يُشترى به شيء من آلات الملاهي فإنها لا تنفذ الوصية، وهكذا، لا بد، الوصية أن تكون موافقة للشرع، أو أوصى للورثة، لبعض الورثة، لا وصية لوارث، لا بد أن تكون الوصية مطابقة للشرع، موافقة للشرع»^(١).

وسئل رَحْمَةُ اللَّهِ: «هل في منع العارية ممن لا يؤمنون في العقيدة أو في الخلق، أو في الالتزام، هل فيه إثم؟ وهل حينئذٍ أمتنع عن أشياء من إعارتها، وأنا أعلم يقيناً بأنه يستعمل في طريق غير مشروع، أو في ارتكاب أشياء مخالفة، هل عليّ في ذلك إثم؟

فأجاب: السنة الإعارة، إلا إذا غلب على ظنك أنه يستعمله في المعاصي فلا تعره، أما إذا كان مستوراً، أو لا تعلم شيئاً، فالسنة الإعارة، وأبشر بالخير، ولو كان ليس بجيد، ولو كان كافراً، إذا كان مستأمناً، أو معاهدًا، أو كان فاسقًا، لا بأس أن تعيره، مثلاً حصيراً يجلس عليه، أو آلة يقضي بها حاجته، كمسحاة أو فاروع يقطع به خشبًا، أو قدوم، المقصود تعيره شيئاً من حاجته إلا إذا كنت تعلم، أو غلب على ظنك أنه يستعملها في المعاصي، فلا تعنه على معاصي الله؛ لأن الله يقول: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٢).

(١) فتاوى نور على الدرب لابن باز ٤٢١/١٩.

(٢) المرجع السابق ١٠٤/١٩.

المبحث السادس

كل تبرع أفضى إلى ترك واجب كالنفقة فهو محرم

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة بتحريم التبرعات المؤدية إلى ترك الواجبات؛ لأنها خلاف مقتضى الشريعة في تقديم الواجب على المندوب، وذلك كأن يتصدق بهاله ويترك النفقة على من يعول، وكذا الوقف والهبة والوصية، ونحو ذلك من التبرعات المؤدية للإخلال بالواجبات.

المطلب الثاني: دراسة القاعدة وبيان أدلتها:

تفيد هذه القاعدة أنه لا يجوز للمرء أن يتبرع بوقف أو صدقة أو هبة أو وصية، بما يؤدي إلى تعطيل القيام بالواجبات التي في ذمته كالنفقة والزكاة والكفارات، وهذه القاعدة أمثلة وفروع متعددة، والأدلة عليها من الكتاب والسنة، والقواعد الفقهية، والمقاصد المرعية، تدل على صحتها على وجه العموم، وبالإستقراء للفروع المندرجة تحتها، يتبين ذلك جلياً، ومن أقوال أهل العلم في تقرير هذا الأصل:

قول ابن عابدين: «إن تصدق بما يُنقص مؤنة من يمونه أثم»^(١).

وقول الخطاب: «إن كان للوالد مال فوهبه أو تصدق به ثم طلب الابن بالنفقة فللوالد أن يرد فعله»^(٢).

(١) حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٦٠، وانظر: عمدة القاري ٨/ ٤٢٨.

(٢) مواهب الجليل ٤/ ٢٠٩. وانظر: المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم ٣/ ٨١.

وقول الشيرازي: «لا يجوز أن يتصدق بصدقة التطوع، وهو محتاج إلى ما يتصدق به لنفقته أو نفقة عياله»^(١).

وقول ابن قدامة: «فإن تصدق بما ينقص عن كفاية من تلزمه مؤنته، ولا كسب له، أثم»^(٢).

وقول ابن حزم: «ولا تنفذ هبة ولا صدقة لأحد إلا فيما أبقى له ولعياله غنى، فإن أعطى ما لا يبقى لنفسه وعياله بعده فُسِخَ كُلُّهُ»^(٣). ويلحق في حكم الصدقة سائر التبرعات^(٤).

ويتبين مما سبق أن جماهير الفقهاء على النهي عن التبرع المؤدي إلى إضاعة القيام بالواجبات كالنفقة ونحوها.

والقول الثاني: كراهة ذلك أو عدم استحبابه^(٥). ومنهم من سَوَّخَ ذلك إن كان قادراً على الاكتساب^(٦)، وهذا ليس محل البحث هنا؛ لأنه لا يُجَلُّ بالواجب في هذه الصورة.

(١) المهذب مع المجموع ٢٢٩/٦. وانظر: روضة الطالبين ٢/٣٤٢.

(٢) المغني ٤/٣٢٠. وانظر: المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٧/٣١٦.

(٣) المحلى ٩/١٣٦.

(٤) انظر: فتح الباري ٣/٣٧٢.

(٥) المجموع ٦/٢٢٩، وقال النووي في شرحه: «إذا كان محتاجاً إلى ما معه لنفقة نفسه أو عياله، هل يتصدق صدقة التطوع؟ فيه ثلاثة أوجه: ... والثالث: وهو الأصح لا يجوز» وفي روضة الطالبين بعد ذكر القول بالكرهية ٢/٣٤٢: «وقال القاضي أبو الطيب و... وآخرون: لا يجوز أن يتصدق بما يحتاج إليه لنفقته أو نفقة عياله، وهذا أصح في نفقة عياله، والأول أصح في نفقة نفسه». وانظر: أسنى المطالب ١/٤٠٧.

(٦) ذكر ذلك جماعة من أهل العلم منهم ابن قدامة والنووي وابن حجر. انظر: المغني ٤/٣٢٠، المجموع ٦/٢٢٩، فتح الباري ٣/٣٧٢.

أدلة الأقوال:

- أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا﴾ [سورة الإسراء: ٢٩].

وجه الاستدلال: في هذه الآية النهي عن بسط اليد بمعنى إنفاق الإنسان ما يملك، حتى لا يبقى له شيء ينفق منه على نفسه وعلى من تلزمه مؤنته من أهل وقرابة^(١).

الدليل الثاني: حديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كَفَى بِالْمُرءِ إِثْمًا أَنْ يَجْبَسَ، عَمَّنْ يَمْلِكُ، قَوْلَهُ»^(٢).

وجه الاستدلال: يدل على أن مما يآثم به المرء أن يضيع من يعوله، ويجبس عنه قوته، وفي حكم جبس القوت، بذله لغيرهم ممن لا تجب نفقتهم؛ لحصول الضرر بذلك عليهم^(٣).

الدليل الثالث: حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: أعتق رجل من بني عذرة عبداً له عن دُبرٍ. فبلغ ذلك رسولَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: «أَلَيْكَ مَالٌ غَيْرُهُ؟» فَقَالَ: لَا. فَقَالَ: «مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنِّي؟» فَاشْتَرَاهُ نَعِيمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْعَدَوِيِّ بِثَمَانِيَةِ دِرْهَمٍ. فَجَاءَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ. ثُمَّ قَالَ: «أَبْدَأُ

(١) الجامع لأحكام القرآن ١٣ / ٦٩.

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الزكاة، باب النفقة على العيال والمملوك، رقم (٩٩٦).

(٣) انظر: المغني ٤ / ٣٢٠، شرح مسلم للنووي ٦ / ٤٣٤.

بِنَفْسِكَ فَتَصَدَّقْ عَلَيْهَا. فَإِنْ فَضَّلَ شَيْءٌ فَلِأَهْلِكَ. فَإِنْ فَضَّلَ عَنْ أَهْلِكَ شَيْءٌ فَلِذِي قَرَابَتِكَ. فَإِنْ فَضَّلَ عَنْ ذِي قَرَابَتِكَ شَيْءٌ فَهَكَذَا وَهَكَذَا» يَقُولُ: فَبَيْنَ يَدَيْكَ وَعَنْ يَمِينِكَ وَعَنْ شِمَالِكَ^(١).

وجه الاستدلال: فيه أنه لا يجوز التبرع لمن كان فقيراً يترتب على تبرعه ضياع من تلزمه نفقته، ففيه أن الحقوق والفضائل إذا تزامت قدّم الأوكد فالأوكد^(٢).

الدليل الرابع: حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «خَيْرُ الصَّدَقَةِ مَا كَانَ عَنْ ظَهْرِ غِنَى، وَأَبْدَأُ بِمَنْ تَعُولُ»^(٣).

وجه الاستدلال: مفهوم الحديث أن ما كان عن غير غنى، ويتسبب به إلى ضياع الواجبات، ليس من الخير، بل الخير في أداء ما وجب. قال البخاري في تبويبه على هذا الحديث: «بَابُ: لَا صَدَقَةَ إِلَّا عَنِ ظَهْرِ غِنَى وَمَنْ تَصَدَّقَ وَهُوَ مُحْتَاجٌ أَوْ أَهْلُهُ مُحْتَاجٌ أَوْ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَالَّذِينَ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى مِنْ الصَّدَقَةِ وَالْعَتَقِ وَالْهَبَةِ وَهُوَ رَدٌّ عَلَيْهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُتْلَفَ أَمْوَالَ النَّاسِ قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ أَخَذَ أَمْوَالَ النَّاسِ يُرِيدُ إِتْلَافَهَا أَتْلَفَهُ اللَّهُ» إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعْرُوفًا بِالصَّبْرِ فَيُؤَثِّرَ عَلَى نَفْسِهِ وَلَوْ كَانَ بِهِ خِصَاصَةٌ كَفَعَلَ

(١) أخرجه مسلم في كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة. رقم (٩٩٧).

(٢) شرح مسلم للنووي ٤٣٧/٦.

(٣) أخرجه البخاري رقم (١٤٢٦)، وجاء من حديث حكيم بن حزام رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِنَحْوِهِ أخرجه البخاري رقم (١٤٢٧)، ومسلم رقم (١٠٣٤).

أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حِينَ تَصَدَّقَ بِإِلَيْهِ، وَكَذَلِكَ آثَرَ الْأَنْصَارُ الْمُهَاجِرِينَ، وَنَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ إِضَاعَةِ الْمَالِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَيِّعَ أَمْوَالَ النَّاسِ بِعِلَّةِ الصَّدَقَةِ، وَقَالَ كَعْبٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ مِنْ تَوْبَتِي أَنْ أَنْخَلِعَ مِنْ مَالِي صَدَقَةً إِلَى اللَّهِ وَإِلَى رَسُولِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «أُمْسِكْ عَلَيْكَ بَعْضَ مَالِكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكَ» قُلْتُ فَإِنِّي أُمْسِكُ سَهْمِي الَّذِي بِخَيْرٍ^(١).

ففي ما ذكره البخاري بيان للنهي عن التبرع لمن كان محتاجاً للمال للنفقة، وفيه توجيه لأدلة من قال بعدم التحريم، بأنها محمولة على من كان معروفاً بالصبر فيؤثر على نفسه، وأجاب آخرون بأنها محمولة على من كان عنده كسب يكف به حاجته وحاجة من يعول كحال أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فإنه كان تاجراً معروفاً بذلك^(٢).

قال ابن حجر في شرحه لهذا الباب: «كأنه أراد تفسير الحديث المذكور بأن شرط المتصدق أن لا يكون محتاجاً لنفسه، أو لمن تلزمه نفقته، ويلتحق بالتصدق سائر التبرعات»^(٣).

الدليل الخامس: حديث سعد بن أبي وقاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «عَادَنِي النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ مِنْ مَرَضٍ أَشْفَيْتُ مِنْهُ عَلَى الْمَوْتِ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، بَلَغَ بِي مِنَ الْوَجَعِ مَا تَرَى، وَأَنَا ذُو مَالٍ، وَلَا يَرْتُنِّي إِلَّا ابْنَةٌ لِي وَاحِدَةٌ، أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلْثِي مَالِي؟ قَالَ: «لَا»، قَالَ: فَأَتَصَدَّقُ بِشَطْرِهِ؟ قَالَ:

(١) فتح الباري ٣/ ٣٧٢. وانظر فيه تحريج الأخبار المذكورة في كلام الإمام البخاري.

(٢) انظر: المغني ٤/ ٣٢٠، فتح الباري ٣/ ٣٧٢.

(٣) فتح الباري ٣/ ٣٧٢. وانظر: المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم ٣/ ٨١.

«الثُّلُثُ يَا سَعْدُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ ذُرِّيَّتَكَ أَغْنِيَاءَ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»^(١).

وجه الاستدلال: «في الحديث إشارة إلى النهي عن التبرع بما يلحق الضرر بالذرية، إذ كيف يصرفه في الأجنب أو في المساجد، وعياله الضعفاء يتكففون الناس»^(٢).

الدليل السادس: «أن نفقة من يمونه واجبة، والتطوع نافلة، وتقديم النفل على الواجب غير جائز»^(٣).

- أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَيُؤْتِرُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوقِ شَحْحَ نَفْسِهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ [سورة الحشر: ٩].

وجه الاستدلال: في الآية الثناء على من أثر على نفسه، ولو مع وجود الخصاصة والحاجة، ففيه مشروعية التبرع ولو كان الإنسان محتاجاً^(٤).

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: فتاوى محمد بن إبراهيم ٩/ ٢٣٠. وفيه: «في هذا ما يؤيد ما أفتى به كثير من أهل العلم أن من أوصى وصية على معيّن وعياله محتاجون، أنه يصرف على عياله المحتاجين، يترك عياله يتضاغون ويجعلها للمسجد؟! لكن هذا يصرف لهم وقتاً، ما داموا محتاجين، وإن كان يبقى بعد سدّ خلتهم شيء صُرف الباقي في سبيله».

(٣) المغني ٤/ ٣٢٠، المجموع ٦/ ٢٣٠.

(٤) انظر: الجامع لأحكام القرآن ٢٠/ ٣٦٧.

نوقش: بأنه لا إشكال في ذلك على الإنسان في خاصة نفسه إن علم من نفسه الصبر على الحاجة، أو القدرة على الكسب.

قال ابن قدامة: «فإن كان الرجل وحده، أو كان واثقاً من نفسه، يحسن التوكل والصبر على الفقر، والتعفف عن المسألة، فحسن»^(١).

الدليل الثاني: حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله، أصابني الجهد، فأرسل إلى نسائه فلم يجد عندهن شيئاً، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ألا رجل يضيف هذه الليلة، يرحمه الله»، فقام رجل من الأنصار فقال: أنا يا رسول الله، فذهب إلى أهله فقال لامرأته: ضيف رسول الله صلى الله عليه وسلم، لا تدخريه شيئاً، قالت: والله ما عندي إلا قوت الصبية، قال: فإذا أَرَادَ الصبية العشاء فنوميهن وتعالين، فأطفيئ السراج، ونطوي بطوننا الليلة، ففعلت، ثم غدا الرجل على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: «لقد عجب الله - عز وجل -، أو: ضحك من فلان وفلانة، فأنزل الله عز وجل: ﴿وَيُؤْتِرُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾»^(٢).

(١) المغني ٤/ ٣٢٠، وانظر: الجامع لأحكام القرآن ٢٠/ ٣٦٧، فتح الباري ٣/ ٣٧٣.

(٢) أخرجه البخاري في التفسير، باب قوله تعالى: ﴿وَيُؤْتِرُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ رقم: ٤٨٨٩، ومسلم في كتاب الأشربة، باب إكرام الضيف وفضيلة إيثاره رقم: ٢٠٥٤.

وجه الاستدلال: فيه إثارة الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ لضيفهم بطعامهم، ونزلت الآية في الثناء عليهم، وأقرهم على ذلك النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فدل على مشروعية الإيثار بما يحتاجه الإنسان.
نوقش من وجهين^(١):

الوجه الأول: أن هذا ليس من باب صدقة التطوع إنما هو ضيافة، والضيافة لا يشترط فيها الفضل عن عياله ونفسه؛ لتأكدها وكثرة الحث عليها حتى أن جماعة من العلماء أوجبوها.

الوجه الثاني: أنه محمول على أن الصبيان لم يكونوا محتاجين حينئذ بل كانوا قد أكلوا حاجتهم وأما الرجل وامرأته فتبرعا بحقهما وكانا صابرين فرحين بذلك؛ ولهذا جاء في الآية والحديث الثناء عليهما.

فإن قيل: قوله «نومي صبيانك»، يدل على أن الصبيان كانوا جوعاً.

فالجواب: أن الصبيان لا يتركون الأكل عند حضور الطعام ولو كانوا شباعاً، فخاف إن بقوا مستيقظين أن يطلبوا الأكل عند حضور الطعام على العادة فينكدوا عليهما وعلى الضيف لقلة الطعام.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول بتحريم تبرع الإنسان بما يترتب عليه الإخلال بالواجب، كالتفقة، لقوة أدلة هذا القول وسلامتها من المناقشة،

(١) المجموع ٦/ ٢٣٠.

ولأن قاعدة الشريعة تقديم الواجب على النفل، وفي تسويغ التبرع بمثل هذه الصورة مخالفة لقواعد ومقاصد الشريعة، ويتبين بذلك صحّة القاعدة، واطرادها في تحريم جميع أنواع التبرعات المؤدية إلى الإخلال بالواجبات.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة:

للقاعدة تطبيقات متعددة في عدد من أبواب التبرعات ومنها، كل قضية أوصى فيها المتبرع بما يزيد عن الثلث، فهي غير نافذة فضلاً عن وصيته بجميع ماله، فلا ينفذ ذلك إلا بإذن الورثة حفظاً لحقهم، فتختص الوصية بعدم مجاوزة الثلث مطلقاً، إلا بإذن الورثة، أما ما عداها من التبرعات فهي مقدرّة بما لا يحصل به ضرر من تلزمه نفقتهم، ومن التطبيقات في ذلك: ما جاء في فتاوى العلامة محمد بن إبراهيم^(١): «من محمد بن إبراهيم إلى المكرم ... فقد وصلتنا برقيتك، وفهمنا ما تضمنته من أن إنساناً له مال قليل، وله عائلة، وليس لهم كفاية ولا كسب، وهو صحيح، وتساءل: هل له أن يتصدق بماله كله، أم لا؟»

والجواب: الحمد لله. إذا كان له كسب يكفي عائلته، وهو صحيح الجسم والعقل، فلا بأس بتصدقه بجميع ماله».

ومنها ما جاء في فتاويه رَحِمَهُ اللهُ^(٢): «من محمد بن إبراهيم إلى فضيلة رئيس محكمة... فقد اطلعنا على المعاملة... المتعلقة باستفتاء... عن وقفيته

(١) ١٤٨/٤.

(٢) ١٠٢/٩.

لداره... والتي ذكر أنه وقفها على إخوانه، وحرّم زوجته، وبعدهما رزقه الله أولاداً منها وأصبحوا محرومين فقد علم من أهل العلم أن هذا الوقف جنف وطلب الفتوى الشرعية في ذلك.

وبتأمل ما ذكرتم في خطابكم من أنه لم يذكر في صك الوقفية أنه حكم بصحة الوقف، وأن المذكور لا يملك شيئاً من المال أو العقار غير تلك الدار الموقوفة، وأنه متزوج، وله أولاد أكبرهم عمره أربعة عشر عاماً وأصغرهم لم يبلغ سنة، وأن إخوانه الموقوف عليهم أشهدوا على أخيهم بأن أخاهم وقف البيت وقف جنف وحرمان لا يقوم على العدل والتقوى، وأقروا على أنفسهم بذلك، وأن شقيقهم المذكور لا يملك من حطام الدنيا غير تلك الدار. بتأمل ما ذكر ترجح القول ببطلان هذا الوقف فبلغوهم بذلك، وأكملوا ما يلزم».

وجاء في فتاويه^(١): «من محمد بن إبراهيم إلى فضيلة رئيس محكمة... بالإشارة إلى خطابكم المتضمن أنه سبق أن أوقف جميع ما يملك من العقار وهو... ودكاكين، ثم أصيب بمرض أقعده عن العلم، وأنه نفذ كل ما لديه من مال، وأنه الآن لا يستطيع أن ينفق على نفسه، ويرغب سحب وقفه وأحد الدكانين لبيعه وينفق على نفسه من ثمنه، ويستفتي عن ذلك؟

(١) ١١٣/٩. وفي قضية أخرى مشابهة ١١٣/٩ رأى فيها الشيخ لزوم الوقف وعدم جواز الرجوع فيه، لكن المستفتي فيها طلب الرجوع في جميع الوقف، فلعل هذا هو الفرق، أو أن لكل قضية ما يخصها - والله أعلم -.

ونفيدكم أنه إذا كان الأمر كما ذكره من حاجته الشديدة، وإذا لم يكن ثم أحد تلزمه نفقته، وليس له مال يستطيع الإنفاق منه أو من ثمنه، وليس في غلة الوقف ما يكفي للإنفاق عليه، فلا بأس بسحبه وقفية أحد الدكانين وبيعه والإنفاق على نفسه منه».

المبحث السابع

كل تبرع من مدينٍ مطالبٍ بدينه يضر بغرمائه فهو محرمٌ ولا يصح

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى القاعدة:

تفيد هذه القاعدة، تحريم التبرعات من المدين التي تؤدي إلى عدم قدرته على أداء حقوق الدائنين الحالّة، وهذا شاملٌ لجميع التبرعات من هبة أو وقف أو صدقة أو وصيّة، فليس له أن يضيع الحقوق اللازمة الواجبة بالتبرعات المستحبة، وهذا خاص بالدين الحال الذي يؤدي التبرع إلى عدم القدرة على السداد، أما مع القدرة على السداد، أو في الدين المؤجل الذي يقدر المرء في زمنه على الاكتساب والسداد فهذا لا يُنهى فيه المرء عن التبرع.

المطلب الثاني: دراسة القاعدة وبيان أدلتها:

قرر كثير من أهل العلم حرمة التبرع بما يضر الغرماء، ومن أقوالهم في ذلك:

ما جاء في مختصر خليل^(١): «للغريم منع من أحاط الدين بهاله من تبرعه»، وفي الشرح الكبير عليه^(٢): «لعتق أو هبة أو صدق أو حبس أو حمالة، ولا يجوز له ذلك، ولهم ردّه حيث علموا، ومن التبرع قرض لعديم؛

(١) ٤٧٩.

(٢) ٤٢٤/٤. وانظر: البيان والتحصيل ١٠/٤١٤، مواهب الجليل ٥/٣٣.

لما في ذلك من ضياع مال الغير، وليس منه ما جرت به العادة ككسرة لسائل...».

وقال النووي: «إذا أراد صدقة التطوع وعليه دين، فقد أطلق المصنف وشيخه وأبو الطيب وابن الصبَّاغ والبغوي وآخرون أنه لا تجوز صدقة التطوع لمن هو محتاجٌ إلى ما يتصدق به لقضاء دينه...»، ثم ذكر قولاً بالكرَاهة، وقولاً بعدم الاستحباب، ثم قال: «والمختار أنه إن غلب على ظنه حصول الوفاء من جهة أخرى فلا بأس بالصدقة، وقد تستحب، وإلا فلا تحل، وعلى هذا التفصيل يُحمل كلام الأصحاب المطلق»^(١).

وقال المرادوي: «اعلم أنه إذا كان عليه دين أكثر من ماله، وتصرف فلا يخلو: إما أن يكون تصرفه قبل الحجر عليه أو بعده. فإن كان قبل الحجر عليه: صح تصرفه، على الصحيح من المذهب... وقيل لا ينفذ تصرفه. ذكره الشيخ تقي الدين، وحكاه رواية. واختاره. وسأله جعفر: من عليه دين يتصدق بشيء؟ قال: الشيء اليسير. وقضاء دينه أو جب عليه. قلت: وهذا القول هو الصواب، خصوصاً وقد كثرت حيل الناس... ونص في رواية: على أن من أوصى لأجنب، وله أقارب محتاجون: أن الوصية ترد عليهم. قال في القاعدة الحادية عشرة: فيخرج من ذلك: أن من تبرع وعليه نفقة واجبة لو ارث أو دين، وليس له وفاء: أنه يرد... ونقل ابن منصور فيمن

(١) المجموع ٦/ ٢٣٠.

تصدق عند موته بهاله كله قال: هذا مردود، ولو كان في حياته: لم أجوز إذا كان له ولد. فعلى المذهب: يحرم عليه التصرف إن أضر بغريمه»^(١).

ويتبين مما سبق أن جمهور أهل العلم يرون تحريم التبرع ممن هو مطالب بدين حال، ودينه أكثر من ماله، وقد يُعفى عن الشيء اليسير^(٢)، وأدلة التحريم سبق بيان شيء منها في المبحث السابق عند بيان تحريم التبرع إذا أدى إلى الإخلال بالنفقة الواجبة، فهذا مثله محرم؛ لأن سداد الدين واجب، ولا يقدم النفل على الواجب، لكن لو تبرع فهل يصح، أشير إلى المسألة باختصار وهي على حالين:

الحال الأولى: إن كان التبرع بعد الحجر ففي صحّة التبرع قولان:

القول الأول: عدم صحّة التبرع من المحجور عليه، وهو قول عند الحنفية^(٣)، ومذهب المالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦).

(١) الإنصاف ١٣/٢٤٨. وقد نقلت النص بطوله، لفائدته في مسائل متعددة من هذا البحث. وانظر: الفروع ٦/٤٦٤.

(٢) انظر: البيان والتحصيل ١٠/٤١٤ مختصر خليل ٤٧٩، مواهب الجليل ٥/٣٣، المهذب والمجموع ٦/٢٣٠، إعلام الموقعين ٥/٤٠٤، الفروع ٦/٤٦٤، فتح الباري ٣/٣٧٣، عمدة القاري ٨/٤٢٨.

(٣) انظر: المبسوط ٢٤/١٦٣.

(٤) انظر: البيان والتحصيل ١٠/٤١٤، مواهب الجليل ٥/٣٣، الشرح الكبير ٤/٤٢٤.

(٥) انظر: مغني المحتاج ٣/١٣١، تحفة المحتاج ٥/١٢٣.

(٦) انظر: المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٣/٢٤٣.

واستدلوا: بوجود الحجر من القاضي المفيد منعه من التصرف في أمواله ومن ذلك التبرع به، بل هو أولى بالمنع من المعاوضة^(١).

القول الثاني: صحة تبرع المحجور عليه، وهو قول أبي حنيفة^(٢).

ودليله: أن المحجور عليه له الأهلية الكاملة^(٣).

نوقش: بأن الحجر يكون على أمواله لتعلق حق الغرماء بها^(٤).

الحال الثانية: إن كان التبرع من المدين غير المليء قبل الحجر ففيه قولان:

القول الأول: صحّة تبرع المدين غير المليء قبل الحجر، وهو مذهب

الحنفية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧).

واستدلوا: بأن الأصل صحّة التصرف لبقاء الأهلية، وأن تبرعه بشيء

يملكه، والديون تتعلق بذمته لا بأعيان ماله، ولأن سبب المنع الحجر، فلا

يتقدم سببه^(٨).

(١) انظر: المنع والشرح الكبير. ١٣/٢٤٧.

(٢) انظر: المبسوط ٢٤/١٦٣.

(٣) انظر: المبسوط ٢٤/١٦٣.

(٤) انظر: الشرح الكبير.

(٥) انظر: المبسوط ٢٤/١٦٣.

(٦) انظر: المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٣/١٣١.

(٧) انظر: إعلام الموقعين ٥/٤٠٤، الإنصاف ١٣/٢٤٣.

(٨) انظر: المراجع السابقة.

القول الثاني: عدم صحّة تبرع المدين غير الميء قبل الحجر عليه، وهو مذهب مالك^(١)، ورواية عن أحمد^(٢)، اختارها ابن تيمية^(٣)، وابن القيم^(٤).
 واستدلوا: بأنه في حكم المحجور عليه شرعاً؛ لتحريم تصرفه بما يضر بغيره، وإن لم يحجر عليه القاضي؛ وقياساً على حكم المريض مرض الموت، قال ابن القيم -مبيناً تحريم وعدم صحة التبرع ممن استغرقت الديون ماله-: «إن استغرقت الديون ماله لم يصح تبرعه بما يضر بأرباب الديون، سواء حجر عليه الحاكم، أو لم يحجر عليه، هذا مذهب مالك، واختيار شيخنا، وعند الثلاثة يصح تصرفه في ماله قبل الحجر بأنواع التصرف، والصحيح هو القول الأول، وهو الذي لا يليق بأصول المذهب غيره، بل هو مقتضى أصول الشرع وقواعده؛ لأن حق الغرماء قد تعلق بماله؛ ولهذا يحجر عليه الحاكم، ولولا تعلق حق الغرماء بماله، لم يسع الحاكم الحجر عليه، فصار كالمريض مرض الموت؛ لما تعلق حق الورثة بماله منعه الشارع من التبرع بما زاد على الثلث، فإن في تمكينه من التبرع بماله إبطال حق الورثة منه، وفي تمكين هذا المدين من التبرع إبطال حقوق الغرماء، والشريعة لا تأتي بمثل هذا؛ فإنها إنما جاءت بحفظ حقوق أرباب الحقوق بكل طريق، وسد الطرق المفضية إلى إضاعتها، وقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من أخذ أموال الناس

(١) مختصر خليل ٤٧٩، مواهب الجليل ٣٣ / ٥، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٢٤ / ٤.

(٢) انظر: إعلام الموقعين ٥ / ٤٠٤، الفروع ٦ / ٤٦٤، الإنصاف ١٣ / ٢٤٣.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) انظر: إعلام الموقعين ٥ / ٤٠٤.

يريد أداءها أداها الله عنه ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله»^(١)، ولا ريب أن هذا التبرع إتلاف لها، فكيف ينفذ تبرع من دعا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على فاعله؟^(٢).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول بتحريم وعدم صحّة تبرع المدين الذي استغرقت ديونه الحالة أمواله، لقوة أدلة هذا القول، وسلامتها من المناقشة، ولما يشهد له من القواعد الفقهية، والمقاصد الشرعية، وبهذا يتبين صحّة هذه القاعدة في منع كل تبرع من مدينٍ مطالبٍ بدينه يضر بغرمائه.

- ويدخل من باب أولى في النهي عن تبرع المدين الذي يضر تبرعه بغرمائه، تبرعه بعين مرهونة بدينه، فقد ذهب عامّة الفقهاء إلى عدم جواز تصرف الراهن بعد لزوم العقد بما يزيل الملك^(٣)؛ لتعلق حق الغير به، فكل عين مرهونة بدين لا يصح التبرع بها، حتى الوصيّة بالعين المرهونة لا تنفذ إلا بعد سداد الدين، فالدين مقدم على الوصيّة والإرث، قال ابن حزم:

(١) سبق تحريجه.

(٢) إعلام الموقعين ٥ / ٤٠٤.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٣ / ١٨٥ فقد ذكروا عدم الخلاف في المسألة. وأشار جماعة من الحنفية إلى صحته وعندهم في التصرف بالرهن أقوال أصحابها أنه جائز موقوف على إجازة المرتهن أو قضاء دينه، وهناك قول عند بعض الفقهاء بصحته إلحاقاً له بالعتق. انظر: تبيين الحقائق ٦ / ٨٤، العناية شرح الهداية ١٠ / ١٧٩، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٦ / ٥٩٨، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٤ / ٤٠٢، البيان ٦ / ٨١، مغني المحتاج ٤ / ١٠٣، الشرح الكبير والإنصاف ١٦ / ٣٧٥.

«واتفقوا على أن الوصية لا تجوز إلا بعد أداء ديون الناس، فإن فضل شيء جازت الوصية وإلا فلا»^(١).

- هذا وقد جاء في نظام الأحوال الشخصية في المادة (١٧١): «تنفذ الوصية من تركة الموصي، بعد إخراج نفقات تجهيز الميت وأداء ديونه». ففيه أنه يمنع من تنفيذها قبل أداء الديون. وجاء في المبدأ القضائي رقم (٤٣٥): «الوقف المنجز الذي لم يسبق برهن لا يُباع لسداد دين الواقف»^(٢)، ففيه أنه إن كان العقار مرهوناً أنه يُباع لسداد دين الواقف.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة:

لهذه القاعدة تطبيقات متعددة ومنها: أن شيخ الإسلام ابن تيمية سئل: «عن رجل عليه دين، ويفضل عليه من الدين، وأوهب في مرض موته لمملوك معتوق من ذلك المال، فهل لأهل الدين استرجاعه أم لا؟»

فأجاب: الحمد لله، نعم، إذا كان عليه دين مستغرقً لماله فليس له في مرض الموت أن يتبرع لأحد بهبة ولا محاباة، ولا إبراء من دين إلا بإجازة الغرماء، بل ليس للورثة حق إلا بعد وفاء الدين، وهذا باتفاق المسلمين، كما

(١) مراتب الإجماع ١٩٠.

(٢) المبادئ والقرارات القضائية ١٥٣.

أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى بالدين قبل الوصية^(١)، والتبرع في مرض الموت كالوصية باتفاق الأئمة الأربعة^(٢).

ففيه المنع من التبرع المضر بالغرماء من هبة أو وصية في مرض الموت، بل إن الدين مقدّم على التبرع بالوصية مطلقاً، وفي غيرها خلاف في تحريمه وفي نفوذه سبق الإشارة إليه قريباً، واختار شيخ الإسلام تحريم التبرع وعدم صحته إن كان مضرًا بالغرماء.

وسئل رَحِمَهُ اللَّهُ عن «عمن وقف وقفاً مستغلاً، ثم مات، فظهر عليه دين: فهل يباع الوقف في دينه.

الجواب: إذا أمكن وفاء الدين من ريع الوقف لم يجز بيعه، وإن لم يمكن وفاء الدين إلا ببيع شيء من الوقف - وهو في مرض الموت - بيع باتفاق العلماء. وإن كان الوقف في الصحة: فهل يباع لوفاء الدين؟ فيه خلاف بين العلماء في مذهب أحمد، وغيره. ومنعه قول قوي^(٣).

(١) أخرجه الترمذي أبواب الوصايا عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية، رقم (٢١٢٢). وقال: «العمل على هذا عند عامة أهل العلم، أنه يبدأ بالدين قبل الوصية». وأخرجه ابن ماجه في كتاب الوصايا، باب الدين قبل الوصية، رقم (٢٧١٥). وحسنه الألباني في الإرواء رقم (١٦٦٧). وفي سننه الحارث الأعمور، قال ابن حجر في تخلص الحبير ٣/ ٢١٠: «والحارث وإن كان ضعيفاً فإن الإجماع منعقد على وفق ما روى».

(٢) مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٩٢.

(٣) الفتاوى الكبرى ٤/ ٣٥٥.

وسئل العلامة ابن باز رَحِمَهُ اللهُ: «هل يجوز وقف العمار التي بنيت بقرض من صندوق التنمية العقاري وهي لا تزال مرهونة لدى الصندوق؟ فأجاب: في هذه المسألة خلاف بين العلماء مبني على مسألة أخرى، وهي هل يلزم الرهن بدون قبض أم لا؟ فمن قال: لا يلزم إلا بالقبض، قال: يصح الوقف وغيره من التصرفات التي تنقل الملك؛ لكون الرهن لم يقبض، ومن قال: إن الرهن يلزم ولو لم يقبض المرهون، لم يصح الوقف ولا غيره من التصرفات الناقلة للملك، وبذلك يعلم أن الأحوط عدم وقفه حتى يسدد ما عليه للبنك خروجاً من خلاف العلماء وعملاً بالحديث الشريف: «المسلمون على شروطهم»^(١).

وسأل سائل العلامة ابن عثيمين بقوله: «سمعت من بعض الناس أن الصدقة المبدولة من شخص عليه دين غير مقبولة ولا يؤجر عليها فهل صحيح هذا وما هي الحقوق الشرعية التي يعفى منها من عليه دين حتى يقضيه؟

(١) مجموع فتاوى ومقالات ابن باز ٢٠ / ٢٥. والحديث أخرجه أبو داود في كتاب الأفضية، باب في الصلح، رقم: (٣٥٩٤)، من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وأخرجه الترمذي من حديث عمرو بن عوف المزني في كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، في الصلح بين الناس، رقم: (١٣٥٢) وقال: «حسن صحيح» وفي أسانيده كلام ضعفها بعض العلماء وكان الترمذي اعتبره بكثرة طرقه، وحسن ابن كثير في إرشاد الفقيه (٢ / ٥٤) إسناد أبي داود، وقال شيخ الإسلام في الفتاوى (٢٩ / ١٤٧): «وهذه الأسانيد وإن كان الواحد منها ضعيفاً فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضاً» وصححه الألباني في الإرواء (٥ / ١٤٦).

فأجاب رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى: الصدقة من الإنفاق المأمور به شرعاً والإحسان إلى عباد الله إذا وقعت موقعها والإنسان مثاب عليها وكل امرئ في ظل صدقته يوم القيامة وهي مقبولة سواء كان على الإنسان دين أو لم يكن عليه دين إذا تمت فيها شروط القبول بأن تكون بإخلاص لله عَزَّوَجَلَّ ومن كسب طيب ووقعت في محلها فهذه الشروط تكون مقبولة بمقتضى الدلائل الشرعية ولا يشترط ألا يكون على الإنسان دين^(١) لكن إذا كان الدين يستغرق جميع ما عنده فإنه ليس من الحكمة ولا من العقل أن يتصدق، والصدقة مندوبة وليس بواجبة ويدع ديناً واجباً عليه، فليبدأ أولاً بالواجب ثم يتصدق، وقد اختلف أهل العلم فيما إذا تصدق وعليه دين يستغرق، فمنهم من يقول إن ذلك لا يجوز له لأنه إضرار بغريمه وإبقاء لشغل ذمته بهذا الدين الواجب، ومنهم من قال إنه يجوز لكنه خلاف الأولى، وعلى كل

(١) وفي الشرح الممتع ٥٨ / ١١ رَجَّحَ عدم جواز الوقف وعدم لزومه من المدين الذي استغرقت ديونه أمواله وفيه: «ومن المعلوم أن المدين إذا كان قد حجر عليه فإن وقفه لا يصح، لكن إذا لم يحجر عليه وأوقف، وكان عليه دين يستغرق الوقف، فظاهر كلام المؤلف: أن الوقف لازم، والقول الثاني وهو الراجح: أن الوقف في هذه الصورة ليس بلازم، ولا يجوز تنفيذه؛ لأن قضاء الدين واجب والوقف تطوع، ولا يجوز أن نضيق على واجب لتطوع... فإن طرأ الدين بعد الوقف، كما لو وقف بيته ثم افتقر واستدان، فهل يفسخ الوقف، أو نقول: إنه لا يفسخ؛ لأنه تم بدون وجود المانع فيستمر؟ الأقرب الثاني، وقال شيخ الإسلام رَحْمَةُ اللَّهِ: له أن يبيعه في دينه؛ لأن هذا ليس أشد من المدبر، وهو العبد الذي علَّق عتقه بموت سيده، وقد باعه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الدين، لكن الأرجح الأول، يعني أنه إذا حدث الدين بعد الوقف فإن الوقف يمضي، والدين يبسر الله أمره».

حال فلا ينبغي للإنسان الذي عليه دين يستغرق جميع ما عنده لا ينبغي له أن يتصدق حتى يوفي جميع الدين؛ لأن الواجب أهم من التطوع»^(١).

هذا ما تيسر جمعه من القواعد في التبرع الممنوع، التي تبين للباحث صحتها واطرادها، وهناك قواعد قررها بعض أهل العلم، ولكن لا تخلو من نظر، كقولهم: كل تبرع من زوجة بما فوق الثلث فهو غير جائز، ويحرم تنفيذه إلا بإذن الزوج، فهذه القاعدة قال بها المالكية^(٢)، والقول بها رواية عن أحمد^(٣). وخالفهم الجمهور، وعمدة القائلين بالقاعدة حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده، أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا يجوز لامرأة أُمْرٌ في مالها إذا مَلَكَتْ زوجها عصمتها»^(٤). ونحوه من الأحاديث التي تدل على منع المرأة من التصرف في مالها إذا ملك زوجها عصمتها فتدل

(١) فتاوى نور على الدرب ٢٣/٧، مجموع فتاوى ابن عثيمين ٤٢/١٨.

(٢) انظر: الذخيرة ٢٥١/٨، مواهب الجليل ٥٧/٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥٠١/٤.

(٣) انظر: المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٤٠٨/١٣. وذهب طائفة من السلف إلى المنع من التبرع مطلقاً بدون قيد الثلث منهم طاووس والليث. انظر: فتح الباري ٢٦٨/٥.

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب عطية المرأة لغير زوجها، رقم: ٣٥٦٤، والنسائي في كتاب العمري، باب عطية المرأة لغير زوجها، رقم: ٣٧٥٦، وابن ماجه في أبواب الهبات، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، رقم: ٢٣٨٨، وصححه الحاكم في المستدرک رقم: ٢٣٣٤، والبيهقي في السنن ٦/٦٠، والألباني في الصحيحة ٤٧٢/٢، في آخرين، وضعفه آخرون للكلام في سلسلة عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، خاصة إن جاء فيها ما يستنكر كما ذكر الذهبي في السير ١٧٧/٥ وذكر هذا الحديث من أفراد ١٨٠/٥، وكذا لمخالفته للأحاديث الصحيحة الكثيرة.

على تحريم ذلك إلا بإذن الزوج، وقدره المالكية بالثلث؛ لأنه كثير وما عداه يسير مغتفر^(١).

ونوقش من ثلاثة أوجه^(٢):

الوجه الأول: عدم التسليم بثبوتها لتفرد عمرو بن شعيب في روايته، ومجيئه بما يستنكر.

الوجه الثاني: مخالفته للأدلة الكثيرة من الكتاب والسنة.

الوجه الثالث: أنه محمول على الأدب وحسن العشرة، لا على الوجوب والإلزام.

واستدل الجمهور من الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، بأدلة كثيرة على جواز تبرع المرأة بما لها بما زاد عن الثلث بدون إذن أحد، إلا في الوصية فهي كغيرها لا تجوز وصيتها ولا تنفذ بما زاد عن الثلث بغير إذن الورثة، ومن أدلتهم:

(١) انظر: الذخيرة ٨ / ٢٥١، شرح الخرشي ٣ / ٤٦٨، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤ / ٥٠٠. هذا أشهر دليل لهم وهو العمدة عندهم ولهم أدلة أخرى عامة انظر: الذخيرة ٨ / ٢٥١.

(٢) انظر: الأم ٣ / ٢٢٠، السنن الكبرى للبيهقي ٦ / ٦٠، الحاوي الكبير ٦ / ٣٥٣، فتح الباري ٥ / ٢٦٨.

(٣) انظر: أحكام القرآن ٢ / ٣٥٢، شرح معاني الآثار ٤ / ٣٥٤.

(٤) انظر: الحاوي الكبير ٦ / ٣٥٣، مغني المحتاج ٣ / ١٦٤.

(٥) انظر: المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٣ / ٤٠٨، مطالب أولي النهى ٣ / ٤١٩.

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلِيَّتَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [سورة النساء: ٦].

وجه الاستدلال: أن الله عزَّوجلَّ جعل غاية الحجر بلوغ النكاح مع الرشد، ولم يفرق في ذلك بين الذكر والأنثى، وبلوغ النكاح هو بلوغ زمانه، فلم يجوز أن يضاف إلى ذلك شرط ثالث^(١).

الدليل الثاني: حديث ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَرَجَ وَمَعَهُ بِلَالٌ، ... فَوَعَظَهُنَّ وَأَمَرَهُنَّ بِالصَّدَقَةِ، فَجَعَلَتِ الْمَرْءَةُ تُلْقِي الْقُرْطَ وَالْحَاتِمَ، وَبِلَالٌ يَأْخُذُ فِي طَرْفِ ثَوْبِهِ»^(٢).

وجه الاستدلال: في الحديث جواز صدقة المرأة من مالها بغير إذن زوجها، ولا يتوقف ذلك على الثلث؛ لأن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يسألهن على استأذن من أزواجهن، فدل على الرضا بفعالهن^(٣).

الدليل الثالث: حديث ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: «أَنَّ مَيْمُونَةَ بِنْتَ الْحَارِثِ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا أَخْبَرَتْهُ: «أُمَّهَا أَعْتَقَتْ وَوَلِيدَةٌ، وَلَمْ تَسْتَأْذِنِ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَلَمَّا كَانَ يَوْمُهَا الَّذِي يَدُورُ عَلَيْهَا فِيهِ قَالَتْ: أَشَعَرْتَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَنِّي أَعْتَقْتُ

(١) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٣٥٣.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب العلم، باب عظة الإمام النساء، رقم (٩٨)، ومسلم في كتاب العيدين، رقم: ٨٨٤.

(٣) انظر: شرح مسلم للنووي ٦/ ١٨٣.

وَلِيَدَيَّ؟ قَالَ: أَوْفَعَلْتِ، قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ: أَمَا إِنَّكَ لَوْ أُعْطِيَتْهَا أَخْوَالُكَ كَانَتْ أَكْبَرَ لَأَجْرِكِ»^(١).

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أقرها على عتقها مع عدم استئذنها، فدل على جواز تصرفها بها بدون إذن زوجها، ونحوها بهذا المعنى قال ابن حجر: «وأدلة الجمهور من الكتاب والسنة كثيرة»^(٢).
نوقش ما سبق: بحمله على اليسير، والكثير ما فوق الثلث^(٣).

يُجَاب: بعدم التسليم، ولو سُئِمَ في واقعة لم يسلم في غيرها، فالأحاديث كثيرة بهذا المعنى.

والراجح - والله أعلم - هو القول بجواز تبرعها في مالها ولو زاد عن الثلث بدون إذن زوجها؛ لقوة أدلة هذا القول وكثرتها، وسلامتها من المناقشة. وعليه فهذه القاعدة لا يصح القول بها.

(١) أخرجه البخاري في كتاب الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها، وعتقها إذا كان لها زوج فهو جائز إذا لم تكن سفيهة، رقم: ٢٥٩٢، ومسلم في كتاب الزكاة، باب فضل النفقة، رقم: ٩٩٩.

(٢) انظر: فتح الباري ٥/ ٢٦٦.

(٣) انظر: الذخيرة ٨/ ٢٥٢.

الخاتمة

الحمد لله على ما يسر وأعان من إنجاز هذا البحث، وقد تبين لي بعد هذا البحث عدة قواعد صحيحة في التبرع الممنوع منه شرعاً، وهي:

القاعدة الأولى: كل تبرع بما فوق الثلث في مرض الموت، فإنه غير جائز، ويحرم تنفيذه إلا بإذن الورثة.

القاعدة الثانية: كل تبرع في مرض الموت للورثة بغير المقدار الشرعي فإنه غير جائز ويحرم تنفيذه إلا بإذن الورثة.

القاعدة الثالثة: كل تبرع تضمن ترك العدل بين الأولاد فإنه محرم.

القاعدة الرابعة: كل تبرع تضمن ترك العدل بين الزوجات فهو محرم.

القاعدة الخامسة: كل تبرع في معصية أو إعانة عليها فهو محرم، ولا يصح.

القاعدة السادسة: كل تبرع أفضى إلى ترك واجب كالنفقة فهو محرم.

القاعدة السابعة: كل تبرع من مدينٍ مطالبٍ بدينه يضر بغير مائه فهو محرم ولا يصح.

وهناك قواعد قال بها بعض الفقهاء، ولم أذكرها؛ لعدم صحتها واطرادها ومن ذلك قولهم: كل تبرع من زوجة بما فوق الثلث، فهو غير جائز، ويحرم تنفيذه إلا بإذن الزوج. قال بها فقهاء المالكية، ورواية عن أحمد، وهي محل نظر.

هذا، والله أسأل أن يجعل ما كتبتَه لله خالصًا، ولعباده نافعًا، وأن يعفو عني ما كان من تقصير وزلل، فهو أهل الكرم والفضل، والله أعلم وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

تم الانتهاء من كتابته في الثالث من شهر الله المحرم، في العام السادس والأربعين بعد الأربعمائة والألف من هجرة النبي المصطفى عليه أفضل الصلاة والتسليم.

فهرس المصادر والمراجع

١. أحكام القرآن، للجصاص، دار الفكر، ١٤١٤هـ.
٢. أسنى المطالب، لذكريا الأنصاري، دار الكتاب العربي.
٣. إرشاد الفقيه، لابن كثير، الرسالة، ١٤٢٦هـ.
٤. الأشباه والنظائر، للسيوطي، دار الكتاب العربي، الطبعة الرابعة، ١٤١٨هـ.
٥. إرواء الغليل، للألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
٦. الأم، للشافعي، دار الفكر، ١٤١٠هـ.
٧. الإنصاف في معرفة الخلاف، لعلاء الدين المرداوي، دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ.
٨. أنيس الفقهاء، لقاسم القونوي، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.
٩. الهداية شرح بداية المبتدي، للمرغيناني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
١٠. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثالثة ١٤٢١هـ.
١١. البناية شرح الهداية، لبدر الدين العيني الحنفي، دار الكتاب العلمية، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ.
١٢. البيان، للعمري، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
١٣. البيان والتحصيل، لأبي الوليد ابن رشد القرطبي (الجد)، دار الغرب، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.
١٤. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الثانية، ١٣١٣هـ.
١٥. تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، دار إحياء التراث.



١٦. تلخيص الحبير، لابن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
١٧. التمهيد، لابن عبد البر القرطبي، مؤسسة الفرقان، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ.
١٨. حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)، لمحمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين، دار المعرفة، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ، ودار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ.
١٩. الحاوي الكبير، للماوردي، دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ.
٢٠. الدر المختار، لمحمد بن علي الحصني، دار المعرفة، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
٢١. روضة الطالبين، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي.
٢٢. الذخيرة، لشهاب الدين القرافي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٢٣. سنن ابن ماجه، ومعه أحكام الألباني، دار المعارف، الطبعة الثانية، ١٤٢٩هـ.
٢٤. سنن أبي داود، ومعه أحكام الألباني، دار المعارف، الطبعة الثانية، ١٤٢٩هـ.
٢٥. سنن الترمذي، ومعه أحكام الألباني، دار المعارف، الطبعة الثانية، ١٤٢٩هـ.
٢٦. السنن الكبرى، لأبي بكر البيهقي، الفاروق الحديثة.
٢٧. سنن النسائي، ومعه أحكام الألباني، دار المعارف، الطبعة الثانية، ١٤٢٩هـ.
٢٨. سير أعلام النبلاء، للذهبي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الحادية عشرة، ١٤٢٢هـ.
٢٩. شرح الخرشي على مختصر خليل، لمحمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر.
٣٠. شرح السنة، للبعوي، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
٣١. شرح علل الترمذي، لابن رجب، مكتبة الرشد، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ.
٣٢. الشرح الكبير لشمس الدين أبي الفرج ابن قدامة، دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ.

٣٣. الشرح الكبير، لأبي البركات الشهير بالدردير، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
٣٤. شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، دار عالم الكتب، الطبعة الثانية، ١٤٣٢هـ.
٣٥. الصحاح، للجوهري، دار المعرفة، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ.
٣٦. صحيح البخاري، للإمام البخاري، دار الأفكار، ١٤١٩هـ.
٣٧. صحيح مسلم، للإمام مسلم، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ.
٣٨. الفتاوى الكبرى، لشيخ الإسلام ابن تيمية، دار الكتب العلمية.
٣٩. فتاوى نور على الدرب، لابن باز، الرئاسة العامة للإفتاء، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٤٠. فتاوى نور على الدرب، لابن عثيمين، مؤسسة ابن عثيمين، الطبعة الثانية، ١٤٣٤هـ.
٤١. فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم، مطبعة الحكومة، ١٣٩٩هـ.
٤٢. فتح الباري، لابن حجر العسقلاني، دار السلام، الطبعة الثالثة، ١٤٢١هـ.
٤٣. فتح القدير، لكamal الدين ابن الهمام الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
٤٤. فتح القدير، لمحمد بن علي الشوكاني، دار الوفاء، الطبعة الثانية، ١٤١٨هـ.
٤٥. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأحمد النفراوي، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ.
٤٦. القاموس المحيط، للفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، ١٤١٩هـ.
٤٧. القوانين الفقهية، لأبي القاسم بن جزي الكلبي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.



- ٤٨ . كشف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي، وزارة العدل، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
- ٤٩ . لسان العرب، لابن منظور، دار النوادر، ١٤٣١هـ.
- ٥٠ . المبسوط، لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة، الطبعة الثالثة، ١٣٩٨هـ.
- ٥١ . المجموع، لأبي زكريا النووي، دار إحياء التراث العربي، ١٤١٥هـ.
- ٥٢ . مجموع فتاوى شيخ الإسلام، جمع ابن قاسم، طبعة مجمع الملك فهد، ١٤٢٥هـ.
- ٥٣ . مجموع فتاوى ورسائل ابن عثيمين، دار الثريا، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ.
- ٥٤ . مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، لابن باز، دار الإفتاء، الطبعة الرابعة، ١٤٢٧هـ.
- ٥٥ . المحلى، لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم، دار الآفاق الجديدة.
- ٥٦ . مختصر خليل، لخليل بن إسحاق الجندي، دار المحسن، الطبعة الأولى، ١٤٤٢هـ.
- ٥٧ . مراتب الإجماع، لابن حزم، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
- ٥٨ . مستدرک التعليل على إرواء الغليل، لأحمد الخليل، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ.
- ٥٩ . مسند الإمام أحمد، للإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
- ٦٠ . المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأبي العباس الفيومي.
- ٦١ . مطالب أولي النهى، للرحياني، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ.
- ٦٢ . معجم لغة الشريعة، لسعدي أبو جيب، دار البشائر، الطبعة الأولى، ١٤٤٠هـ.
- ٦٣ . معجم لغة الفقهاء، لمحمد قلعة جي، دار النفائس، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.

٦٤. المغني، لموفق الدين عبد الله بن قدامة، دار عالم الكتب، الطبعة الخامسة، ١٤٢٦هـ.
٦٥. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد الشربيني، دار إحياء التراث العربي.
٦٦. مقاييس اللغة، لابن فارس، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٦٧. المقنع، لموفق الدين ابن قدامة، دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ.
٦٨. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للحطاب، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.
٦٩. موسوعة الإجماع، مجموعة باحثين، دار الفضيلة، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ.
٧٠. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف في الكويت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٣هـ.
٧١. موسوعة القواعد الفقهية، للبورنو، دار ابن حزم، الطبعة الثالثة، ١٤٢٨هـ.
٧٢. موسوعة شروح الموطأ، التمهيد والاستذكار لابن عبد البر والقبس لأبي بكر بن العربي المالكي، مركز هجر، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ.
٧٣. نصب الراية، للزيلعي، وزارة الشؤون الإسلامية في السعودية.
٧٤. نهاية المحتاج، لمحمد بن شهاب الدين الرملي، دار الفكر، ١٤٠٤هـ.





الإقرار في القضاء وأثر القرينة في ترك العمل به

دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية
على المحاكم بالمملكة العربية السعودية

د. سعد بن محمد عبد العزيز التميمي

الأستاذ المشارك بجامعة الأمير سطام بن عبد العزيز

dr.saad1440@gmail.com

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين،
وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد:

فإن من أجل الولايات الدينية، وأسمى المناصب الشرعية، منصب
القضاء، الذي يهدف بالدرجة الأولى إلى فصل النزاع بين المتخاصمين، بما
يحقق العدالة ويوصل الحق لأهله، بالتزام المنهج الشرعي في القضاء، وهو
أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

إن مبدأ العدالة يعتبر ركيزة القضاء الأساسية، وحجر زاويته، وقد
أكدت الشريعة على القاضي بتحري العدل، وبذل الجهد للوصول للحق،
وإيصاله لأهله، بعيداً عن الآراء العارئة عن المستند الشرعي، والتحريات
المبنية على الظنون والتوقعات، أو الخلفية السابقة للقضية وأطرافها.

بل ألزمته بالتجرد من حظوظ النفس ورغباتها، قال تعالى لداود
عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ
بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [ص: ٢٦].

وقد بينت الشريعة الأدلة التي يستدل القاضي بها على صاحب
الحق، وأمرته بالعمل بموجبها، ولم تدع المجال مفتوحاً للقاضي يحكم
بظنه وحدثه.

يقول ابن دقيق العيد رَحِمَهُ اللهُ: «لا يجوز الحكم إلا بالقانون الشرعي الذي رُتّب، وإن غلب على الظن صدق المدعي»^(١).

ولما كان غاية القضاء إبانة الحق، وإيصاله لأهله، كان كل أداة ووسيلة تُبينه وتظهره، مرحّباً بها شرعاً، ومطلوب العمل بها قضاءً، لا الجمود والاقْتِصَار على بعضها.

والمقدم من البيّنات هو الإقرار، ومع ذلك يعتريه ريبة ودواعٍ تضعفه، وتوهن العمل به، لذا فإن القاضي عندما يجد ريبة فيه، يبذل جهده في النظر في القرائن والأمارات وظواهر الحال، حتى يصل للحق والصواب.

يقول ابن القَيِّمِ رَحِمَهُ اللهُ: «ولم يزل حذّاق الحكّام والولاية يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات، فإذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا إقراراً»^(٢).

وتعدّ القرينة وسيلة من وسائل إثبات الحقوق، خاصة عندما تكون قرينة قوية تكتسب القطعية^(٣)، وهي إحدى البيّنات باعتبار أنها تبين

(١) إحكام الأحكام (٢/٢٧٦).

وقال الشيخ ابن خنين - حفظه الله - في كتابه توصيف الأفضية (٢/١١٩): «القاضي لا يجوز له الاعتماد على غلبة الظن النفسي، الذي لا يعتمد على دليل قضائي، بل لا بُدّ من اعتماد القاضي في قبول البيّنات وردّها، على دليل قضائي يُحدّث غلبة ظن للقاضي، في ترجيح أحد الجانبين على الآخر».

(٢) الطرق الحكمية (١/٦٥).

(٣) جاء في مجلة الأحكام العدلية: «القرينة القاطعة هي الأمانة البالغة حد اليقين» (المادة: ١٧٤١).

الحق وتظهره، فكم من قرينة أقوى في الدلالة والثبوت، من الإقرار وبقية البيئات^(١).

يقول ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ: «والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات، ودلائل الحال، ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمقالية، كفقهاء في كليات الأحكام: أضاع حقوقاً كثيرةً على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه، اعتماداً منه على نوع ظاهر، لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله»^(٢).

لذا جاءت فكرت البحث في هذا الموضوع، والذي جعلت عنوانه: «الإقرار في القضاء وأثر القرينة في ترك العمل به، دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية على المحاكم بالمملكة العربية السعودية».

والله أسأل أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفع به الإسلام والمسلمين.

الكلمات المفتاحية: [أثر، الإقرار، القرينة، القضاء].

- (١) للقرائن دور كبير في مجريات الدعوى وقبولها من عدمه، فقد تمنع القرينة سماع الدعوى؛ كادعاء فقير معسر إقراض غني موسر، وقد تُردُّ البينة أو الإقرار حال وجود التهمة، مثل قرابة الشاهد للمشهود له، أو كون الإقرار في مرض الموت.
- وقد تستخدم القرينة دليلاً مرجحاً أثناء تعارض البيئات؛ مثل وضع اليد ونحوه، وقد تعتبر القرينة دليلاً وحيداً مستقلاً، إذا لم يوجد دليل سواها، مثل رد دعوى الزوجة القاطنة مع زوجها بعدم الإنفاق عليها.
- (٢) الطرق الحكمية (٦/١).

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

١. له تعلق بالقضاء الذي يعد ركيزة من ركائز قيام الدولة، فبه يتحقق العدل، ويصل الحق لأصحابه، ويدفع الظلم، ويزجر الظلمة.
٢. تصحيح المفهوم المستقر لدى البعض عن الإقرار، وأنه يعمل به ويؤخذ صاحبه به مطلقاً في جميع الأحوال.
٣. حاجة القضاة لمثل هذه الموضوعات؛ ذلك أن فيها إعمالاً لأدلة الشرع وبيئاته كلها، لا الاقتصار على بعضها، كذا هو قائم على فطنة القاضي، ودقة ملاحظته، وصفاء ذهنه، وصحة ربطه بين الأحداث والأوصاف.
٤. أن هذا الموضوع يساعد كثيراً على إيصال الحقوق لأصحابها، ويقطع الطريق على ضعاف النفوس الذين يتحايلون ويبيعون ذمهم؛ لأكل حقوق الآخرين، أو منعهم منها.
٥. إبراز شأن القرينة باعتبارها إحدى البيئات الشرعية المهمة، والتي كانت ولا زالت خير معين للقضاة على إيصال الحقوق لأهلها.

أهداف البحث:

١. التعريف بالإقرار باعتباره أقوى الأدلة وحجيته وحدود العمل به.
٢. إبراز شأن القرائن باعتبارها دليلاً من أدلة الإثبات، وبيان حجيتها.

٣. بيان أثر القرينة وظاهر الحال على الإقرار في إبطاله وعدم الاعتداد به.

تساؤلات البحث:

هذا البحث يهدف إلى الإجابة عن التساؤلات التالية:

١. ما هي نظرة الشرع للإقرار؟ وهل هو حجة بنفسه؟ وما مكانته من بين أدلة الإثبات؟ وهل يتجاوز إلى غير صاحبه؟
٢. ما دور القرائن في مجال إثبات الحقوق وفصل النزاعات في القضاء؟ وهل تتقدم على الإقرار وتبطله؟
٣. هل يسوغ ترك الإقرار وعدم اعتباره، وما أثر القرينة على الإقرار؟

الدراسات السابقة:

وجدت بحثين ذي صلة ببحثي، سأذكرهما، وأعرف بهما، وأبين ما الذي سأضيفه عليهما:

أولاً: رسالة بعنوان: «رد الإقرار بالقرائن في الفقه الإسلامي»، للباحثة/ نبيلة محمد عكيلة، وهي رسالة ماجستير من الجامعة الإسلامية بغزة، عام ١٤٣٨ هـ، وقد قسمت الباحثة هذه الرسالة إلى ثلاثة فصول، وأعرضت عن جانب مهم، وهو الجانب النظامي، والوقائع القضائية المعاصرة، وهذا ما أضفته في بحثي، بل وهو الباعث لي على الكتابة في هذا الموضوع، مع ذكر مباحث مهمة في الإقرار والقرينة لم أجدتها عند الباحثة، وفقها الله.

ثانياً: بحث بعنوان: «الإكراه وأثره على الإقرار»، للباحث/ عبد الله بن منصور الزهراني، وهو بحث منشور بمجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، بدمنهور، جامعة الأزهر، وقد قسم الباحث بحثه إلى ثلاثة مباحث، وهي تتحدث عن أثر الإكراه على صحة الإقرار، باعتباره أحد موانع صحته، فهو يشترك مع بحثي في جزئية محدودة، وهي أنه قد يصرف النظر عن الإقرار إن صدر من مكره عليه بما دلت عليه القرينة.

حدود الدراسة:

الدراسة مقتصرة على المسوغات التي تسمح وتتيح للقاضي الإعراض عن إقرار المقر وعدم اعتباره، مع أهليته الكاملة، واستيفاء إقراره لجميع الشروط التي ذكرها الفقهاء لصحة الإقرار^(١).

فهي مقتصرة على المسوغات التي باعثها القرينة وظاهر الحال، فلا يدخل معها مبطلات الإقرار الأخرى، كأن يناقض المقر إقراره السابق، أو أن يكذب الإقرار حكماً باتاً، أو أن يردّ المقر له الإقرار، أو غيرها من المبطلات.

(١) قال الشافعي: «ولا يجوز إقرار رجل ولا امرأة حتى يكونا بالغين رشيدين غير محجور عليهما، ومن لم يجز بيعه لم يجز إقراره». الأم (٦/٢٣٥). وقال ابن مفلح: «فأما الصبي والمجنون فلا يصح إقرارهما بغير خلاف نعلمه» المبدع (٨/٣٦٢).
وجاء في المادة (١٠٩) من نظام المرافعات الشرعية: «يشترط في صحة الإقرار أن يكون المقر عاقلاً بالغاً مختاراً غير محجور عليه، ويقبل إقرار المحجور عليه للسفسه في كل ما لا يعد محجوراً عليه شرعاً».

وكذا هي مقتصرة على الأنظمة القضائية الصادرة من الجهات المعنية بالمملكة العربية السعودية، وهي: نظام الإثبات الصادر من هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، والأدلة الإجرائية لنظام الإثبات الصادر من وزارة العدل، ونظام المرافعات الشرعية.

خطة البحث:

يتألف البحث من مقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة. فالمقدمة فيها: الاستهلال، وأهمية الموضوع وأسباب اختياره، وأهدافه، وتساؤلاته، والدراسات السابقة، وحدود الدراسة، وخطة البحث.

والتمهيد، للتعريف بمفردات الموضوع:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بالإقرار، وبيان حجيته، وقصره على المقر:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الإقرار لغة واصطلاحًا.

الفرع الثاني: حجية الإقرار شرعًا ونظامًا.

الفرع الثالث: قصر الإقرار على المقر شرعًا ونظامًا.

المطلب الثاني: التعريف بالقرينة، وبيان حجيتها:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف القرينة لغة واصطلاحًا.

الفرع الثاني: حجية القرينة شرعًا ونظامًا.

والمبحث الأول: تأصيل أثر القرينة في الإقرار:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم ترك العمل بالإقرار لأجل القرينة شرعاً ونظاماً:

فيه فرعان:

الفرع الأول: حكم ترك العمل بالإقرار لأجل القرينة في الشرع.

الفرع الثاني: حكم ترك العمل بالإقرار لأجل القرينة في النظام.

المطلب الثاني: شروط ترك العمل بالإقرار لأجل القرينة.

والمبحث الثاني: تطبيقات قضائية في المحاكم السعودية ترك العمل فيها

بالإقرار لأجل القرينة:

وتحت أربعة مطالب:

المطلب الأول: قضية في المطالبة بتسليم ثمن مزرعة.

المطلب الثاني: قضية مطالبة زوجة بدين لها على زوجها المتوفى في

مواجهة بقية ورثته.

المطلب الثالث: قضية مطالبة بتسليم دين مقيد في الورقة التجارية

«الكمبيالة».

المطلب الرابع: قضية مطالبة بسداد دين من صاحب مؤسسة تتولى

تسديد القروض.

الخاتمة: وفيها أهم نتائج البحث.

فهرس المصادر.



التمهيد للتعريف بمفردات الموضوع

المطلب الأول: التعريف بالإقرار، وبيان حجيته، وقصره على المقر:

الفرع الأول: تعريف الإقرار لغة واصطلاحًا:

في اللغة: هو الاعتراف. يقال: أقر بالحق: إذا اعترف به، وقرره غيره بالحق حتى أقر به^(١).

وفي الاصطلاح: هو الإخبار بحق عليه للغير^(٢).

وفي تعريف أشمل: هو إظهار مكلف مختار، ما عليه لفظًا، أو كتابة، أو إشارة أخرس، أو على موكله، أو موليه، أو مورثه بما يمكن صدقه^(٣).

الفرع الثاني: حجية الإقرار شرعًا ونظامًا:

حجية الإقرار شرعًا:

تضافرت الأدلة الشرعية على اعتبار الإقرار وسيلة من وسائل إثبات الحقوق، وهو حجة على المقر، يؤخذ به، ويحكم عليه بمقتضاه.

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ﴾

(١) ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه، للنووي ص (٣٤٢)، والمطلع، للبعلي ص (٥٠٥).

(٢) ينظر: التعريفات، للجرجاني ص (٣٣).

(٣) ينظر: المحرر، للمجدد ابن تيمية (٢/٣٥٩).

وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ ﴿٨١﴾ [آل عمران: ٨١].

وجه الدلالة: أن الله سبحانه طلب منهم الإقرار، ولو لم يكن حجة ودليلاً على إثبات ما تم الإقرار به، لما طلبه منهم^(١).
ومن السنة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أقام الحد على ماعز^(٢) والغامدية^(٣)، والمرأة في قصة العسيف^(٤).

(١) ومنها: قول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُفُونًا قَوْمِينَ بِالْأَلْسِنَةِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥]. وشهادة المرء على نفسه، إقراره عليها، ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٧/١٨٥)، وتبيين الحقائق، للزيلعي (٣/٥)، وتفسير ابن القيم ص (١٧٩).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المحاررين من أهل الكفر والردة، باب هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمزت؟ (٨/١٦٧)، برقم (٦٨٢٤). وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، (٥/١١٧)، برقم (١٦٩٢).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، (٥/١١٨)، برقم (١٦٩٥).

(٤) قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «واغديا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»، فغدا عليها، فاعترفت، فأمر بها رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرجمت أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الوكالة، باب: الوكالة في الحدود، (٣/١٠٢)، برقم (٢٣١٤). وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا، (٦/١٢١)، برقم (١٦٩٧).

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يقم عليهم الحد، إلا بعد

إقرارهم بالزنا، فدل على اعتبار الإقرار^(١).

وأما الإجماع: فقد قال ابن عبد البر رَحِمَهُ اللَّهُ: «وقد أجمع العلماء على

القضاء بإقرار المدعى عليه»^(٢).

ومن القياس: فإن كان الشرع يقبل شهادة المرء على غيره، فلأن يقبل

شهادته على نفسه وإقراره عليها من باب أولى.

ويعتبر الإقرار أقوى الأدلة الشرعية؛ لانتفاء التهمة فيه غالباً؛ إذ

الإنسان لا يعترف على نفسه بما فيه ضرر عليه.

(١) قال الصنعاني: «واعلم أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يبعث إلى المرأة لأجل إثبات الحد عليها، فإنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد أمر باستتار من أتى بفاحشة وبالستر عليه، ونهى عن التجسس، وإنما ذلك لأنه لما قُذفت المرأة بالزنا بعث إليها صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لتنكر فتطالب بحد القذف، أو تقر بالزنا فيسقط عنه، فكان منها الإقرار فأوجب على نفسها الحد». سبل السلام (٤٠٦/٢).

قال الشربيني في «مغني المحتاج»: «ولأننا إذا قبلنا الشهادة على الإقرار، فلأن نقبل الإقرار أولى» (٢٦٨/٣).

(٢) الاستذكار (١١٣/٧). وقال ابن حزم: «واتفقوا على وجوب الحكم بالبيننة مع يمين المشهود له، وبالإقرار» مراتب الإجماع، ص (٥٠). وقال ابن رشد: «وأما الإقرار إذا كان بيننا، فلا خلاف في وجوب الحكم به» بداية المجتهد (٤/٢٥٤). وللإستزادة، ينظر: المغني، لابن قدامة (٧/٢٦٢)، وتبيين الحقائق، للزيلعي (٣/٥)، ومغني المحتاج، للشربيني (٢٦٨/٣).

قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: «إذا كان القاضي عدلاً، فأقر رجل بين يديه بشيء، كان الإقرار عنده أثبت من أن يشهد عنده كل من يشهد؛ لأنه قد يمكن أن يشهدوا عنده بزور، والإقرار عنده ليس فيه شك»^(١).

حجية الإقرار نظاماً:

قسّم المنظم السعودي الإقرار إلى قسمين: إقرار قضائي، وإقرار غير قضائي.

وذكر أنه «يكون الإقرار قضائياً: إذا اعترف الخصم أمام المحكمة، بواقعة مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في دعوى متعلقة بهذه الواقعة»^(٢).

و«يكون الإقرار غير قضائي: إذا لم يقع أمام المحكمة، أو كان أثناء السير في دعوى أخرى»^(٣).

وبيّن الفرق بينهما من حيث الاحتجاج والاعتبار به، فقال: «الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر، وقاصرة عليه»^(٤). وقال: «يلزم المقر بإقراره، ولا يقبل رجوعه عنه»^(٥).

(١) الأم (٧/ ٥٠). وجاء في تكملة «فتح القدير» (٨/ ٣٢١): «الإقرار حجة شرعية فوق الشهادة، بناء على انتفاء التهمة فيه». وقال القاضي عبد الوهاب في «المعونة» ص (١٣٨٨): «أن ما يلزم الإنسان بإقراره أبلغ وأقوى مما يلزمه بالشهادة».

(٢) المادة الرابعة عشرة في فقرتها الأولى من نظام الاثبات السعودي.

(٣) المادة الرابعة عشرة في فقرتها الثانية.

(٤) المادة السابعة عشرة.

(٥) المادة السابعة عشرة، في فقرتها الأولى.

فيفهم من هذا، أن الإقرار غير القضائي لا يكون حجة قاطعة، إنما قرينة يستأنس بها، ويرجع إليها، خاصة عندما ينظم إليها غيرها من البيّنات.

ثم بين المنظم نطاق الإقرار القضائي، فقال: (تسري أحكام الإقرار القضائي على الآتي:

أولاً: أي إقرار صدر أمام المحكمة، بما في ذلك ما تم أمام الإدارة المختصة، أو ما ورد في الطلبات أو المذكرات المقدمة في الدعوى.

ثانياً: أي إقرار صدر أمام المحكمة -ولو كانت غير مختصة-، أو أمام هيئة التحكيم، أو اللجان ذات الاختصاص القضائي)^(١).

الفرع الثالث: قصر الإقرار على المقر شرعاً ونظاماً:

إذا أقر المرء على نفسه بشيء، فإن إقراره هذا لا يتجاوزه لغيره، فلا يؤاخذ به إلا المقر، ولو ذكر غيره في إقراره، كأن يقول: أقر أنني أخذت المال مع زيد، وقسمناه بيننا، أو أقر أنني ضربت زيداً وشارك معي محمد، فهذا الإقرار يقتصر على المقر دون من ذكر.

(١) المادة التاسعة والعشرون من الأدلة الإجرائية -الصادر من وزارة العدل- لنظام الإثبات.

وهذا محل إجماع بين الفقهاء، قال ابن حزم رَحِمَهُ اللهُ: «وقد صح إجماع أهل الإسلام، على ألا يصدق أحد على غيره، إلا على حكم الشهادة فقط»^(١).

ومستند هذا الإجماع:

أولاً: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤].

ولو تجاوز الإقرار المقر، لم يكن كسب النفس قاصراً عليها، بل وِزْرُهَا يتجاوز غيرها ممن لا وِزْرَ عليه، وهذا من الظلم المنتفي في الشرعية.

ثانياً: قصة العسيف، وأنه لما اعترف وأقر بزناه بالمرأة التي كان يعمل في بيتها، لم يقيم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الحد عليها، اقتصاراً على إقراره هو، بل قال: «واغديا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»^(٢).

ثالثاً: قصة الرجل الذي جاء إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فذكر أنه قد زنى بامرأة سماها، فأرسل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى المرأة فدعاها فسألها عما قال، فأنكرت، فحدّه وتركها^(٣).

(١) المحلى (٤٣٣/٨).

وقال ابن عبد البر: «وقد أجمع المسلمون أنه لا يقبل إقرار أحد على غيره» التمهيد (١٨٧/٨). وقريباً منه جاء في عمدة القاري، للعيني (٩٤/١٣).

(٢) تقدم تخرجه.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك، (٤٨٤/٦) برقم (٤٤٣٧). وأخرجه الطبراني في الكبير (١٧٩/٦)، برقم (٥٩٢٤). وقال الأرنؤوط: «إسناده صحيح».

ففي كلا القصتين لم يؤخذ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المرأتين بإقرار الزانيتين، ولم يرقم الحد عليهما، بل قصر الإقرار على صاحبه. وجاء في نظام الإثبات: «والإقرار حجة قاصرة»^(١). و«الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر، وقاصرة عليه»^(٢).

المطلب الثاني: التعريف بالقرينة، وبيان حجيتها:

الفرع الأول: تعريف القرينة لغة واصطلاحًا:

لغة: من المقارنة وهي المصاحبة^(٣).

وسميت القرينة بهذا الاسم؛ لأن لها نوعًا من الصلة بالشيء، أو الأمر الذي يستدل بها عليه^(٤).

اصطلاحًا: الأمانة التي نصّ عليها الشارع، أو استنبطها الفقهاء باجتهادهم، أو استنتجها القاضي من وقائع الدعوى، وأقوال الخصوم^(٥).

(١) المادة الثالثة، في فقرتها الثالثة.

(٢) المادة السابعة عشرة.

(٣) التعريفات، للجرجاني ص (١٧٤).

(٤) قال محمد رأفت عثمان في كتابه «النظام القضائي» ص (٤٤٨): «للقرينة ثلاثة أركان... الأول: الأمر الظاهر: «المدلول». الثاني: الأمر الخفي، الذي دل عليه الأمر الظاهر وهو المجهول في بادئ الأمر «المدلول». الثالث: الصلة الموجودة بين الأمر الظاهر وبين الأمر الخفي، التي يتوصل بها إلى الأمر الخفي».

(٥) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢ / ١١٨٧)، بحث بعنوان: «الطرق الحكمية في القرائن»، د. حسن سفر.

الفرع الثاني: حجية القرينة شرعاً ونظاماً:

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على أن القرينة تعدُّ وسيلة من وسائل دفع الدعوى والتهمة، وأنها مما يستأنس بها في إثبات الحقوق والوصول للحق^(١).
واتفقوا على جواز العمل بالقرائن في المسائل التي تنعدم فيها البيّنات، أو تكون القرينة فيها أقوى من البيّنة^(٢).

واختلفوا في اعتبار القرينة دليلاً مستقلاً من أدلة الإثبات، يحكم بموجبها، ويفصل بين المتنازعين بسببها، على قولين:

القول الأول: أن القرينة تعتبر دليلاً مستقلاً تثبت بها الحقوق، ويحكم بموجبها، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية^(٣)،

(١) كالبكارة، وسيلة لدفع جريمة الزنا، لأن القرينة شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات. ومن نقل الإجماع: ابن فرحون في «تبصرة الحكام» (١٢١ / ٢)، والقرطبي في «تفسيره» (١٥٠ / ٩)، وابن القيم في «الطرق الحكيمة» (١٢ / ١).

(٢) كما لو شهد على رجل أربعة أنه زنا بامرأة، فحكم برجمه، فإذا هو محبوب أو المرأة عذراء.

قال ابن القيم: «فإن قيل: فكيف أمر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ برجم المغيث من غير بيّنة ولا إقرار؟ قيل: هن أدل الدلائل على اعتبار القرائن والأخذ بشواهد الأحوال في التهم، وهذا يشبه إقامة الحدود بالرائحة والقيء، كما اتفق عليه الصحابة» إعلام الموقعين (٣٤٨ / ٤).

(٣) ينظر: الفروق، للفرافي (١٦٩ / ٤)، وتبصرة الحكام، لابن فرحون (١٢١ / ٢).

والشافعية^(١)، والحنابلة^(٢)، وقول بعض الحنفية^(٣).

القول الثاني: القرينة لا تعد دليلاً مستقلاً تثبت بها الحقوق. وهو قول الحنفية^(٤) وقول عند المالكية^(٥).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَجَاءُوا عَلَىٰ قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنفُسُكُمْ أَمْرًا﴾ [يوسف: ١٨].

وجه الدلالة: أن يعقوب عَلَيْهِ السَّلَامُ عِلْمَ كَذِبِ بَنِيهِ، فِي اعْتِدَاءِ الذُّبِّ عَلَى يَوْسُفَ وَقَتْلِهِ لَهُ؛ بِسَلَامَةِ قَمِيصِهِ مِنَ التَّمزِقِ، الَّذِي هُوَ أَثَرٌ مِنْ آثَارِ الْإِعْتِدَاءِ، مَعَ جُودِ قَرِينَةِ الْقَتْلِ وَهِيَ الدَّمُ، إِلَّا أَنَّهَا ضَعِيفَةٌ، لِذَا وَصَفَهَا اللَّهُ بِالْكَذْبِ.

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿قَالَ هِيَ رَاوَدَتْنِي عَنْ نَفْسِيَّ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ وَفُدٌّ مِّنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ وَفُدٌّ مِّنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٢٧﴾﴾ [يوسف: ٢٦، ٢٧].

(١) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام ٢/ ١١٥، والأشباه والنظائر، لابن نجيم ص (٢١٠).

(٢) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي (٦/ ٤٣٨)، والطرق الحكمية، لابن القيم (١/ ١٢).

(٣) منهم القاضي الطرابلسي وابن الغرس. ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٥٤)، ومعين الحكام، للطرابلسي ص (١٦٨).

(٤) ينظر: أحكام القرآن، للجصاص (٣/ ١٧١)، وتبيين الحقائق، للزيلعي (٣/ ٢٢٩).

(٥) ينظر: الفروق، للقرافي (٤/ ١٦٩).

وجه الدلالة: أن الله عَزَّوَجَلَّ ذكر شهادة الشاهد ولم ينكر عليه، بل حكاها مقررًا لها، حيث أرشد لقرينة تبين الصادق من الكاذب، وهي قد القميص، فكونه يكون من خلفه، يدل على أنه يفرّ منها، وهي تلحق به وتمسك بثوبه حتى انشق.

ومن السنة:

الدليل الأول: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عمل بالقرينة للفصل في النزاع الذي جرى بين معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء، عندما تداعيا قتل أبي جهل، فقال لهما النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هل مسحتما سيفيكما؟» قالا: لا، فنظر في السيفين فقال: «كلاكما قتله، سلبه لمعاذ بن عمرو بن جموح»^(١).

الدليل الثاني: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عمل بالقرينة عندما ادعى عمّ حبي بن أخطب نفاد مال حبي عندما فتح خيبر، فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «العهد قريب، والمال أكبر من ذلك»^{(٢)(٣)}.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب فرض الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب، (٤/٩١)، برقم (٣١٤١). وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: الجهاد والسير، باب استحقاق القاتل سلب القتيل، (٥/١٤٨) برقم (١٧٥٢). بألفاظ متقاربة، وهذا لفظ البخاري.

(٢) فأمر الزبير أن يذيقه العذاب حتى يعترف ويقر بالمال فيخرجه، وفعلا اعترف وأخرج المال. أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب القسم، باب من رأى قسمة الأراضي المغنومة ومن لم يرها، (١٨/٤٤٩) برقم (١٨٤٣١).

(٣) ومن الأدلة: تشريع الإسلام لبعض الأحكام الشرعية، فمن ذلك: الحكم بالنكول هو في الحقيقة عمل بالقرينة الظاهرة والدالة على صدق المدعي، وإلا فما الذي يمنع المدعى عليه أن يحلف على الدعوى؟ وكذا أبيان القسامة ما وجهت للمدعين وطولبوا بها، إلا مع وجود القرينة الدالة على استحقاقهم للدم، وهي اللوث والعداوة. وكذا اللقطة لم تدفع لواصلها، إلا لوجود قرينة تملكها لها وهي الوصف، فلا بينة له سواها.

ومن عمل الصحابة:

أن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ حكم برجم المرأة إذا ظهر بها الحبل، ولا زوج لها ولا سيد، قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «وإن الرجم حق على من زنا وقد أحصن، إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف»^(١).

وكذا حكم عمر وعثمان وابن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ بوجوب الحد براءة الخمر من في الرجل، أو قيئه له^{(٢)(٣)}.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: عن ابن عباس -رضي الله تعالى عنهما- أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة، فقد ظهر

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب: المحاربين من أهل الكفر والردة، باب رجم الحبل من الزنا إذا أحصنت، (٨/ ١٦٨)، برقم (٦٨٣٠). ومسلم في صحيحه، كتاب: الحدود، باب رجم الشيب في الزنا، (٥/ ١١٦)، برقم (١٦٩١).

(٢) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار، باب بيان مشكل ما روي عن رسول الله من قوله: «لا يجلد فوق عشر جلدات» (٦/ ٢٣٥)، برقم (٢٤٤٨).

(٣) وكلتا هاتين المسألتين بمحضر الصحابة، ولم يخالف أحد منهم فيهما، والمعتمد فيهما القرينة الظاهرة.

قال ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ: «ولم تزل الأئمة والخلفاء يحكمون بالقطع، إذا وجد المال المسروق مع المتهم، وهذه القرينة أقوى من البينة والإقرار؛ فإنها خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب، ووجود المال معه نص صريح، لا يتطرق إليه شبهة، وهل يشك أحد رأى قتيلاً يتشحط في دمه، وآخر قائماً على رأسه بالسكين: أنه قتله؟ ولا سيما إذا عرف بعداوته» الطرق الحكيمة (١/ ١٢).

منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها»^(١).

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ظهرت له قرينة تدل على استحقاق المرأة لإقامة الحد عليها، لكنه لم يعمل بها، حيث القرينة ليست من البيّنات التي يثبت بها الحد.

نوقش: بأن هذه القرائن التي ظهرت ضعيفة لا يعمل بها ولا تثبت بها الأحكام، وهذا الذي منع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من الأخذ بها، وإلا فهو قد عمل بها في أحوال أخرى لما قويت القرينة وأبانت الحق.

الدليل الثاني: القرائن ليست مطردة في دلالتها وغير منضبطة؛ لأنها تختلف قوة وضعفاً، فلا تصلح لبناء الحكم عليها، على أن القرائن قد تبدو قوية ثم يعترها الضعف^(٢).

نوقش: بأن القائلين بأن القرائن وسيلة من وسائل الإثبات، اشترطوا أن تكون القرائن قوية، لا يُشك في قوتها ولا يُمتري في دلالتها.

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه، أبواب الحدود، باب رجم اليهودي واليهودية، (٣/٥٩٣)، برقم (٢٥٥٩). وأصله في الصحيحين، بدون زيادة: «فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها». فقد أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لو كنت راجماً بغير بينة»، (٧/٥٤)، برقم (٥٣١٠). وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب اللعان، (٤/٢١٠)، برقم (١٤٩٧).

(٢) مقارنة المذاهب، لمحمود شلتوت والسايس ص (١٤٠).

أما القول بأن القرائن قد تبدو قوية ثم يعترىها الضعف، فالجواب: أن ما يعترى القرائن من احتمال الضعف، قد يعترى غيرها من وسائل الإثبات^(١).

الراجع:

يظهر رجحان القول الأول، وهو اعتبار القرينة دليلاً ويينة على إثبات الحقوق، والفصل بين المنازعات.

قال ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ: «فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها، وأقوى دلالة وأبين أمارة، فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها»^(٢).

وما استدل به أصحاب القول الثاني، فهو لا يسلم من مناقشة، تبين ضعفه وعدم اعتباره، كما تقدم.

والشرع رتب على حضور البيئات وتقديمها، إثبات الحقوق وإيصالها لأصحابها، ولم يحدد عدد من البيئات، بل كل ما أبان الحق وأظهره، فهو مقصود الشارع، ومحلاً للاعتداد به، والتدليل به على صاحب الحق.

وفي إهمال القرينة وعدم الاعتداد بها، إضاعة للحق وإعانة على الظلم، وسلب حقوق الناس من ضعاف النفوس، خاصة عندما لا يوجد إلا هي،

(١) النظام القضائي، لمحمد رأفت ص (٤٦٧).

(٢) الطرق الحكمية (١/١٨).

بل وفي أحوال كثيرة تصفُ القرينة مصافَّ البيِّنات الأخرى بل وتتقدَّم عليها، لأنَّ غيرها قد يعتريه التزوير والتدليس والكذب والحيل، والقرينة فيها نظر في ظواهر الأحوال والأوصاف والخطابات؛ للدلالة بها على ما خفي.

ومع ترجيحنا للأخذ بالقرينة والاعتداد بها، إلا أنه إنما يلجأ إليها عند عدم توفر أدلة الإثبات المتفق عليها، أو وجود تعارض بينها، أو ظهور ما يبطل العمل بها، فالأخذ بها يكون عند الضرورة أو الحاجة.

وحتى على القول الثاني، فإنَّ القرينة القوية الظاهرة تفيد -على الأقل- غلبة ظن، ومن ثمَّ تُقدَّم على الإقرار الذي اتضح من ظاهر حاله أنه غير مقصود باعتباره أضعف هنا، ولا يفيد غلبة الظن.

وجاء في المادة الخامسة والثمانين: «تثبت المحكمة عند استنادها لقرينة منصوطة عليها شرعاً أو نظاماً مستند حجيتها»^(١).

(١) الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات ص (١٣).

المبحث الأول تأصيل أثر القرينة في الإقرار

تقدم أن الإقرار أقوى البيّنات التي يستند القاضي لها، ويحكم بموجبها، ولما كانت الغاية الشرعية من اعتبار الإقرار والعمل بموجبه، هو الوصول للحق وإثبات الواقع كما هو، علمنا أن الإقرار ليس مقصوداً لذاته، ولا هو غاية وهدفاً في نفسه، بل غاية الشريعة وهدفها هو الوصول للحق، وإيصاله لأهله.

لذا فقد يعتري هذا الإقرار ويشوبه ما يظهر كذبه ومخالفته للواقع، بالقرائن وشواهد الحال، مما يجعل القاضي يصرف النظر عنه، ولا يعتد به، وهذا أمر سائغ في الشريعة، بل ويحمد عليه القاضي، إذ يدل على فطنته وذكائه، وحسن قضاؤه. وفي هذا المبحث مطلبان:

المطلب الأول: حكم ترك العمل بالإقرار لأجل القرينة، شرعاً ونظاماً:

الفرع الأول: حكم ترك العمل بالإقرار لأجل القرينة في الشرع:

جاء في السنة والآثار والقواعد الفقهية والمعقول ما يدل على جواز ترك العمل بالإقرار، لأجل القرينة وشاهد الحال، وأن هذا العمل سائغ في الشريعة ومعمول به ولا إشكال.

أولاً: من السنّة:

الدليل الأول: ما جاء في قصة نبي الله سليمان عَلَيْهِ السَّلَامُ لما حكم في قضية المرأتين، فعن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه سمع رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «كانت امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت لصاحبتها: إنما ذهب بابنك، وقالت الأخرى: إنما ذهب بابنك، فتحاكما إلى داود عَلَيْهِ السَّلَامُ ففضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود عَلَيْهِمَا السَّلَامُ فأخبرتهما، فقال: اتوني بالسكين أشقه بينهما، فقالت الصغرى: لا تفعل يرحمك الله هو ابنها، ففضى به للصغرى»^(١).

وجه الدلالة: أنه لما كان الطفل في يد الكبرى، وليس للصغرى بيّنة على دعواها، أراد نبي الله سليمان عَلَيْهِ السَّلَامُ أن يستبين الحق ويظهره، ويكشف حقيقة ما في نفوسهما، فأجرى اختباراً لهما بشق الطفل نصفين، فلما رأى أن الكبرى رضيت بذلك، علم أنها ليست أمه، فليس هذا من طبع الأمهات المجبولات على الشفقة والرحمة لأطفالهم.

ولم يأخذ بإقرار الصغرى أن الطفل ابن الكبرى، لما علم أن باعث هذا الإقرار هو كمال الشفقة والرحمة، فرضيت أن يبقى بعيداً عنها سالماً من القتل.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب إذا ادعت المرأة ابناً، (١٥٦/٨)، برقم (٦٧٦٩). وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب اختلاف المجتهدين، (١٣٣/٥)، برقم (١٧٢٠).

فهذه قرينة قوية ألغت العمل بالإقرار، وهذا من فقه سليمان عَلَيْهِ السَّلَامُ
مما فهمه الله وأهمه.

وقد ترجم الإمام النسائي على هذا الحديث، ترجمة تجم عن فقهه وقوة
علمه، وحسن استنباطه وفهمه، حيث قال: «الحكم بخلاف ما يعترف به
المحكوم له، إذا تبين للحاكم أن الحق غير ما اعترف به»^(١). وعلق عليها ابن
القيم بقوله: «هكذا يكون الفهم عن الله ورسوله»^(٢).

الدليل الثاني: عن عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: بعث النبي
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خالد بن الوليد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلى بني جذيمة، فدعاهم إلى
الإسلام، فلم يحسنوا أن يقولوا: أسلمنا، فجعلوا يقولون: صبأنا صبأنا،
فجعل خالد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يقتل منهم ويأسر، ودفع إلى كل رجل منا أسيره،
حتى إذا كان يوم أمر خالد أن يقتل كل رجل منا أسيره، فقلت: والله لا
أقتل أسيري، ولا يقتل رجل من أصحابي أسيره، حتى قدمنا على النبي
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فذكرناه، فرفع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يده فقال: «اللهم إني أبرأ
إليك مما صنع خالد مرتين»^(٣).

(١) السنن الكبرى (٥/ ٤١٠).

(٢) الطرق الحكيمة (١/ ٩).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب بعث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خالد بن
الوليد إلى بني جذيمة، (٥/ ١٦٠)، برقم (٤٣٣٩).

وجه الدلالة: في قولهم: «صبأنا»، التي تعني الخروج من دين إلى دين آخر، وتركهم للفظ «أسلمنا» إقرار منهم أنهم على غير الإسلام، هذا في ظاهر لفظهم، ولذا أمر خالد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بأسرهم وقتلهم.

لكن هذا الإقرار منهم لم يعتبر ولم يحكم عليهم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالكفر، لوجود قرينة صارفة عن إرادتهم ترك الإسلام، بما ظهر من حالهم، وإقبالهم على خالد وتسليمهم أنفسهم للأسر طواعية منهم، واعتراض بعض الصحابة على خالد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فعله، حيث فهموا مرادهم وبأن لهم وجه الالتباس والخلط في العبارات، فهم قد تأثروا بقريش حيث تسمي النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وكل من أسلم بالصابي؛ لأنه خرج من دينهم إلى الإسلام. ولذلك تبرأ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من فعل خالد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

ثانياً: من الآثار:

الدليل الأول: أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أتى بامرأة ليس لها زوج قد حملت، فسألها عمر فقالت: «إني امرأة ثقيلة الرأس، وقع علي رجل وأنا نائمة، فما استيقظت حتى فرغ، فدرأ عنها الحد»^(١).

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب في در الحدود بالشبهات، (٥/٥١٢)، برقم (٢٨٥٠١). وأخرجه البيهقي في الكبرى، كتاب الحدود، باب من زنى بامرأة مستكرهة، (٨/٤١٠)، برقم (١٧٠٤٧) بألفاظ متقاربة. وصححه الألباني في الإرواء (٨/٣٠).

وجه الدلالة: أن هذه المرأة أقرت بالزنا، لكن عمر لم يقر بالحد عليها؛ لوجود القرينة الصارفة والرادة لهذا الإقرار، وهي شبهة الإكراه؛ لثقل نومها، والحدود تدرأ بالشبهات.

الدليل الثاني: جاءت امرأة إلى عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فقالت: إني زنت، فرددها حتى أقرت أو شهدت أربع مرات، ثم أمر برجمها، فقال له علي: «سلها ما زناها؛ فلعل لها عذراً؟» فسألها، فقالت: «إني خرجت في إبل أهلي، ولنا خليط، فخرج في إبله، فحملت معي ماء، ولم يكن في إبلي لبن، وحمل خليطي ماء، ومعه في إبله لبن، فنقد مائي فاستسقيته، فأبى أن يسقيني حتى أمكنه من نفسي، فأبيت، فلما كادت نفسي تخرج أمكنته».

فقال علي: «الله أكبر، أرى لها عذراً ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]». فحلى سبيلها^(١).

وجه الدلالة: أن عمر وعلي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا لم يقيما الحد عليها مع إقرارها بالزنا؛ لوجود قرينة صارفة وهي شبهة الإكراه، باضطرارها للماء، وتحقيق هلاكها في المنع منه.

الدليل الثالث: أن غلطة لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة، فانتحروها، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم، ثم قال عمر: أراك تجيعهم؟ ثم قال: والله

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الطلاق، باب المرأة تلد لسته أشهر، (٩٦/٢)، برقم (٢٠٨٣).

لأغرمنك غرمًا يشق عليك، ثم قال للمزني: كم ثمن ناقتك؟ فقال المزني قد كنت والله أمنعها من أربعمئة درهم. فقال عمر: أعطه ثمانمائة درهم^(١).

وجه الدلالة: أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لم يأخذ بإقرارهم ولم يقيم عليهم الحد، لوجود القرينة الصارفة وهي اضطرارهم للطعام؛ حفظاً لأنفسهم من الهلاك، وهي شبهة يدرأ بها الحد.
ثالثاً: من القواعد الفقهية:

القاعدة الأولى: «الأمور بمقاصدها»^(٢):

معنى القاعدة: أن تصرفات المكلف قولية أو فعلية أو اعتقادية، ترجع في تفسيرها وبيانها إلى قصده ونيته، فهي محل الحكم، ولها الاعتبار، لذا فإن تصرفات المكلفين تختلف باختلاف ما انعقدت به نواياهم، وإن كانت تصرفاتهم واحدة.

وجه الدلالة منها: الإقرار تصرف وتلفظ واعتراف، غايته ومقصده إظهار حقيقة الأمر، وإدانة الإنسان نفسه بما جرى من تصرفاته، هذا هو الأصل فيه، فإذا كانت غاية المقر والحامل لإقراره غير ذلك، فلا صحة

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب اللقطة، باب سرقة العبد، (٢٣٩ / ١٠)، برقم (١٨٩٧٨). وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب السرقة، باب ما جاء في تضعيف الغرامة، (٣٥٧ / ١٧)، برقم (١٧٣٦٤).

(٢) هذه إحدى القواعد الكلية الكبرى. ينظر: الأشباه والنظائر، للسبكي (١ / ٥٤)، والقواعد، للحصني (١ / ٢٠٨).

لوقوع التصرف منه، بل للفرار من أمر أكبر منه، أو مراعاة لغيره، أو طلب مال أو مصلحة، أو حرمان غيره أو غير ذلك..^(١)..

وهذا كله تبين بالقرينة، فالحكم أن الشريعة تبطل هذا الإقرار ولا تعمل بموجبه، لأنها تراعي المقاصد وحقيقة الأمر لا الصورة الظاهرة منه.

القاعدة الثانية: «لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل»^(٢):

معنى القاعدة: أنه لا حجة مقبولة أو مفيدة مع الاحتمال الذي ينشأ عن دليل ظني بوجود تهمة؛ إذ إن التهمة إذا تمكنت من فعل الفاعل حكم بفساد فعله، وذلك بأن يكون لها مؤيداً من ظاهر الحال، وليست مجرد وهم^(٣).

وجه الدلالة منها: أن الإقرار يعتبر حجة على المقر، لكن عندما يقوم الدليل على فساده وهو القرينة الصارفة، فإنه يحكم بفساد وبطلان هذا الإقرار فلا حجة فيه.

ومثال القاعدة: لو أقر شخص في مرض موته لبعض ورثته بدين، لا ينفذ إقراره إلا بتصديق باقي الورثة، لأن احتمال اتخاذ هذا الإقرار مطية

(١) كأن يقر في مرض موته المخوف باستيفاء دين وجب له على وارث، أو أقر لوارث له بدين عليه، أو أقر هبة نصيبه من أرض مشاع، وقيمة الأرض كبيرة، وليس بينهما صلة ولا صحبة. لكي يمنع شريكه من الشفعة.

ينظر: قرة عيون الأختيار، للأفندي (٨ / ٢٩١)، ونهاية المحتاج، للرملي (٥ / ٧٠)، حاشية الجمل (٣ / ٤٣٢)، ابن القيم في الطرق الحكمية، لابن القيم (١ / ٩).

(٢) ينظر: شرح قواعد الخادمي، للأزهري ص (٢٠٤). وأصل القاعدة في تأسيس النظر، للدبوسي: «إن التهمة إذا تطرقت إلى فعل الفاعل حكم بفساد فعله» ص (١٩).

(٣) الوجيز، للبورنو ص (٢١٦).

لترجيح بعض الورثة على بعض في الإرث هو احتمال قوي تدل عليه حالة المرض^(١).

القاعدة الثالثة: «الإقرار ملزم بنفسه، ما لم يكذب المقرُّ به»^(٢):

ومعنى القاعدة: الأصل أن المقر ملزم نفسه بإقراره، ومؤاخذ به، إلا إذا ظهر خلاف ذلك، بأن بان تكذيب المقر به، فيسقط ويبطل هذا الإقرار ولا يعمل به، والمكذب قد يكون حكماً شرعياً أو واقعياً يظهر بالقرينة وظاهر الحال.

وجه الدلالة منها: ظاهرة في بيان معناها.

رابعاً: من العقل:

وهو أن الإقرار محتمل للصدق والكذب، ويقدم فيه جانب الصدق؛ لأنه المترجح؛ إذ الإنسان لا يقر على نفسه بما يضرها، إلا أن يكون صادقاً.

فإن ترجح جانب الكذب - بما يظهر للقاضي من تهديد وضرب وإكراه وغيرها من القرائن -، فهنا يرد الإقرار لترجح كذبه^(٣). ولذا

(١) الوجيز، للبورنو ص (٢١٦).

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٠٨/١٨).

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي (٧٠/٢٤)، وتبيين الحقائق، للزيلعي (١٨٢/٥)، والموسوعة الكويتية (١٠٦/٦).

قال عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «ليس الرجل بأمين على نفسه إذا جوعت أو أوثقت أو ضربت»^(١).

وقد جاء في كلام الفقهاء ما يؤيد هذا المبدأ، ويعتبره:

جاء في «كفاية الأختيار»: «إذا اعتضد الإقرار بقرينة دالة على صدق المقر، فالمتجه عدم إلزامه بما أقرب به؛ لانعضاد أصل براءة الذمة بالعرف العادي في الإقرار مع القرينة»^(٢).

وقال العز بن عبد السلام رَحِمَهُ اللَّهُ: «والقاعدة في الأخبار والدعاوى والشهادات والأقارير وغيرها، أن ما كذبه العقل أو جوزه وأحاله العادة فهو مردود»^(٣).

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب لا يجوز طلاق الصبي حتى يبلغ، (١٥ / ٣٢٠)، برقم (١٥٢٠٧). وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب في الامتحان في الحدود، (٥ / ٤٩٣)، برقم (٢٨٣٠٣).

(٢) كفاية الأختيار، للحصني ص (٢٧٨). وقال زكريا الأنصاري -مؤكدًا أن الأصل قبول الإقرار وعدم إبطاله إلا ببينة صارفة عنه-: «ولو فتح هذا الباب، لما استقر إقرار بخلاف إطلاق لفظ الحرية عقب قبض النجوم؛ لوجود القرينة». الغرر البهية (٥ / ٣٢١). وجاء في فتاوى ابن الصلاح (١ / ٣٣٧): «مسألة رجل استأجر مكانًا وسلم أجرته إلى الأجر ثم أقر أنه لا حق له عند الآخر إقرارًا نافيًا لكل حق على الإطلاق ثم بان فساد تلك الإجارة فهل له الرجوع بتلك الأجرة التي أقبضها إياه؟ أجب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ له الرجوع لأن الإقرار المذكور بناه على الظاهر من الصحة الذي انكشف خلافه فكأنه تجدد له بعد الإقرار حق بسبب متجدد».

(٣) قواعد الأحكام (٢ / ١٢٥).

وقال المازري المالكي رَحِمَهُ اللهُ: «لا يلزم المقر له ما قاله من هذا وهو الأصل، إذا كانت قرينة الحال تدل على أنه إنما قصد بهذا الإقرار المدافعة»^(١).

وقال الشوكاني رَحِمَهُ اللهُ: «ولا يصح الإقرار بما يحيله العقل أو العادة؛ لأنه كذب، ولا يجلب الحكم بالكذب»^(٢).

وقال الشيخ عبد الله الحنين -وفقه الله-: «القاضي قد يلحظ وجهًا موجباً لرد البينة، أو قد تتعارض البيئات لديه بين إقرار وقرينة، أو شهادة وقرينة، ونحو ذلك من البيئات، فهنا على القاضي الأخذ بما كان أقوى دلالة من البيئات، ولو كان ذلك بتقديم قرينة قوية على إقرار، أو برد قرار خبير، ونحو ذلك. لكن لا بُدَّ في ذلك جميعه، من تسبب صحيح، يبين فيه قوة ما أخذه، ووهن ما عدل عنه، مراعيًا أصول أعمال البيئات وردها، ودفع التعارض بينها عند ظهوره»^(٣).

الفرع الثاني: حكم ترك العمل بالإقرار لأجل القرينة في النظام:

عملت المحاكم في السعودية بالحكم الشرعي -المتقدم آنفًا-، وهو ترك العمل بالإقرار وعدم اعتباره، إذا ظهر كذبه ودل الدليل على عدم صحته بالقرينة وظاهر الحال.

(١) شرح التلقين (٢/ ٢٢).

(٢) الدراري المضيئة (٢/ ٣٨٣) بتصرف يسير.

(٣) توصيف الأفضية (٢/ ١١٥).

وقد نصت المادة السادسة عشرة في فقرتها الثانية: «لا يقبل الإقرار إذا كذبه ظاهر الحال»^(١).

والمراد بظاهر الحال: هي الأمارات والعلامات التي تدل على أمر وراءها^(٢)، فهي تكشف الحقيقة وتبينها، بما تحتف به من أمارات ودلالات.

وعلى هذا أمثلة كثيرة، منها: أن يقر بالدين بعد الإبراء منه. أو يقر الغني الموسر بهال كبير للفقير المعسر. أو يقر بقطع يد امرئ ثم يتبين سلامتها. أو أجر داراً واستلم الأجرة، ثم قال: لا حق لي على المؤجر، ثم ظهر فساد الإجارة، فأقراره هذا لا يؤاخذ به، ولا يعتد به، لكونه مبني على أن الأصل صحة العقود، فلما ظهر بطلان العقد، بطل ما يترتب عليه.

وقد صدر قرار المحكمة العليا بأن: «الأصل في الإقرارات والاعترافات المؤاخذة بها، إلا ما ورد في الحدود، أو قام دليل على عدم صدقه»^(٣).

المطلب الثاني: شروط ترك العمل بالإقرار لأجل القرينة:

بالنظر في كلام الفقهاء حول مسألة ترك العمل بالإقرار لأجل القرينة، وجدت أن الفقهاء لا يتركون الإقرار لأجل القرينة مطلقاً، أي كل ما ظهرت قرينة صرفت العمل بالإقرار، بل الأصل اعتبار الإقرار والعمل به، لكن قد يعتريه ما يبطل اعتباره، ثم ليس أي قرينة يؤخذ بها وتبطل الإقرار،

(١) من نظام الإثبات.

(٢) موسوعة القواعد الفقهية، للبورنو (٢/ ٥٤٥).

(٣) برقم (٢/ ١/ ١٩٥) وتاريخ: ١٢/ ٨/ ١٤٣٠ هـ.

بل لها وصف يقويها ويقدمها على الإقرار، لذا يمكن استنباط شروط لصحة العمل بالقرينة وترك الإقرار بها، وهي:

الشرط الأول: ظهور كذب الإقرار أو خطئه وعدم صحته، وذلك لدوافع وأغراض كثيرة، -تقدم ذكر بعضها-، فيقر المرء بشيء لربما يضره، لكن ليحقق مصلحة من ورائه له أو لغيره، أو لظروف وأحوال تضطره للإقرار بما لم يقع.

قال زكريا الأنصاري رَحِمَهُ اللهُ: «قال في الأنوار: واعلم أن اللفظ وإن كان صريحاً في الإقرار، فقد تنظم إليه قرينة أو قرائن، تصرفه إلى الاستهزاء والتكذيب؛ كتحريرك الرأس الدال على شدة التعجب والإنكار»^(١).

وقال ابن قاسم العبادي رَحِمَهُ اللهُ: «فعلم أن شرط الإقرار بالمال، عدم تكذيب الحس أو الشرع»^(٢).

الشرط الثاني: وجود التهمة في إقراره، وهذا الشرط مغاير للشرط الأول، إذ الإقرار صحيح وليس فيه كذب ولا خطأ، لكنه لا يخلو من تهمة، كأن يقر لبعض ورثته بمال وهو في مرض موته المخوف، فإقراره صحيح من حيث الواقع، لكنه باطل من الناحية الشرعية، لوجود التهمة فيه.

قال الرملي -بعد إيراده لمسألة: إقرار المريض مرض الموت لو ارتث:-
«واختار جمع عدم قبوله، إن اتهم لفساد الزمان، بل قد تقطع القرائن بكذبه.

(١) أسنى المطالب (٢/ ٢٩٧).

(٢) في حاشيته على تحفة المحتاج، للهيتمي (٥/ ٣٦١).

قال الأذرعي: فلا ينبغي لمن يخشى الله أن يقضي أو يفتي بالصحة، ولا شك فيه إذا علم أن قصده الحرمان»^(١).

الشرط الثالث: وجود القرينة القاطعة أو القوية الدالة على عدم صحة الإقرار:

قال الشوكاني: «وعلى المقر أن ينهض لما يصحح إقراره، وإلا كان المعمول به هو ما اقتضته القرائن القوية»^(٢).

ومن أمثلة القرينة القاطعة بعدم صحة الإقرار: كأن يقر بقتل فلان، ثم يظهر حيا، فيرد الإقرار لعدم إمكانه. أو يقر بالزنا فإذا هو محبوب، أو تثبت عنته، فيرد إقراره لعدم تصور الفعل من المقر. أو يقر بزناه بامرأة وإذا هي رتقاء، لا يمكن أن يلج الذكر في فرجها. أو يقر بأنه ابن لفلان وإذا بالمقر أكبر من المقر له أو مساوٍ له في العمر^(٣).

(١) نهاية المحتاج (٧٠ / ٥).

(٢) السيل الجرار ص (٧٦٤).

(٣) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي (١٦٦ / ٣)، والعزيز، للرافعي (٣٥٢ / ٥)، والبحر الرائق، لابن نجيم (٧ / ٥).

المبحث الثاني

وقائع قضائية^(١) في المحاكم السعودية، صرف فيها النظر عن الإقرار بالقرينة

المطلب الأول: قضية في المطالبة بتسليم ثمن مزرعة:

تتلخّص وقائع هذه الدعوى بادّعاء المدعي بأنّه باع على المدعى عليه مزرعة وصفها وحدّدها بثمن قدره واحد وستون مليوناً وسبعمائة وستة عشر ألف ريال - ٦١,٧١٦,٠٠٠ ريال، وأنّه أفرغ هذا البيع لدى الدائرة المختصة - أي: وثّقه له - ولم يسلم له الثمن، ويطلب إلزام المدعى عليه بتسليم الثمن المذكور.

وقد أجاب المدعى عليه بأنّه لم يشتر المزرعة المذكورة من المدّعي، وطلب رد الدعوى، وأضاف في دفعه بأنّ المزرعة رهن له في دين على والد المدعي، وأنّها أفرغتُ بيعاً صورياً توثيقاً لتلك الديون.

(١) أثرت الاقتصار على الوقائع القضائية المعاصرة، لما اشتملت عليه من تسبب الحكم وبيان مستنده، ولما فيها من إثراء للبحث وتتمة له، وإلا فهناك وقائع قضائية في القرون السابقة، منها ما ذكره ابن القيم في الطرق الحكمية (١/٢٦): «قال مكرم بن أحمد: كنت في مجلس القاضي أبي حازم فتقدم رجل شيخ ومعه غلام حدث، فادعى الشيخ عليه ألف دينار دينا، فقال: ما تقول؟ قال: نعم. فقال القاضي للشيخ ما تريد؟ قال: حبسه؟ قال: لا، فقال الشيخ: إن رأى القاضي أن يحبسه فهو أرجى لحصول مالي. فتفرس أبو حازم فيهما ساعة. ثم قال: تلازما حتى أنظر في أمركما في مجلس آخر.

الحكم وأسبابه:

لقد فصل القاضي في هذه الواقعة بحكم مُبَيَّن الأسباب. جاء فيه: إنَّه بدراسة القضية وتأملها، وبما أنَّ الطرفين قد تصادقا على إفراغ المزرعة الموصوفة في الدعوى من المدعي إلى المدعى عليه، وهذا يوافق ما في الصَّكِّ الصادر من كتابة عدل ...

برقم ... وتاريخ ... وقد جاء في صكِّ الإفراغ آنف الذكر: أنَّ الثمن واحد وستون مليوناً وسبعمائة وستة عشر ألف ريالٍ سُلمتَ عدداً ونقداً، وأنَّ المبيع سُلمَ بحدوده لوكيل المشتري، وقد تصادق الطرفان على أنَّ المزرعة لم تُسَلِّمَ لموكل المدعى عليه حتى الآن، وأنَّ الثمن لم يقبض، وبما أنَّ

فقلت له: لم أخرجت حبسه؟ فقال: ويحك، إني أعرف في أكثر الأحوال في وجوه الخصوم وجه المحق من المبطل، وقد صارت لي بذلك دراية لا تكاد تخفى، وقد وقع إلي أن ساحة هذا بالإقرار عين كذبه، ولعله ينكشف لي من أمرهما ما أكون معه على بصيرة، أما رأيت قلة تفصيها في الناكرة، وقلة اختلافها، وسكون طباعها مع عظم المال؟ وما جرت عادة الأحداث بفرط التورع، حتى يقر مثل هذا طوعاً عجباً، منشرح الصدر على هذا المال.

قال: فنحن كذلك نتحدث، إذ أتى الأذن يستأذن على القاضي لبعض التجار، فأذن له، فلما دخل قال: أصلح الله القاضي، إني بليت بولدي حدث، يتلف كل مال يظفر به من مالي في القيان، عند فلان، فإذا منعه احتال بحيل، تضطرنني إلى التزام الغرم عنه، وقد نصب اليوم صاحب القيان يطالب بألف دينار حالاً، وبلغني أنه تقدم إلى القاضي، ليقر له فيحبسه، وأقع مع أمه فيما ينكد عيشنا إلى أن أقضي عنه.

فلما سمعت بذلك، بادرت إلى القاضي لأشرح له أمره، فتبسم القاضي، وقال لي: كيف رأيت؟ فقلت: هذا من فضل الله على القاضي، فقال: علي بالغلام والشيخ، فأرهب أبو حازم الشيخ، ووعظ الغلام. فأقرأ، فأخذ الرجل ابنه وانصرفاً.

المدعى عليه قد دفع بصوريّة العقد، وأنّه لم يقع بيع ولا شراء حقيقةً، وأنّ ما حصل من إفراغ إنّما هو رهن للمزرعة، وبما أنّ دفع المدعى عليه هذا يؤيده تصادق الطرفين على عدم قبض الثمن المذكور مع كثرته، وهذا أمر تُبعده العادة؛ إذ يُبعد عادةً أن يُقرّ شخص باستلام مبلغ كثير جدًّا وهو واحد وستون مليونًا وسبعمائة وستة عشر ألف ريالٍ عدًّا ونقدًا وهو لم يستلمه ويكون العقد حقيقة، وما أحالته العادة أو أبعده فهو مردود؛ يقول ابن عبد السلام في قواعده [٢ / ١٢٥]: «القاعدة في الأخبار والدعاوى والشهادات والأقارير وغيرها: أنّ ما كذبه العقل أو جوزّه، وأحالته العادة فهو مردود، وأمّا ما أبعده العادة من غير إحالة فله رُتبٌ في البعد والقرب قد يختلف فيها، فما كان أبعد وقوعًا فهو أولى بالرّد، وما كان أقرب وقوعًا فهو أولى بالقبول، وبينهما رتب متفاوتة».

ينضاف إلى ذلك: أنّ المزرعة لا زالت في يد المدعى منذ الإفراغ بتاريخ ١٣ / ١١ / ١٤١٤ هـ وحتى الآن في ٢ / ٢ / ١٤١٨ هـ حسب إقرارهما، وأنّ للتعامل الذي دفع به المدعى عليه أصلًا، وذلك حسب ما قدّم من الورقتين؛ إحداهما: معنونة باسم «محضر اتفاق تسوية حسابات الأسهم»، والثانية: الخطاب الموجه من والد المدعى إلى المدعى عليه، وقد تضمن الخطاب ذكْرَ رهن المزرعة موضع الدعوى للمدعى عليه، فكل ذلك قرائن مؤيدة لما دفع به المدعى عليه من أنّ حقيقة التعاقد رهن لا بيع، وتلجئة العقود يثبت بالقرينة كما ذكره فقهاؤنا [الكشاف ٣ / ١٥٠].

ولا يعارض هذا إفادة الغرفة التجارية، والتي قدّمها المدعي متضمنة: أنه قد يحدث أحيانا أن يُفْرغ العقار ويُقَرَّ باستلام الثمن وهو لم يُسْتَلَم؛ لأنَّ ما يحدث أحيانا لا يُعتدُّ به، ولا يُحْلُّ بالقاعدة - كما سبق بيانه من كلام العزّ بن عبد السلام-.

كما لا يعارض ما قرّره من أنّ صكّ المزرعة باسم المدعي والديون المرهونة بها مستحقة على والده، ذلك بأنَّ للإنسان أن يرهن ماله في دين على غيره كما ذكره فقهاؤنا [الاختيارات ١٣٣]، والمدعي قد فعل ذلك، فقد أفرغ المزرعة لدى كاتب العدل حسب الإفراغ آنف الذكر، وكان ذلك برضاه واختياره، فهو رهن منه لهذه المزرعة برضاه واختياره، لما أسلفت من قرينة، كما لا يعارض ما قرّره من أنّ المدعي عليه قد أقرّ بواسطة وكيله قبوله لهذا الإفراغ لدى كاتب العدل - كما في صكّ الإفراغ -؛ لأنَّ الإقرار إذا شهدت قرينة قوية برّدّه لم يعمل به، برهان ذلك: ما أخرجه البخاري ومسلم - واللفظ له - في صحيحيهما من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ «وذكر قصة سليمان عَلَيْهِ السَّلَامُ مع المرأتين التي أكل الذئب ولد الكبرى منهما»....

فبناءً على ما سلف فقد أعلمت المدير بأنّه لا يستحق ما ادّعاه على المدعي عليه من ثمن المزرعة الموصوفة في الدعوى، وأنَّ حقيقة العقد بينهما رهن لا بيع، وللمدعي على المدعي عليه اليمين الشرعية مغلظة في الصيغة، بأنَّ حقيقة العقد بينهما في المزرعة الموصوفة في الدعوى رهن وليس بيعاً متى طلب المدعي اليمين، فأبى طلبها، وليس له إلاّ ذلك متى طلبها، وقد استعدّد المدعي عليه ببذل اليمين عند طلبها منه؛ لذلك كله فقد حكمت بصرف

النظر عن دعوى المدعي، وأنه لا يستحق ما ادّعه من ثمن المزرعة المذكورة في الدعوى؛ لأنَّ حقيقة العقد بينهما على المزرعة رهن لا بيع.

تدقيق الحكم بتمييزه:

بدراسة الحكم مع اللائحة الاعتراضية من قبل محكمة التمييز صدر قرارها بالموافقة عليه^(١).

المطلب الثاني: قضية مطالبة زوجة بدين لها على زوجها المتوفى في مواجهة بقية ورثته:

تتلخّص وقائع هذه الدعوى بادّعاء المدعية بأنَّ زوجها المتوفى مدين لها بمبلغ ستين ألف ريال باقي ثمن أرض باعتها عليه، ثم عادت في جلسة أخرى وقالت بأنَّها قرض عليه وليست ثمن أرض وأنها غلّطت في سبب الاستحقاق، وطالبت بإثبات هذا المبلغ على المتوفى لتستوفيه من التركة عند قسمتها.

وأجاب المدعى عليه - والد المتوفى والوكيل والولي عن بقية الورثة -: بأنه لا علم له بما ادّعته المدعية، لكن المدعية سبق أن باعت على زوجها المتوفى أرضاً، وكتبت في صكّ الأرض استيفاءً لها للثمن، كما أنّ والدته المتوفى أخبرته بأن المدعية سبق أن أقرت لها باستيفائها لدين لها على زوجها المذكور.

(١) توصيف الأفضية، للخين (٣/٨٥-٩١).

وأفهم القاضي المدعى عليه بأنَّ إجابته غير محررة؛ لأنَّه قال: لا علم له بما ادعته المدعية، وأنَّ عليه الإجابة بجواب ملاقٍ للدعوى بإثبات أو نفي - أي بإقرار أو إنكار - إلاَّ أنَّ المدعى عليه أصرَّ على إجابته السابقة، وقرر القاضي السير في الدعوى وسماع البينة باعتبار المدعى عليه ناكلاً عن الجواب بعد إنذاره وإصراره على جوابه السابق.

الحكم وأسبابه:

لقد أنهى القاضي هذه القضية بحكم مبين الأسباب، جاء فيه:

وبعد دراسة القضية وتأملها، وبما أنَّه قد ثبت إدانة المتوفى - زوج المدعية - بمبلغ ستين ألف ريال للمدعية حسب إقراره في السند ... والذي أكد قرأه أهل الخبرة صحَّته، وأنَّ المتوفى هو الكاتب لهذا السند صلباً وتوقيعاً، وبما أنَّ ذمة المتوفى شغلت بهذا الدين، فيبقى في ذمته استصْحَاباً لأصل شغل الذمة حتَّى ثبوت العكس، ولم يثبت ذلك؛ لأنَّ دفع المدعية بأنَّ إقرارها لوالدة الميت بالاستلام كان دفعاً لِلإئمة عنها - أي نفياً للخرج عنها -، وهي في الحقيقة لم تستلم - دفعٌ مقبول؛ لأنَّها ذكرت أنَّ زوجها المتوفى هو الذي طلب منها الإقرار بالاستلام لوالدته، وطمأنتها، ففعلت وهي لم تستلم؛ لأنَّ للوالدة إرادة غالبية يترجح أنَّها هي التي دفعت الابن للإلحاح على زوجته بطمأنة والدته والإقرار بالاستلام وهي لم تستلم، وهذه قرائن حالية تؤيد دفع المدعية المشار إليه آنفاً، ولا يعارض هذا إقرار المدعية بالاستلام؛ لأنَّه إذا قويت القرائن قُدِّمت على الاعتراف كما في قضيتنا هذه، وبرهان ذلك: ما أخرجه الإمامان البخاري ومسلم - واللفظ له - من

حديث أبي هريرة «وذكر قصة سليمان عَلَيْهِ السَّلَامُ مع المرأتين التي أكل الذئب ولد الكبرى منها»....

وجاء في مختصر الفتاوى المصرية [ص ٦٠٨]: «ولا تقبل الدعوى بما يناقض إقراره إلا أن يذكر شبهة تجري بها العادة»، وبما أن اختلاف أقوال المدعية في سبب الدين بين ثمن الأرض أو القرض لا يوجب ردّ دعواها؛ لأنّها ذكرت أنها غلّطت في الأولى والصّحيح أنه قرض، وبما أن ثبوت الدين بموجب ورقة كتبت بيد المتوفى صلّباً وتوقيعاً، وليس هناك شبهة في ثبوته، وبما أن دفع المدعية- بأنّ الثلاثين ألف ريال التي استلمتها بشيك باسم ابنها من زوج سابق لعلاج الابن (فيصل) الذي هو ابنها من زوجها المتوفى، وصرفتها في ذلك- هو دفعٌ راجح؛ لأنّ الشيك باسم ابنها من زوجها السابق وليس باسمها، ولو أرادت إنكار استلامها لهذا المبلغ لما لزمها مما يرجح صدقها، كما أن الابن (فيصلاً) مريض حسب إقرار المدعى عليه، كل ذلك قرائن حالية تؤيد ما دفعت به المدعية، والأصل أنّها مؤتمنة، والقول قولها يمينها في إنفاقها.

لذلك كله ولأنّ الناكل عن الجواب تسمع عليه البينة فقد قضيت بثبوت مبلغ ستين ألف ريال للمدعية على الميت ... تستوفى من التركة عند قسمتها وعليها اليمين بأنّ المبلغ المدعى به لا زال في ذمة المتوفى لم تستلم منه شيئاً أو تتنازل عنه، وأنّ الثلاثين ألف ريال التي استلمتها بموجب الشيك إنّما هي لعلاج ابنها (فيصل) وليست سداداً من الدين، وقد أبي المدعى عليه طلب اليمين، وبما أنّ القضية بها قاصر فقد وجهت اليمين على المدعية على

الصفة سالفة الذكر فاستعدت بالحلف، وحلفت اليمين المطلوبة مغلظة في الصيغة، وبذلك انتهت الدعوى.

تدقيق الحكم بتمييزه:

بدراسة الحكم مع اللائحة الاعتراضية من قبل محكمة التمييز صدر قرارها بالموافقة عليه^(١).

المطلب الثالث: قضية مطالبة بتسليم دين مقيد في الورقة التجارية (الكمبيالة)^(٢):

الحمد لله وحده، وبعد: فلدي أنا القاضي في المحكمة العامة بمحافظة جدة، وبناء على المعاملة المحالة لنا، من فضيلة رئيس المحكمة العامة بمحافظة جدة المساعد، برقم (٢٩٦٢٧١١٠٢) وتاريخ ٢٥ / ١١ / ١٤٣١ هـ، المقيدة بالمحكمة برقم (٣١٩٨٤٥٤) وتاريخ ٢٥ / ١١ / ١٤٣١ هـ، وبعد عدة جلسات، وفي يوم السبت الموافق ١٣ / ٤ / ١٤٣٤ هـ حضر سعودي الجنسية، بموجب الهوية الوطنية رقم الوكيل عن... بصفته وكيلاً عن بموجب الوكالة الصادرة من كتابة العدل الثانية بجنوب جدة برقم (٤٣٣٢٩) في: ١٩ / ١٢ / ١٤٣٢ هـ والمخول له فيها حق المرافعة والمدافعة وتعيين الخبراء والإنكار وحضر لحضوره سعودي الجنسية بموجب الهوية الوطنية رقم الوكيل

(١) توصيف الأفضية، للخنين (٣ / ١٣١ - ١٣٧).

(٢) مجموعة الأحكام القضائية، الصادرة من مركز البحوث بوزارة العدل (٤ / ٩٣ - ٩٩).

عن ... بموجب الوكالة الصادرة من كتابة العدل الثانية بشمال جدة رقم (٨٠٠٤٩) وتاريخ ١١/٨/١٤٢٩ هـ. ثم ادعى المدعي وكالة، قائلاً: إن موكلي قد سلم للمدعى عليه: ...، مبلغاً قدره: اثنان مليون وخمس مئة وثمانية عشر ألفاً ومئتان وتسعون ريالاً، وهي عبارة عن سُلْفَة، ولم يردها حتى الآن، أطلب إلزام المدعى عليه بتسليم المبلغ المدعى به وقدره: اثنان مليون وخمس مئة وثمانية عشر ألفاً ومئتان وتسعون ريالاً، هكذا ادعى.

أجاب المدعى عليه وكالة، بقوله: ما ذكره المدعي وكالة، كله غير صحيح، وأطلب رد دعوى المدعي، وإخلاء سبيل موكلي منها، هكذا أجب، وبسؤاله عن بينته، أجب قائلاً: بينتي هذه الورقة، وجرى اطلاعنا عليها، وهذا نصها: «كمبيالة، استحقاق الدفع ١/٢/١٤٣٠ هـ مبلغها: ٢٥١٨٢٩٠ ريال المدين: إقامة أتعهد أنا المدين الموقع أعلاه، بأن أدفع لأمر السيد، المبلغ المرقوم أعلاه، وقدره اثنان مليون وخمس مئة وثمانية عشر ألفاً ومئتان وتسعون ريالاً، بدون تأخير وقت الطلب... حررت في ١٢/٣/٢٠٠٨ م، شاهد توقيعه المدين (بدون اسم) توقيعه» ا.هـ.

وبعرض ذلك على المدعى عليه وكالة، أجب قائلاً: ما جاء في هذه الكمبيالة غير صحيحة، والتوقيع الذي عليها ليس توقيع موكلي، هكذا أجب. وبسؤال المدعي وكالة عن زيادة بينته، أجب قائلاً: ليس لدي سوى ما قدمت، هكذا أجب. وبسؤاله كيف سلم موكله المبلغ المدعى به للمدعى عليه أصالة؟ أجب قائلاً: سلمه نقداً، هكذا أجب.

وبدراسة القضية وتأملها، وبما أن المدعي وكالة قد ذكر أن موكله أقرض المدعى عليه مبلغاً قدره: اثنان مليون وخمسة مئة وثمانية عشر ألفاً ومئتان وتسعون ريال، وبما أن المدعى عليه قد دفع بعدم صحة دعواه جملةً وتفصيلاً، وبما أن المدعي وكالة ذكر أن موكله سلم المبلغ المدعى به للمدعى عليه عدداً ونقداً، وهذا أمر تُبَعِّده العادة؛ إذ يبعد عادة أن يُسَلِّم شخص لآخر مبلغ كثير جداً عدداً ونقداً، وما أحالته العادة أو أبعده فهو مردود، يقول ابن عبد السلام في قواعده ٢ / ١٢٥: «القاعدة في الأخبار والدعاوى والشهادات والأقارير وغيرها، أن ما كذبه العقل أو جوزه، وأحالته العادة، فهو مردود، وأما ما أبعده العادة من غير إحالة، فله رتب في البعد والقرب قد يختلف فيها، فما كان أبعد وقوعاً فهو أولى بالرد، وما كان أقرب وقوعاً فهو أولى بالقبول، وبينهما رتب متفاوتة». ولأن الإقرار (الكمبيالة) - على فرض ثبوته - إذا شهدت قرينة قوية برده لم يعمل به؛ برهان ذلك ما أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «وذكر قصة سليمان عَلَيْهِ السَّلَامُ مع المرأتين التي أكل الذئب ولد الكبرى منهما»... قال ابن القيم في الطرق الحكمية ص ٦ بعد أن ساق الخبر: «إن الإقرار إذا كان لعلة اطلع عليها الحاكم، لم يلتفت إليه، ولذلك ألغينا إقرار المريض مرض الموت بهال لوارثه؛ لانعقاد سبب التهمة، واعتماداً على قرينة الحال في قصد تخصيصه»، ومن خرج الحديث السابق، الإمام النسائي، وقد ترجم عليه عدة تراجم، منها قوله: «الحكم بخلاف ما يعترف به المحكوم له، إذا تبين للحاكم أن

الحق في غير ما اعترف به»، قال ابن القيم -معلقاً على هذه الترجمة- في إعلام الموقعين ٤ / ٣٧١: «هذا هو العلم استنباطاً ودليلاً».

لذلك كله فقد أعلمت المدعي وكالة، بأن موكله لا يستحق ما ادعاه تجاه المدعى عليه من ثمن القرض، ورددت دعواه، وأخليت سبيل المدعى عليه منها، وبذلك قضيت.

وبإعلان الحكم، قرّر المدعى عليه وكالة، قناعته بالحكم، وقرّر المدعي وكالة اعتراضه، فجرى تسليمه نسخة من الحكم، وأفهم بأن له الحق في تقديم اعتراضه لمدة ثلاثين يوماً اعتباراً من هذا اليوم، وإذا انتهت المدة ولم يقدم اعتراضه، سقط حقه في الاعتراض، واكتسب الحكم القطعية. وأفهمت المدعي وكالة بأن لموكله يمين المدعى عليه المغلظة بهذه الصيغة: (...) متى طلبها، فأبى طلبها، وليس له إلا ذلك متى طلبها، وقد قرر المدعى عليه وكالة، أن موكله مستعد ببذل اليمين عند طلبها منه. وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. حرر في ١٣ / ٤ / ١٤٣٤ هـ.

الحمد لله وحده، وبعد: ففي يوم الأحد الموافق ٢٣ / ٧ / ١٤٣٤ هـ، وقد عادت المعاملة من محكمة الاستئناف بمكة المكرمة، وبرفقها قرار الدائرة الحقوقية السادسة، رقم (٣٤٢٥٨٦٩١) في ٣ / ٧ / ١٤٣٤ هـ ونص الحاجة منه: «وبدراسة الحكم وصورة ضبطه ولائحته الاعتراضية، تقرر الموافقة على الحكم» ١ هـ وللبيان جرى إثباته، وأمرت بإحاقه بالصك والسجل.

وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. حرر في
٢٢ / ٧ / ١٤٣٤ هـ.

الاستئناف:

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد: فقد جرى منا
-نحن رئيس وأعضاء الدائرة الحقوقية السادسة في محكمة الاستئناف
بمنطقة مكة المكرمة- الاطلاع على هذا الحكم الصادر من فضيلة
الشيخ.... القاضي بالمحكمة العامة بجدة، والمسجل بعدد ٣٤١٨٥٨٧١
وتاريخ ١٣ / ٤ / ١٤٣٤ هـ المتضمن دعوى ضد المحكوم فيه بما دُون
باطن الصك، وبدراسة الحكم وصورة ضبطه ولائحته الاعتراضية،
تقررت الموافقة على الحكم، والله الموفق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله
وصحبه وسلم.

المطلب الرابع: قضية مطالبة بسداد دين من صاحب مؤسسة تتولى تسديد القروض^(١):

الحمد لله وحده وبعد، فلدي أنا (...) القاضي في المحكمة العامة
بمحافظة جدة، وبناء على المعاملة المحالة لنا من فضيلة رئيس المحكمة
العامة بمحافظة جدة المساعد برقم (٣٣٣١٥٠٤٢) وتاريخ
٥ / ٥ / ١٤٣٣ هـ، المقيدة بالمحكمة برقم (٣٣٨٥٥٧١٥) وتاريخ

(١) مجموعة الأحكام القضائية، عام ١٤٣٥، الصادرة من مركز البحوث بوزارة العدل
(٢ / ٢٨١ - ٢٩٠).

٥ / ٥ / ١٤٣٣ هـ، ففي يوم السبت الموافق ٢٩ / ٧ / ١٤٣٤ هـ، حضرت (...) سعودية الجنسية بموجب السجل المدني رقم (...) والمعرف بها من قبل زوجها (...) سعودي الجنسية بموجب السجل المدني رقم (...)، وحضر لحضورها (...) سعودي الجنسية بموجب السجل المدني رقم (...) . ثم ادعت الأولى قائلة: «إنه كان بذمتي مبلغ قدره مئة وخمسة وخمسون ألف ريال، والمدعى عليه يملك مؤسسة اسمها (...) من ضمن مناشطها تسديد القروض، وقد حضرت عند المدعى عليه في مؤسسته وطلبت منه تسديد القرض البالغ قدره مئة وخمسة وخمسون ألف ريال لمصرف (...)، ومن ثم تنزيل قرض جديد على حسابي قدره ثلاثمائة ألف ريال، وقد قام المدعى عليه بسداد المديونية كاملة ومن ثم قام بإنزال مبلغ قدره أربعمائة وخمسة وتسعون ألف ريال في حسابي مدة بسيطة، ثم قام بطريقته الاحتمالية بسحب المبلغ كاملاً وقدره أربعمائة وخمسة وتسعون ألف ريال، وسدد المصرف مديونته وقدرها مئة وخمسة وخمسون ألف ريال وأخذ الباقي لحسابه الخاص، أطلب إلزام المدعى عليه بسداد مبلغ قدره ثلاثمائة وأربعون ألف ريال»، هكذا ادعت. ويعرض ذلك على المدعى عليه أجاب قائلاً: ما ذكرته المدعية أنني أملك مؤسسة (...) وأنها طلبت مني سداد مديونيتها لمصرف (...) وقدرها مئة وخمسة وخمسون ألف ريال فصحيح، فقد دخلت عليّ في المؤسسة وطلبت مني سداد مديونيتها لمصرف (...) وقدرها مئة وخمسة وخمسون ألف ريال فقامت ببيعها سيارتين (...) نوعها (...) و (...) لا أذكر نوعها صنع عام (...) م، لونها أبيض بقيمة

قدرها ثلاثمائة وخمسة عشر ألف ريال، فقامت على الفور بإيداع مبلغ قدره مئة وخمسة وخمسون ألف ريال في حساب المدعية من حسابي الخاص، ثم سلمت لها مبلغاً قدره مئة وستون ألف ريال عدداً ونقداً، وبذلك تسلمت المدعية قيمة السيارة كاملة، وبقي مبلغ قدره عشرون ألف ريال التي هي أرباحي من العملية، فقامت المدعية هي بنفسها بسداد المديونية كاملة لمصرف (...)، وبعد فترة نزل لها القرض الجديد من البنك وقدره ثلاثمائة وعشرة آلاف ريال، فقامت المدعية بتحويل مبالغ متقطعة لي لتسديدي قيمة السيارتين وقيمة أرباحي منها، فقد وصل لحسابي منها مبلغ قدره ثلاثمائة وخمسة وثلاثون ألف ريال، وقامت بتوقيع مخالصة معي ألا يطالب أحدنا الآخر بأي شيء، فأطلب رد دعوى المدعية وإخلاء سبيلي منها)، هكذا أجاب وبسؤال المدعى عليه عن بيئته أجاب قائلاً: أطلب مهلة لإحضارها، هكذا أجاب. وفي يوم الاثنين الموافق ٨ / ٨ / ١٤٣٤ هـ حضرت المدعية أصالة (...) المثبت حضورها في جلسة سابقة، وحضر لحضورها (...) سعودي الجنسية بموجب السجل المدني رقم (...) الوكيل عن (...) بموجب الوكالة الصادرة من كتابة العدل الثانية في جنوب جدة رقم (٣٣٢١٥٣٣٤) في ٧ / ٨ / ١٤٣٣ هـ. والمخول له فيها حق المرافعة والمدافعة والإقرار والإنكار والصلح. اهـ. وبسؤال المدعى عليه وكالة عما استمهل موكله لأجله أبرز ورقة وجرى اطلاعنا عليها وهذا نصها: «مخالصة: نعم أنا المدعو: (...) حاملة بطاقة رقم: (...) صادرة من أحوال مكة المكرمة بتاريخ: ٢ / ٦ / ١٤٢٦ هـ أقر بأنه تمت لي جميع الإجراءات واستلمت جميع ما

يتعلق بي من مستندات واستلمت مبلغي ولم أعد أطالب مكتب (...) بشيء وليس لديهم عندي أي شيء آخر ولا أي متطلبات أخرى لدى (...), والله خير الشاهدين الاسم: (...) توقيع مؤسسة (...) لصاحبها (...) توقيع» اهـ. وبعرض ذلك على المدعية أجابت قائلة: هذه الورقة كذب ومزورة ولم أوقعها إطلاقاً، هكذا أجابت، وبسؤال المدعى عليه وكالة عن زيادة بينة أبرز ورقة وجرى اطلعنا عليها وهذا نصها: «إقرار واعتراف، التاريخ: ٢ / ٥ / ١٤٢٦ هـ نعم أنا المدعو: (...) حاملة بطاقة رقم: (...) صادرة من أحوال مكة المكرمة (بدون تاريخ): أقر وأعترف بأنني استلمت من السيد (...) سيارة بقيمة ثلاثمائة وخمسة عشر ألف ريال وذلك مقابل سداد مديونية لدى بنك (...) وقد تم إيداع مبلغ قدره: ١٥٥,٠٠٠ في حسابي والباقي: ١٦٠,٠٠٠ استلمته نقداً وهذا إقرار مني بذلك دون إجبار أو إكراه من أحد. ملاحظة نوع السيارات اثنتين (...) موديل: (...) م المقر بما فيه: الاسم: (...) توقيع». اهـ وبعرض ذلك على المدعية أجابت قائلة: هذه الورقة كذب ومزورة ولم أوقعها إطلاقاً، هكذا أجابت. وبسؤال المدعى عليه وكالة عن زيادة بينة أجاب قائلاً: أكتفي بما قدمت، هكذا أجاب. [ثم جرت مكاتبات ومخاطبات واستفسارات وإجابات...]

وبدراسة القضية وتأملها، ولأن المدعية أصالة قد ذكرت أنه كان بذمتها مبلغ قدره مئة وخمسة وخمسون ألف ريال لمصرف (...), وأن المدعى عليه يملك مؤسسة اسمها (...), وأن المدعية طلبت منه تسديد القرض البالغ قدره مئة وخمسة وخمسون ألف ريال، ومن ثم تنزيل قرض جديد على

حسابها وقدره ثلاثمائة ألف ريال، وأن المدعى عليه قد سدد كامل المديونية وقدرها مئة وخمسة وخمسون ألف ريال، ثم قام أيضًا بإنزال مبلغ قدره أربعمائة وخمسة وتسعون ألف ريال في حسابها، وأنه قد احتال وأخذ من حسابها مبلغاً قدره أربعمائة وخمسة وتسعون ألف ريال، منها مئة وخمسة وخمسون ألف ريال مقابل الدين الذي سدده، والباقي أخذه لحسابه الخاص، وقد أنكر ذلك المدعى عليه وأقر أنها هي من قامت بتحويل مبلغ قدره ثلاثمائة وخمسة وثلاثون ألف ريال لحسابه، منها مبلغ قدره مئة وخمسة وخمسون ألف ريال مقابل الدين الذي سدده عن المدعية لمصرف (...)، ومبلغ قدره ثلاثمائة وخمسة عشر ألف ريال مقابل قيمة سيارتين نوع (...). صنع عام (...). م ومبلغ قدره عشرون ألف ريال مقابل أرباحه في عملية البيع، وقد أنكرت شراء السيارات المدعى عليها، وأقام المدعى عليه بينة لدعواه، وهي المخالصة المرصودة في جلسة سابقة ونص الحاجة منها: «مخالصة: نعم أنا المدعو: (...) حاملة بطاقة رقم: (...) صادرة من أحوال مكة المكرمة بتاريخ: ١٤٢٦/٦/٢ أقر بأنه تمت لي جميع الإجراءات واستلمت جميع ما يتعلق بي من مستندات واستلمت مبلغي ولم أعد أطلب مكتب (...) بشيء وليس لديهم عندي أي شيء آخر ولا أي متطلبات أخرى لدى (...).، والله خير الشاهدين. الاسم: (...). توقيع. مؤسسة (...) لصاحبها (...) توقيع». اهـ. كما قدم بينة ثانية وهي إقرار المدعية المرصود في جلسة سابقة ونص الحاجة منه: «إقرار واعتراف، التاريخ: ١٤٢٦/٥/٢ هـ نعم أنا المدعو: (...) حاملة بطاقة رقم: (...) صادرة من

أحوال مكة المكرمة بتاريخ (بدون) أقر وأعترف بأنني استلمت من السيد (...). سيارة بقيمة ثلاثمائة وخمسة عشر ألف ريال، وذلك مقابل سداد مديونية لدى بنك (...). وقد تم إيداع مبلغ قدره: ١٥٥,٠٠٠ في حسابي والباقي: ١٦٠,٠٠٠ استلمته نقداً وهذا إقرار مني بذلك دون إجبار أو إكراه من أحد. ملاحظة نوع السيارات اثنتين (...). موديل: (...). م المقر بها فيه الاسم: (...). توقيع». اهـ. وقد أنكرت المدعى عليها التوقيع المنسوبة لها أعلاه، لكن الأدلة الجنائية قررت أن التوقيع هي للمدعية قطعاً...، وقد دفع المدعي وكالة بأن التوقيع صدرت من موكلته على بياض، وأنكر ذلك المدعى عليه، لكن إنكاره بعيد جداً وإقرار المدعية أن توقيعها كانت على بياض تؤيده القرائن الآتية، أولاً: أن المدعى عليه قرر السيارات كانت باسم مؤسسته (...). وأن المدعية اشترتها منه وباعتها عليه، ولو كان هناك بيع وشراء لكانت هناك عقود وشهود. ثانياً: ذكر المدعى عليه أنه سلم للمدعية مبلغاً قدره: مائة وستة وستون ألف ريال عدداً ونقداً والعادة تحيل أن يسلم شخص لآخر مبلغاً كبيراً عدداً ونقداً، ثالثاً: يبعد عادة أن يأخذ شخص أرباحاً على بيع سيارتين مبلغاً قدره عشرون ألف ريال. رابعاً: أفاد أن تعاملاته كلها في البيع والشراء نقداً، وهذا يدل على المراوغة والكذب. خامساً: ذكر أن السيارة (...). قد اشترها مستخدمة في المملكة بموجب بطاقة جمركية، ويستحيل أن يشتري شخص سيارة مستخدمة محلياً بموجب بطاقة جمركية. سادساً: كثرة الدعاوى المقامة ضده -مع الوقائع المذكورة أعلاه قرينة على عدم صدقه في بيع السيارات للمدعية. يضاف لذلك أن ما

أحالاته العادة أو أبعده فهو مردود بقول ابن عبد السلام في قواعده ٢/ ١٢٥: «القاعدة في الأخبار والدعاوى والشهادات والأقارير وغيرها أن ما كذبه العقل أو جوزه وأحالاته العادة فهو مردود، وأما ما أبعده العادة من غير إحالة فله رتب في البعد والقرب قد يختلف فيها، فما كان أبعد وقوعاً فهو أولى بالرد، وما كان أقرب وقوعاً فهو أولى بالقبول وبينهما رتب متفاوتة»، يضاف -أيضاً- ولأن الإقرار -الذي وقعته المدعية - إذا شهدت قرينة قوية برده لم يعمل به، برهان ذلك. ما أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة «وذكر قصة سليمان عَلَيْهِ السَّلَامُ مع المرأتين التي أكل الذئب ولد الكبرى منهما...». قال ابن القيم في الطرق الحكيمة ص ٦ بعد أن ساق الخبر: «إن الإقرار إذا كان لعلة اطلع عليها الحاكم لم يلتفت إليه، ولذلك ألغينا إقرار المريض مرض الموت بهال لوارثه لانعقاد سبب التهمة واعتماداً على قرينة الحال في قصد تخصيصه»، وممن خرج الحديث السابق الإمام النسائي وقد ترجم عليه عدة تراجم منها قوله: «الحكم بخلاف ما يعترف به المحكوم له إذا تبين للحاكم أن الحق في غير ما اعترف به»، قال ابن القيم معلقاً على هذه الترجمة في إعلام الموقعين ٣٧١/ ٤: «هذا هو العلم استنباطاً ودليلاً»، وقال في الطرق الحكيمة (ص ٦): «فهكذا يكون الفهم عن الله ورسوله»، وبما أن المدعية قد أقرت أن المدعى عليه قد سدد مبلغاً قدره مئة وخمسة وخمسون ألف ريال عنها لبنك (...)، فيحسم من المبلغ محل الدعوى هذه القيمة فيكون إجمالي الباقي مبلغاً قدره مئة وثمانون ألف ريال، ولأنه لا بينة لديها ولقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لو يعطى الناس يدعواهم لادعى رجال دماء

قوم وأمواهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، لذلك كله فقد أعلنت المدعى عليه بأن ما وصله من المدعية مبلغ وقدره المئة والثمانون ألف ريال الباقية لا يستحق منها شيئاً ألبتة، وأفهمته بأن له يمين المدعية أصالة المغلظة [ثم ذكر صيغتها وما يرد به المدعي...]. فبناء على كل ما تقدم فقد أمرت المدعى عليه أصالة: (...) أن يسلم للمدعية أصالة: (...) مبلغاً قدره مئة وثمانون ألف ريال، ورددت ما سوى ذلك من طلبات، وبذلك قضيت. وأفهمت طرفي النزاع بأن لكل واحد على الآخر اليمين بالصيغة المذكورة أعلاه متى طلبها، فأبى كل واحد طلبها وليس له إلا ذلك متى طلبها، وبإعلان الحكم عليهما قرر المدعي وكالة معارضته بدون لائحة، وقرر المدعى عليه معارضته على الحكم واستعد بتقديم لائحة اعتراضية فجرى تسليمه بنسخة الحكم، وأفهم بأن له الحق في تقديم لائحته بمدة أقصاها ثلاثون يوماً اعتباراً من تاريخ هذا اليوم، وإذا انتهت المدة ولم يقدم لائحته سقط حقه في الاعتراض واكتسب الحكم القطعية، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. حرر في: ٢/٤/١٤٣٥هـ.

الاستئناف:

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وبعد، فقد جرى منا نحن قضاة الاستئناف بالدائرة الحقوقية الأولى بمحكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة الاطلاع على المعاملة الواردة بكتاب فضيلة رئيس المحكمة العامة بمحافظة جدة المكلف رقم (٣/١٥٥٧١٥) وتاريخ:

١ / ٦ / ١٤٣٥ هـ، المرفق بها الصك الصادر من فضيلة الشيخ (...) القاضي
بالمحكمة العامة بمحافظة جدة والمسجل بعدد ٦٧ / ١٨٠٢١٨٠٣٥ وتاريخ:
٢٠ / ٤ / ١٤٣٥ هـ والمتضمن دعوى (...) ضد (...) والمحكوم فيه بما
دون بباطنه. وبدراسة الحكم وصورة ضبطه ولائحته الاعتراضية تقرر
الموافقة على الحكم بعد الإجراء الأخير، والله الموفق، وصلى الله على نبينا
محمد وعلى آله وصحبه وسلم.



تقرير حول القضايا السابقة

بعد عرض للقضايا الأربع السابقة، ونظر في تسببها، وحكم القضاة فيها، يتبين أنها تنطلق من مبدأ واحد، وهو اعتبار القرينة دليلاً شرعياً، تثبت به الحقوق، يتقدم في أحوال وأحيان على الإقرار؛ عندما يعتري الأخير ما يضعفه، أو يبطله، ومن ثم يترك العمل به.

ففي القضية الأولى، نجد أن القاضي صرف النظر عن إقرار المدعى عليه باستلام المبلغ الكبير كاملاً، لما ظهر له من عدم صحة الإقرار، وأنه إنما لجأ المدعى عليه لذلك، لتوثيق الدين، وإلا فالأرض مرهونة لا مبيعة.

وفي القضية الثانية، نجد أن القاضي صرف النظر عن إقرار المدعية، باستلام المبلغ، لما ظهر من قرائن تدل على عدم صحته، حيث الباعث لهذا الإقرار إرضاء الأم بإلحاح من ابنها المتوفى، ثم إن المسجل بنخه هو استحقاقها للمبلغ، والأصل بقاءه في ذمته.

وفي القضية الثالثة، نرى القاضي صرف النظر عن الإقرار المكتوب في الورقة التجارية (الكمبيالة)، مع أن الكتاب يأخذ حكم الخطاب، لظهور مبطل لهذا الإقرار، وهو أن المبلغ كبير جداً يبعد عادة تسليمه دفعة واحدة.

وفي القضية الرابعة، نجد أن القاضي صرف النظر عن الإقرارين المكتوبين، بالمخالصة، مع نسبة التوقيع للمدعية، لوجود القرائن الكثيرة، التي تقطع بأن التوقيع جرى منها على بياض، ثم ضمّن هذين الإقرارين.

وبعد استعراض أحكام القضاة في هذه القضايا الأربع، يظهر بجلاء أن القضاء عندنا - والله الحمد - له مستند شرعي ونظامي يؤول إليه، فنجد أن حكمهم واحد، ونتيجتهم واحدة، مع اختلاف فهمهم وقضاياهم. ولا غرابة، فنظام القضاء لدينا مصدره الكتاب والسنة، وما يتفرع عنهما من أدلة شرعية، إضافة إلى أقوال سلف الأمة وأحكامهم القضائية.



الخاتمة

أذكر فيها أهم نتائج البحث:

- ١) الإقرار اصطلاحًا: إظهار مكلف مختار، ما عليه لفظًا، أو كتابة، أو إشارة أخرس، أو على موكله، أو موليه، أو مورثه بما يمكن صدقه.
- ٢) يشترط في صحة الإقرار أن يكون المقر: عاقلًا بالغًا مختارًا غير محجور عليه.
- ٣) اعتبرت الشريعة الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات، بل هو أقواها والمقدم منها، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء.
- ٤) ينقسم الإقرار في نظام الإثبات السعودي إلى قسمين: إقرار قضائي، ويكون إذا اعترف الخصم أمام المحكمة، بواقعة مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في دعوى متعلقة بهذه الواقعة وهو حجة قاصرة على المقر. وإقرار غير قضائي، ويكون إذا لم يقع أمام المحكمة، أو كان أثناء السير في دعوى أخرى.
- ٥) القرينة اصطلاحًا: الأمانة التي نص عليها الشارع، أو استنبطها الفقهاء باجتهادهم، أو استنتجها القاضي من وقائع الدعوى، وأقوال الخصوم.
- ٦) اتفق الفقهاء على أن القرينة تعدُّ وسيلة من وسائل دفع الدعوى والتهمة، وأنها مما يستأنس بها في إثبات الحقوق والوصول للحق.

- ٧) اتفق الفقهاء على جواز العمل بالقرائن في المسائل التي تنعدم فيها البينات، أو تكون القرينة فيها أقوى من البينة.
- ٨) اختلف الفقهاء في اعتبار القرينة دليلاً مستقلاً من أدلة الإثبات، يحكم بموجبه، ويفصل بين المتنازعين بسببه، على قولين، أرجحهما: أنها تعتبر دليلاً مستقلاً.
- ٩) جاء في نظام الإثبات السعودي: أن على المحكمة عند استنادها لقرينة منصوصة عليها شرعاً أو نظاماً، أن تثبت مستند حجيتها.
- ١٠) قد يعتري الإقرار ما يظهر كذبه ومخالفته للواقع، بالقرائن وشواهد الحال، مما يجعل القاضي يتركه، ولا يعتد به، وهذا أمر سائغ في الشريعة، حيث ثبت في السنة والآثار ما يؤيد هذا الحكم، أظهرها ما جاء حكم سليمان في قصة الذئب الذي أكل ابن إحدى المرأتين...
- ١١) جاء في نظام الإثبات السعودي: «لا يقبل الإقرار إذا كذبه ظاهر الحال».
- ١٢) بتبع كلام الفقهاء نجد أنهم يشترطون لصحة ترك الإقرار بالقرينة شرطان هما: الشرط الأول: ظهور خطأ الإقرار وعدم صحته، وذلك لدوافع وأغراض كثيرة، تقدم ذكر بعضها.
- ١٣) الشرط الثاني: وجود القرينة القاطعة والمفيدة لليقين-، أو القوية والمفيدة لغلبة الظن، بعدم صحة الإقرار.



فهرس المصادر

١. أحكام القرآن، لأحمد بن علي الرازي الجصاص (ت: ٣٧٠هـ)، ت: عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: ١، ١٤١٥هـ.
٢. الإحكام في أصول الأحكام، لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم (ت: ٤٥٦هـ)، مقابلة على الطبعة التي حققها الشيخ أحمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت.
٣. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني (ت: ١٤٢٠هـ)، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، -، ط: ٢، عام ١٤٠٥هـ.
٤. الاستذكار، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النميري (ت: ٤٦٣هـ)، ت: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ١، ١٤٢١هـ.
٥. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، للأنصاري، زكريا بن محمد (ت: ٩٢٦هـ)، دار الكتاب الإسلامي،
٦. الأشباه والنظائر، ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، اعتنى به: زكريا عميرات، ط: ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩هـ.
٧. الأشباه والنظائر، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت: ٧٧١)، دار الكتب العلمية، ط: ١، عام ١٤١١هـ.
٨. إعلام الموقعين، ابن القيم، محمد بن أبي بكر، تحقيق: محمد عبد السلام، ط: ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١هـ.
٩. الأم، للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (ت: ٢٠٤هـ) ت: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، مصر - المنصورة، ط: ١، عام ١٤٢٢هـ.
١٠. أنوار البروق في أنواء الفروق (الفروق)، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، عالم الكتب.

١١. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، زين الدين بن محمد المصري (ت: ٩٧٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
١٢. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي. تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، ط: ٤، دار الكتب العلمية، بيروت، عام ٢٠١٠م.
١٣. تأسيس النظر، لأبي زيد عبيدالله بن عمر الدبوسي الحنفي (ت: ٤٣٠هـ)، مكتبة الخانجي بالقاهرة، ط: ٢، عام ١٤١٥هـ.
١٤. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لبرهان الدين إبراهيم بن علي ابن فرحون اليعمري (ت: ٧٩٩هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، ط: ١، ١٤٠٦هـ.
١٥. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين، عثمان بن علي الزيلعي الحنفي (ت: ٧٤٣هـ). المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق-مصر، ط: ١، عام ١٣١٥هـ.
١٦. تحرير ألفاظ التنبيه، لمحيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، ت: عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، ط: ١، ١٤٠٨هـ.
١٧. التعريفات، لعلي بن محمد الجرجاني (ت: ٨١٦هـ)، ت: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: ١، ١٤٠٣هـ.
١٨. تفسير القرآن الكريم، لشمس الدين، محمد بن أبي بكر قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، ت: مكتبة الدراسات والبحوث العربية والإسلامية، دار ومكتبة الهلال - بيروت، ط: ١، ١٤١٠هـ.
١٩. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النميري، (ت: ٤٦٣هـ)، ت: العلوي والبكري، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- المغرب، ١٣٨٧هـ.



٢٠. توصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية، للشيخ عبد الله بن محمد الخنين، ط: ١٤٢٣هـ، ١.
٢١. الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله، محمد بن أحمد القرطبي (ت: ٦٧١هـ)، ت: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، ط: ١٤٢٧هـ، ١.
٢٢. رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، محمد أمين الدمشقي، ت: عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ.
٢٣. سبل السلام، لمحمد بن إسماعيل الحسيني الصنعاني (ت: ١١٨٢هـ)، دار الحديث.
٢٤. سنن أبي داود، السجستاني، سليمان بن الأشعث بن إسحاق (ت: ٢٧٥هـ)، ت: شعيب الأرنؤوط وجماعة، دار الرسالة العالمية، دمشق، عام ١٤٣٠هـ.
٢٥. السنن الكبرى، لأبي بكر، أحمد بن الحسين البيهقي (ت: ٤٥٨هـ)، ت: عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط: ٣، عام ١٤٢٤هـ.
٢٦. السنن الكبرى، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب الخراساني النسائي (ت: ٣٠٣هـ)، ت: حسن شلبي، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط: ١، ١٤٢١هـ.
٢٧. سنن سعيد بن منصور، أبو عثمان الخراساني الجوزجاني (ت: ٢٢٧هـ)، ت: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية-الهند، ط: ١، عام ١٤٠٣هـ.
٢٨. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، لمحمد بن علي الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ)، دار ابن حزم، ط: ١.
٢٩. شرح التلقين، لأبي عبد الله محمد بن علي التميمي المازري المالكي (ت: ٥٣٦هـ)، ت: محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، ط: ١، ٢٠٠٨م.
٣٠. شرح قواعد الخادمي، لمصطفى محمود الأزهرى، دار ابن القيم-الرياض، دار ابن عفان-القاهرة، ٢٠١٢م.

٣١. صحيح البخاري (الجامع الصحيح المسند)، لأبي عبد الله، محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي (ت: ٢٦٥هـ)، ت: محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، ١٤٢٢هـ.
٣٢. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، ت: نايف الحمد، دار ابن حزم - بيروت، ط: ٤، ١٤٤٠هـ.
٣٣. عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، لأبي محمد بدر الدين محمود بن أحمد العيني (ت: ٨٥٥هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٣٤. الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، لذكري بن محمد الأنصاري (ت: ٩٢٦هـ)، المطبعة الميمنية.
٣٥. فتاوى ابن الصلاح، لعثمان بن عبد الرحمن ابن الصلاح (ت: ٦٤٣هـ)، ت: د. موفق عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم - بيروت، ط: ١، ١٤٠٧هـ.
٣٦. فتح القدير على الهداية، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السكندري ابن الهمام (ت: ٨٦١هـ)، وتكملته، لشمس الدين المعروف بقاضي زاده (ت: ٩٨٨هـ)، مكتبة الحلبي، مصر، ط: ١، ١٣٨٩هـ.
٣٧. فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب (حاشية الجمل)، لسليمان بن عمر العجيلي الأزهري المعروف بالجمل (ت: ١٢٠٤هـ)، دار الفكر.
٣٨. قرة عيون الأخبار (تكملة حاشية ابن عابدين)، للعلاء الدين محمد أفندي، دار الفكر - بيروت، ط: ٢، ١٤١٥هـ.
٣٩. قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (ت: ٦٦٠هـ)، اعتنى به: طه عبد الرؤوف، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، ١٤١٤هـ.

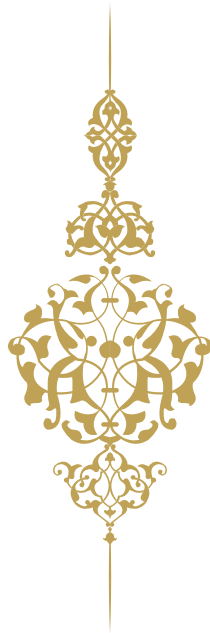


٤٠. القواعد، لتقي الدين أبي بكر بن محمد الحصني (٨٢٩)، ت: د. عبد الرحمن الشعلان، ود. جبريل البصلي، مكتبة الرشد، الرياض، ط: ١، عام ١٤١٨ هـ.
٤١. الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، لأبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد العبسي (ت: ٢٣٥ هـ)، ت: كمال الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط: ١، ١٤٠٩ هـ.
٤٢. كشف القناع على متن الإقناع، البهوتي، منصور بن يونس (ت: ١٠٥١ هـ)، دار الكتب العلمية.
٤٣. كفاية الأخير في حل غاية الاختصار، لأبي بكر بن محمد الحسيني الحصني (ت: ٨٢٩ هـ)، ت: علي بن عبد الحميد ومحمد وهبي، دار الخير - دمشق، ط: ١، ١٩٩٤ م.
٤٤. المبدع في شرح المنع، لإبراهيم بن محمد ابن مفلح (ت: ٨٨٤ هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ١، ١٤١٨ هـ.
٤٥. المبسوط، لمحمد بن أحمد السرخسي (ت: ٤٨٣ هـ). دار المعرفة، بيروت - لبنان، ١٤١٤ هـ.
٤٦. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء في الخلافة العثمانية، ت: نجيب هواويني.
٤٧. مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، مجلة دورية فقهية علمية محكمة، يصدرها المجمع.
٤٨. مجموع الفتاوى، لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني (ت: ٧٢٨ هـ). ت: عبد الرحمن بن قاسم. مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة، عام ١٤١٦ هـ.
٤٩. مجموعة الأحكام القضائية، الصادر من مركز البحوث بوزارة العدل.

٥٠. المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعبد السلام بن عبد الله لمجد الدين ابن تيمية (ت: ٦٥٢هـ)، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٦٩هـ.
٥١. المحلى بالآثار، لأبي محمد، علي بن أحمد بن حزم الأندلسي (ت: ٤٥٦هـ). ت: محمد شاكر، إدارة الطباعة المنيرية، ط: ١، ١٣٤٧هـ.
٥٢. مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، لأبي محمد علي بن أحمد ابن حزم الظاهري (ت: ٤٥٦هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت.
٥٣. المسند الصحيح المختصر (صحيح مسلم) بن الحجاج النيسابوري، ت: محمد عبد الباقي، ط: ١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤١٢هـ.
٥٤. مشكل الآثار، لأبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي (ت: ٣٢١هـ)، ت: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ١، ١٤١٥هـ.
٥٥. المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الحميري الصنعاني (ت: ٢١١هـ)، ت: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي - الهند، ط: ٢، ١٤٠٣هـ.
٥٦. المطلع على ألفاظ المقنع، لشمس الدين محمد بن أبي الفتح البعلي (ت: ٧٠٩هـ). ت: محمود الأرنؤوط وياسين محمود الخطيب. مكتبة السوادى للتوزيع. ط: ١، عام ١٤٢٣هـ.
٥٧. المعجم الكبير، لأبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني (ت: ٣٦٠هـ)، ت: حمدي السلفي، مكتبة ابن تيمية - القاهرة، ط: ٢.
٥٨. المعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضي عبد الوهاب بن علي الثعلبي (ت: ٤٢٢هـ)، ت: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية - مكة.
٥٩. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، لعلاء الدين علي بن خليل الطرابلسي (ت: ٨٤٤هـ)، دار الفكر.



٦٠. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني (ت: ٩٧٧هـ)، اعتنى به: محمد عيتاني، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ط: ١، عام ١٤١٨هـ.
٦١. المغني، ابن قدامة، عبد الله بن أحمد المقدسي. ت: د. عبد الله التركي ود. عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٣٢هـ.
٦٢. مقارنة المذاهب في الفقه، لمحمود شلتوت ومحمد السائيس، دار المعارف - مصر، ١٩٨٦م.
٦٣. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت. مطبوعات الوزارة - الكويت. ط: ٢، عام ١٤٠٤هـ.
٦٤. النظام القضائي في الفقه الإسلامي، محمد رأفت عثمان، دار البيان، ط: ٢، ١٤١٥هـ.
٦٥. نهاية المحتاج في شرح المنهاج، الرملي، محمد بن أبي العباس (ت: ١٠٠٤هـ)، دار الفكر - بيروت، ط: ٢، ١٤٠٤هـ.
٦٦. الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د. محمد صدقي البورنو الغزي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط: ٥، عام ١٤٢٢هـ.
٦٧. الدراري المضيئة شرح الدرر البهية، لمحمد بن علي الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ)، دار الكتب العلمية، ط: ١، عام ١٤٠٧هـ.





شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص (SPAC)

-دراسة فقهية-

د. إياس بن إبراهيم بن محمد الهزاع

الأستاذ المشارك بقسم الفقه في كلية الشريعة

بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

مقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا تجمد له ولياً مرشداً، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أما بعد:

فإنه لا يخفى على كل مسلم عاقل عظمة الشريعة الإسلامية، وصلاحياتها 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 ذلك شركات الاستحواذ ذات الغرض الخاص، فاستعنت الله في كتابة بحث يتحدث عن هذا النوع من الشركات وعنوانته بـ «شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص (SPACs) - دراسة فقهية -».

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

١. تعلقه بمجال المعاملات، والتي لا يخفى أهميتها وحاجة الناس لها في حياتهم اليومية، وهذا مما يوجب الاهتمام بموضوع هذا البحث، وبيان 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 بموضوع 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 المبتوتة، 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 ما له علاقة بشركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص، وبيان الحكم الشرعي فيه.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والتقصي وسؤال المختصين، والبحث في قواعد البيانات المتاحة، لم أجد من بحث هذه المسألة، إلا مذكرة عرض على الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المالية بعنوان: حكم إتاحة تداول أسهم شركات الاستاود ذات الأغراض الخاصة، وقد استفدت منها كثيرًا، إلا أن طريقتي في تناول الموضوع مختلفة، حيث إنها صيغت كمذكرة عرض لا كبحث.

منهج البحث:

سأتبع المنهج العلمي الذي يجمع بين المنهج الوصفي والاستقرائي والاستدلالي والتحليلي.

وذلك وفق الخطوات الآتية:

١- تصوير المسألة المراد بحثها تصويرًا دقيقًا قبل بيان حكمها ليتضح المقصود من دراستها.

٢- إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليله مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتمدة.

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 المعتمدة، مع توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.

ت- ذكر أدلة الأقوال، مع بيان ما يرد عليها من مناقشات وما يجب 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

يراهها الباحث.

خطة البحث:

وكانت خطتي في هذا البحث تشمل على مقدمة، ومبحثين، وخاتمة وقائمة بالمراجع. وتفصيلها على النحو التالي:

مقدمة:

وتشتمل على أهمية الموضوع وسبب اختياره وأهدافه والدراسات السابقة وخطة البحث.

المبحث الأول: المراد بشركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص ومكوناتها وطريقة إنشائها:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: المراد بشركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص وتاريخ ظهورها.

المطلب الثاني: مزايا ومخاطر شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص.

المطلب الثالث: مكونات رأس مال شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص.

المطلب الرابع: طريقة وآلية إنشاء شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص.

المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بشركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: حكم إنشاء وتأسيس شركة استحواذ ذات غرض خاص.

المطلب الثاني: حكم الاكتتاب في وحدات شركة استحواذ ذات غرض خاص.

المطلب الثالث: حكم تداول وحدات شركة استحواذ ذات غرض خاص، وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم تداول أسهم شركة استحواذ ذات غرض خاص.

الفرع الثاني: حكم تداول ضمانات شركة استحواذ ذات غرض خاص.

المطلب الرابع: الحكم عند اختلال بعض الضوابط الشرعية.

خاتمة: فيها أبرز النتائج التي توصلت إليها.

قائمة: فيها أبرز المصادر والمراجع.

هذا وأسأل الله جَلَّ وَعَلَا 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.

المبحث الأول المراد بشركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص ومكوناتها وطريقة إنشائها

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: المراد بشركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص وتاريخ ظهورها:

إذا كان هناك مستثمر مهتم، ويرغب بالاستحواذ على شركة معينة، فإنه في هذه الحالة يمكنه السير في الطريقة التقليدية، وذلك بالدخول في محادثات لشراء حصة في هذه الشركة، أو ربما الاستحواذ عليها بالكامل، وكذلك بالنظر للشركة، فإذا كان هناك شركة معينة ترغب بالتحول من شركة خاصة إلى عامة، فإنه في هذه الحالة يمكنه السير في الطريقة التقليدية، وذلك بالتقدم إلى الاكتاب العام، والتي تعتبر عملية طويلة ومكلفة على الشركة.

ولكن هناك خيار آخر في كلا الحالتين، وهو الخيار الذي يتبعه عدد متزايد من المستثمرين في الوقت الحالي، ألا وهو: إنشاء شركة (SPACs)، وهي اختصار Special Purpose Acquisition Company والتي تعني شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص.

وهذه الشركات لا تحمل طبيعة تجارية أو صناعية أو خدمية، بل أُسست لتحقيق غرض خاص، ألا وهو العثور على شركة خاصة قائمة بالفعل والاندماج معها من خلال شرائها، وبالتالي تعد هذه الشركات كيانات

مخصصة فقط للاستحواذ على الشركات، ويتم طرحها في السوق بهدف جمع رأس مالها من المستثمرين من خلال الاكتتاب العام^(١).

ويسمى هذا النوع من الشركات أيضًا: «شركات الشيكات الفارغة» أو «الشركات ذات الشيكات على بياض»، وذلك لأن مستثمريها لا يعلمون إلى من ستؤول الشركة، أي لا يعلمون ما هي الشركة التي سيتم الاستحواذ عليها، بالإضافة إلى أن المستثمرين لا يستطيعون الحصول على أي وعود بالنتائج المالية للشركات المستهدفة^(٢).

وشركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص ليست شركة قابضة، كما هو متعارف عليه، وذلك لأن شركة الاستحواذ عمرها محدود بعامين غالبًا، وبعد ذلك يجب عليها أن تستحوذ على شركة خاصة أو تندمج معها، وإن لم يتم ذلك يجب عليها أن تعيد الأموال إلى المستثمرين وتنقضي وتختفي الشركة^(٣).

وهذا النوع من الشركات ليس بالجديد، بل بدأ العمل به في الثمانينات الميلادية في الولايات المتحدة الأمريكية وكانت تسمى شركات (BCC)، لكن كثر فيها العمليات الاحتيالية من جانب المؤسسات المالية التي كانت

(١) ينظر: ما هي شركات الاستحواذ ذات الغرض الخاص، أماني حسين، مقال منشور في موقع (WAYA) على الإنترنت.

(٢) ينظر: بعض الإشكاليات القانونية المرتبطة بشركات SPACs، د. نهال عطية، ص ٨.

(٣) ينظر: انتشار متسارع لشركات الاستحواذ الخاصة SPAC، د. فهد الحوياني، مقال منشور في صحيفة الاقتصادية.

تجمع رؤوس أموال المستثمرين بغرض الاستحواذ على شركات أخرى، وعند فشل عملية الاستحواذ لأي سبب، فإن المؤسسة تستقطع مبالغ كبيرة من أموال المستثمرين في مقابل الأتعاب والخدمات التي قدمتها؛ مما سبب عزوف المستثمرين عنها.

وهذا الأمر جعل التشريع الأمريكي يُدخل تعديلات في نظام الأوراق المالية تمنع مثل هذه الاحتمالات، فأدى هذا لظهور شركات (SPACs) بشكلها الحالي لأول مرة في عام ١٩٩٣م، لكن هذه الشركات لم تزدهر إلا بعد عام ٢٠٠٣م، فبدأت شعبية الاكتتابات العامة الأولية لشركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة، وفي تلك السنة جرى جمع ٤٨٥ مليون دولار أمريكي لشركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة، لكن في عام ٢٠٢٠م (سنة كورونا) حصلت طفرة في إدراج هذه الشركات، فتجاوزت المبالغ الإجمالية التي جمعت خلال العامين الماضيين جميع المبالغ التي جمعت لها خلال العشرين سنة الماضية بنسبة تزيد على ٦٦٪؛ فخلال النصف الأول من عام ٢٠٢١م، بلغت المبالغ الإجمالية أكثر من ١٠٨ مليار لـ ٣٥٠ شركة مدرجة في السوق الأمريكي والذي يعد أكبر سوق لهذا النوع من الشركات. والسبب الذي جعل هذه النوع من الشركات ينتشر في زمن كورونا هو أن الحكومة الفيدرالية والبنك المركزي الأمريكي بدأ بضخ أموال هائلة لإنقاذ الاقتصاد من الركود والتدهور، هذه الأموال رفعت السيولة في الأسواق وفي أيدي الناس وكذلك الشركات، وهذه الفوائض المالية كانت تبحث عن فرص استثمارية رغبة في الربح.

وقد حقق المستثمرون في هذا النوع من الشركات أرباحاً جيدة غالباً، حيث تُشترى أسهم هذه الشركات عند الطرح بـ ١٠ دولارات أمريكية، وبعد الاستحواذ تصل العوائد عليها إلى ٤٠٪ خلال أشهر، وما زال الطلب على هذا النوع من الشركات في ازدياد؛ وذلك لانتشار وفشو التعامل بها، ومعرفة عموم المستثمرين بتفاصيلها مؤخراً^(١).

وقد عرّفت بتعاريف عدة متقاربة، لكن أبرزها وأجودها ما يلي:

أنها: «إحدى أنواع الشركات الصورية التي تؤسس دون عمليات تشغيلية لغرض واحد فقط، وهو جمع الأموال عن طريق الطرح العام الأولي، ومنح المكتتب وحدات في الشركة، لتدرج بعدها في السوق المالية، حيث يتم تداول وحداتها ويطبق عليها نظام الالتزامات المستمرة كأى شركة مدرجة أخرى، وتودّع بعد ذلك متحصلات الاكتتاب في حساب ضمان، ولا يمكن لمؤسسي الشركة التصرف فيه حتى يتم إيجاد شركة للاندماج معها في فترة لا تتجاوز ١٨-٢٤ شهراً»^(٢).

وعرّفت أيضاً بأنها: «شركة يتم تأسيسها والترخيص لها كشركة رأس مال مخاطر من مستثمرين متخصصين مؤهلين، وتكون ذات غرض وحيد

(١) ينظر: الإدراج الأمثل لشركات الاستحواذ، مجموعة باحثين، ص ١٨، دور الشركة ذات الغرض الوحيد للاستحواذ، د. إلهام عبد الحليم، ص ٥، شركة الاستحواذ لأغراض خاصة، دراسة لشركة آيدل ريتينق، ص ٥.

(٢) شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة، دراسة هيئة السوق المالية السعودية، ص ٦.

هو الاستحواذ على شركة أو أكثر وتقوم بتوفير التمويل اللازم لذلك من خلال زيادة رأس مالها في اكتاب عام أو طرح خاص»^(١).

المطلب الثاني: مزايا ومخاطر شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: مزايا شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص:

للاستثمار في شركات الاستحواذ ذات الغرض الخاص مزايا يمكن بيانها فيما يلي^(٢):

١. إمكانية تحقيق عوائد عالية: توفر شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة إمكانية تحقيق عوائد أعلى مقارنة بالاستثمارات التقليدية، وذلك لأن أسعارها عادة ما تكون ١٠ دولارات للسهم الواحد خلال مرحلة الاكتاب العام، مما يسهل على المستثمرين شراء كميات أكبر من الأسهم. وبمجرد اندماجها مع شركة مستهدفة، يمكن أن تزيد قيمة الأسهم، مما يؤدي إلى عوائد أعلى للمستثمرين.

٢. تقليل المخاطر: وذلك لأن شركات الاستحواذ ذات الغرض الخاص لديها إطار زمني محدد، عادة ما يكون سنتين، لإكمال عملية الاندماج أو

(١) دور الشركة ذات الغرض الوحيد للاستحواذ، د. إلهام عبد الحليم، ص ١٠.
(٢) ينظر: شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة، مقال منشور في موقع (Faster Capital) على الإنترنت، ما هي شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة؟، مقال منشور في موقع (Lite Finance) على الإنترنت.

الاستحواذ، فإذا لم تتمكن من العثور على شركة مستهدفة مناسبة خلال هذا المدة، فيمكن للمستثمرين استرداد أموالهم مقابل جزء محدد من سعر الطرح العام الأولي، وهذا يقلل من احتمالية الخسائر.

٣. الوصول إلى الشركات عالية النمو: الاستثمار في هذه الشركات يتيح للمستثمرين إمكانية الوصول إلى الشركات عالية النمو التي ربما لم تكن متاحة من خلال الوسائل التقليدية، وذلك لأن شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة تميل إلى استهداف الشركات في الصناعات الناشئة التي تستعد للنمو، مثل السيارات الكهربائية والطاقة المتجددة وتكنولوجيا الرعاية الصحية.

٤. المرونة: توفر هذه الشركات للمستثمرين المرونة على عكس الاستثمارات التقليدية، فيمكن للمستثمرين استرداد أموالهم إذا كانوا غير راضين عن الشركة المستهدفة، أو إذا فشلت الشركة في إكمال عملية الاندماج أو الاستحواذ خلال الإطار الزمني المحدد.

الفرع الثاني: مخاطر شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص:

كما أنّ للاستثمار في هذا النوع من الشركات مزايا، فكذلك يمكن أن يكون له بعض المخاطر، وفيما يلي بيان لأهمها^(١):

(١) ينظر: شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة، مقال منشور في موقع (Faster Capital) على الإنترنت، ماهي شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة؟، مقال منشور في موقع (Lite Finance) على الإنترنت.

١. الافتقار إلى سجل وتاريخ سابق: من أكبر مخاطر الاستثمار في هذه الشركات هو عدم وجود سجل سابق، على عكس الاكتتابات العامة الأولية التقليدية، فهي تعد جديدة نسبياً ولم تكتسب شعبية إلا في السنوات الأخيرة، ولذلك لا يكون لدى المستثمرين بيانات كافية لاتخاذ قرارات صحيحة بشأن أداء الشركة المستقبلي.

٢. الجهل بماهية الشركة المستهدفة: تنشأ هذه الشركات لغرض وحيد هو الاستحواذ على شركة حالية، ولا يمكن للمستثمرين معرفة الشركة التي ستستحوذ عليها، ومدى جودتها المالية وفريق إدارتها حتى يتم الإعلان عن صفقة الاستحواذ.

٣. تخفيف الأسهم: عندما تستحوذ شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص على شركة أخرى، فإنها عادةً ما تُصدر أسهماً جديدة لزيادة رأس المال من أجل تمويل الصفقة، وهذا يمكن أن يؤدي إلى تخفيف الأسهم الحالية، مما يقلل من قيمة الاستثمار.

٤. الرسوم المرتفعة: عادةً ما تُنظَّم شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة برسوم عالية، تشمل هذه الرسوم: رسوم الاكتتاب، والرسوم القانونية، ورسوم الإدارة، وغير ذلك، وهذا يؤدي بالطبع إلى قلة عوائد المستثمر.

المطلب الثالث: مكونات رأس مال شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص:

وفيه فرعان:

يتكون رأس مال شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص إلى عدة مكونات يمكن بيانها فيما يلي:

الفرع الأول: بالنظر إلى الوحدة المكتتب فيها:

تنقسم كل وحدة من الوحدات المطروحة للاكتتاب إلى قسمين^(١):

أ. أسهم: وهي أسهم الشركات العادية المعروفة والتي هي عبارة عن: «صك يمثل رصيّدًا نقديًا أو عينيًا في رأس مال الشركة، قابل للتداول، ويعطي مالكة حقوقًا خاصة»^(٢).

ب. ضمانات أو كوبونات (Warrants): والمقصود بها هو الحصول على حقوق شراء مزيد من الأسهم لاحقًا، تمامًا مثل فكرة حقوق الأولوية المتداولة في الأسواق السعودية. وتعرف حقوق الأولوية بأنها: «أوراق مالية قابلة للتداول، تعطي لحاملها أحقية الاكتتاب في الأسهم الجديدة المطروحة عند اعتماد زيادة رأس المال، وتعد هذه الأوراق حقًا مكتسبًا لجميع المساهمين المقيدون في سجلات الشركة نهاية يوم الاستحقاق. ويعطى

(١) ينظر: بعض الإشكاليات القانونية المرتبطة بشركات SPACs، د. نهال عطية، ص ٢٤ - ٢٥، انتشار متسارع لشركات الاستحواذ الخاصة SPAC، د. فهد الحوياني، مقال منشور في صحيفة الاقتصادية.

(٢) الأسهم والسندات، د. أحمد الخليل، ص ٤٨.

كل حق لحامله أحقية الاكتتاب في الأسهم الجديدة بسعر الطرح»^(١)، ويتم تداول هذه الحقوق بشكل منفصل عن أسهم الشركة، لكن هناك فرقين تقريباً بين الضمانات وحقوق الأولوية وهي^(٢):

(١) الضمان يعطي الحق بشراء أسهم في الشركة التي سيتم الاستحواذ عليها مستقبلاً بثمن أقل وليس حقاً في شراء أسهم الشركة نفسها كما في حقوق الأولوية.

(٢) الضمان قد يكون حقاً في شراء سهم واحد، وقد يكون حقاً في شراء نصف سهم أو حقاً في شراء ربع سهم، وبالتالي يحتاج مالكة إلى أن يحصل على أكثر من وحدة ليستطيع الاستفادة من هذا الحق في شراء الأسهم، فلو كان الضمان يعطي الحق في شراء النصف من سهم معين، فلا بد حينئذٍ من تملك ضمانين، ولو كان الضمان يعطي الحق في شراء الربع من سهم معين، فلا بد من تملك ٤ ضمانات للتمكن من استعماله، وهكذا.

(٣) الضمان حق في شراء أسهم لا تعرف ماهيتها حتى الآن، بل يعرف القطاع المستهدف لها فقط بخلاف حقوق الأولوية فهي حق في شراء أسهم معلومة بالتفصيل.

(١) موقع تداول السعودية.

(٢) ينظر: حكم إتاحة تداول أسهم شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة، المجموعة الشرعية لشركة الراجحي المالية، ص ٢.

الفرع الثاني: بالنظر إلى المالك للحصص:

يتم تقسيم ملكية الوحدات المكونة لرأس المال إلى قسمين^(١):

أ. حصص خاصة بالمؤسسين (Sponsor): حيث يخصص غالباً ٢٠٪.

من الوحدات للمؤسسين؛ وذلك لأنه لا يحق لهم الحصول على أي رواتب أو عمولات إلا بعد إتمام عملية الاستحواذ، وبالتالي يكون هذا محفزاً لهم للاجتهاد في إنجاح هذه العملية والاستحواذ على شركة ناجحة وذات نمو.

ب. حصص خاصة بعموم المستثمرين: وهو المتبقي من الوحدات وهو

غالباً ما يكون ٨٠٪ منها.

المطلب الرابع: طريقة وآلية إنشاء شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص:

يمكن أن تلخص عملية إنشاء شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص

في الخطوات والمراحل التالية^(٢):

(١) ينظر: بعض الإشكاليات القانونية المرتبطة بشركات SPACs، د. نهال عطية، ص ٢٤-٢٥.

(٢) ينظر: الإدراج الأمثل لشركات الاستحواذ، مجموعة باحثين، ص ١١، شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة، دراسة هيئة السوق المالية السعودية، ص ٦، حكم إتاحة تداول أسهم شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة، المجموعة الشرعية لشركة الراجحي المالية، ص ٢، هوس شركات الاستحواذ ذات الغرض الخاص، مقال منشور على موقع أرقام.

١. يؤسس عدد من المؤسسين شركة استحواذ ذات غرض خاص، وتقسم إلى وحدات متساوية، ثم تطرح هذه الشركة ٨٠٪ تقريباً من وحداتها للعملاء في السوق للاكتتاب العام فيما تخصص ٢٠٪ تقريباً منها للمؤسسين في مقابل عملهم بالشركة دون رواتب.

٢. يكتب العملاء في وحدات هذه الشركات، وذلك بقيمة اسمية هي ١٠ دولارات أمريكية، وتتكون كل وحدة من:

أ. سهم عادي.

ب. ضمان أو كوبون (Warrant): وهو الحق في شراء أسهم في الشركة التي سيتم الاستحواذ عليها بالقيمة الاسمية أو بخصم إصدار (وقد يعطي الضمان الحق بشراء سهم واحد أو نصف سهم أو ربع سهم أو نحو ذلك).

ويتم تداول هذه الوحدة الاستثمارية (المكونة من سهم و ضمان) بالكامل، وتكون غير قابلة للفصل بين السهم والضمان حتى تقدم الشركة تقريراً لهيئة الأوراق المالية والبورصات الأمريكية، والذي يحتوي على ميزانية عمومية مدققة تعكس استلام عائدات الاكتتاب، ثم بعد ذلك يملك المساهم الحق في فصل وحداته الاستثمارية، بحيث يستطيع أن يتداول الوحدة الاستثمارية بالكامل أو السهم فقط أو الضمان (ال Warrants) فقط، وغالباً ما يحدث الفصل في اليوم الثاني والخمسين بعد الاكتتاب العام.

٣. تجمع بعد ذلك أموال الاكتتاب في حساب بنكي مملوك للشركة في أحد المصارف التجارية.

٤. تبدأ إدارة الشركة في إجراء الدراسات وعمليات البحث عن الشركة المناسبة للاستحواذ عليها، وتُعطى مهلة لذلك قدرها سنتان.
٥. خلال هذه الفترة يمكن للعملاء تداول أسهم الشركة ذات الغرض الخاص في الأسواق الثانوية، وكذلك يمكنهم تداول الضمانات في السوق الثانوية؛ وذلك لأن الأسهم تُفصل عن الضمانات في هذه المرحلة ويمكن للعميل التعامل بكل واحد منهما على حدة.
٦. يحق للمؤسسين من وقت لآخر تقديم تمويلات للشركة لرأس المال العامل أو لأغراض أخرى، وغالبًا ما تكون قروضًا قابلة للتحويل إلى أوراق مالية تابعة للشركة.
٧. بعد إيجاد شركة مناسبة يتم التفاوض معها لأجل الاستحواذ عليها، وفي حال نجاح المفاوضات مع الشركة تؤخذ موافقة المساهمين على إتمام الصفقة، وفي حال موافقتهم تستحوذ شركة الاستحواذ على الشركة المستهدفة، وعند ذلك:

(١) تختفي شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص.

(٢) تتحول أسهم العملاء في شركة الاستحواذ إلى أسهم في الشركة المستحوذ عليها، وتكون بنسبة وتناسب متفق عليها (١:١ أو ١:٢ أو ٢:١ أو نحو ذلك).

(٣) يعطى حاملو الضمانات مدة محددة للاستفادة من ضماناتهم في شراء أسهم في الشركة المستحوذ عليها قبل أن تُلغى هذه الضمانات.

وفي حال عدم موافقة المساهمين على إتمام الصفقة يبدأ بالبحث مرة ثانية عن شركة أخرى.

٨. في بعض الشركات لا يتم الاستحواذ على شركة مناسبة، بل تتحول شركة الاستحواذ إلى شركة قابضة تشتري عددًا من الأسهم في شركات مساهمة مختلفة، وبعد هذا التحول يجري عليها مثل ما ذكر سابقًا من اختفاء شركة الاستحواذ وتحويل أسهم العملاء ومطالبتهم بممارسة حقوقهم في الضمانات التي يملكونها.

٩. إذا لم تنجح الشركة في الاستحواذ على شركة أخرى أو لم تتحول لشركة قابضة بعد سنتين، فإنها حينئذٍ تُصَفَّى وتُخَفَّى وتعيد الأموال للعملاء الذين اكتتبوا مرة أخرى.



المبحث الثاني الأحكام المتعلقة بشركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: حكم إنشاء وتأسيس شركة استحواذ ذات غرض خاص:

سبق بأن نشاط شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص هو البحث عن شركة مناسبة للاستحواذ عليها، فهذا هو نشاطها الأساس وغرضها الخاص الذي من أجله أنشئت، وهو نشاط مباح ومشروع، وعليه فلا يظهر مانع شرعي من حيث الأصل في إنشاء وتأسيس هذا النوع من الشركات المساهمة، مادام نشاطها مباحًا، وذلك لأن الأصل في المعاملات هي الصحة والحل.

- جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: ٦٣ (٧ / ١) بشأن: الأسواق المالية ما نصه: «بما أن الأصل في المعاملات الحل فإن تأسيس شركة مساهمة ذات أغراض وأنشطة مشروعة أمر جائز».

- وجاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي، التابع لرابطة العالم الإسلامي قرار رقم: ٧٨ (٤ / ١٤): بشأن حكم شراء أسهم الشركات والمصارف إذا كان في بعض معاملاتها ربا ما نصه: «بما أن الأصل في

المعاملات الحل والإباحة فإن تأسيس شركة مساهمة ذات أغراض وأنشطة مباحة أمر جائز شرعاً».

المطلب الثاني: حكم الاكتتاب في وحدات شركة استحواذ ذات غرض خاص:

للنظر في مسألة حكم الاكتتاب في وحدات هذا النوع من الشركات لا بد أولاً من النظر في موجوداتها، لأن الحكم مبني عليها، وقد سبق بأن موجودات الوحدة مكونة من أمرين:

الأول: أسهم عادية: والأسهم تعتبر صكوكاً متساوية القيمة، تخول ملاكها حقوقاً متساوية، فهي تعطي حاملها الحقوق العادية المترتبة للمساهم دون أي امتيازات كحقه في الأرباح إذا حققتها الشركة، وحقه في التصويت في الجمعية العامة، وحقه في الموجودات عند تصفية الشركة، وغير ذلك^(١).

فالسهم يعتبر حصةً شائعة في موجودات الشركة، فإن كان نشاط هذه الشركة وموجوداتها مباحاً- وهذا يشمل نشاط شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص والشركة الأخرى التي يُراد الاستحواذ عليها- فإن حكم الاكتتاب وشراء هذا السهم مباح، وإلا فلا.

جاء في المعيار الشرعي رقم (٢١) بشأن الأوراق المالية مانصه: «يمثل السهم حصة شائعة في رأس مال شركة المساهمة، كما يمثل حصة

(١) ينظر: الأسهم والسندات، د. أحمد الخليل، ص ٧١.

شائعة في موجوداتها وما يترتب عليها من حقوق عند تحول رأس المال إلى أعيان، ومنافع، وديون ونحوها، ومحل العقد عند تداول الأسهم هو هذه الحصة الشائعة.

- يجوز شراء أسهم الشركات المساهمة وبيعها حالاً أو آجلاً فيما يجوز فيه التأجيل إذا كان غرض ونشاط الشركة مباحاً^(١).

الثاني: الضمانات: وقد سبق بأنها شبيهة بحقوق الأولوية، وشراء هذه الحقوق والمعاوضة عليها داخل في مسألة حكم المعاوضة على الحقوق المبنية على خلاف الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ فِي ضَابِطِ الْمَالِ، وهل المنافع تدخل فيه؟ وهي مسألة طويلة ليس هذا موضع بسطها، لكن الذي يترجح فيها هو قول الجمهور من المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، القائل بمالية المنافع وأن ضابط المال مرده إلى العرف، فكل ما له قيمة عند الناس حسب عرفهم فهو من الأموال، وبالتالي يجوز المعاوضة عليه، وبمالية الحقوق وجواز المعاوضة عليها أخذت أكثر المجامع والهيئات الشرعية ومنها ما يلي:

- جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي ما نصه: «أولاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار،

(١) ينظر: المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة معيار رقم (٢١) بشأن الأوراق المالية بند (٤/٣).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٤٤٢)، التاج والإكليل لمختصر خليل (٧/ ٣٠٧).

(٣) روضة الطالبين (٥/ ١٢)، مغني المحتاج (٢/ ٣٢٢).

(٤) شرح منتهى الإيرادات (٢/ ٧)، كشف القناع (٣/ ١٥٢).

هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العُرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتموّل الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي، إذا انتفى الغرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً^(١).

- وجاء في المعايير الشرعية ما نصه: «الحقوق المعنوية هي حقوق مالية ترد على أشياء غير محسوسة وتحول صاحبها الاختصاص بتتاجها»^(٢).

- وجاء في توصية ندوة البركة الحادية والعشرون ما نصه: «التعدي على المنتجات الفكرية، يقع على كل من الحق المعنوي، وهو الاختصاص المستوجب نسبة المنتج إلى مبتكره، واحتفاظه بحقه في تطويره، والحق المالي المتمثل في الاختصاص بما ينشأ عن المنتج من ريع وربح».

كما أنه قد صدر بخصوص جواز المعاوضة عن حقوق الأولوية عدة قرارات من هيئات شرعية، منها ما يلي:

- جاء في المعيار الشرعي (٤٢) بشأن: «الحقوق المالية والتصرف فيها» ونصه: «يجوز النص في أنظمة الشركات على حق الأولوية في الاكتتاب في زيادة رؤوس أموال الشركات؛ فيثبت لكل شريك حق الأولوية على غير

(١) قرار رقم: ٤٣ (٥ / ٥) بشأن: الحقوق المعنوية.

(٢) المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة معيار رقم (٤٢) الحقوق المالية والتصرف فيها.

الشركاء في الاكتتاب عند تقرير زيادة رأس مال الشركة، ويكون الاكتتاب حسب نسبة مساهمة الشريك في رأس مال الشركة قبل تقرير الزيادة».

- وجاء في قرار الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المالية رقم (٣٠):
«جواز إصدار حقوق الأولوية وتداولها وممارسة تلك الحقوق بشراء الأسهم أو بيعها في السوق؛ لأنها تتضمن منفعة مباحة وهي حق الاكتتاب بأوراق مالية معلومة، ولا يترتب على ذلك رباً ولا غرراً، على أن تكون متوافقة مع الضوابط الآتية:

(١) أن تكون حقوق الأولوية في الأوراق المالية المتوافقة مع الضوابط الشرعية.

(٢) أن تكون حقوق الأولوية معلومة بمعرفة عدد الأوراق المالية التي يحق شراؤها وثمان كل منها.

(٣) أن تكون هذه الحقوق مملوكة لحاملها قادراً على التصرف فيها».

- وجاء في قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (٦٤٣) بشأن: «حكم الاستثمار والمتاجرة في حقوق الأولوية المدرجة في السوق المالية السعودية»، وفيه: «أولاً: يجوز إصدار حقوق أولوية للمساهمين المقيدون في سجلات الشركة عند زيادة رأس مالها بنسبة ملكية كل مساهم عند الزيادة.

ثانياً: يجوز للمساهم الذي ثبت له حق الأولوية بيع ذلك الحق أو التنازل عنه لغيره بدون عوض، كما يجوز تداول ذلك الحق، والاستثمار فيه

والتوسط في تداوله؛ لأنه حق تضمن منفعة معلومة وهي حق الاكتتاب بأسهم معلومة، ولا يترتب على ذلك ربا ولا غرر».

- بقي أمر يتعلق بالضمانات، يمكن أن يكون له أثر في الحكم، وهو أنه قد سبق بأن من الفروق بين الضمانات وحقوق الأولوية عدم العلم التام بالشركة التي سيتم الاكتتاب فيها والذي يعلم منها هو: عدد الأسهم التي ستشتري وثمنها والنشاط العام لمثل هذه الشركة كشركات التقنية أو البتروكيمياويات ونحوها، فهل يعتبر هذا من الغرر المؤثر لكونه عبارة عن بيع مجهول أو لا؟

يمكن أن يقال بأن الغرر هنا غير مؤثر شرعاً من إحدى ناحيتين:

الأولى: أن القدر المذكور بذكر العدد والثلث والنشاط العام كاف في نفي الجهالة الممنوعة شرعاً، وبالتالي فإن الغرر حينها يكون يسيراً، وقد أجمع العلماء على أن يسير الغرر لا يؤثر^(١)، وقد وضع بعض العلماء ضابطاً للغرر الكثير المؤثر؛ وهو ما غلب على العقد حتى صار يوصف به^(٢)، وهذا الضابط يمكن أن ينطبق على هذه الصورة.

الثانية: سبق أن الوحدات مكونة من أسهم وضمانات ولا تتجزأ موجوداتها، وبالتالي فالحكم عليها واحد لا يتجزأ، فهل اجتماع الأسهم مع الضمانات في وعاء واحد باسم «الوحدة» يعد من التابع والمتبوع؟ فمن

(١) ينظر: المجموع شرح المذهب (٩ / ٢٥٨).

(٢) ينظر: المنتقى شرح الموطأ (٥ / ٤١)، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، د. الصديق الضير، ص ٥٩٣.

المعلوم أن الغرر المؤثر يشترط أن يكون أصلياً لا تابعاً، فإنه يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً، قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «ويجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع»^(١)، وقال النووي رَحِمَهُ اللهُ: «أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان في ضرعه لبن وإن كان اللبن مجهولاً؛ لأنه تابع»^(٢)، فالغرر التابع غير المقصود في العقد مستثنى من الغرر الممنوع.

لكن يُشكل على هذا بأنه كيف نجعل الضمان تابعاً للسهم مع أن الضمان هو عبارة عن حق شراء أسهم في الشركة الجديدة التي سوف يُستحوذ عليها، بينما السهم هنا هو سهم في شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص، وكونها اجتمعا في وعاء واحد باسم «الوحدة» فلا يعني ذلك ارتباطهما بكون أحدهما تابعاً والآخر متبوعاً.

لكن يبقى ما ذكر في الناحية الأولى وجيهاً، ويمكن أن يزول به إشكال الغرر المؤثر.

وبناء على ما سبق فالذي يظهر - والله أعلم - هو جواز الاكتتاب في شركات الاستحواذ ذات الغرض الخاص إذا كان نشاط الشركة المستهدفة بالاستحواذ مباحاً، ومما يؤيد ذلك أيضاً أنه كما سبق: لا بد من موافقة المساهمين على صفقة الاستحواذ على الشركة الأخرى، وبالتالي فلو تبين لهم بأن الشركة غير مناسبة، فلهم الحق في رفض هذه الصفقة، وعلى ذلك فلا يضرهم جهلهم في بداية الأمر ما دام أن لهم الحق بالرفض.

(١) ينظر: المغني (٦ / ١٤١).

(٢) ينظر: المجموع شرح المهذب (٩ / ٣٢٦).

المطلب الثالث: حكم تداول وحدات شركة استحواذ ذات غرض خاص:

وفيه فرعان:

حكم تداول وحدات هذا النوع من الشركات، يستلزم الكلام في شقين: الأول: حكم تداول أسهم هذه الشركات، والثاني: حكم تداول ضمانات هذه الشركات، وفيما يلي بيانها:

الفرع الأول: حكم تداول أسهم شركة استحواذ ذات غرض خاص:

تداول أسهم هذا النوع من الشركات له حالتان:

الحالة الأولى: تداولها بعد الاستحواذ على الشركة الأخرى:

وفي هذه الحالة يكون حكم تداول أسهمها هو نفس حكم تداول أسهم الشركة التي تم الاستحواذ عليها، فتطبق عليها الضوابط الشرعية المقررة في شراء أسهم الشركات المساهمة^(١)، وذلك كأى شركة مساهمة أخرى موجودة وتداول أسهمها في سوق الأسهم.

الحالة الثانية: تداولها قبل الاستحواذ على الشركة الأخرى:

لمعرفة حكم تداول أسهم شركة الاستحواذ في هذه الحالة، لا بد من معرفة ما هي موجودات الشركة في هذه المرحلة؛ لأن السهم عبارة عن

(١) ينظر: المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة معيار رقم (٢١) بشأن الأوراق المالية بند (٤/٣).

وثيقة تمثل ملكية حصة شائعة في موجودات الشركة^(١)، وموجودات هذه الشركات في هذه المرحلة يمكن بيانها فيما يلي^(٢):

أ. الموجودات المادية: يبرز في هذه الشركات وجود النقود والديون فقط كموجودات مادية، أما وجود النقود فهو حاصل من أموال الاكتتاب التي جمعت من المستثمرين، وأما الديون فتحصل فيما إذا ربطت هذه الأموال بودائع بنكية.

ب. الموجودات غير المادية:

- (١) الشخصية الاعتبارية للشركة.
- (٢) الاسم التجاري، والعلامة التجارية.
- (٣) دراسات الجدوى والخطط الاستثمارية للبحث عن شركة للاستحواذ عليها.
- (٤) الأعمال التي يقوم بها المؤسسون أو الفريق الإداري المبدئي من بعد الطرح إلى وقت الاستحواذ.

(١) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: ٦٣ (٧/١) بشأن: الأسواق المالية، وقرار المجمع الفقهي الإسلامي رقم: ٧٨ (٤/١٤)، والمعيار الشرعي رقم (٢١) بشأن الأوراق المالية.

(٢) ينظر: حكم إتاحة تداول أسهم شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة، المجموعة الشرعية لشركة الراجحي المالية، ص ٢.

فالحكم في هذه المسألة راجع إلى مسألة تعرف بـ: «حكم تداول أسهم الشركات حديثة التأسيس»، وهي محل خلاف بين المعاصرين. وفيما يلي بيان لها:

صورة المسألة: حكم بيع وشراء أسهم الشركات التي أنشئت حديثاً ولم تبدأ بمزاولة نشاطها بعد، فتنشأ في بعض الحالات شركات ذات كيانات قانونية وشخصية اعتبارية، وتتأخر في البدء بنشاطها مدة من الزمن، ومثلها شركات الاستحواذ فإنها تُنشأ ثم تطرح في السوق وتستمر مدة بلا نشاط، ثم تستحوذ على شركة أخرى ويكون نشاطها نشاط الشركة التي استحوذت عليها.

وجه الإشكال فيها: أنه خلال الفترة التي تكون هي مرحلة بدايات النشاط لهذه الشركات، كفترة البحث عن شركات للاستحواذ عليها أو عن فرص معينة أو فترة إنشاء أو تكميل فريق للإدارة أو مرحلة إنشاء الأصول (كالمصانع والمتاجر ونحوها) للبدء بالنشاط الرئيس للشركة لكنه لم يبدأ بعد، تكون موجودات الشركة الرئيسة هي: النقود أو الديون، وبالتالي يكون تداول أسهمها في هذه الحالة عبارة عن تداول نقد بنقد.

تحرير محل النزاع:

يظهر أنه لا خلاف بين المعاصرين في حكم تداول أسهم الشركات قبل اكتمال تأسيسها، وهي الفترة بين بداية الاكتتاب في الشركة وقبل اكتماله،

ويقع الخلاف بينهم فيما بعد اكتمال الاكتاب فيها وتخصيص أسهمها وانتهاء طرحها^(١).

فاختلف المعاصرون في هذه المسألة على قولين:

القول الأول:

جواز تداول أسهم الشركات حديثة التأسيس دون مراعاة أحكام الصرف أو بيع الدين، وقال به بعض المعاصرين^(٢).

واستدلوا:

الدليل الأول:

أن هذه الشركات لا تخلو من موجودات أخرى غير النقود وهي ذات قيمة معتبرة شرعاً، ومن ذلك:

١. الحقوق المعنوية، كالاسم التجاري للشركة، والدراسات السابقة لإنشائها، وتصاريح العمل، وقوة الإدارة وكفاءتها، وغير ذلك.
٢. بعض الأصول المملوكة للمنشأة، من أراضٍ أو سياراتٍ أو أثاثٍ أو غير ذلك.

(١) ينظر: الاكتاب والمتاجرة في الأسهم د. مبارك آل سليمان، ص ٥١.

(٢) منهم د. يوسف الشيبلي في بحثه: «حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس (شركة الصحراء للبتروكيمياويات أنموذجاً)».

٣. منافع الأعيان المستأجرة والأشخاص العاملين في الشركة وقت تأسيسها^(١).

نوقش:

حتى مع وجودها إلا أن النقد هو المقصود، بدليل أن الجزء غير المقصود في السلعة من خصائصه أنه تبع لا يؤثر فقده على السلعة، فلو فقدت الأموال النقدية لهذه الشركة بأي سبب من الأسباب لسقطت سقوطاً ذريعاً، وبالمقابل لو فقدت بعض الأعيان، أو المنافع، أو الحقوق، لم تؤثر على الشركة تأثير فقد النقود^(٢).

الدليل الثاني:

على فرض التسليم بأن النقود أو الديون التي في الشركة مقصودة وأن بيع الأسهم له حكم بيع موجوداتها فإن صورة هذه المعاملة كمسألة «مد عجوة ودرهم»، وبيان ذلك أن الأسهم مؤلفة من: ١. النقد، وهو بالريالات. ٢. الأموال الأخرى من حقوق وأعيان ومنافع.

والثمن من الريالات، فالريالات في طرفي العقد مقصودة، ومع أحد الطرفين مال غير ربوي.

(١) ينظر: حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس، د. يوسف الشبيلي، ص ٢١.

(٢) ينظر: حكم تداول أسهم شركة الصحراء، د. أحمد الخليل.

وقد اختار شيخ الإسلام ابن تيمية وهي رواية عن الإمام أحمد^(١) صحة ذلك بشرطين:

١. أن يكون المال الربوي المفرد أكثر من الذي معه غيره.

٢. ألا يكون القصد من المعاملة التحايل على الربا، وذلك بأن يكون ما مع الربوي له قيمة حقيقية، ولم يؤت به للتحليل.

وكلا الشرطين متحقق في بيع هذه الأسهم، فإنها تُباع بقيمتها السوقية وهي عادةً أعلى من القيمة الاسمية التي تم الاكتتاب بها، كما أن الموجودات الأخرى غير النقدية في الشركة ذات قيمة حقيقية ولم يؤت بها حيلة^(٢).

نوقش:

حتى لو أخذنا بهذا القول؛ فما زال التحريم قائماً؛ لأن من يميز ذلك إنما يميز بيع الربوي بجنسه، ومعه من غير جنسه إذا كان المفرد أكثر بشرط المقابلة^(٣)، ومعنى المقابلة تقسيم الثمن على المثلث، فمثلاً إذا باع درهمين بدرهم ومد، فإن المد مقابل الدرهم والدرهم مقابل الدرهم.

فإذا ارتفع سعر السهم بعد ذلك في السوق، وخصمنا من سعر السهم في السوق ما يقابله من النقود الموجودة في الشركة فلا يمكن أن يكون

(١) ينظر: المغني (٦ / ٩٢)، الفروع (٤ / ١٦٠) مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٩ / ٤٥٢)، وهو مذهب الأحناف ينظر: المبسوط (١٢ / ١٨٩).

(٢) ينظر: حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس، د. يوسف الشبيلي، ص ٢٥.

(٣) ينظر: الشرح الكبير (١٢ / ٧٨)، مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٩ / ٤٥٢).

الباقى كله مقابل الأعيان والمنافع إطلاقاً، بل هو فى مقابل السهم كله نقده وحقوقه ومنافعه^(١).

الدليل الثالث:

أن عامة الهيئات الشرعية على جواز تداول أسهم البنوك الإسلامية بقيمتها السوقية، مع أن الغالب فى موجودات تلك البنوك أنها نقود أو ديون فى ذمم الممولين، كما أن عامة الشركات المساهمة لا تخلو موجوداتها من نقود أو ديون ذات قيمة مؤثرة، ويتم تداول أسهمها دون مراعاة لضوابط الصرف أو بيع الدين^(٢).

القول الثانى:

عدم جواز تداول أسهم الشركات حديثة التأسيس إلا بمراعاة أحكام الصرف أو التصرف فى الديون، وقال به بعض المعاصرين^(٣).

واستدلوا:

الدليل الأول:

أن شراء السهم فى هذه الشركات فى الحقيقة يعتبر شراءً للنقود والديون؛ وذلك أن ملكية السهم هى ملكية لموجوداته، وبذلك تكون

(١) ينظر: حكم تداول أسهم شركة الصحراء، د. أحمد الخليل.

(٢) ينظر: حكم تداول أسهم الشركات التى فى مرحلة التأسيس، د. يوسف الشيبلى، ص ٢٣.

(٣) منهم د. أحمد الخليل فى بحثه: «حكم تداول أسهم شركة الصحراء».

النقود أو الديون أو هما معاً أصلاً متبوعاً لا تابعاً، ف شراء السهم حينئذٍ سيكون صرفاً أو بيعاً للدين على غير المدين؛ لأن الثمن عبارة عن نقد والسلعة (التي هي موجودات السهم) عبارة عن نقد أو دين، ولذا لا يجوز شرائها إلا بالقيمة الاسمية وبشرط التقابض، والواقع خلافه^(١).

الدليل الثاني:

أن السهم يتكون من نقود (وهي ربوية) ومعها غيرها مما سبق ذكره (وهي غير ربوية)، ويقابلها ثمن الشراء بالنقود (وهو ربوي)، فتكون كمسألة «مد عجوة ودرهم»، والجمهور - من المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) - على المنع من المسألة مطلقاً، سواء كان الشيء غير الربوي مقصوداً أو لا، لما روى فضالة بن عبيد رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: أُتِيَ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يوم خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز، وهي من المغانم تباع، فأمر رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالذهب الذي في القلادة فنُزِعَ وحده، ثم قال لهم رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الذهب بالذهب وزناً بوزن))^(٥).

(١) ينظر: حكم تداول أسهم شركة الصحراء، د. أحمد الخليل.

(٢) ينظر: شرح الخرشي على مختصر خليل (٥ / ٣٦)، التاج والإكليل (٦ / ١٢٦).

(٣) ينظر: مغني المحتاج (٢ / ٣٧٥) نهاية المحتاج (٣ / ٤٤٢).

(٤) ينظر: كشاف القناع (٨ / ٢٧): شرح منتهى الإرادات (٢ / ٧٠).

(٥) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب بيع القلادة فيها ذهب وخرز برقم (١٥٩١)، وأبو داود في كتاب البيوع، باب في حلية السيف تباع بالدرهم برقم (٣٣٥١)، والترمذي في أبواب البيوع، باب ما جاء في شراء القلادة وفيها ذهب وخرز برقم (١٢٥٥)، والنسائي في كتاب البيوع، باب بيع القلادة فيها الخرز والذهب بالذهب برقم (٤٥٧٣).

ووجه الدلالة: أنه أمر بنزع الخرز وإفراد الذهب ليتمكن بيعه، ولو جاز بيعه مع الخرز لما احتاج إلى وزنه، ثم قال: ((الذهب بالذهب وزناً بوزن))، فنبه بذلك إلى أن علة إفراده بالبيع أن يتحقق فيه الوزن بالوزن^(١).

الترجيح:

نقطة الخلاف في المسألة هي: هل النقود والديون في الشركات حديثة التأسيس تابعة وغير مقصودة، أو أنها متبوعة ومقصودة، فمن قال بأنها تابعة أجازها، ومن قال بأنها متبوعة منعها، ولكل حجته، فمن قال بأن النقود مقصودة استدل بأن: الجزء غير المقصود في السلعة من خصائصه أنه تبع لا يؤثر فقده على السلعة، ولو فقدت الأموال النقدية لهذه الشركة بأي سبب من الأسباب لسقطت سقوطاً ذريعاً، فكيف يقال مع ذلك إن النقود غير مقصودة؟! وبالمقابل لو فقدت بعض الأعيان، أو المنافع، أو الحقوق، لم تؤثر على الشركة تأثير فقد النقود، وهذه النقود هي الغالب والأكثر في موجودات الشركة فكيف يكون غالب السلعة ليس مقصوداً؟^(٢).

ومن قال بأنها غير مقصوده استدل بأن: المشتري - بشرائه السهم - لا يقصد الحصول على النقد الذي في الشركة، ولا ينتقي من الشركات

(١) ينظر: المنتقى شرح الموطأ (٤ / ٢٧٧)، المغني (٦ / ٩٤).

(٢) ينظر: حكم تداول أسهم شركة الصحراء، د. أحمد الخليل.

ما هو أكثر نقدية، بل قصده الحصول على الربح الرأسمالي أو الدوري أيًا كانت الموجودات^(١).

لكن الذي يجعل القول بالجواز أقوى أنه لا يعرف هيئة شرعية قالت بتحريم تداول أسهم المصارف الإسلامية، مع أن غالب موجوداتها من النقود والديون؛ مما يدل أنها غير مقصودة في نظرهم، وأنها تابعة لغيرها.

وإذا تقوى وترجح بأن النقود والديون تابعة فإن قرارات المجامع الفقهية على جواز تداول أسهم الشركات المشتملة على أعيان ومنافع ونقود وديون إذا كانت الموجودات التي يجوز تداولها - كالأعيان والمنافع والحقوق - هي الأصل المتبوع وما سواها تابع ولو كانت من النقود والديون^(٢).

وعلى هذا يمكن القول بأن تداول أسهم شركات الاستحواذ ذات الغرض الخاص جائز شرعاً، وهو ما صدر به قرار عدد من الهيئات الشرعية منها الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المالية في توجيهها رقم (١٠٢٠) ونصه: «لا مانع من إتاحة تداول أسهم «شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة SPACs» على أن تكون متوافقة مع الضوابط الشرعية

(١) ينظر: حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس، د. يوسف الشبلي، ص ٢٤.

(٢) أخذ بهذا مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره ذي الرقم ١٨٨ (٣/٢٠) عام ١٤٣٣هـ بشأن: «استكمال موضوع الصكوك الإسلامية»، وكذلك هيئة المحاسبة والمراجعة في المعيار الشرعي رقم (٢١) بشأن: «الأوراق المالية».

الصادرة عن الهيئة بشأن المتاجرة والاستثمار في الأسهم»، وكذلك قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد، وهيئة الأوراق المالية التابعة لمجلس الشريعة الاستشاري الماليزي. والله أعلم بالصواب.

الفرع الثاني: حكم تداول ضمانات شركة استحواذ ذات غرض خاص:

الكلام عن حكم تداول ضمانات شركة استحواذ ذات غرض خاص هو نفس الكلام عن حكم الاكتتاب فيها ولا فرق، فالضمان هنا عبارة عن حق معنوي يُعطي صاحبه أولوية في شراء أسهم شركة سيتم الاستحواذ عليها لاحقاً بثمن معلوم ابتداءً، وقد تقدم بأن الراجح هو جواز الاكتتاب فيها لما سبق من أدلة، وكذلك حكم تداولها.

إلا أن مسألة تداول الضمانات تختلف عن الاكتتاب فيها: في أن الضمان في هذه المرحلة سيباع ويشتري لوحده مفصلاً عن السهم، فلا يمكن أن يقال باغتفار الغرر الموجود - وهو الجهالة بالشركة التي سيستحوذ عليها - لكونه من باب التابع والمتبوع.

ولكن كما سبق بأن الغرر الحاصل يسير مغتفر؛ وذلك لأن عدد الأسهم التي يحق لحامل الضمان شراؤها وثمنها وقطاع الشركة المستهدفة معلوم، وتقتصر الجهالة على معرفة عين الشركة التي سيكون لحامل الضمان الحق في شراء أسهمها بثمن أقل.

المطلب الرابع: الحكم عند اختلال بعض الضوابط الشرعية:

من المعلوم بأن المجامع الفقهية والهيئات الشرعية قد أقرت ضوابط في تداول أسهم الشركات، فيما يتعلق بنوع النشاط، وقدر القروض الربوية، وقدر الإيراد المحرم^(١)، فما الحكم لو اختل أحد هذه الضوابط في شركة الاستحواذ ذات الغرض الخاص؟

أولاً: بالنسبة لضابط النشاط: فهو غير وارد، وذلك لأنه يمكن معرفة القطاع الذي تستهدفه هذه الشركات عند طرحها، مما يجعل أمر تطبيق ضابط النشاط واضحاً ولا إشكال فيه.

ثانياً: بالنسبة لضابط القروض: وبما أن ضابط القروض ينص على ٣٣٪ من إجمالي موجودات الشركة ما لم تقل عن القيمة السوقية، فيمكن تطبيق هذا الضابط بوضوح على هذه الشركات.

ثالثاً: ضابط الإيراد المحرم: سبق بأن إيرادات هذا النوع من الشركات إنما هي من الفوائد الربوية الناتجة عن حفظ أموال المساهمين في حسابات البنوك التقليدية، وحيث إن هذه الشركات -ولو كان نشاطها أو قطاعها مباحاً- لم تبدأ بالنشاط بعد، فلا يوجد لها إيراد سوى من الفوائد الربوية

(١) ينظر: المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة معيار رقم (٢١) بشأن الأوراق المالية بند (٤/٣)، وقرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي رقم (٤٨٥)، بشأن: «حكم الاستثمار والمتاجرة في أسهم الشركات المساهمة وهي من حيث غرضها ونشاطها وضوابط التعامل في أسهمها»، وقرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (٦٩/ب) بشأن: «منهج دراسة أسهم الشركات المساهمة».

التي تحصل عليه من البنوك المودع فيها أموال الشركة، وعليه فسيكون الإيراد المحرم نسبته ١٠٠٪ أو تقاربها.

في هذه الحالة ذهبت بعض الهيئات الشرعية إلى عدم تطبيق هذا الضابط في الشركات الحديثة؛ وذلك لأن النسبة لا تعكس الإيراد الحقيقي للشركة، وذلك لأنها لم تبدأ بمزاولة نشاطها.

جاء في قرار الهيئة لبنك البلاد رقم (٦٩/ب) بشأن: «منهج دراسة أسهم الشركات المساهمة» ما نصه: «لا يزيد الإيراد المحرم على ٥٪ من إجمالي الإيرادات. ولا تنطبق هذه النسبة على الشركات التي لم تبدأ في عملية الإنتاج، إذ لا تعكس النسبة حينئذ حقيقة إيراد نشاط الشركة».

وكذلك انتهت الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المالية في اجتماعها الأربعين بعد المتين بتاريخ ١٧/٠٨/١٤٤٢هـ إلى عدم تطبيق ضابط الإيراد المحرم على هذا النوع من الشركات إلا بعد مضي سنة من بدء النشاط الرئيس.

- بقي أمر، وهو أنه لا يوجد لهذا النوع من الشركات قوائم مالية خلال مرحلة الطرح وقبل الاستحواذ، وبالتالي فقد يتبين بعد ذلك أن الشركة مخالفة للضوابط الشرعية عند صدور قوائمها المالية بعد ذلك^(١).

(١) ينظر: حكم إتاحة تداول أسهم شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة، المجموعة الشرعية لشركة الراجحي المالية، ص ٩.

وهذا متصور في ضابط القروض، أما في ضابط النشاط فلا يتصور لأنه لا يمكن تغييره، وكذلك بالنسبة لضابط الإيراد المحرم؛ لأنه كما سبق لا يطبق ما دام أن الشركة لم تبدأ بعد بالنشاط.

ففي هذه الحالة يلزم حامل السهم المبادرة بالتخلص من هذه الأسهم بأسرع وقت ممكن، لأنه التخلص من الحرام.

- جاء في قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي رقم (٤٨٥)، بشأن: «حكم الاستثمار والمتاجرة في أسهم الشركات المساهمة من حيث غرضها ونشاطها وضوابط التعامل في أسهمها»، ما نصه: «ثانياً: إذا تغيرت أوضاع الشركات بحيث لا تنطبق عليها الضوابط السابقة وجبت المبادرة إلى التخلص منها ببيع أسهمها حسب الإمكان، على ألا تتجاوز مدة الانتظار تسعين يوماً من تاريخ العلم بتغيرها».

الخاتمة

- وفي ختام هذا البحث فإن أهم النتائج التي توصلت إليها هي ما يلي:
١. لا يظهر مانع شرعي من حيث الأصل في إنشاء وتأسيس شركات الاستحواذ ذات الغرض الخاص، ما دام نشاطها مباحًا، وذلك لأن الأصل في المعاملات هي الصحة والحل.
 ٢. جواز الاكتتاب في شركات الاستحواذ ذات الغرض الخاص إذا كان نشاط الشركة المستهدفة بالاستحواذ مباحًا، ومما يؤيد ذلك أيضًا أنه كما سبق: لا بد من موافقة المساهمين على صفقة الاستحواذ على الشركة الأخرى، وبالتالي فلو تبين لهم بأن الشركة غير مناسبة، فلهم الحق في رفض هذه الصفقة، وعلى ذلك فلا يضرهم جهلهم في بداية الأمر ما دام لهم الحق بالرفض.
 ٣. أن تداول أسهم شركات الاستحواذ ذات الغرض الخاص، وكذلك تداول ضمانات شركات الاستحواذ ذات الغرض الخاص جائز شرعًا.
 ٤. لا يطبق ضابط نسبة الإيراد المحرم المسموح بها في الشركات الحديثة؛ وذلك لأن النسبة لا تعكس الإيراد الحقيقي للشركة، لأنها لم تبدأ بمزاولة نشاطها.
 ٥. لا يوجد لهذا النوع من الشركات قوائم مالية خلال مرحلة الطرح وقبل الاستحواذ، وبالتالي فقد يتبين بعد ذلك أن الشركة مخالفة للضوابط الشرعية عند صدور قوائمها المالية بعد ذلك، ففي هذه الحالة يلزم حامل السهم المبادرة بالتخلص من هذه الأسهم بأسرع وقت ممكن، لأنه تخلص من الحرام.



فهرس المصادر والمراجع

١. ما هي شركات الاستحواذ ذات الغرض الخاص، أماني حسين، مقال منشور في موقع (WAYA) على الإنترنت.
٢. بعض الإشكاليات القانونية المرتبطة بشركات SPACs، د. نهال عطية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد ٢ يوليو ٢٠٢٣م.
٣. انتشار متسارع لشركات الاستحواذ الخاصة SPAC، د. فهد الحوياني، مقال منشور في صحيفة الاقتصادية.
٤. الإدراج الأمثل لشركات الاستحواذ، مجموعة باحثين في مركز الدراسات والبحوث القانونية.
٥. دور الشركة ذات الغرض الوحيد للاستحواذ في قيد أسهم الشركات الناشئة، د. إلهام عبد الحلیم، بحث منشور في المجلة القانونية.
٦. شركة الاستحواذ لأغراض خاصة، دراسة لشركة آيدل ريتينق.
٧. شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة، دراسة لهيئة السوق المالية السعودية- إدارة الأبحاث- يونيو ٢٠٢٢م.
٨. شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة، مقال منشور في موقع (Faster Capital) على الإنترنت.
٩. ما هي شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة؟، مقال منشور في موقع (Lite Finance) على الإنترنت.
١٠. حكم إتاحة تداول أسهم شركات الاستحواذ ذات الأغراض الخاصة، مذكرة عرض على الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المالية.
١١. الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، للدكتور أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، الطبعة الثانية، ١٤٢٦هـ.

١٢. هوس شركات الاستحواذ ذات الغرض الخاص، مقال منشور على موقع أرقام.
١٣. التاج والإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبي عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م.
١٤. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، دار الفكر.
١٥. روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
١٦. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.
١٧. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة - ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
١٨. كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، دار الكتب العلمية.
١٩. شرح منتهى الإيرادات المسمى بدقائق أولي النهى لشرح المنتهى، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٢٠. المعايير الشرعية هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين - ١٤٣١هـ.



٢١. المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، دار الفكر.
٢٢. المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: ٤٧٤هـ)، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة الأولى، ١٣٣٢هـ.
٢٣. الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة -، للدكتور الصديق محمد الضرير، دار الجيل، الطبعة الثانية، ١٤١٠هـ.
٢٤. المغني لابن قدامة، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، دار عالم الكتب، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
٢٥. قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: ٦٣ (١/٧)، بشأن الأسواق المالية.
٢٦. قرار المجمع الفقهي الإسلامي رقم: ٧٨ (٤/١٤)، بشأن حكم شراء أسهم الشركات والمصارف إذا كان في بعض معاملاتها ربا.
٢٧. الاكتتاب والمتاجرة في الأسهم، د. مبارك آل سليمان، دار كنوز إشبيلية، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ.
٢٨. حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس (شركة الصحراء للبترول وكيموايات أنموذجاً)، د. يوسف الشيبلي، بحث منشور على الإنترنت.
٢٩. الفروع، لمحمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبي عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٣٠. مجموع الفتاوى، لتقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحلیم 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.
٣١. المبسوط، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى:
٤٨٣هـ)، دار المعرفة - بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٣٢. حكم تداول أسهم شركة الصحراء، د. أحمد الخليل، بحث منشور على
الإنترنت.
٣٣. الشرح الكبير على متن المقنع، لعبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي
الجماعيلي الحنبلي، أبي الفرج، شمس الدين (المتوفى: ٦٨٢هـ)، دار الكتاب
العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار.
٣٤. شرح مختصر خليل للخرشي، لمحمد بن عبد الله الخرشبي المالكي أبي عبد الله
(المتوفى: ١١٠١هـ)، دار الفكر للطباعة - بيروت.
٣٥. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
(صحيح مسلم)، لمسلم بن الحجاج أبي الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى:
٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
٣٦. سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد
بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد
الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.
٣٧. سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي،
أبي عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي
وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف، شركة مكتبة ومطبعة
مصطفى الباي الحلبي - مصر، الطبعة الثانية، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.





العقوبات الجزائية والتعزيرية في قانون العمالة المنزلية الكويتي دراسة فقهية

د. آلاء عادل العبيد

الأستاذ المشارك بجامعة الكويت

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق وسيد المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد..

فتمثل العمالة المنزلية في الكويت أكثر من ربع إجمالي العمالة الوافدة^(١)، ظلت هذه الفئة فترة طويلة تعاني من عدم وجود تشريع يكفل لها الحماية القانونية الكاملة، وأدى ذلك إلى رصد المنظمات الدولية المهتمة بحقوق الإنسان جملة مما اعتبرته انتهاكات لحقوق هؤلاء الأشخاص، بالإضافة إلى توتر العلاقات الدبلوماسية مع البلدان المستقدم منها تلك العمالة، وبرز ظواهر سلبية كارتفاع معدلات الجرائم، وتحمل الدولة لأموال طائلة على صعيد إعادة العمالة المنزلية إلى بلدانها، جاء قانون العمالة المنزلية رقم (٦٨) لسنة ٢٠١٥م استجابة للعديد من هذه التوصيات الدولية والاستحقاقات

(١) ذكر تقرير «الشال» أن أكثر من ربع إجمالي العمالة الوافدة في الكويت منزلية، إذ بلغ عددها كما في نهاية الربع الرابع من ٢٠٢٣م، وفق جداول الإدارة المركزية للإحصاء نحو ٧٨٦ ألف عامل، وبارتفاع بنحو ٤,٤ في المئة (٧٥٣ ألف عامل في نهاية الربع الرابع ٢٠٢٢م)، وتلك العمالة المنزلية موزعة ما بين الذكور البالغ عددهم نحو ٣٦٣ ألفاً، والإناث البالغ عددهن نحو ٤٢٣ ألفاً، اقرأ المزيد حول التقرير عبر موقع جريدة الجريدة الكويتية عبر الرابط:

<https://www.aljarida.com/article/63001>

(تم الاطلاع بتاريخ ٣٠/٠٧/٢٠٢٤م).

المجتمعية والأخلاقية. يهدف هذا القانون إلى سد النقص التشريعي المتعلق بتنظيم شؤون العمالة المنزلية بالكويت^(١).

يتكون القانون من (٥٤) مادة، موزعة على تسعة أبواب عنيت بتنظيم شؤون العمالة المنزلية، وهذا القانون على ما يمثله من طفرة تشريعية وحقوقية تلبي حاجة عمال المنازل وترعى حقوقهم المشروعة إلا أنه قد تضمن جملة من العقوبات الجزائية والتعزيرية أثار بعضها جملة من الإشكالات الشرعية، ومن أبرزها اشتراط غرامة التأخير لصاحب العمل المماطل في دفع الأجرة الأساسية أو الإضافية، وفي الجملة يحتاج القانون لدراسة شرعية وافية تستوعب كافة الجزاءات والإجراءات العقابية من الناحية الفقهية، وبيان مدى توافقها مع الشريعة الإسلامية^(٢).

أسباب اختيار الموضوع:

يعود اختيار هذا الموضوع إلى عدة أسباب، منها:

- ١- كثرة أعداد العمالة المنزلية، مما يستدعي الدراسة الشرعية للقانون المنظم لاستقدام هذه الطائفة من العمال ومدى توافقه مع الشريعة الإسلامية.
- ٢- الحاجة إلى معرفة مواطن الخلل والمخالفة الشرعية في مواد القانون المتعلقة بالعقوبات والجزاءات.

(١) قانون العمل رقم (٦) لسنة ٢٠١٠م بشأن العمل في القطاع الأهلي.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (٦٨) لسنة ٢٠١٥م في شأن العمالة المنزلية.

٣- الرغبة في تقديم رؤية شرعية واضحة حول مواد العقوبات والجزاءات؛ ليتسنى للمشرع الوقوف على ما يحتاج منها لمعالجة وتعديل.

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث في تحديد مدى توافق مواد قانون استقدام العمالة المنزلية بالكويت ولائحته التنفيذية المتعلقة بالعقوبات والجزاءات مع الشريعة الإسلامية، فيثير هذا الأمر جملة من التساؤلات والإشكالات البحثية:

- ١- ما تعريف العامل المنزلي؟ ما تكييف عقد العمالة المنزلية شرعاً؟
- ٢- ما الموانع التي قد تؤدي لإلغاء ترخيص استقدام العمالة المنزلية؟ وما حكم هذه العقوبات من الناحية الشرعية؟
- ٣- ما هي الجزاءات المفروضة على صاحب العمل حال عدم وفائه بالتزاماته من دفع الأجرة المستحقة في وقتها وغيرها؟ وما تكييف هذه الجزاءات من الناحية الشرعية؟
- ٤- ما هي الجزاءات المفروضة على مخالفين شروط التراخيص؟ وما تكييف هذه التعازير والعقوبات من الناحية الشرعية؟

أهمية البحث:

تبرز أهمية هذا البحث من خلال:

- ١- الحاجة الماسة لوجود دراسة شرعية تستوعب مواد القانون ولائحته التنفيذية وتكييفها من الناحية الشرعية.
- ٢- بيان مدى توافق مواد القانون واللائحة المتعلقة بالعقوبات والجزاءات مع الشريعة ودرجة المخالفة.
- ٣- الحاجة إلى تقديم رؤية شرعية واضحة حول مواد العقوبات والجزاءات.

أهداف الموضوع:

يمكن إجمال أهداف الموضوع فيما يأتي:

- ١- تكييف أهم مواد القانون ولائحته التنفيذية المتعلقة بالجزاءات والعقوبات من الناحية الشرعية.
- ٢- تحرير مدى موافقة أو مخالفة مواد القانون المتعلقة بالجزاءات والعقوبات للشريعة الإسلامية وبيان درجة المخالفة إن وجدت.
- ٣- تقديم رؤية شرعية واضحة للمشرع حول مواد العقوبات والجزاءات ليتسنى الوقوف على ما يحتاج منها لمعالجة وتعديل.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والتحري لم أجد من أفرد القانون محل الدراسة ببحث مستقل يستوعب جوانبه القانونية ومقارنتها بالشريعة، إنما وجدت

دراسات تعلقت بقوانين أخرى أو تناولت موضوع البحث بصفة عامة منها:

١- أحكام عقد الخدمة المنزلية، دراسة للباحث: د. منصور بن عبد السلام أجويد الأستاذ بجامعة الإمام محمد بن سعود، دراسة في القانون الأردني والنظام السعودي واتفاقية منظمة العمل الدولية مقارنة بالشرعية الإسلامية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد (٩٢).

٢- الفئات المستثناة من الخضوع لنظام العمل، دراسة للباحث: سليمان بن محمد السوداني، وهو أيضًا بحث تكميلي مقدم إلى قسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء بالرياض، ولكن البحث كان نطاق دراسته الفئات المستثناة من نطاق نظام العمل السعودي ومنها العمالة المنزلية.

٣- حقوق العمال بين الإسلام والمعايير الدولية، دراسة للباحث: د. رزق بن مقبول الريس، بين الباحث فيها حقوق العمال عامة مقارنة بالمعايير الدولية ولم يعن بالحديث خاصة عن العمالة المنزلية أو المقارنة بالقانون الكويتي.

٤- التعزير بأخذ المال - دراسة مقارنة وفق قواعد الأصول، دراسة للدكتور: مازن بن عبد الله بن علي العقل، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، العدد ٦٧، ص ٨٧٩-٩٢١، هي دراسة تناول فيها الباحث الخلاف في مسألة التعزير بالمال، لكن لم يعن بمناقشة القوانين المتضمنة لذلك، فضلاً عن عدم تناول صور التعزير الأخرى.

منهج البحث:

اتبعت بعون الله تعالى عند الكتابة في الموضوع المنهج الاستقرائي، التحليلي، المقارن، وذلك من خلال إيراد مواد القانون محل الدراسة وتحليلها في إطار مقارن مع الشريعة الإسلامية.

خطة البحث:

المقدمة: تقديم لمحة عامة عن قانون رقم (٦٨) لسنة ٢٠١٥م في شأن العمالة المنزلية في الكويت.

التمهيد: تحديد مفهوم العمالة المنزلية:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف العامل المنزلي.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد العمالة المنزلية.

المبحث الأول: الإجراءات القانونية التعزيرية والجزاءات المفروضة على مخالفتي شروط التراخيص.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مشروعية التعزير.

المطلب الثاني: الرؤية الشرعية لوقف إصدار السمات كعقوبة تعزيرية.

المطلب الثالث: مبدأ التدرج في العقوبة.

المبحث الثاني: التعزير بالعقوبة المالية حال التأخر عن دفع الأجرة أو الالتزامات المالية المستحقة للعامل.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: عقوبة التأخير في دفع الأجر رؤية شرعية.

المطلب الثاني: ماطلة المؤجر في دفع أجرة العامل.

المطلب الثالث: أثر اشتراط غرامة التأخير على صحة العقد.

المطلب الرابع: حكم عقود العمالة القائمة في ظل القانون الحالي المتضمن لشرط غرامة التأخير.

المطلب الخامس: رفض تعويض العمالة المنزلية عن العمل الإضافي.

المبحث الثالث: التعزير بالحبس والعقوبة المالية لمخالفتي شروط الاستقدام.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم التعزير بالحبس، ما يشرع فيه الحبس.

المطلب الثاني: التعزير بالمال، الخلاف فيه، الترجيح.

الخاتمة: مشتملة على خلاصة البحث والتوصيات.

ثم فهرس المصادر والمراجع.

هذا، ونحمد الله تعالى على تمام فضله، وعظيم إنعامه.

التمهيد

تحديد مفهوم العمالة المنزلية

المطلب الأول: تعريف العامل المنزلي.

نص القانون في مادته الأولى على أن العامل المنزلي: «كل ذكر أو أنثى يكلف بأعمال يدوية داخل المساكن الخاصة (وما في حكمها) لحساب الأفراد وذلك بموجب عقد مكتوب».

حدد القانون نطاق وطبيعة العمل المنزلي بأنها أعمال يدوية احترازًا من غيرها من الأعمال الإدارية أو الذهنية، فيخرج من نطاق عمال الخدم المنزلية الأشخاص الذين يقومون بأعمال ذهنية كالمدرس، والطبيب ولو كانت أعمالهم داخل المنزل، فالعامل المنزلي «إنما يُكَلَّف عادة بالأعمال اليدوية أو المادية المتواضعة، التي تدخل جميعها في زمرة الأعمال الخادمة أو الخدمية، اللازمة للحياة الإنسانية المعتادة، كتنظيف المنزل وطهي الطعام..... إلى غير ذلك من الأعمال التي لا تحتاج إلى جهد عقلي أو فكري»^(١)، و«يكون عمله متصلًا بشخص المخدم، بحيث يمكنه الاطلاع على أسراره، وشؤونه الخاصة، ويغلب على عمله الطابع الجسماني، وأن لا يقصد المخدم من وراءه تحقيق ربح»^(٢).

(١) الوسيط في شرح أحكام قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية، د. عبد الرزاق حسين (١/٣٧٧)، ط. ١، كلية شرطة دبي بالإمارات (١٩٩١م).

(٢) شرح قانون العمل، د/ أحمد عبد الكريم أبو شنب ص (٨٧)، ط. ١، مكتبة دار الثقافة للنشر (١٩٩٩م).

هذا ينطبق على عمال المنازل بصفة عامة ممن طبيعة عملهم يدوية - أيًا كان الوصف الذي يعطى له - كالخادم أو الطاهي، أو مربية الأطفال أو البستاني وغيرهم.

ثم بيّن المشرع الحدود المكانية بأن هذه الأعمال تكون داخل المساكن الخاصة وما في حكمها، ثم بيّن الاستفادة من هذه الأعمال بأن منفعة هذه الأعمال تؤول لحساب هؤلاء الأفراد أصحاب العمل.

أما الحدود العمرية فقد نص المشرع في المادة (٢١) على أنه: «يحظر استخدام أو تشغيل العمالة المنزلية من الجنسين ممن تقل أعمارهم عن (٢١) سنة أو تزيد على (٦٠) سنة ميلادية ويجوز للوزير المختص الاستثناء من شرط السن».

جعل المشرع الحد الأقصى لسن العامل المتقدم ٦٠ عامًا وهذا يلائم طبيعة الأعمال المنزلية، إذ يشق على من جاوز السن المذكور القيام بمثل هذه الأعمال.

أما الحد الأدنى جعل المشرع الحد الأدنى (٢١) سنة مراعاة لطبيعة العمل، كذلك احترازًا من تشغيل الأحداث.

اختتم المشرع في قانون العمالة التعريف بالنص على وجوب كتابة العقد: «وذلك بموجب عقد مكتوب» رعاية لحقوق العامل وحفظها من الضياع.

وبناء على الحدود التعريفية السابقة يمكن القول بأن عمال الخدم المنزلية هم من توافر في عملهم العناصر التالية.

١- أن يكون العمل بالمنازل (وما في حكمها).

٢- أن يغلب على أعمالهم الطابع الجسماني أو اليدوي.

٣- أن يكون العمل متصلاً بشخص المخدم للعناية بشخصه، أو بأفراد أسرته.

٤- الحدود العمرية من ٢١ إلى ٦٠ عاماً.

وهذه الحدود التعريفية تأتي متسقة مع ما قد عرف به المكتب الدولي للعمل للعامل المنزلي بأنه: «فرد سواء كان رجلاً أو امرأة يمارس عملاً داخل إطار البيت بصفة شخصية ويستفيد من هذا النشاط بحيث يسمح له بالحصول على عائد»^(١).

وكذلك اتفاقية العمل اللائق للعمال المنزليين تعريفاً للعامل المنزلي بأنه: «أي شخص مستخدم في العمل المنزلي في إطار علاقة استخدام، ولا يعد عاملاً منزلياً أي شخص يؤدي عملاً منزلياً من حين إلى آخر أو على نحو متقطع فقط»^(٢).

(١) تقارير المكتب الدولي للعمل لعام ١٩٩٥م، أحكام عقد الخدمة المنزلية - دراسة في القانون الأردني والنظام السعودي واتفاقية العمل مقارنة بالشريعة الإسلامية، د. منصور بن عبد السلام الصرايرة، مجلة القانون والاقتصاد عدد (٩٢)، ص ٤٢٤.

(٢) نص المادة (١) من الاتفاقية.

وقد تناول الفقه القانوني تعريفاً لخدم المنازل بأنهم: «الأشخاص الطبيعيون الذين يقومون بأعمال مادية متصلة بذات صاحب العمل أو بأشخاص ذويه»^(١).

ويمكن جمع كل هذه المحددات في تعريف جامع، فيعرف العامل المنزلي على أنه:

«كل ذكر أو أنثى سواء أكان وطنياً، أم أجنبياً يكلف بالقيام بأعمال يدوية في المساكن الخاصة، وتتصل بذات المخدم إما مباشرة بالعناية بشخصه أو بذويه أو بصفة غير مباشرة بأعمال تتعلق بأشياء مملوكة له، بموجب عقد مكتوب يلتزم فيه المخدم بأداء الأجر المتفق عليه للخادم المنزلي»^(٢)، وهذا التعريف ينطبق على حارس المسكن والسائق.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد العمالة المنزلية:

التكييف الفقهي لعقد العمالة المنزلية هو عقد إجارة على الأعمال كأجير خاص، فالإجارة عقد على منفعة مدة معلومة، وهي إما أن تكون إجارة على المنافع كإجارة البيوت والدواب، وإما أن تكون إجارة على الأعمال؛ كإجارة الأشخاص، وهذه أيضاً تارة يكون الأجير أو «العامل» فيها عامماً أو مشتركاً

(١) «الوسيط في شرح أحكام قانون العمل» د. محمد علي عمران، الدار الجامعية، مصر ١٩٨٥م، ص ٣٦.

(٢) انظر: أحكام عقد الخدمة المنزلية - دراسة في القانون الأردني والنظام السعودي واتفاقية العمل مقارنة بالشريعة الإسلامية، د. منصور بن عبد السلام الصرايرة، مجلة القانون والاقتصاد عدد (٩٢)، ص ٤٢٤.

وتارة يكون خاصاً، والأجير المشترك هو: الذي يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب أو بناء حائط، سمي مشتركاً لأنه لا يستقل به مستأجر بعينه؛ إنما يعمل للمستأجر وغيره، ويتقبل أعمالاً كثيرة في وقت واحد فيشترك غير واحد في منفعته^(١)، هذا المشترك كالطبيب والخياط يعمل لدى عامة الناس ولا يحق لصاحب العمل منعه من غيره، أما الأجير الخاص: «هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة، يستحق المستأجر نفعه في جميعها، كرجل استؤجر لخدمة، أو عمل في بناء أو خياطة، أو رعاية، يوماً أو شهراً، سمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس»^(٢).

يستحق الأجير الخاص الأجرة بتسليم نفسه في المدة المتفق عليها، وليس له أن يعمل لغير المستأجر إلا بإذنه، يتعلق أداء العمل بذاته لا بذمته، يختص المستأجر بمنافع الأجير الخاص وحده مدة الإجارة.

وهذا الأخير ينطبق على العمالة المنزلية، لذا تكييفها الفقهي عقد إجارة

أعمال كأجير خاص.

(١) انظر: التعريفات للجرجاني، ص: ١١، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية لنجم الدين النسفي ص ١٢٥.

(٢) المغني لابن قدامة (١٠٣/٨)، انظر: الموسوعة الفقهية (١/٢٨٨)، المعايير الشرعية (معيار إجارة الأشخاص) ص ٨٢٦.

المبحث الأول

الإجراءات القانونية التعزيرية والجزاءات المفروضة على مخالفي شروط التراخيص

نصت المادة (٢٥) من القانون على حالات إلغاء ترخيص استقدام العمالة المنزلية، هي:

- ١- إذا فقد المرخص له شرطاً من شروط التراخيص.
 - ٢- إذا تقاضى المرخص له من العامل المنزلي أي مقابل نظير استقدامه أو استخدامه.
 - ٣- إذا ثبت أن المرخص له قد حصل على الترخيص بناء على بيانات كاذبة أو مزورة.
 - ٤- انتهاء مدة التراخيص أو إنهاؤه من قبل المرخص له وحل المكتب أو تصفيته.
 - ٥- إذا تنازل المرخص له عن الترخيص إلى الغير.
 - ٦- إذا استخدم مكتب الاستقدام كسكن للعمالة المنزلية.
- ونصت المادة (١٠) بلائحتها على أنه: «ولوزير الداخلية وقف الترخيص بدلاً من إلغائه في أي من الحالات السابقة لمدة ثلاثة أشهر وفي حالة التكرار يتم إلغاء الترخيص نهائياً».

نصت المادة (٣٠) من القانون على أنه: «في حالة ثبوت أي شكاوى ضد صاحب العمل أمام إدارة العمالة المنزلية يتم وقف إصدار أي سمات دخول لصاحب العمل للمدة التي تحددها اللائحة التنفيذية».

نصت اللائحة في بابها الثامن (جزاءات صاحب العمل)، مادة (٣٢) على أنه: «في حال ثبوت أي شكاوى ضد صاحب العمل أمام الإدارة المختصة عن إخلاله بالالتزامات المفروضة عليه بموجب القانون، أو عدم استلام العامل المنزلي من مكتب الاستقدام بدون عذر مقبول، أو عدم الالتزام بالحضور أمام جلسات التحقيق عند استدعائه، يحق للإدارة وقف إصدار سمات دخول للعمالة المنزلية لصاحب العمل لمدة (٦) أشهر، وفي حال التكرار تضاعف المدة».

المطلب الأول: مشروعية التعزير:

وهذه العقوبات التي قدرها المشرع -من الإيقاف المؤقت أو الإلغاء للترخيص وغير ذلك -تدخل في باب التعزير في الشريعة، ولها وجهها كمصلحة مرسلة شهد الشارع باعتبار أصلها في تحقيق العدالة ورعاية حقوق الضعفاء، ووقايتهم من التعرض للظلم وأكل أموالهم بالباطل، وإن لم يكن قد نص على هذه العقوبات نصاً كما هو معلوم في شأن عامة المصالح المرسلة.

قال الإمام السبكي رَحِمَهُ اللهُ: «قاعدة: من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة عَزَّرَ، كذا قال صاحب التنبيه وتبعه الرافعي والنووي وغيرهما». انتهى^(١).

الأصل أن التعزير يكون على ضربين: فعل محرّمات أو ترك واجبات مما لا حد مقدر فيه للعقوبة شرعاً، والتعزير على فعل المحرمات يكون مثل الجناية التي لا قود فيها، السرقة دون النصاب، الاستمتاع المحرم مما لا حد فيه، الغضب والانتهاج والاختلاس، وبيع المحرمات كالخمر، ويدخل في ذلك أكل أموال العمال بالباطل كما في مسألة الباب، والله أعلم^(٢).

المطلب الثاني: الرؤية الشرعية لوقف إصدار السمات كعقوبة تعزيرية:

وقف إصدار السمات لصاحب العمل لمدة ستة أشهر يعد نوعاً من التعزير والعقوبة المعنوية، فأصل العقوبة المعنوية ثابت للمدين الماثل في الحديث «يحل عرضه وعقوبته»، فإحلال العرض يدخل فيها قول الدائن: «هذا ظلمي» أو «أكل حقي»، يدخل فيها كذلك وضع اسمه على القوائم السوداء الممنوعين من استخراج سمات للعمالة، الحالات التي عددها المشرع لها وجه كبير من النظر والاستحقاق للعقوبة:

(١) الأشباه والنظائر للسبكي (١/٣٩٦).

(٢) انظر: العقوبات التعزيرية المحققة للمصلحة العامة، بحث مقدم المؤتمر الدولي الثالث كلية الشريعة بطنطا، د. وفاء أحمد محمد، ج ١ / ص ٤٠٤ (٢٠١٩م).

- عدم استلام العامل المنزلي من مكتب الاستقدام دون عذر مقبول، لا شك أن هذا إضرار بالعامل يستحق التعزير.
- عدم الالتزام بالحضور أمام جلسات التحقيق عند استدعائه، وعدم الالتزام بالحضور يؤدي لمزيد من الماطلة وإطالة أمد التقاضي بما يضيع على أصحاب الحقوق حقوقهم، وحقُّ على القاضي أن يسلك أقصر الطرق وأقصدَها في فصل القضاء، فضلاً عما فيه من استخفاف بمجلس القضاء والحكم، قد اختلف أهل العلم في حكم القضاء على الغائب عن مجلس العقد على النحو التالي:

القول الأول: ذهب الحنفية في المشهور عنهم^(١)، هو رواية عن الحنابلة^(٢) إلى عدم جواز القضاء على الغائب مطلقاً. استدلوا بجملة من الأدلة منها:

- قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا تَقَاضَى إِلَيْكَ رَجُلَانِ فَلَا تَقْضِ لِلأَوَّلِ حَتَّى تَسْمَعَ مَا يَقُولُ الأُخْرَ، فَإِنَّكَ سَوْفَ تَرَى كَيْفَ تَقْضِي»^(٣).

ونوقش أن الحديث لا يصح سنداً^(٤).

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٦/٢٢٢).

(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي (٢٨/٥١٦).

(٣) رواه أحمد في مسنده (١٢٨٤)، صححه أحمد شاكر في تعليقه على المسند.

(٤) قال ابن حزم: «لا نعلم لهم شيئاً غير هذا، وكله لا حجة لهم في شيء منه، أما الخبر عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فساقط؛ لأن شريكاً مدلس، وسماك بن حرب يقبل التلقين، وحش بن المعتمر ساقط مطرح». المحلى لابن حزم (٨/٤٣٦).

وأجيب: بأن للحديث طرقاً يترقى بمجموعها للحسن.

نوقش: أيضاً بأن الحديث لا يمنع من القضاء على الغائب إنما يمنع من القضاء دون سماع دعوى الخصمين، قال ابن حزم: «لو صحت الأخبار التي قدمنا لما كان لهم بها متعلق أصلاً؛ لأنه ليس فيها: أن لا يقضى على غائب، بل فيها: أن لا يقضى على حاضر بدعوى خصمه دون سماع حجته، وهذا شيء لا نخالفهم فيه»^(١).

- قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنما أقضي بينكم على نحو ما أسمع»^(٢).

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ علق الحكم على السماع فيلزم حضور الخصمين.

نوقش ذلك: بأن المقصود أن القاضي مأمور بالأخذ بظواهر الأمور وما انتهى إليه سمعه من البيئات والأدلة ولا يلزم من ذلك حضور الخصمين^(٣).

القول الثاني: قول الجمهور من المالكية^(٤) والشافعية^(٥) والمعتمد عند الحنابلة^(٦) بجواز القضاء على الغائب.

استدلوا بجملة من الأدلة، منها:

(١) المحلى لابن حزم (٨/٤٣٧).

(٢) رواه أحمد في مسنده (٢٦٦١٨)، صححه أحمد شاكر في تعليقه على المسند.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٦/٢٢٢)، الإنصاف للمرداوي (٢٨/٥١٦).

(٤) انظر: حاشية الدسوقي (٤/١٦٢).

(٥) انظر: نهاية المحتاج للرمل (٨/٢٦٨).

(٦) انظر: الإنصاف للمرداوي (٢٨/٥١٥).

- عموم الأدلة في الأمر بالقسط والعدل، كقوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ
بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾ [النساء: ١٣٥]، لم يخص الحاضر دون الغائب.

نوقش: أن غياب الخصم مظنة لعدم القسط.

وأجيب: بأن العبرة توافر الدعاوى والبيّنات لدى القاضي للحكم
بالعدل ولا يلزم من ذلك حضور الخصمين^(١).

- ما ورد من وقائع قضى فيها النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مع عدم وجود
الخصم أو الطرف الآخر، من ذلك، ما رواه الشيخان عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا:
«قالت هند أم معاوية لرسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إن أبا سفيان رجل
شحيح، فهل عليّ جناح أن آخذ من ماله سرّاً؟ قال: خذي أنت وبنوك ما
يكفيك بالمعروف»^(٢)، وكان هذا في غياب أبي سفيان.

نوقش: بأن الحديث في باب الإفتاء لا القضاء.

أجيب عن ذلك: بأن كل حكم يصدر من الشارع فإنه ينزل منزلة الإفتاء
بذلك الحكم في مثل تلك الواقعة^(٣).

(١) انظر: حاشية الدسوقي (٤/ ١٦٢)، نهاية المحتاج للرملي (٨/ ٢٦٨)..

(٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما
يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة، حديث (٢٢١١)، مسلم في صحيحه، كتاب
الأقضية، باب قضية هند، حديث (١٧١٤).

(٣) فتح الباري لابن حجر (٩/ ٥١١).

قد بوب النووي رَحْمَهُ اللهُ^(١) للحديث في صحيح مسلم في كتاب الأفضية: باب قضية هند، هذا من فقهه رَحْمَهُ اللهُ.

- ما ورد عن أبي موسى، أن معاوية بن أبي سفيان، قال له: «أما علمت أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان إذا اختصم إليه الخصمان، فاتعدا الموعد، فجاء أحدهما ولم يأت الآخر قضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للذي جاء على الذي لم يجيء»، فقال أبو موسى: «إنما كان ذلك في الدابة والشاة والبعير، والذي نحن في أمر الناس»^(٢).

ونوقش: بأن الحديث ضعيف لا يثبت^(٣).

الترجيح:

الذي يترجح في المسألة هو قول الجمهور بجواز القضاء على الغائب، لأن الشرع لم يخص الحكم في القضاء بأن يكون بين الحاضرين فقط، إنما علق الحكم على ما يتحقق به القسط والعدل باستيفاء الدعاوى من الخصمين وجمع البيئات وما يحتاج إليه القاضي للحكم في القضية، فضلاً أن القول بإطلاق المنع من القضاء على الغائب يفضي إلى مماطلة الخصوم بالامتناع عن مجالس القضاء، ومن ثم ضياع الحقوق، والواجب على القاضي أن يسلك

(١) عامة المحققين على أن تبويب صحيح مسلم ليس من صنعه، إنما من صنع الشراح وعلى رأسهم النووي رَحْمَهُ اللهُ. انظر: شرح النووي على مسلم (١/٢١).

(٢) رواه الطبراني في (الأوسط)، حديث (٧٥٤١).

(٣) في اسناده خالد بن نافع الأشعري، ضعفه أبو زرعة وغيره. انظر: مجمع الزوائد للهيثمي (٢/٣٨٧).

كل سبيل يعجل به استيفاء الحقوق لأصحابها، يقول الجويني رَحِمَهُ اللهُ: «فأما التفصيل في القضاء على الغائب عن مجلس القضاء مع الحضور في البلدة، فقد قال الأصحاب إن غيَّب وجهه وتواري، أو تعزز وامتنع، وعسُر إحضاره، نفذ القضاء عليه حَسَبَ نفوذه على الغائب، وهذا يجب أن يكون متفقاً عليه، فأماً إذا لم يتعذر إحضاره، فهل يجوز سماع الدعوى عليه قبل حضوره، ثم سماع البينة؟ فعلى وجهين مشهورين...»^(١).

الخلاصة: أن القاضي يجب عليه السعي لإحضار الخصمين لمجلس القضاء، فإن امتنع أحدهما مماثلة أو استخفاً بمجلس القضاء، فالصحيح أن القاضي له أن يحكم على الغائب بمقتضى ما انتهى إليه من بينات وأدلة للحكم، والله أعلم.

نخلص في مسألة البحث إلى أن تعمُّد صاحب العمل التخلف عن جلسات التحقيق بلا عذر يعد مماثلة منه في أداء الحقوق، يجعله مستحقاً للتعزير، والله أعلم.

المطلب الثالث: مبدأ التدرج في العقوبة:

مبدأ التدرج في العقوبة مبدأ قانوني وعرّف مستقر، وله شواهد الشرعية الكثيرة فتغليظ العقوبة في العود لجرائم القتل والزنا والقدف والسرقة وغير ذلك مستقر شرعاً.

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (١٨/٥٢٧).

قال الجويني رَحِمَهُ اللهُ: «لا ضبط للتقدير في التعزير؛ فإن التقدير يختلف باختلاف أحوال الناس في عرامتهم»^(١) وشراستهم، فرب صاحبِ عِبْرَةٍ^(٢) يكفيه تبيكيتٌ، ورب عَرَمٍ خبيث، لا يردعه إلا الكثير من التعزير، ثم الحد مردُّ لا اعتبار التعزيزات؛ فإنها توقيفات الشرع، فإن قال قائل: إذا كان المقصود من التعزير التأديب والردع، فمن وصفتموه لا يرتدع؟ قلنا: إن لم يرتدع، فسيعود، وإن عاد، عُدنا، والإمام أقدر على معاقبته، ويده على الرقاب، وهو تحت ضبط الإمام»^(٣).

فكلام إمام الحرمين يدل على اختيار العقوبة المناسبة مع كل ذنب، ولازم ذلك أنه لا تشرع الزيادة عليها مع عدم الحاجة، فإن احتيج للزيادة لسبب شرعي كالعود وتكرر الذنب والجريمة، سُرع التدرج بالزيادة بالقدر الذي ينزجر به من تلبس بالمخالفة وأقام عليها.

من أمثلة ذلك: عند الحنفية: «لو اعتاد سرقة أبواب المسجد يجب أن يعزر ويبالغ فيه ويجبس حتى يتوب»^(٤)، وعند الحنابلة: «فمن تكرر

(١) عرامتهم: أي عنفهم وشدتهم، وشراستهم.

(٢) عِبْرَةٌ: أي: دمعة. والمعنى رقيق القلب سريع الفيئة.

(٣) نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (١٣/١٨٦).

(٤) حاشية ابن عابدين ٩٣/٤.

منه جنس الفساد ولم يرتدع بالحدود المقدرة، بل استمر على الفساد؛ فهو كالصائل الذي لا يندفع إلا بالقتل؛ فيقتل»^{(١)(٢)}.

وسيراً على هذا النسق درج المشرع فبدأ بعقوبة الوقف المؤقت لمدة ثلاثة أشهر عند مقارفة أحد المخالفات المذكورة أعلاه، ثم تغليظ العقوبة بالتكرار أو وصلها في بعض المخالفات للإيقاف لستة أشهر لتصل لإلغاء الترخيص لتحقيق عدم أهلية صاحب الترخيص لمزاولة العمل، وهذا ما أكدته اللائحة التنفيذية للقانون في مادتها الحادية عشرة.

من العقوبات التي توقع على مكاتب الاستقدام عقوبة الابتزاز والكسب غير المشروع إذا ثبت تقاضي المكتب مبالغ مالية من العامل، حيث نصت المادة (٤) من القانون على أنه: «يحظر على المرخص له أو العاملين لديه أو المتعاونين معه داخل وخارج الكويت تقاضي أي مبالغ من العامل المنزلي ومن في حكمه مقابل تشغيله لدى صاحب العمل أو استبقائه لديه بطريق مباشر أو غير مباشر، وفي حال ثبوت القيام بذلك وفي أي مرحلة من مراحل الاستخدام، يعاقب المرخص له وفقاً لما هو منصوص عليه في قانون الجزاء عن جريمتي الابتزاز والكسب غير المشروع، ولا يجوز له استخدام مكتب الاستقدام كسكن للعمالة».

(١) مطالب أولي النهى للرحيبي ٢٢٣/٦.

(٢) انظر لتفصيل أمثلة تغليظ العقوبة على تكرار الجريمة في الشرع: «التغليظ في الفقه الإسلامي» بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، أمل بنت عبد العزيز النفيسة، جامعة الإمام محمد بن سعود (١٤٣١هـ) ص ٦٩٨ وما بعدها.

وهذا تحوط من المشرع لكل ما يمكن أن يؤدي إلى ابتزاز العامل مادياً واستغلال حاجته أو ضعفه فضلاً عن أن يفتح باب الاتجار بالبشر.



المبحث الثاني

التعزير بالعقوبة المالية حال التأخر عن دفع الأجرة أو الالتزامات المالية المستحقة للعامل

التزم المشرع صيانة حقوق العامل، وإلزام صاحب العمل بالقيام بكامل واجباته قبيل العامل، ومنها دفع كل مستحقاته فور استحقاقها شهرياً وجعل تبعة التوثيق من مهامه باعتباره الجانب الأقوى، هذا ما أكدته المادة (٧) من القانون، ووضحت اللائحة التنفيذية للقانون في بابها السادس التزامات صاحب العمل لصيانة حقوق العامل.

ثم نص المشرع في الفصل الثاني من القانون على الجزاءات التي توقع على صاحب العمل عند تخلفه عن القيام بأي من الالتزامات الآتية، وفرضت عليه غرامة تأخير عند تحقق تأخره عن الوفاء في الموعد المحدد؛ فنصت المادة (٢٧) من القانون على أنه: «إذا تأخر صاحب العمل عن الوفاء بالأجر في المواعيد المتفق عليها استحق العامل المنزلي مبلغ عشرة دنانير كويتية عن كل شهر تأخير له عن عدم قبض الأجر في مواعده».

وأوضحت اللائحة التنفيذية للقانون في بابها الثامن جزاءات صاحب العمل، فنصت المادة (٣٢) من اللائحة على أنه: «إذا تأخر صاحب العمل عن سداد الأجر للعامل المنزلي عن اليوم السابع لتاريخ الاستحقاق، استحق العامل المنزلي مبلغ عشرة دنانير كويتية عن كل شهر بالإضافة للأجر المستحق».

المطلب الأول: عقوبة التأخير في دفع الأجر رؤية شرعية:

حق العامل في استيفاء أجرته - كأجير خاص - من الأمور التي جاءت بها الشريعة وحضت عليها، وجعلتها من جملة الأمانات التي يجب أداؤها لأهلها، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ۝٥٨﴾ [النساء: ٥٨]، بوب النووي في كتابه رياض الصالحين: «باب تحريم مطل الغني بحق طلبه صاحبه» ذكر تحتها الآية ثم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع»^(١).

قال العثيمين رَحِمَهُ اللَّهُ فِي تعليقه على الباب: «ومن ذلك ما يفعله الكفلاء لمكفوليههم، فإنهم - والعياذ بالله - يماطلونهم ويؤذونهم ولا يؤتونهم حقهم، تجد هذا الفقير المسكين الذي ترك أهله وبلده لينال لقمة العيش، يبقى أربعة أشهر، خمسة أشهر وأكثر، والكفيل يماطل به - والعياذ بالله - ويهدده بأنه إن تكلم أعاده إلى بلاده» إلى آخر كلامه رَحِمَهُ اللَّهُ^(٢).

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الحوالات، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة؟، حديث (٢٢٨٧)، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني، وصحة الحوالة، واستحباب قبولها إذا أحيل على مليء، حديث (١٥٦٤).
(٢) شرح رياض الصالحين لمحمد بن صالح العثيمين (٦/٣٠٢).

وقد صح في الوعيد على أكل أموال الأجراء قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: رَجُلٌ أُعْطِيَ بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوَفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ»^(١).

فجعلت الشريعة هضم حق العامل مخالفة ومعصية لرب الأرض والسموات، وجعلت من يفعل ذلك خصيماً لربه يوم القيامة^(٢).

المطلب الثاني: مماثلة المؤجر في دفع أجرة العامل:

من المقرر أن العامل بمجرد إتمام عمله يصير مستحقاً للأجر المتفق عليه، ويثبت ذلك ديناً في ذمة صاحب العمل، توقعه الماطلة في أدائه في الوعيد الثابت عنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لِيَّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ»^(٣).

«لِيَّ الْوَاجِدِ» أي مطله، والواجد: القادر على الأداء، «يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ» أي الذي يجد ما يؤدي يحل عرضه للدائن بأن يقول: ظلمني، وعقوبته بالحبس والتعزير^(٤).

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إثم من باع حراً، حديث (٢٢٢٧).
(٢) انظر: حقوق الخدم، د. أحمد حمود جزار، من منشورات الجمعية الكويتية للمقومات الأساسية لحقوق الإنسان، ص: ٢.

(٣) رواه النسائي في «السنن الكبرى»، كتاب البيوع، مطل الغني، حديث (٦٢٤٢)، ابن ماجه في سننه، كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة، حديث (٢٤٢٧)، حسنه الأرنؤوط في تحقيقه سنن ابن ماجه.

(٤) انظر: شرح النووي على مسلم (١٠/٢٢٧).

والإجماع منعقد على أصل مشروعية معاقبة المدين المماطل، قال ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ: «وأما عقوبة من عرف أن الحق عنده، وقد جحده، فمتفق عليها بين العلماء، لا نزاع بينهم أن من وجب عليه حق من عين أو دين - وهو قادر على أدائه - وامتنع منه، أنه يعاقب حتى يؤديه، ونصوا على عقوبته بالضرب، ذكر ذلك الفقهاء من الطوائف الأربعة» ا.هـ^(١).

وتفسير العقوبة في الحديث بالحبس قول جمهور السلف^(٢)، قال الجصاص: «عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «مطل الغني ظلم، وإذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل» فجعل مطل الغني ظلمًا، والظالم لا محالة مستحق العقوبة وهي الحبس، لاتفاقهم على أنه لم يرد غيره» ا.هـ^(٣).

واشترط زيادة العوض المستحق حال التأخير هو عين ربا الجاهلية المجمع على تحريمه (أخرني وأزيدك)، ومن أجاز تعزير المدين المماطل بالمال - وهو قول ندره من المالكية لا ينسب إلا لأبي عبد الله بن نافع ومحمد بن إبراهيم بن دينار من فقهاء المالكية^(٤) - يرون لزوم أن يصرف مال التعزير في وجوه الخير، ولا يجوزون انتفاع الدائن منه بشيء سوى رجوعه عليه بمقدار ما أنفق لإقامة الدعوى وما شابه ذلك.

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم (١/ ٢٧٨).

(٢) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٦/ ٢٥٢).

(٣) أحكام القرآن للجصاص (١/ ٥٧٥).

(٤) انظر: تحرير الكلام في مسائل الأحكام للحطاب الرعيني ص ١٧٢-١٧٦، سيأتي تحقيق نسبة القول لأبي عبد الله بن نافع ومحمد بن إبراهيم بن دينار من فقهاء المالكية قريباً.

وفيماء يلي ذكر أقوال أهل العلم في اشتراط غرامة التأخير على المدين المماطل، ومناقشتها وبيان ما يسوغ وما لا يسوغ من الخلاف فيها:

حكم شرط غرامة التأخير على المدين المماطل:

القول الأول: أن اشتراط غرامة التأخير على المدين المماطل محرم مطلقاً سواء للدائن أو في وجوه البر:

يرى أصحاب هذا القول أن هذا الشرط في العقد هو عين ربا الجاهلية المنصوص في الآية ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠]، قال الحافظ ابن حجر: «وروى مالك عن زيد بن أسلم في تفسير الآية قال: كان الربا في الجاهلية أن يكون للرجل على الرجل حق إلى أجل، فإذا حل قال: أتقضي أم تربي؟ فإن قضاه أخذ وإلا زاده في حقه وزاده الآخر في الأجل. وروى الطبري من طريق عطاء ومن طريق مجاهد نحوه ومن طريق قتادة: إن ربا أهل الجاهلية يبيع الرجل البيع إلى أجل مسمى فإذا حل الأجل ولم يكن عند صاحبه قضاء زاد وأخر عنه^(١)»
هـ. (٢).

ويستدل أصحاب هذا القول بما تقدم من الإجماعات المنقولة، وكذلك بقول ابن عبد البر: «وأجمع العلماء من السلف والخلف أن الربا الذي نزل

(١) رواه الطبري في تفسيره (٦/٨)، برقم (٦٢٣٧).

(٢) فتح الباري لابن حجر (٤/٣١٣).

القرآن بتحريمه هو أن يأخذ صاحب الدين لتأخير دينه بعد حلوله عوضاً عينا أو عرضاً، وهو معنى قول العرب: إما أن تقضي وما أن تربى»^(١).

وقد نص قرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي على: «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، ولا يجلب سواءً أكان الشارط هو المصرف أو غيره، لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه»^(٢).

يناقش هذا القول: بأن الأخذ به يفضي إلى تمادي الماطلين وضياع الحقوق، لكن يجب على ذلك أن ثمة طرقاً أخرى شرعية يعالج بها المماطلة في الديون، مثل اشتراط حلول الأقساط، وهو قول الحنفية، قال الزيلعي: «ولو قال كلما دخل نجم ولم تؤد فالمال حال صح والمال يصير حالاً»^(٣)، والأصل في الشروط الحل، وليس في هذا الشرط ما يخالف الشرع.

القول الثاني: جواز اشتراط غرامة التأخير على المدين المماطل على أن تصرف في وجوه البر، ويجرم ما سوى ذلك.

(١) الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٢/٦٣٣).

(٢) قرارات مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، الدورة الحادية عشرة، القرار الثامن ص ٢٦٦.

(٣) تبين الحقائق للزيلعي (٤/١٣٢).

هذا أخذت المعايير الشرعية، حيث نصت ابتداءً على حرمة الشرط الجزائي على المدين المماطل، ثم بعد ذلك جوزت معالجة تأخر السداد باشتراك غرامة تنفق في وجوه البر، قد جاء في المعايير الشرعية (معيار المدين المماطل):

« ١ / ١ / ٢ تحرم مماطلة المدين القادر على وفاء الدين.

٢ / ١ / ٢ لا يجوز اشتراط التعويض المالي نقدًا أو عينًا، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي، على المدين إذا تأخر عن سداد الدين، سواء نص على مقدار التعويض أم لم ينص، وسواء كان التعويض عن الكسب الفائت (الفرصة الضائعة) أم عن تغير قيمة العملة.

٣ / ١ / ٢ لا تجوز المطالبة القضائية للمدين المماطل بالتعويض المالي نقدًا أو عينًا عن تأخير الدين.

٤ / ١ / ٢ يتحمل المدين المماطل مصروفات الدعوى كما يتحمل المصروفات التي غرمها الدائن من أجل تحصيل دينه»^(١).

ثم نص معيار المراجعة في معالجة مديونيتها أن ما يحصل من المدين المماطل حال تأخيره لا تنتفع به المؤسسة، ومما جاء فيه:

«يجوز أن يُنص في عقد المراجعة على التزام العميل المشتري بدفع مبلغ أو نسبة من الدين على أساس الالتزام بالتصدق به في حالة تأخره عن سداد

(١) المعايير الشرعية ص ٩٣.

الأقساط في مواعيدها المقررة، على أن تصرف في وجوه الخير بمعرفة هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة ولا تنتفع بها المؤسسة»^(١).

استند أصحاب هذا القول إلى قياس اشتراط هذه الغرامة على أن تنفق في وجوه البر على القول بجواز الإلزام بالتبرع الذي يقول به بعض المالكية، قد ذكرت المعايير الشرعية في مستند أحكام معيار المدين الماطل أنه قول أبي عبد الله بن نافع ومحمد بن إبراهيم بن دينار من فقهاء المالكية^(٢).

يناقش هذا القول: بأن إلزام المدين الماطل بالتبرع هو قول نادرة من المالكية، لا يعلم نسبته إلا لأبي عبد الله بن نافع ومحمد بن إبراهيم بن دينار من فقهاء المالكية^(٣)، أما الأخير فقد صرح الخطاب بنسبة القول إليه، فقال: «وأما إذا التزم أنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان أو صدقة للمساكين فهذا هو محل الخلاف المعقود له هذا الباب، فالمشهور أنه لا يُقضى به كما تقدم. وقال ابن دينار: يُقضى به»^(٤).

أما نسبة القول لابن نافع فليس ثم نقل صريح عنه. إن كان قد نقل عنه الخطاب ما يمكن أن يخرج له قولاً نحو قول ابن دينار^(٥)، فالقول أقرب

(١) المعايير الشرعية، معيار المرابحة ص ٢١٦.

(٢) المعايير الشرعية ص ١٠٤.

(٣) تحرير الكلام في مسائل الأحكام للخطاب الرعيني ص ١٧٢.

(٤) تحرير الكلام في مسائل الأحكام للخطاب الرعيني ص ١٧٦.

(٥) قال الخطاب رَحِمَهُ اللهُ: «ومثل مسألة ابن نافع التي ذكرها ابن رشد ما يكتب الآن في مستندات البيع أن البائع التزم للمشتري متى قام وادعى في الشيء المبيع أو خاصمه فيه كان عليه للمشتري، أو عليه للفقراء كذا وكذا فلا يحكم عليه بذلك على المشهور،

لشذوذ، وشراح الحديث تواطؤوا على تفسير العقوبة بالحبس أو الضرب معرضين عن ذكر الإلزام بالتبرع.

القول الثالث: جواز اشتراط غرامة التأخير على المدين المماطل كتعويض لحظ الدائن.

وهذا قول الدكتور الصديق الضيرير^(١) والشيخ الزرقا رَحِمَهُ اللهُ^(٢) والشيخ عبد الله بن منيع^(٣)، وبه أخذت ندوة البركة^(٤)، ولعل المشرع استند إليه، حيث أصدرت ندوة البركة الثالثة للاقتصاد الإسلامي فتوى أجازت فيها إلزام المدين المماطل القادر على الوفاء بتعويض الدائن عن ضرره، وهذا نصها:

«يجوز شرعاً إلزام المدين المماطل في الأداء وهو قادر على الوفاء بالتعويض للدائن عن الضرر الناشئ من تأخر المدين في الوفاء إلا أن يكون عن عذر مشروع، لأن التأخر في أداء الدين بدون عذر ظلم، كما قال

ويحكم بذلك على قول ابن نافع فتأمله» ١.هـ. تحرير الكلام في مسائل الأحكام للحطاب الرعيني ص ١٧٢.

(١) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة لديبان بن محمد الديبان (٥/٥١٠)، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، عدد (١)، المجلد (٣) ص ١١٢.

(٢) هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن - الزرقاء، بحث منشور في مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، الصادرة عن مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، بجامعة الملك عبد العزيز بجدة، العدد الثاني، المجلد الثاني، ص: ٩٧.

(٣) بحث في أن مطل الغني ظلم - للشيخ عبد الله بن منيع، ص: ٨ وما بعدها.

(٤) حكم الدخول في عقود البيع والاجارة التي تفرض فيها غرامة التأخير د. يوسف أحمد الحداد، مجلة صالح كامل (العدد ٦٩)، ص ٤٣.

الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مطل الغني ظلم»، فيكون حاله كحالة الغصب التي قرر الفقهاء فيها تضمين الغاصب منافع الأعيان المغصوبة علاوة على رد الأصل». انتهى^(١).

عمدة أدلة من جوز إلزام المدين المماطل بالتعويض للدائن هو القياس على ضمان منافع المغصوب لا سيما الدراهم المغصوبة، وضمان منافع الأخيرة منقول عن بعض السلف من المالكية^(٢).

قال المازري المالكي: «ومما يحدثه الغاصب التَّجْرُ بدنانير غصبها... يجب أن يضمن لصاحب الدنانير مقدار ما كان يربح فيها صاحبها لو تجر فيها يقوم أقل ما يُظن به أنه لو تجر بها لاستفاده، على طريقة عبد الملك بن الماجشون فيمن غصب دارًا فأغلقها، فلم يسكنها ولا أكرها، فإنه يطالب بمقدار كرائها، مع كونه لم ينتفع منها بشيء» انتهى^(٣).

يناقش هذا القول - إباحة إلزام المدين المماطل بتعويض يدفعه للدائن قياسًا على ضمان منافع المغصوب - من وجوه:

(١) فتاوى ندوات البركة، جمع وتنسيق وفهرست عبد الستار أبو غدة وعز الدين خوجه، الطبعة الخامسة بجدة، ١٤١٧هـ. ١٩٩٧م، ص ٥٥. وشارك في هذه الندوة ثمانية من العلماء ووافق أربعة منهم على هذا الرأي. ومنهم مصطفى أحمد الزرقاء، وعرض الأخير بحثًا في هذا الموضوع للندوة وجرى النقاش حوله، والموافقون على رأيه: ذكرى البري ومحمد الطيب النجار وحسن عبد الله الأمين، ووافق الصديق محمد الأمين الضيرير ببيان خاص فأصبح الموافقون خمسة. والذين لم يوافقوا على ما رأته الأغلبية هم: عبد العزيز بايندر، وعبد الستار أبو غدة وعبد الوهاب أبو سليمان.

(٢) التبصرة لعلي بن محمد الربيعي اللخمي (١٢/٥٧٩٨).

(٣) شرح التلقين للمازري المالكي (٣/٩٦).

الأول: أنه قول مصادم للإجماع والنصوص الصريحة المتقدمة، فما يوجد قائل من شراح الحديث بأن «عقوبته» يدخل فيها إلزام المماطل بتعويض مادي يدفعه للدائن، وعامة أقوال الشراح - كما تقدم - تدور بين الحبس والضرب.

الثاني: أننا لا نسلم بصحة القياس المذكور؛ فقياس تعويض المدين المماطل للدائن على تضمين الغاصب منافع الأعيان المغصوبة قياس مع الفارق؛ لأن هذا دين وتلك عين ولا مشابهة بينهما، فالأعيان يجوز الاعتياض عن منافعها ويسمى إجارة وذلك بالإجماع، وأما منافع الديون فتسمى رباً بالإجماع أيضاً، فلا يجوز الاعتياض عنها.

والأصل الذي قيس عليه ليس محل اتفاق؛ فلا يجوز الاعتياض عن المنافع المغصوبة عند الحنفية^(١)، والمالكية عندهم لا تضمن حال الترك إنما بالاستعمال فقط^(٢)، وأما الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) فالمقرر عندهم أن منافع الأعيان المغصوبة مضمونة ما بقيت العين قائمة، فإذا تلفت العين انقلبت ديناً، والدين لا يستأجر، فلذلك لا تجيز الشافعية والحنابلة الاعتياض عن الأعيان المغصوبة بعد الإلتلاف أو التلف، لأن أجر الدين ربا محرم.

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي (٩٠/٣).

(٢) الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب (٦٥٥/٢).

(٣) كفاية الأختار في حل غاية الاختصار لتقي الدين الحصني الشافعي ص ٢٨٣.

(٤) كشف القناع للبهوتي (٢٢٩/٩).

ومعلوم أن النقود الحالية لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها، بخلاف النقود القديمة كالدينار كان يمكن أن ينتفع بها في الزينة^(١)، بهذا تصير حقيقة إجارة النقود المعاصرة قرصاً ربوياً منفعته هي الأجرة، ومن ثم لا تؤجر اتفاقاً^(٢)؛ العبرة بالحقائق لا بالألفاظ.

فالأعيان المغصوبة بعد الإتلاف أو التلف تصير ديناً وينتهي الانتفاع بها، والدين ليس محلاً للإجارة، لأن أجر الدين يصير رباً محرماً، فلم يبق مستند للفتوى الصادرة عن ندوة البركة في إلزام المدين المماطل بالتعويض قياساً على قول الحنبلية والشافعية في تضمين منافع الأعيان المغصوبة^(٣).

- (١) يرى الحنابلة جواز إجارة النقود لغرض صحيح، كالتحلي والوزن؛ لأنه نفع مباح يمكن استيفاؤه مع بقاء العين، ويرى الشافعية أن النقود لا تصح إجاتها للضرب على صورتها، أو للتزوين بها أو الوزن بها؛ لأنها منافع غير مقصودة غالباً بدليل عدم ضمان خاصيتها أجرتها، وهذا على الأصح عندهم. أما إذا لم يصرح بالتزوين ونحوه فلا تصح إجاتها جزماً، وقال الحنفية: لو استأجر درهما ليزين بها جاز إن وقت وبين الأجرة. انظر: غمز عيون البصائر ٣ / ١٢٣ ط دار الكتب العلمية، وشرح المنهاج مع حاشية القليوبي ٣ / ٦٩، ١٨، ونهاية المحتاج ٥ / ٢٧٠، وشرح منتهى الإرادات ٢ / ٣٥٨.
- (٢) قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن المسلف إذا شرط عُشر السلف هدية أو زيادة، فأسلفه على ذلك، أن أخذه الزيادة ربا» الإجماع، ص: ١٠٩.
- (٣) انظر: مناقشة فتوى ندوة البركة الثالثة للدكتور عبد العزيز بايندر، حيث كان أحد أعضائها المعارضين في مقالته «عقوبة المدين المماطل في أداء الدين»، هي جزء من كتابه «التجارة والربا» عبر الرابط:

<https://www.hablullah.com/?p=1159>

(تم الاطلاع بتاريخ ٢١ / ٠٧ / ٢٠٢٤ م).

الثالث: القياس على ما نقل عن بعض المالكية في تضمين منافع الدراهم المغصوبة هذا قياس مع الفارق، فقول المازري في تحريج تضمين منافع الدراهم المغصوبة قد بناه على قول ابن ماجشون في ضمان منافع الأعيان المغصوبة، وهذا قياس مع الفارق فالأعيان تصح إجارتها مع بقاء عينها بخلاف النقد لا ينتفع به إلا بإنفاقه، كذلك التحريج على فتوى سحنون في تضمين الشاهدين الذين رجعا عن شهادتهما أيضاً لا يصح؛ لأن هذا خارج موطن النزاع، فموطن النزاع في تضمين الغاصب نفسه أو المدين، فضلاً أن ابن سحنون قيد المسألة إذا كان الدين عيناً أو مكيلاً أو موزوناً، وموطن النزاع إنما هو في دين النقود والدراهم، ففسد التحريج على قول الإمامين، فضلاً عن صريح المدونة بأن الدنانير المغصوبة لا تضمن إلا بمثلها، جاء في المدونة: «من غصب دنانير من رجل، فاشترى بها سلعة لم يكن للمغصوب منه إلا مثل دنانيره» ا.هـ^(١).

الرابع: أن المسألة مما تعم بها البلوى، فلم يزل الناس يتدائنون، ولم تنقطع المماطلة في الديون، بالرغم من ذلك ما نقل عن أحد من السلف - ممن يعتد بقولهم - صريح قياس لتضمين الغارم على تضمين الغاصب لمنافع المغصوب، بل لم يزل الأئمة يتناقلون الإجماع جيلاً بعد جيل على أن الزيادة في الدين مقابل الأجل عين الربا، بل هو ربا الجاهلية الذي نص القرآن على تحريمه، قال الدكتور نزيه حماد: «فبهذا يتضح أن حق الانتفاع إذا فوته المدين المماطل على الدائن، فإنه لا تصح مقابله بضمن مالي، في قول أحد

(١) المدونة للإمام مالك (٣/٦١٩).

من الفقهاء، بل إن نصوصهم صريحة في منعه، كما يتضح أن قياس الانتفاع والارتفاع بالنقود المستحق للدائن في حالة مطل المدين على المنفعة المملوكة ملكاً تاماً للمغضوب، والمتقومة شرعاً بهمال والمقدرة بأجرة المثل، قياس مع الفارق»^(١)هـ.

الخامس: وهو من باب الإلزام، وذلك أن قرارات ندوات البركة الأولى كانت أكثر انضباطاً، كانت تمنع من دخول غرامات التأخير في أرباح المصرف وتلزم بتجنيبها وإنفاقها في وجوه البر، وخير ما يرد إليه قرارها السابق، فقد جاء في قرارات الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة دلة البركة (١/٩٦) ما نصه: «لا يجوز تقييد غرامات التأخير ضمن أرباح الفترة لأنها ليست ربحاً للمصرف، وإنما هي موجودات يجب تجنيبها وصرفها في وجوه الخير»^(٢)، وجاء في قرارات الهيئة (٩٦/٤) ما نصه: «التعويض عن طريق الحكم على المتخلف عن السداد لا يجوز شرعاً إلا إذا كان هناك التزام مسبق من العميل بدفع زيادة تصرف في وجوه الخير وفي حال المماطلة، وحينئذ تؤخذ هذه الزيادة وتصرف في وجوه البر دون أن تدخل في موارد البنك، ولا ينطبق هذا على المصاريف الفعلية التي تكبدها البنك في الحصول على الديون فإنه يجوز له المطالبة بها»^(٣).

(١) دراسات في أصول المدائيات، الدكتور نزيه حماد ص ٢٨٩.

(٢) فتاوى الهيئة الشرعية للبركة، د عبد الستار أبو غدة، د عز الدين الخوجة، مكتبة طريق العلم ص ١٨٤.

(٣) المرجع السابق، ص ١٩٦.

هذا القرار الأخير على ما أخذت به كثير من الهيئات الشرعية في المصارف من تجويز الإلزام بالتبرع على ما ينقل عن بعض المالكية على النحو السابق مناقشته.

الترجيح:

بحسب ما تقدم من مناقشة يظهر بوضوح أن القول الثالث بجواز غرامة التأخير على أن تدفع للدائن - لا في وجوه البر - بشرط أن يكون المدين مماطلاً قادراً على الوفاء هو قول شاذ مصادم للإجماع، وهذا يؤكد قول الخطاب: «وأما إذا التزم المدعي عليه للمدعي أنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا فله عليه كذا وكذا فهذا لا يختلف في بطلانه لأنه صريح الربا وسواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره وسواء كان شيئاً معيناً أو منفعة»^(١).

أما القول الثاني - كما تقدم - إلزام المدين المماطل بالتبرع قول نادرة من المالكية والحاجة إليه يمكن دفعها بالسبل الأخرى الأكثر انضباطاً في معالجة تأخر سداد المدين المماطل كنحو اشتراط حلول الأقساط.

وفي النهاية يترجح أن القول الأول بالمنع مطلقاً من اشتراط غرامة التأخير على المدين المماطل هو الصواب؛ لأن صورة الإجماع تتحقق فيه، وليس ثمة حاجة متعينة للقول بالإباحة مع وجود السبل الأخرى في معالجة تأخر سداد المدين المماطل، والله أعلم.

(١) تحرير الكلام في مسائل الأحكام للخطاب الرعيني ص ١٧٦.

من ثم يحرم الدخول في عقد بيع أو إجارة يتضمن هذا الشرط، جاء في قرار مؤتمر شورى الفقهي الثامن بالكويت، ما نصه: «حكم الدخول بعقود البيع أو الإجارة التي تفرض فيها غرامة تأخير ولا يقبل الطرف المشروط له حذفها:

أولاً: يحرم إجراء أي عقد من عقود المعاوضات التي يكون فيها الثمن أو الأجرة ديناً نقدياً مؤجلاً، إذا اقترن به شرط يلزم المدين بدفع غرامة تأخير (فائدة)^(١) للدائن إذا تأخر في سداد الدين الثابت في ذمته أو أي قسط منه عند حلول أجله، لأن ذلك من الربا الجلي المنصوص على حرمة «تقضي أم تربي؟»^(٢).

(١) تعقب د. محمد الفزيح القرار، يرى أن القرار اصطلاح على تسمية (الفوائد التأخيرية) بـ (غرامات التأخير)، والأدق من الناحية العلمية أن يستخدم مصطلح الفوائد التأخيرية، لأن مصطلح (غرامات التأخير من الناحية القانونية - خاص بالعقود التي تبرم مع الجهات الحكومية فقط، إذ نصت المادة (٦٤) من قانون الجزاء الكويتي على أن الغرامة تعني: «إلزام المحكوم عليه بأن يدفع للدولة المبلغ الذي تقدره المحكمة طبقاً لنص القانون، ولا يجوز أن يقل عن عشرة دنانير»، كما أنها غالباً ما تكون في مناقصات التوريد والمقاوله في حال تأخير تسليم السلع أو الأعمال عن موعدها المحدد. مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بالكويت عدد (١٢٣) مارس لسنة ٢٠٢٠م، ص ٤٠٦.

(٢) مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بالكويت عدد (١٢٠) مارس لسنة ٢٠٢٠م، ص ٣٦١.

المطلب الثالث: أثر اشتراط غرامة التأخير على صحة العقد:

تقرر أن اشتراط غرامة التأخير لصالح الأجير أو العامل يعد شرطاً ربوياً متفقاً على تحريمه، أما من حيث الحكم الوضعي للعقد، فاختلف في صحته على أقوال:

القول الأول: أن العقد الذي يتضمن هذا الشرط يكون فاسداً من وجهين:

الأول: أنه يتضمن الإقرار بالربا المجمع على حرمة.

الثاني: أن وجود غرامة التأخير عند التأخر عن السداد يعود على الأجرة بالجهالة، إذ صارت الأجرة لها عدد من المقادير بقدر احتمالات التأخير، وهذه الجهالة في العوض مفسدة للعقد.

قال الخطاب المالكي: «وأما إذا التزم المدعي عليه للمدعي أنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا فله عليه كذا وكذا فهذا لا يختلف في بطلانه لأنه صريح الربا وسواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره وسواء كان شيئاً معيناً أو منفعة»^(١).

ومثل هذا الشرط يفضي بالأجرة للجهالة المفسدة للعقد، قال الموفق رَحِمَهُ اللهُ: «ويشترط لصحة المبيع معرفة الثمن، لأنه أحد العوضين، فيشترط العلم به... وإن باعه بعشرة نقداً أو بخمس عشرة نسيئة، أو بعشرة

(١) تحرير الكلام في مسائل الأحكام للخطاب الرعيني ص ١٧٦.

صحاحًا، أو بعشرين مكسرة لم يصح، لأن «النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ»^(١).

فوجود هذا الشرط يجعل العقد ربويًا من الأصل، يفضي بالأجرة للجهالة لعدم معرفة الغيب وهل سيدفع صاحب العمل الأجرة في أجلها أم سيؤخرها، مثله يجب فسخه على قول الجمهور (المالكية والشافعية وقول عند الحنابلة)^(٢)، بهذا القول أخذ مجمع الفقه الإسلامي والمعايير الشرعية في إبطال بطاقات الائتمان المتضمنة لشرط غرامة التأخير وإن كان العميل عازمًا على السداد^(٣).

يقول الشيخ عبد الله بن منيع: «الذي يظهر لي أن الشرط الجزائي بالنسبة لسداد الديون، هو أخذ بالمنهج الجاهلي: (أترى أم تقضي؟) بل قد يكون أشد من ذلك؛ لأن المنهج الجاهلي يبدأ عند حلول أجل السداد، وهذا يقر عند التعاقد، فهو إقرار بالربا الجاهلي عند التعاقد»^(٤).

(١) الكافي لابن قدامة (١١/٢).

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٣١/٢)، مغني المحتاج للشربيني (٣٩٦/٢)، بداية المجتهد (٢٢٨/٣).

(٣) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي قرار ١٠٨ (١٢/٢) ص ٣٤٣، مجلة مجمع الفقه (١٥٠٩/١٢)، المعايير الشرعية ص ٢٦٦.

(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦٦١/١٢).

ويبطلان الشرط والعقد معاً أخذ جماعة من أهل العلم المعاصرين كالشيخ البراك حفظه الله^(١)، كذلك مجلس الإفتاء الأردني حيث جاء في قراره بشأن الشرط الجزائي في الديون: «بأن هذا الشرط أنه فاسد مفسد للعقد؛ لأنه من ربا الجاهلية الذي جاء تحريمه في القرآن، قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]»^(٢).

قد يناقش هذا القول بأن الأجرة معلومة، فالعقد صحيح، فالجهالة المزعومة عارضة، ويمكن اجتناب حصول الجهالة والوقوع في الربا بالالتزام بالسداد في الأجل المحدد، كذلك القول بالفساد يوقع في حرج شديد؛ إذ كثير من العقود المعاصرة لا تخلو من هذا الشرط.

(١) سئل الشيخ حفظه الله: هل اقتران الشرط الربوي في العقد يبطل العقد من أصله، أم يبطل الشرط وحده، مثاله: رجل باع سلعة على آخر على أقساط وقال: «إن لم تُسدد في الوقت المحدد فإن عليك غرامة قدرها ألف ريال»، فهل يبطل العقد أم الشرط وحده؟ فأجاب: العقد الذي يجري في هذا الشرط: مُحَرَّمٌ، لا يجوز إبرام هذا العقد، عقد ربوي، فالذي يظهر أنه يبطل العقد أصلاً؛ لما اقترن به من الشرط المحرم، عقود الربا هي جارية كذا بشرط الفائدة. انتهى من موقع الشيخ. عبر الرابط:

<https://sh-albarrak.com/fatwas/17331>

(تم الاطلاع بتاريخ ٢٢/٠٧/٢٠٢٤م).

(٢) قرار رقم: (١٢٤) (١١/ ٢٠٠٨) الشرط الجزائي في الديون بتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٤٢٩هـ، الموافق ٢٧/ ١١/ ٢٠٠٨م، طالع نص القرار عبر موقع دار الإفتاء عبر الرابط:

<https://www.aliftaa.jo/decision/126> قرار - رقم 124-112008-الشرط-الجزائي-في-

الديون

(تم الاطلاع بتاريخ ٢٢/٠٧/٢٠٢٤م).

فيجاب عن ذلك أن وجود الشرط من لحظة ابتداء العقد يجعل الجهالة ملازمة من لحظة التعاقد، فصار تحديد الأجرة معلقاً على مدى التزام المدين بالسداد في الأجل المحدد ومدى تأخره، وكذلك حرمة الربا لا تتعلق فقط بأخذ الزيادة بل الحرمة تنشأ ابتداءً بقبول هذا الشرط المحرم والإقرار به، والخرج يمكن رفعه بمعالجة التأخر في سداد الديون بالسبل الشرعية الأخرى، كتعجيل الأقساط أو اشتراط الرهن أو غيره من عقود التوثقات.

القول الثاني: أن العقد صحيح، يجوز الدخول فيه طالما التزم المدين السداد في الأجل المحدد:

وهذا اختيار د. محمد علي القري^(١)، وصحح ذلك البنك الإسلامي للتنمية حال الضرورة مع الالتزام بسداد الأقساط في وقتها^(٢).

(١) بحث «حكم الدخول بعقود البيع أو الإجارة التي تفرض فيها غرامة تأخير ولا يقبل الطرف المشروط له حذفها»، للدكتور محمد علي القري، بحث مقدم لمؤتمر شوري الثامن ص ١١١.

الشيخ حفظه الله بعدما ذكر القول بجواز إلزام المدين المماطل بتعويض الدائن عقب بقوله: «هذه الأقوال تدل على أن القول باستحقاق الدائن للتعويض عما فاته من ربح - لا سيما إذا كان مؤسسة مالية غرضها الربح - هذا القول له حظ من النظر» المرجع السابق ص ١١٠، فالشيخ حفظه الله إن لم يرجح هذا القول فلا أقل من أنه يسوغ الخلاف في المسألة.

(٢) جاء في قرار الهيئة الشرعية في البنك الإسلامي للتنمية رقم (٧/٨ ش / د: ١٤٣٦): «قررت اللجنة ما يلي: لا مانع شرعاً حال الضرورة أن يوقع البنك عقوداً فيها بنود تقتضي بدفع فوائد على التأخير شريطة أن يتخذ البنك الاحتياطات لعدم وقوعه تحت طائلة الفوائد».

من عمدة ما يستدل به أصحاب هذا القول أن: «الشرط الذي عُلق على أمر في المستقبل لا يعتريه الفساد إلا إذا وقع هذا الأمر، أما قبله فالعقد صحيح»^(١).

هذا القول يناقش بأن الجهالة قائمة من بدء العقد، فلا فرق في جهالة الأجرة بين عقد ينص على أن الأجرة إن دفعت في أجل كذا فهي كذا وإن تأجلت فكذا (بالزيادة)، وبين صورة مسألتنا من أن الأجرة كذا مع وجود شرط أنها إذا تأجلت صارت كذا، فهذا الشرط أفضى بالأجرة للجهالة من لحظة التعاقد، ثم اشترط الزيادة من عند التعاقد هذا عين ربا الجاهلية إن لم يكن أشد، فربا الجاهلية كان ينشأ عند حلول الأجل إذا لم يجد المدين وفاء قال: «أخربي وأزيدك»، أما في مسألتنا فينص عليه عند بدء العقد، من ثم ما ذكره أصحاب هذا القول حجة عليهم لا لهم، والله أعلم.

القول الثالث: يتخرج على قول الحنفية في تفريقهم بين العقد الباطل والفاسد أن يكون هذا العقد فاسداً، يجب تصحيحه بإبطال الزيادة الربوية:

العقد الفاسد عند الحنفية ما كان مشروعاً بأصله (مستوفياً لأركانه) غير مشروع بوصفه (به خلل في أحد شروطه)، والباطل ما كان غير مشروع أصلاً ولا وصفاً.

(١) «حكم الدخول بعقود البيع أو الإجارة التي تفرض فيها غرامة تأخير ولا يقبل الطرف المشروط له حذفها»، للدكتور محمد علي القرني، بحث مقدم لمؤتمر شوري الثامن ص ١١١.

يقول السمرقندي الحنفي: «فالفاسد هو ما كان مشروعاً في نفسه، فائت المعنى من وجهه، لملازمة ما ليس بمشروع إياه، بحكم الحال، مع تصور الانفصال في الجملة.

والباطل ما كان فائت المعنى من كل وجهه، مع وجود الصورة: إما لانعدام محل التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل»^(١).

فالحنفية فرقوا بين الباطل والفاسد، والجمهور لم يفرقوا بينهما، فإذا اختلت الأركان أو الشروط، أو كلاهما فإن الإجارة تصبح باطلة أو فاسدة عند الجمهور^(٢).

أسباب الفساد عند الحنفية متعددة، منها وجود الشرط الربوي، قال الكاساني: «زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا؛ لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الربا، والبيع الذي فيه الربا فاسد أو فيه شبهة الربا، وإنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا»^(٣).

مثل هذا العقد الفاسد عند الأحناف منعقد خلافاً للباطل لا ينعقد، لكنه غير لازم، ويجب دفع فساده إما بفسخ العقد أو إزالة سبب الفساد، هذا التفريق بين الباطل والفاسد مكنهم من تصحيح كثير من العقود

(١) ميزان الأصول في نتائج العقول لعلاء الدين السمرقندي (١/٣٩).

(٢) انظر: دراسات المعايير الشرعية (٣/٢٣٤٧).

(٣) بدائع الصنائع للكاساني (٥/١٦٩)، انظر كذلك: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، علاء الدين البخاري الحنفي (١/٢٧٠).

الفاسدة بإزالة أسباب الفساد عنها دون الحاجة للتراد بين المتعاقدين أو إنشاء عقد جديد، هو ما أسماه السنهوري «صناعة فقهية محكمة»، يقول رَحْمَهُ اللهُ: «ولا شك في أن تفريق الحنفية بين أصل العقد ووصفه، والتمييز تبعاً لذلك بين العقد الباطل والعقد الفاسد، صناعة فقهية محكمة قد انفردوا بها»^(١).

قد يناقش هذا القول: بأن الحكم بفساد العقد يجعله كالعدم لا يترتب عليه شيء من آثار العقد، إذ الباطل والفساد سواء عند الجمهور. يجب: بأن الحنفية يفرقون بين الباطل والفساد كما تقدم، فالفساد يمكن تصحيحه بخلاف الباطل.

يناقش أيضًا: بأن الحكم بالفساد يمتد من لحظة التعاقد كما ورد في التكييف الثاني.

يجاب: بأن الفارق أن العقد هنا لم يصحح كما في القول الثاني إنما حكم بفساده مع إمكان التصحيح بإزالة الشرط المحرم.

الخلاصة والترجيح:

القول الأول بالبطلان متجه لقوة أدلته، لكن لا يخفى ما يقع من حرج شديد بالحكم بذلك، والأصل أن المشقة تجلب التيسير، أما القول الثاني الذي صحح العقد ابتداء فمردود لجهالة الأجرة المتحققة من بدء العقد، القول الثالث الذي يتخرج على قول الحنفية أن العقد فاسد ويمكن

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرزاق السنهوري (٢٠١٧م)، ص ١٠٥.

تصحيحه بإلغاء الشرط فقط دون الحاجة لإنشاء عقد جديد قول له وجاهته ولا يرد عليه ما يرد على القول الثاني؛ إذ لم يحكم بصحة العقد بل قضى بالفساد منذ ابتداء العقد وألزم بالتصحيح، على الرغم من أن العقد القائم شروطه إلزامية بقوة القانون، إلا أن ثمرة الأخذ بهذا القول أنه متى تم السعي لتعديل القانون وإلغاء الشرط لن تكون هناك حاجة لإنشاء عقود جديد، بل تصح العقود القائمة بمجرد ذلك، والله أعلم.

المطلب الرابع: حكم عقود العمالة القائمة في ظل القانون الحالي المتضمن لشرط غرامة التأخير:

أولاً: استحقاق الأجرة:

إن حكمنا بفساد عقد الإجارة المتضمنة للشرط الربوي، وقام الأجير بما عليه فإنه يستحق الأجر في الإجارة الفاسدة باتفاق الفقهاء^(١)، ولكنهم اختلفوا في وقت الاستحقاق وفي مقدار الأجرة.

فذهب جمهور الفقهاء (المالكية، والشافعية والحنابلة في رواية)^(٢) إلى أن الأجرة تجب بالتمكن من استيفاء المنفعة، وإن لم ينتفع؛ لأن الأجير قد حبس نفسه ومكّن المستأجر من الانتفاع به طوال المدة؛ فيستحق أجر المثل

(١) بالاستقراء لم ينقل عن أحد منهم أنه أهدر عمل العامل إذا قضى بفساد الإجارة، اختلافهم في التقدير للأجرة بين المسمى والمثل دليل على اتفاقهم في القدر المشترك وهو ثبوت استحقاق الأجرة، وهو الموافق لأصول الشرع.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤ / ٢١٨، ومغني المحتاج ٣ / ٤٨٩، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٨٣، الشرح الكبير للشيخ الدردير ٤ / ٨.

بالغاً ما بلغ، وذهب الحنفية - عدا زفر -^(١) إلى أن الأجير لا يستحق الأجر إلا بتحقق استيفاء المنفعة؛ لأن العقد فاسد فلا يستحق الأجرة إلا بتحقيق العمل كما في النكاح الفاسد، وأن أجرته حينئذ إن علمت فلا تزداد على المسمى أي يكون له الأقل من أجر المثل، ومن المسمى، وإن لم تعلم فيكون له أجر المثل^(٢).

ثانياً: حكم إنشاء عقود جديدة في ظل القانون القائم:

ينبغي التفريق بين حال الضرورة وحال الاختيار، حال الضرورة والتي يلحق بها الحاجة الشديدة المتضمنة للخرج، فمثل هذه الراجح فيها جواز إنشاء عقود عمالة متضمنة للشرط الربوي المحرم مع الأخذ بكل السبل بأسباب السداد في الأجل وعدم التأخير.

جاء في قرار مؤتمر شورى الفقهي الثامن بالكويت، ما نصه: «ثانياً: في الحالات التي تحتاج فيها المؤسسات المالية الإسلامية للدخول في عقود معاوضات تكون فيها هي الطرف المدين ويكون فيها أحد البديلين مؤجلاً، ويشترط فيها الدائن غرامة تأخير (فائدة) إذا تأخرت المؤسسة في سداد الثمن أو الأجرة، أو أي قسط منها عند حلول أجله. وكانت المؤسسة في حاجة ماسة للدخول في العقد، بحيث يترتب عليها حرج بالغ في حالة عدم الدخول، جاز لها الدخول فيه تحريماً على قاعدة: الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أم خاصة، وفقاً للضوابط التالية:

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤ / ٢١٨.

(٢) انظر: دراسات المعايير الشرعية (٣/ ٢٣٦٦).

١- أن تبذل المؤسسة وسعها في إلغاء الشرط، أو إيجاد بديل للعقد يخلو من شرط غرامة التأخير.

٢- أن تتولى هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة تقدير مدى حاجة المؤسسة للدخول في هذا العقد، على أن يعرض عليها كل حالة على حدة.

٣- أن تأخذ المؤسسة بالأسباب التي تحول بينها وبين التأخر في أداء الدين في الوقت المحدد^(١).

ولا شك أن هذا الذي ذهب إليه قرار المؤتمر ينسجم مع قواعد الشريعة التي تقضي بتنزيل الحاجة العامة منزلة الضرورة، وكذلك قواعد الضرورات وأنها تقدر بقدرها، لكن ينبغي ضبط هذه الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، وتسوغ إنشاء عقد متضمن للشرط الربوي، وتستدعي تسهياً وتخفيفاً لها في الحكم الشرعي، لا بد من أن تتوافر فيها عدة شروط، منها:

أ- أن تكون هذه الحاجة قائمة لا منتظرة.

ب- وأن لا تتوفر وسيلة أخرى مباحة لدفع الضرورة عن هذه الحالة.

(١) مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بالكويت عدد (١٢٠) مارس لسنة ٢٠٢٠م، ص ٣٦١.

فإذا تم توفر هذان الشرطان على الحاجة أمكن أن يتم تخفيف الحكم الشرعي لها ويرخص لها وتأخذ حكم الضرورة^(١).

ومثل هذه الشروط تتحقق في أصحاب العمل من كبار السن وأصحاب الأمراض المزمنة، الذين يحتاجون لرعاية خاصة ولا تتوفر وسيلة أخرى تغني عن اتخاذ من يقوم على رعايتهم من العمالة المنزلية، فمثل هؤلاء يرخص لهم إنشاء عقود تحتوي على هذا الشرط المحرم في ظل القانون القائم، مع الأخذ بكل سبل التحوط والالتزام بالدفع للأجرة في الآجال المحددة، والله أعلم.

أما من لم تصل به الحاجة إلى مثل ذلك، فالأصل عدم الدخول في عقد يحتوي مثل هذا الشرط، والسعي لبديل خال منه، والعمل على تعديل القانون وإلغاء هذا الشرط.

المطلب الخامس: رفض تعويض العمالة المنزلية عن العمل الإضافي:

نص القانون في بابه الخامس على تنظيم ساعات العمل والإجازات، فنصت المادة (٢٢) على وجوب أن تتضمن عقود الاستقدام التي تعدها إدارة العمالة المنزلية حقوق العمالة المنزلية: تحديد الحد الأقصى لساعات العمل بـ ١٢ ساعة يوميًا، خلال اليوم الواحد تتخللها ساعات راحة،

(١) انظر: حكم الدخول في عقود البيع والإجارة التي تفرض فيها غرامة التأخير د. يوسف أحمد الحداد، مجلة صالح كامل (العدد ٦٩)، ص ٥٢.

وأحقية العامل المنزلي في الحصول على راحة أسبوعية وأخرى سنوية مدفوعة الأجر.

فقد نصت اللائحة في مادتها الـ (٢٨) على أن: «للعامل المنزلي الحق في إجازة سنوية لا تقل عن ثلاثين يوماً مدفوعة الأجر، على أن يستحق العامل إجازة عن السنة الأولى بعد قضائه أحد عشر شهراً على الأقل في خدمة صاحب العمل».

وفي المادة (٢٩) على أن: «للعامل المنزلي الحق في راحة أسبوعية مدفوعة الأجر، وتحدد بأربع وعشرين ساعة متصلة عقب كل ستة أيام عمل».

وجاءت المادة (٣٠) لتنظم أجور الساعات الإضافية التي تباح عند الضرورة، فنصت على أنه: «لصاحب العمل عند الضرورة الحق بتشغيل العامل المنزلي ساعات عمل إضافية، بحيث لا تتجاوز هذه الساعات ساعتين باليوم الواحد، ويستحق العامل المنزلي تعويضاً يعادل قيمة أجر نصف يوم عنها».

ولجأ المشرع إلى أخذ التدابير التشريعية لحفظ حق العامل في الأجرة الإضافية، فبدأ بتقرير الواجبات والقيود لضبط وتنظيم ساعات العمل الأساسية والإضافية، ثم جاء الفصل الثاني من الباب السابع للقانون يوضح الجزاءات التي توقع على صاحب العمل حال امتناعه عن تعويض العامل عن ساعات العمل الإضافية.

فنصت المادة (٢٨) على أنه: «إذا رفض صاحب العمل تعويض العامل المنزلي عن العمل الإضافي كان للعامل المنزلي التقدم بشكوى ضده إلى إدارة العمالة المنزلية التي لها- بعد بحث الشكوى- أن تلزم صاحب العمل بأداء تعويض عادل لا يقل عن ضعف الأجر المتفق عليه بالعقد».

مواد القانون في ساعات العمل الإضافية رؤية شرعية:

نص القانون في مادته الـ (٣٠) على أن ساعات العمل الإضافية لا تتجاوز ساعتين باليوم الواحد، ويستحق العامل المنزلي تعويضاً يعادل قيمة أجر نصف يوم عنها.

التكييف الفقهي لساعات العمل الإضافية:

الأصل أن الساعات الإضافية عقد مستقل، والأقرب أنها إجارة منفصلة عن العقد الأصلي بأجر آخر يخصصها يعدل نصف أجره اليوم، والأصل في مثل هذا الجواز ودخوله في عموم: «المسلمون على شروطهم»، وإنما كيفنا العمل الإضافي إجارة منفصلة ولم نكيفية جعله لأن الجعالة عقد غير لازم بخلاف الإجارة، والأصل أن العمل الإضافي يلزم به العامل ما التزم صاحب العمل بالقانون في مدة العمل وطبيعته وأداء الأجر المحدد له في القانون.

عقوبة صاحب العمل عند تخلفه عن دفع الأجر الإضافي المتفق عليه:

درج المشرع على عقوبة صاحب العمل المماطل في دفع الأجر الإضافي المستحق للعامل على نحو ما سبق في رب المال المماطل في دفع الأجر

الأساسي للعامل، فألزمه المشرع بدفع تعويض «عادل» لا يقل عن ضعف الأجر المتفق عليه بالعقد.

الأصل وجوب تدخل ولي الأمر إذا حصل شطط وخلل عام في ميزان الأجور في أعمال فروض الكفريات، قال شيخ الإسلام رَحْمَةُ اللَّهِ: «والمقصود هنا: أن هذه الأعمال التي هي فرض على الكفاية متى لم يقيم بها غير الإنسان صارت فرض عين عليه، لا سيما إن كان غيره عاجزاً عنها، فإذا كان الناس محتاجين إلى فلاحه قوم أو نساجتهم أو بنائهم صار هذا العمل واجباً يجبرهم ولي الأمر عليه إذا امتنعوا عنه بعوض المثل، ولا يمكنهم من مطالبة الناس بزيادة عن عوض المثل، ولا يمكن الناس من ظلمهم بأن يعطوهم دون حقهم»^(١).

وقال ابن القيم: «فالمقصود أن الناس إذا احتاجوا إلى أرباب الصناعات كالفلاحين وغيرهم، أُجبروا على ذلك بإجارة المثل، وهذا من التسعير الواجب، فهذا تسعير في الأعمال»^(٢).

المقصود أن من واجبات ولي الأمر عند حصول خلل عام في ميزان الأجور -سواء بالنقص من قبل أصحاب الأعمال لامتناعهم عن أداء حق العمال، أو بالزيادة من قبل العمال بطلبهم فوق أجره المثل المتعارف عليها- أن يتدخل بالتسعير العادل ورد الأجور لعوض المثل المتعارف عليه لا أن يزيد عنه تنكيلاً بالمعتدي.

(١) الحسبة في الإسلام لابن تيمية، ص ٢٦.

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم، ص ٢١٣.

هذه الزيادة التعويضية عن التأخر في الدفع مقابل الأجل - التي وضعها
المشرع - تعد صورة للشرط الربوي الذي تقدم بيانه، قد تقرر أن الراجح
أن هذا الشرط الأصل أنه مفسد للعقد، وإن وقعت الإجارة فاسدة يلزم
الأجرة لما تم من العمل، يجوز للضرورة إنشاء عقود جديدة في ظل القانون
القائم تتضمن الشرط الربوي شريطة أن تسدد الأجرة في آجالها، وأن لا
تتوفر وسيلة أخرى مباحة لدفع الضرورة عن هذه الحالة.

المبحث الثالث التعزير بالحبس والغرامة المالية لمخالفي شروط التراخيص

وضع المشرع الحدود العمرية للعامل المنزلي.

فقد نصت المادة (٢١) من القانون على أنه: «يحظر استقدام أو تشغيل العمالة المنزلية من الجنسين ممن تقل أعمارهم عن (٢١) سنة أو تزيد على (٦٠) سنة ميلادية ويجوز للوزير المختص الاستثناء من شرط السن».

ولما كانت الأعمال المنزلية عامتها أعمال بدنية لا تخلو عن جهد جسدي جعل المشرع الحد الأدنى (٢١) سنة مراعاة لطبيعة العمل، كذلك احترازاً من تشغيل الأحداث فيما يشق عليهم.

جاءت المادة (٢٩) لتضع العقوبة التعزيرية للمخالف، فنصت على أنه: «كل من استقدم عاملاً منزلياً يقل عمره عن ٢١ سنة للعمل لديه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر وبغرامة لا تزيد عن خمسمائة دينار كويتي أو بإحدى هاتين العقوبتين».

الرؤية الشرعية في العقوبات على استقدام العمالة المنزلية دون السن القانوني:

تحديد السن القانونية التي تلائم طبيعة الأعمال المنزلية المعاصرة يعد من المصالح المرسله التي شهد الشرع باعتبار أصلها في تحقيق العدل والتكليف بما يطاق، لعموم قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إخوانكم خولكم، جعلهم الله تحت

أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل، ويلبسه مما يلبس، ولا تكلفوهم ما يغلبهم، فإن كلفتموهم فأعينوهم»^(١).

فنهى الشارع صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تكليفهم ما لا يطيقون أو يغلبهم، وفي هذا الإطار وضع المشرع القانوني العقوبات التعزيرية الرادعة لمن يخالف ذلك ويستقدم من دون السن القانونية، أعطى القضاء الخيار في الحكم بأحد العقوبتين التعزيريتين البدنية (الحبس) أو المالية (الغرامة).

المطلب الأول: التعزير بالحبس:

حكم التعزير بالحبس:

الحبس الشرعي أيام النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يكن السجن في مكانه الضيق المعروف، إنما كان لا يعدو نوعاً من المنع من التصرف في النفس والملازمة، قال شيخ الإسلام رَحِمَهُ اللهُ: «فإن» الحبس الشرعي «ليس هو السجن في مكان ضيق وإنما هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في بيت أو مسجد أو كان بتوكيل نفس الخصم أو وكيل الخصم عليه؛ ولهذا سماه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أسيراً... وهذا هو الحبس على عهد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولم يكن على عهد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأبي بكر حبساً

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب: المعاصي من أمر الجاهلية ولا يكفر صاحبها بارتكابها إلا بالشرك لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إنك امرؤ فيك جاهلية وقول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ﴾، حديث (٣٠)، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب إطعام المملوك مما يأكل، وإلباسه مما يلبس، ولا يكلفه ما يغلبه، حديث (١٦٦١).

معداً لسجن الناس ولكن لما انتشرت الرعية في زمن عمر بن الخطاب ابتاع بمكة داراً وجعلها سجنًا وحبس فيها» ا.هـ^(١). ولا شك أن السجن المعلوم يحقق الحبس الشرعي ومقصده من التقييد في التصرف في النفس.

مشروعية التعزير بالحبس:

التعزير: تأديب على الذنوب والجرائم لم تشرع فيها الحدود، ويختلف حكمه باختلاف حاله وحال فاعله، فيوافق الحدود من وجه أنه تأديب استصلاح وزجر، يختلف بحسب اختلاف الذنب^(٢).

والأصل أن الحبس مشروع بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفُجْحَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَقَّهِنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴿١٥﴾﴾ [النساء: ١٥]، الآية - وإن قلنا منسوخة بآية الحد- لكن تبقى دليلاً على أصل مشروعية الحبس، وأما السنة فقد ثبت في الصحيحين حبسه لسيد بني حنيفة ثامة بن أثال في المسجد^(٣)، وأما الإجماع؛ «فلأن الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - ومن بعدهم أجمعوا عليه إلا أن في زمن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وزمن أبي بكر وعمر وعثمان

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية (٣٥ / ٣٩٨).

(٢) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي، ص ٣٤٤.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلاة، باب الاغتسال إذا أسلم وربط الأسير أيضاً في المسجد وكان شريح يأمر الغريم أن يحبس إلى سارية المسجد، حديث (٤٦٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب ربط الأسير وحبسه، وجواز المن عليه، حديث (١٧٦٤).

- رضي الله تعالى عنهم - لم يكن سجن وكان يحبس في المسجد والدهليز وبالربط، ولما كان في زمن علي - رضي الله تعالى عنه - بنى السجن وكان هو أول من بناه في الإسلام»^(١).

قال السرخسي رَحْمَةُ اللَّهِ: «وفي اتفاق العلماء رَحْمَةُ اللَّهِ على حبسه في الدين دليل على أنه ليس للقاضي ولاية يبيع ماله في دينه»^(٢).

وقد نفى شيخ الإسلام ابن تيمية رَحْمَةُ اللَّهِ النزاع في مشروعية التعزير بالحبس للمدين المماطل فقال: «ومن طولب بأداء دين عليه فطلب إمهالاً أمهل بقدر ذلك اتفاقاً، لكن إذا خاف غريمه منه احتاط عليه بملازمته أو بكفيل أو برسم عليه، ومن كان قادراً على وفاء دينه وامتنع أجبر على وفائه بالضرب والحبس، ونص على ذلك الأئمة من أصحاب مالك والشافعي وأحمد وغيرهم. قال أبو العباس: ولا أعلم فيه نزاعاً»^(٣)، وفي أصل مشروعيته في باب الحدود والتعزيرات، قال ابن القطان: «واتفقوا إن جلد المرجوم مائة قبل أن يرجم، وغرب غير المحصن عن بلده وسجن حيث يغرب عاماً أنه قد أقيم عليه الحد كله»^(٤).

ما يشرع فيه الحبس:

الأصل أن الحبس نوعان:

- (١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي لفخر الدين الزيلعي (٤/ ١٧٩).
- (٢) المبسوط للسرخسي (٢٤/ ١٦٥).
- (٣) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٥/ ٣٩٧).
- (٤) الاقناع في مسائل الإجماع لابن القطان (٢/ ٢٥٦).

الأول: حبس الاحتياط والاستظهار.

الثاني: حبس العقوبة والتنكيل.

ذكر العز بن عبد السلام ضوابط لموجبات الحبس فقال رَحِمَهُ اللهُ:
«الحبس أنواع، منها:

- ١- حبس الجاني عند غيبة المستحق حفظاً لمحل القصاص.
- ٢- حبس الممتنع من دفع الحق إلى مستحقه إلقاء إليه وحماً عليه.
- ٣- حبس التعزير ردعاً عن المعاصي.
- ٤- حبس كل ممتنع من تصرف واجب لا تدخله النيابة.
- ٥- حبس من أسلم على أختين وامتنع من تعيين إحداهما، والمقر بأحد عينين وامتنع من تعيينها دفعاً لمفسدة المبتل بالحق.
- ٦- حبس من امتنع من أداء حقوق الله التي لا تدخلها النيابة كالممتنع من صيام رمضان» ا.هـ^(١).

لكن الأظهر أن الحبس لا ينحصر في هذه الثمانية أو الخمسة فقد عد الفقهاء من موجباته حبس من يخشى ضرره على الناس، كمتدع أو ساع في الأرض بالفساد وغير ذلك^(٢)، وجمهور الفقهاء على أنه يُشرع السجن

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (١/١١٨).

(٢) نص الإمام أحمد في المبتدع الذي لم ينته عن بدعته: أنه يجس حتى يموت. انظر: الطرق الحكمية لابن القيم (١/٢٧٧).

في جميع الجرائم التي لم تشرع فيها عقوبة مقدرة^(١)، سواءً أكان فيها حق الله تعالى أم كان فيها حق العباد؛ لأن الأصل في هذا أن السجن فرع من التعزيرات البدنية المشروعة، وقصر آخرون السجن تعزيراً على ما فيه حق الله تعالى^(٢).

قال ابن مفلح رَحِمَهُ اللهُ في بيان حد التعزير: «ويحتمل كلام أحمد والخرقى لا يبلغ بجناية حدًّا في جنسها، ويكون ما لم يرد به نص بحبس وتوبيخ»^(٣).

الخلاصة أن التعزير بالحبس يصلح كعقوبة لكل جناية ليس فيها حد شرعي مقدر، لذا فما نصت عليه المادة (٢٩) من القانون بعقوبة كل من استقدم عاملاً منزلياً يقل عمره عن ٢١ سنة للعمل لديه بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر منسجم مع ما قرره الفقهاء في التعزير بالحبس كعقوبة للجرائم التي ليس لها حد شرعي مقدر، الله أعلم.

المطلب الثاني: التعزير بالمال:

جاءت المادة (٢٩) بتوقيع إحدى العقوبتين: الحبس أو الغرامة، أو كليهما، على كل من خالف الحدود العمرية للعامل المستقدم، فقد نصت على

(١) تبصرة الحكام ٢ / ٢٨٩، وحاشية ابن عابدين ٤ / ٦٠، وفتح القدير ٥٦ / ٣٤٥، وكشاف القناع ١٤ / ١١٦.

(٢) انظر: «التعزير بالسجن في الفقه الإسلامي والنظام السعودي»، د. خالد بن عايض آل فهاد، كلية الملك فهد الأمنية بالرياض، ص ١٠٠١.

(٣) الفروع لابن مفلح (١٠ / ١٠٩).

أن: «كل من استقدم عاملاً منزلياً يقل عمره عن ٢١ سنة للعمل لديه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر وبغرامة لا تزيد عن خمسمائة دينار كويتي أو بإحدى هاتين العقوبتين».

مشروعية التعزير بالمال: التعزير بالمال يكون بأحد أربعة: حبسه أو بإتلافه، أو بتغيير صورته، أو بتملكه للغير^(١).

على خلاف بين أهل العلم في حد التعزير الجائز من هذه الأربعة كما سيأتي.

فالبعض يتوسع في تسمية «التعزير بالمال» باسم (العقوبات المالية)، ولعل الأخيرة هي الأشهر بين القانونيين، وهي منصوص القانون محل الدراسة، والأصل أنه لا مشاحة في الاصطلاح، لكن يلزم التنبيه أن من العقوبات المالية في الشريعة ما هو محل اتفاق كالديات والضمانات والأروش، وهذا خارج موطن الخلاف الذي نحكيه، لذلك اختار بعض المحققين الاقتصار على مصطلح: «التعزير بالمال» رفعاً للالتباس^(٢)، فهي تسمية تحصر المختلف فيه بين العلماء.

التعزير -الذي نعنيه بالبحث- هو التعزير بأخذ المال وتملكه للغير، هذا اختلف الفقهاء في مشروعيته على قولين:

(١) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية (٥٨٦/٢٨)، الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٧١/١٢).

(٢) التعزير بأخذ المال دراسة مقارنة وفق قواعد الأصول، د. مازن بن عبد الله العقل، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية (عدد ٦٧)، ص ٨٨٩.

القول الأول: الجواز مطلقاً: وهو قول أبي يوسف^(١)، وأحد قولي الأحناف، وقول عند بعض المالكية^(٢)، قول قديم للشافعي^(٣)، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية، ابن القيم، عده ابن تيمية ماضياً على أصول أحمد خلافاً لجمهور الأصحاب^(٤).

قال شيخ الإسلام رَحِمَهُ اللهُ: «التعزير بالعقوبات المالية مشروع أيضاً في مواضع مخصوصة في مذهب مالك في المشهور عنه، ومذهب أحمد في مواضع بلا نزاع عنه، وفي مواضع فيها نزاع عنه، والشافعي في قول، وإن تنازعا في تفصيل ذلك كما دلت عليه سنة رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في مثل إباحته سَلْب الذي يسطاد في حرم المدينة لما وجدته، ومثل أمره بكسر دنان الخمر وشق ظروفه، ومثل أمره عبد الله بن عمر بحرق الثوبين المعصفرين، وقال له: أغسلهما؟ قال: «لا بل احرقهما»^(٥).

القول الثاني: المنع مطلقاً: وهو قول جمهور أصحاب المذاهب من الأئمة الأربعة، الحنفية والمالكية والشافعية (الجديد)^(٦) والحنابلة^(٧).

- (١) انظر: حاشية ابن عابدين (١/٦٤).
 (٢) انظر: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون (٢/٢٩٣).
 (٣) انظر: النجم الوهاج في شرح المنهاج لأبي البقاء الشافعي (٩/٢٤٠).
 (٤) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٥/٥٣٠).
 (٥) الحسبة في الإسلام، أو وظيفة الحكومة الإسلامية لابن تيمية ص ٤٩.
 (٦) انظر: نهاية المحتاج (٨/٢٢).
 (٧) انظر: المغني لابن قدامة (١٢/٥٢٦)، الاقناع (٤/٢٧٠)، مطالب أولي النهى (٦/٢٢٤).

مناقشة أدلة الفريقين:

استدل المجوزون بجملة من الأدلة، منها:

- أفضية للرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كإباحته سلب من يسطاد في حرم المدينة لمن يجده، وتحريقه نخل بني النضير^(١).

ونوقش: بأن هذا في مال الكافر الحربي في الجهاد الذي لا حرمة له بخلاف مال المسلم الذي يكون الأصل فيه الحرمة:

وأجيب: بأن القياس صحيح بجامع الإتيان بموجب العقوبة، يعضد بالأحاديث الأخرى في حق التعزير في مال المسلم.

- ما ثبت في تعزير سارق ما لا قطع فيه من الثمر، أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سئل عن الثمر المعلق، فقال: «من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه، فعليه غرامة مثليه والعقوبة، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع»^(٢).

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب حرق الدور والنخيل، حديث (٣٠٢١)، مسلم في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب جواز قطع أشجار الكفار وتحريقها، حديث (١٧٤٦).

(٢) رواه أبو داود في سننه، كتاب اللقطة، حديث (١٧١٠)، حسنه الأرنؤوط في تحقيقه سنن أبي داود.

ونوقش: بأن الحديث منسوخ بحديث: «لا قطع في ثمر ولا كثر»^(١).

أجيب: بأن دعوى النسخ تفتقر للدليل ومعرفة التاريخ وتعذر الجمع، والجمع ممكن بحمل نفي القطع لمن أخذ بفمه دون أن يتخذ خبنة.

-أقضية الخلفاء الراشدين، مثل مضاعفة عمر الديات في بعض الأقضية^(٢).

نوقش: أن هذه حوادث أعيان لا عموم لها، ويتطرق إليها الاحتمال فيسقط بها الاستدلال.

أجيب: بأن هذه الوقائع تضافرت وتعضدت فلم تعد وقائع منفردة، الأصل عموم اللفظ.

وأجيب كذلك: بأن هذه الأقضية كانت بمجمع من الصحابة بلا نكير من أحدهم، وصار مجموعها يثبت أصل مشروعية التعزير بالمال ولا يجعلها حوادث أعيان منفردة.

- أخذ شطر مال مانع الزكاة^(٣).

ونوقش ذلك: بأن الحديث ضعيف لا يثبت.

(١) رواه الترمذي في سننه، كتاب الحدود، حديث (١٤٤٩)، أحمد (١٥٨٠٤)، صححه الأرنؤوط في تحقيقه «المسند».

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الديات، باب بين المسلم والذمي قصاص، حديث (٢٧٨٦٩).

(٣) رواه أبو داود في سننه، كتاب الزكاة، باب في زكاة السائمة، حديث (١٥٧٥)، حسنه الأرنؤوط في تحقيقه سنن أبي داود.

وأجيب: بأن الحديث له طرق عدة يرتقي بمجموعها للحسن، فقد حسنه غير واحد من أهل العلم^(١).

نوقش متن الحديث: بأن الحديث منسوخ^(٢).

وأجيب: بأن الأصل في الحديث الإحكام - لا النسخ - ودعوى النسخ تفتقر لمعرفة التاريخ، ويلزمها إثبات التعارض وعدم إمكان الجمع، والجمع ممكن بإثبات مشروعية العقوبة والتعزير بالمال فيما ورد به الدليل.

ونوقش متن الحديث كذلك: بأن ظاهره غير مقصود والجمهور على ترك العمل بظاهره.

وأجيب: بأن تأويله أن يجعل ماله شطرين وتؤخذ الزكاة من خير الشطرين، أو يزداد عليه في القيمة بقدر الشطر من غير زيادة في سن ولا عدد^(٣)، وغير ذلك من التأويلات هو في الحقيقة نوع من التعزير بأخذ المال. نوقش المتن كذلك: بترك عمل الصحابة به، فلم يثبت عن أبي بكر في قتال مانعي الزكاة أنه ضاعفها عليهم.

وأجيب: بأن نوع التعزير في عقوبة مانع الزكاة يرجع للإمام تقديره والاختيار فيه اختيار مصلحة بما يتحقق معه ردعهم.

(١) قال ابن عبد الهادي: «هذا حديث حسن بل صحيح». تنقيح التعليق (٢/١٧٣).

(٢) انظر: معرفة السنن والآثار للبيهقي (٣/١٢٤)، عمدة القاري (٥/٣٠٠).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٤/٨).

- استدلوا بعمامة ما كان من أدلة على صحة التعزير بالإتلاف، مثل أمره بكسر دنان الخمر، وشق ظروفها، وأمره عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بحرق الثوبين المعصفرين^(١)، وقياس التعزير بأخذ المال من باب أولى عليه.

ونوقش: بما ثبت عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رأى عليه رِبْطَةً مَضْرَجَةً بِالْعُصْفُرِ، فقال: «ما هذه؟» قال: فعرفت ما كرهه. قال: فأتيْتُ أهلي وهم يسجرون تنورهم، فقدفتها فيه، ثم أتيتُه، فأخبرته، فقال: «ألا كسوتها بعض أهلِكَ! فإنه لا بأس بذلك للنساء»^(٢)، فدل ذلك على أن الإتلاف لم يكن مقصوداً.

نوقش في الجملة أدلة التعزير بالإتلاف: أن هناك فرق بين التعزير بالإتلاف والتعزير بأخذ المال وتمليكه للغير، وأجيب بأن أدلة التعزير بالإتلاف تصلح من باب أولى أن تكون دليلاً على صحة التعزير بأخذ المال، إذ الإتلاف أخذ مع مزيد نكاية.

- (١) رواه مسلم في صحيحه، كتاب اللباس والزينة، باب النهي عن لبس الرجل الثوب المعصفر، حديث (٢٠٧٧).
- (٢) رواه أبو داود في سننه، كتاب اللباس، باب في الحمرة، حديث (٤٠٦٦)، وابن ماجه في سننه، كتاب اللباس، باب كراهية المعصفر للرجال، حديث (٣٦٠٣)، حسنه الأرنؤوط في تعليقه على سنن أبي داود.

استدل المانعون بجملة أدلة منها:

- أصل حرمة مال المسلم، وعموم الأدلة التي تنهى عن أكل المال بالباطل كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩].

ونوقش: بأن هذا العموم مخصص بأدلة التعزير بأخذ المال، والأصل حمل العام على الخاص.

ونوقش كذلك: بأن التعزير بأخذ المال ليس من جنس أكل الأموال بالباطل، إنما هو أخذ للمال بحق ثبت بالشرع.

- عموم ما ورد عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَيْسَ فِي الْمَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ»^(١).

نوقش: بأن الحديث ضعيف سنداً، وأما من ناحية المتن فمردود، قال النووي رَحِمَهُ اللهُ: «وقد اختلف السلف في معنى قول الله تعالى: ﴿وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾^(١٩)، فقال الجمهور المراد به الزكاة، وأنه ليس في المال حق سوى الزكاة... وذهب جماعة منهم الشعبي والحسن وطاوس وعطاء ومسروق وغيرهم إلى أنها محكمة، وأن في المال حقاً سوى الزكاة من فك الأسير وإطعام المضطر والمواساة في العسرة وصلة

(١) رواه ابن ماجه، كتاب الزكاة، باب ما أدي زكاته ليس بكنز، حديث (١٧٨٩)، ضعفه الألباني في تحقيقه سنن ابن ماجه.

القراية»^(١)، والقول الأخير هو الصواب أن ثمة حقوق أخرى في المال سوى الزكاة.

- استدلووا كذلك بالإجماع، حكاها غير واحد من المالكية إجماعاً، قال ابن عرفة الدسوقي: «ولا يجوز التعزير بأخذ المال إجماعاً، وما روي عن الإمام أبي يوسف صاحب أبي حنيفة من أنه جَوَّز للسلطان التعزير بأخذ المال فمعناه كما قال البزازي من أئمة الحنفية أن يمسك المال عنده مدة لينزجر ثم يعيده إليه، لا أنه يأخذه لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة؛ إذ لا يجوز أخذ مال مسلم بغير سبب شرعي أي كسراء أو هبة» ا.هـ^(٢).

وأجيب: بأن الخلاف ثابت بما تقدم من النقول عن أصحاب القول الأول، قال ابن القيم: «ومن قال: إن العقوبات المالية منسوخة، وأطلق ذلك، فقد غلط على مذاهب الأئمة نقلاً واستدلالاً، فأكثر هذه المسائل سائغة في مذهب أحمد، وكثير منها سائغ عند مالك، وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة لها بعد موته صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مبطل أيضاً لدعوى نسخها، والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب ولا سنة، ولا إجماع يصحح دعواهم، إلا أن يقول أحدهم: مذهب أصحابنا عدم جوازها، فمذهب أصحابه عيار على القبول والرد، وإذا ارتفع عن هذه الطبقة ادعى أنها منسوخة بالإجماع، وهذا غلط أيضاً، فإن الأمة لم تُجمع على نسخها، ومحال

(١) شرح النووي على مسلم (٧/ ٧١) ..

(٢) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٣٥٥).

أنَّ الإجماع ينسخ السنة، ولكن لو ثبت الإجماع لكان دليلاً على نص ناسخ»
 ا.هـ^(١).

الترجيح:

أن المسألة لا يثبت فيها ما يحكيه بعض المالكية من إجماع، الخلاف فيها مستقر، هو من جنس الخلاف السائغ، أمر النبي بإتلاف الثوبين المعصفرين من أقوى أدلة الجواز على صحة التعزير بالإتلاف، وقياس التعزير بأخذ المال من باب أولى عليه، فضلاً عن أن أصل إتلاف المال على وجه العقوبة ثابت بنص القرآن في أموال بني النضير وإن كان ذلك ينازع فيه بالتفريق بين مال الكافر الحربي في الجهاد الذي لا حرمة له ومال المسلم، وأدلة القرآن والسنة متضافرة على إثبات حقوق أخرى في المال سوى الزكاة كفكاك الأسير وضمان أروش الجنايات وغير ذلك، وعامة أدلة المانعين من التعزير بالمال إنما هي من العمومات التي يدخلها التخصيص بأدلة الفريق الأول، فالذي يترجح أن التعزير بالمال له أصل شرعي، لكن الأولى ألا يتوسع فيه لأن الأصل حرمة مال المسلم، وقد أخذ بذلك مجمع الفقه الإسلامي، جاء في قراره: «مما تقتضيه المصلحة سن الأنظمة الزاجرة بأنواعها؛ ومنها: التعزير المالي لمن يخالف تلك التعليقات المنظمة للمرور؛ لردع من يعرض أمن الناس للخطر في الطرقات والأسواق من أصحاب المركبات ووسائل النقل الأخرى، أخذاً بأحكام الحسبة المقررة»، جاء فيه أيضاً: «إن الالتزام بتلك الأنظمة التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية واجب شرعاً؛ لأنه

(١) الطرق الحكمية (٢/ ٦٩١-٦٩٢).

من طاعة ولي الأمر فيما ينظمه من إجراءات بناءً على دليل المصالح المرسلة،
وينبغي أن تشمل تلك الأنظمة على الأحكام الشرعية التي لم تطبق في
هذا المجال»^(١).

وعليه فما سنه المشرع من العقوبة المالية لمن استقدم عاملاً منزلياً يقل
عمره عن ٢١ سنة للعمل لديه له وجه شرعي سائغ، الله أعلم.

(١) قرار رقم: ٧١ (٢/٨)، مجلة المجمع (٨/٨٥٢-٨٥٣).

الخاتمة

الحمد لله أولاً وآخراً، من أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث كما يلي:

١- أخذ المشرع الكويتي بمبدأ التدرج في العقوبة في وقف التراخيص لمدة محددة ثم تمديدها وانتهاءً بإلغائها، وهو مبدأ قانوني وعُرف مستقر، وله شواهد شرعية كثيرة، نحو تغليظ العقوبة في العود لجرائم القتل والزنا والقذف والسرقه، وغير ذلك مما هو مستقر ومعلوم شرعاً.

٢- من العقوبات التي قررها المشرع الكويتي في حق صاحب العمل المماطل عن دفع الأجرة الأساسية أو الإضافية في موعدها غرامة التأخير التي أوجبها لصالح العامل، فالصواب أن هذا تكييفه أنه شرط ربوي وهو عين ربا الجاهلية. والراجح من أقوال أهل العلم فساد العقد والشرط معاً لحرمة الشرط ولما يفضي إليه من جهالة الأجرة، وجوز بعض المعاصرين هذا العقد حال الضرورة التي تقدر بقدرها مع الالتزام بسداد الأجرة في آجالها المحددة، واتفق الجميع على استحقاق العامل في كل الأحوال للأجرة على ما أمضاه من عمل، أما تعزير المخالف بدفع الغرامة لجهة من جهات البر فهو قول نادرة من المالكية أخذت به المعايير، ولا يرى الباحث الأخذ به إن أمكن الاعتياض عنه بسبل معالجة المديونية الشرعية الأخرى.

٣- ما قرره المشرع من عقوبة المخالف لشروط استقدام العامل دون السن المأذون فيه بالحبس الراجح أن هذا من التعزير الجائز، والراجح ما

ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنه يُشرع السجن في جميع الجرائم التي لم تشرع فيها عقوبة مقدرة.

التوصيات:

خرجت من البحث بالتوصيات الآتية:

١- ضرورة إجراء تعديلات على القانون لمعالجة المديونية في حالة تأخر دفع المستحقات، وإلغاء شرط غرامة التأخير على أن تتدرج العقوبات عبر المنصة والتي تتضمن البدء بالتحذير وإنهاء التعاقد، والوضع على القائمة السوداء (وهو نوع من إحلال العرض والتشهير).

٢- نوصي المشرع الكويتي بالعمل على إلغاء نظام الكفالة تدريجيًّا؛ لما يسببه من قيود كبيرة لحرية الخادم من الانتقال من عمل لآخر، مما يجعله يتنازل كثيرًا عن حقوقه في ضوء الوضع القائم.

٣- نوصي المشرع بتعديل اللائحة فيما يخص الرقابة الميدانية والإجراءات العقابية، وإلزام إدارة العمل المنزلية بتوفير آليات للتفتيش من خلال زيارات ميدانية دورية، مع سن عقوبات رادعة تمنع أصحاب العمل من مصادرة جوازات سفر عمال المنازل.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المصادر والمراجع

١. الأصبحي، مالك بن أنس. (١٩٩٤م). المدونة (ط.١). بيروت: دار الكتب العلمية.
٢. البخاري، محمد بن إسماعيل. (١٣١١هـ). الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه (ط.١) (محمد فؤاد عبد الباقي، ترقيم). بيروت: دار طوق النجاة.
٣. البهوتي، منصور بن يونس. (٢٠٠٨م). كشف القناع عن الإقناع (ط.١) (لجنة وزارة العدل السعودية، تحقيق). السعودية: وزارة العدل.
٤. التويجري، محمد بن إبراهيم. (٢٠٠٩م). موسوعة الفقه الإسلامي (ط.١). الرياض: بيت الأفكار الدولية.
٥. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم. (١٩٨٧م). الفتاوى الكبرى (ط.١). بيروت: دار الكتب العلمية.
٦. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم. (١٩٩٥م). مجموع الفتاوى (ط.٣) (عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، تحقيق). السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.
٧. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم. (د.ت). الحسبة في الإسلام (ط.١). بيروت: دار الكتب العلمية.
٨. جزار، أحمد حمود. حقوق الخدم من منشورات الجمعية الكويتية للمقومات الأساسية لحقوق الإنسان.
٩. الجصاص، أحمد بن علي. (١٩٩٤م). أحكام القرآن (ط.١) (عبد السلام محمد علي شاهين، تحقيق). بيروت: دار الكتب العلمية.



١٠. الجمعية الكويتية للمقومات الأساسية لحقوق الإنسان (KABE. HUMAN RIGHTS)، (٢٠٠٩م). تقرير أوضاع حقوق الإنسان في دولة الكويت، الكويت.
١١. الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله. (٢٠٠٧م). نهاية المطلب في دراية المذهب (ط. ١) (الديب، عبد العظيم محمود، تحقيق). مصر: دار المنهاج.
١٢. الحجاوي، موسى بن أحمد. (د.ت). زاد المستقنع في اختصار المقنع (د.ط) (العسكر، عبد الرحمن بن علي، تحقيق). الرياض: دار الوطن للنشر.
١٣. ابن حجر، أحمد بن علي. (١٣٧٩هـ). فتح الباري بشرح صحيح البخاري. بيروت: دار المعرفة.
١٤. الحداد، يوسف أحمد. (٢٠١٩م). حكم الدخول في عقود البيع والاجارة التي تفرض فيها غرامة التأخير. مجلة صالح كامل، ع ٦٩، ١٥-٥٥.
١٥. حسين، عبد الرازق. (١٩٩١م). الوسيط في شرح أحكام قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية (ط. ١). الإمارات: كلية شرطة دبي.
١٦. الحصني، أبو بكر بن محمد. (١٩٩٤م). كفاية الأختيار في حل غاية الإختصار (ط. ١) (علي عبد الحميد بلطجي، محمد وهبي سليمان، تحقيق). دمشق: دار الخير.
١٧. حماد، نزيه. (١٩٩٠م). دراسات في أصول المداينات (ط. ١). الطائف: دار الفاروق.
١٨. الخثلان، سعد بن تركي. (٢٠١٢م). المعاملات المالية المعاصرة (ط. ١). السعودية: دار الصميعي للنشر والتوزيع.
١٩. الخرشبي، محمد بن عبد الله. (د.ت). شرح مختصر خليل (د.ط). بيروت: دار الفكر للطباعة.

٢٠. الخفيف، علي. (١٩٩٠م). الشركات في الفقه الإسلامي (د.ط.). القاهرة: دار الفكر العربي.
٢١. أبو داود، سليمان بن الأشعث. (د.ت.). سنن أبي داود (د.ط.) (محمد محيي الدين عبد الحميد، تحقيق). بيروت: المكتبة العصرية.
٢٢. الديبان، ديبان بن محمد. (١٤٣٢هـ). المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (ط.٢). السعودية: الهيئة العامة للأوقاف.
٢٣. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة. (د.ت.). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل (د.ط.). بيروت: دار الفكر.
٢٤. رابطة العالم الإسلامي، (٢٠١١م). قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين (١٩٧٧-٢٠١٠م). مكة المكرمة.
٢٥. الرحيباني، مصطفى بن سعد. (١٩٩٤م). مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (ط.٢). بيروت: المكتب الإسلامي.
٢٦. الرُّعيني، محمد بن محمد. (١٩٨٤م). تحرير الكلام في مسائل الإلتزام (ط.١). (عبد السلام محمد الشريف، تحقيق). بيروت: دار الغرب الإسلامي.
٢٧. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس. (١٩٨٤م). نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (ط. الأخيرة). بيروت: دار الفكر.
٢٨. الزيلعي، عثمان بن علي. (١٣١٣هـ). تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (ط.١). القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية.
٢٩. السبكي، تاج الدين عبد الوهاب. (١٩٩١م). الأشباه والنظائر (ط.١). (عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، تحقيق). بيروت: دار الكتب العلمية.



٣٠. السمرقندي، علاء الدين شمس النظر أبو بكر. (١٩٨٤م). ميزان الأصول في نتائج العقول (ط.١) (الدكتور محمد زكي عبد البر، تحقيق). قطر: مطابع الدوحة الحديثة.
٣١. السنهوري، عبد الرزاق. (١٩٥٩م). مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ط.١). مصر: جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية العالية.
٣٢. أبو شنب، أحمد عبد الكريم. (١٩٩٩م). شرح قانون العمل (ط.١). عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر.
٣٣. الصرايرة، منصور بن عبد السلام. (٢٠١٧م). أحكام عقد الخدمة المنزلية: دراسة في القانون الأردني والنظام السعودي واتفاقية العمل مقارنة بالشرعية الإسلامية. مجلة القانون والاقتصاد، عدد (٩٢)، ٣٨١-٥١٠.
٣٤. الضير، الصديق محمد. (١٩٨٥م). الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماثلة. مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، ١٤، ٣، ١١٧-١١٩.
٣٥. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر. (١٩٦٦م). رد المحتار على الدر المختار (ط.٢). مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.
٣٦. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله. (١٩٨٠م). الكافي في فقه أهل المدينة (ط.٢) (محمد أحميد ولد ماديك الموريتاني، تحقيق). الرياض: مكتبة الرياض الحديثة.
٣٧. ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز. (١٩٩١م). قواعد الأحكام في مصالح الأنام (د.ط) (طه عبد الرؤوف سعد، تحقيق). القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية.
٣٨. العثيمين، محمد بن صالح. (١٤٢٦هـ). شرح رياض الصالحين (د.ط). الرياض: دار الوطن للنشر.

٣٩. العقل، مازن بن عبد الله. (٢٠٢٢م). التعزير بأخذ المال دراسة مقارنة وفق قواعد الأصول، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، ع٦٧، ٨٧٩ - ٩٢١.
٤٠. عمران، محمد علي. (١٩٨٥م). الوسيط في شرح أحكام قانون العمل (د.ط). مصر: الدار الجامعية.
٤١. أبوغدة، عبد الستار، والخوجة، عز الدين. (١٩٩٧م). فتاوى الهيئة الشرعية للبركة (د.ط). مكتبة طريق العلم.
٤٢. ابن فرحون، إبراهيم بن علي. (١٩٨٦م). تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام (ط.١). القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية.
٤٣. الفزيع، محمد عود. (٢٠٢٠م). التعليق على الفتاوى الفقهية المعاصرة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بالكويت، ع١٢٣، ٤٠٥-٤٠٧، DOI: ٣٤١٢٠/١٠، ٠٣٧٨٨-٠٣٥-١٢٣-٠١٣.
٤٤. آل فهاد، خالد بن عايض. (د.ت). التعزير بالسجن في الفقه الإسلامي والنظام السعودي (د.ط). الرياض: كلية الملك فهد الأمنية.
٤٥. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد. (١٩٩٧م). المغني (ط.٣) (عبد الله بن عبد المحسن، عبد الفتاح محمد الحلو، تحقيق). السعودية: دار عالم الكتب.
٤٦. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد. (١٩٩٤م). الكافي في فقه الإمام أحمد (ط.١). بيروت: دار الكتب العلمية.
٤٧. القرافي، أبو العباس أحمد. (١٩٩٤م). الذخيرة (ط.١) (محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، تحقيق). بيروت: دار الغرب الإسلامي.
٤٨. القرافي، أبو العباس أحمد. (١٩٩٨م). الفروق. (د.ط). بيروت: دار الكتب العلمية.



٤٩. القري، محمد علي. (٢٠١٩م). حكم الدخول بعقود البيع أو الإجارة التي تفرض فيها غرامة تأخير ولا يقبل الطرف المشروط له حذفها، بحث مقدم لمؤتمر شوري الثامن بالكويت.
٥٠. ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر. (٢٠١٩م). الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (ط. ٤) (نايف بن أحمد الحمد، سليمان بن عبد الله العمير، إبراهيم بن علي العبيد، تحقيق). الرياض: دار عطاءات العلم.
٥١. الكاساني، علاء الدين أبو بكر. (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ط. ٢). بيروت: دار الكتب العلمية.
٥٢. اللخمي، علي بن محمد. (٢٠١١م). التبصرة (ط. ١) (أحمد عبد الكريم نجيب، تحقيق). قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
٥٣. ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد. (د.ت). سنن ابن ماجه (د.ط) (محمد فؤاد عبد الباقي، تحقيق). القاهرة: دار إحياء الكتب العربية.
٥٤. المازري، أبو عبد الله محمد بن علي. (٢٠٠٨م). شرح التلقين (ط. ١) (محمد المختار السلامي، تحقيق). بيروت: دار الغرب الإسلامي.
٥٥. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد. (د.ت). الأحكام السلطانية (د.ط). القاهرة: دار الحديث.
٥٦. محمد، وفاء أحمد. (٢٠١٩م). العقوبات التعزيرية المحققة للمصلحة العامة. بحث مقدم المؤتمر الدولي الثالث كلية الشريعة بطنطا.
٥٧. ابن مفلح، شمس الدين محمد. (٢٠٠٣م). كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي (ط. ١). بيروت: مؤسسة الرسالة.
٥٨. المقدسي، عبد الرحمن بن إبراهيم. (٢٠٠٣م). العدة شرح العمدة (د.ط). القاهرة: دار الحديث.

٥٩. ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم. (٢٠٠٤م). الإشراف على مذاهب العلماء (ط. ١) (صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، تحقيق). الإمارات: مكتبة مكة الثقافية.
٦٠. النفيسة، أمل بنت عبد العزيز. (١٤٣١هـ). التخليط في الفقه الإسلامي. بحث مقدم لنيل درجة الماجستير. السعودية: جامعة الإمام محمد بن سعود.
٦١. النيسابوري، مسلم بن الحجاج. (١٩٩٢م). المسند الصحيح المختصر من السنن عن رسول الله (محمد فؤاد عبد الباقي، تحقيق). القاهرة: دار إحياء الكتب العربية.
٦٢. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، (١٤٠٤ - ١٤٢٧هـ). الموسوعة الفقهية الكويتية (ط. ٢). الكويت: دار السلاسل.
٦٣. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، (١٤٣٧هـ). المعايير الشرعية (د. ط.). السعودية: دار الميمان.
٦٤. هيئة المحاسبة والمراجعات للمؤسسات المالية الإسلامية، (١٤٣٧هـ). دراسات المعايير الشرعية (د. ط.). السعودية: دار الميمان.

المواقع الإلكترونية:

٦٥. موقع الإسلام سؤال وجواب عبر الرابط:
<https://islamqa.info/ar/answers/263948> - على - العقود - المشتلة - على -
 شروط - محرمة - في - بلاد - الغرب
- (تم الاطلاع بتاريخ ٢٢/٠٧/٢٠٢٤م).
٦٦. موقع جريدة الجريدة الكويتية عبر الرابط:
<https://www.aljarida.com/article/63001>
- (تم الاطلاع بتاريخ ٣٠/٠٧/٢٠٢٤م).

٦٧. مناقشة فتوى ندوة البركة الثالثة للدكتور عبد العزيز بايندر، حيث كان أحد أعضائها المعارضين في مقالته «عقوبة المدين المماطل في أداء الدين»، هي جزء من كتابه «التجارة والربا» عبر الرابط:

<https://www.hablullah.com/?p=1159>

(تم الاطلاع بتاريخ ٢١/٠٧/٢٠٢٤م).

٦٨. موقع الشيخ عبد الرحمن ناصر البراك عبر الرابط:

<https://sh-albarrak.com/fatwas/17331>

(تم الاطلاع بتاريخ ٢٢/٠٧/٢٠٢٤م).

٦٩. موقع دار الإفتاء الأردنية عبر الرابط:

<https://www.aliftaa.jo/decision/126/> رقم-قرار-124-112008-الجزائي-

في-الديون

(تم الاطلاع بتاريخ ٢٢/٠٧/٢٠٢٤م).

٧٠. لائحة عمال الخدمة المنزلية السعودية عبر الرابط:

٧١. السعودية: لائحة عمال الخدمة المنزلية ومن في حكمهم (hrdiscussion.com)

(تم الاطلاع بتاريخ ٢٨/٠٧/٢٠٢٤م).

٧٢. موقع الجريدة:

<https://www.aljarida.com/article/64537>

(تم الاطلاع بتاريخ ١٥/٠٧/٢٠٢٤م).



أصول تطبيق نظام المعاملات المدنية السعودي

د. عبد الرحمن بن محمد بن عبد العزيز الحميد

البريد الإلكتروني:

alhmidi12@hotmail.com

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين
 نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فيعد صدور نظام المعاملات المدنية نقلة نوعية في الجانب النظامي، فهو أول^(١) تنظيم للمعاملات المدنية بالأسلوب المعاصر، والصياغة القانونية الحديثة، وكنت حضرت دورة (المدخل إلى علم القانون)، وحث مقدمها الحاضرين - وهم من القضاة - على تدوين شرح للنظام، فقوى بذلك فكرة لدي، ولكن كنت أستشكك بعض المواد، وبعد قراءة بعض المراجع، وقراءة النظام لأكثر من مرة، وجدت النفس منسرحة، وزال كثير من الإشكالات، فقررت البدء بالمادة الأولى، وبعد الاطلاع على المراجع وجدت مادة يمكن معها الكتابة في هذا الموضوع، فاستخرت الله عَزَّوَجَلَّ في الكتابة فيه، وجعلت عنوانه: (أصول تطبيق نظام المعاملات المدنية السعودي)، وإلى عناصر المقدمة:

(١) ولا يعني هذا وجود فراغ تشريعي أو تنظيمي بل كان منظماً إما بالمذهب الحنبلي بأهم كتابين عند المتأخرين منه: كشاف القناع وشرح المنتهى للبهوتي، وبالمادة الثامنة والأربعين من النظام الأساسي للحكم، والمادة الأولى من نظام المرافعات الشرعية وسع التطبيق ليشمل الشريعة الإسلامية. ينظر: التوضيحات المرعية لنظام المرافعات الشرعية؛ د. نيل الجبرين: (١ / ٢٢)، أصول فهم النصوص النظامية؛ د. خالد الخضير: (ص ٢٠٥)، وينظر مزيد تفصيل: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي والنظام السعودي؛ أ. د. ناصر الغامدي: (ص ٥٧٦ - ٥٨٤).

أسباب اختيار الموضوع وأهميته:

أولاً: أهميته من أهمية نظام المعاملات المدنية السعودي التي سبق بيان شيء منها.

ثانياً: قلة الدراسات والبحوث حول نظام المعاملات المدنية السعودي، فهي وإن وجدت فهي لم تستوعب كل أبوابه، وجميع مواد وأحكامه، ومنها بيان أصول تطبيقه، فلم أجد دراسة فيها.

ثالثاً: ما وجدته من كتابات غير محررة وغير دقيقة في هذا الموضوع تفتقر إلى الدقة العلمية والموضوعية.

رابعاً: ما وجدته خلال عملي في القضاء في المحكمة العامة ومحكمة التنفيذ بالرياض من تفاوتات القضاة في الفهوم، ومن مضيق لدلالة المادة النظامية ومن موسع لها، فكان في هذا البحث بيان للدلالة المعتمدة من غيرها.

منهج البحث:

هو منهج وصفي تحليلي، عرفت فيه بنظام المعاملات المالية في التمهيد وأوردت نص المادة الأولى من نظام المعاملات المدنية في آخره، واعتمدت فيه على أمهات المصادر والمراجع الأصيلة إن وجد فيها ما يغني عن غيرها، وركزت على موضوع البحث، وتجنبت الاستطراد، وذكر الخلاف، وعينت بالتمثيل والتطبيق على نظام المعاملات المدنية وذكر تطبيق منه لكل قاعدة أو نوع يذكر في البحث، وربطت بين نظام المعاملات المدنية وبين التعليمات

والأنظمة المتصلة به السارية دون غيرها ما لم يوجد مستند للاعتماد عليها، وكتبت الآيات وفق الرسم العثماني مضبوطة بالشكل، وترقيمها، وبيان سورها، وخرجت الأحاديث من مصادرها المعتمدة، وإن لم يكن الحديث في أحد الصحيحين، فأخرجه من مصادره التي أقف عليه فيها، ثم أذكر ما وجدت عليه من تصحيح أو تضعيف، وعرفت بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، ووثقت المعاني من معاجم اللغة المعتمدة، وعנית بقواعد اللغة العربية والإملاء، وعلامات الترقيم، وضمنت الخاتمة أهم النتائج والتوصيات، وتعطي فكرة واضحة عما يتضمنه البحث، وختمته بفهرس المصادر والمراجع.

خطة البحث:

وفيه مقدمة وتمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة:

التمهيد: وفيه التعريف بنظام المعاملات المدنية وأقسامه:

وفيه مطلبان:

المبحث الأول: التعريف بنظام المعاملات المدنية.

المطلب الثاني: أقسام نظام المعاملات المدنية.

المبحث الأول: تطبيق نظام المعاملات المدنية على الأشخاص

والمكان والزمان:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تطبيق نظام المعاملات المدنية على الأشخاص والمكان.

المطلب الثاني: تطبيق نظام المعاملات المدنية على الزمان.

المبحث الثاني: أوجه الاحتجاج بالنظام.

وفيه توطئة، وثلاثة مطالب:

المطلب الأول: لفظ النظام وفحواه.

وفيه توطئة، ومسألتان:

المسألة الأولى: لفظ النظام.

وفيها توطئة، وفرعان:

الفرع الأول: دلالة المطابقة.

الفرع الثاني: دلالة التضمن.

المسألة الثانية: فحوى النظام.

وفيها توطئة، وخمسة فروع:

الفرع الأول: دلالة الاقتضاء.

الفرع الثاني: دلالة الإشارة.

الفرع الثالث: دلالة الإيحاء.

الفرع الرابع: دلالة مفهوم الموافقة.

الفرع الخامس: دلالة مفهوم المخالفة.

المطلب الثاني: القواعد الكلية.





وفيه توطئة، وثلاث مسائل:

المسألة الأولى: قواعد موضوعية.

المسألة الثانية: قواعد الإثبات.

المسألة الثالثة: قواعد تفسير النصوص.

المطالب الثالث: الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر

ملاءمة لهذا النظام.

المبحث الثالث: العمل عند التعارض.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: التعارض بين نصوص النظام.

المسألة الثانية: التعارض بين نظام المعاملات المدنية وبين غيره

من الأنظمة.

الخاتمة.

فهرس المصادر والمراجع.

وأخيراً: فأحمد الله وأشكره على منّ به من إتمام هذا البحث، وأسأله أن

يتقبله ويجعله من العلم النافع والعمل الصالح، وأن يغفر لي تقصيري وزلي

فيه، وأشكر كل من اطلع عليه وزودني بما لديه من ملحوظات، وهذا أو ان

الشروع في المطلوب.

التمهيد

التعريف بنظام المعاملات المدنية وأقسامه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بنظام المعاملات المدنية:

إن نظام المعاملات المدنية هو أحد الأنظمة القضائية الموضوعية، التي أُعلن عنها بتاريخ: ٢٦ / ٠٦ / ١٤٤٢ هـ^(١)، وقد صدر من هذه الأنظمة المعلن عنها نظام الإثبات ونظام الأحوال الشخصية تلاهما نظام المعاملات المدنية.

وهو نظام صدر بموجب المرسوم الملكي ذي الرقم: (م / ١٩١) بتاريخ: ٢٩ / ١١ / ١٤٤٤ هـ، بالأداة النظامية لإصدار الأنظمة (وهي المرسوم الملكي)^(٢)، وبدأ سريان العمل به بعد مضي مئة وثمانين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية وفق المادة الحادية والعشرين بعد السبعمئة منه^(٣).

(١) أُعلن عنها صاحب السمو الملكي: الأمير محمد بن سلمان بن عبد العزيز آل سعود حفظه الله، كما ورد الخبر في وكالة الأنباء السعودية ورابطه: (<https://www.spa.gov.sa/2187777>).

(٢) وذلك وفق ما نصت عليه المادة: (٦٧)، والمادة: (٧٠) من النظام الأساسي للحكم.

(٣) وهي تختلف فإن النظام نشر إلكترونياً في موقع جريدة أم القرى بتاريخ: ٠١ / ١٢ / ١٤٤٤ هـ، ونشر في النسخة الورقية منها بتاريخ: ٠٥ / ١٢ / ١٤٤٤ هـ.

وهو مكون من (٧٢١) مادة تنقسم إلى باب تمهيدي وثلاثة أقسام وأحكام ختامية، وهو أطول نظام من الأنظمة السعودية، تناول تنظيم كثير من أحكام النظام الخاص^(١)، ولم يتناول أحكام الأحوال الشخصية؛ فإن لها نظامًا خاصًا بها، كما أنه لم يقتصر على ما يطلق عليه النظام المدني^(٢)، بل تعدى ذلك إلى تنظيم كثير من أحكام تعامل التجار مع بعضهم، كما ورد ذلك في الباب الرابع من القسم الثاني المعنون له بـ (عقود المشاركة)، وتضمن المواد من المادة الثامنة والعشرين بعد الخمسة وحتى المادة السابعة والسبعين بعد الخمسة، وغيرها من المواد التي تناولت أحكام تعامل التجار.

فكان لهذا النظام النصيب الأكبر من تنظيم أحكام النظام الخاص، وهو ما لم يتناوله نظام آخر؛ ففي بعض فروع النظام الخاص الأخرى صدر أكثر

(١) وهو يتكون من مجموعات القواعد النظامية التي تنظم العلاقة بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة على أساس أنها تتعامل معهم على قدم المساواة. ينظر: المدخل لدراسة السياسة الشرعية والأنظمة المرعية؛ أ. د. ناصر الغامدي: (ص ٣٩٣-٣٩٤)، المدخل لدراسة الأنظمة القانونية في المملكة العربية السعودية؛ أ. د محمد الألفي: (ص ١٢٧ - ١٢٩).

(٢) وهو مجموعة القواعد النظامية التي تحكم العلاقات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة بوصفها شخصًا عاديًا، وذلك في كل مسألة لا تدخل في نظام آخر. ينظر: المدخل لدراسة السياسة الشرعية والأنظمة المرعية: (ص ٣٩٣)، المدخل لدراسة الأنظمة القانونية في المملكة العربية السعودية: (ص ١٢٧).

من نظام لبيان أحكامها^(١)، وهذا يفسر شيئاً من أسباب تعديل وإلغاء بعض المواد في الأنظمة الأخرى في أداة الإصدار لهذا النظام.

المطلب الثاني: أقسام نظام المعاملات المدنية.

إن نظام المعاملات المدنية كما ذكر في المبحث السابق يتكون من باب تمهيدي وأقسام ثلاثة وأحكام ختامية:

فأما الباب التمهيدي، فتناول تطبيق النظام، والأشخاص، والأشياء والأموال، وأنواع الحق، واستعمال الحق، وذلك من المادة الأولى وحتى المادة التاسعة والعشرين.

وأما القسم الأول، فعنون له بـ(الالتزامات (الحقوق) الشخصية)، وتناول مصادر الالتزام: من العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والإثراء بلا سبب والنظام، وآثار الالتزام: من التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض و ضمانات تنفيذ الالتزام، والأوصاف العارضة على الالتزام: من الشرط والأجل وتعدد محل الالتزام وتعدد طرفي الالتزام، وانتقال الالتزام: من حوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن العقد، وانقضاء الالتزام: بالوفاء أو بما يعادل الوفاء أو بدون الوفاء، وذلك من المادة الثلاثين وحتى المادة السادسة بعد الثلاثمئة.

(١) ينظر: المدخل لدراسة السياسة الشرعية: (٣٩٣-٤٠١)، المدخل لدراسة الأنظمة القانونية: (ص ١٢٨ - ١٣٩).

وأما القسم الثاني، فعنون له بـ (العقود المسماة)، وتناول العقود الواردة على الملكية من عقد البيع والمقايضة والهبة والقرض والصلح والمسابقة، والعقود الواردة على المنفعة من عقد الإيجار والإعارة، والعقود الواردة على العمل من عقد المقاولة والعمل والوكالة والإيداع والحراسة، وعقود المشاركة من عقد الشركة والمضاربة والمشاركة في الناتج، وعقد الكفالة والتأمين، وذلك من المادة السابعة بعد الثلاثمئة إلى السابعة بعد الستمئة وبذلك أصبح القسم الأكبر من النظام.

وأما القسم الثالث، فعنون له بـ (الحقوق العينية)، وتناول الحقوق العينية الأصلية من حق الملكية والحقوق المتفرعة عن حق الملكية: من حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى وحق الوقف وحق الارتفاق، والحقوق العينية التبعية، وذلك من المادة الثامنة بعد الستمئة إلى المادة التاسعة عشرة بعد السبعمئة.

وختم النظام بأحكام ختامية، وتضمن مادتين: المادة الأولى منها حوت إحدى أربعين قاعدة كلية تطبق بالقدر الذي لا يتعارض مع النصوص النظامية، وأما المادة الثانية فهي العمل بهذا النظام.

وأختم التمهيد بنص المادة الأولى من نظام المعاملات المدنية لأنها أهم مستند في البحث:

«المادة الأولى:

١- تطبق نصوص هذا النظام على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها، فإن لم يوجد نص يمكن تطبيقه، طبقت القواعد الكلية الواردة في الأحكام الختامية، فإن لم توجد قاعدة يمكن تطبيقها طبقت الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لهذا النظام.

٢- لا يخل تطبيق نصوص هذا النظام بالنصوص النظامية الخاصة».

وفيهما يأتي بيان لأصول التطبيق المستمدة منها.

المبحث الأول تطبيق نظام المعاملات المدنية على الأشخاص والمكان والزمان

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تطبيق نظام المعاملات المدنية على الأشخاص والمكان:

بينت المادة الأولى في فقرتها الأولى تطبيق هذا النظام على جميع المسائل الصادرة أو الواقعة من جميع الجهات والأشخاص^(١)، فيسري عليها، ويستثنى من ذلك ما يلي:

الأول: ما نص على خروجه من نظام المعاملات المدنية نظام خاص، استناداً على الفقرة الثانية من هذه المادة، ومن ذلك الدعاوى العينية المتعلقة بعقار^(٢) خارج المملكة وفق المادة الرابعة والعشرين والمادة الخامسة

(١) والمقصود بالأشخاص هنا هم كل من في المملكة العربية السعودية، أو خارجها - إن كان سعودياً -، وكذلك التدابير التحفظية والوقائية التي تنفذ في المملكة، ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية وفق قواعد الاختصاص. ينظر في تفصيلها مواد نظام المرافعات الشرعية من المادة: (٢٤ - ٣٠)، وينظر تفصيلها في: مبادئ المرافعات الشرعية؛ د. محمود موافي: (ص ١٦٦ - ١٧٠)، أصول المرافعات الشرعية في النظام القضائي السعودي؛ هشام عوض: (ص ١٠٨ - ١٢٤).

(٢) «هي كل دعوى تقام على واضح اليد على عقار ينازعه المدعي في ملكيته، أو في حق متصل به؛ مثل: حق الانتفاع، أو الارتفاق، أو الوقف، أو الرهن، ويشمل ذلك: قسمة العقار، أو دعوى الضرر منه». اللائحة: (٢٤ / ٢) من لائحة نظام المرافعات الشرعية.

والعشرين والمادة الثامنة والعشرين^(١) من نظام المرافعات الشرعية، فلا يطبق نظام المعاملات المدنية على الدعاوى المذكورة؛ لأنها خارجة عن ولاية القضاء السعودي.

الثاني: ما نص عليه البند (رابعاً) من المرسوم الملكي الذي صدر به النظام: «لا تخل أحكام نظام المعاملات المدنية بالآتي:

١- أي معاهدة أو اتفاقية ارتبطت بها المملكة مع الدول والهيئات والمنظمات الدولية.

٢- أي اختصاص لجهات عامة أو قضائية مقرر بموجب الأنظمة.

٣- إجراءات القيد والتسجيل أو الترخيص أو أي إجراءات شكلية مقرر بموجب الأنظمة».

ومن ذلك «عدم قبول الدعاوى التي تقدمها البعثات الدبلوماسية أو القنصلية بما فيها المنظمات الدولية والإقليمية التي لها مكاتب معتمدة في المملكة أو من أي من المتمتعين بالحصانات الدبلوماسية أو القنصلية العاملين لدى تلك البعثات أو المنظمات، وكذلك عدم البت في الدعاوى المقامة ضد تلك البعثات أو المنظمات أو أحد أفرادها الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية أو القنصلية ما لم تتضمن مستندات القضية خطاباً رسمياً صريحاً من البعثة يتضمن تنازلاً عن الحصانة القضائية بالنسبة

(١) اتفقت المواد الثلاث على هذا النص: «ما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة».

لحضور الدعوى، وتنازلاً رسمياً صريحاً كتابياً عن الحصانة القضائية من البعثة أو أحد أعضائها عند الشروع في إجراءات تنفيذ الحكم استناداً إلى المادة: (٣٢) من اتفاقية فيينا للعلاقات والحصانات الدبلوماسية لعام: ١٩٦١م التي انضمت إليها المملكة بالمرسوم الملكي رقم (م / ٣٨) بتاريخ: ٢١ / ١١ / ١٤٠٠هـ، والمادة: (٤٥) من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣م، والتي انضمت إليها المملكة بالمرسوم الملكي رقم (م / ٤٤) بتاريخ: ٠٨ / ٠٩ / ١٤٠٨هـ^(١)، فيكون الأشخاص المذكورون خارج نطاق تطبيق نظام المعاملات المدنية.

المطلب الثاني: تطبيق نظام المعاملات المدنية على الزمان:

إن التطبيق الزمني للنظام على الوقائع التي حدثت بعده تصدت لبيانه المادة (٧٢١) من النظام، فنصت على أنه «يعمل بهذا النظام بعد مضي مئة وثمانين) يوماً من نشره في الجريدة الرسمية^(٢)، ويلغى كل ما يتعارض معه من أحكام»، وأما ما قبل بدء تطبيقه، فتصدت له الفقرة: (خامساً) من أداة إصدار النظام، ونصها: «خامساً: تسري أحكام نظام المعاملات المدنية على جميع الوقائع التي حدثت قبل العمل به، وذلك باستثناء ما يأتي:

- (١) تعميم وزير العدل بالنيابة الصادر برقم: (١٣ / ت / ٤٤٢٣)، وتاريخ: ٠٣ / ١٢ / ١٤٣٢هـ، وينظر في ذلك: المدخل لدراسة الأنظمة القانونية: (ص ٢٠٦ - ٢٠٧).
- (٢) وهي تختلف فإن النظام نشر إلكترونياً في موقع جريدة أم القرى بتاريخ: ٠١ / ١٢ / ١٤٤٤هـ، ونشر في النسخة الورقية منها بتاريخ: ٠٥ / ١٢ / ١٤٤٤هـ.

١- إذا وجد نص نظامي أو مبدأ قضائي يتعلق بالواقعة بما يخالف أحكام هذا النظام وتمسك به أحد الأطراف.

٢- إذا كان الحكم يتعلق بمدة لمرور الزمن المانع من سماع الدعوى بدأ سريانها قبل العمل بهذا النظام» أ. هـ.

فاستثناء من مبدأ: (عدم سريان النظام بأثر رجعي)^(١) ورد هذا النص في أداة إصدار النظام لبيان سريان نظام المعاملات المدنية بأثر رجعي، ولعل ذلك يرجع إلى عدم وجود نظام سابق يحل محله، فكان لسريانه بأثر رجعي فائدة في تحقيق الغاية منه في استقرار المعاملات والأفضية وفق ما ورد فيه من بدء تطبيقه بأقرب طريق وأسرع وسيلة؛ فإن النظام عند بدء تطبيقه تكون أغلب الوقائع والقضايا المنظورة سابقة عليه، فيبقى تطبيقه محدوداً أمداً ليس قصيراً لحين استيعاب مدة تطبيقه للقضايا المنظورة، كما أنه نظام موضوعي - في الأصل -، فسريان أحكامه الموضوعية على الوقائع السابقة لبدء العمل به لا يكون مخرلاً بسير القضية ونظامها - غالباً -.

واستثنت الفقرة المذكورة من سريان النظام بأثر رجعي مسألتين:

المسألة الأولى: وجود نص نظامي أو مبدأ قضائي يتعلق بالواقعة ويكون مخالفاً لأحكام هذا النظام على أن يتمسك به أحد الأطراف.

(١) أي: أن أحكام النظام لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ العمل به ولا تؤثر فيما وقع قبلها. ينظر التفصيل في: المدخل لدراسة الأنظمة القانونية: (ص ٢٠١ - ٢٠٣)، المدخل لدراسة السياسة الشرعية: (٤٩٤ - ٤٩٧)، أصول فهم النصوص النظامية: (ص ٢٨٨ - ٢٨٩).

فاشترط لعدم سريان نظام المعاملات المدنية بأثر رجعي ثلاثة شروط:

الشرط الأول: وجود نص نظامي أو مبدأ قضائي يتعلق بالواقعة:

فلا بد لإخراج الواقعة عن نظام المعاملات المدنية من وجود نص نظامي ولعل المقصود بالنص النظامي في هذه الفقرة هو أحد النصوص النظامية الملغاة^(١) بصدور نظام المعاملات المدنية سواء كان مما نص على إلغائه في أداة إصدار النظام؛ كما في الفقرة (ثانياً) منها أو ألغي بطريق آخر.

يؤيد هذا الفهم ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى من أن أنه «لا يخل تطبيق نصوص هذا النظام بالنصوص النظامية الخاصة»، فإن النصوص النظامية الخاصة التي لم تلغ تكون نافذة ومخصصة لعموم نظام المعاملات المدنية، ولا حاجة لاشتراط الشروط الواردة في هذه المسألة لتطبيقها.

أو أن يوجد مبدأ قضائي يستند عليه لإخراج الواقعة عن نظام المعاملات المدنية، ومن ذلك الوعد، فإن نظام المعاملات المدنية جعله ملزماً قضاءً بأن جعل التصرف بإرادة منفردة من مصادر الالتزام كما في المادة: (١١٥) وما بعدها، وورد في القرار الصادر من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة برقم: (١٦٢ / ٥)، وتاريخ: ٢٤ / ٠٣ / ١٤١٥ هـ (المصادقة على حكم تضمن أن الوعد غير ملزم قضاء، ويستحب الوفاء به)^(٢)، فإذا كانت

(١) ينظر: في طرق الإلغاء: أصول فهم النصوص النظامية: (ص ٢٩٣)، وما بعدها.

(٢) المبادئ والقرارات: (ص ٣٧)، ومن أمثله أيضاً التعويض عن الضرر المعنوي، فقد قرر نظام المعاملات المدنية التعويض عنه في المادة (١٣٨) منه، وقررت المحكمة العليا في قرار الدائرة الثالثة منها ذي الرقم: (٤٢٩١٨٣)، وتاريخ: ١٠ / ٠٢ / ١٤٤٢ هـ عدم التعويض عنه.

واقعة الوعد قبل سريان نظام المعاملات المدنية، فلأي من طرفي القضية التمسك بما ورد في هذا القرار في مواجهة خصمه لعدم قبول الوعد مصدرًا من مصادر الالتزام.

الشرط الثاني: أن يكون هذا النص النظامي أو المبدأ مخالفًا لنظام المعاملات المدنية:

فلا بد من هذه المخالفة في هذا النص النظامي أو المبدأ، وإلا كان مؤكدًا لنظام المعاملات المدنية وكان الاستناد على النظام، ولم يحتاج لهذا النص أو المبدأ.

الشرط الثالث: أن يتمسك به أحد الأطراف:

فليس للمحكمة التصدي لتطبيق هذا النص أو المبدأ ما لم يتمسك به أحد أطراف القضية.

المسألة الثانية: إذا كان الحكم يتعلق بمدة مرور الزمن المانع من سماع الدعوى بدأ سريانها قبل العمل بهذا النظام:

والزمن المانع من سماع الدعوى تصدى النظام لبيانه في الفرع الثالث من الفصل الثالث من الباب الخامس من القسم الأول من النظام، في المادة: (٢٩٥) وما بعدها، كما تناولت بعض المواد بيانه في بعض المسائل كما في المادة: (١٥٩) في دعوى الإثراء بلا سبب، والمادة: (٣٤٤) في دعوى ضمان العيب، وغيرها من المواد^(١)، فلا يعتد بما مر من زمن قبل سريان نظام

(١) وألحق بنشرة جمعية قضاء للنظام جدول لبيان هذه المدد، فراجع.

المعاملات المدنية - الوارد في المادة: (٧٢١) منه - لعدم سماع الدعوى الوارد في النظام، فلا تسري على هذا الزمن المواد التي تناولت المنع من سماع الدعوى.



المبحث الثاني أوجه الاحتجاج بالنظام

وفيه توطئة، وثلاثة مطالب:

توطئة:

إن المادة الأولى من النظام نصت على كيفية تطبيقه وتفسيره، فتناولت وسائل التفسير الداخلية^(١)، ولم تقتصر على الإحالة العامة إليها بل نصت على أنه يطبق أولاً ما تناول المسألة المعروضة من لفظ النظام أو فحواه، كما أنها أيضاً لم تهمل طرق التفسير الخارجية^(٢)، فإنه إن لم يوجد لفظ ولا فحوى، وهو ما عبر عنه المنظم بـ: (لم يوجد نص يمكن تطبيقه)، فتجد المادة الأولى نصت على حجية اثنين منها على الترتيب فينتقل إلى القواعد الكلية الواردة في الأحكام الختامية، وهي إحدى وأربعون قاعدة تناولتها المادة: (٧٢٠) من النظام بعض هذه القواعد موضوعية، وبعضها في الإثبات، وبعضها في تفسير النصوص، وعند تعارض القواعد الكلية مع الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لأحكام النظام، فلا يلتفت

(١) وهي عند القانونيين: ألفاظ النص، وإشارة النص، ودلالة النص. ينظر: المدخل لدراسة الأنظمة القانونية: (ص ٢٢٧).

(٢) وسميت بذلك لأن القاضي أو القانوني يستعين بعناصر خارجة عن النص وحده، وأهمها عند القانونيين: الحكمة الشرعية، والأعمال التحضيرية، والمصدر التاريخي، والقياس. ينظر: المدخل لدراسة الأنظمة القانونية: (ص ٢٢٧)، أصول فهم النصوص النظامية: (ص ٤٤٦).

لهذه الأحكام وتطبق القواعد، ويكون ما بنيت عليه هذه القواعد من الأصول الشرعية في الشريعة الإسلامية أولى من الأحكام الأكثر ملاءمة أو المظنون أنها أكثر ملاءمة، فإن لم يوجد من هذه القواعد ما يمكن تطبيقه، فيرجع إلى الأحكام المستمدة من الفقه والشريعة الإسلامية، ولم يجعل النظام للقاضي الاختيار وفق ما يترجح له، وإنما جعل المعيار في الاختيار: أن يكون أكثر ملاءمة للنظام، بأن يكون وفق اختياراته، ولعل فيما يأتي - إن شاء الله تعالى - ما يبين ذلك بتطبيقات من النظام نفسه، وتفصيل ذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: لفظ النظام وفحواه:

وفيه توطئة، ومسألتان:

توطئة:

وفيه ثلاث فروع:

الفرع الأول: فهم لغة النظام:

إن نظام المعاملات المدنية صيغ بلغة نظامية حديثة، وهذا يظهر من أدنى تأمل له، لا سيما القسم الأول منه، فإنه المتعلق بالنظرية العامة للالتزام^(١)، فقد تناول مصادر الالتزام، وآثاره، والأوصاف العارضة على

(١) وهذا الاصطلاح درج شراح القانون العرب على استعماله كترجمة للمصطلح: «obligation»، والذي يعني: رابطة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص معين اسمه المدين بالقيام بأداء مالي ابتغاء تحقيق مصلحة مالية أو غير مالية لشخص آخر معين =

الالتزام، وانتقال الالتزام، وانقضاء الالتزام، وغير ذلك من المواضع، وهذا يجعل الناظر والمطبق والباحث في نظام المعاملات المدنية ملزماً بالرجوع للتفسيرات النظامية لهذه المصطلحات حتى لا يقع في الخطأ، وحتى لا يفهم مقصود المنظم على غير وجهه، وهذا فيما ظهر وقوي اختصاص الصياغة النظامية به، وإن احتمل معنيين كان ما عرف من المنظم السعودي استعماله فيه أولى، وذلك عملاً بالحقيقة العرفية في الاستعمال النظامي، وأن كل متكلم بلغة يجب حمل كلامه على المعنى الذي يستعمله أهل اللغة فيه، فيكون ذلك قرينة دالة على الحقيقة النظامية التي أرادها المنظم إلى أن يرد ما يصرفه إلى غيره^(١)، وأما إذا لم يظهر اختصاص الصياغة النظامية به فإنها تحمل على الاصطلاح الفقهي في الشريعة الإسلامية عملاً بعجز الفقرة الأولى من المادة الأولى من نظام المعاملات المدنية فقد نصت على حجية

= أو قابل للتعين اسمه الدائن يكون له عند عدم تنفيذ المدين للالتزامه سلطة إجباره على ذلك التنفيذ. ينظر: معالم النظرية العامة للالتزام؛ أ. د. محمد الألفي: (١٣ / ١) - (١٤)، ويظهر كون هذا المصطلح خاصاً أو أظهر في الاصطلاح النظامي أن الفقهاء لم يصوغوا نظرية مستقلة للتفريق بين الحقوق الشخصية - التي تندرج نظرية الالتزام تحتها - والحقوق العينية، ولا يعني عدم وجود مضمونها بل مضمونها موجود، قام بعض الفقهاء المعاصرين بتتبعه وإخراجه. ينظر فيما سبق: المدخل إلى النظرية العامة للالتزام في الفقه الإسلامي؛ للأستاذ: مصطفى الزرقا: (٤٠ - ٤١).

(١) ينظر: علم أصول الفقه؛ لعبد الوهاب خلاف: (ص ١٣١ - ١٣٢)، أصول فهم النصوص النظامية: (٣٢٨ - ٣٢٩).

الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة للنظام؛ ولأن الشريعة الإسلامية حاکمة على الأنظمة، وتصدر الأنظمة وفقها^(١).
الفرع الثاني: اعتبار دلالات الألفاظ في أصول الفقه الإسلامي:

سرت في هذا المطلب وبيان مسائله وفق ما ورد في مباحث دلالات الألفاظ في أصول الفقه الإسلامي؛ وذلك لأمر:

الأول: أن النصوص النظامية نصوص باللغة العربية، وما ذكره الأصوليون - في الجملة - يصلح للتطبيق على جميع النصوص العربية^(٢)، فليس من السائغ نظاماً ولا عقلاً أن يسن نظام بلغة، ويطلب فهمه على مقتضى أساليب وأوضاع لغة أخرى؛ لأن شرط صحة الإلزام بالنظام القدرة على فهمه، ولهذا يوضع بلغة الدولة ولغة أفرادها، كما أن ما ذكر في أصول الفقه إنما هو أدوات ووسائل يستعين بها القاضي على تحري العدل في قضائه، وتطبيق النظام على وجهه، فهي ليست خاصة بالنصوص والأحكام

(١) ينظر: المدخل إلى فقه المرافعات؛ لعبد الله بن خنين: (ص ١٩٣) استناداً على نص المادة السابعة والمادة السابعة والستين من النظام الأساسي للحكم.
(٢) ينظر: علم أصول الفقه؛ لعبد الوهاب خلاف: (ص ١٣٠)، أشر علم أصول الفقه في سنن الأنظمة وصياغتها وتفسير نصوصها والموازنة بينها؛ أ. د. عبد العزيز المشعل: (ص ٧٧)، أصول فهم النصوص النظامية: (ص ٣٩).

الشرعية^(١)، فلعله لذلك عمم في بعض عناوين الكتب الأصولية، فلم تقيّد بأنها أصول للفقهاء^(٢).

الثاني: عمق وأصالة وعراقة دراسة الأصوليين لدلالة الألفاظ، فقد كانت محل دراسة ومراجعة على مدى أكثر من ألف عام، فكانت أكثر تحريراً من غيرها.

الثالث: تنوع مصادر الأصوليين في دراستهم لدلالات الألفاظ، فهم لم يكتفوا بما ذكره اللغويون، «فإن الأصوليين دققوا في أشياء من كلام العرب لم يصل إليها النحاة واللغويون، فإن كلام العرب متسع جداً والنظر فيه متشعب، فكتب اللغة تضبط الألفاظ ومعانيها الظاهرة دون المعاني الدقيقة التي تحتاج إلى نظر أصول واستقراء زائد على الاستقراء اللغوي»^(٣)، بل زادوا عليه ما استنبطوه من النصوص الشرعية وغيره من مصادر الأصول^(٤)، فكانت المادة العلمية لديهم غنية بتنوع مصادرها وتعددتها، مما يمكن عن طريقه الإحاطة بقصد المنظم التي دل عليها لفظه.

(١) ينظر: علم أصول الفقه؛ لعبد الوهاب خلاف: (ص ١٣٠)، أصول فهم النصوص النظامية: (ص ٤٠).

(٢) كما في المستصفى من علم الأصول للغزالي، والمحصول من علم الأصول للرازي، ومنهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي، وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول. ينظر: أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله: (ص ٢٠).

(٣) ينظر: الإبهاج في شرح المنهاج؛ للسبكيين: (٧ / ١)، وينظر: أصول فهم النصوص النظامية: (ص ٣٩).

(٤) ينظر: التحبير؛ للمرداوي: (١ / ١٩٠ - ١٩٢).

الرابع: أنه مستمد من الشريعة الإسلامية، وهو أحد مصادرها، وهذا يجعل له التقدم في استعماله كأداة ووسيلة لتفسير النظام، وذلك من جهتين: الجهة الأولى: أن عجز المادة الأولى نص على تطبيق الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لهذا النظام، فتكون الأحكام التي تناوها الأصوليون في دلالة الألفاظ هي المطلوب تطبيقها في هذا النظام، وإذا كان العرف النظامي الخاص - المذكور في المسألة السابقة - هو الذي أخرج تعريف وتفسير بعض المصطلحات، فإن باقيا يبقى على الأصل بتطبيق الشريعة الإسلامية عليه - اصطلاحاً وتطبيقاً - إذا لم يمكن تفسيرها وفق القواعد الكلية الأربعين الواردة في المادة: (٧٢٠).

الجهة الثانية: أن الأنظمة في المملكة العربية السعودية مستمدة من الشريعة الإسلامية، فقد نصت المادة السابعة من النظام الأساس للحكم على أنه: «يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى، وسنة رسوله. وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة»، وأكدت المادة السابعة والستون على أن الأنظمة تصدر وفقها، فنصت على أنه: «تختص السلطة التنظيمية بوضع الأنظمة واللوائح، فيما يحقق المصلحة، أو يرفع المفسدة في شئون الدولة، وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية...»، فإذا كانت الشريعة الإسلامية هي الحاكمة، وهي التي صدر نظام المعاملات المدنية وفقها كان المستمد منها هو المفسر لها دون غيره ما لم يدل العرف الخاص - كما سبق - على خلافه^(١).

(١) ينظر: أثر علم أصول الفقه: (ص ٧٧)، المدخل لدراسة العلوم القانونية: (ص ٢٣٢).

الخامس: أن النظاميين احتذوا - في أغلب مباحث التفسير القانوني - حذو الأصوليين في تعيين طرق دلالة الألفاظ على المعاني؛ لفهم النص، وضبط هذا الفهم، واستنباط الأحكام منه؛ فقد سبق علم أصول الفقه علماء النظام في إرساء قواعد تفسير النصوص، ويؤيده نص بعض النظم العربية على الرجوع إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي في فهم النص وتأويله^(١)، وإعمال هذه القواعد في أحكام الجهات القضائية العليا في بعض الدول العربية^(٢).

الفرع الثالث: تقسيم دلالات النظام:

قسّم نظام المعاملات المدنية الدلالة الأولى إلى نوعين دلالة لفظ النظام ودلالة فحواه؛ وبناء على ما تقدم من استمداد نظام المعاملات المدنية من الشريعة الإسلامية، ومنها أصول الفقه، فإن تقسيم الدلالات المتوافق مع تقسيم نظام المعاملات المدنية، هو تقسيمها لتكون الدلالة اللفظية تضم دلالة المطابقة والتضمن، ودلالة الفحوى تشمل باقي الدلالات من دلالة الاقتضاء، والإشارة، والإيماء، ومفهوم الموافقة، ومفهوم المخالفة، وهو تقسيم دلالة الألفاظ إلى دلالة المنظوم وغير المنظوم، فالدلالة اللفظية هي

(١) ينظر: المادة الثالثة من القانون المدني الأردني، والمادة الثانية من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، أصول فهم النصوص النظامية: (ص ٤١ - ٤٢).

(٢) ينظر: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي؛ أ. د. محمد أديب الصالح: (١ / ١١٣)، فقد ذكر نماذج من محكمة النقض المصرية، وفتاوى مجلس الدولة بسوريا.

دلالة المنظوم، ودلالة الفحوى هي دلالة غير المنظوم^(١)، وإلا فإنه سيكون لنظام المعاملات المدنية تقسيم للدلالات اللفظية لم أجد له نظيراً في أصول الفقه، كما أن الأصوليين مختلفون فيما يطلق عليه الفحوى^(٢) والأخذ بأوسع الإطلاقات أولى؛ فإن الأخذ بغيرها سيقصر به على بعض الدلالات، وهي حجة في كلام البشر - في الجملة -^(٣).

(١) فقد أطلق على دلالات غير المنظوم المذكورة: فحوى اللفظ وفحوى الخطاب الطوفي، ولكن جعل الإشارة والإيحاء نوعاً واحداً. ينظر: شرح مختصر الروضة؛ للطوفي: (٢/ ٧٠٤ - ٧٣٤)، وما بعدها، وينظر: أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله؛ أ. د. عياض السلمي: (ص ٣٧٤ - ٣٧٥).

(٢) ينظر ما سيأتي في الحواشي من إطلاق الفحوى على أكثر من مصطلح، فقد أطلقت على: دلالة الإيحاء ومفهوم الموافقة، وما يشمل أنواع دلالة غير المنظوم.

(٣) ومن ذلك مفهوم المخالفة، وينظر في الخلاف في حجتيه: التخريج عند الفقهاء والأصوليين؛ د. يعقوب الباحسين: (ص ٢٠١ - ٢٠٦)، تحرير المقال فيما تصح نسبه للمجتهد من أقوال؛ أ. د. عياض السلمي: (ص ٢٥ - ٢٧)، ورجحاً عدم صلاحية أخذ مذهب المجتهد منه إلا إذا حفت به قرائن، وأما صاحباً علم أصول الفقه: (ص ١٤٤)، وأصول فهم النصوص النظامية: (ص ٣٦٦ - ٣٦٧)، فجعله محل اتفاق على حجتيه في كلام البشر عند الأصوليين، وقد يكون مقصود الأخير أن الاتفاق عند توفر شروط اعتبار المفهوم ومكوناته التي ذكرها، ولعل بها تتوفر القرائن التي رجح بها الأولان الأخذ بمفهوم المخالفة، ولكن لا يعني هذا التسليم بالاتفاق المحكي فإن المرجعين الأولين حكيا الخلاف بإطلاق، ومفهوم المخالفة بغير التقسيم الذي ذكرته لا يدخل في دلالة الفحوى، وسبق نظام المعاملات المدنية في التعبير بـ (الفحوى) القانون المدني المصري والقانون المدني السوري في مادتهما الأولى، ودخول مفهوم المخالفة مقصود منها، فيكون داخلياً في الـ (فحوى) الواردة في المادة الأولى من نظام المعاملات المدنية لا سيما أنه أحد طرق التفسير الداخلية، كما أنه مقصود للمتكلم وظاهر إرادته نفي الحكم عما عداه، فيدخل في عموم الفحوى الذي يبين قصد المتكلم؛ كما سيأتي في تعريفه - إن شاء الله تعالى - . ينظر: أصول القانون؛ للسنهوري وأبو ستيت: (ص ٢٤٦)، تفسير النصوص: (١/ ٥٨٧).

المسألة الأولى: لفظ النظام:

وفيها توطئة، وفرعان:

توطئة:

واللفظ لغة:

«اللام والفاء والطاء كلمة صحيحة تدل على طرح الشيء، وغالب ذلك أن يكون من الفم، تقول: لَفَظَ بالكلام يَلْفِظُ لَفْظًا...»^(١)، «وَلَفَظْتَ بالكلام وتَلَفَّظْتَ به أي تكلمت به، والَلَفَّظْتُ: واحد الألفاظ، وهو في الأصل مصدر»^(٢)، و«لفظه وبه كضربَ وسَمِعَ: رماه... وبالكلام نطق، كَتَلَفَّظَ»^(٣).

اصطلاحًا:

إن الدلالة اللفظية تنقسم أقسامًا^(٤):

القسم الأول: اللفظية العقلية؛ كدلالة الصوت على حياة صاحبه.

القسم الثاني: اللفظية الطبيعية؛ كدلالة لفظ: (أخ أخ) على السعال

ووجع الصدر.

(١) مقاييس اللغة؛ مادة: (لفظ): (٥ / ٢٥٩).

(٢) لسان العرب؛ مادة: (لفظ): (١٣ / ٢١٦).

(٣) القاموس المحيط: (ص ٦٩٨).

(٤) ينظر: التجبير: (١ / ٣١٦ - ٣١٨)، طرق الاستدلال ومقدماتها عند المناطق والأصوليين؛ د. يعقوب الباحسين: (٥٩ - ٦٠)، أصول فهم النصوص النظامية: (ص ٣٢٦ - ٣٢٩).

القسم الثالث: اللفظية الوضعية: «وهي وضع اللفظ بإزاء المعنى المدلول بحيث يلزم من العلم باللفظ العلم بالمعنى»؛ كدلالة لفظة: (الأسد) على حيوان يزار، وهو محل الاعتبار في الأنظمة دون غيره؛ فإنها نصوص لها دلالات اصطلاحية تفهم وفقها^(١).

وهو ما يطلق عليه الأصوليون أيضاً: (دلالة المنطوق الصريح)^(٢)، و(عبارة النص)، ويتضمن دلالة المطابقة والتضمن^(٣).

(١) وعرفت الدلالة اللفظية الوضعية أيضاً: «هي كون اللفظ بحيث متى أطلق أو تخيل فهم منه معناه؛ للعلم بوضعه، وهي منقسمة إلى المطابقة والتضمن والالتزام؛ لأن اللفظ الدال بالوضع يدل على تمام ما وضع له بالمطابقة، وعلى جزئه بالتضمن، وعلى ما يلازمه في الذهن بالالتزام، كالإنسان؛ فإنه يدل على تمام الحيوان الناطق بالمطابقة، وعلى جزئه بالتضمن، وعلى قابل العلم بالالتزام» كما في التعريفات؛ للجرجاني: (ص ١٧٥)، وينظر: التحبير: (١ / ٣١٧، ٦ / ٢٨٦٧ - ٢٨٦٨)، البدر الطالع في حل جمع الجوامع؛ للمحلي: (١ / ١٨٤ - ١٨٥)، والتقسيم والاصطلاح المذكور على طريقة المتكلمين. ينظر: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي: (١ / ٤٧٥ - ٤٧٧)، وأما الحنفية فعندهم أن «كيفية دلالة اللفظ على المعنى باصطلاح علماء الأصول محصورة في عبارة النص، وإشارة النص، دلالة النص، واقتضاء النص، ووجه ضبطه أن الحكم المستفاد من النظم إلا أن يكون ثابتاً بنفس النظم أو لا، والأول: إن كان النظم مسوقاً له، فهو العبارة، وإلا فالإشارة، والثاني: إن كان الحكم مفهوماً من اللفظ لغة، فهو الدلالة، أو شرعاً، فهو الاقتضاء» كما في التعريفات: (ص ١٧٤ - ١٧٥)، وهو اصطلاح الحنفية في الدلالات اللفظية.

(٢) وهو ما دل عليه اللفظ في محل النطق. ينظر: التحبير: (٦ / ٢٨٦٧)، البدر الطالع: (١ / ١٨٣).

(٣) ينظر: التحبير: (٦ / ٢٨٦٧ - ٢٨٦٨).

الفرع الأول: دلالة المطابقة^(١):

وهي دلالة اللفظ على تمام ما وضع له^(٢)، أو هو «ما كان المدلول عليه باللفظ أو العبارة عين المدلول عليه بالوضع، مثال ذلك قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ﴾^(٣)، فإن النص مسوق لإيجاب سهم من الغنيمة للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من دارهم وأموالهم، وهذا هو ما تدل عليه العبارات بموجب معناها الموضوعية له في اللغة»^(٤)، وكدلالة لفظ (الأسد) على الحيوان الذي يزار، وهي من أوضح الدلالات وأكثرها استعمالاً^(٥)، ومن أمثلتها في نظام المعاملات المدنية:

مانصت عليه المادة الثانية عشرة منه: (٢- سن الرشد هي تمام (ثماني عشرة) سنة هجرية). أ. هـ، فهذا نص من أصرح النصوص في نظام المعاملات المدنية، ويبيّن فيه سن الرشد بأنه تمام الثامنة عشرة سنة هجرية، فدلالته على ذلك من دلالة المطابقة؛ فإنه دال على عين ما وضع له.

(١) وسميت بذلك لمطابقة الدال للمدلول بموافقة اللفظ لتمام ما وضع له. ينظر: التحبير: (١/ ٣١٩)، البدر الطالع: (١/ ١٨٤).

(٢) ينظر: التعريفات: (ص ١٧٥)، طرق الاستدلال ومقدماتها عند المناطق والأصوليين: (ص ٦٠).

(٣) جزء من الآية: (٨) في سورة الحشر.

(٤) دلالات الألفاظ في مباحث الأصوليين؛ د. يعقوب الباحسين: (٢/ ٤٠٩).

(٥) ينظر: أصول فهم النصوص النظامية: (ص ٣٢٧ - ٣٢٨).

الفرع الثاني: دلالة التضمن:

وهي دلالة اللفظ على جزء معناه^(١)، أو بعض ما وضع له؛ نحو أن تقول امرأة لزوجها: تزوجت علي امرأة فطلقها، فقال إرضاء لها قاصداً طلاق غيرها: كل امرأة لي طالق، فيطلقن إلا المرأة التي طلبت طلاق ضررتها^(٢)، فهنا سيق الكلام لجزء ما وضع له، وهو طلاق غير المرأة التي طلبت طلاق ضررتها، فيكون الكلام في بعض ما وضع له^(٣)، ومن أمثله^(٤) في نظام المعاملات المدنية:

ما ورد في المادة العشرين منه، ونصها: «المال كل ما له قيمة مادية معتبرة في التعامل من عين أو منفعة أو حق»، فإن هذه المادة تدل على بعض ما وضع لها لإخراج الأشياء التي لا تقبل بطبيعتها أن يستأثر أحد بحيازتها، أو التي تمنع النصوص النظامية أن تكون محلاً للحقوق المالية - وذلك بالمادة

(١) ينظر: التعريفات: (ص ١٧٥)، التعبير: (١ / ٣١٩)، البدر الطالع: (١ / ١٨٤)، القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين؛ د. محمد عثمان: (ص ١٦١)، طرق الاستدلال ومقدماتها عند المناطق والأصوليين: (ص ٦١).

(٢) قال في الروض المربع: (٦ / ٥٣١): «(وإن استثنى بقلبه من عدد المطلقات) بأن قال: نساؤه طوالق ونوى إلا فلانة (صح) الاستثناء؛ لأن قوله: نسائي طوالق عام، يجوز التعبير به عن بعض ما وضع له؛ لأن استعمال اللفظ العام في المخصوص سائغ في الكلام»، وهذا مستند ما ذكرته وهو على خلاف ما ورد في مرجع التوثيق الآتي ذكره.

(٣) ينظر: دلالات الألفاظ في مباحث الأصوليين: (٢ / ٤٠٩)، فقد ذكر أنهم يطلقن كلهن قضاء.

(٤) إن أول مادة تدل دلالة التضمن هي المادة الأولى من النظام إذا خصصت بما ورد في المبحث السابق من عموم الأشخاص والمكان، وكذلك خصصت بفقرتها الثانية.

التاسعة عشرة من النظام^(١) -؛ فإن هذين النوعين لهما - أو لأحدهما - قيمة مادية معتبرة في التعامل عند بعض الناس.

المسألة الثانية: فحوى النظام:

وفيها توطئة، وخمسة فروع:

توطئة:

الفحوى لغة:

أصلها (فحو): «الفاء والحاء والحرف المعتل كلمة واحدة، منها الفِحاء: أضرار القدر، يقال: فَحَّ قِدْرَكَ، فأما فحوى الكلام، فهو ما ظهر للفهم من مَطَاوِي الكلام ظهورَ رائحة الفحاء من القدر، كَفَهَم الضَّرْب من الأَفِّ»^(٢)، «وفحوى الكلام وَفَحْوَاؤُهُ وَفَحَوَاؤُهُ، كَغُلَوَاتِهِ: معناه، ومذهبه»^(٣)، الفحا: توابل القدور كالفلفل والكمون ونحوهما، وفحوى القول: معناه ولحنه، والفحوى: معنى ما يعرف من مذهب الكلام، وجمعه الأفحاء، وعرفت ذلك في فَحْوَى كلامه وَفَحْوَاتِهِ وَفَحَوَاتِهِ وَفَحَوَاتِهِ: أي: معراضه ومذهبه، وهو يُفَحِّي بكلامه إلى كذا وكذا أي: يذهب»^(٤)، «ومنه قولهم: عرفت ذلك

(١) ونصها: «كل شيء مادي أو غير مادي يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية، عدا الأشياء التي لا تقبل بطبيعتها أن يستأثر أحد بحيازتها، أو التي تمنع النصوص النظامية أن تكون محلاً للحقوق المالية».

(٢) مقاييس اللغة؛ مادة: (فحو): (٤ / ٤٨٠).

(٣) القاموس المحيط؛ مادة: (فحا): (ص ١٣٢٠).

(٤) ينظر: لسان العرب؛ مادة: (فحا): (١١ / ١٣٧ - ١٣٨).

في فحوى كلامه، وبالمدة أي: فيما تنسبت من مراده بما تكلم به، وفاحيته: خاطبته ففهمت مراده»^(١).

وأطلق على الدلالات المذكورة في هذا المبحث فحوى؛ لأنها تجاوزت اللفظ أو موضوعه إلى المعنى المفهوم في الذهن، مجاوزة رائحة التوابل من القدر إلى الشم^(٢).

اصطلاحًا:

«فحوى اللفظ: ما أفاده لا من صيغته، ويسمى إشارة، وإيحاءً، ولحنًا»^(٣).
ويسمى أيضًا (دلالة غير المنظوم)^(٤)، وعرف بأنه: «ما دلالته لا بصريح صيغته ووضع، وذلك لا يخلو: إما أن يكون مدلوله مقصوداً للمتكلم، أو غير مقصود: فإن كان مقصوداً، فلا يخلو، إما أن يتوقف صدق المتكلم أو صحة الملفوظ به عليه، أو لا يتوقف، فإن توقف دلالة اللفظ عليه تسمى دلالة الاقتضاء، وإن لم يتوقف فلا يخلو، إما أن يكون مفهومًا في محل تناوله اللفظ نطقًا أو لا فيه، فإن كان الأول: فتسمى دلالته دلالة التنبيه والإيحاء، وإن كان الثاني فتسمى دلالته دلالة المفهوم.

(١) أساس البلاغة؛ مادة: (فحو): (٢ / ١٠).

(٢) ينظر: شرح مختصر الروضة: (٢ / ٧٠٦).

(٣) شرح مختصر الروضة: (٢ / ٧٠٤).

(٤) ينظر: شرح مختصر الروضة: (٢ / ٧٠٤ - ٧٠٥)، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله: (ص ٣٧٤ - ٣٧٥).

وأما إن كان مدلوله غير مقصود للمتكلم، فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة الإشارة»^(١).

الفرع الأول: دلالة الاقتضاء:

و«هو ما يكون من ضرورة اللفظ وليس بمنطوق به»^(٢)، أو «هو ما توقفت دلالاته على مقدر آخر»^(٣)، أو «هي دلالة اللفظ على اللازم المتقدم الذي لا يصدق أو لا يصح الكلام من دون تقديره»^(٤).

وعرفت بما يتناسب مع النظام: بأنها «دلالة اللفظ على معنى مقدر لازم للمعنى المنطوق ومقصود للمنظم؛ إذ يتوقف على تقديره صدق الكلام أو صحته عقلاً ونظاماً»^(٥).

ولها أنواع ثلاثة^(٦):

النوع الأول: ما يتوقف عليه صدق اللفظ، ومن ذلك قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَن أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنَّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا

(١) الإحكام في أصول الأحكام؛ للآمدي: (٣ / ٦٤).

(٢) روضة الناظر؛ لابن قدامة: (٢ / ٧٧٠).

(٣) التحبير: (٦ / ٢٨٦٨).

(٤) طرق الاستدلال عند المناطقة والأصوليين: (ص ٦٧)، وينظر: البدر الطالع: (١ / ١٨٥).

(٥) أصول فهم النصوص النظامية: (ص ٣٥٢).

(٦) ينظر: روضة الناظر: (٢ / ٧٧٠)، التحبير: (٦ / ٢٨٦٨ - ٢٨٦٩)، أصول فهم النصوص النظامية: (ص ٣٥٢ - ٣٥٤).

عليه»^(١)، فإن ذات الخطأ والنسيان لم يوضعاً، فيتضمن ما يتوقف عليه الصدق من الإثم والمؤاخذه ونحو ذلك، ومن أمثلته في نظام المعاملات المدنية:

ما ورد في المادة العاشرة منه: «مواطن عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب هو مواطن من ينوب عنه نظاماً، ويجوز أن يكون لناقص الأهلية مواطن خاص فيما يتعلق بالتصرفات التي يعد أهللاً لمباشرتها»، فمواطن عديم الأهلية أو ناقصها - حقيقة - هو المكان الذي يقيم فيه عادة، فيقتضي صدق عبارة المنظم تقدير (في الدعوى) أو (المواطن النظامي)، لتكون بعد التصريح بالتقدير: «مواطن عديم الأهلية أو ناقصها (في الدعوى المتعلقة بهما)، أو (نظاماً) أو الغائب هو مواطن من ينوب عنه نظاماً».

النوع الثاني: ما يتوقف عليه صحة الكلام عقلاً، كما في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾^(٢)، فتقتضي صحة الكلام عقلاً تقدير: (فأفطر) فعدة من أيام آخر، ومن أمثلته في نظام المعاملات المدنية:

ما ورد في المادة الثامنة والثلاثين منه: «١- إذا كان المتعاقدان حاضرين في مكان واحد أو في مكانين مختلفين عبر وسائل الاتصال المباشرة، عدَّ

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، (ص ٣٥٣)، برقم: (٢٠٤٥)، وصححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه: (٢/ ١٧٨ - ١٧٩).

(٢) جزء من الآية: (١٨٤) من سورة البقرة.

العقد قد تم في الزمان والمكان اللذين صدر فيهما القبول؛ ما لم يتفق على خلاف ذلك.

٢- إذا كان المتعاقدان غائبين؛ عدَّ العقد قد تم في الزمان والمكان اللذين علم فيهما الموجب بالقبول؛ ما لم يتفق على خلاف ذلك»، فحتى تصح العبارة عقلاً تقدر كلمة (فتعاقدا) قبل كلمة (عدَّ) الواردة في الفقرتين، فإن العقد لا يتم إلا بالتعاقد الذي قصدت المادة تحديد مكان العقد وزمانه وفق ما ذكر فيها، فإن وجودهما وحده وفق ما ورد في الفقرتين لن يحدد موطن العقد وزمانه حتى يتم التعاقد^(١).

النوع الثالث: ما يتوقف عليه صحة الكلام نظاماً، ومن أمثلته في نظام المعاملات المدنية:

ما ورد في المادة السبعين منه: «يصح أن يكون محل الالتزام نقل حق عيني أو عملاً أو امتناعاً عن عمل»، فإن هذه المادة إذا عمل فيها عمومها،

(١) وقد تكون من القسم الثالث، وهو ما يتوقف عليه صحة الكلام نظاماً، فإن العقد لا يتم بمجرد وجودهما وفق ما ذكر في المادة، وعليه لن يتحدد مكان العقد وزمانه بمجرد؛ لأن العقد يكون بارتباط الإيجاب بالقبول لإحداث أثر نظامي، مع مراعاة ما تقرره النصوص النظامية من أوضاع معينة لانعقاد العقد؛ استناداً على المادة: (٣١) من نظام المعاملات المدنية، فيبني على هذا الارتباط العقد، فيقتضي لصحة هذا العبارة نظاماً تقديراً، «فتعاقدا بارتباط الإيجاب بالقبول لإحداث أثر نظامي، مع مراعاة ما تقرره النصوص النظامية من أوضاع معينة لانعقاد العقد» قبل كلمة (عدَّ) الواردة في الفقرتين.

لم تصح نظاماً في بعض محالها؛ فإن المادة الثانية والسبعين من النظام نصت على أنه: « ١ - يجب أن تتوفر في محل الالتزام الشروط الآتية:

أ- أن يكون ممكناً في ذاته.

ب- ألا يكون مخالفاً للنظام العام.

ج- أن يكون معيناً بذاته أو بنوعه ومقداره أو قابلاً للتعيين.

٢- يقع العقد باطلاً إذا لم تتوفر في المحل الشروط الواردة في الفقرة (١) من هذه المادة»، فهنا يقتضي صحة العبارة الواردة في المادة السبعين أن تقيد بما ورد في هذه المادة لتصح نظاماً^(١).

الفرع الثاني: دلالة الإشارة^(٢):

وهي «دلالة اللفظ على المعنى من غير سياق الكلام له»^(٣)، أو «هي ما كانت من المكونات الوجودية للمعنى المدلول عليه»^(٤)، فالمدلول عليه بالإشارة ليس هو ما دل عليه ظاهر اللفظ، ولا ما سيق الكلام من أجله،

(١) ويتنبه إلى الفرق بين هذا النوع من دلالة الاقتضاء وبين دلالة التضمن التي سبقت؛ بأن دلالة الكلام على العام بعد إخراج الخاص من دلالة التضمن، وأما دلالة العام على الخاص فهي من دلالة الاقتضاء.

(٢) وهذا المصطلح معبر به عند القانونيين في مقابل النص الصريح بقولهم: النص الصريح في كذا، ويؤخذ منه بطريق الإشارة كذا. ينظر: المدخل لدراسة الأنظمة القانونية: (ص ٢٢٥)، علم أصول الفقه: (ص ١٣٨).

(٣) كشاف اصطلاحات الفنون؛ للتهانوي: (ص ٢٢٠)، القاموس المبين: (ص ٥٢ - ٥٣)، وذكر فيها أنه يطلق عليه فحوى الخطاب أيضاً.

(٤) طرق الاستدلال: (ص ٦٨).

وهو يفهم من اللفظ بطريق الالتزام، ويحتاج إلى فضل تأمل أو أدناه لاستخراج المعاني الإشارية^(١).

وعرفت بما يتناسب مع النظام: «هي دلالة اللفظ على معنى غير مقصود أصالة للمنظم والمشرع، لكنه لازم له»^(٢).

ومنه دلالة قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنَ كَامِلَيْنِ^ط لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾^(٣)، مع قوله: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾^(٤)، فليزِم من إنقاص حولين كاملين من الثلاثين شهرًا أن تبقى أقل مدة الحمل ستة أشهر، فالآيتان لم تساقا لذلك، ولكن دلا عليه بلازمهما، فكان دلالتهما عليه من دلالة الإشارة^(٥)، ومن أمثلته في نظام المعاملات المدنية:

المادة الثالثة والعشرون بعد المئة منه: «من أحدث ضررًا وهو في حالة دفاع مشروع عن نفس أو عرض أو مال، كان غير مسؤول، على أن لا يجاوز دفاعه القدر الضروري لدفع الاعتداء، وإلا كان ملزمًا بالتعويض بالقدر الذي تراه المحكمة مناسبًا»، فهنا دلت المادة بإشارتها على أن الإلتلاف في حال الدفاع المشروع عن النفس والعرض والمال بالقدر الضروري لدفع

(١) ينظر: علم أصول الفقه: (ص ١٣٤)، دلالات الألفاظ: (٢ / ٤١٢).

(٢) أصول فهم النصوص النظامية: (ص ٣٥٤).

(٣) جزء من الآية: (٢٣٣) من سورة البقرة.

(٤) جزء من الآية: (١٥) من سورة الأحقاف.

(٥) ينظر: التحبير: (٦ / ٢٨٧٠)، دلالات الألفاظ: (٢ / ٤١٥).

الاعتداء جائز مأذون فيه نظاماً؛ وإلا لكان مسؤولاً عما يتلفه، فإن الحكم المقصود من هذه المادة هو بيان عدم المسؤولية والضمان، ودلت إشارته على ما ذكر.

«ويجب الاحتياط^(١) في الاستدلال بطريق الإشارة وقصره على ما يكون لازماً لمعنى من معاني النص لزوماً لا انفكاكاً له؛ لأن هذا هو الذي يكون النص دالاً عليه؛ إذ الدال على الملزوم دال على لازمه، وأما تحميل النص معاني بعيدة لا تلازم بينها وبين معنى فيه بزعم أنها إشارية فهذا شطط في فهم النصوص، وليس هو المراد بدلالة إشارة النص»^(٢).

الفرع الثالث: دلالة الإيحاء^(٣):

وهو «فهم التعليل من إضافة الحكم إلى الوصف المناسب»^(٤)، أو هي اقتران الوصف بحكم لو لم يكن لتعليه كان بعيداً^(٥)، أو «هو ما يدل على عليية وصف بحكم بواسطة قرينة من القرائن»^(٦)، أو «هي دلالة اللفظ بلازمه على العلة، وذلك بأن يقترن وصف بالحكم لو لم يكن هذا الوصف

(١) في الأصل (الاحتياج)، ولعله خطأ مطبعي.

(٢) علم أصول الفقه: (ص ١٣٦ - ١٣٧).

(٣) ويطلق على هذا القسم من الدلالة تنبيه وإشارة وفحوى الكلام ولحنه؛ لأن هذه المعاني كلها يجمعها إفهام المراد من غير تصريح. ينظر: روضة الناظر: (٢ / ٧٧١)، شرح مختصر الروضة: (٢ / ٧٠٧، ٧٠٩)، دلالات الألفاظ: (٢ / ٤٤٢).

(٤) روضة الناظر: (٢ / ٧٧١).

(٥) ينظر: التحبير: (٦ / ٢٨٧٠).

(٦) نهاية السؤل: (ص ٣٢١)، دلالات الألفاظ: (٢ / ٤٤٣).

علة لكان ذكره عبثاً»^(١)، ومنه قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(٢)، يفهم منه أن السرقة علة حكم القطع، وليس بمنطوق ولكن يسبق إلى الفهم من فحوى الكلام^(٣)، ومن أمثله في نظام المعاملات المدنية:

ما نصت عليه المادة التاسعة والعشرون بعد المئة منه: «١- من وجبت عليه نظاماً أو اتفاقاً أو قضاء رقابة شخص لصغر سنه أو قصور حالته العقلية أو الجسمية؛ كان مسؤولاً عن الضرر الذي أحدثه ذلك الشخص إلا إذا أثبت متولي الرقابة أنه قد قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية أو أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية»، فيظهر من المادة السابقة أنها حكمت بمسؤولية المذكور عقب وصفه بأنه وجبت عليه رقابة الشخص وفق ما ورد في المادة، وأضاف آخرها أحوال سقوط المسؤولية وهو يتضمن أن من علة الحكم عدم القيام بواجب الرقابة كما ينبغي، فهذا إيحاء بأن ما سبق علة الحكم^(٤).

(١) أصول فهم النصوص النظامية: (ص ٣٥٨)، وينظر في تعريفها: دلالات الألفاظ: (٢/ ٤٤٢).

(٢) جزء من الآية: (٣٨) من سورة المائدة.

(٣) روضة الناظر: (٢/ ٧٧١).

(٤) حاولت فيه محاكاة ما ذكر في: أصول فهم النصوص النظامية: (ص ٢٥٩).

وكما يظهر من التعريفات المذكورة، فإن المستنبط بهذه الدلالة هو ما يكون علة للحكم لتعديته لغيره، وهذا يدخل في القياس في كلام البشر والأحكام النظامية^(١)، وهو خارج محل البحث.

الفرع الرابع: دلالة مفهوم الموافقة^(٢):

وسمي «مفهوم موافقة» لأنه يوافق المنطوق في الحكم، وإن زاد عليه في التأكيد^(٣)، وهو: أن يكون المسكوت موافقاً لمنطوق الحكم^(٤)، واشترط العلماء فيه شرطين^(٥):

- (١) تنظر تفاصيله في: التخريج عند الفقهاء والأصوليين: (ص ٢٣٢) وما بعدها، تحرير المقال: (ص ٤٤) وما بعدها، أصول فهم النصوص النظامية: (ص ٤٥١) وما بعدها.
- (٢) ويطلق على هذا القسم: فحوى الخطاب، وحن القول، والتنبيه، وفحوى اللفظ، ودلالة النص، ومفهوم الخطاب، وبعضهم جعل مفهوم الموافقة الأولوي: فحوى الخطاب، ومفهوم الموافقة المساوي: لحن الخطاب. ينظر: العدة؛ لأبي يعلى: (١ / ١٥٢ - ١٥٤)، روضة الناظر: (٢ / ٧٧١ - ٧٧٢)، البدر الطالع: (١ / ١٨٧ - ١٨٨)، تفسير النصوص: (١ / ٤٨٧)، وفرقوا بينه وبين القياس: بأن العلم باللغة كاف في إدراك العلة التي تجمع بين المنطوق والمسكوت عنه، فيشترك في فهمها حتى غير الفقهاء والمستنبطين، وهذا بخلاف العلة في القياس، فلا يستطيع كشفها وإدراكها سوى الفقهاء والمستنبطين على خلاف عند الأصوليين والقانونيين في اعتبار هذا المفهوم قياساً. ينظر ما سبق في: تفسير النصوص: (١ / ٤٢٧، ٥٨٨ - ٥٩١)، وما سيأتي من إحالات عند نوعي هذا المفهوم.
- (٣) شرح مختصر الروضة: (٢ / ٧١٥).
- (٤) التحبير: (٦ / ٢٨٧٦).
- (٥) ينظر: شرح مختصر الروضة: (٢ / ٧٢٠)، التحبير: (٦ / ٢٨٨٠).

الشرط الأول: فهم المعنى في محل النطق، فإذا لم يفهم المعنى في محل النطق، فإنه لا ترد هذه الدلالة^(١).

الشرط الثاني: أن يكون المعنى في المسكوت عنه أولى مناسبة للمعنى من المنطوق به أو مساوياً له^(٢).

وهو نوعان:

النوع الأول: مفهوم الموافقة الأولوي^(٣):

«وهو فهم الحكم في المسكوت من المنطوق بدلالة سياق الكلام ومقصوده، ومعرفة وجود المعنى في المسكوت بطريق الأولى»^(٤)، أو «هو فهم الحكم في غير محل النطق بطريق الأولى»^(٥).

وعرف في النظام: «أن تكون هناك حالة منصوص على حكمها، وتكون علة الحكم أكثر توافراً في حالة أخرى غير منصوص على الحكم فيها، فينسحب الحكم في الحالة المنصوص عليها على الحالة غير المنصوص عليها من باب أولى»^(٦).

(١) ينظر: روضة الناظر: (٢/ ٧٧٢)، شرح مختصر الروضة: (٢/ ٧١٦).

(٢) تفسير النصوص: (١/ ٤٩٩).

(٣) وأطلق على هذا النوع: (القياس الجلي) على اختلاف في تسميته قياساً ينظر فيما سبق: روضة الناظر: (٢/ ٧٧٢ - ٧٧٤)، شرح مختصر الروضة: (٢/ ٧١٧ - ٧١٩)، وهي حالة الأولوية عند القانونيين: (a fortiori). ينظر: تفسير النصوص: (١/ ٥٨٩).

(٤) روضة الناظر: (٢/ ٧٧١ - ٧٧٢)، ولم أجده ذكر سوى هذا النوع.

(٥) شرح مختصر الروضة: (٢/ ٧١٤ - ٧١٥).

(٦) أصول القانون؛ للسنيهوري وأبو ستيت: (ص ٢٤٦).

ومنه دلالة قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍ﴾^(١)، فنبه بذلك على تحريم الضرب والشتم؛ لأنه إنما منع التأفيف لما فيه من الأذى، وهو في الضرب أعظم، فكان أولى بالمنع^(٢).

ومن أمثلته في نظام المعاملات المدنية: مبدأ الخطأ المفترض الذي قرره مجموعة من المواد كالمادة التاسعة والعشرين بعد المئة^(٣)، والمادة الثلاثين بعد المئة^(٤)، والمادة الحادية والثلاثين بعد المئة^(٥)، والمادة الثانية والثلاثين بعد المئة^(٦)، فقد قرر النظام فيها أنه يفترض عند حصول الضرر من المراقب عليه لصغر سنه أو قصور حالته العقلية والجسمية، أو حصول الضرر من الحيوان، أو من البناء، أو من الأشياء التي تتطلب عناية خاصة أن ذلك

(١) جزء من الآية: (٢٣) من سورة الإسراء.

(٢) ينظر: العدة: (١٥٣).

(٣) ونصها: «١- من وجبت عليه نظاماً أو اتفاقاً أو قضاءً رقابة شخص لصغر سنّه أو قصور حالته العقلية أو الجسمية؛ كان مسؤولاً عن الضرر الذي أحدثه ذلك الشخص، إلا إذا أثبت متولي الرقابة أنه قد قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية أو أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية..».

(٤) ونصها: «يكون حارس الحيوان مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي يحدثه الحيوان؛ ما لم يثبت أن الضرر كان بسبب لا يد له فيه».

(٥) ونصها: «يكون حارس البناء مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي يحدثه تدهم البناء كله أو بعضه؛ ما لم يثبت أن الضرر لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه».

(٦) ونصها: «كل من تولى حراسة أشياء تتطلب عناية خاصة -بطبيعتها أو بموجب النصوص النظامية- للوقاية من ضررها؛ كان مسؤولاً عملاً تحدثه تلك الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن الضرر كان بسبب لا يد له فيه».

بسبب خطأ وإهمال ممن وجبت عليه الرقابة، أو من حارس الحيوان، أو من حارس البناء، أو من متولي حراسة الأشياء التي تتطلب عناية خاصة، وعليه فمن ادعى على هؤلاء لا يحتاج إثبات خطئهم؛ لأن خطأهم مفترض^(١)، فمن باب أولى يطبق حكمها إذا ثبت خطأ هؤلاء؛ لأنه إذا طبقت هذه المواد مع الخطأ المفترض فمن باب أولى يطبق مع الخطأ الثابت المتحقق، فيعطى الحكم الوارد في هذه المواد.

النوع الثاني: مفهوم الموافقة المساوي^(٢):

وهو فهم الحكم في المسكوت من المنطوق بدلالة سياق الكلام ومقصوده، ومعرفة وجود المعنى في المسكوت بطريق المساواة.

وفسر في النظام: «بأنه إذا كان هناك حكم مقرر لحالة معينة، وكانت هناك حالة لم ينص على حكمها، ولكنها مما توجد به نفس العلة التي أدت إلى وضع النص للحالة الأولى، جاز للمفسر أو القاضي أن يطبق حكم الحالة الأولى على الثانية، وهو يخالف القياس في أن المساواة بين الحالتين -

(١) ينظر: مصادر الالتزام غير الإرادية؛ للتدريب العدلي: (ص ٧٨، ٩١، ٩٣، ٩٧) على تفصيل في قبوله إثبات العكس ينظر في المرجع السابق.

(٢) وفي اعتبار هذا النوع من مفهوم الموافقة خلاف؛ منشؤه اشتراط الأولوية ليكون الاستدلال بمفهوم الموافقة، فمن اشترطه لم يعتبر هذا القسم من مفهوم الموافقة، ومن لم يشترطه اعتبره من القياس، فيخرج من دلالة الفحوى. ينظر تفصيل الخلاف: تفسير النصوص: (١/ ٤٩٩ - ٥٠٢)، وهو حالة المساواة عند القانونيين: (raisonnement). (a par).

المنطوق والمسكوت - لا بد أن تكون ظاهرة لغة من غير حاجة إلى مزيد اجتهاد واستنباط»^(١).

ومنه دلالة قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾^(٢)، فهي تدل على أن إحراق مال اليتيم وغيره من صور الإلتلاف مساو لأكله في الحكم بالتحريم للمساواة بينهما في معنى الإلتلاف^(٣).

ومن أمثلته في نظام المعاملات المدنية ما نصت عليه المادة الثانية والثمانون بعد المئة منه ونصها: «١- لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل حقوق مدينه إلا ما كان منها متصلًا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز، وذلك إذا لم يستعمل المدين هذه الحقوق وكان من شأن ذلك أن يؤدي إلى زيادة ديونه على أمواله.

٢- لا يلزم لاستعمال الدائن حقوق مدينه إعدار هذا المدين، ولكن إذا رفعت دعوى باسم المدين وجب إدخاله فيها»، فيكون مثلها ما لو أدخل المدين أو تدخل فأصبح في محل من رفعت الدعوى باسمه، وكان إذا لم يستعمل المدين هذه الحقوق من شأن ذلك أن يؤدي إلى زيادة ديونه على أمواله، فيجب إدخال الدائن هنا، للمساواة بينهما في استعمال الدائن حقوق مدينه.

(١) ينظر في تعريفه: أصول فهم النصوص النظامية: (ص ٣٦٣ - ٣٦٤).

(٢) الآية: (١١) من سورة النساء.

(٣) ينظر: التحبير: (٦/ ٢٨٧٨).

الفرع الخامس: دلالة مفهوم المخالفة^(١):

وهو «الاستدلال بتخصيص شيء بالذكر على نفي الحكم عما عداه»^(٢)، أو هو «دلالة تخصيص شيء بحكم يدل على نفيه عما عداه»^(٣)، أو هو «إثبات نقيض الحكم المنطوق للمسكوت عنه إذا قيد الكلام بقيد يجعل الحكم مقصوراً على حال هذا القيد»^(٤).

وسمي مفهوم مخالفة: لأن المفهوم منه يخالف المنطوق به في الحكم^(٥).

ونظراً لخطورة التوسع في الاستدلال به مما يحمل معه النص ما لا يحتمل؛ فإن ما يرد في النص النظامي قد يكون على سبيل التمثيل لا الحصر، فلو طبق عليها مفهوم المخالفة لقليل بأن النص لا ينطبق على الأحوال المشابهة التي لم ينص عليها مع أن المطلوب فيها هو تطبيق مفهوم الموافقة^(٦)،

(١) وأطلق عليه دليل الخطاب، ولحن الخطاب، وإذا أطلق المفهوم انصرف له غالباً، ويطلق عليه المخصوص بالذكر أيضاً. ينظر: روضة الناظر: (٢ / ٧٧٥)، التحجير: (٢ / ٢٨٩٣)، تفسير النصوص: (١ / ٥٣٤).

(٢) روضة الناظر: (٢ / ٧٧٥).

(٣) شرح مختصر الروضة: (٢ / ٧٢٣).

(٤) أصول الفقه؛ لمحمد أبو زهرة: (ص ١٤٨).

(٥) مختصر الروضة: (٢ / ٧٧٥)، التحجير: (٦ / ٢٨٩٣).

(٦) ينظر: أصول القانون: (ص ٢٤٧)، وإكماله: «وهذا الطريق من طرق الاستنتاج لا يكون مأمون العاقبة إلا إذا كان النص خاصاً بحالة استثنائية؛ إذ القاعدة أن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه»، والذي يظهر والله أعلم أن العمل بمفهوم المخالفة ليس قاصراً على الحال المذكورة، ويمكن أمن عاقبته بتطبيق شروط اعتباره، وقصره على الأنواع القوية منه، وهي مفهوم الغاية والشرط والصفة، فإن بها الأمن من مغبة التوسع فيه إن شاء الله تعالى.

وعليه اشترط لاعتباره شروط هي^(١):

الشرط الأول: ألا تظهر للمسكوت عنه أولوية ولا مساواة بالحكم المذكور؛ وإلا كان مفهوم موافقة - كما سبق - لا مفهوم مخالفة.

الشرط الثاني: ألا تظهر للقيود المذكور فائدة سوى تعليق الحكم به ونفي الحكم عما عداه، بأن يظهر قصد تخصيص الحكم بهذه الصفة، ولا يخرج مخرج الغالب، ولا يخرج التفخيم، أو التمثيل، أو التبعية، أو الترغيب أو التهيب، أو التكتير، أو نحو ذلك؛ لأنها فوائد ظاهرة وفائدة مفهوم المخالفة بنفي الحكم عما عداه فائدة خفية فأخر عنها.

الشرط الثالث: ألا يعود على الأصل الذي هو المنطوق بالإبطال.

الشرط الرابع: ألا يعارض مفهوم المخالفة إحدى الدلالات السابقة، فإذا وجدت إحدى الدلالات السابقة، فإنها تقدم على مفهوم المخالفة.

وهو أنواع، منها^(٢):

- (١) ينظر: التحبير: (٦ / ٢٨٩٤ - ٢٩٠٤)، البدر الطالع: (١ / ١٩١ - ١٩٣)، تفسير النصوص: (١ / ٥٣٧ - ٥٤١)، أصول فهم النصوص النظامية: (ص ٣٦٦ - ٣٦٧).
- (٢) اقتضت على هذه الأنواع لأن جمهور الأصوليين على حجيتها؛ ولأنها أقوى أنواع مفهوم المخالفة، وظاهرة في الدلالة، وذكرها أغلب من تكلم على دلالات الألفاظ، وغيرها من أنواع المفاهيم إما أن تكون حجيتها ضعيفة؛ كمفهوم اللقب، أو راجعة إلى أحد الأنواع المذكورة أو أن دلالتها لفظية وجعلت من مفهوم المخالفة نحو الاستثناء. ينظر: شرح مختصر الروضة: (٢ / ٧٣٤ - ٧٧٩)، التحبير: (٦ / ٢٩٠٤ - ٢٩٦٨)، البدر الطالع: (١ / ١٩٦ - ٢٠٥)، تفسير النصوص: (١ / ٤٨٩ - ٤٩٥)، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله: (ص ٣٧٩ - ٣٨٠)، دلالات الألفاظ: (٢ / ٤٦٤ - ٤٦٦)، ورتبت المفاهيم بحسب قوتها.

النوع الأول: مفهوم الغاية:

وهو مدُّ الحكم بأداة الغاية: ك (إلى) أو (حتى) أو (اللام)^(١)، أو «هو» دلالة النص - الذي قيد الحكم فيه بغاية - على حكم للمسكوت بعد هذه الغاية مخالف للحكم الذي قبلها».

ومنه دلالة قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾^(٢)، فمفهوم الآية المخالف دل على حل نكاح المطلقة ثلاثاً بعد أن تنكح زوجاً غير المطلق؛ لأنه غياً التحريم بذلك، فكان ما بعده بخلافه^(٣).

ومنه في نظام المعاملات المدنية ما نصت عليه المادة التسعون بعد الستمئة: «١ - ينتهي حق الانتفاع إذا انقضى الأجل المعين له، فإن لم يعين له أجل انتهى الحق بموت المنتفع.

٢- إذا انتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل أو موت المنتفع - وفقاً لأحكام الفقرة (١) من هذه المادة - وكانت الأرض المنتفع بها مشغولة بزراع المنتفع، استمر حق الانتفاع بأجرة المثل حتى يبلغ الزرع حصاده، ما لم يتفق على خلاف ذلك»، فدللت الغاية بمفهومها على أن المنتفع ليس له حق الانتفاع بالأرض بعد بلوغ الزرع الحصاد، ويكون بقاؤه بعد ذلك بغير حق ما لم يتفق على خلاف ذلك.

(١) ينظر: روضة الناظر: (٢/ ٧٩٠)، التحبير: (٦/ ٢٩٣٤).

(٢) جزء من الآية: (٢٣٠) من سورة البقرة.

(٣) ينظر: شرح مختصر الروضة: (٧٥٧ - ٧٥٨).

النوع الثاني: مفهوم الشرط:

وهو «تعليق الحكم على شرط»^(١)، وهو «ما علق من الحكم على شيء بأداة الشرط كـ (إن)، و(إذا) ونحوهما، وهو المسمى بالشرط اللغوي، لا الشرط قسيم السبب والمانع...»^(٢).

ومنه دلالة قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾^(٣)، فعلق الأمر بالإنفاق على المطلقات بالحمل بإحدى أدوات الشرط، فدل بمفهومه المخالف على انتفاء وجوب الإنفاق عند انتفاء الحمل^(٤).

ومنه في نظام المعاملات المدنية ما نصت عليه المادة التاسعة والعشرون بعد الثلاثمئة: «١- إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين أو الغير فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن»، فدل الشرط بمفهومه المخالف على أنه إذا هلك المبيع بعد التسليم لا ينفسخ البيع ولا يسترد المشتري الثمن بسبب هذا الهلاك^(٥).

(١) شرح مختصر الروضة: (٢/ ٧٥٦).

(٢) التحبير: (٦/ ٢٩٢٩).

(٣) جزء من الآية: (٦) من سورة الطلاق.

(٤) ينظر: شرح مختصر الروضة: (٢/ ٧٦١).

(٥) ينظر: تفسير النصوص: (١/ ٥٩٦).

النوع الثالث: مفهوم الصفة:

وهو أوسع المفاهيم، فقدمها بعضهم، ويشمل بقية أنواع مفهوم المخالفة المحتج بها^(١)، وهو أن يذكر الاسم العام ثم تذكر الصفة الخاصة في معرض الاستدراك والبيان^(٢)، أو «هو دلالة اللفظ المقيد بوصف على ثبوت نقيض هذا الحكم للمسكوت عنه الذي انتفى عنه ذلك الوصف»^(٣).

ومنه دلالة قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها، إلا أن يشترط المبتاع...»^(٤)، فدل الحديث بمفهوم الصفة (بعد أن تؤبر) على أنها مخصوصة بالحكم المذكور في الحديث ومستدركة به من عموم النخل، وأن حكم غيرها من النخل بخلافه^(٥).

ومنه في نظام المعاملات المدنية ما ورد في المادة الثامنة والعشرين من أنه: «من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك

(١) وهو أعم من الصفة النحوية، فيشمل الحال، والنعته، والجار والمجرور، والظرف، والتمييز، والعدد، والتقسيم، والزمان، والمكان. ينظر: التحجير: (٦ / ٢٩٠٤ - ٢٩٠٥)، تفسير النصوص: (١ / ٤٩٠)، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله: (ص ٣٧٩ - ٣٨١).

(٢) ينظر: روضة الناظر: (٢ / ٧٩٣)، شرح مختصر الروضة: (٢ / ٧٦٤).

(٣) ينظر: تفسير النصوص: (١ / ٤٩٠).

(٤) هو جزء من حديث أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، (١ / ٦٦٣)، برقم: (٢٣٩٧)، كما هو جزء من حديث أخرجه مسلم في صحيحه - واللفظ له - في كتاب البيوع، (ص ٥٧٨)، برقم: (٣٩٠٥).

(٥) ينظر: شرح مختصر الروضة: (٢ / ٧٦٤ - ٧٦٥).

من ضرر»، فوصف: (غير المشروع) مفهومه المخالف: أن من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع، فإنه يكون مسؤولاً عما ينشأ عن هذا الاستعمال من ضرر، فانتهى حكم عدم المسؤولية بانتفاء وصف المشروعية الذي قيد به الاستعمال^(١).

المطلب الثاني: القواعد الكلية:

وفيه توطئة، وثلاث مسائل:

توطئة:

نصت المادة العشرون بعد السبعمئة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «دون الإخلال بما تقضي به المادة الأولى من هذا النظام، تطبق القواعد الواردة في هذه المادة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع النصوص النظامية، مع مراعاة طبيعتها والشروط والاستثناءات الخاصة بكل منها»، وما ذاك إلا لأن القواعد الكلية لها أهمية كبرى في النظام والتطبيق القضائي؛ ذلك أن النظام مهما بلغ من دقته وسعته وشموله فلن يتمكن من استيعاب الحوادث والواقعات بنص صريح فضلاً عن حوادث ووقائع وصور لبعض العقود تنشأ بعد صدور النظام، فكان من مرونة النظام وإحكامه أن يعتبر هذه القواعد الكلية التي تحكم ما لا يتناهى من الوقائع والحوادث لما اتسمت به من عموم وتجريد حتى تقل الوقائع التي لا يتناولها النظام بنصه أو بقواعده، ويجعلها في المرتبة الثانية بعد النصوص النظامية، وبتأمل هذه القواعد

(١) ينظر: تفسير النصوص: (١/ ٥٩٥).

وجدت أنه يمكن تقسيمها ثلاث مجموعها، وهي قواعد موضوعية، وقواعد في الإثبات، وقواعد في تفسير النصوص^(١).

المسألة الأولى: قواعد موضوعية:

لقد حوت المادة العشرون بعد السبعمئة من نظام المعاملات المدنية مجموعة من القواعد الموضوعية وهي:

القاعدة الأولى: الأمور بمقاصدها.

القاعدة الثانية: العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني^(٢).

القاعدة الثالثة: العامة محكمة.

القاعدة الرابعة: التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

(١) وبالبحث في المراجع التي تناولت شرح هذه القواعد وبيان طبيعتها والشروط والاستثناءات الخاصة بكل منها، لم أجد مرجعاً حوى كل هذه الأمور، ولكن وجدت المدخل الفقهي العام؛ للأستاذ مصطفى الزرقاء تناوفاً كلها ولكن لم يتناول تفاصيل كل قاعدة وطبيعتها وشروطها والاستثناءات الواردة عليها فضلاً عن تأصيلها، ولم يكن غرض المؤلف من كتابه ذلك، كما وجدت شرح القواعد الفقهية لوالده الشيخ: أحد الزرقاء، وتناول غالب هذه القواعد، فقد تناول (٣٧) قاعدة، وعليه لم يستوعبها كلها، ودرست منها قرابة سبع قواعد في رسالة الدكتوراه (أثر القرائن الفقهية في ترجيح قول أحد المتداعين في أبواب المعاملات المالية وتطبيقاتها القضائية) يسر الله نشرها وطباعتها، وذكرت في المسائل الثلاث القواعد بترقيمها الوارد في نظام المعاملات المدنية.

(٢) ويصح أن تكون هذه القاعدة من قواعد تفسير النصوص أيضاً.



- القاعدة الخامسة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.
- القاعدة السادسة: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة.
- القاعدة العاشرة: الأصل في العقود والشروط الصحة واللزوم^(١).
- القاعدة السادسة عشرة: الضرر يزال.
- القاعدة السابعة عشرة: الضرر لا يزال بمثله.
- القاعدة الثامنة عشرة: يدفع الضرر الأشد بالضرر الأخف.
- القاعدة التاسعة عشرة: درء المفسد مقدم على جلب المصالح.
- القاعدة العشرون: إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع.
- القاعدة الحادية والعشرون: المشقة تجلب التيسير.
- القاعدة الثانية والعشرون: الضرورات تقدر بقدرها.
- القاعدة الثالثة والعشرون: الاضطرار لا يبطل حق الغير.
- القاعدة الثامنة والعشرون: التابع تابع.
- القاعدة التاسعة والعشرون: يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها.

(١) وهذه القاعدة يمكن أن تكون موضوعية بمعنى أن الأصل في العقود والشروط أنها صحيحة ولازمة، فمن ادعى بطلانها وعدم لزومها فعليه إقامة الدليل، فالمتداعيان في القضاء متفقان على ثبوتها، ويمكن أن تكون في الإثبات بمعنى أنها لم يتفقا على وجود هذا الشرط أو العقد الفاسد، ولكن ادعى أحدهما وجود ما يبطله وأنكره الآخر، فيقدم قول من يدعي صحة العقد ولزومه. ينظر: أثر القرائن الفقهية في قول أحد المتداعين في أبواب المعاملات المالية وتطبيقاتها القضائية؛ للباحث: (٢ / ٨٧٩).



القاعدة الثلاثون: يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء.

القاعدة الرابعة والثلاثون: الخراج بالضمان.

القاعدة الخامسة والثلاثون: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

القاعدة السادسة والثلاثون: إذا زال المانع عاد الممنوع.

القاعدة السابعة والثلاثون: ما ثبت لعذر يزول بزواله.

القاعدة الثامنة والثلاثون: الساقط لا يعود.

القاعدة التاسعة والثلاثون: إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل.

القاعدة الأربعون: من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.

القاعدة الحادية والأربعون: الجهل بالحكم ليس عذرًا.

المسألة الثانية: قواعد الإثبات:

لقد حوت المادة العشرون بعد السبعمئة من نظام المعاملات المدنية مجموعة من قواعد الإثبات، وهي:

القاعدة السابعة: اليقين لا يزول بالشك.

القاعدة الثامنة: الأصل بقاء ما كان على ما كان.

القاعدة التاسعة: الأصل براءة الذمة.

القاعدة الحادية عشرة: الأصل في الصفات العارضة العدم.

القاعدة الثانية عشرة: الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.

القاعدة الخامسة عشرة: لا عبرة بالظن البين خطؤه.

القاعدة السابعة والعشرون: الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر.

القاعدة الحادية والثلاثون: إذا سقط الأصل سقط الفرع.

القاعدة الثالثة والثلاثون: على اليد ما أخذت حتى تؤديه.

المسألة الثالثة: قواعد تفسير النصوص.

لقد حوت المادة العشرون بعد السبعمئة من نظام المعاملات المدنية

مجموعة من قواعد تفسير النصوص، وهي:

القاعدة الثالثة عشرة: لا ينسب إلا ساكت قول، لكن السكوت في

معرض الحاجة إلى البيان بيان.

القاعدة الرابعة عشرة: لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح.

القاعدة الرابعة والعشرون: الأصل في الكلام الحقيقة.

القاعدة الخامسة والعشرون: إعمال الكلام أولى من إهماله.

القاعدة السادسة والعشرون: المطلق يجري على إطلاقه؛ ما لم يقدّم دليل

التقييد نصاً أو دلالة.

القاعدة الثانية والثلاثون: لا مساعٍ للاجتهاد في مورد النص.



المطلب الثالث: الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لهذا النظام^(١):

إن الشريعة الإسلامية هي الحاكمة على الأنظمة في المملكة العربية السعودية، وتصدر الأنظمة وفقها، فكانت هي الحاكمة على ما لم يتناوله نظام المعاملات المدنية بلفظه وفحواه، ولم تتناوله القواعد الكلية الواردة في المادة العشرين بعد السبعمئة، والشريعة الإسلامية هي الفقه الإسلامي بشموله وسعته، فالمنظم أحسن غاية الإحسان عندما أحال إليها، فإنها المعين الذي لا ينضب، و﴿لَا يَأْتِيهِ الْبَطْلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِ تَنْزِيلٌ مِّنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ﴾^(٢)، وشملت كل ما يحتاجه الناس في أصولها وفروعها، وقواعدها وأمثلتها، فبذلك انتفى الخلل التشريعي والفراغ التنظيمي.

فظهر بذلك أن أهمية دراسة أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي لمطبق هذا النظام والباحث فيه لا تزال لازمة لفهمه وتطبيقه، لا من الناحية

(١) عبر النظام في مادته الأولى بهذا التعبير بتقييد الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية بأن تكون أكثر ملاءمة لهذا النظام، وهذا يكون نظام المعاملات المدنية السعودي اختار ما اختارته بعض النظم العربية نحو القانون المدني الأردني، بخلاف ما اطلعت عليه من أغلب قوانين الدول العربية. ينظر في ذلك مثلاً: وثيقة النظام (القانون) المدني الموحد، والقانون المدني السوري، والقانون المدني المصري، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، والقانون المدني البحريني، والقانون المدني القطري، والقانون المدني اليمني، ولعله أراد بذلك تحديد محل اجتهاد القاضي والغاية التي يطلبها من البحث في الشريعة الإسلامية، وتقليل التفاوت بين الأحكام القضائية.

(٢) الآية (٤٢) من سورة فصلت.

النظرية فحسب، بل كذلك من الناحية العملية، وألا يتقيد القاضي بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي، بل يأخذ منها من المذاهب الفقهية ما كان أكثر ملاءمة لهذا النظام واختياراته حتى يتسق اختيار القاضي مع النظام فلا يفقد تجانسه وينفرد نظامه^(١).

(١) ينظر: الوسيط؛ للسنهوري: (١/ ٤٩ - ٥٠)، وذكر فيها أنه لا يتقيد بالمذاهب الفقهية الأربعة بل يمكن أن يأخذ من الإمامية والزيدية، وفي نظري أن الأخذ بالمذاهب الفقهية الأربعة والاعتصار عليها وعلى ما ورد فيها من روايات وأوجه وأقوال للمنتسبين لها، هو المتعين؛ لأمر: الأول: أنها استوعبت كثيراً مما ورد في غيرها، فتقل الحاجة للرجوع لغيرها. الثاني: قلة المتخصصين والدارسين لغيرها - خصوصاً في المملكة العربية السعودية -، فلو كان المنظم يقصد الإحالة لها، لكانت إحالته إلى غير معهود ولا مفهوم. الثالث: أن في بعض هذه المذاهب ما يخرج عن الشريعة الإسلامية كبعض الشركات ونحوها مما لا يكون النظر فيها حيثئذ نظراً في الشريعة الإسلامية. الرابع: ما ورد عن العلماء من الرد على من اتبع غير المذاهب الأربعة، وأن غيرها لم يجر أو لم ينتقل أو لم يفهم على وجهه. ينظر تفصيل هذا الأمر في: الرد على من اتبع غير المذاهب الأربعة؛ لابن رجب: (ص ٢٦٩ - ٢٩٦). الخامس: ما صرح به بعض الأنظمة كقانون المعاملات المدنية الإماراتي من اعتماد المذاهب الأربعة بتقديم مذهب أحمد ومالك ثم الشافعي وأبي حنيفة. وفي الجملة، فإني رأيت - فيما اطلعت عليه - مما صدر عن الاجتهاد الجماعي الاكتفاء بما ورد في المذاهب الأربعة من أوجه وروايات وأقوال للمنتسبين لها والقواعد الفقهية ما أغناهم عن غيرها من المذاهب.

المبحث الثالث العمل عند التعارض

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: التعارض بين نصوص النظام:

إن نظام المعاملات المدنية لم يغفل حال التعارض بين نصوصه، وهي على نوعين:

النوع الأول: التعارض بين أنواع الدلالة:

بينت المواد النظامية ترجيح كثير من أنواع الدلالة على غيرها، فرجحت ما دل صراحة على غيره؛ كما ورد ذلك في القاعدة الرابعة عشرة من القواعد الكلية، وعليه ترجح دلالة اللفظ على دلالة الفحوى، كما ترجح دلالة الاقتضاء والإشارة على دلالة المفهوم لأنها أصرح.

كما رجحت الفهم الذي يحمل المطلق على إطلاقه؛ ما لم يقدّم دليل التقييد نصاً أو دلالة على غيره، وفق ما ورد في القاعدة السادسة والعشرين من القواعد الكلية.

النوع الثاني: التعارض بين المواد الواردة في القسم الأول من النظام وبين الواردة في القسم الثاني منه:

إن من أهم صور التعارض التي تظهر للمطلع على هذا النظام هي التعارض بين المواد الواردة في الفصل الأول من الباب الأول من القسم الأول: الالتزامات (الحقوق الشخصية)، وهو الفصل الذي تضمن أحكام

العقد عمومًا، وبين المواد الواردة في القسم الثاني: العقود المسماة لاسيما أن كثيرًا من المواد في القسم الثاني تناولت تنظيم تفاصيل أحكام العقود المسماة، فيظهر التعارض حينئذ.

ولكن النظام لم يترك هذه الصورة من التعارض بل بيّن كيف العمل معها، فنصت المادة الثلاثون منه على أنه: «تطبق الأحكام الواردة في هذا الفصل على العقود المسماة وغير المسماة، وذلك دون إخلال بالأحكام الواردة في النصوص النظامية التي تنظم عقودًا ذات طبيعة خاصة»، وعليه يكون العمل عند البحث عن حكم لعقد في نظام المعاملات المدنية^(١):

١- أن يبحث عن العقد في العقود المسماة التي تناولها القسم الثاني، فإن وجد فتطبق الأحكام الخاصة بذلك العقد، فإن لم يوجد أو وجد ولم يوجد حكم الواقعة المنظورة.

٢- فيبحث عنه في الفصل الأول من الباب الأول من القسم الأول من النظام الذي تضمن القواعد العامة التي تطبق على سائر العقود، فيؤخذ به إن وجد، وأما إن لم يوجد للواقعة المنظورة فيها حكم.

٣- فينظر في القواعد الكلية التي تضمنتها المادة العشرون بعد السبعمئة، ولا إخلاله إلا واجدًا لها حكمًا فيها، فإن لم يجد.

٤- فيطبق أحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لأحكام هذا النظام.

(١) ينظر: مصادر الالتزام الإرادية: (ص ٣٢).

المسألة الثانية: التعارض بين نظام المعاملات المدنية وبين غيره من الأنظمة.

إن نظام المعاملات المدنية تصدى لبيان العمل عند التعارض بين نظام المعاملات المدنية وبين غيره، وذلك في الفقرة الثانية من المادة الأولى منه، ونصها: «لا يخل تطبيق نصوص هذا النظام بالنصوص النظامية الخاصة»، كما عالجتها المادة الأخيرة من النظام، وهي المادة الحادية والعشرون بعد السبعمئة، ونصها: «يعمل بهذا النظام بعد مضي (مئة وثمانين) يوماً من نشره في الجريدة الرسمية، ويلغى كل ما يتعارض معه من أحكام»، فيكون للتعارض بين نصوص نظام المعاملات المدنية وبين غيره من الأنظمة حالان:

الحال الأولى: أن يكون نص نظام المعاملات المدنية عاماً، ونص غيره من الأنظمة السارية خاصاً، فهنا يقدم نص النظام الخاص، على عموم نص نظام المعاملات المدنية عملاً بالفقرة الثانية من المادة الأولى منه، فمثلاً تقدم نصوص نظام الرهن العقاري فيما تضمنته من تفاصيل عقد الرهن العقاري على عموم المواد المنظمة للعقد في نظام المعاملات المدنية، ونحو ذلك.

الحال الثانية: أن يكون النصان النظاميان خاصين، أو يكون نظام المعاملات المدنية أخص من النظام المعارض له، فهنا يقدم نص نظام المعاملات المدنية ويلغى النص النظامي المعارض له، عملاً بعجز المادة الحادية والعشرين بعد السبعمئة من نظام المعاملات المدنية، وذلك مثل التعارض في بيان الدرجات الأربعة للأقارب، بين اللائحة: (٧ / ١) من

لائحة نظام المرافعات الشرعية^(١) المستندة على المادة الأربعين بعد المتين من النظام نفسه^(٢)، وبين المادة السابعة من نظام المعاملات المدنية^(٣)، فهنا يقدم نص نظام المعاملات المدنية، وكالتعارض في تحديد مقر إقامة المدعى عليه إذا كان شخصاً طبيعياً، ويمارس مهنته أو تجارته في غير مقر إقامته، فإذا أقيمت دعوى فيما يتعلق بإدارة أعمال التجارة أو المهنة، فهنا تعارض فيها الفقرة الأولى من المادة السادسة والثلاثين من نظام المرافعات الشرعية^(٤)،

(١) ونصها: «الأقرب حتى الدرجة الرابعة هم: الدرجة الأولى: الآباء، والأمهات، والأجداد، والجدات وإن علو. الدرجة الثانية: الأولاد، وأولادهم وإن نزلوا. الدرجة الثالثة: الأخوة والأخوات، الأشقاء، أو لأب، أو لأم، وأولادهم، وأولاد أولادهم. الدرجة الرابعة: الأعمام والعمت، وأولادهم، والأخوال والخالات، وأولادهم».

(٢) ونصها: «١- تعد اللوائح التنفيذية لهذا النظام من وزارة العدل والمجلس الأعلى للقضاء، وتشارك وزارة الداخلية في الأحكام ذات الصلة بها، وتصدر بقرار من وزير العدل بعد التنسيق مع المجلس في مدة لا تتجاوز تسعين يوماً من تاريخ العمل بهذا النظام، ولا يجري تعديلها إلا بنفس الطريقة التي تم بها إصدارها، على أن يستمر العمل باللوائح المعمول بها حالياً بما لا يتعارض مع هذا النظام إلى أن تصدر تلك اللوائح».

(٣) ونصها: «١- تتحدد درجة القرابة المباشرة باعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل دون حساب الأصل، وتتحدد درجة القرابة غير المباشرة بعدد الفروع صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعد درجة».

(٤) ونصها: «١- يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مكان إقامة المدعى عليه فإن لم يكن له مكان إقامة في المملكة فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مكان إقامة المدعي».

والمادة التاسعة من نظام المعاملات المدنية^(١)، والأولى عامة والثانية خاصة، فيقدم نص نظام المعاملات المدنية، ويكون محل رفع الدعوى على المدعى عليه في هذه الحال هو محل مباشرته مهنته أو تجارته وليس محل إقامته كما نصت على ذلك المادة السادسة والثلاثون من نظام المرافعات الشرعية؛ لأن نص نظام المعاملات المدنية أخص.

(١) ونصها: «المواطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً. ويجوز أن يكون للشخص في وقتٍ واحدٍ أكثر من مواطن، وإذا لم يكن له مكانٌ يقيم فيه عادةً عدَّ محل وجوده موطنًا له، فإن لم يكن معلومًا ففي آخر محل وجد فيه».

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث أشكر الله وأحمده على أن مد في العمر حتى بلغت نهاية هذا البحث، فله الحمد والشكر أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً، وأذكر هنا أهم النتائج والتوصيات:

فأهم النتائج:

١- أن المادة الأولى في فقرتها الأولى تضمنت تطبيق هذا النظام على جميع المسائل الصادرة أو الواقعة من جميع الجهات والأشخاص، فيسري عليها، ويستثنى من ذلك ما نص على خروجه من نظام المعاملات المدنية نظام خاص، أو أي معاهدة أو اتفاقية أو اختصاص لجهات عامة أو قضائية مقرر بموجب الأنظمة.

٢- أن التطبيق الزمني للنظام على الوقائع التي حدثت بعده تصدت لبيانه المادة (٧٢١) من النظام، وأما ما قبل بدء تطبيقه، فتصدت له الفقرة: (خامساً) من أداة إصدار النظام، من استثناء ما إذا وجد نص نظامي أو مبدأ قضائي يتعلق بالواقعة بما يخالف أحكام هذا النظام وتمسك به أحد الأطراف أو إذا كان الحكم يتعلق بمدة لمرور الزمن المانع من سماع الدعوى بدأ سريانها قبل العمل بهذا النظام.

٣- أن المادة الأولى من النظام نصت على كيفية تطبيقه وتفسيره، فتناولت وسائل التفسير الداخلية، والخارجية.

٤- أن القسم الثالث من أنواع الدلالة اللفظية: هو الدلالة اللفظية الوضعية، وهو محل الاعتبار في الأنظمة دون غيره من أنواع الدلالة اللفظية، ويتضمن دلالة المطابقة والتضمن.

٥- أن دلالة الفحوى، وتسمى (دلالة غير المنظوم) تتضمن دلالة الاقتضاء والإشارة والإيحاء ومفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة.

٦- أن دلالة مفهوم الموافقة نوعان: مفهوم موافقة أولوي ومفهوم موافقة مساو.

٧- أن لدلالة مفهوم المخالفة أنواعاً كثيرة أهمها: مفهوم الغاية ومفهوم الشرط ومفهوم الصفة.

٨- أهمية أنواع الدلالات المذكورة في البحث؛ فقد استعملها نظام المعاملات المدنية في بيان أحكامه، وذكر في البحث مثال لكل نوع منها.

٩- تميز نظام المعاملات المدنية، فهو غني بأنواع الدلالات فلم يقتصر في بيان أحكامه على دلالة واحدة بل نوع بينها، وأخذ بكل الأنواع المذكورة في البحث.

١٠- أن القواعد الكلية تأتي في المرتبة الثانية بعد دلالة اللفظ والفحوى، وما ذاك إلا لأن القواعد الكلية لها أهمية كبرى في النظام والتطبيق القضائي، هي إحدى وأربعون قاعدة منها قواعد موضوعية وقواعد في الإثبات وقواعد في تفسير النصوص ذكرت في صلب البحث.

١١- ظهر من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر التفسير الخارجي الوحيد: أن أهمية دراسة أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي لمطبق هذا النظام والباحث فيه لا تزال لازمة لفهمه وتطبيقه.

١٢- إن نظام المعاملات المدنية لم يغفل حال التعارض بين النصوص النظامية، فتناول في مجموعة من المواد والقواعد ما يحسم باب هذا التعارض ويمنع منه، ويبين طريق رفعه، وبيان ذلك في المبحث الأخير من البحث.

أهم التوصيات:

١- العناية بنظام المعاملات المدنية وشرحه وبيان مشكله، فإنه نظام جديد لا يزال بحاجة إلى إخراج مكنوناته وكشف كنوزه^(١).

٢- دراسة القواعد الكلية الواردة في المادة العشرين بعد السبعمئة دراسة مستوفيه لطبيعتها والشروط والاستثناءات الواردة عليها^(٢).

٣- أهمية تكرار الاطلاع على نظام المعاملات المدنية وربط المواد بعضها ببعض لمعرفة ما دل عليه النظام بالدلالات المتبعة، فيقدم ويعمل به، لا سيما مع ضخامة النظام، فلا يسهل قياده إلا بكثرة المراجعة والقراءة.

(١) وعلمت بمشروعين لدراسة نظام المعاملات المدنية أحدهما في الجامعة الإسلامية والآخر في الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء.

(٢) ويستفاد في منهجية دراستها مما دونه: أ. د. عبد العزيز بن محمد العويد في كتابه: المنهج العلمي لبحث ودراسة القواعد الفقهية، فقد أفاد فيه وأجاد.

٤- إضافة إلى أهمية النظر في القواعد الواردة في المادة: (٧٢٠) من نظام المعاملات المدنية، فإن النظام أطلق تطبيقها ولم يقيد بنوع من أنواع الدلالة سوى ما ورد في شروطها والاستثناءات الخاصة بكل قاعدة منها.

وفي الختام: فهذا جهد المقل، فما كان فيه من صواب فمن الله وحده وما كان فيه من خطأ فمن نفسي والشيطان وأستغفر الله منه، وأشكر لك أخي القارئ صبرك وحلمك إلى أن وصلت إلى ختام البحث، فجزاك الله خيراً على حسن ظنك بالمؤلف، وهو لا يستغني عن ملاحظتك على العنوان المذكور في ختام المقدمة.

هذا والله أعلم وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

فهرس المصادر المراجع

١. الإبهاج في شرح المنهاج على منهج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي (ت: ٦٨٥هـ)، تأليف: تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي وولده: تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، كتب هوامشه وصححه: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
٢. أثر علم أصول الفقه في سنن الأنظمة وصياغتها وتفسير نصوصها والموازنة بينها (دراسة نظرية تطبيقية على الأنظمة في المملكة العربية السعودية)، تأليف: أ. د. عبد العزيز بن عبد الرحمن المشعل، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، الطبعة الأولى: ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م.
٣. أثر القرائن الفقهية في ترجيح قول أحد المتداعين في أبواب المعاملات المالية وتطبيقاتها القضائية، تأليف: عبد الرحمن بن محمد بن عبد العزيز الحميد، رسالة دكتوراه، العام الجامعي: ١٤٤٥هـ - ٢٠٢٤م.
٤. الإحكام في أصول الأحكام، تأليف: علي بن محمد الأمدي، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية: ١٤٠٢هـ (الشاملة).
٥. أساس البلاغة، تأليف: أبي القاسم جار الله: محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري (ت: ٥٣٨هـ)، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
٦. أصول الفقه، تأليف: محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي.
٧. أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، تأليف: أ. د. عياض بن نامي السلمي، دار التدمرية، الطبعة السادسة: ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.



٨. أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، تأليف: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ود. أحمد حشمت أبو ستيت، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر: ١٩٥٠م.
٩. أصول فهم النصوص النظامية (دراسة تأصيلية تحليلية من أصول الفقه الإسلامي والقانون لتأسيس علم أصول الفقه القضائي)، تأليف: د. خالد بن عبد الله الخضير، دار الحضارة، الطبعة الأولى: ١٤٤٤هـ - ٢٠٢٣م.
١٠. أصول المرافعات الشرعية في النظام القضائي السعودي وفقاً لنظام المرافعات الشرعية الجديد ولائحته التنفيذية، تأليف: د. هشام موفق عوض، الشقري للنشر وتقنية المعلومات، الطبعة الثانية: ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م.
١١. البدر الطالع في حل جميع الجوامع، تأليف: جلال الدين أبي محمد بن أحمد المحلي الشافعي، شرح وتحقيق: أبي الفداء مرتضى علي بن محمد المحمدي الداغستاني، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الأولى: ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.
١٢. التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، تأليف: العلامة علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي: (ت: ٨٨٥هـ)، دراسة وتحقيق: د. عبد الرحمن بن الجبرين، ود. عوض بن محمد القرني، ود. أحمد بن محمد السراح، مكتبة الرشد، الطبعة الثانية: ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
١٣. تحرير المقال فيما تصح نسبته إلى المجتهد من أقوال، تأليف: د. عياض بن نامي السلمي، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ.
١٤. التخريج عند الفقهاء والأصوليين: (دراسة نظرية تطبيقية تأصيلية)، تأليف: د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الطبعة السادسة: ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.
١٥. تعميم وزير العدل بالنيابة الصادر برقم: (١٣ / ت / ٤٤٢٣)، وتاريخ: ٠٣ / ١٢ / ١٤٣٢هـ.

- ١٦ . تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، تأليف: أ. د. محمد أديب الصالح، المكتب الإسلامي، الطبعة الخامسة: ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
- ١٧ . التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي والنظام السعودي (دراسة شرعية تأصيلية تطبيقية)، تأليف: أ. د. ناصر بن محمد الغامدي، دار طيبة الخضراء، الطبعة الأولى: ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م.
- ١٨ . التوضيحات المرعية لنظام المرافعات الشرعية بالمملكة العربية السعودية، تأليف: د. نبيل بن عبد الرحمن الجبرين، دار التدمرية، الطبعة الثانية: ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م.
- ١٩ . دلالات الألفاظ في مباحث الأصوليين، تأليف: د. يعقوب بن عبد الوهاب الباسين، دار التدمرية، الطبعة الثانية: ١٤٤١هـ - ٢٠١٩م.
- ٢٠ . روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، تأليف: موفق الدين بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، حققه وعلق عليه: د. عبد الكريم بن علي النملة، مكتبة الرشد، الطبعة الثالثة عشرة: ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
- ٢١ . حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، جمع الشيخ: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي (ت: ١٣٩٢هـ)، الطبعة الثانية عشرة: ١٤٢٩هـ.
- ٢٢ . الرد على من اتبع غير المذاهب الأربعة، تأليف: الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب (ت: ٧٩٥هـ)، وهي الرسالة الخامسة من المجموعة العلمية، جمع وتحقيق: سامي بن محمد جاد الله وعبد العزيز بن ناصر الحباني، دار المحدث للنشر والتوزيع ودار الأوراق للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية: ١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م.
- ٢٣ . سنن ابن ماجه، تأليف: أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بـ (ابن ماجه)، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه: العلامة المحدث محمد ناصر



- الدين الألباني، اعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية: ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.
٢٤. شرح القواعد الفقهية، تأليف: الشيخ: أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، دار القلم، الطبعة الثانية، الطبعة العاشرة: ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م.
٢٥. شرح مختصر الروضة، تأليف: نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي: (ت ٧١٦هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م.
٢٦. صحيح البخاري، وهو الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه، تأليف: أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، خرج أحاديثه وعلق عليه: عز الدين ضلي وعماد الطيار وياسر حسن، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الجديدة: ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م.
٢٧. صحيح سنن ابن ماجه للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ت: ٢٧٥ هـ، تأليف: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى للطبعة الجديدة: ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م.
٢٨. صحيح مسلم المسمى الجامع الصحيح، تأليف: أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، اعتنى به: هيثم خليفة الطعيمي، المكتبة العصرية، طبعة عام: ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.
٢٩. طرق الاستدلال ومقدماتها عند المناطق والأصوليين، تأليف: د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الطبعة الثانية: ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م.
٣٠. علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي، تأليف: عبد الوهاب خلاف، دار القلم، الطبعة التاسعة: ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م.



٣١. العدة في أصول الفقه، تأليف: القاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء البغدادي الحنبلي: (ت ٤٥٨هـ)، حققه وعلق عليه: أ. د. أحمد بن علي سير المباركي، الطبعة الثالثة: ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٣٢. القاموس المحيط، تأليف: العلامة اللغوي مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة: ١٤٢٦هـ.
٣٣. القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين، تأليف: د. محمد حامد عثمان، دار الزاحم، الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
٣٤. القانون المدني الأردني لسنة: ١٩٧٦م.
٣٥. القانون المدني البحريني الصادر برقم (١٩) لسنة: ٢٠٠١م.
٣٦. القانون المدني السوري لسنة: ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩م.
٣٧. القانون المدني القطري الصادر برقم: (٢٢) لسنة: ٢٠٠٤م.
٣٨. القانون المدني المصري لسنة: ١٣٦٧هـ - ١٩٤٨م.
٣٩. القانون المدني اليمني الصادر برقم: (١٤) لسنة: ٢٠٠٢م.
٤٠. قانون المعاملات المدنية الإماراتي الصادر برقم: (٥) لسنة: ١٩٨٥م.
٤١. قرار الدائرة الثالثة في المحكمة العليا ذي الرقم: (٤٢٩١٨٣)، والتاريخ: ١٠/٠٢/١٤٤٢هـ.
٤٢. كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تأليف: العلامة محمد بن علي التهانوي، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: د. الخالدي، الترجمة الأجنبية: د. جورج زيناتي، مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة الأولى: ١٩٩٦م.



- ٤٣ .لائحة نظام المرافعات الشرعية الصادرة بقرار وزير العدل ذي الرقم:
(٣٩٩٣٣)، تاريخ: ١٩ / ٥ / ١٤٣٥هـ، نشرة جمعية قضاء، الطبعة الأولى:
١٤٤٢هـ.
- ٤٤ . لسان العرب، تأليف: جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري،
دار صادر، الطبعة السابعة: ٢٠١١م.
- ٤٥ . مبادئ المرافعات الشرعية في ضوء نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد
لعام: ١٤٣٥هـ والنظم المرتبطة به وأحدث التطبيقات القضائية، مكتبة
الرشد، الطبعة الثانية: ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م.
- ٤٦ . المدخل إلى فقه المرافعات، تأليف: عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، دار ابن
فرحون ناشرون، الطبعة الثانية: ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.
- ٤٧ . المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، تأليف: مصطفى أحمد
الزرقا، دار القلم، الطبعة الأولى: ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- ٤٨ . المدخل الفقهي العام، تأليف: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، الطبعة الثالثة:
١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.
- ٤٩ . المدخل لدراسة الأنظمة القانونية في المملكة العربية السعودية، تأليف: أ. د.
محمد بن جبر الألفي، دار التحبير، الطبعة الثانية: ١٤٤١هـ - ٢٠٢٠م.
- ٥٠ . المدخل لدراسة السياسة الشرعية والأنظمة المرعية (دراسة تأصيلية تطبيقية
على الأنظمة السعودية)، تأليف: أ. د. ناصر بن محمد الغامدي، دار طيبة
الخضراء، الطبعة الأولى: ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥.
- ٥١ . مصادر الالتزام الإرادية، حقيبة المدرب، مركز التدريب العدلي، الإصدار
الثاني: ١٤٤٥هـ.
- ٥٢ . مصادر الالتزام غير الإرادية، حقيبة المدرب، مركز التدريب العدلي، الإصدار
الثاني: ١٤٤٥هـ.



٥٣. معالم النظرية العامة للالتزام (وفقاً للنظام) (القانون) المدني الموحد ومجلة الأحكام الشرعية)، تأليف: أ. د. محمد بن جبر الألفي، وقفية التحجير، الطبعة الأولى: ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م.
٥٤. المقاييس في اللغة، تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت ٣٩٥هـ)، تحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، طبعة عام: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
٥٥. المنهج العلمي لبحث ودراسة القواعد الفقهية، تأليف: أ. د. عبد العزيز بن محمد العويد، دار التحجير، إصدارات الجمعية الفقهية السعودية، الطبعة الأولى: ١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م.
٥٦. النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي ذي الرقم: (أ/ ٩٠)، والتاريخ: ٢٧ / ٠٨ / ١٤١٢هـ.
٥٧. نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم: (م / ١)، والتاريخ: ٢٢ / ١ / ١٤٣٥هـ.
٥٨. نظام المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم: (م / ١٩١)، والتاريخ: ٢٩ / ١١ / ١٤٤٤هـ.
٥٩. وثيقة الكويت للنظام (القانون) المدني الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، مجلس التعاون لدول الخليج العربية، الطبعة الثالثة: ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
٦٠. الوسيط في شرح القانون المدني، تأليف: عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار إحياء التراث العربي.





تفسير النصوص بفحواها بين الشريعة والقانون

دراسة أصولية
مع التطبيق على الأنظمة السعودية

د. فالج بن صياد بن ربيعان الدوسري
أستاذ أصول الفقه المساعد في جامعة الملك فيصل
f2007f@hotmail.com

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على إمام المرسلين، وعلى آله، وصحبه، ومن اتبع سنته بإحسان إلى يوم الدين. أما بعد:

فإن اللفظ قالب المعنى، من خلاله يعبر المتكلم عن تصوراته وتصديقاته، وبسماعه يفهم المخاطب المعنى، وبالنظر في مجريات الألفاظ بين الناس يلحظ تفاوتها في الدلالة على معانيها من حيث الطريقة والوضوح، فمن المعاني ما يفهم من عبارة اللفظ، ومنها ما يكون في فحواه، كما أن منها ما يكون صريحاً وكثير منها ظاهر، وآخر مجمل.

ولما كان من المتقرر في قواعد أصول الفقه تفسير اللفظ بفحواه وإشارته نظير تفسيره بعبارته وصيغته، فقد جاء هذا البحث للنظر في مقارنة هذه القاعدة وفقاً لأصول القانون، ومدى تأثيرها في تفسير الأنظمة، على اعتبارها يعبر عنها بالنص القانوني.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

- (١) تعلقه بتفسير النصوص التي هي مصدر الأحكام.
- (٢) الحاجة إلى الإفادة من قواعد أصول الفقه في تفسير دلالات النص القانوني.
- (٣) بيان تقدم النظر الأصولي في تقنين قواعد فهم النص التي بها يُضبط تفسيره، ونقل هذه التجربة في سن قواعد قانونية كلية تضبط تفسير النصوص.

أهداف الموضوع:

- (١) دراسة القاعدة في تفسير النص من خلال فحواه.
- (٢) بيان مدى إمكانية تأثير القاعدة الأصولية في تفسير النص القانوني.
- (٣) تطبيق القاعدة في نماذج من النصوص الشرعية والقانونية.

الدراسات السابقة:

بعد البحث في فهارس المكتبات العلمية، وقواعد المعلومات المتاحة، ومحركات البحث، وسؤال أهل الاختصاص؛ لم أجد -فيما بدالي- من سبق وأن تطرق لهذا الموضوع بالغرض المنشود والمعنى المراد، لكنَّ هناك دراسات ذات علاقة، وهي كما يأتي:

- (١) فحوى الخطاب الدلالة المسكوت عنها عند الأصوليين، د. عمرو خاطر، مجلة فيلولوجي، العدد ٦٢ لعام ٢٠١٤م.
- (٢) دلالة غير المنظوم عند المتكلمين وأثرها، للباحث صالح العقيل، رسالة ماجستير في أصول الفقه، مقدمة في كلية الشريعة بالرياض عام ١٤٠٦هـ.
- (٣) أصول فهم النصوص النظامية، للدكتور خالد الخضير، وهو مؤلف شامل لقواعد أصول الفقه وبيان أثرها في تحديد مصادر الأحكام وكيفية الاستفادة منها.

٤) تفسير النصوص القانونية بين التفسير القضائي والفقهى، بحث منشور ضمن مجلة القانون المدني، لعام ٢٠٢٢م، للباحث عبد المعطي السفياني، وهو يقارن بصورة إجمالية منهجية التفسير على عدة اتجاهات.

والملاحظ أن موضوع البحث يتميز عن تلك الدراسات بمقارنته القاعدة في دلالة الفحوى بين الشريعة والقانون، وبيان أثرها في تفسير النص، كما أن البحث يركز على تطبيقات القاعدة على النصوص النظامية في السعودية.

خطة البحث:

يعتمد العمل في هذا البحث على مقدمة، وثلاثة مطالب، وخاتمة، وتفصيل ذلك كما يأتي:

المقدمة:

وتتضمن الاستهلال والإعلان عن الموضوع، وأهميته، وأهدافه، والخطة، والمنهج.

المطلب الأول: التعريف بدلالة الفحوى.

المطلب الثاني: حجية دلالة الفحوى.

المطلب الثالث: أثر دلالة الفحوى في تفسير الأنظمة.

الخاتمة:

وفيها أهم النتائج.

فهرس المصادر والمراجع .

منهج البحث:

يسير العمل في البحث وفق منهجية معينة، يمكن توضيحها من خلال النقاط الآتية:

- ١- الاعتماد عند الكتابة على المصادر الأصيلة في كل مسألة بحسبها.
- ٢- التمهد للمسألة بما يوضحها إن احتاج المقام لذلك.
- ٣- التعريف بالمصطلحات الداخلة في صلب البحث.
- ٤- صياغة المادة العلمية بأسلوبي، ما لم يتطلب المقام النقل بالنص.
- ٥- الاعتراف بالسبق لأهله، في تقرير فكرة، أو نصب دليل، أو مناقشته، أو ضرب مثال، أو ترجيح رأي أو نحو ذلك.
- ٦- عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها في المصحف.
- ٧- تخريج الأحاديث والآثار، فإن كان بلفظه في الصحيحين أو أحدهما اكتفي بتخرجه منهما، وإن لم يكن في أي منهما خُرج من المصادر الأخرى المعتمدة، مع ذكر ما قاله أهل الحديث فيه.
- ٨- عزو نصوص العلماء وآرائهم إلى كتبهم مباشرة، إلا إذا تعذر الوصول إليها.
- ٩- توثيق نسبة الأقوال إلى المذاهب من الكتب المعتمدة في كل مذهب.
- ١٠- توثيق المعاني اللغوية من معاجم اللغة المعتمدة.

١١- الإحالة إلى المصدر في حالة النقل منه تكون بالنص بذكر اسمه والجزء والصفحة، وفي حالة النقل بالمعنى بذكر ذلك مسبقاً بكلمة (ينظر:....).

١٢- العناية بما يكتب، من حيث سلامته من الناحية اللغوية، والإملائية، والنحوية، ومراعاة حسن تناسق الكلام، ورقي أسلوبه.

١٣- العناية بعلامات الترقيم، ووضعها في مواضعها الصحيحة.

وفي الختام أحمد الله حمداً كثيراً، وأثنى عليه الخير كله، وأرجوه أن يبارك في الجهد، وأن يجري به عموم النفع، وأن يتقبل أعمالنا ويجعلها خالصة لوجهه، إنه جواد كريم.

وبعد، فإن هذا جهد البشر، فما كان فيه من حق فذلك فضل الله، وإني لأرجو ربي أن يتقبل منا العمل، وأن يغفر لنا الزلل، إنه هو الغفور الرحيم.

والحمد لله رب العالمين.

المطلب الأول التعريف بدلالة الفحوى

المعنى اللغوي:

الدلالة: مصدر دَلَّ يدل، بمعنى الإرشاد إلى الشيء، وإبانته بأمانة تدل عليه^(١). واللفظ هو المستعمل في الدلالة في هذا السياق، فهو يرشد إلى المعنى ويكشف عنه، وعليه فإن دلالة اللفظ ما يتضمنه من المعنى الذي يدل عليه؛ ولهذا ذكر القرافي رَحْمَةُ اللَّهِ أَنْ «الأدلة هي الألفاظ، والدلالة إشعارها بمدلولاتها»^(٢).

والفحوى: مشتق من الفَحَا، وهو أضرار القدر وتوابله من الفلفل والكمون، ويطلق على فحوى الكلام^(٣)، وهو «ما ظهر للفهم من مطاوي الكلام ظهور رائحة الفحَاء من القدر، كفهم الضرب من الأف»^(٤).

المعنى الاصطلاحي:

المقصود بالدلالة هنا ما هو جارٍ في سياق النصوص التي تدل على الأحكام، وذلك يتمثل في ألفاظ القرآن والسنة على اعتبارهما مصدر الأحكام^(٥)، والأصل في دلالة اللفظ ما يفهم من معناه بحسب الوضع

(١) ينظر: مقاييس اللغة ٢/ ٢٥٩ مادة «دل»، لسان العرب ١١/ ٢٤٧ مادة «دل».

(٢) نفائس الأصول ١/ ٤٢٥.

(٣) ينظر: لسان العرب ١٥/ ١٤٩، مادة «فحا».

(٤) مقاييس اللغة ٤/ ٤٨٠، مادة «فحو».

(٥) ينظر: الإبهاج ١/ ٢٠٥.

اللغوي، فهي: «كون اللفظ بحيث إذا أطلق فهم معناه من كان عالماً بوضعه له»^(١). وذلك يشمل الدلالة بعبارة اللفظ ومنطوقه، كما يتضمن الدلالة بفحواها ومفهومها مما هو من قبيل ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق^(٢).

وبناء على ذلك فإن المقصود بفحوى اللفظ: «ما أفاده لا من صيغته»^(٣)، وذلك جارٍ في مقابل دلالة المعنى المنطوق الذي يفهم معناه من صريح اللفظ، بحيث تختص دلالة فحوى النص بالمعنى الذي يفهم على وجه غير صريح من منطوق النص، أو بالمعنى غير المنطوق في النص مما يفهم بدلالة سياق الكلام ومقصوده^(٤)، وعلى هذا الاعتبار جرى تقسيم دلالات الألفاظ عند الأصوليين إلى ما يفهم من صيغة اللفظ من حيث اللغة والوضع، وهو المسمى دلالة المنظوم، وإلى «ما يقتبس من الألفاظ لا من حيث صيغتها ووضعها بل من حيث فحواها وإشارتها»^(٥).

وهذا المعنى ظاهر فيما نصَّ عليه نظام المعاملات المدنية في السعودية، حيث أناط تفسير نصوص النظام على هذين القسمين؛ إذ جاء فيه:

- (١) الإبهاج ١/ ٢٠٥، البحر المحيط ١/ ٤١٦.
- (٢) ينظر: رفع الحجاب ٣/ ٤٨٤-٤٨٥، تشنيف المسامع ١/ ٣٢٩، ٣٤١، التحبير ٦/ ٢٨٧٥، أصول ابن مفلح ٣/ ١٠٥٦.
- (٣) شرح مختصر الروضة ٢/ ٧٠٤.
- (٤) ينظر: المستصفى ص ٢٦٤، شرح مختصر الروضة ٢/ ٧٠٤، ٧٠٩، الإحكام للآمدي ٣/ ٦٤، ٦٦، أصول ابن مفلح ٣/ ١٠٥٦.
- (٥) المستصفى ص ٢٦٣.

«تُطبق نصوص هذا النظام على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها»^(١).

على أنه من المقرر عند كثير من الأصوليين إطلاق دلالة الفحوى على أحد أنواع دلالات غير المنطوق، حيث شاعت تسمية دلالة مفهوم الموافقة بفحوى اللفظ أو فحوى الخطاب^(٢)، وعلى هذا الاعتبار نحنا بعض شراح القانون حين قصروا دلالة الفحوى على ذلك^(٣).

وفي الجملة لا مشاحة في الاصطلاح بعد فهم المعنى، حيث إن ذلك لا يعدو مجرد التسمية، والذي يظهر أن السياق مؤثر في فهم المراد من إطلاق هذا المصطلح، فإذا جرى إطلاقه على سبيل الاستقلال والانفراد فالظاهر أنه ينصرف إلى مفهوم الموافقة، لكنه إذا ذكر على سبيل المقاسمة لدلالة صيغة اللفظ، انصرف إلى دلالة اللفظ على المعنى من غير صيغته، وذلك وارد على الدلالات التي يتناولها الأصوليون على هذا النحو: الاقتضاء، والإشارة، والإيحاء، والمفهوم بقسميه الموافقة والمخالفة^(٤).

(١) راجع: نظام المعاملات المدنية السعودي، المادة (١/١).

(٢) ينظر: المستصفي ص ٢٦٥، العدة لأبي يعلى ٢/٤٨٠، كشف الأسرار ٢/٢٥٣، بيان المختصر ٢/٤٣٦، شرح مختصر الطوفي ٢/٧١٩، أصول ابن مفلح ٣/١٠٥٩، إرشاد الفحول ٢/٣٧، نثر الورود ١/٩٦.

(٣) ينظر: نظرية تفسير النصوص المدنية، د. محمد شريف ص ٧٣.

(٤) ينظر: المستصفي ص ٢٦٤، التحقيق والبيان للأبياري ٢/٢٨٧، شرح مختصر الروضة ٢/٧٠٤، الإحكام للأمدي ٣/٦٤، ٦٦، التجبير ٨/٢٨٦٧، أصول ابن مفلح ٣/١٠٥٦.

وقد كان هذا البحث لبيان دلالة فحوى النص بأنواعها المختلفة، وكيفية توجيهها في تفسير النص القانوني وفق ما هو مقرر عند الأصوليين، وذلك محل النظر تأصيلاً وتطبيقاً ضمن المطلب الثالث إن شاء الله تعالى.



المطلب الثاني حجية دلالة الفحوى

حجية دلالة الفحوى:

إن الناظر فيما قرره علماء الأصول بعيداً عن أهل الظاهر^(١) يلحظ تواردهم على اعتبار فحوى النص بمراتبها المختلفة، سوى ما يتعلق بمفهوم المخالفة، فقد خالف في حجيتها كثير من الحنفية وبعض الأصوليين^(٢)، أما ما سوى هذه الدلالة فقد تعاقب عامة الأصوليين على عدّها ضمن الدلالات المعتمدة في استنباط المعاني^(٣).

أما أهل القانون فقد تناولوا هذه الدلالات تبعاً لما هو متداول في أصول الفقه على تردد في ضبط الاصطلاح المقصود وتنزيله على آحاد صورته^(٤)، وليس ذلك بغريب باعتبار نشأة قواعد الدلالات وتداولها عند غيرهم ممن لهم عناية بالفقه وأصوله، فقد جاء نظرهم في ذلك لاحقاً لما هو مستقر

(١) لأهل الظاهر منهج معروف في قصر الاستدلال على ما يدل عليه النص فقط؛ وهم في ذلك على منهج مغاير لما هو مستقر في الاستدلال عند عامة الأصوليين. يقول ابن حزم رَحْمَةُ اللَّهِ: «إن الخطاب لا يفهم منه إلا ما قضي لفظه فقط، وأن لكل قضية حكم اسمها فقط، وما عداه غير محكوم له، لا بوافقها ولا بخلافها، لكننا نطلب دليل ما عداها من نص وارد باسمه وحكم مسموع فيه». الإحكام لابن حزم ٧/ ٤٤.

(٢) ينظر: تقويم الأدلة ص ١٤٠، ميزان الأصول ١/ ٤٠٧، المستصفى ٢٦٥.

(٣) ينظر: تقويم الأدلة ص ١٣٠، المستصفى ص ٢٦٣، شرح مختصر الروضة ٢/ ٧٠٤، شرح الكوكب المنير ٣/ ٤٧٣، نثر الورود ١/ ٧٦.

(٤) ينظر: نظرية تفسير النصوص، د. محمد شريف ص ٦٤، علم أصول القانون، للسنيهوري ص ١١٦.

عند الأصوليين^(١). وفي الجملة لم يختلف موقفهم من حجية هذه الدلالات عما هو جارٍ عند الأصوليين، فلم أجدهم اختلفوا إلا فيما يتعلق بمفهوم المخالفة، فقد ذهب طائفة من القانونيين إلى عدم الاستدلال به؛ خلافاً لما عليه الجمهور^(٢).

والظاهر بحسب ما تضمنه النظام السعودي اعتبار حجية هذه الدلالات وفقاً لما هو مستقر عند عامة الأصوليين؛ فقد صرح نظام المعاملات المدنية بأن تفسير نصوصه تطبق فيه قواعد الدلالات بحسب صيغة اللفظ أو فحواه^(٣)، مما يدل على اعتبار الفحوى طريقاً صحيحاً لتفسير النص وفقاً لما قرره المنظم.

والذي يبدو من إيراد دلالة الفحوى كقسيم لدلالة صيغة اللفظ أنها تشمل كل ما دل على المعنى من غير صيغته، بحيث يدخل في ذلك كافة دلالات غير المنطوق، وذلك نظير ما تناوله الأصوليون في تقسيم دلالات الألفاظ إلى ما يُفهم من صيغة اللفظ من حيث اللغة والوضع، وهو المسمى

(١) يبدو أن القانونيين لم يكونوا بحاجة لتعميق النظر في هذه الدلالات؛ نظراً لتيسر الوصول إلى دلالة المنطوق الصريح الذي يفصل في الموضوع، وذلك من الجهات ذات الاختصاص.

(٢) ينظر: نظرية تفسير النصوص المدنية، د. محمد شريف ص ٦٤، ٢٥٩، تفسير النصوص القانونية، د. السعدي ص ٢٧٢، مفهوم المخالفة في القانون، عبد الهادي الشهري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد ٤، ٢٠٢٢م، ص ٨٩٠.

(٣) راجع: نظام المعاملات المدنية، المادة (١ / ١).

دلالة المنظوم، وإلى «ما يقتبس من الألفاظ لا من حيث صيغتها ووضعها بل من حيث فحواها وإشارتها»^(١).

إعمال القواعد الأصولية في كلام الناس:

إن النظر في إعمال قاعدة الفحوى في النصوص النظامية على اتصال وثيق بما هو مقرر عند كثير من الأصوليين من إمكان إعمال القواعد الأصولية في تفسير كلام الناس^(٢)، لاسيما من يحتاط لما يكتبه من العلماء ومن في حكمهم من أهل الاختصاص؛ لما لهم من المعرفة بمعاني الألفاظ وأوجه الدلالات فيها.

ومن الثابت أن صياغة الأنظمة وكتابة القوانين تصدر باعتماد من المؤسسات الرسمية بعد دراستها ومراجعتها وتمحيصها من لدن طائفة من الخبراء وأهل الاختصاص، الأمر الذي يظهر به حضور الذهن ورعاية القصد عند صياغة نصوص الأنظمة وإعداد اللوائح، ولا يؤثر في ذلك إمكان جريان الذهول أو الغفلة في الصياغة على اعتبارها من صنع البشر؛ فإن الأصل في الصياغة إرادة المعنى الذي يتضمنه اللفظ بحسب القواعد الأصولية، ولئن ظهر شيء من الخطأ في ذلك، فهو وارد باعتبار انتفاء العصمة، كما أن تصويبه ضمن الممكن عقلاً، وهو الذي جرت به العادة في القوانين والأنظمة الإنسانية.

(١) المستصفي ص ٢٦٣.

(٢) راجع: هذه المسألة في: مجموع الفتاوى (١٣٦/٣١)، تشنيف المسامع ١/٣٦٨، الفوائد السنوية بشرح الألفية ٣/١٠٤٥.

وعلى هذا الأساس كان من تحقيق مذهب الشافعي رَحْمَةُ اللَّهِ «أن كل خطاب في سنة رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أو في كلام الناس فهو على عمومته وظهوره إلا أن يأتي دلالة تدل على أنه خاص دون عام، وباطن دون ظاهر»^(١).

ولهذا استنكر ابن تيمية رَحْمَةُ اللَّهِ التفريق بين كلام الشارع وكلام الناس في الدلالات، وعدّه «خلاف الإجماع؛ فإنَّ الناس إمَّا قائل بأنَّ المفهوم من جملة دلالات الألفاظ، أو ليس من جملتها، فالتفصيل إحداث قول ثالث. ثمَّ القائلون بأنه حجة إنَّما قالوا هو حجة في الكلام مطلقاً، واستدلوا على كونه حجة بكلام الناس وبما ذكره أهل اللغة؛ وبأدلة عقلية تبين لكل ذي نظر أن دلالة المفهوم من جنس دلالة العموم والإطلاق والتقييد وهو دلالة من دلالات اللفظ، وهذا ظاهر في كلام العلماء»^(٢).

(١) نقله الزركشي في البحر المحيط ٢ / ١٩٠.

(٢) مجموع الفتاوى ٣١ / ١٣٦-١٣٧.

المطلب الثالث

أثر دلالة الفحوى في تفسير الأنظمة

تقدم أن فحوى النص هو ما يكون من دلالة اللفظ على المعنى بوجه غير صريح، أو بحيث يفهم المعنى من غير صيغة اللفظ ووضعه، وذلك جارٍ في عدة أنواع^(١):

(١) دلالة الاقتضاء.

(٢) دلالة الإشارة.

(٣) دلالة الإيحاء.

(٤) دلالة مفهوم الموافقة.

(٥) دلالة مفهوم المخالفة.

وحيث إن موضوع البحث يهدف إلى استثمار النظر الأصولي في حقل القانون، فإن هذا المطلب يتضمن تفعيلاً لقواعد الأصول في هذه الدلالات، وبيان أثرها في تفسير الأنظمة، بما يسهم في إيجاد نظر مؤصل عند قراءة نصوص النظام، وفهم معانيها وفق ما سيقت من أجله، وذلك ضمن قواعد منضبطة وآلية واضحة.

ودونك فيما يلي بيان لهذه الدلالات تأصيلاً وتطبيقاً:

(١) راجع: ص ٤٦٤.

أولاً: دلالة الاقتضاء:

التعريف بدلالة الاقتضاء:

يتناول الأصوليون هذه الدلالة باعتبارها مما يدل عليه اللفظ بفحواه، كون المعنى يُفهم من اللفظ على وجه غير صريح، ويُقصد بها: دلالة اللفظ على معنى مقدر لازم للمنطوق مقصود للمتكلم يتوقف على تقديره ضرورة صدق الكلام أو صحته عقلاً أو شرعاً^(١).

- أما ما توقف عليه صدق الكلام فمثاله قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ لَمْ يَجْمَعْ الصِّيَامَ قَبْلَ الْفَجْرِ، فَلَا صِيَامَ لَهُ»^(٢) فإن المنطوق نفى الصوم، والصوم قد لا ينتفي بصورته، مما يجعله مصادماً للواقع، فاقتضى ذلك تقدير المعنى بأنه لا صيام صحيح أو كامل، فيكون حكم الصوم هو المنفي لا نفسه، والحكم غير منطوق به لكن لا بد منه لتحقيق صدق الكلام^(٣).

- وأما ما توقف على صحته عقلاً فمثاله قول الله تعالى إخباراً عن إخوة يوسف عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿وَسَأَلِ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا﴾^(٤)؛ فإن منطوق الآية غير

(١) ينظر: المستصفي ص ٢٦٤، شرح مختصر الروضة ٢ / ٧٠٤، الإحكام ٣ / ٦٤، ٦٦، التحبير ٨ / ٢٨٦٧، نثر الورود ١ / ٩٢.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٤٥٤) / ٢ / ٣٠٤، والترمذي في سننه برقم (٧٣٩) / ٢ / ٢٦٠، من حديث حفصة أم المؤمنين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا. قال ابن حجر في بلوغ المرام ص ٢٦١: «رواه الخمسة، ومال الترمذي والنسائي إلى ترجيح وقفه، وصححه مرفوعاً ابن خزيمة وابن حبان».

(٣) ينظر: المستصفي ص ٢٦٣.

(٤) جزء من الآية ٨٢ من سورة يوسف.

متوافق مع العقل؛ لأن السؤال إنما يصح عقلاً مما يصح منه الجواب، والقرية التي هي الأبنية والجدران لا يصح ذلك منها، فاقضى العقل تقدير معنى وهو أن السؤال لأهل القرية وليس للقرية نفسها^(١).

- وأما ما توقف عليه صحة الكلام شرعاً فمثاله قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾^(٢)، حيث تدل الآية بمنطوقها أن المريض والمسافر يصومان رمضان في أيام آخر، سواء أخذوا برخصة الفطر أم لا، وفي ذلك مخالفة لما هو ثابت شرعاً بأن قضاء الصوم إنما يجب إذا حصل الفطر؛ ولذلك فإن هذه الضرورة الشرعية تقتضي تقدير معنى في الآية وهو أن المريض والمسافر إذا أفطرا في رمضان فعليهما قضاء العدة من أيام آخر^(٣).

إذا تقرر ذلك؛ فإن تقدير المقتضى في النص النظامي لضرورة موافقة الشرع إنما يستقيم مع الأنظمة التي تعتمد الشريعة أساساً لها كما هو الحال في المملكة العربية السعودية وفقاً لما نص عليه النظام الأساسي للحكم^(٤)، كما يمكن أن يُضاف إلى أنواع الاقتضاء ما يتعلق بضرورة موافقة أحكام الأنظمة السائدة، فإن المنطوق في بعض النصوص النظامية ربما ترتب عليه

(١) ينظر: شرح مختصر الروضة ٧١١ / ٢.

(٢) جزء من الآية ١٨٤ من سورة البقرة.

(٣) ينظر: التقريب والإرشاد ٣٤٧ / ١، شرح مختصر الروضة ٧١٠ / ٢.

(٤) راجع: النظام الأساسي للحكم، المادة (٧)، (٤٨).

مصادمة لحكم نظامي آخر، فيتعين والحالة تلك تقدير معنى في ذلك النص؛ مراعاة لضرورة موافقة الأحكام النظامية.

أثر دلالة الاقتضاء في تفسير الأنظمة:

(١) نص نظام المحاكم التجارية على أنه «يعد عنواناً للتبليغ وفقاً لأحكام النظام الآتي: أ- العنوان الإلكتروني الموثق أو المختار من الأطراف. ب- عنوان إقامة الشخص ذي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية...»^(١).

تضمن صدر هذه المادة معنى يجب تقديره لضرورة موافقة الواقع، حيث يدل المنطوق على حصر ما يكون عنواناً للتبليغ في تلك القائمة، علماً بأن واقع الناس في تعاملاتهم قد يشتمل على غيرها، فكان من المتعين تقدير المعنى الذي يقصده المنظم، وهو وصف الصحة، ليكون المعنى بعد التقدير (يعد عنواناً صحيحاً للتبليغ...); منعاً لمصادمة المنطوق للواقع.

(٢) جاء في الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات ما نصّه: «يعد المحرر العادي صادرًا ممن نسب إليه إذا سكت ولم ينكره صراحة، أو يدع تزويره»^(٢)، والملاحظ أن منطوق هذا النص يثبت صدور المحرر حقيقة ممن نسب إليه بمجرد سكوته عنه أو عدم إنكاره، وقد يكون في ذلك مصادمة للواقع، فقد يسكت الشخص عن المحرر وهو في الواقع لم يقم بإصدار ذلك المحرر، مما يعني ضرورة تقدير معنى يستقيم به النص وفقاً لغاية المنظم؛ إذ المعنى

(١) راجع: نظام المحاكم التجارية، المادة (٩).

(٢) راجع: الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات، المادة (٣٨).

المقصود هو اعتبار صدور المحرر حكماً وليس حقيقة، وذلك استناداً إلى سكوته عنه.

٣) جاء في نظام الشركات: «تصدر قرارات الشركاء بالأغلبية العددية»^(١)، ومن المعلوم في واقع الشركات أن بعض الشركاء قد يُصدر القرار دون مراعاة للأغلبية، فافتضى ذلك تقدير معنى الصحة وفقاً لغاية المنظم، لئلا يصادم منطوق النص الواقع، فيكون المعنى المقصود حينئذٍ تصدر قرارات الشركاء صحيحة أو معتبرة بالأغلبية العددية.

٤) جاء في نظام المعاملات المدنية بشأن الظروف الاستثنائية التي تطرأ على الالتزامات بين المتعاقدين: «إذا لم يُتوصل إلى اتفاق خلال مدة معقولة؛ فللمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول»^(٢)، والملاحظ أن هذه المادة أناطت بالمحكمة الموازنة بين مصلحة الطرفين، وقد دل النص بمنطوقه على إطلاق الموازنة بين المصلحتين سواء أكانت معتبرة أو متوهمة، وفي ذلك مصادمة لما هو مستقر شرعاً ونظاماً من الاعتداد بالمصلحة المعتبرة دون غيرها، وتلك ضرورة تقتضي تقدير المصلحة المعتبرة وفق ما تغيّاه المنظم، ليكون المعنى حينئذٍ الموازنة بين مصلحة الطرفين المعتبرة.

٥) جاء في الأمر السامي: «اعتمدوا اعتبار العقود والامتيازات والمحركات والجزاءات المالية وأي مصدر آخر من الإيرادات المقررة نظاماً

(١) راجع: نظام الشركات، المادة (٣٨).

(٢) راجع: نظام المعاملات المدنية، المادة (٩٧/٣).

الصادرة من الدولة لها قوة السند التنفيذي، وفقاً للمادة التاسعة من نظام التنفيذ...»^(١).

يدل هذا النص على اعتبار تلك المستندات سنداً تنفيذياً وفقاً للمادة التاسعة من نظام التنفيذ، مما يجعلها بحسب دلالة المنطوق مشمولة باختصاص قاضي التنفيذ، وفي ذلك مصادمة لنظام التنفيذ الذي صرح بعدم اختصاص قاضي التنفيذ فيما يتعلق بالقرارات والأحكام الإدارية^(٢)، كما يتضمن مخالفة لما ورد في نظام إيرادات الدولة ولائحته التنفيذية الذي ينص على اختصاص المحكمة الإدارية بالحجز على أموال المدين باعتبارها الجهة المختصة بأصل النزاع^(٣)، فكانت تلك ضرورة تقتضي تقدير معنى في نص الأمر السامي، بحيث يكون المعنى (لها قوة السند التنفيذي من حيث الاحتجاج به)، أي أنها حجة في ذاتها، لا يتطلب إثبات الحق فيها الإلزام بحكم قضائي، وبذلك لا يفهم من نص الأمر السامي إسناد الاختصاص في ذلك إلى قاضي التنفيذ.

وعلى هذا الأساس صدر قرار المحكمة الإدارية العليا حين قرّر بأن الأمر السامي المشار إليه «إنما هو لبيان وتأكيد أن هذه السندات تتمتع بالقوة التنفيذية كغيرها من السندات التنفيذية المنصوص عليها في المادة التاسعة من نظام التنفيذ، ولا يعني ذلك تقرير اختصاص قضاء التنفيذ في القضاء

(١) راجع: الأمر السامي رقم (٣٤٩٤٥) وتاريخ ٠٣/٠٨/١٤٣٨ هـ.

(٢) راجع: نظام التنفيذ، المادة (٢).

(٣) راجع: اللائحة التنفيذية لنظام إيرادات الدولة، المادة (٤٧).

العام بتنفيذ هذه السندات بالمخالفة لقواعد توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العام والقضاء الإداري المنصوص عليه في نظام القضاء ونظام ديوان المظالم»^(١).

وعليه «فإن مقتضى نظام الإيرادات والأمر السامي... ولازمها هو اختصاص المحاكم الإدارية في ديوان المظالم بإصدار الأمر بتنفيذ هذه السندات إلى جانب اختصاصها بالأمر بإيقاع الحجز لاستيفائها...، ويجري نظر السند التنفيذي والتحقق من استيفاء شروطه الإجرائية والموضوعية المنصوص عليها في نظام الإيرادات والأمر السامي أمام المحكمة دون حاجة لرفع دعوى أصلية؛ لأن الحق في هذا السند محدد المقدار وحال الأداء ومكتوب على أوراق الدولة الرسمية وموقع من صاحب الاختصاص وعليه ختم الجهة المختصة، فلا محل لرفع الدعوى واتباع الإجراءات المعتادة للحصول على حكم بالإلزام؛ لعدم وجود نزاع جدي يوجب سماع الدعوى بشأنه وتحقيقه وإصدار حكم فيه...، وإذا كانت جهة الإدارة طلبت الحكم بالإلزام؛ فإن الأمر بتنفيذ السند التنفيذي يغني عنه إذ توافرت فيه شروطه»^(٢).

(١) مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ١/٩-١٠.

(٢) المرجع السابق ١/١٢-١٣.

ثانياً: دلالة الإيحاء:

التعريف بدلالة الإيحاء:

يُقصد بإيحاء النص: فهم تعليل الحكم بالوصف المناسب الذي اقترن به. ومثال ذلك قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(١)، حيث يدل إيحاء النص في هذه الآية على أن الحكم بقطع اليد معلن بالوصف المناسب المقترن به وهو السرقة، فيكون هذا الوصف علة للقطع؛ لما بينهما من المناسبة^(٢).

ونظير ذلك ما جاء في الحديث أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((لَا يَقْضِيَنَّ حَكْمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضَبَانُ))^(٣)، فيفهم من إيحاء النص أن علة هذا الحكم هي ما اقترن به من وصف الغضب المناسب للمنع من القضاء^(٤).

والملاحظ أن هذه الدلالة لم يتناولها صراحة أي من لفظ الآية أو الحديث، بل من إيحاء النص وتنبهه المستفاد من اقتران الحكم بالوصف المناسب له.

(١) جزء من الآية ٣٨ من سورة المائدة.

(٢) ينظر: المستصفي ص ٢٦٤، شرح مختصر الروضة ٢/ ٧١٢.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٧٣٩) ٦/ ٢٦١٦، ومسلم في صحيحه برقم (١٧١٧) ٣/ ١٣٤٢، من حديث أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) ينظر: شفاء الغليل ص ٦١.

أثر دلالة الإيحاء في تفسير الأنظمة:

١) اعتبر نظام المعاملات المدنية أن: «كل خطأ سبب ضرراً للغير؛ يُلزم من ارتكبه بالتعويض»^(١).

تضمن منطوق هذه المادة الحكم بالتعويض مقترناً بثلاثة أوصاف مناسبة له؛ الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، فحيثما ثبت الضرر نتيجة للخطأ؛ لزم التعويض، وإذا انتفى أي من ذلك؛ لم يلزم.

٢) تضمن نظام التنفيذ النص 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؛ عدَّ مماتلاً، وأمر قاضي التنفيذ حالاً بما يأتي: ١- منع المدين من السفر. ٢- إيقاف إصدار صكوك التوكيل منه بصفة مباشرة، أو غير مباشرة في الأموال وما يؤول إليها. ٣- الإفصاح عن أموال المدين القائمة وعمَّا يرد إليه مستقبلاً، وذلك بمقدار ما يفي بالسند التنفيذي، وحجزها، والتنفيذ عليها...»^(٢).

يلحظ في هذه المادة أنها أناطت قرارات التنفيذ التي يأمر بها القاضي في حق المنفذ ضده بوصف مناسب لذلك، وهو ثبوت مماثلة المدين عن الوفاء بالدين، وذلك مما يقتضي أن هذه القرارات منوطة بهذه العلة وجوداً وعدمًا،

(١) راجع: نظام المعاملات المدنية، المادة (١٢٠).

(٢) راجع: نظام التنفيذ، المادة (٤٦).

فحيث ثبتت المماثلة، فذلك مما يوجب الأمر بقرارات التنفيذ، وحيث انتفت، فلا وجه للأمر بها.

على أن صدر المادة أناط ثبوت المماثلة بوصفين: الأول عدم تنفيذ المدين لقرار التنفيذ خلال خمسة أيام من تاريخ تبلغه به، والآخر عدم إفصاحه عن أموال تكفي للوفاء خلال ذات المدة، فإذا اجتمع هذان الوصفان ثبتت المماثلة نظامًا، وحيث لم يتحقق أي منهما لم تثبت المماثلة.

٣) جاء في نظام الأجهزة والمستلزمات الطبية النص على أنه: «لا يجوز تداول أي جهاز أو مستلزم طبي إلا بعد التسجيل، والحصول على الإذن بالتسويق. وللهيئة استثناء بعض الأجهزة والمستلزمات الطبية من شرط الحصول على الإذن بالتسويق، بعد التأكد من سلامتها، وعدم استخدامها لأغراض تجارية»^(١).

يُلاحظ في هذه المادة أنها نصّت على منع تداول المستلزمات الطبية، ثم ذكرت جواز الإذن بها في حال عدم استخدامها لأغراض تجارية، وذلك وصف مناسب للمنع من تداولها ابتداءً، مما يفهم منه أن العلة من منع التداول دون الحصول على الإذن بالتسويق هو الاستخدام التجاري مع عدم التحقق من سلامتها.

وعلى ذلك يكون تحقيق مناط المخالفة لأحكام النظام في آحاد التصرفات بحسب هذا المعنى، فإذا ثبت أن التداول كان لغرض تجاري

(١) راجع: نظام الأجهزة والمستلزمات الطبية، المادة (٨).

مع عدم التحقق من سلامتها، كان ذلك ممنوعاً وموجباً للعقوبة أو المخالفة النظامية، وحيث انتفى هذا المعنى، فلا وجه للمنع أو العقوبة وفقاً لهذه المادة، وقد ظهر ذلك في اللائحة التنفيذية للنظام، حيث جاء فيها: «يجوز للهيئة أن تستثني من شرط الحصول على الإذن بالتسويق للأغراض الإنسانية والبحثية بعد التأكد من سلامتها»^(١).

ووفقاً لهذا الاعتبار يظهر قصد المنظم فيما يعد مخالفة تستوجب العقوبة، فقد تضمنت الفقرات الواردة ضمن المادة الحادية والأربعين من النظام تجريم التصرفات التي يظهر فيها القصد التجاري الذي تغياه المنظم في المنع، حيث تناولت الغش في تلك الأجهزة أو المستلزمات، كما تناولت بيعها، وحيازتها بقصد الاتجار، وصناعتها، وإدخالها إلى المملكة^(٢)، مما يؤكد أن مناط التجريم في هذه المادة هو ما يكون على نحو تجاري.

وأما ما لا يتحقق فيه هذا الوصف من المخالفات، فلا ينطبق عليه مقصود المنظم في المادة الثامنة من النظام، فإذا جرى تداول شيء من ذلك أو إدخاله إلى المملكة لأغراض إنسانية؛ لم يتحقق فيه الوصف الذي تغياه المنظم؛ فلا يلزم الحصول على الإذن بالتسويق حينئذٍ؛ ولهذا نصّت اللائحة على الإعفاء من هذا الشرط، لكنها ألزمت بالحصول على إذن

(١) راجع: اللائحة التنفيذية لنظام الأجهزة والمستلزمات الطبية، المادة (٣/٨).

(٢) راجع: نظام الأجهزة والمستلزمات الطبية، المادة (٤١).

بالاستيراد^(١)، فيكون مناط الإذن بالاستيراد هو تحقق وصف الإعفاء في الحالات الإنسانية والشخصية، فحيث ثبت ذلك لزم الحصول على إذن استيراد، وذلك حكم آخر غير حكم النظام الذي منع التداول، فالأخير معلن بالقصد التجاري، ومن يخالفه مستوجب للعقوبة بالسجن وفقاً لما نصّ عليه النظام، بينما الإلزام بالحصول على إذن الاستيراد حكم دلت عليه اللائحة، ومناطه وجود الاعتبار الشخصي أو الإنساني، ومن خالف حكم اللائحة استحق عقوبات تختلف عن مخالفة النظام.

وبناء على ذلك لو أن باحثاً أدخل إلى المملكة أجهزة أو مستلزمات طبية بغرض التقييم العلمي، وكذا لو أن مريضاً أدخل جهازاً لحاجة شخصية، فالملاحظ أن مناط تجريم التداول غير متحقق في تلك الحالة، وعليه لا يثبت في حقها ما نص عليه النظام من عقوبة السجن لإدخال الأجهزة أو المستلزمات؛ لانتهاء المعنى التجاري. غير أن ذلك لا يعني جواز الإدخال مطلقاً، بل يثبت في هذه الحالة حكم الإلزام بالحصول على إذن استيراد وفق ما نصّت عليه اللائحة، حيث تحقق مناط ذلك بوجود الغرض الإنساني والبحثي، وعليه فحيث لم يحصل على إذن استيراد، فذلك مناط مخالفة حكم اللائحة، وذلك يستوجب غرامات وجزاءات دون السجن وفقاً لما جاء في النظام.

(١) راجع: اللائحة التنفيذية لنظام الأجهزة والمستلزمات الطبية، البند ثانياً من المادة (٣/٨).

ثالثاً: دلالة الإشارة:

التعريف بدلالة الإشارة:

إشارة النص: هي دلالة اللفظ على معنى غير مقصود للمتكلم، لكنه لازم عقلي للمعنى الذي ورد به النص. ومثاله: دلالة قول الله تعالى: ﴿أَجَلٌ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفْتُ إِلَى نِسَائِكُمْ﴾^(١)، فالآية تدل بمنطوقها على إباحة الجماع طيلة ليلة الصيام، ويتضمن هذا المنطوق إشارة إلى لازم عليه، وهو صحة صوم من أصبح وهو جنب؛ لأنه يلزم عقلاً من إباحة الجماع حتى آخر لحظة من الليل أن يخرج الفجر وهو جنب، فلازم الإباحة أن الجنابة لا أثر لها^(٢).

والملاحظ في هذه الدلالة أن المعنى لم يفهم من نظم الكلام، بل من خلال فحواه وإشارته، وذلك باستنتاج اللازم العقلي الذي يلزم على المعنى المنطوق.

أثر دلالة الإشارة في تفسير الأنظمة:

(١) جاء في نظام المرافعات الشرعية أن: «مدة التماس إعادة النظر ثلاثون يوماً، تبدأ من اليوم الذي يثبت فيه علم الملتزم بتزوير الأوراق أو القضاء بأن الشهادة زور...»^(٣).

(١) جزء من الآية ١٨٧ من سورة البقرة.

(٢) ينظر: المستصفي ص ٢٦٣، تقويم الأدلة ص ١٣٠، شرح الكوكب المنير ٣/٤٧٦، نثر الورود ١/٩٣.

(٣) راجع: نظام المرافعات الشرعية، المادة (٢٠١).

دل منطوق هذه المادة على تحديد مدة التماس إعادة النظر، ويلزم على ذلك سقوط حق الملتمس بمضي المدة، فلا يقبل الالتماس المقدم حينئذٍ.

(٢) نص نظام الشركات على وجوب: «أن يكون عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس باللغة العربية، ويجوز أن يكون مقرونًا بترجمة إلى لغة أخرى»^(١).

يظهر في منطوق هذا النص أن عقد الشركة يجب أن يكون مصوغًا باللغة العربية، كما دل أيضًا على جواز ترجمته من العربية إلى لغة أخرى، ويلزم على ذلك أن العبرة باللغة العربية عند الاختلاف في الترجمة؛ كونها الأصل الواجب.

(٣) جاء في الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات: «إذا نازع ذوو الشأن في صحة صورة المحرر العادي، فيجب مطابقتها على أصلها»^(٢).

يدل منطوق النص على إيجاب مطابقة صورة المحرر على أصلها إذا نازع فيها ذوو الشأن، وفي ذلك دلالة بالإشارة إلى انتفاء حجية الصورة في ذاتها؛ مما استدعى إثبات ذلك بمطابقتها على الأصل.

(١) راجع: نظام الشركات، المادة (٧).

(٢) راجع: الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات، المادة (٤٠ / ٢).

رابعاً: مفهوم الموافقة:

التعريف بمفهوم الموافقة:

مفهوم الموافقة: فهم حكم المسكوت من المنطوق بدلالة سياق الكلام ومقصوده، وذلك على اعتبار المسكوت مساوياً للمنطوق أو أولى منه. ومثال ذلك: فهم تحريم الشتم من سياق تحريم التأفف الوارد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُلْ لَهُمَا آفٍ﴾^(١)؛ فإن هذا النص وارد في سياق الإحسان إلى الوالدين ومنع إيذائهما، ومن المعلوم أن الإذابة بالشتم أشد منها بالتأفف، فيفهم تحريمها من سياق النص على اعتبار تحقق معنى الأذى في المسكوت بصورة أظهر منه في المنطوق، ونظير ذلك فهم تحريم إتلاف مال اليتيم وإحراقه من دلالة اللفظ في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا﴾^(٢)، فالحاصل أن فهم سياق الكلام في مثل هذه النصوص يدل على المعنى المسكوت عنه^(٣).

أثر مفهوم الموافقة في تفسير الأنظمة:

(١) جاء في نظام المعاملات المدنية: «للمحكمة أن ترفض طلب الفسخ إذا كان الجزء الذي لم يوف به المخل قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام»^(٤).

(١) جزء من الآية ٢٣ من سورة الإسراء.

(٢) جزء من الآية ١٠ من سورة النساء.

(٣) ينظر: المستصطفى ص ٢٦٤، إيضاح المحصول ص ٣٣٥، شرح الكوكب المنير ٣ / ٤٨١، نثر الورود ١ / ٩٤.

(٤) راجع: نظام المعاملات المدنية، المادة (١٠٧).

يدل منطوق على عدم الالتفات إلى ما هو قليل الأهمية من الالتزام، ويدل بمفهوم الموافقة على أولوية هذا الحكم فيما هو عديم الأهمية بالنسبة إلى الالتزام، وكذا إذا انتفى الخلل.

(٢) جاء في نظام الأحوال الشخصية: «إن لم يوجد لمجهول الأبوين مال ولم يتبرع أحد بالإنفاق عليه، كانت نفقته على الدولة»^(١)، ومثله فاقد الأبوين، إن لم يكن له مال، وليس له أحد ممن ينفق عليه وجوباً أو تبرعاً؛ فإن الدولة تتحمل النفقة عليه.

(٣) نص نظام الرهن التجاري على أنه: «يجوز انعقاد الرهن ضماناً لدين غير ثابت في ذمة المدين، بما في ذلك الدين المعلق على شرط أو الدين الاحتمالي»^(٢)، فإذا جاز الرهن في الدين الذي لم يثبت؛ فهو في الدين المستقر أولى بالجواز.

(٤) نصّت ضوابط إيقاف الخدمات على أنه: «لا يجوز اللجوء إلى إيقاف الخدمات من أجل التبليغ بالحضور لدى الجهات الحكومية»^(٣). ونظير ذلك على سبيل المفهوم المساوي الحضور لدى الجهات شبه الحكومية، كما يثبت هذا الحكم على سبيل الأولوية فيما يتعلق بالجهات غير الحكومية، سواء القطاع الخاص، أو غير الربحي.

(١) راجع: نظام الأحوال الشخصية، المادة (٤٤/٢).

(٢) راجع: نظام الرهن التجاري، المادة (٣).

(٣) راجع: ضوابط إيقاف الخدمات، الضابط (٢/٣).

٥) جاء في نظام المحاماة أنه: «لا يجوز لمن كان قاضياً قبل مزاوله مهنة المحاماة أن يقبل الوكالة بنفسه أو بوساطة محام آخر في دعوى كانت معروضة عليه»^(١).

دل منطوق هذه المادة على منع من كان قاضياً من قبول الوكالة بصفته محامياً في قضية كانت معروضة عليه، ويُفهم من ذلك على سبيل الموافقة المساوي منع من انتهت خدمته في القضاء من الترافع عن الغير بصفته وكيلًا في قضية كانت معروضة عليه. كما يفهم من ذلك على سبيل الموافقة المساوي منع أعضاء اللجان القضائية من الترافع في قضية كانت معروضة عليهم. وقد تأكد هذا المعنى المستفاد من المفهوم الموافق بصدور اللائحة التنفيذية للنظام، حيث نصّت على سريان دلالة المادة على تلك الأحوال المساوية لمنطوقها^(٢).

خامساً: مفهوم المخالفة:

التعريف بمفهوم المخالفة:

مفهوم المخالفة: هو الاستدلال بتخصيص الشيء بالذكر على نفي الحكم الذي ذُكر في المنطوق عما عداه، حيث إن تعليق الحكم بأحد وصفي الشيء يدل على نفيه عما يخالفه في الصفة، نحو دلالة قوله تعالى في شأن صيد الحُرْم: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾^(٣)؛

(١) راجع: نظام المحاماة، المادة (١٦).

(٢) راجع: اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة، المادة (٢ / ١٦).

(٣) جزء من الآية ٩٥ من سورة المائدة.

إذ يُلاحظ في منطوق الآية أن حكم الجزاء معلق على وصف القتل المتعمد، مما يدل على سبيل مفهوم المخالفة أن هذا الحكم منتفٍ في الوصف الآخر، وهو القتل الخطأ. وكذا دلالة قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من باع نخلاً قد أُبْرَتْ، فَتَمَرْتُهَا لِلْبَائِعِ))^(١)، حيث يفهم من تعليق الحكم على وصف التأبير أنه منتفٍ في غيره^(٢).

أثر مفهوم المخالفة في تفسير الأنظمة:

(١) نصّ نظام الإثبات على أنه: «لا يقبل إنكار المحرر العادي أو الادعاء بتزويره بعد مناقشة موضوعه»^(٣)، والمفهوم المخالف في ذلك أن إنكار المحرر العادي مقبول قبل مناقشة الموضوع.

(٢) جاء في نظام الشركات أنه: «لا يجوز للشريك -دون موافقة باقي الشركاء- أن يمارس لحسابه أو لحساب الغير نشاطاً من نوع نشاط الشركة»^(٤)، والمفهوم المخالف في ذلك أنه يجوز للشريك أن يمارس ذلك إذا وافق باقي الشركاء، أو كان النشاط مغايراً لنشاط الشركة.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (١٠٩٠) ٧٦٨/٢، ومسلم في صحيحه برقم (١٥٤٣) ١١٧٢/٣، من حديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٢) ينظر: المستصفى ص ٢٦٥، شرح مختصر الروضة ٧٢٤/٢.

(٣) راجع: نظام الإثبات، المادة (١/٣٩).

(٤) راجع: نظام الشركات، المادة (٤٠).

٣) جاء في نظام المرافعات الشرعية أنه: «يحق لأيٍّ من الخصوم أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية في الأحوال الآتية...»^(١)، والمفهوم المخالف أنه لا يحق للخصم التماس إعادة النظر في غير تلك الأحوال.

٤) جاء في اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية أنه: «للمحكمة قبول الترجمة المقدمة من الطرف إذا لم يطعن فيها الطرف الآخر»^(٢)، ويُفهم من ذلك على سبيل المخالفة عدم قبول الترجمة إذا جرى الطعن فيها.

٥) نص نظام العمل على أن: «للمرأة العاملة المسلمة التي يتوفى زوجها الحق في إجازة عدة بأجر كامل لمدة لا تقل عن أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة»^(٣)، حيث يُفهم من تخصيص الإجازة بالمرأة المسلمة التي يتوفى عنها زوجها، انتفاء حق الإجازة عمن ينتفي عنها أحد هذه الأوصاف، فلا تستحق تلك الإجازة للرجل، كما لا تثبت للمرأة غير المسلمة، أو التي لم يتوف عنها زوجها.

(١) راجع: نظام المرافعات الشرعية، المادة (٢٠٠).

(٢) راجع: اللائحة التنفيذية لنظام الشركات، المادة (٤).

(٣) راجع: نظام العمل، المادة (١/١٦٠).

الخاتمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، أما بعد:

فقد انتهى البحث إلى عدة نتائج وتوصيات، أهمها:

- (١) من المقرر عند الأصوليين أن اللفظ يُفسَّر بفحواه ولحنه، كما يفسر بمنطوقه وصيغته، وقد جرى أهل القانون على ذلك تبعاً لهم.
- (٢) إذا جرى إطلاق دلالة الفحوى باعتبارها اصطلاحاً مستقلاً فالمقصود بها مفهوم الموافقة، وقد تختص بالأولوي منه.
- (٣) إذا جرى إطلاق دلالة الفحوى باعتبارها قسماً لدلالة المنطوق، فالمقصود بها كافة الدلالات التي يدل عليها اللفظ من غير صيغته، وذلك يشمل الاقتضاء، والإيحاء، والإشارة، ومفهومي الموافقة والمخالفة.
- (٤) لم يختلف الأصوليون غير أهل الظاهر في تفسير النص بتلك الدلالات، سوى ما هو مشهور من الخلاف في مفهوم المخالفة، حيث يرى الحنفية وطائفة من الأصوليين عدم الاحتجاج به، خلافاً للجمهور.
- (٥) موقف القانونيين من اعتبار تلك الدلالات تابع للأصوليين حيث توافقوا على الاحتجاج بها سوى ما يتعلق بمفهوم المخالفة، فقد جرى فيها الخلاف المشهور.
- (٦) تفسير النص بفحواه ظاهر الاعتبار وفق الأنظمة السعودية، حيث نصّت المادة الأولى من نظام المعاملات المدنية على أن نصوص النظام تطبق على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها.



٧) دلالة النص بفحواه لها أثر ظاهر في تفسير الأنظمة، سواء بالافتضاء أو الإيحاء أو الإشارة أو المفهوم، وقد جرى عرض جملة من التطبيقات في مختلف الأنظمة واللوائح الصادرة في المملكة العربية السعودية.

٨) ظهر من خلال هذا البحث أهمية تفسير النص بفحواه على وزان تفسيره بصيغته، ولما كان من غير الممكن إحاطة كل شيء بصريح النص، فذلك مما يُجتمّم النظر في توسيع دلالات النصوص باستنباط المعاني من غير صيغتها، وذلك مما يتعين ضبطه وفق ما هو مقرر في قواعد أصول الفقه.

التوصيات:

تحقيقاً لضبط الاستدلال بهذه القواعد في فهم دلالات النصوص واستنباط المعاني من فحواها؛ فإن مما يُوصى به أن تعمل الجهات المختصة على إصدار لوائح نظامية أو قواعد إجرائية تتضمن آلية تفسير نصوص الأنظمة وفق ما هو راجح في علم أصول الفقه.

فهرس المصادر

١. القرآن الكريم.
٢. الإبهاج في شرح المنهاج، علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: جماعة، ط: ١، ١٤٠٤هـ، دار الكتب العلمية.
٣. الإحكام في أصول الأحكام، الأمدي، تحقيق: د. سيد الجميلي، ط: ١٤٠٤هـ، دار الكتاب العربي.
٤. الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم، دار الآفاق الجديدة.
٥. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: محمد بن علي الشوكاني، تحقيق أحمد عزو، ط: ١ / ١٤١٩هـ، دار الكتاب العربي.
٦. أصول ابن مفلح، محمد بن مفلح المقدسي، تحقيق: د. فهد السدحان، ط: ١، ١٤٢٠هـ، مكتبة العبيكان.
٧. البحر المحيط في أصول الفقه، محمد بن بهادر الزركشي، تحقيق: د. محمد تامر، ط: ١، ١٤٢١هـ، دار الكتب العلمية.
٨. بيان المختصر، محمود بن عبد الرحمن الأصفهاني، تحقيق: د. محمد مظهر، ط: ١، ١٤٠٦هـ، جامعة أم القرى.
٩. بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ابن حجر العسقلاني،
١٠. التحرير شرح التحرير، علي بن سليمان المرادوي، تحقيق مجموعة من المحققين، ط: ١٤٢١هـ، مكتبة الرشد.
١١. تشنيف المسامع بجمع الجوامع، بدر الدين الزركشي، تحقيق: د. سيد عبد العزيز، ط: ١، ١٤١٨هـ، مكتبة قرطبة.
١٢. التحقيق والبيان في شرح البرهان، علي بن إسماعيل الأبياري، تحقيق: د. علي الجزائري، ط: ١، ١٤٣٤هـ، دار الضياء.



١٣. التقريب والإرشاد الصغير، محمد بن الطيب الباقلائي، تحقيق: عبد الحميد أبو زنيد، ط: ٢، ١٤١٨هـ، الرسالة.
١٤. تقويم النظر في أصول الفقه، أبو زيد الدبوسي، تحقيق خليل الميس، ط: ١، ١٤٢١هـ، دار الكتب العلمية.
١٥. رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تاج الدين السبكي، تحقيق علي معوض، ط: ١، ١٤١٩هـ، عالم الكتب.
١٦. سنن أبي داود، ط: ١٣٢٣هـ، المطبعة الأنصارية - الهند.
١٧. سنن الترمذي، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ط: ١، ١٤٣٠هـ، دار الرسالة العالمية.
١٨. شرح الكوكب المنير، محمد بن أحمد الفتوح، تحقيق: محمد الزحيلي، ونزيه حماد، ط: ٢، ١٤١٨هـ، العبيكان.
١٩. شرح مختصر الروضة، سليمان الطوفي، تحقيق: د. عبد الله التركي، ط: ١، ١٤٠٧هـ، مؤسسة الرسالة.
٢٠. شفاء الغليل، أبو حامد الغزالي، تحقيق د. حمد الكبيسي، ط: ١، ١٣٩٠هـ، مطبعة الإرشاد - بغداد.
٢١. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: د. مصطفى البغا، ط: ٣، ١٤٠٧هـ، دار ابن كثير.
٢٢. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري، دار الجليل.
٢٣. العدة في أصول الفقه، أبو يعلى ابن الفراء، تحقيق: د. أحمد سير المباركي، ط: ٢، ١٤١٠هـ، الرياض.
٢٤. علم أصول القانون، عبد الرزاق السنهوري، ط: ١٩٣٦م، مطبعة فتح الله إلياس - مصر.



٢٥. الفوائد السنوية في شرح الألفية، شمس الدين البرماوي، تحقيق عبد الله موسى، ط: ١، ١٤٣٦هـ، مكتبة دار النصيحة - المدينة النبوية.
٢٦. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، عبد العزيز البخاري، ط: ١، ١٣٠٨هـ، شركة الصحافة.
٢٧. لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي، ط: ١، دار صادر.
٢٨. المستصفي من علم الأصول، أبو حامد الغزالي، تحقيق: محمد عبد السلام، ط: ١، ١٤١٣هـ، دار الكتب العلمية.
٢٩. مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، ط: ١٤٤٢هـ، ديوان المظالم - السعودية.
٣٠. مفهوم المخالفة في القانون، عبد الهادي الشهري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد ٤، ٢٠٢٢م.
٣١. مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام هارون، ط: ١، ١٣٩٩هـ، دار الفكر.
٣٢. ميزان الأصول في نتائج العقول، علاء الدين السمرقندي، تحقيق د. محمد زكي، ط: ١، ١٤٠٤هـ، مطابع الدوحة.
٣٣. نثر الورود على مراقي السعود، عبد الله بن إبراهيم الشنقيطي، عناية: الداوي ولد سيدي بابا.
٣٤. نظرية تفسير النصوص المدنية، د. محمد شريف.
٣٥. نفائس الأصول في شرح المحصول، أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق عادل عبد الموجود، ط: ١، ١٤١٦هـ، مكتبة نزار الباز.



الأنظمة واللوائح السعودية:

٣٦. نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ.
٣٧. نظام المرافعات الشرعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٢٢/٠١/١٤٣٥هـ.
٣٨. نظام المحاماة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٨) وتاريخ ٢٨/٠٧/١٤٢٢هـ.
٣٩. نظام المحاكم التجارية، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٥١١) وتاريخ ١٤/٠٨/١٤٤١هـ.
٤٠. نظام العمل، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ٢٣/٠٨/١٤٢٦هـ.
٤١. نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ٠١/١٢/١٤٤٣هـ.
٤٢. نظام الرهن التجاري، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٨٦) وتاريخ ٠٨/٠٨/١٤٣٩هـ.
٤٣. نظام التنفيذ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٣) وتاريخ ١٣/٠٨/١٤٣٣هـ.
٤٤. النظام الأساسي للحكم، الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٩٠) وتاريخ ٢٧/٠٨/١٤١٢هـ.
٤٥. نظام الأحوال الشخصية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٣) وتاريخ ٠٦/٠٨/١٤٤٣هـ.
٤٦. نظام الأجهزة والمستلزمات الطبية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٤) وتاريخ ٠٦/٠٧/١٤٤٢هـ.

٤٧. نظام الإثبات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٠٥/١٤٤٣هـ.
٤٨. اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة، الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٤٦٤٩) وتاريخ ٠٨/٠٦/١٤٢٣هـ.
٤٩. اللائحة التنفيذية لنظام الشركات، الصادرة بقرار وزير التجارة رقم (٢٨٤) وتاريخ ٢٣/٠٦/١٤٤٤هـ.
٥٠. اللائحة التنفيذية لنظام الأجهزة والمستلزمات الطبية، الصادرة بقرار مجلس إدارة الهيئة العامة للغذاء والدواء رقم (٣-٢٩-١٤٤٣) وتاريخ ١٩/٠٢/١٤٤٣هـ.
٥١. الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات، الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٩٢١) وتاريخ ١٦/٠٣/١٤٤٤هـ.





معيار القرار الإداري المنعدم في قضاء ديوان المظالم السعودي في ضوء معايير الفقه المقارن والقضاء المصري

أ. د. حمدي محمد العجمي

معهد الإدارة العامة - الرياض

مقدمة

تتسم الإدارة العامة بتشابك علاقاتها، سواء كان ذلك مع موظفيها أم كان ذلك مع الأفراد الذين يتعاملون معها، ونظرًا لذلك فإنه لا يخلو الأمر من وجود بعض المنازعات نتيجة للقرارات الصادرة منها، ومن ثم فقد وضعت قوانين القضاء الإداري في النظام السعودي والقانون المصري قواعد لحل تلك المنازعات، ومن أهم هذه القواعد تحديد المواعيد التي ترفع فيها دعوى الإلغاء ضد هذه القرارات، والتي هي بشكل عام ستون يومًا من تاريخ العلم بالقرار، وذلك في الدعاوى التي لا يشترط فيها التظلم، أو ستون يومًا من تاريخ رفض الجهة أو انتهاء مدة الرد على التظلم في الحالات التي يشترط فيها النظام التظلم قبل رفع الدعوى.

وبعد فوات هذه المدة تغدو تلك الدعاوى غير مقبولة شكلاً، بغض النظر عن مدى الأحقية الموضوعية فيها من عدمها، فالقضاء في حالة عدم استيفاء الدعوى لشروطها الشكلية - ومنها تلك المشار إليها - يحكم بعدم قبولها شكلاً دون النظر في موضوعها؛ مما قد يسبب ضرراً كبيراً في هذه الحالة للمدعي إذا كان حقه ثابتاً أو مصلحته ظاهرة الاستحقاق.

وقد وضع القانون تلك المدة التي يبدو جلياً أنها مدة قصيرة مستهدفاً منها الحفاظ على استقرار المراكز القانونية، وإذا كان ذلك صحيحاً وضرورياً، إلا أن هذه الحماية يجب أن تكون فقط للقرارات التي تحمل مقوماتها الإدارية، إذ لا يتسق منطقاً منح تلك الحماية للمراكز التي استندت على قرارات افتقدت إلى تلك المقومات، ومن ثم نشأت فكرة القرارات

المنعدمة أو المدومة التي افتقدت مقومات وجودها، والتي رفض الفقه والقضاء منحها تلك الحماية، ومن ثم أجاز الطعن عليها دون التقيد بهذه المدد.

هذا، وما تزال فكرة القرارات المنعدمة غير محددة المعالم بشكل دقيق، حيث لم يقطع الفقه والقضاء بمعيار واضح يحدد المعالم يتم على أساسه تحديد هذه الفكرة؛ على الرغم من كثرة البحوث التي تناولتها، وكذلك الأحكام القضائية التي تعرضت لهذه الفكرة؛ الأمر الذي يتيح للباحثين المساهمة مجددًا في تبيان وتحديد معالمها؛ وهو ما دفعنا لتناول معيار تحديد القرارات المنعدمة في هذا البحث في القضاء السعودي دراسة مقارنة.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في غموض فكرة القرارات المنعدمة التي لا يتقيد الطعن عليها بمدة معينة، إذ رغم تناولها كما أشرت في العديد من البحوث، والأحكام القضائية، فإنها ما تزال غير محددة بشكل دقيق وفق معيار معين أو حتى عدة معايير تعالج إشكالية ماهية هذه القرارات، بما يوحد الأحكام القضائية في هذا الشأن، مما يستدعي وجود هذا البحث للمساهمة في حل هذه المشكلة التي يترتب عليها قبول الدعوى من عدمه وما يرتبه ذلك من آثار في حق المتنازعين.

أهمية البحث:

تنبع أهمية البحث من عرض مشكلته، فهو يتناول موضوعاً شائكاً ومعقداً بشكل كبير، وقد بان ذلك من كثرة تناوله فقهياً وقضائياً، وفي الوقت نفسه عدم الوصول إلى حلول دقيقة فيه؛ الأمر الذي يجعل لهذا البحث أهميته في إمكانية تقديم رؤية فقهية؛ لعلها تساهم في حل هذه الإشكالية أو الحد منها فقهاً وقضاء.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى تناول فكرة القرارات المنعدمة فقهاً وقضاء في النظام السعودي والمصري؛ لتحديد مضمون هذه الفكرة بشكل علمي يتيح نوعاً من الاستقرار الفقهي والقضائي على تحديد ماهية القرارات المنعدمة.

منهجية البحث:

يعتمد البحث على المنهج التحليلي المقارن فقهاً وقضاء، بين القضاء السعودي، والقضاء المصري، للوقوف على الاتجاهات القضائية في هذا الموضوع، معتمدين على الأحكام القضائية الصادرة فيه قديماً وحديثاً، ومن ثم تحديد الاتجاه الأولي بالاتباع فقهاً وقضاء وفقاً للأصول العلمية التي على أساسها يمكن حل إشكالية ماهية القرارات المنعدمة.

خطة البحث:

المقدمة: وفيها مشكلة البحث، وأهميته، وأهدافه، ومنهجيته، وخطته.

المبحث الأول: المعايير الفقهية لتحديد ماهية القرارات المنعدمة.

المبحث الثاني: المعايير القضائية لتحديد ماهية القرارات المنعدمة.

المبحث الثالث: الرأي المختار في تحديد ماهية القرارات المنعدمة.

الخاتمة: وفيها النتائج والتوصيات.

فهرس المصادر.



المبحث الأول

المعايير الفقهية لتحديد ماهية القرارات المنعدمة

نظرًا للإشكاليات القانونية التي تثيرها طبيعة هذه القرارات والآثار المترتبة عليها فقد حاول الفقه قديمًا وحديثًا وضع معيار لتحديد ماهية هذه القرارات، وقد تعددت المعايير الفقهية في هذا الشأن، وفي هذا المبحث نعرض لهذه المعايير والانتقادات التي وجهت إليها. وذلك كما يلي:

المطلب الأول: معيار اغتصاب السلطة والمعايير المشابهة له:

في هذا المطلب نتناول معيار اغتصاب السلطة، والمعايير المشابهة له من حيث النتيجة التي وصلت إليها، وهي معيار الوظيفة الإدارية، ومعيار الظاهر، ومعيار المشروعية، وذلك كما يلي:

أولاً: معيار اغتصاب السلطة:

يعد معيار اغتصاب السلطة من أقدم المعايير التي تناولت القرار المنعدم^(١)، وكان عمدة هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي لافريير، والذي يعزى إليه نشأة فكرة الانعدام في القانون الإداري، ثم تبنى هذا المعيار غالبية من جاء بعده من الفقهاء أمثال هوريو، ودوجي، وبارتلمي، ورولان، الأمر الذي جعل لهذا المعيار الغلبة في فقه القانون الإداري^(٢).

(١) د. مصطفى فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩م، ص ٦٥٣، وراجع أيضاً: د. الدين الجيلالي بوزيد، القرارات الإدارية المدومة في الفقه والقضاء دراسة مقارنة، مجلة الإدارة العامة، معهد الإدارة العامة، الرياض، س ٤٥، ع ٤٤٢٦، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م، ص ٦٠٤ وما بعدها.

(٢) د. رمزي الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٦٨م، ص ١٥٧.

وتعود التفرقة وفقاً لهذا المعيار بين القرار المنعدم والقرار الباطل إلى فكرة اغتصاب السلطة أو غصب السلطة، والتي تتلخص في أن كل قرار إداري يتضمن اغتصاباً للسلطة يعد قراراً منعدمًا، ويعتبر القرار قابلاً للإبطال إذا لم يصل إلى حد اغتصاب السلطة، فصدور قرار من السلطة الإدارية في غير ما هو من اختصاصاتها، يجعل هذا القرار منعدمًا لاغتصابه اختصاصات سلطة أخرى، وكذا القرار الصادر من فرد عادي خارج الوظيفة الإدارية يعد قراراً منعدمًا^(١).

ومن ثم -تفصيلاً- فإن مضمون هذا المعيار أن كل قرار للإدارة يتضمن غصباً للسلطة أي خروجاً على قواعد الاختصاص يجعل هذا القرار منعدمًا بعيب عدم الاختصاص الجسيم، والذي يبدو قطعياً في حالة تجاوز الاختصاص الولائي بين السلطات، كإصدار قرار من السلطة الإدارية في النطاق المحجوز للسلطة التشريعية أو السلطة القضائية، ومن باب أولى يعد القرار منعدمًا حال صدوره من شخص عادي لا علاقة له بالإدارة، وذلك لاغتصاب السلطة^(٢)، أما إذا كانت مخالفة الاختصاص لم تصل إلى هذا الحد فإن عدم الاختصاص يكون بسيطاً؛ ومن ثم يكون القرار قابلاً للإبطال وليس منعدمًا.

وإذا كان من نقد لهذا المعيار فإنه يتلخص في معالجته لفكرة الانعدام في حالة انعدام الاختصاص الولائي، دون معالجة عدم الاختصاص الإداري،

(١) د. محمد عبد العال السناري، القرارات الإدارية في المملكة العربية، الإدارة العامة للبحوث (مركز البحوث) معهد الإدارة العامة، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م، ص ٢٤٩.

(٢) د. مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ٦٥٥-٦٦٥.

وأية ذلك الأمثلة التي سيقت في هذا الشأن، ومن ثم يكون المعيار قاصراً عن معالجة انعدام حالات عدم الاختصاص في داخل الإدارة نفسها، كحالة اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة إدارية أخرى لا تمت إليها بصلة، أو حالة اعتداء سلطة لا مركزية على سلطة مركزية أو العكس أو غير ذلك من مخالفة قواعد الاختصاص الداخلي.

وتفادياً لبعض من ذلك فقد اعتبر بعض الفقه أن صدور قرار من وزير في أمر يختص به وزير آخر، وأيضاً مباشرة الحكومة أو عامل التنفيذ بالنسبة للمجالس اللامركزية اختصاصاً معهوداً به إلى المجالس المذكورة.. وكذلك الاعتداء العكسي يعد من القرارات المنعدمة^(١)، اعتبر ذلك اغتصاباً للسلطة؛ مما يعد توسعاً في حالات اغتصاب السلطة في هذا المعيار.

لكن وإن أتت فكرة التوسع في هذا المعيار كاستجابة منطقية لمعالجة قصور هذا المعيار إلا أنها في الوقت نفسه لم تقدم أساساً قانونياً لاعتبار هذه الحالات دون غيرها اغتصاباً للسلطة.

وأخيراً، فإن هذا المعيار يقوم على فكرة الاختصاص الولائي أو الإداري، متجاهلاً أركان القرار الإداري وشروط صحته وأهميتها في تحديد الانعدام من عدمه.

(١) د. عثمان خليل، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، ١٩٦٢م، ص ٤٤١ وما بعدها، راجع: د. رمزي الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٦٨م، ص ١٦٤-١٦٧.

ثانياً: معيار الوظيفة الإدارية:

يستند هذا المعيار في التفرقة بين القرار الباطل والقرار المنعدم إلى فكرة الوظيفة الإدارية، فكل عمل منبت الصلة بالوظيفة الإدارية كما يحددها القضاء على ضوء المبادئ الدستورية العامة في الدولة بحيث لا يمكن اعتباره تنفيذاً مباشراً أو غير مباشر للوظيفة الإدارية هو عمل معدوم. أما إذا أمكن إرجاع عمل الإدارة إلى وظيفتها الإدارية سواء كانت قد مارست تلك الوظيفة في حدودها المشروعة أو تجاوزت تلك الحدود فهو عمل إداري يحتفظ بصورته الإدارية، وما تستتبعه تلك الصفة من أحكام، فكلما أمكن إرجاع العمل إلى تلك الوظيفة كان العمل إدارياً سواء ألتزم حدود المشروعية، أو تجاوز تلك الحدود وما تستتبعه تلك الصفة من أحكام، وأول أركان الوظيفة الإدارية أن تمارسها سلطة إدارية فرداً كان أم هيئة، ومن ثم كان اغتصاب السلطة بحالاته المعروفة هو أبرز حالات انعدام القرارات الإدارية.. وركن الوظيفة الإدارية الثاني أن تقتصر السلطة الإدارية على ممارسة اختصاص يتعلق بموضوع إداري.. وعلى هذا الأساس ليس للإدارة أن تتناول موضوعاً لا يملك الفصل فيه إلا المشرع أو القضاء^(١).

(١) د. سليمان الطهاوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، راجعه ونقحه د. محمود عاطف البناء، دار الفكر العربي، ط ٧، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م، ص ٤٢٦ وما بعدها. وأيضاً د. عبد الفتاح حسن، انعدام القرار الإداري، تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢١ نوفمبر ١٩٥٩م، مجلة العلوم الإدارية، السنة (٢)، ديسمبر، ١٩٦٠م، ص ١٨٥، راجع: د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص ١٧٥.

وهذا المعيار بركنيه لا يختلف عن معيار اغتصاب السلطة، فمعيار اغتصاب السلطة ما هو إلا خروج عن الوظيفة الإدارية، غير أنه يوجد فرق بسيط بينهما فإنه طبقاً لمعيار اغتصاب السلطة قد يعد القرار منعدمًا في حالة تعدي سلطة إدارية على سلطة إدارية أخرى، في حين يكون ذلك قرارًا باطلاً في ضوء معيار الوظيفة الإدارية.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن صاحب هذا الرأي قد خرج عن هذا المعيار حينما اتجه إلى أن «صدور القرار الإداري من سلطة إدارية تملك إصدار قرارات إدارية على خلاف قواعد الاختصاص لا يؤدي إلى انعدام القرار إلا إذا كانت تلك السلطة لا تمت بصلة إطلاقاً للسلطة التي اعتدت على اختصاصها، وهذه حالة نادرة جدًا، ومثلها التقليدي أن يصدر وزير قرارًا بتعيين أو ترقية موظف في وزارة أخرى»^(١).

ومن ثم يكون هذا الرأي ما هو إلا صورة أخرى لمعيار اغتصاب السلطة أو هو السند القانوني لمعيار اغتصاب السلطة، وعليه فلم يقدم هذا المعيار جديدًا في هذا الشأن سوى أنه وقع في التناقض، كما تمت الإشارة.

ثالثًا: معيار الظاهر:

يستند هذا المعيار إلى فكرة الظاهر في القانون المدني، والتي تعترف بالوضع الظاهر وترتب على التصرف الباطل آثاره الأصلية، فالظاهر المستقر الذي اطمأن إليه الناس في تعاملهم يبقى في حماية القانون حتى

(١) د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٤٣٣.

ولو خالف الحقيقة، ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها، فيرتب القانون على تصرفات الوارث الظاهر آثارها، كما يرتب الآثار التي تترتب على تصرفات المالك الظاهر، والوكيل الظاهر، فالمظهر أحياناً يساوي الحقيقة، والمركز الواقعي يؤخذ بعين الاعتبار كما لو كان مطابقاً للقانون، وإذا كان القانون الخاص يعرف فكرة الظاهر، فكذلك القانون العام لا يجهل بدوره وجودها، وما فكرة الموظف الفعلي إلا إحدى تطبيقات هذه الفكرة^(١).

ومضمون هذا المعيار إن القرار المعدوم هو الذي يكون فيه الإخلال بالقواعد القانونية ظاهراً، بحيث لا يدل شكله أو مظهره على صدوره من السلطة الإدارية؛ لظهور العيب الذي شابه واضحاً أمام الأفراد مما لا يعقل معه إلزامهم باحترامه وطاعته، بمعنى أن القرار يكون معدوماً إذا كان ما يصيبه من عدم المشروعية واضحاً لا يخفى على الأفراد ويعتبر باطلاً في غير تلك الحالات.. ويكون الانعدام واضحاً في حالة صدور القرار من شخص لا يتمتع بسلطة إصدار القرار الإدارية، أو من رجل الإدارة معتدياً على اختصاصات إحدى السلطتين التشريعية أو القضائية، وأيضاً حالة اعتداء جهة إدارية على اختصاص جهة إدارية أخرى متى ظهر هذا الاعتداء واضحاً أمام الأفراد^(٢).

(١) د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص ١٧٧. يراجع: نظرية الظاهر في القانون الإداري د. ماجد راغب الحلو، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد (١) ١٩٨٠م.

(٢) د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص ١٨٠ وما بعدها.

وهذا المعيار - كما هو واضح - غير منضبط؛ إذ أُرِجَع تحديد معيار الانعدام على تقدير شخصي وليس على معيار موضوعي يمكن تحديده والعمل به، فهذا المعيار باعتداده بالتقدير الشخصي يجعل القرار معدوماً وغير معدوم في الوقت نفسه طبقاً للنظرة الشخصية، كما أن هذا المعيار يتداخل مع معيار غصب السلطة ولكن بطريقة غير مباشرة حين عرض الحالات التي يظهر فيها ويكون الانعدام واضحاً؛ ومن ثم يكون المعيار قاصراً عن تحديد دقيق ومنضبط لانعدام القرار.

رابعاً: معيار عدم المشروعية:

معيار عدم المشروعية أو مخالفة مبدأ المشروعية يقوم على مدى مخالفة القواعد القانونية العليا من عدمه، حيث يرى بعض الفقه أن معيار التمييز بين القرار الباطل والقرار المعدوم يكون على أساس التمييز بين درجتين من عدم المشروعية، فقد يكون عدم المشروعية جسيماً؛ مما يؤدي إلى انعدام القرار الإداري، وقد لا يصل عدم المشروعية إلى هذا الحد من الجسامة، بل يقف عند المخالفة اليسيرة للقاعدة القانونية؛ مما يصير معه القرار الإداري باطلاً، ثم يحصر هذا الطرح الفقهي قواعد المشروعية في الميثاق^(١) والنصوص الدستورية، والتشريعات العادية، ثم يفرق بين نوعي البطلان طبقاً لجسامة مخالفة القاعدة القانونية فيقول: «البطلان كجزاء قانوني لا ينال من القرار الإداري إلا نتيجة لمخالفته لقاعدة من القواعد القانونية التي يتضمنها مبدأ المشروعية، ولا شك أن الخروج على القاعدة القانونية

(١) يقصد ميثاق العمل الوطني المصري الصادر في ٣٠ يولييه سنة ١٩٦٢ م.

لا يكون دائماً بنفس الدرجة، فقد يكون جسيماً، وقد يكون يسيراً غير جسيم، ويتدرج الجزء من الانعدام القانوني إلى البطلان طبقاً لمدى جسامة المخالفة.. والتفرقة بين ما ترتكبه جهة الإدارة من مخالفات جسيمة للقاعدة القانونية وبين ما ترتكبه من مخالفات يسيرة غير جسيمة لها هي تفرقة بين ما إذا كانت جهة الإدارة قد خرجت بتصرفها على كل القواعد القانونية الموجودة بالدولة، وما إذا كان خروجها لم يتجاوز بعض القواعد الدنيا، بحيث لا يعدم تصرفها أن يجد أساساً عاماً في القاعدة العليا، فإذا كانت جهة الإدارة تمارس حقاً قرره لها الميثاق، أو القانون الدستوري، وخالفت بصده بعض الإجراءات والشروط التي تتطلبها القوانين العادية، فلا نعتقد أن مخالفتها للقانون في هذا الصدد تصل إلى حد الجسامة التي يجب توافرها لكي يصير تصرفها معدوماً قانوناً»^(١).

ويؤيد بعض من الفقه هذا الرأي بقوله: «والراجع في تقديرنا ضرورة الأخذ بمعيار شكلي في تحديد حالات الانعدام الحكمي حتى لا تتضارب الآراء في الأحكام القضائية، ونحن نرى في هذا الصدد أن يكون المرجع في ذلك هو القوة القانونية للعمل الذي تمت مخالفته بواسطة القرار الإداري غير المشروع، فإذا كان وجه عدم المشروعية قد ترتب نتيجة مخالفة القواعد العليا من حيث مرتبتها الإلزامية اتسم هذا العيب بالجسامة، أما إذا كانت المخالفة للقواعد الأدنى فيمكن اعتبار هذا العيب بسيطاً، فالجسامة هنا هي جسامة المخالفة أي إهدار قواعد قانونية عليا في تدرج هذه القواعد، ولما كنا

(١) د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص ٢٠٧، ٢٠٨.

نرى أن القواعد العليا من حيث المرتبة الإلزامية تشمل إلى جانب القواعد الدستورية الأحكام القطعية في الشريعة الإسلامية، علاوة على المبادئ العامة للقانون فإن مخالفة هذه القواعد وتلك الأحكام والمبادئ تؤدي إلى انعدام العمل الإداري المشوب بهذا العيب، أما إذا لم تصل لم تصل المخالفة إلى هذا الحد من الجسامة، كما لو اقتصر الأمر على مخالفة قواعد تشريعية أو لائحية أو عرفية، فإن القرار يكون قابلاً للإلغاء أو البطلان..»^(١).

وقد انتقد بعض الفقه هذا المعيار بقوله: «والحق أن درجة جسامة عدم المشروعية كمعيار للترقية بين القرار المعدوم والقرار الباطل لا تنطوي على قدر من التحديد الموضوعي يسمح بسهولة التفرقة واستقرار الأوضاع»^(٢).

وتفصيلاً فإن هذا الرأي منتقد، لأنه تجاهل القوانين العادية، والقوانين الأساسية وقيمتها ذات الطبيعة الدستورية على رأي بعض الفقه في عداد المخالفات الجسيمة، وأيضاً فإن استبعاده للقوانين العادية بهذا التصور سيصل به لنتيجة مفادها أن انعدام القرار يكون فقط في حالة مخالفة القواعد الدستورية، وهذه الأخيرة معلوم أنها لا تستوعب كافة القواعد القانونية الأساسية في الدولة، ومن ثم يضحى فقط الانعدام لديه كما أشار في حالتين مرتبطتين ببعضهما، وهما العنصر العضوي في القرار المتعلق بالاختصاص،

(١) د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، القرار الإداري والحد الفاصل بين بطلانه وانعدامه، مجلة العدالة، الإمارات، يناير ١٩٩١م، ص ٩.

والعنصر الموضوعي المتعلق بموضوع القرار، وعند التحقيق فكلاهما يرجع إلى الاختصاص الولائي شكلاً وموضوعاً، ولذلك سيصل هذا الرأي إلى ذات النتيجة والحالات المتعلقة باغتصاب السلطة، ومعيار الوظيفة الإدارية، وآية ذلك أنه قسم الانعدام لانتفاء صفة عضو السلطة الإدارية عن مصدر القرار بحالتين: اغتصاب الوظيفة الإدارية، اغتصاب سلطة إصدار القرارات الإدارية، وعاد أيضاً بالعنصر الثاني المتعلق بالانعدام لمخالفة موضوع القرار إلى الاختصاص حينما قسم حالات ذلك الانعدام إلى المساس بحقوق حرم الدستور المساس بها، واتخاذ السلطة الإدارية لقرار في مسألة من اختصاص إحدى السلطات الأخرى في الدولة، واتخاذ إحدى الهيئات الإدارية لقرار في مسألة من اختصاص هيئة إدارية أخرى^(١).

كما أن هذا الرأي قد ناقض نفسه بقوله: «فحق إصدار القرارات الإدارية مقصور إذن على بعض الموظفين الذين حددهم الدستور أو القانون، فإذا صدر القرار من شخص ليست له سلطة إصدار قرارات إدارية لأن الدستور أو القانون لم يعطه هذا الحق فإنه يعد معدوماً»^(٢)، وذلك أنه اعتبر أن مخالفة القانون تعد من المخالفات الجسيمة، في حين أنه وفقاً لأدبيات المعيار فإن مخالفة القانون تعد من المخالفات البسيطة التي تجعل القرار باطلاً وليس منعدماً.

(١) د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص ٢١٠ وما بعدها.

(٢) د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

ومن ثم يكون هذا الرأي قد وصل إلى النتيجة ذاتها التي وصل إليها معيار اغتصاب السلطة؛ مما يجعله أيضًا لم يقدم جديدًا في هذا الشأن.

ولا يشفع لهذا الرأي الاستشهاد ببعض أحكام القضاء الفرنسي والمصري في هذا المعيار، وذلك لأن القضاء لديه أكثر من اتجاه في هذا الشأن كما سنرى، ومن ثم فهذه الأحكام لا تصلح أن تكون سندًا قطعيًا لرأيه مع وجود الاتجاهات الأخرى.

المطلب الثاني: معيار تخلف أركان القرار الإداري:

يستند هذا المعيار في التفرقة بين القرار الباطل والقرار المنعدم على ذاتية القرار من خلال التفرقة بين أركانه وشروط صحته، فيكون القرار منعدمًا إذا فقد أحد أركانه، ويكون معيبًا إذا فقد أحد شروط صحته، وإذا كان المعيار على مستوى التقسيم واضحًا وبسيطًا، فإنه على مستوى تحديد أركان القرار وشروط صحته معقد، فلم يتفق أصحاب هذا المعيار على ماهية أركان القرار، ومن ثم تحديد شروط صحته، وبيان ذلك -على سبيل المثال- كما يلي:

يرى بعض الفقه أن أركان القرار الإداري تتمثل في الإفصاح عن إرادة بقصد إحداث أثر قانوني^(١)، ومن ثم فإن هذا التعريف يحدد أركان القرار في الإفصاح عن الإرادة، وثانيًا إحداث أثر قانوني، أو أن القرار الإداري

(١) د. رمضان بطيخ، عناصر مشروعية وصحة القرار الإداري، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٥م، ص ١٢٧.

«يكون إفصاحاً عن إرادة منفردة، يصدر من سلطة إدارية، ويرتب آثاراً قانونية^(١)، وهو لا يختلف كثيراً عن التعريف الأول وهذه الرؤى تحدد أركان القرار الإداري في الإفصاح عن الإرادة، من سلطة إدارية، بقصد إحداث أثر قانوني.

في حين يرى بعض الفقه أن أركان القرار تتمثل في «الاختصاص، والشكل، والمحل، والسبب، والغاية. ويكون القرار الإداري خارجاً عن نطاق المشروعية إذا ما افتقد إلى أحد أركانه الخمسة كما لو صدر عن غير مختص، أو في غير الشكل الذي حدده القانون، أو صدر مخالفاً لأحكام القانون أو مبادئه العامة، أو افتقد لأسباب تبرر إصداره، أو حاد عن غايته عن تحقيق المصلحة العامة، أو الهدف الذي حدده القانون لإصداره»^(٢).

وهذا التعريف يحدد - كما هو واضح - أركان القرار الإداري، في الاختصاص، والشكل، والمحل، والسبب، والغاية.

غير أن بعض الفقه يرى أن الإرادة والمحل والسبب هي فقط أركان القرار الإداري، وإن الشكل والاختصاص هي شروط لصحة الإرادة، أما المحل فهو يتحلل إلى الفرد موضوع القرار والمركز القانوني المنشئ له وتحريكه إلى المركز الجديد، وشروط صحة ذلك هو عدم مخالفة القانون،

(١) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ٤٩٨، ود. سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ١١٧-١١٨.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص ٥١٩.

أما الركن الثالث وهو السبب فيتحلل إلى دافع وغاية، وشرط استهداف الصالح العام وعدم التعسف في استصدار القرار^(١).

ومن ثم فإن هذا الرأي السابق يحدد أركان القرار في الإرادة، والمحل، والسبب، وإن الشكل والاختصاص هما شرطان لصحة القرار، أما الغاية في داخله في ركن السبب.

وهكذا يبدو الاختلاف واضحاً في تحديد أركان القرار وشروط صحته، مع غياب الأسس القانونية لهذا التحديد، مما يجعل هذا المعيار يعوزه التحديد الدقيق لأركان القرار الإداري وشروط صحته وأثر كل منها في الحكم على القرار بالانعدام من عدمه.

(١) د. مصطفى كمال وصفي، انعدام القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، السنة السابعة، ص ٢٦١ وما بعدها.

المبحث الثاني

المعايير القضائية في تحديد ماهية القرارات المنعدمة

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول عن معيار القضاء الإداري السعودي في تحديد ماهية القرارات المنعدمة، والثاني عن معيار القضاء الإداري المصري في الشأن ذاته، وذلك كما يلي:

المطلب الأول: معيار القضاء الإداري السعودي في تحديد ماهية القرارات المنعدمة:

بداية فإن هيئة التدقيق بديوان المظالم^(١) قد أعطت معياراً عاماً في هذا الشأن، حيث قررت أن «القرارات المنعدمة وهي التي اشتملت على مخالفة

(١) هيئة التدقيق: هيئة قضائية نشأت في ظل نظام ديوان المظالم القديم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ وقد جمعت هذه الهيئة بين اختصاصات محاكم الاستئناف بشكل معين، وبين اختصاصات المحكمة الإدارية العليا بحدود معينة، وقد نظمت أحكامها قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) وتاريخ ١٦/١١/١٤٠٩هـ، وقد نصت المادة (٣٩) منها على أن «تنشأ برئاسة رئيس الديوان هيئة للتدقيق من عدد كاف من الأعضاء يعينهم رئيس الديوان ويكون لها دائرة أو أكثر للتدقيق. وتتألف دائرة التدقيق من ثلاثة أعضاء يعينهم رئيس الديوان ويسمي من بينهم رئيس الدائرة، ويجوز لرئيس الديوان أن يشكل دائرة التدقيق من عضو واحد وذلك لتدقيق الدعاوى اليسيرة التي حدها رئيس الديوان وفقاً للمادة الرابعة عشرة».

وأيضاً نصت المادة (٤٠) على أنه «إذا رأت دائرة التدقيق في شأن قضية تنظرها العدول عن اجتهاد سبق أن أخذت به دائرة أخرى أو سبق أن أقرته هيئة التدقيق رفعت الموضوع إلى رئيس الديوان ليحيله إلى هيئة التدقيق مجتمعة برئاسة رئيس الديوان مع ثلاثة من رؤساء الدوائر يختارهم رئيس الديوان وتصدر الدائرة المشتركة قرارها بأغلبية ثلثي الأعضاء».

جسيمة للنظام جردتها من صفتها الإدارية، ومرد ذلك إلى أن هذه القرارات يشوبها عيب مفرط في الجسامة يجردها من صفتها الإدارية، ويهبط بها إلى درجة العدم، وبهذه المثابة فلا تكتسب الحصانة المقررة ويجوز سحبها في أي وقت^(١). وهذا القرار كما هو واضح يعتمد على معيار المخالفة الجسيمة للنظام التي تجرد القرار من صفته الإدارية، لكن القرار لم يحدد متى تكون المخالفة جسيمة حتى يتجرد القرار من صفته الإدارية، ومن ثم فإن هذا المعيار يحتاج إلى معيار آخر يجب عن السؤال الجوهرى في الموضوع، وهو: متى تكون المخالفة جسيمة حتى يتجرد القرار من صفته الإدارية؟ الأمر الذي سيوجد بالضرورة عدم استقرار في الأحكام وفقاً للرؤية القضائية في توصيف المخالفة.

أما عن تحديد المعايير القضائية لأحكام الديوان فإنه في ضوء الاتجاهات الفقهية يمكن القول بأن الديوان قد أخذ بمعيارى اغتصاب السلطة، وأركان القرار الإدارى، وذلك كما يلي:

أولاً: معيار اغتصاب السلطة:

قد استقر ديوان المظالم على أن اغتصاب السلطة يؤدي إلى انعدام القرار في حالة اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة أخرى قضائية أو تنظيمية (تشريعية)، باعتبار أن ذلك يمس مبدأ المشروعية، وأنه يشكل مخالفة جسيمة لقواعد الاختصاص، فاغتصاب السلطة يشكل عيباً

(١) قرار هيئة التدقيق رقم (٨٤) لعام ١٤٢٩هـ، راجع: قرارات هيئة التدقيق مجمعة، مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم، ١٤٣٥هـ، ص ٢٨٧.

جسماً للاختصاص، وتبيناً لذلك نعرض وعلى سبيل المثال ما قضى به الديوان بأنه: «ولما كان الثابت من نظر القضية أن الموضوع الذي صدرت بشأنه توصية اللجنة العقارية التابعة للمدعى عليها لم يكن إلا خصومة حقوقية ينعقد الاختصاص بنظرها والفصل فيها للمحاكم العامة وفقاً لما قرره نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٢١) وتاريخ ٢٠/ ٥/ ١٤٢١هـ، فإن القرار الطعين في صدوره - مبنياً على التوصية المشار إليها دون سند من الشرع أو النظام- يعد مصادرة من المدعى عليها لاختصاص أصيل للسلطة القضائية، وتعدياً يخسف بالقرار محل الطعن إلى حد الانعدام.. ولما كان من البين أن القرار محل الطعن بتعديه على اختصاص سلطة قضائية يكون معيباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم وبالتالي يكون إجراء معدوماً لا يرتب أثراً ولا يخضع الطعن فيه للاشترطات المنصوص عليها في قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان، الأمر الذي يتعين معه على الدائرة أن تكشف عن بطلانه وتحكم بإلغائه دون النظر في استيفاء الدعوى لشروطها الشكلية الإجرائية»^(١).

وقضى أيضاً بأنه: «ولا ينال من ذلك ما ذكره وكيل المدعي من أن القرار محل الطعن يعتبر من القرارات المنعقدة؛ نظراً لمخالفته الجسيمة للنظام واشتماله على التدليس ومخالفته لمبدأ المساواة،.. إذ تجيب الدائرة عن ذلك

(١) الحكم رقم (٣٢٠/ ٤/ ٢) لعام ١٤٣٢هـ، في القضية رقم (٤٣٤٥/ ٢/ ق) لعام ١٤٣٢هـ، المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم (١٧/ ٢/ ١٤٣٣)، في قضية الاستئناف رقم (٢٣٧/ ق لعام ١٤٣٣هـ)، (حكم غير منشور).

بأن القرارات الإدارية المعيبة إما أن تكون قرارات باطلة، وهو المشتمل على عيب من عيوب القرارات الإدارية المتمثلة في: عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل، وعيب الغاية أو إساءة استعمال السلطة، وعيب المحل، أو مخالفة النظم واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، وعيب السبب. وهذا النوع من القرارات إذ لم يتم سحبه أو الطعن عليه خلال المواعيد المحددة نظاماً فإنه يتحصن ويستعصي على السحب والإلغاء، وإما أن تكون قرارات منعدمة، وهي التي تصدر معيبة بعيوب جسيمة تمس مبدأ المشروعية الواجب تلبس القرار الإداري بها، وقد استقر قضاء المحاكم الإدارية على أن القرار المنعدم هو الذي يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم الذي من شأنه أن يجرد القرار من صفته كتصرف قانوني لينزل به إلى مرتبة العمل المادي، فيكون قراراً منعدمًا كأن لم يكن، وعندها يجوز لذوي الشأن الطعن عليه دون التقيد بالمواعيد والإجراءات المقررة لرفع دعوى الإلغاء؛ إذ إن هذا النوع من القرارات لا يتحصن بمضي مدد الطعن عليه، ويكون حقيقاً بالإلغاء وغير نافذ ولا يحقق آثاره النظامية، ومن قبيل القرار المنعدم القرار الذي يصدر عن سلطة في أمور هي من اختصاص سلطة أخرى..».

وقد أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم وأضافت استدرأگًا بقولها: «مع تصويب ما ساقته الدائرة للتفرقة بين القرارات المعيبة والمنعدمة. إذ صحته أن القرارات الإدارية إما أن تكون سليمة أو قابلة للبطلان، أو باطلة. وتلك القابلة للبطلان هي ما يعبر عنها بالمعيبة، وهي التي تتحصن بفوات مواعيد الطعن عليها أم الباطلة فهي التي يعبر عنها بالقرارات المنعدمة

التي اعتورها عيب جسيم انحدر بها من العمل الإداري إلى العمل المادي، وأصبحت بذلك واقعة مادية يسوغ التقدم للقضاء لإزالتها في أي وقت»^(١). وكذلك قضى الديوان بأن «قرار المصادرة»^(٢) قرار منعدم؛ لأنه اشتمل على مخالفة جسيمة للنظام جردته من صفته الإدارية التي أفقدته الحصانة المقررة للقرارات الإدارية وجاز الطعن عليه في أي وقت كان، وقد نص قرار هيئة التدقيق رقم (٨٤) لعام ١٤٢٩هـ في فقرته أولاً على عدم تحصن القرارات المنعومة التي اشتملت على مخالفة جسيمة للنظام»^(٣).

ثانياً: معيار مخالفة أركان القرار الإداري:

لقد اعتمد ديوان المظالم في بعض أحكامه مخالفة أركان القرار الإداري كمعيار لاعتبار القرار الإداري منعدمًا، غير أنه لا يوجد استقرار في تحديد

(١) الحكم رقم (٢٣٨/٧/١/١٤٣٢) في القضية رقم (٧٠٢٥/١/ق) لعام ١٤٣٢هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم (٢٣/٢/ق) لعام ١٤٣٣هـ، في القضية رقم (٧٣٣٧/ق) لعام ١٤٣٢هـ (حكم غير منشور).

(٢) المصادرة لا تكون إلا بحكم قضائي حيث نصت المادة (١٩) من النظام الأساسي للحكم الصادر في المملكة بالأمر الملكي رقم (أ/٩٠) وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ على أن «تخظر المصادرة العامة للأموال، ولا تكون عقوبة المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي».

(٣) الحكم رقم (١٠٥/٢/٧) لعام ١٤٣٢هـ، في القضية رقم (٥٩٠/٧/ق) لعام ١٤٣٠هـ، المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية رقم (٣/١٦٠) لعام ١٤٣٤هـ، في قضية الاستئناف رقم (٣٦٨٧/ق) لعام ١٤٣٢هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، لعام ١٤٣٤هـ، ج٥، ص ٢٦٠٣.

أركان القرار من جهة، وكذلك ما هي الأركان التي تجعل القرار منعدمًا من جهة أخرى وبيان ذلك كما يلي:

أ- تحديد أركان القرار الإداري:

قد تعرض ديوان المظالم في بعض أحكامه لأركان القرار الإداري، وأكثر هذه الأحكام تحدد أركان القرار الإداري في خمسة أركان، وهي الاختصاص والسبب والشكل والمحل والغاية، وتالي ذلك هو اعتبار أنها شروط صحة، بالإضافة إلى أنه في أحد الأحكام قد اعتبرها أوصافًا للقرار، والأوصاف كما تطلق على الأركان تطلق على الشروط.

وبداية، فإن المحكمة الإدارية العليا في المملكة قد عرّفت القرار الإداري بشكل عام دون تحديد لأركانه أو شروطه فقضت بأنه «إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها المنفردة بقصد إحداث أثر قانوني طبقًا للأنظمة واللوائح متى كان ذلك جائزًا قانونًا وبقصد تحقيق مصلحة عامة»^(١).

أما محاكم الديوان فقد فصلت في ذلك، فمن حيث إن أركان القرار الإداري قد تمثلت في الاختصاص والسبب والشكل والمحل والغاية فقد قضى الديوان وعلى سبيل المثال بأنه: «وحيث إن المدعي التزم بذلك فإن إجابته لدعواه يستلزم بحث مدى صحة قرار فصله.. من ناحية الشكل والاختصاص من عدمه، ومخالفة النظم واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو

(١) الحكم في القضية رقم (٧٠٩١/٣/ق) لعام ١٤٣٧هـ، وقضية الاستئناف رقم (١١/ق) لعام ١٤٣٨هـ، راجع: مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا للأعوام ١٤٣٩-١٤٤٠-١٤٤١هـ، ج١/٥٠، ص ٢٩٠.

تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة، أي مما يتعلق بأركان القرار الإداري من حيث الشكل والاختصاص والمحل والسبب..»^(١).

وأيضاً قضى الديوان بأنه: «ولما كان القرار الإداري يتكون من عدة أركان هي الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية..»^(٢).

وكذلك قضى بأن: «القرار الإداري هو إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى الأنظمة واللوائح بقصد إحداث أثر نظامي يكون جائزاً وممكنًا نظاماً، فإنه يفترض فيه الصحة باعتباره عملاً نظامياً، إذ يجب أن تتوافر له جميع الشروط والأركان الخاصة لكي يصدر صحيحاً ومنتجاً لآثاره، ومن ثم تتمثل أركان القرار ومقوماته في الإفصاح عن الإرادة، والاختصاص، والشكل، والسبب، والانحراف بالسلطة، فإذا ما أصاب عيب من هذه العيوب القرار الإداري فإنه يجعله غير مشروع»^(٣).

وأيضاً قضى الديوان بأنه: «وبالتأمل فيما انتهى إليه الإجماع القضائي من اعتبار القرار الإداري: إفصاح الجهة الإدارية عن إرادتها الملزمة في الشكل

(١) الحكم رقم (٣٤/د/٩) لعام ١٤٢٥هـ في القضية رقم (١٤٢٦/١/ق) لعام ١٤٢٣هـ، المؤيد بحكم هيئة التدقيق رقم (٣٢٦/ت/١) لعام ١٤٢٥هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٠٢هـ-١٤٢٦هـ، ج٦، ص ١٩٦.

(٢) الحكم رقم (١١/د/ف/٢٥) لعام ١٤٢٤هـ، في القضية رقم (٧٥٦/١/ق) لعام ١٤٢٤هـ، المؤيد بحكم هيئة التدقيق رقم (٢٩٧/ت/٥) لعام ١٤٢٦هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٠٢هـ-١٤٢٦هـ، ج٤، ص ١١٦.

(٣) الحكم رقم (٥٨/د/٢٢) لعام ١٤٢٧هـ، في القضية رقم (٥٩٢/٥/ق) لعام ١٤٢٧هـ، المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم (٨/ت/٥) لعام ١٤٢٨هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٨هـ، ج٤، ص ١٧١٢.

الذي يتطلبه النظام بما لها من سلطة مستمدة من الأنظمة واللوائح بقصد إحداث أثر نظامي يكون ممكناً وجائزاً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة، وبالتأمل فيما يشيد عليه القرار الإداري من أركان أفصح عنها فقهاء القضاء الإداري من اعتبار السبب والمحل والشكل والاختصاص والغاية أركاناً يقوم بمجموعها سلامة القرار الإداري.. ومتى انتفى أحدها أودى به إلى درك الإلغاء»^(١).

وكذلك قضى بأنه: «ولما كانت ولاية الديوان في النظر في القرارات المطعون فيها تقتصر في البحث عن مدى مشروعية ونظامية تلك القرارات من عدمها، من ناحية الشكل والاختصاص من عدمه، ومخالفة النظم واللوائح والخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة، أي مما يتعلق بأركان القرار الإداري من حيث الشكل والاختصاص والمحل والسبب والغاية، ومن ثم الحكم بالصحة أو البطلان أو الإلغاء..»^(٢).

- (١) الحكم رقم (٢/١٤٠) لعام ١٤٣٤هـ في قضية الاستئناف رقم (٢/١٢٨/س) لعام ١٤٣٤هـ، لحكم المحكمة الإدارية رقم (٣٣٦/د/١/٢) لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم (٦١٣٦/٢/ق) لعام ١٤٣٢هـ (حكم غير منشور) وراجع أيضاً: حكم محكمة الاستئناف الإدارية رقم (٢/٢٠٢) لعام ١٤٣٤هـ في قضية الاستئناف رقم (١٠٦٨/ق) لعام ١٤٣٣هـ لحكم المحكمة الإدارية رقم (٧/١١١) لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم (١/٥٦٠/ق) لعام ١٤٢٧هـ (حكم غير منشور).
- (٢) الحكم رقم (٣/١٤٢٤٧) لعام ١٤٣٧هـ، المؤيد من محكمة الاستئناف في القضية رقم (٧٧/ق) لعام ١٤٣٨هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٨هـ، ج٢، ص ١٩١.

وعن كونها شروط صحة قضي الديوان على سبيل المثال بأن: «القرار الإداري هو إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بها لها من سلطة بمقتضى الأنظمة واللوائح بقصد إحداث أثر نظامي يكون جائزاً وممكنًا نظامًا، ومن ثم لا بد لصحته أن يصدر من سلطة مختصة بإصداره مطابقًا للأنظمة واللوائح شكلاً وموضوعاً، ومعتمداً على سبب يبرره صدقاً وحقاً، ومستهدفاً تحقيق مصلحة عامة، وبالتالي فإن ما يرد عليه من عيوب تجعله غير مشروع ينصب على عدم الاختصاص وعيب الشكل، ومخالفة النظم واللوائح، وعيب السبب، والانحراف بالسلطة»^(١).

وأما عن كونها أوصافاً للقرار فقد قضي الديوان بأنه: «وبما أن المستقر عليه أن القضاء الإداري يراقب مشروعية القرار الإداري من جهة اختصاص مُصدره بإصداره، وقيامه على سبب واقعي ومبرر له نظاماً، وسلامة تكييف الوقائع المؤدية لإصداره، ويراقب شكل القرار ومدى توافقه مع صحيح أحكام النظام، وتطبيقه تطبيقاً سليماً، وصحة الغاية.. فمتى استوفى القرار تلك الأوصاف أصبح مشروعاً، ومتى ظهر للقضاء مخالفة القرار لأي من تلك الأوصاف حكم بعدم مشروعيته»^(٢).

(١) الحكم (١٢/د/ف/٢٩) لعام ١٤٢٦هـ، في القضية رقم (٣٧٠/٣/ق) لعام ١٤٢٣هـ، المؤيد من هيئة التدقيق رقم (٢٢٦/ت/٦) لعام ١٤٢٧هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧هـ، ج ٣ ص ٩٩٣.

(٢) الحكم في القضية رقم (٣١٦/١١/ق) لعام ١٤٣٨هـ، المؤيد من محكمة الاستئناف في القضية رقم (٢٦٩٤/ق) لعام ١٤٣٩هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٩هـ، ج ٤، ص ٤٤٢.

وعليه، فالديوان لا يسير على اتجاه محدد في أحكامه في تحديد أركان القرار الإداري، فقد اعتبر في بعض أحكامه أن السبب والاختصاص والمحل والشكل والغاية أركان للقرار (وهو الاتجاه الأكثر استقراراً لدى الديوان)، في حين اعتبر في أحكام أخرى الإرادة، وقد عبر عنها بالإفصاح، والمحل، وقد عبر عنه بالأثر القانوني، أركاناً للقرار، وما دون ذلك من الاختصاص والشكل والسبب والغاية شروطاً لصحة القرار، وفي أحكام أخرى عبر عن السبب والاختصاص والمحل والشكل والغاية باعتبارها أوصافاً للقرار، والوصف يجمع بين الأركان والشروط؛ وعليه - كما أشرنا - فإنه لا يوجد إجماع قضائي على تحديد أركان القرار الإداري.

ب- أركان القرار الإداري التي تجعل القرار منعدماً في أحكام الديوان:

وإذا كان الديوان في أكثر أحكامه - كما تمت الإشارة - قد اعتبر أن أركان القرار الإداري هي السبب والاختصاص والشكل والمحل والغاية، إلا أنه لم يستقر على اعتبارها جميعاً سبباً للانعدام. وبيان ذلك كما يلي:

- ركن الاختصاص: فقد قضى الديوان بأنه: «ولما كانت سلطة مُصدر القرار بسحب قراره الذي تعلق به حق شخصي تنحصر في المدة ذاتها التي يجوز فيها للفرد الطعن على القرار وهي (٦٠) يوماً وفقاً لمشمول ما نصت عليه قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، والثابت أن قرار تعيين المدعية معلمة كان بتاريخ ١٩ / ١١ / ١٤٣٠ هـ، وقرار السحب بتاريخ ٢٥ / ٢ / ١٤٣١ هـ، أي بعد مرور المدة النظامية التي تخوله حق الاختصاص بسحب القرار، وعليه فإن القرار مشوب بعيب مخالفة

الاختصاص، وهو عيب جسيم يرتب جواز مخاصمة القرار المنعدم قضائياً، دون التقيد بالمواعيد المقررة نظاماً ويجوز رفع دعوى الإلغاء في أي حين»^(١). وقضى الديوان أيضاً بقوله: «وحيث إنه عن الموضوع ولما كانت ولاية الديوان في النظر في القرارات المطعون فيها تقتصر في البحث عن مدى مشروعية ونظامية تلك القرارات من عدمها، من ناحية الشكل والاختصاص من عدمه ومخالفة النظم واللوائح، والخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة؛ أي مما يتعلق بأركان القرار الإداري من حيث الشكل والاختصاص والمحل والسبب والغاية، ومن ثم الحكم بالصحة أو البطلان أو الإلغاء.. ومن ثم فتصدي المدعى عليها (...). لإصدار قرارات تتصل بنشاط خدمات (...). هو في صورته هذه سلب لسلطات جهة أخرى وتعدّ في الاختصاص يبطل القرار الصادر عنها ويعدم أثره النظامي، ويضحى كأن لم يكن، ويكون غير قابل للتحصين بمضي المدة باعتباره قراراً معدوماً تقضي الدائرة ببطلانه»^(٢).

- (١) الحكم رقم (٢٨٣/٢/١٠) لعام ١٤٣٢هـ، في القضية رقم (١٣٢٤/١٠/ق) لعام ١٤٣٢هـ، المؤيد بحكم محكمة الاستئناف رقم (٣٢١/٢) لسنة ١٤٣٤هـ، في قضية الاستئناف رقم (١٠٢١/٢/س) لعام ١٤٣٣هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، لعام ١٤٣٤هـ، ج٢، ص ٨٠٤.
- (٢) الحكم رقم (٢٦/د/٩) لعام ١٤٢٦هـ، في القضية رقم (٨٣٢/٢/ق) لعام ١٤٢٦هـ، المؤيد بحكم هيئة التدقيق رقم (١٠١/ت/٥) لعام ١٤٢٧هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، لعام ١٤٢٧هـ، ج٣، ص ٩٤٩.

وقضى الديوان أيضًا بأنه: «ولما كانت سلطة قاضي الإلغاء الرقابة على مشروعية القرارات الصادرة عن جهة الإدارة وذلك بالنظر في مدى توافر أركان القرار الإداري من حيث الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية، وحيث إن أهم أركان القرار الإداري ركن الاختصاص، أي يصدر القرار ممن يملك حق إصداره، بأن يكون لديه القدرة النظامية لإصدار القرارات الإدارية التي تدخل في نطاق اختصاصاته وفقًا للقواعد المنظمة لذلك، ولما كان عيب عدم الاختصاص متعلقًا بالنظام العام، فإن القاضي يملك من تلقاء نفسه أن يتصدى له ولو لم يثره الخصوم.. وحيث إنه باطلاع الدائرة على نموذج التقرير رقم (٣) المرفق بلائحة الجزاءات والغرامات البلدية تبين لها أن من يملك سلطة إصدار قرار الإزالة هي لجنة (.....)، وحيث إن القرار الطعين الذي يطلب المدعي إغائه قد صدر في صورة خطاب موجه من مدير إدارة (.....) بأمانة العاصمة المقدسة إلى رئيس بلدية (.....)، فإنه قد صدر ممن لا يملك إصداره؛ ذلك أن مدير إدارة (.....) غير مختص بإصدار قرار الإزالة؛ ولما كانت المدعى عليها خالفت قواعد الاختصاص وذلك بالمخالفة لما نصت عليه المادة (٣/٢) من لائحة الجزاءات والغرامات البلدية فإن قرارها يكون معيبًا بعيب عدم الاختصاص مما يجعله في حكم المعدوم؛ الأمر الذي يتعين معه القضاء بإلغائه، ولا ينال من ذلك ما دفع به ممثل المدعى عليها بعدم قبول الدعوى شكلاً؛ بحجة أن التظلم قد قدم بعد فوات المدة المحددة للتظلم؛ ذلك أن

الدائرة قد انتهت إلى أن القرار قد شابه عيب جسيم أدى إلى اعتباره في حكم المعدم، فإنه والحالة هذه لا يتحصن بمضي المدة»^(١).

ومن أحدث الأحكام الصادرة بهذا الشأن ما قضت به المحكمة الإدارية باعتبار القرار الصادر من وزارة (.....) منعدمًا لأنه من اختصاص وزارة (.....) حيث قضت بأن: «المعني بتقييد بلاغ ما يلحق ذلك من إجراءات هي وزارة (.....).. وهو ما يجعل قرارها والأمر على ما ذكر قد صدر ممن لا يملك حق إصداره ومؤدى ذلك أن يكون في حكم المنعدم لاشتماله على عيب جسيم بصدوره من غير مختص وقد نص قرار هيئة التدقيق بمجموعة رقم (٨٤) لعام ١٤٢٩هـ على أن «القرارات المنعدمة وهي التي اشتملت على مخالفة جسيمة للنظام جردتها من صفتها الإدارية، ومرد ذلك إلى أن هذه القرارات يشوبها عيب مفرط في الجسامة يجردها من صفتها الإدارية ويهبط بها إلى درجة العدم، وبهذه المثابة فلا تكتسب الحصانة المقررة، ويجوز سحبها في أي وقت»^(٢).

ومن ثم فإن هذه الأحكام تجعل هذه القرارات المخالفة لركن الاختصاص، سواء كان داخل الإدارة نفسها أم كان اعتداء على اختصاصات وزارة أخرى قرارات منعدمة لا تتحصن بمضي المدة.

(١) الحكم في القضية الابتدائية رقم (١٠/١٢٤/ق)، المؤيد بحكم محكمة الاستئناف في قضية الاستئناف رقم (٢٧٨٨/٢/س) لعام ١٤٣٦هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٦هـ، ج ٤، ص ١٩٩٨.

(٢) الحكم رقم (٣٣٠١) لعام ١٤٤٢هـ، بجلسة ١٤/٢/١٤٤٣هـ (حكم غير منشور).

وأما ما يتعلق بركن السبب: فقد قضى الديوان بأنه ومن: «حيث إن قرار النقل يعتبر أثرًا من الآثار المرتبة على القرار الملغي، فيكون قرار المدعى عليها - محل الطعن - قد شابته عيب من عيوب القرار الإداري وهو عيب السبب؛ إذ إن السبب الذي قام عليه القرار يعتبر سببًا منعدمًا بحكم قضائي نهائي، الأمر الذي ترى معه الدائرة أن طلب المدعي إلغاء القرار محل الطعن حقيق بالإجابة وهو ما تحكم له به»^(١).

وقضى الديوان أيضًا بأن القرار: «جاء بناء على سبب منعدم، وهو طلب الاستقالة.. ويكون قرار إنهاء الخدمة الصادر بناء على قبول الاستقالة كما لو كان صادرًا من الجهة والموظف لم يقدم استقالته أصلًا.. القرار الإداري متى ما انعدم سببه فإن هذا العيب ينحدر بالقرار إلى مصاف القرار المنعدم»^(٢).

وقضى أيضًا بأنه: «وبمراجعة من تنطبق عليهم تلك الحالة اتضح للمجتمعين أن قرارات تعيينهم ومن ثم تشييتهم إما أنها اشتملت على مخالفة جسيمة للنظام، وذلك بسقوط شرط من شروط التعيين وهو شرط اللياقة الصحية، أو قدموا تقارير غير صحيحة.. ومن ثم تعد هذه القرارات

(١) الحكم رقم (٣١٣/د/١٠/٦/١٠) لعام ١٤٣٥هـ، في القضية رقم (٢٠٤٧/١٠/ق) لعام ١٤٣٣هـ، المؤيد بحكم محكمة الاستئناف رقم (١/٢٠٣٨) لعام ١٤٣٥هـ، في قضية الاستئناف رقم (٤٦١٩/٢/س) لعام ١٤٣٥هـ، مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٥هـ، ج ٣، ص ١٢٣٣، ج ٣، ص ١٢٣٣.

(٢) الحكم رقم (٢٨/د/ف) لعام ١٤٣١هـ في القضية رقم (١/٦٤١٣/ق) لعام ١٤٢٩هـ، حكم غير منشور، راجع: د. وليد الصمغاني، السلطة التقديرية للقاضي الإداري دراسة تأصيلية تطبيقية، دار الميهان للنشر والتوزيع، ١٤٣٦هـ، ٢٠١٥م، ج ٢، ص ٢٢٢.

في الأصل منعدمة ولا تكتسب الحصانة، ويجوز لجهة الإدارة سحبها في أي وقت»^(١).

وعن ركن الشكل: فقد قضى الديوان بأنه: «ولا ينال من ذلك ما نعت به وكيل المدعي القرار المتظلم منه بأنه منعدم؛ إذا لا ينعت القرار بالانعدام في مثل هذه الحالة المعروضة، فالعيب الذي ذكره المدعي يعد في الواقع من العيوب المحددة في الفقرة (ب) من المادة (١ / ٨) من نظام الديوان التي تجيز الطعن في القرار الإداري بالاستناد إلى واحد منها، والقرار المشوب بهذا العيب لا يعتبر معدوماً، وإنما يخضع في التظلم منه والطعون فيه للإجراءات المحددة في قواعد المرافعات...».

وذلك بمناسبة الطعن على قرار لجنة تقدير التعويض والمشكلة على خلاف النظام؛ وذلك بتشكيلها من عضوين مخالفين للمادة السابعة من نظام نزع الملكية، والتي تشترط تشكيل هذه اللجنة من سبعة أعضاء^(٢).

وعليه فإن هذا الحكم قد اعتبر الشكل وكافة عيوب القرار الأخرى سبباً للبطلان، لا سبباً للانعدام، لكنه قضى على خلاف ذلك في حكم آخر بأنه: «وأما من حيث الشكل: فالقرار الطعين مشوب بعيب جسيم ومخالفة

(١) الحكم في القضية رقم (٣٤٣/٦/ق) لعام ١٤٣٦ هـ، المؤيد من محكمة الاستئناف في القضية رقم (٤٤/ق) لعام ١٤٣٧ هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٧ هـ، ج ٢، ص ٢١

(٢) الحكم رقم (٣٥/د/٥) لعام ١٤٢٨ هـ، في القضية رقم (٣٩٨١/١/ق) لعام ١٤٢٧ هـ، المؤيد من هيئة التدقيق رقم (٤٦١/ت/٥) لعام ١٤٢٨ هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٨ هـ، ج ١، ص ٤٦٩.

ظاهرة للقواعد القانونية، لا يمكن جرائها إضفاء حصانة قانونية عليه وإن فات ميعاد الطعن فيه، ولا يستحق معها أن يدرج ضمن الأوضاع الإدارية المستحقة للحماية أصلاً؛ لافتقاره لشكل جوهري مؤدِّ إلى انعدامه وافتقاره لمقوماته؛ مما يجعله قابلاً للطعن عليه في أي وقت... فإن الثابت لدى الدائرة من اطلاعها على الحكم القضائي الصادر بحق المدعي واطلاعها على محضر تقدير اللجنة المطعون فيه بالإلغاء، تبين إغفال الجهة المدعى عليها مُصدرة القرار لشكل وإجراء جوهري مؤثر إهداره على وجود القرار متمثل في انعقاد اللجنة بثلاثة أعضاء من أصل سبعة، وإصدارها للقرار بتخلف غالبية أعضاء اللجنة وبتشكيل مخالف للتشكيل القانوني؛ إذ إن اللجنة لم تستكمل النصاب النظامي لها الذي نصت عليها المادة السابعة من نظام نزع الملكية للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٥) وتاريخ ١١/٠٣/١٤٢٤هـ بأنه: «تؤلف الجهة صاحبة المشروع لجنة لتقدير تعويض العقارات المقرر نزع ملكيتها أو المتضررة من المشروع على النحو الآتي: أولاً: خمسة مندوبين من الجهات الحكومية، تسميهم جهاتهم وهم: ١- مندوب من الجهة صاحبة المشروع ٢- مندوب من وزارة العدل. ٣- مندوب من وزارة الشؤون البلدية والقروية. ٤- مندوب من وزارة الداخلية. ٥- مندوب من وزارة المالية والاقتصاد الوطني. ثانياً: اثنان من أهل الخبرة في العقار، ترشحهما الغرفة التجارية الصناعية بالمنطقة...». ونصت الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من نفس النظام على أنه: «تتعقد اللجنة بحضور جميع أعضائها، وتتخذ قراراتها

بالأغلبية»... فمقتضى تشكيل اللجنة وجود النصاب النظام لها، وليس وجود ثلاثة منهم هم أقل من غالبيتهم، وكون الأمر على خلاف ذلك ينتفي معه وصف اللجنة على الثلاثة، ومفهوم المخالفة للفقرة الثالثة من المادة الثامنة من نفس النظام تدل على أن العمل في حالة عدم التزام النص يعد أمراً غير نظامي لمخالفته النظام.. مما تنتهي معه الدائرة إلى إلغاء قرار المدعى عليها؛ لجسامة عيب الشكل..»^(١).

أما عن عيب المحل: فتطبيقاته نادرة لأن ركن الاختصاص قد يغني عنه في بعض الأحيان، فصدور قرار من الإدارة على سبيل المثال بإثبات الملكية يكون القرار معيباً في محله لأنه ليس من اختصاصات الإدارة، ومن ثم فالعيب يظهر في هذه الحالة في الاختصاص والمحل، ويكون الحكم بعدم الاختصاص أولى في هذه الحالة لأنه سابق على المحل.

أما عيب الغاية أو إساءة استعمال السلطة فلم نعثر على حكم يجعل الديوان فيه القرار المعيب بعيب في الغاية منعدمًا، وإنما يجعله باطلاً. من ذلك على سبيل المثال ما قضى به الديوان أنه: «وفق ما سبق في ذلك من إجراءات مع المدعي فإنها تعد ذلك امتداداً لمعاقبة المدعي بقرارات مقنعة لا تستهدف في حقيقتها مصلحة العمل بل معاقبة المدعي على الشكاوى التي رفعها إلى هيئة الرقابة والتحقيق.. وبذلك كله يتبين إن عيب إساءة استعمال

(١) الحكم رقم (٦/٤/ق) لعام ١٤٣٨هـ، المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم (١٠٣٩/ق) لسنة ١٤٣٨هـ. (حكم غير منشور).

السلطة ظاهر في قرار المدعى عليها.. ومتى شاب القرار ذلك كان حرياً بالإلغاء..»^(١).

وعليه ووفقاً لما تقدم من الأحكام السابقة للديوان فإنه يمكن القول بأن الديوان لا يتخذ اتجاهًا محددًا في توصيف المخالفة الجسيمة الذي اعتمده هيئة التدقيق في تحديد ماهية القرار المنعدم، والتي لم تبين كما أشرت سابقاً متى تكون المخالفة جسيمة؛ وهو ما أدى إلى عدم استقرار الأحكام إلى حد ما كما تمت الإشارة عند ركن الشكل، حيث اعتبر الديوان أن القرار الصادر بتشكيل اللجنة مخالفاً للنظام قرار قابل للإبطال، في حين اعتبره في الحكم الثاني قراراً منعدمًا؛ ومن ثم لا يوجد تحديد معيار محدد للديوان لأسباب عديدة والتي تتمثل في عدم تحديد ماهية المخالفة الجسيمة، وعدم تحديد أركان القرار الإداري من شروط صحته والآثار المترتبة على ذلك، الأمر الذي أدى إلى عدم الاستقرار على ماهية القرار المنعدم.

لكن ما يمكن القول به إن هناك استقراراً على الأخذ بمعيار اغتصاب السلطة كأحد معايير انعدام القرار الإداري، باعتبار أن ذلك يشكل مخالفة جسيمة لركن الاختصاص تجرده فعلاً من طبيعته الإدارية، أما بقية أركان القرار فلا يمكن تحديد اتجاه في هذا الشأن وفقاً لما سلف بيانه من الأحكام المنشورة للديوان وغير المنشورة وللأسباب المشار إليها.

(١) الحكم في القضية رقم (٩٦٠٦ / ١ / ق) لعام ١٤٣٥هـ، المؤيد من محكمة الاستئناف في القضية رقم (٦٠٤٨ / ق) لعام ١٤٣٩هـ، بجلسته ٢٤ / ٤ / ١٤٤٠هـ، مجموعة المبادئ والأحكام الإدارية لعام ١٤٤٠هـ، ج ١، ٢٠٩.

المطلب الثاني: معيار القضاء الإداري المصري في تحديد ماهية القرارات المنعدمة:

لم يتوقف القضاء المصري عند معيار واحد لتحديد ماهية القرار المنعدم وإنما استخدم عدة معايير كما يلي:

أولاً: معيار اغتصاب السلطة:

اعتد القضاء الإداري المصري بمعيار اغتصاب السلطة، أو عيب عدم الاختصاص الجسيم. من ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بأن: «عيب عدم الاختصاص الجسيم لا يكون إلا في حالة اغتصاب مُصدر القرار اختصاص سلطة أخرى ناط بها المشرع سلطة إصداره، فهنا يكون أمام نوع من أنواع اغتصاب السلطة، كأن تصدر السلطة التنفيذية قراراً هو أصلاً من اختصاص السلطة التشريعية، أو تصدر وزارة معينة قراراً في شأن من شئون وزارة أخرى لا تدخل في اختصاصها. أما غير ذلك من حالات عدم الاختصاص التي يعثور القرار الإداري بسبب تداخل الاختصاصات أو تفسيرات القوانين أو قرارات التفويض، فإنها وأن كان يعيب القرار بعيب مخالفة القانون، إلا إنها لا تنحدر به إلى درجة الانعدام»^(١).

وقضت أيضاً بأنه: «ولا ينال مما تقدم اعتصام الطاعن بصفته بالقول إن القرار المطعون فيه منعدم، ولا يتقيد بمواعيد دعوى الإلغاء لصدوره من غير مختص، مشيراً إلى أنه صدر من رئيس الجهاز (.....) دون أن يكون

(١) الطعن رقم (١٨٨٩) لسنة ٣٨ بجلسة ١٩/٣/١٩٩٦م.

مفوضاً من السلطة المختصة مغتصباً بذلك سلطة وزير (.....) .. إنه من المستقر عليه فقهاً وقضاء أن القرار المشروع يولد حصيناً من السحب والإلغاء من تاريخ صدوره، بينما القرار غير المشروع كذا كالمشوب بعيب عدم الاختصاص البسيط فإنه يبطل القرار ولا يعدمه.. ويكتسب هذا القرار حصانة تعصمه من الإلغاء بفوات مواعيد الطعن عليه، أما القرار المشوب بعيب غصب السلطة (عدم الاختصاص الجسيم) فإنه منعدم ولا يرد عليه تصحيح ولا يتقيد بميعاد دعوى الإلغاء.. ويكون القرار مشوباً بهذا العيب الجسيم في حالة اعتداء سلطة إدارية على اختصاص محجوز للسلطة التشريعية أو السلطة القضائية، أو انعدام إرادة مصدره وهو ما لم يتوافر في النزاع الماثل..»^(١).

وقضت أيضاً بأنه: «ومن حيث إنه -هدياً بما تقدم- ولما كان الثابت من الأوراق أن النيابة الإدارية قد باشرت التحقيق.. وكانت الجهة الإدارية قد أصدرت القرار.. أثناء تحقيقات النيابة الإدارية ودون الانتظار لما ستسفر عنه التحقيقات.. فإن هذا القرار يكون قد صدر بالمخالفة لصحيح حكم القانون، ويعد بمثابة غصب لسلطة (.....) وهو ما يهوي به إلى درجة الانعدام ويعتبر كأن لم يكن»^(٢).

(١) الطعن رقم (١٣٥٨٥) لسنة ٥٨ ق، بجلسة ٢٥ / ٢ / ٢٠٢٠ م، الموسوعة القانونية، مرجع سابق.

(٢) الطعن رقم (٢١٨٥)، لسنة ٦٠ ق، بجلسة ١٣ / ٢ / ٢٠١٦ م، الموسوعة القانونية، مرجع سابق.

ثانياً: معيار عدم المشروعية:

عن معيار عدم المشروعية أو مخالفة مبدأ المشروعية قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: «ومن حيث استقر قضاء هذه المحكمة لدى التمييز بين القرار الإداري الباطل والمنعدم على أن مخالفة القرار الإداري للقانون تستتبع البطلان لا الانعدام، وذلك بحسبان أن الانعدام - كجزاء على مخالفة مبدأ المشروعية - لا يكون إلا حيث يكون مصدر القرار مغتصباً السلطة المختصة بإصداره، أو شاب القرار غش أو تدليس، أو متى بلغت المخالفة التي علقت بالقرار أو اعتورته حدًّا من الجسامة يفقده كيانه ويجرده من صفاته ويزيل عنه مقوماته كتصرف قانوني نابع من جهة الإدارة محدث لمركز قانوني معين، ومن ثم يستباح لزاماً سحبه في أي وقت وفي كل وقت مهما طال»^(١).

وقضت أيضاً في الاتجاه نفسه بأن: «قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن مخالفة القرار الإداري للقانون تستتبع البطلان وليس الانعدام، وذلك بحسبان أن الانعدام كجزاء على مخالفة مبدأ المشروعية لا ينشأ إلا حيث يكون مُصدِرُ القرار مغتصباً للسلطة من الجهة المختصة بإصداره، أو شاب القرار غش أو تدليس من صاحب الشأن، أو متى بلغت المخالفة التي لحقت بالقرار أو اعتورته حدًّا من الجسامة يفقده كيانه ويجرده من صفته ويزيل عنه مقوماته، كتصرف قانوني صادر عن جهة الإدارة لإحداث مركز

(١) الطعن رقم (٤٧٥٩) لسنة ٤٦ ق، بجلسة ٢١ / ٥ / ٢٠٠٨ م، المكتب الفني ٢ / ٥٣، ص ١٢٣٩.

قانوني معين، ومن ثم يكون لزاماً سحبه في أي وقت مهما طال الأمد، في حين أن الأمر مختلف بالنسبة للقرار الباطل، حيث ينتهي أثر هذا البطلان بمضي ستين يوماً على صدوره دون المساس به، فإذا انتهت هذه المدة غدا القرار حصيناً من السحب والإلغاء، وتولد عنه لصاحبه مركز قانوني لا يجوز المساس به؛ نزولاً على مبدأ استقرار المراكز القانونية^(١).

وهو أيضاً ما قضت به في أحدث أحكامها بأن: «قضاء هذه المحكمة جري أيضاً على أن الفرق بين البطلان والانعدام - مخالفة القرار الإداري للقانون تستتبع البطلان وليس الانعدام - الانعدام لا ينشأ إلا حيث يكون مُصدِر القرار مغتصباً للسلطة من الجهة المختصة بإصداره، أو إذا شاب القرار غش أو تدليس، أو بلغت المخالفة التي لحقت به حداً من الجسامة يفقده كيانه ويجرده من صفته ومقوماته كتصرف قانوني - أثر ذلك: سحب القرار المنعدم يكون في أي وقتٍ مهما طال الأمد، أما القرار الباطل فينتهي أثر بطلانه بمضي ستين يوماً على صدوره دون مساس به، فإذا انتهت هذه المدة غدا القرار حصيناً من السحب والإلغاء، وتولد عنه لصاحبه مركز قانوني لا يجوز المساس به؛ نزولاً على مبدأ استقرار المراكز القانونية»^(٢).

(١) الطعن رقم (٣٢٨٥١) لسنة ٥٤ ق بجلسته ٢٦ / ١٢ / ٢٠١٢ م، المكتب الفني ٥٨، ص ١٤٥.

(٢) الطعن رقم (٥٦٣٥٦) لسنة ٦٨ ق بجلسته ٢٤ / ٦ / ٢٠٢٣ م، الموسوعة القانونية مرجع سابق.

يلاحظ في هذه الأحكام أن المحكمة قد اعتبرت أن مخالفة القرار للقانون تستوجب البطلان وليس الانعدام، ثم حصرت صور الانعدام في اغتصاب السلطة، أو الغش والتدليس من صاحب الشأن أو وجود مخالفة جسيمة أفقدت القرار مقوماته، ومن ثم تكون المحكمة قد خلطت بين هذا المعيار ومعيار اغتصاب السلطة، ومعيار مخالفة أركان القرار.

غير أنها قضت أيضًا في أحد أحكامها بأنه: «لا يجوز لجهة الإدارة سحب القرار المخالف للقانون الذي أصدرته في حدود متى ترتب على هذا القرار مركز قانوني للغير، وذلك إذا أمضت المواعيد المقررة للطعن فيه قضاء أمام محاكم مجلس الدولة بالإلغاء. ويشترط أن يثبت أن القرار لم يصدر بناء على غش أو تدليس أو أن القرار لم يكن قد شابه مخالفة جسيمة لأحكام الدستور أو القانون تهوى به إلى حد الانعدام وتحتم إعلاء للشرعية بسيادة القانون عدم تحصيلها أي مركز قانوني بناء عليه»^(١).

وهو ما قضت به أيضًا في أحدث أحكامها بقولها: «لا يجوز لجهة الإدارة سحب القرار المخالف للقانون الذي أصدرته في حدود متى ترتب على هذا القرار مركز قانوني للغير، وذلك إذا أمضت المواعيد المقررة للطعن فيه قضاء أمام محاكم مجلس الدولة بالإلغاء، يشترط لذلك أن يثبت أن القرار لم يصدر بناء على غش أو تدليس أو أن القرار لم يكن قد شابه مخالفة جسيمة

(١) الطعن رقم (٧٩٩) لسنة ٣٥ ق بجلسة ٧/٣/١٩٩٣ م، المكتب الفني ٣٨-ص، ٧٤٢.

لأحكام الدستور أو القانون تهوى به إلى حد الانعدام وتحتم إعلاء للشرعية وسيادة القانون عدم تحصين أي مركز قانوني ترتب عليه»^(١).

ويلاحظ في هذين الحكمين أن المحكمة اعتبرت أن مخالفة الدستور أو القانون بشكل جسيم تجعل القرار منعدمًا، بما يخالف أحكامها بأن مخالفة القانون لا ترتب الانعدام، بما يعني عدم استقرارها على عناصر مبدأ المشروعية التي تكون مخالفتها سببًا للانعدام أو البطلان.

ومن ثم يلاحظ أن المحكمة في تبنيها هذا المعيار قد خلطت بينه وبين عدة معايير كما سبقت الإشارة، وأيضًا عدم استقرارها على تحديد عناصر مبدأ المشروعية التي تكون مخالفتها سببًا للانعدام وليس للبطلان، مما يجعل هذا المعيار ليس دقيقًا في هذا الإطار.

ثالثًا: معيار أركان تخلف أركان القرار الإداري:

قد اعتمد القضاء المصري أيضًا على معيار أركان القرار في تحديد ماهية القرار المنعدم، فما هي أولاً أركان القرار في تطبيقات القضاء المصري، وثانيًا ما هي الأركان التي تجعل القرار منعدمًا في تطبيقاته القضائية. وبيان ذلك كما يلي:

(١) الطعن رقم (٥٩٧٦٩) لسنة ٦٨ ق بجلسته ٢٤ / ٦ / ٢٣ / ٢٠٢٣ م، الموسوعة القانونية، مرجع سابق.

أ- أركان القرار الإداري في القضاء الإداري المصري:

عرّف القضاء المصري القرار الإداري بشكل مجمل نستبين منه أركاناً وتحتفي منه أحياناً أركاناً أخرى. وبيان ذلك كما يلي:

- قضت المحكمة الإدارية العليا (وهو أكثر ما يجري عليه تعريفها) بأنه: «وحيث إن قضاء هذه المحكمة جرى على أن القرار الإداري هو إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بها لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح في الشكل الذي يتطلبه القانون بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه تحقيق مصلحة عامة»^(١).

في هذا التعريف حددت المحكمة أركان القرار الإداري والمتمثلة في: الاختصاص، والشكل، والمحل، والغاية، واختفى ركن السبب.

- وقضت أيضاً بأن القرار الإداري هو: «إفصاح الإدارة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة بها لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني بشكل معين»^(٢).

وفي هذا التعريف ظهر ركن الاختصاص، والشكل والمحل، واختفى ركن السبب، والغاية.

(١) الطعن رقم (٨٨٩٥) لسنة ٦٣ ق، بجلسة ١٨ / ٧ / ٢٠٢٠ م، الموسوعة القانونية، مرجع سابق.

(٢) الطعن رقم (٤٨٨٠١)، لسنة ٦٠ ق، بجلسة ٢٢ / ٨ / ٢٠٢٠ م، الموسوعة القانونية، مرجع سابق.

- وأيضاً قضت بأنه: «وحيث إن المستقر عليه أنه إذا كانت جهة الإدارة قد حددت من قبل نيتها فيمن تتجه إليه هذه النية بإحداث الأثر القانوني، فاشترطت في المرقى أن تكون أقدميته في الدرجة المرقى منها ترجع إلى تاريخ معين، وكان تحديد النية من قبل -بحسب هذا الشرط- هو الأساس لإصدار قرار ترقية أشخاص بذواتهم، فلا يعدو قرار الترقية -والحالة هذه- أن يكون إجراء تنفيذياً لنية تقرر من قبل، ومن ثم إذا رقي شخص بدون وجه حق على فهم أنه يتوافر فيه شرط الأقدمية بينما هو فاقده، فإن قرار الترقية بالنسبة إليه يكون في الواقع قد فقد ركن النية، على وجه ينحدر به إلى درجة الانعدام، فلا يكتسب أية حصانة، ولو فات الميعاد المحدد للطعن فيه بالإلغاء أو السحب، بل يجوز الرجوع فيه وإلغاؤه في أي وقت.

وحيث إن الثابت من الأوراق أن الجهة الإدارية قد قررت ترقية الطاعن إلى الدرجتين الثانية والأولى تعويلاً على اتصال مدة خدمته، مخالفةً بذلك أحكام القانون مخالفةً جسيمة، تنحدر بقراري ترقيته إلى درجة الانعدام، فضلاً عن انعدام ركن النية فيهما، إذ صدر على فهم أن المطعون ضده لم تنته خدمته، وأن مدة خدمته متصلة، وذلك بالمخالفة للواقع، مما يفقد معه قراراً الترقية ركن النية، ومن ثم تلحقها مخالفة جسيمة تنحدر بهما إلى درجة الانعدام، وتبعاً لذلك لا تلحقها حصانة، ولا يتقيد سحبها بالمواعيد المقررة لسحب القرارات الإدارية»^(١).

(١) الطعن رقم (٤١٣٨٩) لسنة ٥٦ ق، بجلسة ٢٤ / ٥ / ٢٠١٤ م، مكتب فني ٢ / ٥٩، ص ٨٦٥.

وفي هذا الحكم أحدثت المحكمة ركناً جديداً وهو ركن النية، ولم يتحدد من الحكم ما هي الأركان الأخرى، ومن ثم فلا يوجد إجماع قضائي على ماهية القرار الإداري من خلال هذه التعريفات الإجمالية.

أما عند الاستقراء فيتضح أن القرار الإداري له أركان خمسة وأحياناً يضيف إليها ركناً آخر وبيانها تفريداً بشكل مختصر وعلى سبيل المثال لكل منها يكون كما يلي:

- عن ركن الاختصاص: قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: «وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أنه إذا فقد القرار أحد أركانه الأساسية، فإنه يعد قراراً معيباً، وأن صدور القرار عن شخص غير منوط به إصداره قانوناً أو غير مفوض في إصداره، يصمه بعيب عدم الاختصاص؛ لما في ذلك من افتتات على السلطة المختصة بإصداره، وهذا العيب من النظام العام، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها»^(١).

وعن ركن السبب: قضت بأنه «يتعين على لجنة القبول - وهي بصدد أعمال سلطتها في استبعاد مَنْ لا تتوفر فيه هذه المقومات - أن يكون قرارها قائماً على أسبابه المستخلصة استخلاصاً سائغاً ومقبولاً من وقائع محددة تنتجها وتبررها واقعاً وقانوناً، وإلا كان قرارها مفتقراً لسببه، ولا يكفي في ذلك الاستناد إلى عبارات عامة ومرسلة، تكشف عن سلطة مطلقة عن أي قيد أو عاصم يحددها، مما يجعل قرارها بمنأى عن أية رقابة قضائية،...

(١) الطعن رقم (٥٣٦٧) لسنة ٥٨ ق بجلسة ٧/٣/٢٠١٥م، مكتب فني ١/٦٠، ص ٥٩٦.

باعتبار أن ركن السبب هو أحد أركان القرار الإداري، ويمثل الحالة الواقعية أو القانونية التي استندت إليها في إصدار القرار، ولا يجوز في هذا المقام افتراض قيام القرار على سببٍ صحيح؛ لأنه في ضوء ما فصله القانون واللائحة الداخلية من شروط ووضوابط ومعايير للقبول يكون من شأن توفر هذه الشروط والمعايير في حق الطالب المائل أمام اللجنة أن ترحح قرينة الصحة المفترضة في قيام قرار اللجنة على أسبابه، وتنقل عبء الإثبات فيما قام عليه قرار الاستبعاد من أسبابٍ جديدة ومغايرة على عاتق اللجنة، وليس على عاتق الطالب»^(١).

وعن ركن الشكل: قضت بـ: «أن تستجيب للطلب بالقيد بالسجل التجاري أو أن ترفض القيد بالسجل التجاري، ولم يطلق لها المشرع العنان لترفض بغير سند أو سبب من صحيح حكم القانون، وإنما ألزم القانون الجهة الإدارية أن يكون قرارها بالرفض مسبباً، وهو ما يمثل ركن الشكل في القرار الإداري»^(٢).

وعن ركن المحل: قضت بأنه: «لا يصح اعتبار العمل الإداري قراراً إدارياً إلا إذا توافرت أركانه، ومن هذه الأركان ركن المحل وهو المركز القانوني الذي تتجه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه، فيتعين أن يكون نهائياً

(١) الطعن رقم (٥١١٧) لسنة ٥٨ ق بجلسة ٦ / ١ / ٢٠١٦ م، المكتب الفني ١ / ٦١، ص ٣٧٧.

(٢) الطعن رقم (١٩٥٩٤) لسنة ٦١ ق - بتاريخ ٢١ / ٢ / ٢٠٠٩ م، الموسوعة القانونية، مرجع سابق.

تنفيذياً يرتب لذي الشأن مباشرة وفي الحال مركزاً قانونياً معيناً إنشاءً أو تعديلاً أو إلغاءً يكون ممكناً وجائزاً قانوناً، فإن افتقد هذا الركن فلا يعتبر قراراً إدارياً»^(١).

وعن ركن الغاية: قضت بأن: «السلطة التقديرية حين يطلق المشرع يد الإدارة بشأنها، فإن المستقر عليه بقضاء هذه المحكمة أن تجد حدها في التعسف في استعمالها، وعيوب الانحراف بالسلطة من العيوب القصدية التي تشوب ركن الغاية في القرار، وعلى من يدعيها إقامة الدليل على ذلك، بأن يثبت أن القرار قد تغيرت غايته إلى غير المصلحة العامة»^(٢).

ومن ثم فإن أركان القرار وفقاً لأحكام القضاء المصري تكون هي الاختصاص والسبب والشكل والمحل والغاية، ويضيف إليها أحياناً ركن النية. والحقيقة أنه هذا الأخير عند تحقيق الأحكام التي صدرت بشأنه يتضح أنها تنتمي لركن السبب ولا علاقة لها بالنية، وآية ذلك على سبيل المثال الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بأنه: «إن وزير التربية والتعليم كان قد حدد من قبل نيته فيمن تتجه إليه هذه النية بإحداث الأثر القانوني، فاشترط في المرقى أن ترجع أقدميته في الدرجة الثامنة إلى ٦ من فبراير سنة ١٩٤٤ م أو بعبارة أخرى يكون تحديد النية من قبل بحسب هذا

(١) الطعن رقم (٦١٣٧٩) لسنة ٧١ ق، بجلسة ٢٨ / ٥ / ٢٠١٩ م، الموسوعة القانونية، مرجع سابق.

(٢) الطعن رقم (٢٧١٣٨) لسنة ٥٨ ق بجلسة ٢ / ٦ / ٢٠١٣ م، المكتب فني ٥٨، ص ٨٧٨.

الشرط هو الأساس لإصدار القرار بتعيين أشخاص المرقيين بذواتهم - فلا يعدو القرار الأخير والحالة هذه أن يكون إجراء تطبيقاً لنية من قبل، ومن ثم فإذا رقى الشخص بدون حق على فهم أنه يتوافر فيه شرط الأقدمية بينما هو فاقده، فإن قرار الترقية بالنسبة إليه يكون في الواقع من الأمر قد فقد ركن النية على وجه ينحدر به إلى درجة الانعدام فلا يكتسب أي حصانة ولو فات الميعاد المحدد للطعن بالإلغاء أو السحب بل يجوز الرجوع فيه وإلغاؤه في أي وقت»^(١).

إن ما تناولته المحكمة في هذا الحكم على أنه ركن النية ما هو إلا ركن السبب، فالترقية أو التعيين دون استيفاء شروطها تنتمي إلى ركن السبب بغض النظر عن النية، فالنية إذا تلبسها أي عيب يكون العيب متعلقاً بالمحل الذي يلزم لصحته أن يكون خالياً من عيوب الإرادة.

ب- أركان القرار التي تؤدي إلى انعدامه في قضاء المحكمة الإدارية العليا:

أما فيما يتعلق بأركان القرار التي تؤدي إلى انعدامه، فقد تبين أن القضاء لا يجعل من كل الأركان سبباً للانعدام. ويبيان ذلك كما يلي:

فيما يتعلق بالاختصاص: فقد ميزت المحكمة بين عدم الاختصاص الجسيم وعدم الاختصاص البسيط في ترتيب انعدام القرار من عدمه،

(١) الطعن رقم (٥٤١) لسنة ٥ ق، بجلسته ٢١/١١/١٩٥٩ م، المكتب الفني ٥ ج ١، ص ٦٠، والطعن رقم (٤٤٥٩) لسنة ٣٥ ق، بجلسته ١٦/١١/١٩٩٦ م، المكتب الفني ٤٢، ج ١ ص ١٤٣، والطعن رقم (٤١٣٨٩) لسنة ٥٦ ق، لسنة ٢٠١٤ م، المكتب الفني ٥٩/٢، ص ٨٦٥.

فيكون القرار منعدمًا بعبء عدم الاختصاص الجسيم وحده، حيث قضت بأن: «عبء عدم الاختصاص الجسيم لا يكون إلا في حالة اغتصاب مُصدر القرار اختصاص سلطة أخرى ناط بها المشرع سلطة إصداره، فهنا يكون أمام نوع من أنواع اغتصاب السلطة، كأن تصدر السلطة التنفيذية قرارًا هو أصلًا من اختصاص السلطة التشريعية أو تصدر وزارة معينة قرارًا في شأن من شئون وزارة أخرى لا تدخل في اختصاصها. أما غير ذلك من حالات عدم الاختصاص التي يعثور القرار الإداري بسبب تداخل الاختصاصات أو تفسيرات القوانين أو قرارات التفويض، فإنها وإن كان يعيب القرار بعبء مخالفة القانون، إلا إنها لا تنحدر به إلى درجة الانعدام»^(١).

وقضت أيضًا بأنه: «ومن حيث إنه من المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن القرار الإداري يكون معدومًا إذا ما نزل القرار إلى حد غصب السلطة أو انحدر إلى مجرد الفعل المادي المعدوم الأثر قانونًا، وهو يكون كذلك كلما كان العيب الذي شاب القرار جسيمًا، وذلك بأن انعدمت إرادة مُصدره أو اعتدت إحدى السلطات في الدولة على اختصاص محجوز لسلطة أخرى. أما إذا كانت الإدارة تتصرف داخل النطاق المقرر لها أو كان عيب عدم الاختصاص غير جسيم فإن القرار يكون باطلًا لفقدانه أحد مقوماته، ولا ينحدر إلى درجة الانعدام، ويتحصن بفوات ميعاد الطعن بالإلغاء»^(٢).

(١) الطعن رقم (١٨٨٩) لسنة ٣٨ بتاريخ ١٩/٣/١٩٩٦ م.

(٢) الطعن رقم (٢١٦١) لسنة ٤٦ ق، بجلسة ١٩/١٢/٢٠٠٥ م، الموسوعة القانونية.

غير أن المحكمة في حكم آخر قضت بانعدام القرار رغم كونه من عيب عدم الاختصاص البسيط واعتبرته غضباً للسلطة، حيث قضت بأنه: «.. ليس لعميد الكلية اختصاص في هذا الشأن وفقاً لأحكام قانون تنظيم الجامعات ولائحته التنفيذية، وأن التأشير على الطلب بالموافقة لا يعدو أن يكون توجيهاً للمختصين لاتخاذ الإجراءات الواجبة قانوناً لدراسة حالة الطالب ومدى مطابقتها لأحكام القانون واللوائح والقرارات الصادرة في هذا الشأن.. وحتى مع افتراض القول بأن تأشيرة العميد على الطلب بالموافقة تتضمن صدور قرار إداري منه في هذا الشأن فإن هذا القرار ينطوي على غضب السلطة التي منحها القانون لرئيس الجامعة ومجلس الكلية في شأن الموافقة على هذه الطلبات واعتمادها؛ مما يصم القرار بأحد العيوب الجسيمة التي تهوى به إلى درجة الانعدام»^(١).

أما المحل: فقد قضت المحكمة بأن: «ومن حيث إن الاستفادة من ذلك أن القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٣م هو الأساس في تنظيم شؤون مديري وأعضاء الإدارات القانونية بحيث تنطبق عليهم أحكامه، سواء كانت أكثر أو أقل سخاء من تلك الواردة بالتشريعات السارية بشأن العاملين بالحكومة أو بالقطاع العام ومن ثم لا يجوز كقاعدة عامة إهدار نصوص القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٣م باعتباره قانوناً خاصاً والرجوع إلى أحكام القانون العام.. لما في ذلك من مجافاة صريحة للغرض الذي من أجله

(١) الطعن رقم (٢٨٥٦) لسنة ٣٧ ق، بجلسة ٦/٦/١٩٩٢م، المكتب الفني ٣٧ ج ٢، ص ١٦٣١.

وضع القانون الخاص والقول بغير ذلك مؤداه أن يجمع من تنطبق عليهم قوانين خاصة من العاملين بين ما تضمنته هذه القوانين من أحكام راعى فيها المشرع نوعية مؤهلاتهم وتخصصاتهم وطبيعة المهام المسندة إليهم وبين أحكام القوانين العامة التي تنطبق على سائر العاملين المدنيين بالدولة.. ومن حيث إن القرار الصادر بمنح عضو الإدارة القانونية علاوة تشجيعية استناداً إلى المادة (٥٢) من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، إذ ينطوي على استدعاء نظام قانوني وتطبيقه في غير مجاله، فإنها يكون قراراً معيباً بعيب بالغ الجسامة مما يصمه بمخالفة القانون مخالفة صارخة تهوي به إلى حد الانعدام؛ فيتجرد والحالة هذه من صفة القرار الإداري ويضحى محض عمل مادي غير منتج أثراً في عالم القانون»^(١).

وقضت أيضاً بأن: «القرار المنعدم الذي لا تلحقه الحصانة ولا تسري عليه مواعيد الإلغاء وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو ذلك القرار الذي يشوبه عيب على درجة كبيرة من الجسامة كأن يتولد عن غش أو تدليس.. أو يرد على غير محل»^(٢).

وعن السبب: اعتبرت المحكمة في أحد أحكامها أن عدم استيفاء السبب يجعل القرار منعدمًا، فقضت بقولها: «إن شرط الحصول على

(١) الطعن رقم (٣٢٧٩) لسنة ٣٦ ق، بجلسة ١٢ / ٤ / ١٩٩٧ م، المكتب الفني ٤٢، ج ٢، ص ٨٢١.

(٢) الطعن رقم (٢١٤٢٨) لسنة ٥٨ ق، بجلسة ٢٨ / ١ / ٢٠٢٠ م، الموسوعة القانونية، مرجع سابق.

المجموعة النوعية الواحدة، بل هو شرط أساسي للدخول ابتداءً في إحدى وظائف هذه المجموعة، فإذا تخلف هذا الشرط كلية أو كان المؤهل الحاصل عليه العامل غير مناسب للوظيفة المطلوب لها فإن القرار الصادر بشغله إياها يكون قد انطوى على مخالفة جسيمة لأحكام القانون تنحدر به إلى درجة الانعدام، فلا تلحقه حصانة، ويجب سحبه في أي وقت دون التقييد بالمواعيد المحددة لسحب القرارات الإدارية غير المشروعة^(١).

وقضت أيضاً بأن: «القرارات الإدارية الصادرة عن سلطة مقيدة يجوز لجهة الإدارة سحبها متى استبان لها وجود الخطأ فيها، دون التقييد بالميعاد المقرر للطعن القضائي، وإن القرار الصادر بإعلان نتيجة الامتحان إنما يصدر عن سلطة مقيدة، إذ حدد المشرع فحوى هذا القرار وحدد الواقعة المادية التي تكون ركن السبب فيه، ألا وهي أداء الطالب الامتحان في جميع مواد بنجاح مما يثبت أهليته وجدارته، فإذا انعدم أساس النجاح سواء بعدم أداء الامتحان أو بعدم الإجابة عليه إجابة سليمة انعدم السبب الذي لا تقوم النتيجة بالنجاح إلا على أساسه، وأصبحت هذه النتيجة بلا سبب ولا أساس، إذ يجب أن يصبح قرار إعلان النتيجة قائماً على سببه الصحيح وواقعاً على محله القانوني، وإلا تمخض عن مجرد تصرف لا أساس له ولا

(١) الطعن رقم (٣٦٤) لسنة ٣٥ ق بجلسته ٢٩/٦/١٩٩٦ م، المكتب الفني ج٤١، ص ١٣١٩.

سند يقوم وعليه؛ مما ينحدر به إلى درجة الانعدام، ويجوز للجهة الإدارية تصويبه في أي وقت دون التقييد بميعاد السحب أو الإلغاء»^(١).

غير أن المحكمة في حكم آخر قضت بأن السبب والشكل لا يصلان بالقرار لحد الانعدام، فقضت بأنه: «ولا ينال من ذلك القول بأن القرار المطعون فيه هو قرار منعدم لا يتحصن بمضي المدة حيث إن السبب غير الصحيح، والعيب في شكل القرار الإداري هي من العيوب التي ليس من شأنها أن تنزل بالقرار الإداري إلى درك الانعدام»^(٢).

وقضت أيضاً بأن: «القرار لا يكون معدوماً إلا في حالة غضب السلطة أو في حالة انعدام إرادة مصدر القرار، والأصل أن اغتصاب السلطة إنما يتكون في حالة اعتداء سلطة إدارية على اختصاص محجوز للسلطة التشريعية أو السلطة القضائية، أما إذا كانت الإدارة تتصرف داخل النطاق المقرر لها وكان المحل قابلاً لتعرض الإدارة له فإنه لا يصح القول بأن الإدارة غادرت النطاق الإداري بسبب انحرافها عن السبب، فالسبب يفسد فقط ولكنه لا ينعدم؛ لأنه لازمة سيكولوجية لا تغادر الوعي، ولا يتصور أن يتجرد منه إلا أن يكون القرار قد صدر تحت ضغط يعدم إرادة مصدر القرار، أو في حالة من عدم الوعي، وفي هذه الحالة يرد السبب إلى تلاشى الإرادة بأكملها وليس السبب فحسب، فطالما أن مصدر القرار يتصرف

(١) الطعن رقم (٢١٦٢) لسنة ٤٨ ق، بجلسته ١٧ / ١ / ٢٠٠٧ م، المكتب الفني ١ / ٥٢، ص ٢٨٧.

(٢) الطعن رقم (٧٠٧٧) لسنة ٥٠ ق، بجلسته ٢٢ / ١٢ / ٢٠١٨ م.

عن وعي فلا بد أن يكون لتصرفه سبب سواء كان هذا السبب حقيقياً أو وهمياً كاذباً أو لم يكن متفقاً مع الصالح العام ففي هذه الأحوال جميعاً يكون السبب موجوداً وإن لم يكن صحيحاً مما يؤدي إلى بطلان القرار لا إلى انعدامه، ومن ثم فإن قرار إنهاء الخدمة المبني على استقالته يكون قراراً باطلاً فحسب إذا ثبت أن لم يتقدم بالاستقالة أصلاً، لأن السبب في هذه الحالة لا يكون منعدمًا.. وإن كان سبباً كاذباً ومضلاً مما لا محل معه للقول بانعدام القرار في هذه الحالة، وبالتالي يتعين الطعن في القرار بمراعاة المواعيد المقررة للطعن بالإلغاء»^(١).

وعن الشكل: قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: «الأصل في التصرف القانوني أنه لا يولد معدوماً ليعيب في الشكل إلا إذا كان الشكل معتبراً بحكم القانون ركناً لقيام هذا التصرف، والقرار الإداري هو تصرف قانوني. ولم يعتبر القانون الشكل ركناً في القرار موضوع النزاع. أما إذا كان الشكل ليس ركناً بل مجرد شرط متطلب في القرار، فإن كان هذا الشكل جوهرياً كان لا معدى عن استيفائه وفقاً لما نص عليه القانون، أما في ذات القرار، وإما بتصحيح لاحق، أما إذا كان غير جوهري فلا يعتبر مؤثراً في صحة القرار وسلامته»^(٢).

(١) الطعن رقم (٣٩٢٩) لسنة ٣٨ ق، بجلسته ٢٨ / ٣ / ١٩٩٥ م، المكتب الفني ٢ / ٤٠، ص ١٤٩٥.

(٢) الطعن رقم (٣)، لسنة ١ ق، بجلسته ٢٦ / ٤ / ١٩٦٠ م، المكتب الفني ٢ / ٥، ص ٦٩٩.

وعلى ضوء هذا الحكم تكون المحكمة قد أعلنت أن الشكل حينها يكون ركناً ينعدم به القرار، أما إذا كان شرطاً فإنه لا ينعدم القرار، ولكنها لم تبين متى يكون ركناً ومتى يكون شرطاً، غير أن ما قضت به المحكمة بقولها: «ولا ينال من ذلك القول بأن القرار المطعون فيه هو قرار منعدم لا يتحصن بمضي المدة حيث إن السبب الغير صحيح، والعيب في شكل القرار الإداري هي من العيوب التي ليس من شأنها أن تنزل بالقرار الإداري إلى درك الانعدام»^(١). يظهر منه استبعاد عيب الشكل من حالات انعدام القرار، حيث جمعت بينه وبين السبب في حالات الاستبعاد وهو أيضاً مختلف في أثره.

وأخيراً عن الغاية الانحراف باستعمال السلطة: قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: «ومن حيث إن الثابت أن لجنة (...). هيئة (...). قد اتخذت بتاريخ (...). قراراً جماعياً بضم علاوة (...). لجميع أعضاء (...). وقبل إن تحدد الجهات التي سوف ينقلون إليها ودون أن تبحث حالة كل عضو من الأعضاء على حدة للتحقق من توافر شروط الضم في كل حالة ودون أن تتحدد أمامها حالات من سوف يرفض النقل ويؤثر هجر الوظيفة، فإنها رغم أن اختصاصها كان ما زال قائماً عند اتخاذها هذا القرار الجماعي قائماً إلا أن ملابسات إصداره هذه تنم وتكشف عن أنها مارست اختصاصها على وجه يخالف القانون، حيث لم يكن الهدف من إصدار قرارها في الظروف التي صدر فيها سوى إثابة وتحقيق منفعة ذاتية لجميع العاملين بالمرفق؛

(١) الطعن رقم (٧٠٧٧) لسنة ٥٠ ق، بجلسة ٢٢/١٢/٢٠١٨ م.

فإن قرارها يضحى مشوباً بعيب الانحراف باستعمال السلطة الذي يؤدي إلى مخالفة القانون، ويؤدي إلى بطلان القرار لا انعدامه. بيد أنه قد مضى على صدور هذا القرار بالعلم اليقيني به المدة القانونية اللازمة لتحصن القرارات الإدارية دون أن يوجه إليه طعن من صاحب مصلحة في إلغائه أو اتخاذ الجهات الإدارية إجراءات سحبه؛ فإنه لا يحيص من التقرير بتحصنه ضد الإلغاء والسحب»^(١).

وأيضاً يتبين في ضوء هذا الحكم إن عيب الغاية ليس من العيوب التي تؤدي إلى انعدام القرار.

وترتيباً على ما سبق، فإن القضاء المصري وإن استقر على معيار اغتصاب السلطة، فإنه لم يستقر على حالاته، وأيضاً فإنه إذ أخذ بمعيار أركان القرار الإداري في تحديد ماهية القرار المنعدم، فإنه لم يستقر أيضاً على الأركان التي تؤدي إلى انعدام القرار، ولم تبين الأسس القانونية لما يؤدي منها للانعدام وما يؤدي منها للبطلان.

مما يؤدي إلى نتيجة مؤداها عدم استقرار القضاء الإداري المصري على معيار محدد للتمييز بين القرار المنعدم والقرار الباطل، وهو نفسه ما عليه القضاء الإداري السعودي كما سبق البيان.

(١) الطعن رقم (٢٥٣٤) لسنة ٣٣ ق، بجلسة ١٦ / ٥ / ١٩٩٢ م، المكتب الفني ٣٧، ج ٢، ص ١٤٠٧.

المبحث الثالث

الرأي المختار في تحديد ماهية القرار المنعدم

ينطلق الرأي المختار في تحديد معيار للقرار المنعدم من مقدمة منطقية أشار إليها بعض الفقه^(١)، ومفادها أن البحث في معيار تحديد ماهية القرار المنعدم، يجب أن يكون من خلال القرار الإداري نفسه، ومن ثم الحكم بانعدامه أو بطلانه.

وعليه فإن الرأي المختار لتحديد ماهية القرار المنعدم يكون من خلال تحديد أركان القرار الإداري، وتحديد شروط صحته، ومتى يكون كل منها سبباً في انعدامه، ولتبيان ذلك نحدد أولاً: ماهية أركان القرار الإداري وشروط صحته، وثانياً: حالات انعدامه وذلك كما يلي:

المطلب الأول: أركان القرار الإداري وشروط صحته:

منطقيًا لا يكون للقرار وجود إلا بموضوعه، وموضوعه لا يكون له وجوده القانوني إلا بصدوره من صاحب الاختصاص، ومن ثم يكون المحل كونه محدثاً آثاراً قانونية، والاختصاص، هما ركنا القرار، وما غيرهما إلا شروطاً لصحة القرار، والتي تتمثل في السبب والشكل والغاية.

وكون السبب ليس ركنًا من أركان القرار لأنه بوضوح ليس من ماهية القرار فهو شرط سابق على وجوده، ويتضح ذلك من خلال الإجماع

(١) د. كمال وصفي، مرجع سابق، ص ٢٦١، نقلاً عن د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

الفقهي والقضائي لتعريف السبب بأنه الحالة الواقعية أو النظامية التي تدفع الإدارة لإصدار القرار^(١)؛ ومن ثم فإنه بهذا التوصيف يكون خارجاً عن ماهية القرار، وعليه لا يكون السبب ركناً من أركان القرار، وإنما هو شرط لصحة القرار، وتعريف الشرط وفقاً للأصول الفقهية هو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم^(٢). وتوصيفه بأنه

(١) من ذلك على سبيل المثال تعريف السبب بأنه «الحالة الواقعية أو النظامية التي تدفع الإدارة لإصدار القرار يعد ركناً جوهرياً من أركان القرار الإداري، فإنه يلزم أن يكون القرار الإداري مستنداً إلى أسباب حقيقية وموجودة واقعاً، وأن تكون مما يقره النظام مبرراً لإصدار القرار، وتبعاً لذلك فإن رقابة المحاكم الإدارية - عند تمحيص أسباب القرار - تأخذ صورة الرقابة على الوجود المادي للوقائع، والرقابة أيضاً على صحة تكييفها النظامي..» حكم المحكمة الإدارية رقم (١٠٩٠٤ / ١ ق) لعام ١٤٣٦ هـ، المؤيد بحكم محكمة الاستئناف الإدارية في القضية رقم (٤٤٣٨ / ٤ ق) لعام ١٤٣٨ هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٨ هـ، ج ٢، ص ٥٦٥، وأيضاً قضى الديوان بأن «المستقر فقهاً وقضاء أن القرار لا بد لقيامه أن يكون مبنياً على سبب يبرر إصداره، والسبب هو الواقعة المادية التي تسبق القرار وتؤدي إلى تحاذه، فإن لم يكن هذا السبب موجوداً قبل صدور القرار أو كان هذا السبب موجوداً ولكن التكييف النظامي لهذا السبب لا يتفق مع النظام ف، القرار الإداري يكون مشوباً بعيب فقدان السبب مما يتعين إلغاؤه..» حكم المحكمة الإدارية رقم (١٩٩٩ / ١ ق) لعام ١٤٣٦ هـ، المؤيد بحكم محكمة الاستئناف الإدارية في القضية رقم (٢٤٣٦ / ٢ ق) لعام ١٤٣٧ هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٧ هـ، ج ٤، ص ٧٤، وراجع أيضاً: د. أنيس فوزي عبد المجيد، السبب في القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، عمان ١٤٣٩ هـ، ٢٠١٨، ص ٢٤، حيث يقول «الحالة القانونية ينبغي فيها أن تكون موجودة دائماً وسابقة على القرار الإداري».

(٢) د. محمد الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق - سوريا الطبعة الثانية، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م، ص ١٠٣.



شرط، يعني أن القرار ينعدم بانعدامه، فإذا انعدم السبب وجب انعدام القرار، وإذا وجد السبب وجد شرط وجود القرار، وإن كان لا يلزم وجوده إلا إذا نص القانون على ذلك وفقاً للتمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة.

ومن ناحية الشكل والإجراء والغاية فليست أيضاً من أركانه؛ لإمكانية وجود القرار من حيث الأصل دون اتباع شكل معين أو إجراء معين، ما لم يحدد القانون شرطاً معيناً أو إجراءً محدداً؛ فيصبح في هذه الحالة الشكل أو الإجراء شرطاً لصحة القرار؛ لأن القرار يوجد بدونه، وأيضاً فإن الإجراءات - وهي من الشكل - سابقة على صدور القرار.

والغاية، ليست كذلك ركنًا، وإنما هي شرط لصحة القرار؛ لأنها النتيجة النهائية المقصودة من وراء القرار، فإذا كان السبب شرطاً سابقاً فالغاية يمكن اعتبارها شرطاً لاحقاً، فالغاية هي النتيجة النهائية التي يريدتها مُصدر القرار، وفي ذلك قضى ديوان المظالم بأنه: «ولا ينال من ذلك ما طعن به المدعي على القرار والمتمثل في إساءة استعمال السلطة وعدم النظر إلى المصلحة العامة، ذلك أن المتقرر فقهاً وقضاءً أن المقصود بهذا العيب اللاحق للقرار الإداري هو ذلك العيب الذي يصيب القرار إذا انحرفت جهة الإدارة حين إصدار قرارها عن الهدف الذي حدده النظام لمثل هذا القرار، أو استهدفت أغراضاً ومقاصد لا تتعلق بالصالح العام.. ولما كان عيب إساءة استعمال السلطة متعلقاً بمقاصد جهة الإدارة وليس

بصورة القرار وأركانه الشكلية، فإن هذا العيب من أشد العيوب اللاحقة للقرار الإداري»^(١).

وإذا اعتبرنا الغاية سابقة على صدور القرار، وإن كانت نتيجته، فإنها أيضاً بعيدة عن مضمون القرار، وهي مفترضة في كل قرار ما لم يثبت العكس.

ومن ثم فإن القرار الإداري له ركنان هما الاختصاص والمحل، وما عدا ذلك شروط صحة للقرار؛ لأنها خارجة عنه، سواء كانت سابقة عنه أو غاية له.

المطلب الثاني: حالات انعدام القرار الإداري:

وبناء على ما تمت الإشارة إليه من تحديد أركان القرار الإداري في المحل، والاختصاص، وإن السبب، والشكل، والغاية، هي شروط لصحة القرار؛ نظراً لخروجهم عن ماهيته، فإن القرار يكون منعدمًا إذا انعدمت ماهيته القانونية أو شروط انعقاد هذه الماهية، ولكن إن وجدت هذه الماهية معيبة كان القرار معيباً وليس منعدمًا، كحالة العقوبة التأديبية التي لا تتناسب مع السبب، فهنا المحل موجود قانوناً، ولكن أصابه عيب، فيكون العيب في هذه الحالة بسيطاً ويتحصن بمضي المدة، ويمكن تسميته بالمخالفة غير المباشرة للمحل، أما إذا انعدمت الماهية لكون المخالفة مباشرة كما

(١) الحكم رقم (٨٧/د/١/١٤٣٣) لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم (١٧٤٠/ق) لعام ١٤٣٣هـ، المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم (٢/٥٨٧) لعام ١٤٣٣هـ، في القضية رقم (٢٢٦٥/٢/س) لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

لو كان القرار التأديبي مثلاً ابتدع عقوبة غير موجودة في النظام، فيكون المحل منعدمًا.

وكذا الاختصاص حال انعدامه يكون القرار منعدمًا، أما حال وجوده معيبيًا فلا يكون القرار منعدمًا.

وكذلك السبب والشكل والغاية، فإنها وإن كانت شروطًا إلا أن انعدامها يؤدي أيضًا إلى الانعدام وفقًا لتعريف الشرط بأن يلزم من عدمه العدم، فإذا انعدم أي منها قانونًا انعدم القرار. فإذا انعدم السبب ماديًا أو قانونيًا كأن يكون السبب لا علاقة له بمحل القرار فهذا يكون القرار أيضًا منعدمًا، وكذلك الشكل إذا أُلزم النظام باتباعه ورتب عليه البطلان فيكون القرار منعدمًا، أو كان وجوده لا يتفق مع الأصول القانونية لوجوده يكون أيضًا منعدمًا؛ لأنه إجراء جوهري لصحة القرار. فقد قضى الديوان بقوله: «من المقرر أن العيب المتعلق بشكل القرار الإداري يعني عدم مراعاة القواعد الشكلية والإجرائية المحددة في الأنظمة لإصدار القرارات الإدارية، وهذا إنما يكون عندما ينص المنظم على إجراءات معينة أو شكل معين للقرار، أما إذا لم يحدد المنظم ذلك فإن الأصل عدم خضوع القرار لإجراء أو شكل معين، وإنما يكون خاضعًا لتقدير الإدارة مُصدرة القرار، فقد يكون القرار مكتوبًا أو شفهيًا، مسببًا أو غير مسبب، كما يمكن أن يكون صريحًا أو ضمنيًا، وينبغي على ما سبق أن النظام إذا حدد إجراءات معينة أو شكلًا معينًا للقرار ونص صراحة على بطلان القرار عند الإخلال بهذا الشكل أو الإجراء فإنه يترتب على مخالفته استحقاق القرار للإلغاء، أما

إذا لم ينص على جزاء مخالفة القواعد الإجرائية والشكلية فإن القضاء درج على التفرقة بين القواعد الشكلية والإجرائية الجوهرية، والقواعد الشكلية والإجرائية الثانوية، فانتهى إلى استحقاق الإلغاء عند مخالفة القواعد الشكلية والإجرائية الجوهرية دون الثانوية، وقد اختلفت المعايير التي أخذ بها القضاء في التفرقة بين ما كان جوهرياً وما كان ثانوياً، وأرجح المعايير في نظر الدائرة للتفرقة بينهما أن يقال بأنه إذا كانت مراعاة القواعد الشكلية والإجرائية يمكن أن تؤثر في مضمون القرار بحيث يصدر على غير الوجه الذي صدر عليه، فإنها حينئذ تكون جوهرية، أما إذا لم تكن كذلك فإنها تكون ثانوية»^(١).

وأما أخيراً عن الغاية فهي شرط لصحة القرارات الإدارية وكل عمل قانوني لا بد وأن يتوافق مع المصلحة العامة التي وضع من أجلها، وهي شرط لصحة القرار وليست ركناً فيه؛ لأنها خارجة عنه. ويمكن أيضاً من وجهة نظري أن يكون القرار منعدمًا إذا ثبت أن غاية القرار لا علاقة لها بالمصلحة العامة، كحالة النقل مثلاً بدافع سياسي أو شخصي؛ فهذا لا يمت للمصلحة العامة بصلة، ومن ثم يكون الشرط انعدم وجوده قانوناً، أما إذا كان بدافع المصلحة العامة ولكن في غير متطلباتها كالنقل بدافع التأديب فهنا تكون الغاية معيبة وليست منعدمة.

(١) الحكم في القضية رقم (٢٩١٠/١/ق) لعام ١٤٣٦هـ، المؤيد من محكمة الاستئناف في القضية رقم (٥٢٢٨) لعام ١٤٣٨هـ، بجلسة ٨/٤/١٤٣٩هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٩هـ، ج ٣، ص ٧٢.

خاتمة

تناولت في هذا البحث معيار القرار المنعدم في قضاء ديوان المظالم السعودي في ضوء معايير الفقه المقارن والقضاء المصري، كمحاولة لتسليط الضوء على مشكلة انعدام القرار الإداري؛ للمساهمة في تحديدها ومحاولة لحل إشكالياتها، وقد قسمت هذا البحث إلى ثلاثة مباحث، الأول منها عن المعايير الفقهية لتحديد ماهية القرارات المنعدمة، وتم تقسيمه إلى مطلبين، الأول عن معيار اغتصاب السلطة والمعايير المشابهة له، والمطلب الثاني عن معيار تخلف أركان القرار الإداري، وكان المبحث الثاني عن المعايير القضائية لتحديد ماهية القرارات المنعدمة، وتم تقسيمه إلى مطلبين، الأول عن معيار القضاء الإداري السعودي في تحديد ماهية القرارات المنعدمة، والمطلب الثاني عن معيار القضاء الإداري المصري في تحديد ماهية القرارات المنعدمة، وجاء المبحث الثالث عن الرأي المختار في تحديد ماهية القرارات المنعدمة، والذي تم تقسيمه إلى مطلبين الأول عن تحديد أركان القرار الإداري وشروط صحته، والثاني عن حالات انعدام القرار الإداري.

وفي ضوء هذه الدراسة كانت النتائج التالية:

١- اتضح أن معيار اغتصاب السلطة يستوعب العديد من المعايير التي قيلت في تحديد ماهية القرار المنعدم، فمعيار الوظيفة الإدارية، ومعيار الظاهر، ومعيار عدم المشروعية، كلها تلتقي في نتائجها مع معيار اغتصاب السلطة.

٢- لا يوجد استقرار فقهي أو قضائي على تحديد أركان القرار الإداري وشروط صحته.

٣- لا يوجد استقرار فقهي أو قضائي على تحديد معيار معين لتحديد ماهية القرار المنعدم.

٤- اتجاهات القضاء السعودي والقضاء المصري لم تتخذ معياراً محدداً حول ماهية انعدام القرار الإداري، إلا أنها اتفقت على أن اغتصاب السلطة يؤدي قوياً واحداً إلى انعدام القرار، كما في حالة اعتداء السلطة الإدارية على اختصاصات السلطة التنظيمية أو السلطة القضائية.

٤- اتجه رأي الباحث إلى أن تحديد ماهية القرار المنعدم يجب أن تعود إلى القرار نفسه، لا من خلال قواعد قانونية أخرى.

٥- اتجه رأي الباحث إلى أن المحل والاختصاص هما ركنا القرار، والسبب والشكل والغاية تشكل شروطاً لصحة القرار.

٦- الانعدام كما يترتب على انعدام الأركان يترتب أيضاً على انعدام الشروط، فكما هو معلوم عن تعريف الشرط بأنه ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، أما تعيب أي منها فإنه يؤدي إلى بطلان القرار.

التوصيات:

- تبني معيار مخالفة أركان القرار وشروط صحته في تحديد ماهية القرار المنعدم، لأنه الأكثر دقة وتحديداً؛ فتحديد الانعدام أو البطلان يكون من خلال القرار الإداري نفسه، لا من خلال قواعد قانونية أخرى.

- إلزام الجهات الإدارية مصدرة القرار بالإشارة إلى مواعيد التظلم على القرار، ومواعيد رفع الدعوى، وتبيان الأثر القانوني لذلك؛ مما يؤدي إلى رفع الدعوى في مواعيدها النظامية، بما يحيد من حالات التأخر في رفع الدعوى، ويغني عن الحاجة إلى تكييف القرار بالانعدام أو القابلية للبطلان وما يثيره من إشكالات.

- زيادة مدة مواعيد الطعن في القرارات ذات الصفة الحقوقية والتي لا تؤثر على استقرار المراكز القانونية، كالقرارات المتعلقة بنزع الملكية، خاصة قرار لجنة تقدير تعويض العقارات، أو اعتبارها من دعاوى التعويض، مما يجنب القضاء بحث إشكالية انعدام القرار من عدمه حال التأخر في الطعن على القرار.

وأخيراً، فإن هذا البحث من البحوث الدقيقة والمعقدة، والتي اختلفت وتختلف فيها وجهات النظر، وقد حاولت بقدر الإمكان تأصيل كل رأي وصلت إليه في تحديد أركان القرار الإداري، وشروط صحته، وكذا في تحديد حالات الانعدام.

فإن كان من توفيق فمن الله تعالى، وإن كان غير ذلك فحسبي أني
اجتهدت، والله تعالى من وراء القصد.



فهرس المصادر

١. د. أنيس فوزي عبد المجيد، السبب في القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، عمان، ١٤٣٩ هـ، ٢٠١٨ م.
٢. د. رمزي الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٦٨ م.
٣. د. رمضان بطيخ، عناصر مشروعية وصحة القرار الإداري، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٥ م.
٤. د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤ م.
٥. د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، راجعه ونقحه د. محمود عاطف البناء، دار الفكر العربي، ط ٧، ١٤٢٧ هـ، ٢٠٠٦ م.
٦. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٨ م.
٧. د. عبد الفتاح حسن، انعدام القرار الإداري، تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢١ نوفمبر ١٩٥٩ م، مجلة العلوم الإدارية، السنة (٢)، ديسمبر، ١٩٦٠ م.
٨. د. عثمان خليل، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، ١٩٦٢ م.
٩. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠ م.
١٠. د. ماجد راغب الحلو، القرار الإداري والحد الفاصل بين بطلانه وانعدامه، مجلة العدالة، الإمارات، يناير ١٩٩١ م.
١١. د. ماجد راغب الحلو، نظرية الظاهر في القانون الإداري، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد (١) ١٩٨٠ م.

١٢. د. محمد الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط ٢، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
١٣. د. محمد عبد العال السناري، القرارات الإدارية في المملكة العربية، الإدارة العامة للبحوث (مركز البحوث) معهد الإدارة العامة، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.
١٤. د. مصطفى فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩م.
١٥. د. مصطفى كمال وصفي، انعدام القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، السنة السابعة، ١٩٥٦م.
١٦. د. وليد محمد الصمعاني، السلطة التقديرية للقاضي الإداري، دراسة تأصيلية تطبيقية، دار الميمان للنشر والتوزيع، ١٤٣٦هـ، ٢٠١٥م.





**شروط وضوابط مزاوله المهن الصحية
في ظل الفقه الإسلامي
ونظام مزاوله المهن الصحية السعودي**

عبد الله عياف محمد السرواني

ماجستير في القانون

جامعة الطائف، المملكة العربية السعودية

aaalsirwani@gmail.com

مقدمة

يعد المجال الصحي أحد أهم المجالات التي ارتكز عليها الإسلام، وذلك لكونها ترتبط بأحد أهم مقاصد الشريعة الإسلامية وكلياتها، وهي حفظ النفس والعقل. فالله سبحانه وتعالى قد أحل الطبيات ووضع فيها شفاء للناس، فشرع التداوي بها، ومن ذلك قوله عز وجل: ﴿وَأَوْحَىٰ رَبُّكَ إِلَىٰ النَّحْلِ أَنْ اتَّخِذِي مِنَ الْجِبَالِ بُيُوتًا وَمِنَ الشَّجَرِ وَمِمَّا يَعْرِشُونَ ﴿٦٨﴾ ثُمَّ كُلِي مِن كُلِّ الثَّمَرَاتِ فَاسْلُكِي سُبُلَ رَبِّكِ ذُلَالًا يَجْرُجُ مِنَ بُطُونِهَا شَرَابٌ مُّخْتَلَفٌ أَلْوَنُهُ فِيهِ شِفَاءٌ لِلنَّاسِ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَةً لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٦٩﴾﴾^(١). كما أن الدول توليها اهتمامًا كبيرًا لارتباطها بأحد أولى الحقوق الأساسية في مجال حقوق الإنسان كما نصت عليها المواثيق الدولية، وهو الحق في الحياة، وأن يكون الإنسان في صحة جيدة.

ولذلك تعد المهنة الصحية، من طب بشتى أنواعه وتخصصاته العضوية والنفسية، وتمريض ومساعدة صحية وغيرها كذلك، من أهم المهن التي زاو لها الإنسان منذ القدم إلى يومنا هذا، فمهنة الممارس الصحي مهنة عظيمة جدًا، ولها أهمية كبيرة لأنها مرتبطة بالإنسان والحفاظ عليه، هذا الإنسان الذي خلقه الله تعالى وكرمه، يقول الله عز وجل: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْوَبْرِ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ

(١) سورة النحل: الآيات: ٦٨-٦٩.

خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴿٧٠﴾^(١)، ومن تكريمه له أن متعه بالصحة وفتح له أبواب
التداوي للحفاظ على هذه الصحة ورعايتها.

ولهذا أمرنا الدين الإسلامي وشجع على الإقبال على هذه المهن
والتداوي لما في هذا من خير وتحقيق لمبدأ الاستخلاف الذي خلقنا الله
تعالى من أجله، إذ إن الحفاظ على الأنفس والعقول والأجساد هو مساهمة
في عمارة الأرض والاستخلاف فيها، وفي هذا يقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:
(عباد الله تداووا، فإن الله عزَّوجلَّ لم يضع داء إلا وضع له شفاءً)^(٢)، كما
يقول في حديث آخر: ((إن الله عزَّوجلَّ لم ينزل داء إلا أنزل له شفاء علمه من
علمه وجهله من جهله))^(٣).

ومع تنامي المهن المرتبطة بالممارسة الصحية وتعددتها مع تطور الحياة
الإنسانية برزت تخصصات وأدوار كثيرة جداً للممارس الصحي، خصوصاً
في ظل التطور التكنولوجي والتقني الحديث، فارتبطت بها إشكاليات
شرعية وأخلاقية وقانونية، سواء فيما يتعلق بالحدود الأخلاقية للممارس
الصحي، وأين تبدأ مسؤوليته وأين تنتهي في توظيف الآليات الحديثة في
العلاج، وضوابط الشرع الإسلامي في العلاجات الحديثة، وبالتالي كان لا

(١) سورة الإسراء، الآية: ٧٠.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الطب، باب التداوي، ج ٤ ص ٢٨٨، رقم الحديث (٥٧٤٢).

(٣) الإمام أحمد في مسنده، مسند الكوفيين، حديث أسامة بن شريك، ج ٣٠ ص ٣٩٨، رقم
الحديث (١٨٤٥٥)، قال الألباني: حديث صحيح، وهذا إسناد حسن من أجل المطلب
بن زياد، وبقية رجاله ثقات رجال الشيخين.

بد على الدول أن تقوم بتقنين هذه المهن وفرض شروط وإجراءات أخلاقية وعلمية مهنية من أجل الحفاظ على هذه المهن وتحسينها، وذلك من أجل القطع مع كل ما من شأنه أن يؤدي حياة المريض أو يؤثر عليها سلباً عوض تحقيق الهدف الذي هو علاجه، مما قد يسبب في الأخير ضرب وخلخلة السلم الصحي والاجتماعي الذي تقوم عليه الدول وتعمل على رعايته وصونه، تطبيقاً لقواعد ومقاصد الشريعة الإسلامية، وتحقيقاً للتوصيات الدولية والعالمية في مجال حقوق الإنسان الأساسية.

فالمملكة العربية السعودية؛ كغيرها من الدول؛ قامت بتقنين هذا المجال وأحاطته بمجموعة من القواعد النظامية الملزمة، وذلك عبر وضع قواعد الممارسة الصحية وشروط ممارسة هذه المهن وضوابطها، وذلك حماية لمواطنيها صحياً، باعتبارها مبدأً دستورياً منصوصاً عليه في المادة (٢٧) من النظام الأساسي للمملكة، والتي تنص على أنه: «تكفل الدولة حق المواطن وأسرته في حالة الطواري والمرض والعجز والشيخوخة»^(١).

أهمية الدراسة:

تأتي أهمية الدراسة الحالية من خلال محاولتها التعرف على القواعد الشرعية والأخلاقية والنظامية التي تبنتها المملكة العربية السعودية، انطلاقاً من مرجعيتها الإسلامية والتزاماتها القانونية، لتأطير المجال الصحي بالمملكة، من خلال التعريف والتعرف على شروط مزاوله المهن

(١) النظام الأساسي للحكم. المملكة العربية السعودية. الصادر بأمر ملكي رقم (أ/٩٠) لسنة ١٩٩٢م، المادة (٢٧).

الصحية وفق نظام المهن الصحية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٩) بتاريخ ٠٤ / ١١ / ١٤٢٦هـ.

أسباب اختيار موضوع الدراسة:

اختار الباحث إجراء هذه الدراسة نظراً لما تم بيانه في أهمية الدراسة، ولكون البحوث والدراسات التي أجريت في هذا المجال قليلة جداً، حيث إن أغلبها يركز على الجانب الشرعي أو النظامي فقط دون عقد مقارنة بينها.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة الحالية في تحديد الشروط والضوابط الشرعية والنظامية لممارسة المهن الصحية، والمسؤوليات التي تقع على الممارس الصحي عند ارتكاب الهفوات الجزائية والمدنية في معرض أداء مهامه.

أسئلة الدراسة:

- يحاول الباحث في دراسته الحالية الإجابة عن التساؤلات الآتية:
- ماهي شروط وضوابط مزاوله المهن الصحية في ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية، وفي إطار نظام مزاوله المهن الصحية السعودي ولائحته التنفيذية؟
- ما المسؤوليات المترتبة على مخالفة هذه الشروط والضوابط في ظل النظام القضائي السعودي؟

أهداف الدراسة:

يروم الباحث في دراسته الحالية تحقيق الأهداف الآتية:

- التعرف على شروط وضوابط مزاوله المهن الصحية في ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية، وفي إطار نظام مزاوله المهن الصحية السعودي ولائحته التنفيذية.

- تحديد المسؤوليات المترتبة على مخالفة هذه الشروط والضوابط في ظل النظام القضائي السعودي.

حدود الدراسة:

- الحدود الموضوعية: تقتصر الدراسة الحالية على التعرف على ضوابط ممارسة المهن الصحية وفق الشريعة الإسلامية ونظام مزاوله المهن الصحية السعودي.

- الحدود المكانية: الدراسة طبقت على المملكة العربية السعودية وأنظمتها.

- الحدود الزمنية: في شقها الشرعي فهي ممتدة في تاريخ الفقه الإسلامي، وفي شقها القانوني، فمنذ صدور نظام مزاوله المهن الصحية.

الدراسات السابقة:

تناولت العديد من الدراسات السابقة مزاوله المهن الصحية وما يرتبط بها من شروط ومسؤوليات، ولعل من أهم الدراسات السابقة التي توصل إليها الباحث، وتتقاطع مع دراسته الحالية، هي:

- دراسة الزهراني (٢٠٢٤)^(١): والتي كان الهدف منها بيان أهمية ومميزات المساءلة الطبية في النظام السعودي، ومن أجل ذلك وظف الباحث منهجية استقرائية تحليلية. وقد خلصت الدراسة إلى أن المملكة العربية السعودية تطبق المفهوم الشرعي في المسؤولية الجنائية والأسس التي تقوم عليها، وذلك باعتمادها على عنصري الإدراك وحرية الاختيار لقيام هذه المسؤولية، كما أن الدراسة بينت أن نظام المهن الصحية ولائحته التنفيذية تطرقا لكافة المسؤوليات التي تقع على الممارس الصحي مدنية كانت أو جنائية أو تأديبية.

- آل عزام ومحمد (٢٠٢٢)^(٢): والتي كان الهدف منها بيان أهمية مهنة الطب وعمل الممارس الصحي تجاه العامة والفرد، وتوضيح معنى الأخطاء الطبية وبيان أنواعها وطرق الوقاية منها ومتى يتحمل الطبيب

(١) الزهراني، عمر بن أحمد. المسؤولية المهنية للممارس الصحي عن الأخطاء الطبية. المجلة العربية للنشر العلمي. عدد: ٢٩. ٢٠١٩. ص ٣٤٥.

(٢) آل عزام، سعد ناصر؛ ومحمد، أحمد محمد علي بشير. (٢٠٢٢). المسؤولية التقصيرية للممارس الصحي في النظام السعودي. المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث. مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، ٦ (١١)، ١٠٧-١١٧.

المسؤولية عن خطئه وما هي الأصول والمعايير التي استند عليها الفقهاء في تحديدها ومقارنتها بالمعتمد في نظام المهنة الصحية السعودي. وهذه الغاية اعتمد الباحث على منهجية وصفية تحليلية مقارنة. وقد خلص الباحث في دراسته إلى أن مهنة الطب ومسؤولية ممارستها تدرج ضمن مقاصد الشريعة في حفظ الكليات الخمس، وبالتالي فالمسؤوليات المترتبة عن أخطاء الممارسين الصحيين تدرج في هذا الإطار، وعليه جاءت القوانين المعاصرة، ومنها النظام السعودي لتحديدها وتنظيمها، حيث إن المنظم السعودي يبيّن مسؤوليات الطبيب، ورتب على هذه المسؤوليات عقوبات تأديبية ومدنية وجزائية.

- اللحيان (٢٠١٩): والتي كان الهدف منها بيان المسؤولية الجنائية للممارس الصحي المتستر على المريض المشتبه به في النظام السعودي. حيث اعتمدت الباحثة منهجية وصفية تحليلية، لتخلص لمجموعة من النتائج أهمها أن الممارس الصحي المتستر على المريض المشتبه به مرضياً أو جنائياً، تكون عقوبته الأصلية بنص النظام السعودي السجن بما لا يزيد عن ستة أشهر أو غرامة مالية ما لا يزيد عن مائة ألف ريال سعودي، أو بهما جميعاً حسب ما يراه القاضي بما يقتضيه حال الجاني والجريمة. ٤- نتج من الدراسة أن العقوبة التبعية والتكميلية للممارس الصحي المتستر بنص النظام السعودي هي: الإنذار - وغرامة مالية لا تتجاوز عشرة آلاف ريال - وإلغاء الترخيص بمزاولة المهنة الصحية وشطب الاسم من سجل المرخص لهم. أهم التوصيات: ١- ينبغي إدخال إضافات إلى نظام مزاوله

المهن الصحية لكثير من المفاهيم والمصطلحات الخاصة بجريمة التستر في المجال الصحي مثل مفهوم: التستر - المشتبه به - الجناية - المسؤولية - العقوبة الأصلية - العقوبة التبعية والتكميلية - السجن - الغرامة. ٢- أفراد جريمة التستر على المريض المشتبه به بمواد خاصة في النظام تبين كل ما يتعلق بهذه الجريمة بشكل مفصل وأكثر تحديداً. ٣- التفتيش الدوري والمفاجئ للمستشفيات والمراكز الصحية الحكومية والخاصة للتأكد من عدم وجود مريض مشتبه به. أهم المقترحات: - الحاجة لإثراء المكتبة القانونية بدراسة المسؤولية الشرعية والقانونية للممارس الصحي تجاه المريض المشتبه به.

منهجية الدراسة:

اعتمد الباحث منهجية استقرائية تحليلية مقارنة، وذلك من خلال استقراء النصوص الشرعية والنظامية وتحليلها لبيان ما تشمله من ضوابط وقواعد للمسؤولية التي على المزاولين للأنظمة السعودية. وعقد مقارنة بينها من حيث شموليتها وأهميتها.

إجراءات الدراسة:

- لإجراء الدراسة وتحقيق أهدافها، قام الباحث بالإجراءات الآتية:
- جمع المادة العلمية من مظانها الأصلية.
- اعتماد المنهجية العلمية في تحليل المادة العلمية ومقارنتها.
- توثيق الاقتباسات من مصادرها الأصلية، ونسبتها لأصحابها.

-عزو الآيات الكريمة، وتخريج الأحاديث النبوية الشريفة، مع الحكم عليها إن لم تكن من الصحيحين.

خطة الدراسة:

اعتمد الباحث على تصميم منهجي قوامه:

-مقدمة:

تتضمن أهمية الموضوع، وأسباب اختيار البحث، ومشكلة البحث، وتساؤلات الدراسة وأهدافها وحدود التطبيق، والمنهج المتبع في الدراسة.

-المبحث التمهيدي: مفهوم المهن الصحية والممارس الصحي في اللغة والاصطلاح:

ويتضمن مطلبين:

الأول فيه تعريف للمهن الصحية.

والثاني بيان لمفهوم الممارس الصحي.

-المبحث الأول: شروط مزاولة المهن الصحية وأهميتها:

ويشمل مطلبين:

الأول شروط الولوج للمهن الصحية.

أما الثاني فعن أهمية شروط مزاولة المهن الصحية في حماية الأفراد والمجتمع.

-المبحث الثاني: ضوابط الممارس الصحي ومسؤولياته:

وفيه يبين الباحث:

في المطلب الأول أخلاقيات وضوابط الممارس الصحي.

ثم في المطلب الثاني يحدد مسؤوليات الممارس الصحي.

-الخاتمة:

تشمل أهم نتائج الدراسة وتوصياتها.



المبحث التمهيدي

مفهوم المهن الصحية والممارس الصحي

قبل التعرف على شروط وضوابط مزاولة المهن الصحية بالمملكة العربية السعودية والأنظمة المحددة لها وللمسؤوليات المرتبطة بها، لا بد أولاً من تحديد أهم المفاهيم المكونة لهذا الموضوع، وأولها مفهوم المهن الصحية وتخصصاتها (المطلب الأول)، وأيضاً مفهوم الممارس الصحي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم المهن الصحية وتخصصاتها:

يتكون مفهوم المهن الصحية لغة من كلمتين تربط بينهما علاقة نعت بمنعوتها، قال صاحب مقاييس اللغة: «الميم والهاء والنون أصل صحيح.. ومن باب المهن: الخدمة، والمهنة والماهنة: الخادم»^(١)، كما جاء في لسان العرب: «المهنة والمهنة والمهنة والمهنة كله: الخدق بالخدمة والعمل ونحوه.. وقد مهن يمهّن مهناً إذا عمل في صنعته»^(٢). فالمهن لغة جمع من فعل مَهَنَ وامتهن ومعناه اتخذ الرجل مهنة^(٣).

(١) ابن فارس، أحمد بن زكرياء القزويني الرازي أبو الحسين. (١٩٧٩). معجم مقاييس اللغة. تحقيق: عبد السلام محمد هارون. دار الفكر، ج ٥ ص ٢٨٣.

(٢) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين الأنصاري الرويفعي الإفريقي. (١٤١٤هـ). لسان العرب. دار صادر، بيروت، ط: ٣، مج ٦ ج ٤٦ ص ٤٢٩٠

(٣) نخبة من اللغويين بمجمع اللغة العربية بالقاهرة. (١٩٧٢). المعجم الوسيط. مجمع اللغة العربية بالقاهرة. ط: ٢، جذر (مهن)، ص ٨٩٠.

أما بالنسبة للفظ «الصحية» فهي من فعل صحّ يصح صحته، والصحة «خلاف السقم، وذهاب المرض، وقد صح فلان في علته واستصح»^(١).

أي أن المعنى اللغوي للمفهوم هو أن المهن الصحية هي المهن والأعمال التي تتعلق بصحة الناس واستشفائهم من أسقامهم.

بالنسبة للمعنى الاصطلاحي فلم يعرف نظام المهن الصحية السعودي مفهوم المهن الصحية، وإنما اقتصر على تعداد أهم هذه المهن والتخصصات التي تدرج ضمن مفهوم المهنة أو العمل الصحي، حيث نص على أهم فئات الممارسين الصحيين بالمملكة العربية السعودية، ففي المادة الأولى منه عرف مصطلح الممارس الصحي بأنه: «كل من يرخص له بمزاولة المهن الصحية التي تشمل الفئات الآتية: الأطباء البشريين وأطباء الأسنان، والصيدالة الأخصائيين، والفنيين الصحيين في: (الأشعة، والتمريض، والتخدير، والمختبر والصيدلية، والبصريات، والوبائيات، والأطراف الصناعية، والعلاج الطبيعي، ورعاية الأسنان وتركيبها والتصوير الطبقي والعلاج النووي، وأجهزة الليزر، والعمليات)، والأخصائيين النفسيين والاجتماعيين، وأخصائيي التغذية والصحة العامة، والقبالة، والإسعاف، ومعالجة النطق والسمع، والتأهيل الحرفي، والعلاج الحرفي، والفيزياء الطبية،

(١) لسان العرب لابن منظور، مرجع سابق، جذر (صحح)، مجلد، ٤، ج ٢٧ ص ٢٤٠١.

وغير ذلك من المهن الصحية الأخرى التي يتم الاتفاق عليها بين وزيرى الصحة والخدمة المدنية والهيئة السعودية للتخصصات الصحية^(١).

وبالتالى فالمنظم حدد المقصود بالمهن الصحية وأنواعها على سبيل المثال لا الحصر، بحيث إنه فتح الباب على أي مهنة لها علاقة بصحة المواطن، من خلال الاتفاق عليها بين وزيرى الصحة والخدمات المدنية والهيئة السعودية للتخصصات الصحية، باعتبارهما المؤسستين القانونيتين اللتين تديران الصحة بالمملكة العربية السعودية.

ويمكن القول بأن المهن الطبية أو الصحية هي مهن لأشخاص محترفين حاصلين على درجات علمية معترف بها في دولة الممارسة ومرخص لهم من وزارة الصحة العمل بعد اجتيازهم التدريب العملي والإكلينيكي، ومقيدين في نقابات المهن الطبية المختلفة في سجلات ولديهم الخبرات لتوفير خدمات الرعاية الصحية الوقائية والعلاجية والترويجية والتأهيلية بطريقة منظمة للأفراد والعائلات والمجتمعات، وتقع عليهم المسؤولية الأدبية والمهنية والقانونية من جراء ممارسة المهنة طبقاً لأدبيات وأخلاقيات مهنة الطب والعقوبات الجنائية أيضاً طبقاً للقانون المحلى لكل دولة.

(١) نظام مزاولة المهن الصحية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٩) بتاريخ ١٤٢٦/١١/٠٤هـ. المادة (١).

المطلب الثاني: مفهوم الممارس الصحي:

الممارس من تَمَرَسَ، وأصل الفعل مَرَسَ، جاء في لسان العرب: «ويقال: ما بفلان متمرس، إذا نُعت بالجلد والشدة حتى لا يقاومه من مارسه»^(١)، وفي المعجم الوسيط: «مارس الشيء مرأسًا وممارسة: عالجَه وزاوله، يقال: مارس قرنه، ومارس الأمور والأعمال»^(٢).

فالممارس في اللغة إذن هو الشخص المزاوِل لعمل ما، والذي اتخذَه مجالًا يمارسه بشكل مستمر. وإذا تم إضافة المنعوت «الصحي» أصبح المفهوم يحيل للشخص الذي يزاول أحد المهن الصحية ويعمل فيها.

أما في المعنى الاصطلاحي، فيعرف دليل أخلاقيات الممارس الصحي الذي أصدرته الهيئة السعودية للتخصصات الصحية الصادر سنة ٢٠٠٣م الممارس الصحي بأنه كل: «من يقدم أو يشارك في تقديم الرعاية الصحية المباشرة للمريض، سواء كان ذلك على شكل خدمة تشخيصية أو علاجية أو تأهيلية ذات تأثير على الحالة الصحية»^(٣).

أي أن الممارس الصحي هو كل شخص حصل على ترخيص ممارسة إحدى المهن الصحية المسموح بمزاوَلتها في الأنظمة السعودية.

(١) لسان العرب، المرجع السابق، مج ٦ ج ٤٦ ص ٤١٧٩.

(٢) المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص ٨٦٣.

(٣) الهيئة السعودية للتخصصات الصحية. دليل أخلاقيات الممارس الصحي. الطبعة الثالثة. ٢٠٠٣. ص ٨.

المبحث الأول شروط مزاولة المهن الصحية وأهميتها

لقد تناول المنظم السعودي كل ما يخص الممارسة الصحية بالمملكة من شروطها وضوابطها في نظام مزاولة المهن الصحية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٩) بتاريخ ٠٤ / ١١ / ١٤٢٦ هـ، وبلائحته التنفيذية التي تتضمن إجراءات وتفصيلات مواد النظام، والصادرة في ٢ / ١ / ١٤٣٩ هـ. فما هي شروط الانضمام لصف المهن الصحية ومزاولتها انطلاقاً من النظام ومبادئ الفقه الإسلامي وقواعده؟ وأين تكمن أهمية هذه الشروط؟

المطلب الأول: المهن الصحية وشروط مزاولتها في النظام السعودي والفقه الإسلامي:

نظراً لأهمية هذه التخصصات وارتباطها بأعلى شيء لدى الإنسان وهو الصحة، سواء الجسدية أو النفسية أو العقلية، فإن المنظم السعودي قد ربط الولوج لإحداها بمجموعة من الشروط العامة والخاصة، إذ يُعطى الترخيص، الذي هو الوسيلة القانونية الوحيدة لممارسة أحد المهن الصحية في المملكة العربية السعودية^(١) للشخص، لا بد من أن تتوفر فيه العديد من الشروط والمقومات التي يمكن عدّها ضمانات للحصول على كفاءات مناسبة لممارسة هذه المهن المهمة والحساسة جدّاً، ومن أهم هذه الشروط:

(١) حيث تنص المادة الثانية من نظام المهن الصحية في فقرتها الأولى على أنه: «يحظر ممارسة أي مهنة صحية، إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الوزارة».

١ - التحلي بالأخلاق الإسلامية:

إن هذا الشرط العام تحدث عنه الدليل المهني الذي أصدرته الهيئة السعودية للتخصصات الطبية تحت عنوان: واجبات المتدرب وحقوقه^(١)، حيث نص على أهم الشروط العامة لولوج مراكز التأهيل والتدريب ثم العمل كممارس صحي، ومنها أن يتحلى المتدرب أو الممارس بالأخلاق الإسلامية في جميع تعاملاته، وأن ينضبط لأخلاق الإسلام من نية صالحة وصدق وإخلاص في العمل، فيكون عمله لوجه الله وخدمة للمجتمع.

فالإخلاص في العمل واحترام الأخلاق الإسلامية فيه هي غاية الدين ومقصده، ولهذا نجد العديد من الآيات الكريمة تحث على الإخلاص وتأمربه، ومنها قوله تعالى: ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ وَيُقِيمُوا الصَّلَاةَ وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ وَذَلِكَ دِينُ الْقِيَمَةِ ۗ﴾^(٢)، كما أنه تعالى يربط التعلم والتمكن من العمل بالتقوى ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾^(٣)، وفي هذا أيضاً يقول الرسول الكريم صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ثلاث لا يغفل عليهن قلب امرئ مسلم: إخلاص العمل لله))^(٤).

(١) الهيئة السعودية للتخصصات الصحية (٢٠١٣): واجبات المتدرب وحقوقه. الطبعة الثالثة. ص ٥

(٢) سورة البينة: الآية: ٥.

(٣) سورة البقرة: الآية: ٢٨٢.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده. ج ٢٧ ص ٣١٨، رقم الحديث (١٦٧٥٤)، قال الألباني: حديث صحيح.

ولا شك أن لهذا الشرط قيمة كبيرة جداً في المهن الصحية، حيث يكون فيها الممارس الصحي من طبيب أو ممرض أو غيرهما، في موضع يطلع فيه على أعراض الناس وأجسادهم وأسرارهم وخصوصياتهم التي في بعض الأحيان لا يعلمها إلا المريض والممارس الصحي.

وبالتالي لا بد من التحلي بالأخلاق الإسلامية من حياء وعفة وخشية من الله وتواضع وصبر، وذلك لحفظ الأعراض وصون الأسرار واحترام خصوصيات المرضى ومراعاتها، وبذل الجهد من أجل صحة الأفراد باختلاف أعمارهم وأجناسهم وجنسياتهم وحالتهم الاجتماعية والصحية^(١).

وهذا يتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية وكلياتها الخمس، التي هي حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال، فعمل الممارس الصحي يتداخل مع كل هذه الكليات، وبالتالي فهو مطالب بحفظها وصونها في عمله.

٢- أن يكون العمل مشروعاً:

إن من الشروط العامة التي يمكن الحديث عنها في أي عمل كان، هي ضرورة كونه مشروعاً وقانونياً، إذ لا يمكن أن يلج الإنسان مهنة ما ويمارس أعمال غير شرعية دينياً، وغير معترف بها في قانون الدولة

(١) السباعي، زهير أحمد والبار، محمد علي. الطبيب، أدبه وفقه. دار القلم - دمشق والدار الشامية بيروت. الطبعة الأولى، ١٩٩٣. ص ٣٨ وما بعدها.

وأنظمتها، وكذا بالنسبة للمهنة الصحية، فقد تكفل المنظم السعودي بتحديد المهنة الصحية المسموح بها في المملكة، وألزم الهيئة السعودية للتخصصات الطبية بإصدار قائمة الممارسين الصحيين كلما دعت الضرورة إلى ذلك^(١).

وبالتالي فالمهنة التي لا تُحصر في هذه القوائم غير معترف بها داخل أرض المملكة ويعاقب ممتنها، ومنها الممارسات الخاصة بالشعوذة للتداوي وكذا الإجهاض^(٢) وغيرها.

وهذا الشرط ينطلق من قواعد شرعية وأسس دينية محضة تدعو إلى ممارسة الأعمال الحلال التي لا علاقة لها بالحرام عن قريب أو بعيد، بحيث إن القرآن الكريم وضع مبدأ عاماً لها من خلال قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَرِيعُ الْحِسَابِ ۝٤﴾^(٣)، وحديث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إن هذا المال حلوة، من أخذه بحقه ووضع في حقه فنعم المعونة هو. ومن أخذه بغير حقه كان كالذي يأكل ولا يشبع))^(٤).

(١) اللائحة التنفيذية لنظام مزاوله المهنة الصحية. الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٤٠٨٠٤٨٩) بتاريخ: ٠٢/٠١/١٤٣٩هـ. المادة (١/١).

(٢) إلا بشروط محددة كما سنرى.

(٣) سورة المائدة، الآية: ٤.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الرقاق، باب: ما يحذر من زهرة الدنيا والتنافس فيها، حديث: (٦٤٢٧)، ومسلم في صحيحه، كتاب: الزكاة، باب: تخوف ما يخرج من زهرة الدنيا، حديث: ١٠٥٢.

فالعامل الذي يكون فيه خداع للشخص المريض حرامٌ بحكم الشرع. كما أن الدين نهى عن الإجهاض^(١)، يقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٢)، كما حرم تغيير خلق الله، فقد روي عن ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: ((لعن الله الواشيات والموشيات... المغيرات خلق الله عَزَّوَجَلَّ))^(٣)، ونهى كذلك عن الشعوذة وغيرها من المهن والممارسات الصحية بنصوص متفرقة.

ووضع الشارع الحكيم لهذا المبدأ العام الذي لخصه الفقهاء في القاعدة الفقهية التي نصها: «الأصل في العادات ألا يحظر منها إلا ما حظره الله»^(٤)، والقاعدة الأخرى التي تنص على أن: «الأصل في المعاملات الإباحة».

فكل ما يقوم به المسلم من أعمال وعادات ومعاملات الإباحة، فقد جعل الأمر مفتوحاً للاجتهاد وتكييف كل مهنة وكل ممارسة مع ضوابط الشرع والمنفعة العامة ومقاصد الدين من أجل اعتبارها عملاً مشروعاً أو لا، وهو نفسه التوجه الذي اتجه إليه نظام المهن الصحية حين أمر بتحديث القوائم كل ما جد جديد في الميدان الصحي الدولي والوطني، وهذا أمر أساسي لمواكبة النظام للتطور الكبير الذي يعرفه الميدان الصحي عملياً وآلياً.

(١) انظر في هذا: فتوى الشيخ بن باز رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، وتفصيله في الموضوع، موقع بن باز على الإنترنت. www.binbaz.or.sa/fatwa

(٢) سورة الإسراء، الآية: ٣٣.

(٣) رواه البخاري (٤٨٨٦) ومسلم (٢١٢٥).

(٤) الإمام الشاطبي، إبراهيم محمد بن موسى. الاعتصام. تحقيق محمد رشيد رضا. المكتبة التجارية الكبرى. الجزء الأول. ١٣٣٢. ص ٣٧.

٣- الحصول على المؤهل العلمي المطلوب للمهنة والتدريب لمدة كافية:

فمن أولى الشروط التي تحدث عنها نظام المهن الصحية من أجل الترخيص لممارسة مهنة من المهن الصحية، أن يكون طالب الرخصة حاصلًا على المؤهل العلمي المطلوب لهذه المهنة، وعلى ذلك تنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من النظام مؤكدة على ضرورة: «الحصول على المؤهل المطلوب للمهنة من أي كلية طبية أو كلية صيدلة أو كلية علوم طبية تطبيقية أو كلية صحية أو معهد صحي، أو مؤهلات أخرى مطلوبة لمزاولة مهن صحية تعترف بها الهيئة، أو الحصول على شهادة من الخارج تعترف بها الهيئة»^(١).

فلا شك أن المؤهل العلمي شرط لا يحيد عنه لممارسة مهنة من المهن الصحية، نظرًا لحساسية المهن وارتباطها بالنفس والحفاظ عليها. كما أن الشرط الثاني هو: «أن يكون قد أمضى مدة التدريب الإلزامية المقررة للمهنة، وأن تتوفر لديه اللياقة الصحية»^(٢).

فتحقق المؤهل العلمي ليس غاية في حد ذاته، وإنما هو حجة على حصول الممارس الصحي على تدريب وتأهيل نظري وتطبيقي كاف، يمكنه من ممارسة المهنة والقيام بها على أكمل وجه، وكذا توفره على القدرة البدنية لتحمل أعبائها ومسؤولياتها الجسام.

(١) نظام المهن الصحية: المصدر السابق: المادة الثانية/ الفقرة الثانية.

(٢) نظام المهن الصحية: المصدر السابق. المادة الثانية/ الفقرة الثالثة.

وكذلك من الجانب الشرعي يعد حفظ النفس والعقل كليتين من الكليات الخمس التي جاءت مقاصد الشريعة صيانة وحماية لها مما يعطلها أو يزيل وجودهما، وبالتالي فالذي يؤتمن على هاتين الكليتين لا بد أن تكون لديه أهلية علمية ومهنية على ذلك وحاصلاً على تعليم كاف وتمكن من مهارات هذه المهمة^(١). كما أن الفقه الإسلامي يحتمل المسؤولية المدنية والجنائية لمن ادعى أنه طبيب دون أن تكون له معرفة وأهلية في التطبيق^(٢)، انطلاقاً من الحديث الشريف: ((أيما طبيب تطب على قوم لا يعرف له تطب قبل ذلك فأعنت فهو ضامن))^(٣).

(١) كزول، عمر حسن. أخلاقيات مزاوله مهنة الطب من وجهة نظر المقاصد الشرعية الإسلامية. مقالة قدمت في المؤتمر العلمي العالمي، دورة عمان الأردن. بتاريخ: ١٧ يوليوز ٢٠٠٤.

(٢) الرازي، أبو بكر محمد بن زكريا. أخلاق الطبيب. تحقيق عبد اللطيف محمد العبد. مكتبة دار التراث، القاهرة. الطبعة الأولى. ١٩٧٧. ص ٨١. انظر في هذا: البار، محمد علي وباشا، حسان شمسي والبار، عدنان أحمد. موسوعة أخلاقيات مهنة الطب. جامعة الملك عبد العزيز جدة مكتبة كنوز المعرفة. الطبعة الأولى، الجزء الأول. ٢٠١٢. ص ٩٧.

(٣) أخرجه أبو داوود في سننه، كتاب الديات، باب فيمن تطب بغير علم فأعنت، ج ٦ ص ٥٤٤. رقم الحديث (٤٥٨٧)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بلي. دار الرسالة العالمية. ٢٠٠٩. حكم المحدث: إسناد رجاله ثقات لكنه مرسل. قال المنذري في «اختصار السنن»: بعض الوفد مجهول، ولا يعلم له صحبة أم لا؟ قلنا: لكنه بانضمامه إلى الحديث الذي قبله، مع ما حكاه غير واحد من الإجماع على مضمونه كما سلف بيانه، يتقوى أمره إن شاء الله. حفص: هو ابن غياث. وأخرجه ابن أبي شيبة ٩/٣٢١ عن حفص بن غياث، به.

٤- التسجيل لدى هيئة وطنية معترف بها:

فقد جعل المنظم السعودي ضرورة التسجيل لدى هيئة صحية قانونية، ووفقاً لمتطلبات التسجيل التي تحددها، شرطاً من شروط الحصول على رخصة الولوج لمهنة الممارس الصحي. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة الثانية من النظام، بحيث إن الهيئة السعودية للتخصصات الصحية بمدارسها ومعاهدها هي المانحة للتسجيل وقبول طلب التسجيل.

أما بالنسبة لممارسة الطب البديل (الحجامة، الرقية، التداوي بالأعشاب..)، فلا بد من ترخيص من المركز الوطني للطب البديل والتكميلي، تحت طائلة المسؤولية الجزائية لغير المرخص لهم^(١).

ولا شك أن هذا الأمر مهم في تقنين وتنظيم المهنة ومحاربة المتطفلين عليها، وجعلها خاضعة لضوابط موحدة تحددها الهيئة، باعتبارها المسؤول القانوني لتنظيم هذا الميدان وحمايته، وهذا أيضاً من الأمور التي دعا إليها الشرع الإسلامي وورغب فيها، إذ إن اختيار الأشخاص المناسبين للمكان المناسب، وإبعاد كل من لا علاقة له بالمجال أمر مهم، ففي الحديث المشهور: ((إذا وسد الأمر إلى غير أهله فانتظر الساعة))^(٢).

فلا بد للقائمين على الشأن أن يضعوا ضوابط وإجراءات تجعل الأمور تسند إلى أهلها، حفظاً للأفراد والمجتمع والدين.

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المهن الصحية: المصدر السابق. المادة (٢٣).

(٢) صحيح البخاري (الحديث رقم: ٦٤٩٦). انظر في هذا: محفوظ، محمد جمال الدين

(١٤٢٢): باختصار. مجلة الوعي الإسلامي. عدد: ٤٢٦. بتاريخ: صفر ١٤٢٢هـ.

وقد تصدى القضاء السعودي في الكثير من الأحكام القضائية لمسألة انتحال الصفة والتزوير لترخيص ممارسة البعض لمهن صحية بطريقة غير نظامية، ففي حكم قضائي صدر عن المحكمة الجزائية بمكة المكرمة^(١)، تتلخص دعواه في أن المدعي قدم لائحة ضد المدعى عليها بتوجيه الاتهام لها بمزاوله مهنة توليد وإجهاض النساء بطريقة غير نظامية بغرض الكسب المادي، وطلب إثبات ما أسند إليها وتعزيرها شرعاً، حيث وردت معلومات عن قيام المدعى عليها بعمليات التوليد والإجهاض بطريقة غير نظامية، وبعد تفتيش منزل المدعى عليها وجدت في بيتها عدد من الأدوات الطبية (جهاز قياس الضغط، تخطيط الحمل، إبر، مساحات طبية، أدوية، بنج..)، كما أن المدعى عليها اعترفت أمام الفرقة القابضة بأنها تقوم بالتوليد للفقراء، وقد حكمت المحكمة على المتهمه بالسجن أربعة أشهر تعزيراً بالإضافة إلى مصادرة أموالها والتجهيزات المضبوطة عندها.

٥- عدم وجود سوابق قضائية متعلقة بالشرف والأمانة:

وهذا ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة الثانية: «ألا يكون قد سبق الحكم عليه في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، إلا إذا رُد إليه اعتباره»^(٢)، فالعقوبة تهدف إلى تحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع وإصلاح الجاني لئبتعد عن الأفعال المحظورة، وبالتالي فلا بد من جعل المجتمع بمؤسساته

(١) القضية رقم: (٣٤٤٦٧٦٣) بتاريخ: ٠٥/٠٢/١٤٣٤هـ، مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، ج ٢٣ ص ٣٢٣.

(٢) نظام المهن الصحية: المصدر السابق. المادة (٢).

الحيوية في معزل عن كل شخص يرتكب ما يمس العقيدة أو النفس والعرض أو الكرامة أو الشرف، نظرًا لما قد يؤدي إليه من فساد وإفساد إذا ما تقلد مهمة أو منصبًا يسمح له بالقيام بما يضر الأفراد والمجتمع.

ولهذا وضع النظام السعودي - كغيره من القوانين في العالم - صحيفة للسوابق القضائية تسجل فيها الجريمة التي ارتكبتها الشخص والعقوبة التي نالها بسببها في حالات الجنايات والجناح لمدة معينة من الزمن قبل رد الاعتبار لهم^(١).

لكن - ولأن العقوبة ليست بقصد الانتقام، وإنما للتهذيب وإعادة صياغة سلوك الفرد من جديد حتى يقلع عن ارتكاب الأفعال المجرمة - فلا بد من منح فرصة أخرى للجاني لقبوله في المجتمع وممارسة حقه في الحياة بشكل طبيعي، ولهذا مكن المنظم السعودي الحق في ممارسة مهنة من المهن الصحية بمجرد رد الاعتبار للشخص وفق القواعد والآجال الخاصة بذلك^(٢).

أما عن أصل نظرية السوابق القضائية بالشريعة الإسلامية وفقها، فقد حاول البعض ربطها بالمبادئ العامة لهذا الدين الذي يدعو لحماية المجتمع من الجناة والتعريف بهم حتى يحتاط منهم الناس، وفي هذا ما جاء في الأثر

(١) الحيدري، منى. صحيفة السوابق.. عشرة أمام المطلق سراحهم. مقال على جريدة الرياض. بتاريخ: الأحد ٣ ديسمبر ٢٠١٧م ١٥ ربيع الأول ١٤٣٩هـ.
(٢) القرار الوزاري رقم (٣١٣٠). بتاريخ ٣/٩/١٤٠٨هـ والمعدل بالقرارين الوزاريين: رقم (٦٠٥٧) بتاريخ: ٨/١٠/١٤١٩هـ ورقم (١٨٠٣) بتاريخ: ٢٥/٣/١٤٢٧هـ.

عن الحسن البصري رَحِمَهُ اللهُ: «أترغبون عن ذكر الفاجر، اذكروه بما فيه يجذره الناس»^(١). كما أن هناك من يربطها بنظرية «ما جرى به العمل عند المالكية» كأساس لما تم الحكم به من قبل والأخذ به^(٢).

وفي المقابل فالعديد من الدراسات تؤكد أن الشريعة الإسلامية هي السبّاقة لرد الاعتبار الجنائي والاجتماعي إلى من صدر الحكم بإدانته بجريمة ما وتم تنفيذ العقوبة فيه، ويعد رد الاعتبار محور الحكم الصادر وآثاره في المستقبل، يقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا ﴿٦٨﴾ يُضْعَفُ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدُ فِيهِ مُهَانًا ﴿٦٩﴾ إِلَّا مَنْ تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ عَمَلًا صَالِحًا فَأُولَئِكَ يُبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴿٧٠﴾﴾^(٣)، ويقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ومن أصاب شيئاً من ذلك وعوقب به فهو كفارة له))^(٤). إلى غيرها من الأحاديث والأدلة الشرعية التي تؤكد على سماحة الدين الإسلامي وتقبله للمذنبين والجنحة بعد معاقبتهم وضمان عودتهم للحق والصلاح^(٥).

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية، ج ١٥ ص ٢٨٦.

(٢) الدغثير، عبد العزيز بن سعد (١٤٢٨): حجية السوابق القضائية. مجلة العدل. العدد: ٣٤، ربيع الثاني ١٤٢٨. ص ١٧٤.

(٣) سورة الفرقان، الآيات: ٦٨ / ٧٠.

(٤) صحيح البخاري، باب الحدود، رقم الحديث (٦٢٨٦). المرجع السابق.

(٥) المصري، غيداء (٢٠١٣): إعادة ردا الاعتبار في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة. مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. المجلد: ٢٩. العدد الثالث. ص ٣٨٠ وما بعده.

المطلب الثاني: أهمية شروط مزاولة المهن الصحية في حماية الأفراد والمجتمع:

يتضح مما سبق أن الشروط التي وضعها نظام المهن الصحية ولائحته التنفيذية كلها متوافقة مع ضوابط وشروط الشريعة الإسلامية الغراء ومقاصدها العامة التي تهدف لحفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال، وبالتالي فالسماح لممارسة مهنة من المهن الصحية لا بد أن يكون ضمن شروط دقيقة ومناسبة من أجل ضمان كفاءة وأهلية الممارسين في الميدان الصحي في المملكة حفاظاً على الأفراد والمجتمع، وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة من النظام: «يزاول الممارس الصحي مهنته لمصلحة الفرد والمجتمع»^(١).

فأين تكمن أهمية هذه الشروط ودورها في تحقيق مصلحة الفرد والمجتمع؟

١ - على مستوى الأفراد:

لقد رأينا مما سبق أن المنظم السعودي ركز على أن الترخيص والسماح لممارسة مهنة محددة من المهن الصحية، لا يمكن أن يتأتى إلا بعد مجموعة من الإجراءات التأهيلية، والأوصاف الأخلاقية والمهنية والشرعية التي لا بد أن يتحل بها الممارس الصحي سواء كطبيب عام أو خاص أو ممرض أو مؤهل جسدي أو نفسي أو عقلي.

(١) نظام المهن الصحية: المصدر السابق. المادة (٥).

ولا تخفى أهمية تحقق هذه الشروط وفوائد ذلك على المريض، من خلال ثقته في المنظومة الصحية ككل، وفي الممارس الصحي الذي يتجه إليه من أجل طلب العلاج والتداوي. فالممارس العارف والماهر لا شك أفضل وأنسب من الذي لا يخضع للشروط المهنية والتدريبية المناسبة

﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ﴾^(١).

كما أن ضمان الكوادر الطبية الوطنية أو الزائرة المتعاقد حولها، المناسبة والمتخلقة بالأخلاق الإسلامية العامة من صدق وثقة وحياء وتواضع وغيرها من الصفات والأخلاق التي جاء الدين الإسلامي لتأصيلها في النفس البشرية، سيجعل الفرد يثق في الممارس الصحي الذي سيعرض أمامه حالته ويكشف عليه عورته وأسراره، كما أن خلو السوابق القضائية لدى الممارس ونقاء سريره ضامن آخر لهذه الثقة ومعزز لها.

وأيضاً فتوفر هذه الشروط في الممارس الصحي يضمن بشكل أكبر الحصول على نتائج أفضل وعناية أحسن سواء على مستوى التعامل والإرشادات أو الإجراءات الطبية من عمليات جراحية وتدخلات علاجية^(٢).

(١) سورة الزمر. الآية: ٩.

(٢) السباعي، زهير أحمد والبار، محمد علي. المرجع السابق. ص ٨٧.

٢- على مستوى المجتمع:

إن كل مجتمع على حدة يخلق لنفسه شروط عامة وقواعد ضابطة لكل مجالات الحياة، هذه الشروط التي تكون محط اتفاق بين كل أطراف المجتمع، سواء أكانت مستمدة من فلسفة المجتمع وخصوصياته أو كانت مرتبطة بالإرث التقليدي لهذا المجتمع أو كانت أوامر وضوابط دينية لا يمكن تجاوزها، ولذلك فالمجتمعات الإسلامية العربية، ومنها المجتمع السعودي، تخضع لضوابط عامة مستقاة من الخصوصية العربية العريقة ومن مبادئ الشريعة الإسلامية، إذ إنها المحدد الأول والدستور الأعلى لهذه المجتمعات.

ولهذا نجد أن الشروط التي حددها المنظم السعودي في نظام المهن الصحية تأتي متوافقة لمبادئ الشريعة الإسلامية وضوابطها وفق ما يسمى في الفقه بالطب الإسلامي^(١). وذلك حماية للمجتمع من سلوكيات تتنافى مع هذه المرجعية الدينية، مثلاً من بعض أنواع العمليات الجراحية المحرمة، وبعض الأدوية المرفوضة، وفي تحويل لإجراءات الفحص لتناسب هذه الخصوصية حماية للعفة والحياء خصوصاً فيما يخص طب النساء.

كما أن حفظ الأفراد وحمايتهم صحياً لا يجب أن يكون على حساب المجتمع، وفق القاعدة الفقهية: «لا ضرر ولا ضرار». ولا تخفى أهمية هذه القاعدة في المجال الصحي، ولا سيما في إيجاد التوازن بين حقوق المصلحة الفردية للأشخاص والمصلحة العامة للمجتمع، وفي عدم السماح لكل

(١) انظر في هذا: مطاوع، علي محمد. مدخل إلى الطب الإسلامي. رسالة الإمام. المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية. الطبعة الأولى. ١٩٨٥. ص ٣٥ وما بعدها.

شخص غير مناسب للحقل الصحي حماية للمجتمع لأي ضرر حاصل أو متوقع^(١).

ومما يلاحظ أيضاً أن هذه الشروط تحاول هيكلة النظام الصحي ومنع كل المهن والسلوكيات المنافية للشريعة الإسلامية والأنظمة السعودية، خصوصاً فيما يتعلق بالطب البديل أو الطب التكميلي^(٢)، والذي يستغله البعض كوسيلة للربح والغش والسطو على أفراد المجتمع باسم الرقية أو التداوي بالأعشاب أو بالشعوذة والسحر، أو فيما يخص المراكز الصحية غير المرخص لها، مما قد يؤثر على السلم الاجتماعي للدولة.

وقد دأب القضاء السعودي على تطبيق هذه القواعد، وذلك من خلال التصدي في العديد من الدعاوى القضائية للأعمال غير القانونية، ولعل أهم هذه الأعمال ما يتعلق بالسحر والشعوذة، ففي العديد من القضايا التي صدرت فيها أحكام المحاكم السعودية يُعزَّر كل من يقوم بأعمال السحر والشعوذة بقصد التداوي وعلاج الناس واستغلال ضعفهم في ذلك، ففي حكم قضائي صادر عن المحكمة الجزائية في الرياض^(٣)، على شخص (امرأة) ضبطت وبحوزتها طلاس سحرية بقصد التداوي، وذلك لما في

(١) منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي للشرق الأوسط (٢٠٠٥): الدستور الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية والصحية. الدورة الثانية والخمسون. البند ٨ من جدول الأعمال.

(٢) اللائحة التنفيذية: المصدر السابق. المادة (٣٢).

(٣) القضية رقم (٣٣٦٦١٨٦٥) بتاريخ ١٧/١١/١٤٣٣هـ. مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، الجزء: ٢٧، ص ٣٠٣.

ذلك من مخالفة للشرع الإسلامي وإضرار بالناس واستغلالهم، وقد حُكِمَ عليها بحد السيف لقاء ذلك.



المبحث الثاني ضوابط الممارس الصحي ومسؤولياته

إن التقنين القبلي لولوج المهن الصحية رغم أهميته - كما رأينا - غير كاف لحماية الحقل الصحي وحفظه وجعل ضوابط قانونية ملزمة للممارس الصحي، ولهذا جاء المنظم السعودي بحزمة قواعد أخرى تخص ضبط الممارسة الصحية وأخلاقيات الممارس (المطلب الأول)، وتربطه في حالات مخالفتها مجموعة من المسؤوليات والجزاءات القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أخلاقيات وضوابط الممارس الصحي:

خصص المنظم السعودي الفصل الثاني لنظام المهن الصحية لواجبات الممارس الصحي والضوابط التي على الممارس الصحي التقيد بها والالتزام بها في عمله، وفي هذا المطلب سنتحدث عن هذه الواجبات وارتباطها بالجانب الشرعي ومحاولة تأصيلها من خلاله.

١ - احترام حق المريض في العلاج والرعاية:

يعد المريض هو المستهدف الأول والأخير من كل المهن الصحية، فمصطلحه هي الغاية الكبرى لهذه المهن، وهو هدف الدولة من تأطيرها لهذه المهن وتقنينها لها، وبالتالي فأول واجب من واجبات الممارس الصحي هو احترام المريض وحقه في الحياة وسلامته من المرض وبذل كل ما يلزم من جهد لشفائه منه.

وقد أورد النظام هذا المبدأ في المادة الخامسة، التي تنص على أنه: «يزاول الممارس الصحي مهنته لمصلحة الفرد والمجتمع في نطاق احترام حق الإنسان في الحياة وسلامته وكرامته، مراعيًا في عمله العادات والتقاليد السائدة في المملكة مبتعدًا عن الاستغلال»^(١). وبالعودة لللائحة التنفيذية نجد أن المادة (١-٥) تنص على أن على الممارس أن يحترم حقوق المريض وفقًا للمبادئ الشرعية والمعايير الطبية المعتمدة^(٢).

فعلى الممارس أن يقدم الرعاية الصحية اللازمة لمرضاه، والتي تقتضيها حالتهم المرضية بدقة وإتقان ساعياً لتحقيق مصلحة المريض، محترماً كرامته، وذلك في إطار الأخلاق التي تملئها الشريعة الإسلامية ويمليها الواجب المهني، وذلك من خلال العديد من السلوكيات، التي منها حُسن معاملة المريض، بحسن الاستقبال والانصات له والتخفيف عنه، والمساواة في المعاملة والحذر من المخالفات الشرعية، من كشف للعورة من غير حاجة^(٣)، وهذه من الأمور التي دعا إليها الشرع الإسلامي، بحيث إنه دعا إلى بذل الجهد في إنقاذ الأرواح وإحياء النفس البشرية، بل وجعل ذلك بمثابة إحياء الناس جميعاً ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾^(٤)، علماً بأن الإحياء في الإسلام لا يقتصر فقط على الإحياء الجسدي، وإنما

(١) نظام المهن الصحية: المصدر السابق. المادة (٥).

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام المهن الصحية: المصدر السابق. المادة (١٥).

(٣) الهيئة السعودية للتخصصات الصحية: أخلاقيات الممارس الصحي، المرجع السابق. ص ١٤.

(٤) سورة المائدة: الآية: ٣٢.

يشمل كذلك الإحياء النفسي والروحي والعقلي والاجتماعي^(١)، وكلها من مهام الممارس الصحي وأدواره التي لا بد من الوفاء بها باعتبارها عقداً بين الممارس الصحي والدولة أولاً، وبين الممارس والمريض ثانياً، وفي ذلك يقول تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢).

كما دعا أيضاً إلى طمأنة الذين يعيشون في عسر أو مرض، وهذا ما نستشفه في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((يسروا ولا تعسروا، بشروا ولا تنفروا))^(٣). كما أن الشرع الإسلامي يدعو إلى الكلام الطيب المطمئن، قال تعالى: ﴿وَقُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا﴾^(٤). فالمعاملة بالحسنى للمرضى والصبر عليهم أمور شرعية دعا إليها الله ورسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

ولعل هذه المبادئ الشرعية نجدها في نظام مزاوله المهنة الصحية وفي الواجبات التي حددها للممارس الصحي، ففي المادة الخامسة عشرة نجده ينص على أنه: «يجب على الممارس الصحي أن يجري التشخيص بالعناية اللازمة مستعيناً بالوسائل الفنية الملائمة، وبمن تستدعي ظروف الحالة الاستعانة بهم من الأخصائيين أو المساعدين، وأن يقدم للمريض ما

(١) منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي للشرق الأوسط. المرجع السابق. ص ٢.

(٢) سورة المائدة. الآية: ١.

(٣) رواه البخاري. كتاب العلم، باب ما كان النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يتخولهم بالموعظة والعلم كي لا ينفروا. ج ١ ص ٢٥، رقم الحديث (٦٩).

(٤) سورة البقرة. الآية: ٨٣.

يطلبه من تقارير عن حالته الصحية، ونتائج الفحوصات مراعيًا في ذلك الدقة والموضوعية»^(١).

كما أن هذه العناية تشمل كذلك - حسب النظام^(٢) - تقديم مساعدة لكل مريض يشهد أو يعلم الممارس الصحي أنه في حالة خطيرة، أو أن يتأكد من أنه يتلقى الرعاية الصحية والعناية الضرورية. وذلك دون طلب أتعابه مقدمًا^(٣). فدرأً المفسدة التي هي المرض وحالة الخطورة أولى من جلب المصلحة التي هي الأتعاب والمقابل الذي سيحصل عليه الممارس الصحي جراء خدمته تلك.

٢- احترام السر المهني:

إذا كانت كل الوظائف والمهن تعطي أهمية للسر المهني وضرورة الحفاظ عليه، فإن هذا الأمر أكثر أهمية وأكثر خطورة في المجال الصحي، باعتبار أن الممارس الصحي يحصل على أسرار المرضى وخصوصياتهم، ولهذا جعل المنظم السعودي من ضوابط الممارسة الصحية التزام الممارس بكتمان السر المهني وحفظه، سواء بالنسبة للمريض أو في إطار المصلحة ومعلوماتها السرية.

(١) نظام مزاوله المهن الصحية: المصدر السابق. المادة (١٥).

(٢) نظام مزاوله المهن الصحية: المصدر السابق. المادة (٨).

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام مزاوله المهن الصحية. المادة (٨١).

ففي اللائحة التنفيذية نجد أنه يحظر على الممارس تصوير أو نشر العمليات الجراحية أو الإجراءات العلاجية للمريض^(١)، كما أن نفس اللائحة في المادة (١٨-٢) نصت على أنه: «على الممارس الصحي عدم إفشاء الأسرار الطبية الخاصة بالمريض أو تفاصيل حالته الطبية إلا للمريض نفسه أو ذويه أو من يحدده المريض»^(٢).

فإفشاء سر المريض يعد انتهاكاً للأمانة والثقة مما يؤدي لزعزعة الرابطة وضعفها بين المريض وطبيبه أو ممرضه، كما أنه قد يؤدي المريض ويسبب له ضرراً مادياً أو معنوياً، وهذا منافع للقاعدة الفقهية: «لا ضرر ولا ضرار».

غير أنه في بعض الحالات الخطيرة قد يكون كشف السر من مصلحة المريض ووسيلة لإنقاذه وهذا مباح طبعاً من انطلاقاً من القاعدة الفقهية: «الضرورات تبيح المحظورات». كما أن هذا يدخل ضمن المقصد من هذا الإفشاء والذي هو الخير للمريض، والشرع ينص على أن: «الأمور بمقاصدها» و«الأعمال بالنيات».

٣- الإبلاغ عن الحالات المصابة جنائياً أو بأمراض معدية:

إذا كان من واجب الممارس الصحي -كما رأينا- أن يحافظ على السر المهني للمريض، فإنه في بعض الحالات يكون لزاماً عليه أن يبلغ عن

(١) اللائحة التنفيذية: المصدر السابق. المادة (٣٥). وقد وضعت ذات المادة مجموعة من الضوابط التي تسمح بهذا النشر، أهمها موافقة المريض، ثم استغلالها لأبحاث علمية ودراسات أكاديمية.

(٢) اللائحة التنفيذية: المصدر السابق. المادة (٢١٨).

الحالات التي تكون الإصابة فيها نتيجة عن جريمة أو التي تكون فيها حالات لأمراض معدية.

وهذا ما نصت عليه المادة الحادية عشرة من نظام مزاوله المهن الصحية السعودي من أنه: «يجب على الممارس الصحي فور معاينته لمريض مشتبه في إصابته جنائياً، أو إصابته بمرض معد، أن يبلغ الجهات الأمنية، والصحية المختصة»^(١)، فهذا الأمر فيه تقديم لمصلحة المجتمع وحماية له، إذ إن المصلحة العامة، والتي هي إجراء التحقيق في الفعل الجنائي أو حماية المجتمع من المرض المعدى، وهذا أولى من المصلحة الخاصة التي هي عدم إفشاء السر الخاص بالمريض.

وهذا الأمر هو نفس توجه الشرع الإسلامي، والذي يزرع بمجموعة من القواعد والنصوص التي لها نفس التطبيق والغاية ومنها: «درء المفسد أولى من جلب المصالح»، فالمفسدة هنا أولى من مصلحة المريض في حفظ سره، وكذا قاعدة: «أهون الشرين»^(٢)، فلا شك أن الأهون هو إفشاء السر والتبليغ عن الحالة وتفصيلها لحماية للمجتمع من ويلات أمراض معدية أو أفعال جرمية تهدد سلامة الأفراد والمجتمع.

(١) نظام مزاوله المهن الصحية: المصدر السابق. المادة (١١).

(٢) أبو هرير، عاتف محمد. فقه الطب وأخلاقيات الطبيب. كلية الشريعة والقانون. الجامعة الإسلامية بغزة. الطبعة الأولى. ٢٠٠٨. ص ١٤.

٤- عدم ممارسة أي مهنة أخرى:

وهو ما يسمى حالة التنافي في النظام، إذ إنه يمنع على الممارس الصحي أن يمارس أي مهنة صحية أخرى، بل وأي مهنة عامة أو خاصة أخرى تتعارض مزاولتها مع المهن الصحية، وقد نصت المادة الثانية عشرة من النظام والمادة (١٢-١) من اللائحة التنفيذية على هذا الشرط، إذ تنص الأخيرة على أنه: «لا يجوز للممارس الصحي ممارسة أكثر من مهنة صحية واحدة حتى لو كان حاصلًا على مؤهلاتها»^(١).

كما يحظر عليه الحصول أيضًا على أي منفعة لقاء الترويج لعمله، أو الالتزام بوصف أدوية أو أجهزة أو توجيه المرضى إلى صيدلية معينة قصد تحقيق الربح جراء ذلك، أو مستشفى أو مختبر محدد، أو ما في حكم ذلك.

هذا الأمر يرجع سببه إلا أن عمل الممارس الصحي هو عمل عام ذو طابع اجتماعي، ولو كان في إطار عيادة خاصة. وبالتالي لا بد من عزل الممارس عن كل ما من شأنه أن يؤثر على عمله ويعطيه الصبغة التجارية الربحية.

ولعل الحكمة الشرعية من هذا الشرط تكمن في اتقاء الشبهات، والابتعاد عن كل ما قد يؤثر بالسلب على مهنة الطب والتمريض، فلا شك أن الشخص الذي يزاول مهنة أخرى، قد يشتمت مهاراته ولا يركزها على

(١) نظام مزاوله المهن الصحية ولائحته التنفيذية: المصدرين السابقين.

مهنة واحدة، وقد تُستغل المهنة العامة من أجل توسيع وزيادة المهنة الخاصة، وذلك بتوجيه المرضى لها واستغلالهم لأغراض ربحية مادية.

كما أن مزاوله أي دعاية للمهنة يدخل في مجال الشبهات التي قد تؤدي إلى التغير بالمرضى. وهذا ما تحدثت عنه المادة العاشرة من ذات النظام بقولها: «أ- يحظر على الممارس الصحي في غير الحالات التي تحددها اللائحة التنفيذية الإعلان عن نفسه والدعاية لشخصه مباشرة أو بالوساطة. ب- يحظر على الممارس الصحي أن يسجل على اللوحات، أو البطاقات، أو الوصفات الطبية، أو الإعلانات ألقاباً علمية، أو تخصصات لم يحصل عليها وفقاً للقواعد المنظمة لها»^(١).

وقد دعا الإسلام للابتعاد عن كل ما فيه شك وشبهة. ففي حديث المصطفى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه))^(٢)، كما أنه يروى عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قوله: «كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام»^(٣).

فجاء نظام مزاوله المهن الصحية بهذا الضابط الشرعي القانوني لحماية للمرضى وللمهنة من أي استغلال غير مشروع. كما أن الدين حرم الكذب وادعاء ما ليس واقعياً أو غير موجود في الحقيقة، ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ

(١) النظام الخاص بمزاوله المهن الصحية: المصدر السابق. المادة (١٠).

(٢) رواه البخاري، كتاب الإيمان، فضل من استبرأ لدينه. ج ١ ص ٢٠، رقم الحديث (٥٢). المرجع السابق.

(٣) إحياء علوم الدين للغزالي، ج ١ ص ٤.

أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿٣﴾^(١)، فادعاء شهادات ودرجات علمية غير متحصل عليها يدخل في باب الكذب والبهتان الذي هدفه التغيرير بالمرضى.

٥- إجراء الفحوصات والعلاج في الأماكن المخصصة لها:

نظراً لأن مهنة الممارس الصحي تتعلق بوسط معين تتوفر فيه شروط صحية، وتتوفر أدوات وأجهزة ووسائل محددة. فإن المنظم قد منعه من إجراء أي فحوصات أو علاجات في الحالات العادية، سواء بمقابل مادي أو حتى بدونه، إلا في الأماكن المخصصة لها.

فالمادة الثالثة عشرة تنص على أنه: «لا يجوز للممارس الصحي -في غير الحالات الطارئة - إجراء الفحوص، أو العلاج بالمقابل أو بالمجان في الصيدليات، أو الأماكن غير المخصصة لذلك»^(٢).

كما أنه يمنع عليه في هذا الإطار بيع الأدوية للمرضى أو العناية الطبية^(٣)، لأن هذا ليس من تخصصه، وفيه إمكانية للمتاجرة واستغلال المهنة للبيع والشراء في مجال حساس هو مجال الصحة والطب.

وهذا فيه -أولاً- حماية للمريض وضمان لحقه في العلاج والفحص في ظروف مناسبة وفي وسط تتوفر فيه الأدوات والوسائل التي تسهل العمل، وتؤدي إلى إعطاء نتائج أفضل، وذلك ضمن المبدأ العام في الدين والقانون،

(١) سورة الصف. الآية: ٣.

(٢) النظام الخاص بمزاولة المهن الصحية: المصدر السابق. المادة (١٣).

(٣) النظام الخاص بمزاولة المهن الصحية: المصدر السابق. المادة (١٤).

مصدقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾^(١)، كما أنه فيه -ثانياً- قطعاً لكل وسائل الاستغلال التي قد تمارس على المريض، من نصب أو احتيال عليه عبر إقامة أماكن غير قانونية لإجراء فحوصات وعلاجات غير مرخص لها، وهذا فيه درء للشبهة كما أسلفنا من قبل.

٦- إمكانية الاعتذار عن العلاج لأسباب مهنية أو شخصية مقبولة:

من الضوابط المهمة التي نص عليها نظام مزاوله المهن الصحية، إمكانية اعتذار الممارس الصحي عن تقديم العلاج، عندما تكون له أسباب مهنية، كصعوبة المرض الذي يعاني منه المريض أو عدم قدرته مهنيًا على تقديم ما يلزم، أو لأسباب شخصية كمرضه أو وجود مشاكل شخصية تفقده تركيزه. وذلك بشرط ألا تكون الحالة المقدمة أمامه حالة حرجة ومستعجلة أو خطيرة^(٢).

وقد بينت اللائحة التنفيذية لنظام مزاوله المهن الصحية أنه: «لا يعد من الأسباب المقبولة للاعتذار المبني على اختلاف الدين أو اللون أو الجنس أو العرق»^(٣).

(١) سورة الإسراء، الآية: ٧٠.

(٢) نظام مزاوله المهن الصحية. المادة (١٦).

(٣) اللائحة التنفيذية. المادة (١٦١).

كما أنه يجب على الممارس الصحي قبل أن يقدم اعتذاره للمريض أو ذويه عن متابعة العلاج أن يتأكد من عدم حصول ضرر للمريض وإبلاغ من يلزم لضمان استمرار الخطة العلاجية التي بدأها.

وقد سلك المنظم السعودي في هذا الضابط مسلك القاعدة الفقهية التي نصها: «الضرورة تقدر بقدرها»^(١)، فمتى كان الطبيب مضطراً لأسباب شخصية أو مهنية له، ولم تكن حالة المريض خطيرة، جاز له الاعتذار على تقديم العلاج، وفي هذا تيسير وتقدير للضرورة التي دعت له للرفض، قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٢).

وفيه أيضاً حماية لهذا المريض من التعرض للعلاج من طرف ممارس صحي له أسباب قد تشتت ذهنه أو قد تضعف انتباهه. وذلك تطبيقاً للقاعدة الفقهية: «الأمر بمقاصدها»، فالمقصد هو المريض ومصالحته، ثم مصلحة الممارس أيضاً باعتباره إنساناً يقوى ويضعف.

٧- كشف كل المعلومات اللازمة للمريض أو ذويه:

فالممارس الصحي مطالب بضرورة إخبار المريض أو من معه بأي إجراء طبي أو بأنه يريد استشارة طبيب أو مساعد آخر^(٣)، إلا في الحالات الخطيرة،

(١) أقرع، انتصاف عبد العزيز عبد الرحمان. فقه الطبيب المسلم وأخلاقه في المسائل الطبية المستجدة. رسالة ماجستير في الدراسات الإسلامية المعاصرة. جامعة القدس. فلسطين. ٢٠٠٧. ص ٩٠.

(٢) سورة البقرة. الآية: ٢٨٦.

(٣) نظام مزاوله المهن الصحية: المصدر السابق. المادة (١٧).

فالقاعدة المتبعة دائماً هي: «الضرورات تبيح المحظورات»، فالمادة التاسعة عشرة تنص على أنه: «يجب ألا يجري أي عمل طبي لمريض إلا برضاه، أو بموافقة من يمثله أو ولي أمره إذا لم يعتد بإرادته هو».

كما أنه عليه أن يبين للمريض ومن معه مضاعفات أي علاج أو دواء أو عملية جراحية قبل بدايتها^(١)، أي أن المريض لا بد أن يكون على علم بكل ما يجب فعله وبما سيفعله الطبيب، ومن حقه أن يكون على اطلاع بكل ما يخص حالته الصحية وإجراءات العلاج والفحص، وهذا من باب الصدق الذي يجب أن يكون بين المريض وطيبه، فكما يقول ابن سينا: «الطبيب لا يكذب لأن الكذب خيانة، والطبيب عن الخيانة بمعزل»^(٢).

٨- البحث العلمي والتنمية المعرفية:

فتطور الميدان الطبي وبروز أنواع جديدة من الأمراض والفيروسات والتقدم على مستوى العلاجات والوسائل التقنية في الطب، يجعل على الممارس الصحي أن يعمل على تنمية معلوماته دائماً وتطوير مهاراته والبحث العلمي بما ينفع الأفراد والمجتمع^(٣).

وقد بينت المادة (٧-١) من اللائحة التنفيذية أنه تُنمى المعلومات عن طريق حضور المؤتمرات والندوات العلمية والتدريبية والمحاضرات والمشاركة في البحوث وتوفير مصادر المعلومات للممارسين الصحيين، كما

(١) اللائحة التنفيذية لنظام مزاوله المهن الصحية: المادة (١١٨).

(٢) أقرع، انتصاف عبد العزيز عبد الرحمان (٢٠٠٧): المرجع السابق. ص ٥٨.

(٣) نظام مزاوله المهن الصحية: المصدر السابق. المادة (٧).

أن هذا يؤخذ ذلك في الاعتبار عند النظر في الترقيات أو إعادة التسجيل أو تجديد الترخيص بمزاولة المهنة، وهذا تشجيعاً على البحث والتعلم المستمر والتكوين الدائم.

ومما لا شك فيه أن هذا الضابط متوافق مع العديد من النصوص الدينية التي تشجع على التعلم والعلم والبحث العلمي في كل ما ينفع الناس، يقول تعالى: ﴿قُلْ سِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانظُرُوا كَيْفَ بَدَأَ الْخَلْقَ﴾^(١)، إلى غيرها من الآيات والأحاديث التي ترفع من قدر العلم والبحث العلمي وترغب فيه.

٩- الامتناع عن العلاجات والإجراءات المحرمة شرعاً:

ومن ذلك على سبيل الذكر: تجريم المنظم السعودي للإجهاض إلا وفق ضوابط شرعية محددة ودقيقة، فبالعودة للمادة الثانية والعشرين نجد أن المنظم السعودي ينص على أنه: «يحظر على الطبيب إجهاض أي امرأة حامل إلا إذا اقتضت ذلك ضرورة إنقاذ حياتها، ومع ذلك يجوز الإجهاض إذا لم يكن الحمل أتم أربعة أشهر، وثبت بصورة أكيدة أن استمراره يهدد صحة الأم بضرر جسيم، وثبت هذا الأمر بقرار من لجنة طبية تشكل طبقاً للشروط والأوضاع التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا النظام»^(٢).

وقد فصلت اللائحة التنفيذية الخاصة بهذه المادة فيها وفي ضوابطها، بحيث إن الأصل هو التحريم والمنع؛ نظراً لما في الأمر من قتل للأرواح التي

(١) سورة العنكبوت، الآية: ٢٠.

(٢) نظام مزاوله المهن الصحية: المصدر السابق. المادة (٢٢).

حرم الله. غير أنه فتح الباب بالإباحة في حالات ضيقة جداً ترتبط بوجود مبرر شرعي، من نحو تهديد حياة الأم، كما أنه أجازها في مراحلها الأولى قبل الأربعين يوماً خشية المشقة في تربية الأولاد والعجز^(١).

ولعل المنظم السعودي في هذا الضابط حاول التوافق بين مبدأ شرعي عام، وهو تحريم قتل النفس ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِمَّنْ إِمْلَقَ فَنَحْنُ نَرِزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَدَّكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾^(٢)، وبين المبادئ العامة للشريعة الإسلامية التي تعبر عنها القواعد الفقهية: «أهون الشرين»، «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» و«إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما»، فهذه القواعد التي هي من مقاصد الشريعة الإسلامية وكلياتها العامة تؤكد على أنه في حالة تعارض شرين أو مفسدتين مثل: موت الأم، موت الجنين. فإنه يرضى أشدها ويرتكب أهون الشرين. كما أن ولادة طفل في ظروف شديدة وفي معاناة محققة أكبر مفسدة من إجهاضه قبل أن يتحول إلى كائن به روح بعد الأربعين يوماً.

إن الملاحظ على هذه الضوابط والواجبات التي نص عليها النظام ولائحته التنفيذية، أنها ضوابط متوافقة مع الشرع ومع مقاصد الشريعة

(١) اللائحة التنفيذية للنظام. المواد: ٢٢/١-٢-٣-٤، وذلك انطلاقاً من قرار هيئة كبار العلماء رقم (١٤٠) بتاريخ: ٢٠/٠٦/١٤٠٧هـ.

(٢) سورة الأنعام: الآية: ١٥١.

الإسلامية وغاياتها التي تتمثل في حفظ كرامة الإنسان وحفظ دينه ونفسه وعقله وعرضه وماله. فهذه الكليات الخمس يمكن ملامستها في ضوابط الممارس الصحي وواجباته أثناء القيام بواجبه الديني والإنساني العظيم.

المطلب الثاني: مسؤوليات الممارس الصحي:

يخضع كل شخص في إطار الوظيفة العامة لثلاثة أنواع من المسؤوليات نتيجة لإخلاله بالتزاماته وبضوابط عمله، وكذلك فالممارس الصحي يخضع لهذه الأنواع الثلاثة من المسؤوليات: المدنية والجزائية والتأديبية.

أولاً: المسؤولية المدنية:

تنقسم المسؤولية المدنية في الأصل إلى قسمين كبيرين، وهما: المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية^(١). فإذا كانت الأولى هي تلك المسؤولية التي تكون عن الإخلال بالعقد وعدم الوفاء به^(٢)، كالطبيب مثلاً الذي يتعاقد مع شخص في عملية تجميلية ثم لا يتم الوفاء بالعقد وما اتفق حوله، أما الثانية فتكون بدون عقد إذا ما ثبت تقصير الشخص وعدم قيامه بما يلزم، وقد نص عليها المنظم السعودي في نظام المعاملات المدنية، حيث جاء

(١) الزقرد، أحمد السعيد. (٢٠١٥). شرح نظام المعاملات المدنية السعودي، الكتاب الأول / مصادر الالتزام: دراسة في العقد والمسؤولية المدنية. مكتبة الرشد ناشرون. الطبعة الثانية. ص ١٨٨ و ١٩٠.

(٢) وقد تم النص عنها وأحكامها في نظام المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ، قرار مجلس الوزراء رقم (٨٢٠) وتاريخ ٢٤/١١/١٤٤٤هـ. المواد من: ١٧٠ إلى ١٨٠.

في المادة العشرين بعد المائة: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يُلزم من ارتكبه بالتعويض»^(١)، ومثالها الطبيب الذي يتسبب في موت مريض بسبب أنه لم يقيم بمراقبته والعناية به.

وتقوم المسؤولية المدنية في كلتا الحالتين على تعويض الأضرار التي لحقت المريض أو عائلته في حالة ثبوت حصولها وتحقق شروطها. وقد عرفت اللائحة التنفيذية لنظام مزاوله المهن الصحية السعودي المسؤولية المدنية بعددّها: «إخلال الطبيب بالتزام يقع على عاتقه بموجب القانون (النظام)، وينتج عن هذا الإخلال ضرر لشخص آخر، وهذا الضرر يتطلب التعويض لجره. وينشأ الالتزام في عمل الطبيب من القوانين المنظمة لمهنة الطب، بالإضافة إلى العقد الطبي بين الطبيب والمريض، حيث يلتزم الطبيب ببذل العناية الطبية المطلوبة وتقديم العلاج اللازم للمريض. فإذا ارتكب الطبيب أي خطأ طبي ونتج عنه ضرر للمريض فيرتب على ذلك قيام المسؤولية المدنية (تقصيرية أو عقدية) على الطبيب، ويلتزم الطبيب بجبر الضرر عن طريق التعويض المادي، والتعويض يتم تحديده من قبل (الهيئة الصحية الشرعية)^(٢) وهي الجهة القضائية المختصة بالنظر بالأخطاء

(١) المملكة العربية السعودية. (٢٠٢٣). نظام المعاملات المدنية. الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ، قرار مجلس الوزراء رقم (٨٢٠) وتاريخ ٢٤/١١/١٤٤٤هـ.

(٢) وهي جهة قضائية مختصة بالنظر في قضايا الأخطاء الطبية، إلا أن المملكة العربية السعودية نقلت هذه الاختصاصات من ديسمبر ٢٠٢٢م للقضاء العام، انظر في هذا:

الطبية»^(١). فالمسؤولية المدنية التقصيرية للممارس الصحي تقوم على ثلاثة أركان وهي: الخطأ، الضرر، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر^(٢).

والأصل في الالتزام للممارس الصحي في القانون السعودي هو بذل العناية الطبية واليقظة، اللذين يخرجه عن دائرة الإهمال والخطأ^(٣)، وذلك راجع لطبيعة العمل الذي هو العلاج والشفاء الذي يعود في الأول والأخير إلى الله تعالى: ﴿وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ﴾^(٤)، وبالتالي فالمطلوب من الطبيب والممارس الصحي فقط هو العناية وبذل ما يلزم طلباً للشفاء وأملاً فيه، بحيث يقدم كل جهده في تحقيق الشفاء. دون أن يضمن تحقق هذا الشفاء.

وتقع المسؤولية على الممارس الصحي إذا تبين تقصيره في القيام بما يجب، مثلاً أن ينقل عدوى للمريض دون أن يقوم بالاحتياطات الواجبة لمنع ذلك، أو حين يقصر في مراقبة مختل عقلياً ويسبب هذا الأخير ضرراً لشخص آخر. كما أن المنظم السعودي أعطى أمثلة لهذه الأخطاء التي تلزم الطبيب بالتعويض في المادة السابعة والعشرين من نفس النظام^(٥).

(١) اللائحة التنفيذية لنظام مزاوله المهن الصحية: المصدر السابق. هامش الفرع الأول من الفصل الثالث.

(٢) السنهوري، عبد الرزاق. (١٩٥٢). الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول: مصادر الالتزام. دار احياء التراث العربي، لبنان. ص ٦١٣.

(٣) نظام مزاوله المهن الصحية: المصدر السابق. المادة (٢٦).

(٤) سورة الشعراء، الآية: ٨٠.

(٥) انظر في هذا: المادة (٢٧) من نظام مزاوله المهن الطبية: المصدر السابق.

أما من ناحية الفقه الإسلامي، فللمسؤولية المدنية للطبيب والممارس الصحي أسس شرعية، من حيث إن الفقه الإسلامي قد أسس لهذه المسؤولية من خلال القاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»، فالتسبب في الضرر يتحملة، كما أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: ((من تطب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن))^(١).

ثانياً: المسؤولية الجزائية:

رتب المنظم السعودي على مخالفة ضوابط وشروط مزاوله المهن الصحية إضافة إلى المسؤولية المدنية والتعويض للطرف المتضرر، مسؤولية جزائية تقوم على العقوبة الحبسية والغرامة المالية. وتقوم المسؤولية الجزائية على ثلاثة أركان وهي:

١- الركن المادي: وهو الفعل المجرّم قانوناً. كمارسة أحد المهن الصحية بدون ترخيص قانوني^(٢).

٢- الركن القانوني: أي أن يكون الفعل منصوصاً عليه في نص قانوني بتجريمه وبالعقاب المخصص له، وهو ما يطلق عليه قانوناً «مبدأ

(١) ابن عبد الهادي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد المقدسي الحنبلي. المحرر في الحديث. تحقيق: يوسف عبد الرحمن المرعشلي، محمد سليم إبراهيم سمارة، جمال حمدي الذهبي. دار المعرفة بيروت، الطبعة الثالثة. ٢٠٠٠. ج ٢ ص ٥١٥، رقم الحديث (١١٣٠). قال المحدث: وفي إسناده اختلاف، وقد تكلم فيه الطحاوي، وقال ابن عبد البر: هو مشهور حدث به الأئمة الثقات.

(٢) المادة (٢٨) من نظام مزاوله المهن الصحية السعودي.

الشرعية». حيث لا يمكن معاقبة الممارس الصحي في فعل غير مجرم قانوناً، كما لا يمكن معاقبته بعقوبة غير منصوص عليها.

٣- الركن المعنوي: أي وجود نية مخالفة القانون، ويسمى أيضاً بالقصد الجنائي لدى مرتكب الجرم أو المخالفة^(١).

وقد نص النظام على مجموعة من المخالفات التي يعاقب عليها جزائياً^(٢)، ومنها: مزاوله المهنة بدون ترخيص - تقديم بيانات غير مطابقة للحقيقة - استعمال وسيلة من وسائل الدعاية - انتحال لقب من الألقاب التي تطلق على مزاولي الطب - ممارسة طرق تشخيص أو علاج غير معترف بها - الامتناع عن علاج المريض بدون مبرر - إفشاء السر المهني.. إلى غيرها من المخالفات المرتبطة بالأساس بالشروط والضوابط التي وضعها المنظم من قبل لمزاوله هذه المهنة وبالواجبات التي ألزم بها الممارس الصحي، وهذا ما نص عليه المنظم بقوله: «كل مخالفه لأحكام هذا النظام أو لائحته التنفيذية لم يرد نص خاص في هذا النظام على عقوبة لها؛ يعاقب مرتكبها بغرامة لا تتجاوز عشرين ألف ريال»^(٣).

(١) الزهراني، عمر بن أحمد. المسؤولية المهنية للممارس الصحي عن الأخطاء الطبية. المجلة العربية للنشر العلمي. عدد: ٢٩. ٢٠١٩. ص ٣٤٥.

(٢) نظام مزاوله المهن الصحية السعودي: المصدر السابق. المادة (٢٨).

(٣) نظام مزاوله المهن الصحية: المصدر السابق. المادة (٣٠).

ثالثاً: المسؤولية التأديبية:

المسؤولية التأديبية - حسب النظام^(١) - هي المساءلة عن إخلال الطبيب بسلوكه المهني الذي نصت عليه أخلاق وآداب المهنة من الصدق والإخلاص وغيرها، أي أن يقوم الطبيب بفعل يمثل خروجاً على مقتضيات واجبات وظيفته، فقيام المسؤولية المدنية أو الجنائية أو عدم قيامها يمكن أن يكون الممارس الصحي محلاً للمساءلة التأديبية من طرف إدارته، في حالة مخالفته لأصول المهنة وضوابطها الأخلاقية والمهنية وآدابها العامة^(٢).

وقد نص المنظم السعودي على ثلاثة أنواع من العقوبات التأديبية التي يمكن للإدارة أن توقعها على الممارس الصحي، وهي:

١- الإنذار،

٢- غرامة مالية لا تتجاوز عشرة آلاف ريال،

٣- إلغاء التراخيص الخاصة بمزاولة المهنة، وشطب الاسم من سجل المرخص لهم^(٣).

(١) اللائحة التنفيذية لنظام مزاوله المهن الصحية: المصدر السابق. هامش الفرع الثالث من الفصل الثالث.

(٢) نظام مزاوله المهن الصحية: المصدر السابق. المادة (٣١).

(٣) المادة (٣٢) من نظام مزاوله المهن الصحية السعودي. ومن السوابق في هذا أن وزارة الصحة كشفت في السابع من يوليو عن معاقبة أحد المخالفين في منطقة تبوك تأديبياً بشطب اسمه من سجل المرخص لهم، وعدم جواز التقديم بطلب ترخيص جديد إلا =

إنها إذن مجموعة من الضمانات والمسؤوليات التي جعلها المنظم السعودي في نظام المهن الصحية ولائحته التنفيذية، وذلك ضماناً للالتزام بالشروط والضوابط التي حددها المنظم للمهن الصحية والممارس الصحي.



= بعد انقضاء سنتين على الأقل من تاريخ صدور قرار الإلغاء، وغرامة مالية مقدارها ٢٠,٠٠٠ ريال تودَع في الخزينة العامة للدولة، وذلك بعد أن رصدت فرق الالتزام بالوزارة مخالفات جسيمة تتمثل في قيام الممارس الصحي المدعى عليه بالانسحاب من مناوبته المحددة من جدول المناوبات بالمستشفى بلا عذر مقبول. اطلع على الخبر بتاريخ ٢٢/٠/٢٠٢٤ من صحيفة سبق السعودية:

<https://sabq.org/saudia/8ua6l77we8>

الخاتمة

بعد دراسة وتحليل الشروط والضوابط ومسؤولية الممارس الصحي في ظل الفقه الإسلامي ونظام مزاوله المهن الصحية السعودي، خلص الباحث لمجموعة من النتائج والتوصيات، وهي:

أولاً: نتائج الدراسة:

لقد تبين من هذه الدراسة أن المنظم السعودي استطاع من خلال نظام مزاوله المهن الصحية ولائحته التنفيذية أن يقدم إطاراً نظامياً يتضمن مجموعة من القواعد والشروط العامة والمجردة التي تحدد عمل الممارس الصحي من خلال استنباطها من قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها، سواء من خلال ضوابط ولوجه لأحد المهن الصحية، أو قواعد وشروط الممارس أثناء القيام بعمله الإنساني النبيل.

كما اتضح أن ضوابط وشروط مزاوله المهن الصحية مهمة جداً لتحقيق أهداف المنظومة الصحية ومقاصدها الإنسانية العامة، ولتحقيق مصلحة المريض الذي هو ديدن القانون والدين، وهو الهدف الذي تسعى المؤسسات الصحية إليه، ففيه بسط للسلم الاجتماعي والأمن الروحي للأفراد والمجتمع، وهو السبيل لتقوية ثقة المواطن في الدولة وفي مؤسساتها ككل، ولذلك كان القضاء السعودي آلية لحماية تطبيق قواعد نظام ممارسة المهن الصحية، حيث تصدى في مجموعة من القضايا للمخالفات

والخروقات التي يقوم بها البعض في انتحال لهذه المهنة أو استغلالها أو عدم الانضباط بضوابطها. وذلك في إطار المسؤولية المدنية والجزائية.

ثانياً: توصيات الدراسة:

نقف عند بعض التوصيات التي نراها مناسبة للمزيد من التطوير في موضوع البحث.

- ضرورة وضع قواعد عقابية خاصة تتناسب مع خصوصية المهنة الطبية وصعوبة إثبات المسؤولية فيها من طرف المريض على الممارس، وبالتالي الحاجة إلى منح حرية في الإثبات والأخذ بمبدأ «مسؤولية تحقيق النتيجة عوض بذل عناية» كلما أمكن ذلك.

- إن تنامي القضايا المرتبطة بالصحة والنزاعات حولها، يجعل من الأولوية أن تفكر الدولة في وضع نظام قضائي مستقل «دوائر صحية» يكون اختصاصها النظر في القضايا التي يكون طرفها أو أطرافها ممارساً أو ممارسين صحيين.

قائمة المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم.
٢. إحياء علوم الدين. أبو حامد، محمد بن محمد الغزالي الطوسي. الناشر: دار المعرفة - بيروت. د.ت.
٣. المسؤولية التقصيرية للممارس الصحي في النظام السعودي. آل عزام، سعد ناصر؛ ومحمد، أحمد محمد علي بشير. المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث - مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، ٦ (١١). ٢٠٢٢م.
٤. أخلاق الطبيب. الرازي، أبو بكر محمد بن زكريا. تحقيق عبد اللطيف محمد العبد. مكتبة دار التراث، القاهرة. الطبعة الأولى. ١٩٧٧م.
٥. أخلاقيات مزاوله مهنة الطب من وجهة نظر المقاصد الشرعية الإسلامية. كزول، عمر حسن. مقالة قدمت في المؤتمر العلمي العالمي، دورة عمان الأردن. بتاريخ: ١٧ يوليو ٢٠٠٤م.
٦. إعادة ردا الاعتبار في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - المصري، غيداء. مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. المجلد: ٢٩. العدد الثالث. ٢٠١٣م.
٧. الاعتصام. الإمام الشاطبي، إبراهيم محمد بن موسى. تحقيق محمد رشيد رضا. المكتبة التجارية الكبرى. الجزء الأول. ١٣٣٢هـ.
٨. باختصار. محفوظ، محمد جمال الدين. مجلة الوعي الإسلامي. عدد: ٤٢٦. بتاريخ: صفر ١٤٢٢هـ.
٩. حجية السوابق القضائية. الدغيشر، عبد العزيز بن سعد مجلة العدل. العدد: ٣٤، ربيع الثاني ١٤٢٨هـ.

١٠. الدستور الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية والصحية، منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي للشرق الأوسط. الدورة الثانية والخمسون. البند ٨ من جدول الأعمال. بتاريخ: ديسمبر ٢٠٠٥م.
١١. دليل أخلاقيات الممارس الصحي، الهيئة السعودية للتخصصات الصحية. الطبعة الثالثة. ٢٠٠٣م.
١٢. سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني. تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بللي. دار الرسالة العالمية. ٢٠٠٩م.
١٣. شرح نظام المعاملات المدنية السعودي، الكتاب الأول / مصادر الالتزام: دراسة في العقد والمسؤولية المدنية. الزقرد، أحمد السعيد. مكتبة الرشد ناشرون. الطبعة الثانية. ٢٠١٥م.
١٤. صحيح البخاري. أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بردزبه البخاري الجعفي. تحقيق: جماعة من العلماء. الطبعة السلطانية، بالمطبعة الكبرى الأميرية، بيولاقي مصر، ١٣١١هـ.
١٥. صحيفة السوابق.. عشرة أمام المطلق سراحهم. الحيدري، منى. مقال على جريدة الرياض. بتاريخ: الأحد ٣ ديسمبر ٢٠١٧م ١٥ ربيع الأول ١٤٣٩هـ.
١٦. ضمان الطبيب في الفقه الإسلامي. سراج، محمد أحمد. مقال على جريدة الدستور، بتاريخ: ١٩ يناير ٢٠٠٧م.
١٧. ضمان الطبيب. الألفي، محمد جبر. المعهد العالي للقضاء - قسم الفقه المقارن. الرياض. منشورات شبكة الألوكة. ٢٠٠٤م.
١٨. الطبيب، أدبه وفقه. السباعي، زهير أحمد والبار، محمد علي. دار القلم - دمشق - والدار الشامية - بيروت. الطبعة الأولى. ١٩٩٣م.
١٩. فقه الطب وأخلاقيات الطبيب. أبو هريبد، عاطف محمد كلية الشريعة والقانون. الجامعة الإسلامية بغزة. الطبعة الأولى. ٢٠٠٨م.



٢٠. فقه الطيب المسلم وأخلاقه في المسائل الطبية المستجدة. أقرع، انتصاف عبد العزيز عبد الرحمان. رسالة ماجستير في الدراسات الإسلامية المعاصرة. جامعة القدس. فلسطين. ٢٠٠٧م.
٢١. القرار الوزاري (الخاص بقواعد توثيق السوابق القضائية)، رقم (٣١٣٠). بتاريخ ٣/٩/١٤٠٨ هـ والمعدل بالقرارين الوزاريين: رقم (٦٠٥٧) بتاريخ: ٨/١٠/١٤١٩ هـ ورقم (١٨٠٣) بتاريخ: ٢٥/٣/١٤٢٧ هـ.
٢٢. اللائحة التنفيذية لنظام مزاوله المهن الصحية، الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٤٠٨٠٤٨٩) بتاريخ: ٠٢/٠١/١٤٣٩ هـ.
٢٣. لسان العرب، ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين الأنصاري الرويفعي الإفريقي. دار صادر، بيروت. ط: ٣. ١٤١٤ هـ.
٢٤. مجموع الفتاوى، شيخ الإسلام أحمد بن تيمية. تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم. مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة المنورة - السعودية. ٢٠٠٤م.
٢٥. المحرر في الحديث. ابن عبد الهادي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد المقدسي الحنبلي. تحقيق: يوسف عبد الرحمن المرعشلي، محمد سليم إبراهيم سمارة، جمال حمدي الذهبي. دار المعرفة بيروت، الطبعة الثالثة. ٢٠٠٠م.
٢٦. مدخل إلى الطب الإسلامي. مطاوع، علي محمد. رسالة الإمام. المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية. الطبعة الأولى. ١٩٨٥م.
٢٧. مسند الإمام أحمد بن حنبل. الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون. مؤسسة الرسالة. ٢٠٠١م.
٢٨. المسؤولية المهنية للممارس الصحي عن الأخطاء الطبية. الزهراني، عمر بن أحمد. المجلة العربية للنشر العلمي. عدد: ٢/٩/٢٠١٩م.

٢٩. المعجم الوسيط، نخبة من اللغويين بمجمع اللغة العربية بالقاهرة. مجمع اللغة العربية بالقاهرة. ط: ٢. ١٩٧٢م.
٣٠. معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، أحمد بن زكرياء القزويني الرازي أبو الحسين. تحقيق: عبد السلام محمد هارون. دار الفكر. ١٩٧٩م.
٣١. النظام الأساسي للحكم، المملكة العربية السعودية. الصادر بالأمر الملكي رقم: (أ/ ٩٠) لسنة ١٩٩٢م.
٣٢. نظام العمل، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥١) بتاريخ: ٢٣/٠٨/١٤٢٦هـ، والمنشور في الجريدة الرسمية، عدد: ٤٠٦٨.
٣٣. نظام المعاملات المدنية السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ، قرار مجلس الوزراء رقم (٨٢٠) وتاريخ ٢٤/١١/١٤٤٤هـ.
٣٤. نظام مزاولة المهن الصحية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٩) بتاريخ: ٠٤/١١/١٤٢٦هـ.
٣٥. واجبات المتدرب وحقوقه، الهيئة السعودية للتخصصات الصحية. ٢٠١٣م. ملف للتحميل من بوابة الهيئة على الإنترنت: www.scfhs.org.sa/media.
٣٦. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول: مصادر الالتزام السنهوري، عبد الرزاق. دار إحياء التراث العربي، لبنان. ١٩٥٢م.





الآثار النظامية المترتبة على وجوب الوساطة في المملكة العربية السعودية دراسة تطبيقية مقارنة بالفقه الإسلامي

د. تركي عبد الله عقيل الطيار

الأستاذ المشارك في قسم السياسة الشرعية

بالمعهد العالي للقضاء

في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض

المقدمة

الحمد لله القائل: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^(١)، والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد:

فالوساطة في المنازعات معروفة ومعمول بها منذ القدم، وفي العصر الحاضر تطورت أساليبها وقوانينها وتنظيماتها مع تطور التعاملات بين الناس، ولأهميتها أمست مقيّدة بقواعد ونصوص قانونية مستخلصة من نصوص الشريعة الإسلامية وقواعدها ومبادئها ومقاصدها، عملاً بالأصل الفقهي «المصالح المرسلة»، وممارسة لعلم السياسة الشرعية؛ من أجل تحصيل الجودة في الوساطة، ولتحقيق أهدافها المنشودة، ولتمكينها من مواكبة التطورات والتعقيدات المتسارعة في التعاملات بين الناس، وأضحت إجراءً لازماً في كثير من القضايا، وشرطاً في كثير من العقود، ولتنوع مسارات الوساطة بين: التجاري والأحوال الشخصية والملكية الفكرية والعمالي والمروري والعقاري والجزائي والمصرفي وغيرها، ولتعدد مراكز الوساطة بين: مركز المصالحة التابع لوزارة العدل والمركز السعودي للتحكيم التجاري، ومركز الصلح بمجلس الضمان الصحي التعاوني، ومركز الصلح لتسوية المنازعات المصرفية والتمويلية وغيرها، ولاختلاف القوانين والتنظيمات للوساطة؛ أقتصر في هذه البحث على: الأثار النظامية المترتبة على وجوب الوساطة في المملكة العربية السعودية في نظام المحاكم

(١) سورة النساء آية ١٢٨.

التجارية ولائحته التنفيذية، ومقارنة ما تيسر منها بالفقه الإسلامي، والربط بالتطبيقات القضائية.

وأسباب البحث هي:

١. اهتمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتطورات الوساطة في المنازعات بالمملكة العربية السعودية.

٢. الحفاظ على أوقات القضاء وأطراف الدعوى، فقد صدر عدد ليس باليسير من الأحكام القضائية التي تنص على: عدم قبول الدعوى لعدم استيفاء شرط اللجوء إلى الوساطة قبل رفع الدعوى إلى القضاء.

٣. الحفاظ على أموال أطراف الدعوى، ذلك أن الحكم بعدم قبول الدعوى يترتب عليه تكاليف قضائية^(١) على المحكوم عليه، وفق نظام

(١) تنص المادة الثانية من نظام التكاليف القضائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٦) وتاريخ ١٤٤٣/١/٣٠ هـ على أنه: «تسري أحكام النظام على جميع الدعاوى والطلبات التي تقدم إلى المحاكم، فيما عدا ما يأتي:

١. الدعاوى الجزائية العامة، والدعاوى التأديبية، والطلبات المتعلقة بها.
٢. الدعاوى والطلبات التي تختص بها محاكم الأحوال الشخصية، عدا طلب النقص وطلب التماس إعادة النظر.
٣. الدعاوى والطلبات التي يختص بها ديوان المظالم.
٤. الدعاوى والطلبات المتعلقة بدعاوى قسمة التركات، عدا طلب النقص وطلب التماس إعادة النظر.
٥. الدعاوى والطلبات الناشئة عن تطبيق أحكام نظام الإفلاس.
٦. الإنهاءات وما يتعلق بها من طلبات».

التكاليف القضائية؛ مما يعني هدر أموال بسبب عدم استيفاء شرط اللجوء إلى الوساطة.

٤. حث معايير السلوك الأخلاقي للوسطاء في المركز السعودي للتحكيم التجاري على قيام الوسطاء في المركز السعودي للتحكيم التجاري، بإعداد البحوث، والمساعدة في نشر الوساطة، إذ نص المعيار التاسع من معايير السلوك الأخلاقي للوسطاء في المركز السعودي للتحكيم التجاري المعنون بـ(الارتقاء بممارسات الوساطة) في الفقرة (٣) من (أ) على: «المشاركة في إعداد البحوث في موضوع الوساطة كلما أتاحت الفرصة، بما في ذلك الحصول على آراء المشاركين كلما كان ذلك مناسباً»، والفقرة (٤) على: «المساعدة في نشر الوساطة وتعليمها لمساعدة الأطراف على فهمها وإدراك فوائدها»^(١).

وأما عن أهمية البحث:

فهي ظاهرة من خلال الأمور التالية:

١. أن البعض من خلال الممارسات العملية والسوابق القضائية، يصعب عليهم إدراك كافة الإجراءات اللازمة في الوساطة والصلح، لقبول الدعوى أمام القضاء والتحكيم، فتأتي الحاجة لمثل هذا البحث الذي يجمع الإجراءات، في مكان واحد وبطريقة علمية.

(١) معايير السلوك الأخلاقي للوسطاء ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م [/https://sadr.org](https://sadr.org)

٢. أن عدم اتباع الإجراءات النظامية اللازمة، للوساطة والصلح في القضايا التي يجب فيها اللجوء للوساطة والصلح يترتب عليه عدم قبول للدعوى، وتبعاتها المالية، التي تتمثل في دفع التكاليف القضائية، حسبما نص عليه في نظام التكاليف القضائية.

٣. أن بحث هذا الموضوع يساعد على الحفاظ على أوقات القضاء، وأطراف النزاع، وكذلك يحافظ على أموال أطراف النزاع من تبعات دفع التكاليف القضائية.

وبيحث في الدراسات السابقة:

لم أجد من كتب في نفس هذا الموضوع، وعالج ذات المشكلات في هذا البحث، بيد أن هناك من كتب وبحث موضوعات قريبة ومشابهة لبعض أجزاء بحثنا من ناحية، ومختلفة في أجزاء أخرى جوهرية، فمما وجدت: بحث (الوساطة وأثرها في حل المنازعات)، لمؤلفه فضيلة الدكتور: سلمان بن صالح الدخيل، منشور في مجلة قضاء، العدد السادس، الصادر في شهر جمادى الآخرة لعام ١٤٣٧ هـ، الموافق لشهر مارس لعام ٢٠١٦ م، وتناول في بحثه: التعريفات، وتاريخ الوساطة، وتطورها، والأسس التي تقوم عليها، ومراحل إعمالها، وفضل الوساطة، وحكمها في الشريعة الإسلامية، وتطبيقات الوساطة تأريخياً، واختلافه عن بحثنا هذا: أن بحثنا يركز على الآثار النظامية للإلزام بالوساطة الناتج عن المادة الثامنة من نظام المحاكم التجارية، الصادر بتاريخ ١٥ / ٨ / ١٤٤١ هـ، الموافق ٨ / ٤ / ٢٠٢٠ م، والمادة الثامنة والخمسين من لائحته التنفيذية، الصادرة

بتاريخ ٢٦ / ١٠ / ١٤٤١ هـ، بينما بحث (الوساطة وأثرها في حل المنازعات) لم يكن محله هذا النظام ولا لائحته التنفيذية، وقد صدر هذا البحث قبل صدور النظام، ومن الفروق أيضاً: أن بحثنا يركز على الحكم القضائي، الذي يصدر نتيجة عدم اللجوء إلى الوساطة، وعدم اتباع إجراءاتها بشكل نظامي صحيح، وطريقة معالجة هذه الإشكالية، بينما لا يركز بحث (الوساطة وأثرها في حل المنازعات) على الحكم القضائي الذي يصدر على النحو المذكور، ولا طريقة معالجته، على النحو الذي سيرد مفصلاً في بحثنا.

ومن البحوث أيضاً القريبة والمشابهة لبعض أجزاء بحثنا من ناحية، ومختلفة في أجزاء أخرى جوهرية: بحث (الصلح في القضاء)، لمؤلفه فضيلة الدكتور: فيصل بن سعد العصيمي، منشور في مجلة العدل، العدد السابع والستين، الصادر في شهر محرم لعام ١٤٣٦ هـ، الموافق عام ٢٠١٥ م، وتناول في بحثه: التعريفات، وأركان الصلح، ومشروعية الصلح في مجلس القضاء، وشروط الصلح في مجلس القضاء، ولزوم الصلح في مجلس القضاء، وأحوال بطلانه، واختلافه عن بحثنا هذا: أن بحثنا يركز على الآثار النظامية للإلزام بالوساطة الناتج عن المادة الثامنة من نظام المحاكم التجارية، الصادر بتاريخ ١٥ / ٨ / ١٤٤١ هـ الموافق ٨ / ٤ / ٢٠٢٠ م، والمادة الثامنة والخمسين من لائحته التنفيذية، الصادرة بتاريخ ٢٦ / ١٠ / ١٤٤١ هـ، بينما بحث (الصلح في القضاء) لم يكن محله هذا النظام ولا لائحته التنفيذية، وقد صدر هذا البحث قبل صدور النظام، ومن الفروق أيضاً: أن بحثنا يركز على الحكم القضائي الذي يصدر نتيجة عدم اللجوء إلى الوساطة، وعدم اتباع

إجراءاتها، بشكل نظامي صحيح، وطريقة معالجة هذه الإشكالية، بينما لا يركز بحث (الصلح في القضاء)، على الحكم القضائي الذي يصدر على النحو المذكور، ولا طريقة معالجته، على النحو الذي سيرد مفصلاً في بحثنا.

وأهدف في هذا البحث:

إلى وصف النصوص النظامية - في نظام المحاكم التجارية ولائحته التنفيذية - التي يجب معها بشكل واضح اللجوء إلى الوساطة، وبيانها وجمعها، ثم أبين الآثار النظامية، التي تترتب على مخالفة هذه النصوص النظامية عند عدم اللجوء إلى الوساطة، أو اللجوء إليها بطريقة غير متفقة مع النظام، ثم بيان الإجراءات النظامية الصحيحة، التي يتم اتباعها في الوساطة، حتى يتم استيفاء الوساطة بطريقة صحيحة.

ومن الصعوبات التي واجهتها في إعداد هذا البحث:

عدم الحصول على قرارات صلح من مركز المصالحة تحتوي على الوقائع والأسباب، وقد يكون هذا بسبب عدم وجود المعالجة النظامية لهذه الحالة حتى الآن.

ومنهجية البحث:

تعتمد على المنهج الوصفي: بيان وتوضيح النص النظامي - في نظام المحاكم التجارية ولائحته التنفيذية -، الذي يوجب اللجوء إلى الوساطة، بشكل واضح، والآثار النظامية؛ التي تترتب على مخالفة هذا النص النظامي

بعدم اللجوء إلى الوساطة، أو اللجوء إليها بطريقة غير متفقة مع النظام، وبيان الإجراءات النظامية الصحيحة التي يتم اتباعها في الوساطة. وأيضاً المنهج التطبيقي يربط الأحكام النظامية بالأحكام والسوابق القضائية، وأيضاً المنهج المقارن: بمقارنة الأحكام النظامية بالفقه الإسلامي بقدر الإمكان.

وإذا كانت المسألة المعروضة لها أصل شرعي أو أصل نظامي، فإني أذكر هذا الأصل قدر الإمكان، مع بيان حكم المسألة، وأوثق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة بقدر الإمكان، وأرقم الآيات وأبين سورها، وأعتني بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم، وأحيل إلى المصدر في الحاشية مباشرة إذا كان النقل مذكوراً بنصه، وأما إن كان الكلام منقولاً بمعناه فأحيل على مصدره بكلمة: ينظر، وأركز على موضوع البحث وأتجنب الاستطراد بقدر الإمكان.

ويركز هذا البحث، على جواب أبرز إشكاليات البحث، والتي كتبتها على هيئة أسئلة وهي:

١. هل يجب إجراء الوساطة في جميع المنازعات قبل أن يتم رفعها إلى القضاء؟

٢. هل صدور الحكم القضائي بعدم قبول الدعوى عند عدم إجراء الوساطة أو عند إجرائها على نحو مخالف للنظام يترتب عليه عدم قبول نظر الدعوى أمام القضاء نهائياً؟

٣. ما هي الإجراءات التي يجب اتباعها عند إجراء الوساطة حتى تكون مقبولة أمام القضاء؟

هذه أهم الأسئلة، التي يدور عليها البحث.

وتقسيمات البحث على النحو التالي:

المبحث التمهيدي: التعريفات والنشأة والقضايا التي يجب فيها إجراء الوساطة:

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الآثار والنظام والوساطة.

المطلب الثاني: نشأة الوساطة في المملكة العربية السعودية.

المطلب الثالث: القضايا التي يجب فيها إجراء الوساطة.

المبحث الأول: عدم قبول الدعوى دون وساطة.

المبحث الثاني: استيفاء إجراءات الوساطة:

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: الاختصاص والإجراءات.

المطلب الثاني: أحوال انتهاء المصالحة.

المبحث الثالث: تقديم الإثبات على استيفاء إجراءات الوساطة:

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تحرير المحاضر والتقارير.

المطلب الثاني: التزام المصلح بواجباته.

المطلب الثالث: استيفاء وثيقة الصلح للشروط والاعتماد والاستلام.

الخاتمة.

فهرس المراجع والمصادر.



المبحث التمهيدي التعريفات والنشأة والقضايا التي يجب فيها إجراء الوساطة

تمهيد وتقسيم:

نتحدث - في هذا المبحث في مطلب أول - عن: تعريف مفردات عنوان البحث، التي قد تكون غير واضحة عند البعض، وسأقوم بتعريف مفردة الآثار، ومفردة النظام، ومفردة الوساطة، ثم تعريف عنوان البحث، باعتباره علماً مركباً، وبعد ذلك، أقوم - في مطلب ثان - ببيان النشأة، والمراحل التاريخية، التي مرت فيها الوساطة، بالمملكة العربية السعودية، ثم أقوم - في مطلب ثالث - ببيان أنواع القضايا - التي يجب فيها إجراء الوساطة، فليس كل قضية - يجب فيها إجراء الوساطة.

ونبدأ بالمطلب الأول المتعلق بالتعريفات فنقول:

المطلب الأول: تعريف الآثار والنظام والوساطة:

تعريف الآثار لغة:

جاء في معاجم اللغة قولهم: «(الآثر) بفتحتين ما بقي من رسم الشيء وضربة السيف»^(١)، وجاء أيضاً: «(أثارة) من علم بقية منه، وكذا الأثرة

(١) مختار الصحاح، لزين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، ص ١٣، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.

بفتحتين، و(التأثير) إبقاء الأثر في الشيء»^(١).

وبالنظر إلى هذا التعريف؛ نجد أن «الأثر» يعني بقية الشيء، في لغة العرب.

تعريف الآثار في اصطلاح الفقه الإسلامي:

جاء في معاجم لغة فقهاء الشريعة الإسلامية، عدة تعريفات لمفردة «الأثر»، وأقرب ما وجدته عندهم من تعريفات قريبة من مرادنا في البحث قولهم: «النتيجة المترتبة على التصرف، Consequence ويطلق عليه بعض الفقهاء: الأحكام، فيقولون: أحكام النكاح مثلاً، يريدون: آثاره»^(٢).

تعريف الآثار في اصطلاح النظام أو الفقه النظامي:

أتى -فيما اطلعت عليه- هذا اللفظ مركباً مع كلمات أخرى بمعان متعددة، وأقرب معنى مراد في بحثنا وجدته هو ما ورد في قولهم: «آثار الالتزامات: هو ما يترتب على الالتزامات من أحكام أخصها وجوب التنفيذ»^(٣)، فأتى لفظ «الآثار» هنا بمعنى النتيجة.

(١) المرجع السابق، ص ١٣.

(٢) معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعجي -حامد صادق قنيبي، ص ٤٢، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨ م.

(٣) معجم القانون، لمجمع اللغة العربية ص ٤١، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩ م.

تعريف النظام لغة:

جاء في لغة العرب، تعريف «النظام ونظم» على معان متعددة، فقالوا: «النظم: التأليف، نظمه ينظمه نظمًا ونظامًا ونظمه فانتظم وتنظم. ونظمت اللؤلؤ أي جمعته في السلك»^(١)، وقالوا أيضًا: «والنظام: ما نظمت فيه الشيء من خيط وغيره، وكل شعبة منه وأصل نظام. ونظام كل أمر: ملاكه، والجمع أنظمة وأناظيم ونظم»^(٢)، وقالوا أيضًا: «ليس لأمره نظام أي لا تستقيم طريقته»^(٣)، وقالوا أيضًا: «والانتظام: الاتساق»^(٤)، وقالوا أيضًا: «النظام: العقد من الجوهر والخرز ونحوهما، وسلكه خيطه. والنظام: الهدية والسيرة. وليس لأمرهم نظام أي ليس له هدي ولا متعلق ولا استقامة»^(٥).

(١) لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، ج ١٢ ص ٥٧٨، دار صادر-بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤هـ. ونحوه: تاج العروس من جواهر القاموس لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض الملقب بمرتضى الزبيدي، ج ٣٣ ص ٤٩٦ - ٤٩٧، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.

(٢) لسان العرب، مرجع سابق، ج ١٢ ص ٥٧٨. ونحوه: تاج العروس، مرجع سابق، ج ٣٣ ص ٤٩٦ - ٤٩٧.

(٣) لسان العرب، مرجع سابق، ج ١٢ ص ٥٧٨. ونحوه: تاج العروس، مرجع سابق، ج ٣٣ ص ٤٩٧.

(٤) لسان العرب، مرجع سابق، ج ١٢ ص ٥٧٨. ونحوه: تاج العروس، مرجع سابق، ج ٣٣ ص ٤٩٧.

(٥) لسان العرب، مرجع سابق، ج ١٢ ص ٥٧٨. ونحوه: تاج العروس، مرجع سابق، ج ٣٣ ص ٤٩٧.

وبالنظر إلى هذه التعريفات، نجد أن «النظم» جاء على معنى الضم والتنسيق والترتيب والتأليف، وجاء أيضاً على معنى الاستقامة، وجاء أيضاً على معنى الجمع، وجاء أيضاً على معنى الاتساق، وأرى أن: النظام المراد في بحثنا يجمع هذه المعاني اللغوية، لأنه يضم نصوص المواد في بعضها ويجمعها لتستقيم بالنظام ونصوصه تصرفات الناس بشكل متسق.

تعريف النظام في اصطلاح الفقه الإسلامي:

تأتي مفردة «النظام» في سياقات متعددة، وبحسب كل سياق وعلم، وبحسب النظر والورود، يأخذ معنى اصطلاحى يناسبه، ومن المعاني الاصطلاحية لمفردة «النظام» التي وردت في كتب العلم الشرعي تعريفها بقولهم: «مجموعة القواعد والأحكام التي تنظم جانباً معيناً من جوانب الحياة الإنسانية ويصطلح المجتمع على وجوب احترامها وتنفيذها»^(١).

تعريف النظام في اصطلاح النظام أو الفقه النظامي:

يراد بـ«النظام» عند فقهاء الأنظمة معنيان: أحدهما عام، والآخر خاص، ففي المعنى العام جاء تعريف النظام بعدة تعريفات، منها قولهم: «مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع تنظيمًا عادلاً يكفل حريات الأفراد ويحقق المساواة والعدل والخير العام، والتي

(١) النظام الاقتصادي في الإسلام، للدكتور: عمر المرزوقي، والدكتور: عبد الله السعيد، والدكتور: عبد الله الناصر، والدكتور: أحمد الحربي، والدكتور: محمد المقرن، ص ١٢، مكتبة الرشد، الطبعة الخامسة، عام ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.

تتولى الدولة تنفيذها ولو بالقوة عند الاقتضاء»^(١)، وفي المعنى الخاص جاء تعريف «النظام» بعدة تعريفات، منها قولهم: «قاعدة معينة أو مجموعة معينة من القواعد تسنها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين في مجال معين»^(٢).

تعريف الوساطة لغة:

جاء في معاجم اللغة أن «وسط» تأتي على معان، فقالوا: «الواو والسين والطاء: بناء صحيح يدل على العدل والنصف. وأعدل الشيء: أوسطه ووسطه»^(٣)، وقالوا أيضًا: «ووسط القوم بسكونها. وهو أوسطهم حسبًا، إذا كان في واسطة قومه وأرفعهم محلاً»^(٤)، وقالوا أيضًا: «التوسيط: قطع الشيء نصفين. والتوسط بين الناس، من الوساطة. والوسط من كل شيء: أعدله»^(٥).

(١) الوجيز في المدخل لدراسة الأنظمة، للدكتور: عادل الفجال، ص ١٤، دار النشر الدولي، الرياض، الطبعة الأولى، عام ١٤٣٩ هـ - ٢٠١٨ م.

(٢) المرجع السابق، ص ١٤.

(٣) معجم مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، ج ٦ ص ١٠٨، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، عام ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م. ونحوه: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، ج ٣ ص ١١٦٧، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.

(٤) معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج ٦ ص ١٠٨. ونحوه: الصحاح، مرجع سابق، ج ٣ ص ١١٦٧.

(٥) الصحاح، مرجع سابق، ج ٣ ص ١١٦٧.

ويتبين مما ورد من تعريفات عند أهل اللغة أن «الوسط» يدل على معنى الفضل والخيرية والعدل، وأنه يقع بين أمرين أقل شأنًا منه، وأرى أن: هذه سمات تتسم بها معنى الوساطة المرادة في بحثنا.

تعريف الوساطة في اصطلاح الفقه الإسلامي:

جاء استعمالات الفقهاء لهذه المفردة بما لا يخرج عن معانيه اللغوية^(١)، ومن ذلك ما ورد في مسألة وقوف الإمام من النساء وسطهن في الصلاة كالعراة، ونص الشاهد منه قولهم: «وفي معراج الدراية: والتشبيه بالعراة ليس من كل وجه بل في أفضلية الأفراد وأفضلية قيام الإمام وسطهن»^(٢).

تعريف الوساطة في اصطلاح النظام أو الفقه النظامي:

جاءت بمعنى: «أحد أساليب تسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية حيث تجرى محاولة ما لتقريب وجهات نظر دولتين متنازعتين أو أكثر بما يؤدي إلى تسوية النزاع»^(٣)، وتعريف مرادف الوساطة -وهو الصلح- قولهم: «عقد يحسم به الطرفان نزاعًا قائمًا أو يتوقيان به نزاعًا محتملاً»^(٤).

(١) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، ج ٤٣ ص ١٣٨، الطبعة الثانية، طبع الوزارة، من عام ١٤٠٤هـ - ١٤٢٧هـ.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، ج ١ ص ٣٧٣، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.

(٣) مرجع سابق معجم القانون ص ٦٨٥.

(٤) مرجع سابق معجم القانون ص ١٠٨.

وفي تعريف وزارة العدل للمصالحة جاء قولهم: «وسيلة رضائية لتسوية المنازعات -تتولاها مكاتب مصالحة- صلحاً كلياً أو جزئياً»^(١).

وفي تعريف المركز السعودي للتحكيم التجاري^(٢) للوساطة جاء قولهم: «تسهيل لعمليات التفاوض يؤديه طرف محايد بين أطراف منازعة قائمة للوصول إلى تسوية مرضية لهم، وهي عملية منظمة تركز على مصالح الأطراف وتمكنهم من الوصول إلى حل للمنازعة القائمة بينهم من خلال مساعدة وسيط واحد أو أكثر بحيادية ونزاهة»^(٣).

وبقراءة التعريفين الأخيرين نجد الإجمال في التعريف الأول، والتفصيل في التعريف الثاني، مع اشتراكهما في ضرورة توفر ركن الرضا للأطراف.

وبناء على ما سبق من تعريف للمفردات أجد أن أنسب تعريف لموضوع بحثنا باعتباره علماً مركباً هو: النتائج والأحكام النظامية التي تترتب على الحكم النظامي بوجوب إجراء الوساطة والمصالحة.

- (١) قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاته المادة الأولى.
- (٢) صدر قرار مجلس الوزراء رقم (٤٤٨) بتاريخ ٢٥/٨/١٤٤٠هـ بالموافقة على تنظيم المركز السعودي للتحكيم التجاري، الفصل الأول: طبيعة المركز ومقره واختصاصه، الفصل الثاني: إدارة المركز، الفصل الثالث: ميزانية المركز، الفصل الرابع أحكام ختامية.
- (٣) الموقع الإلكتروني الرسمي للمركز السعودي للتحكيم التجاري.

المطلب الثاني: نشأة الوساطة في المملكة العربية السعودية:

تتخذ المملكة العربية السعودية على المستوى الدولي، موقفاً داعماً للوساطة، منذ عهد المؤسس الملك عبد العزيز آل سعود رَحِمَهُ اللهُ، فنجد إدراج شرط الوساطة في عقود الحكومة مع المستثمرين الأجانب، كما سيأتي لاحقاً، ونجد كذلك التوقيع على الاتفاقيات الدولية في الوساطة والصلح والمضمنة لها. ونقسم الحديث على التفصيل التالي.

العنصر الأول: الاتفاقيات الدولية:

فعلى صعيد التوقيع على الاتفاقيات الدولية في الوساطة والصلح أو متضمنة لها نجد:

أولاً: في عام ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م، انضمت المملكة إلى اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار (الإكسيد)، الموقعة في واشنطن بتاريخ ١٧/٣/١٩٦٥م. وقد نصت الاتفاقية على إنشاء مركز دولي لتسوية منازعات الاستثمار، ونصت المادة الأولى من اتفاقية المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار، على أن من أغراض المركز: التوفيق^(١) - قريب في مفهومه من الصلح والوساطة-، فجاء فيها أنه: «ينشأ بمقتضى هذه

(١) تعريف التوفيق: مما ورد في تعريفاته قولهم: «تسوية خلاف بين دولتين أو أكثر عن طريق عمل تقوم به لجنة تفحص أسباب الخلاف أو النزاع وتقدم اقتراحات لإنهائه قد يقبلها الأطراف. والأصل أن هذه المقترحات غير ملزمة إلا إذا جرى الاتفاق على خلاف ذلك. والتوفيق أسلوب وسط بين الوساطة وهي أسلوب سياسي لتسوية المنازعات، والتحكيم أو القضاء وهما وسيلتان قانونيتان». مرجع سابق معجم القانون ص ٦١٦.

الاتفاقية مركز دولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات (والذي يسمى فيما يلي -المركز). غرض المركز هو: توفير طريق التوفيق والتحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، التي تقوم بين الدول المتعاقدة من ناحية رعايا الدول المتعاقدة الأخرى من ناحية ثانية، طبقاً لأحكام الاتفاقية الحالية»^(١).

ثانياً: في عام ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، وبتاريخ ٢٣-٦-١٤٠٣هـ؛ وقّعت المملكة على «اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي»، وقد نصت المادة (٣٥) منها على الصلح، إذ جاء فيها: «(الصلح أمام الهيئات المختصة) يكون الصلح الذي يتم إثباته أمام الهيئات القضائية المختصة طبقاً لأحكام هذه الاتفاقية لدى أي من الأطراف المتعاقدة معترفاً به ونافذاً في سائر أقاليم الأطراف المتعاقدة الأخرى بعد التحقق من أن له قوة السند التنفيذي لدى الطرف المتعاقد الذي عقد فيه، وأنه لا يشتمل على نصوص تخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو أحكام الدستور أو النظام العام أو الآداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالصلح أو تنفيذه. ويتعين على الجهة التي تطلب الاعتراف بالصلح أو تنفيذه أن تقدم صورة معتمدة منه وشهادة رسمية من الجهة القضائية التي أثبتته تفيد أنه حائز

(١) اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار (الإكسيد) الموقعة في واشنطن بتاريخ ١٧-٣-١٩٦٥م، واتفاقية المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار، وعبد العزيز عبد الله السليم جريدة الجزيرة عدد ١٥١٩٥ الثلاثاء ٠٧ رجب ١٤٣٥.

لقوة السند التنفيذي. وتطبق في هذه الحالة الفقرة الثالثة من المادة (٣٤) من هذه الاتفاقية»^(١).

ثالثاً: انضمام المملكة العربية السعودية لاتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة:

«وقَّعت المملكة اتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة، التي تعرف اختصاراً بـ «اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة»، لتكون في مقدمة الدول الموقعة على الاتفاقية الدولية الأولى من نوعها في مجال تسوية المنازعات التجارية العابرة للحدود من خلال الوساطة.

ومثّل المملكة في توقيع الاتفاقية وكيل وزارة التجارة والاستثمار للسياسات والأنظمة، في حفل التوقيع الذي عُقد في دولة سنغافورة اليوم (٧ أغسطس ٢٠١٩م الموافق ٦ ذي الحجة ١٤٤٠هـ)، وشارك فيه المركز السعودي للتحكيم التجاري، ضمن وفد رسمي رفيع المستوى.

ويأتي هذا الحدث بعد أن شارك المركز السعودي للتحكيم التجاري جنباً إلى جنب العديد من الجهات الحكومية، في الجهود الرامية إلى تسهيل أن تكون المملكة العربية السعودية عضواً في اتفاقية سنغافورة، ومن ذلك التوصية بضرورة أن تكون المملكة في مصاف الدول الأولى الموقعة عليها

(١) اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، وعبدالعزیز عبدالله السليم جريدة الجزيرة عدد ١٥١٩٥ الثلاثاء ٠٧ رجب ١٤٣٥.

وتوضيح المكانة الدولية التي تتمتع بها وانعكاساتها على تمكين صناعة التحكيم المؤسسي محلياً ودولياً.

وكان مجلس الوزراء الموقر قد أقر تفويض معالي وزير التجارة والاستثمار - أو من ينيبه - بالتوقيع على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة، وذلك خلال جلسة المجلس في تاريخ ٢٠ / ١١ / ١٤٤٠ هـ الموافق ٢٣ / ٠٧ / ٢٠١٩ م.

ويأتي افتتاح باب التوقيع على «اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة» بعد ثلاث سنوات من النقاش المستفيض والصياغة لمسودة الاتفاقية في أروقة لجنة ال «أونسيترال»، بمشاركة ٨٥ دولة عضو و ٣٥ منظمة غير حكومية، وانتهت باعتماد نص الاتفاقية من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٨ من ديسمبر ٢٠١٨ م.

وتوفر الاتفاقية إطاراً موحداً وفعالاً من أجل إنفاذ اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة، ومن أجل تمكين الأطراف من الاحتجاج بتلك الاتفاقات. وهو إطار شبيه بذلك الذي توفره اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، أو ما تعرف اختصاراً بـ «اتفاقية نيويورك».

وصيغت اتفاقية سنغافورة لكي تصبح أداة أساسية في تيسير التجارة الدولية، وفي الترويج للوساطة باعتبارها طريقة بديلة وفعالة لتسوية

المنازعات التجارية، وتكفل الاتفاقية أن تصبح التسوية التي يتوصل إليها الأطراف ملزمة وواجبة الإنفاذ»^(١).

وبعد أن اتضح لنا نشأة الوساطة في المملكة العربية السعودية من حيث الاتفاقيات الدولية، نتقل إلى نشأة الوساطة في المملكة العربية السعودية من حيث تفعيل شرط الوساطة والصلح في عقودها الحكومية مع الآخرين، مثل المستثمرين الأجانب، وفي تفصيله نتقل إلى العنصر التالي.

العنصر الثاني: تحرير شرط الوساطة في العقود الحكومية:

حرصت حكومة المملكة العربية السعودية منذ تأسيسها على حل المنازعات بشكل ودي، وأظهرت ذلك بتوقيع الاتفاقيات الدولية كما ذكرنا، والتنظيمات والأنظمة الداخلية كما سيأتي، وكتابة شرط الوساطة والصلح والتسوية الودية في عقودها الحكومية مع المستثمرين الأجانب.

ومن نماذج شروط وبنود الوساطة والصلح، التي تم تحريرها في عقود الحكومة مع المستثمرين الأجانب، ما جاء في المادة الثامنة والعشرين من اتفاقية استثمار البترول المحررة قبل تسعين سنة. ونصها: «إذا نشأ شك أو إشكال أو خلاف بين الحكومة والشركة في تفسير هذه الاتفاقية أو تنفيذها

(١) الموقع الرسمي لوكالة الأنباء السعودية <https://www.spa.gov.sa>. الموقع الرسمي لوزارة التجارة السعودية <https://mc.gov.sa>. صدر المرسوم الملكي رقم (م/٩٦) بالموافقة على انضمام المملكة إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة. والموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي <https://uncitral.un.org>

أو تفسير شيء منها أو تنفيذه أو فيما له علاقة بها أو في حقوق أحد الفريقين أو تبعاته فعجز الفريقان عن الاتفاق على تسوية ذلك بطريقة أخرى تحال القضية إلى حكمين اثنين يختار كل فريق واحد منهما وعلى وازع يختاره الحكمان قبل الشروع في التحكيم. ويعين كل فريق حكمه في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ طلب الفريق الآخر ذلك خطياً منه. وإذا عجز الحكمان عن الاتفاق على تعيين الوازع فعلى الحكومة والشركة حينئذ أن يعينا بالاتفاق وازعاً. وإذا عجزا فيما بينهما عليهما أن يطلبوا إلى رئيس محكمة العدل الدولية الدائمة أن يعين وازعاً. يعتبر حكم الحكمين في القضية باتاً أما إذا لم يتفقا بينهما في الرأي فيعتبر حكم الوازع في القضية نهائياً. أما مكان التحكيم فيتفق عليه الفريقان وإذا عجزا عن الاتفاق على ذلك فيكون في لاهاي هولنده»^(١).

وبعد أن اتضح لنا نشأة الوساطة في المملكة العربية السعودية على المستوى الحكومي منذ عهد المؤسس الملك عبد العزيز آل سعود رَحِمَهُ اللهُ، من حيث تفعيل الوساطة والصلح في عقودها الحكومية مع الآخرين، مثل المستثمرين الأجانب، بإضافة شرط الوساطة والصلح، يظهر تساؤل هنا: هل المملكة العربية السعودية في التنظيمات قامت بالنص على اللجوء إلى الوساطة في المنازعات؟

نجيب عن ذلك من خلال العنصر التالي.

(١) جريدة أم القرى يوم الجمعة ٢٨ ربيع الأول سنة ١٣٥٢ هـ الموافق ٢١ يوليو ١٩٣٣ م العدد ٤٤٩ السنة التاسعة.

العنصر الثالث: التنظيمات:

نصت العديد من الأنظمة على اللجوء إلى الصلح بين أطراف النزاع، ومن الأنظمة الحديثة التي نصت على اللجوء إلى الصلح: نظام المحاكم التجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٩٣) وتاريخ ١٥ / ٨ / ١٤٤١ هـ، حيث نصت المادة الثامنة منه على أن: «تحدد اللائحة الآتي: ١- إجراءات المصالحة والوساطة، بما في ذلك الدعاوى التي يجب أن يسبق نظرها اللجوء إلى المصالحة والوساطة، على ألا تزيد مدة تلك الإجراءات على (ثلاثين) يوماً من تاريخ البدء فيها، ما لم تتفق الأطراف على مدة أطول...»^(١).

وفي سبيل تفعيل الوساطة، وتيسير إجراءاتها على أطراف النزاع، قرر مجلس الوزراء بقضائه رقم (١٠٣) وتاريخ ٨ ربيع الثاني ١٤٣٤ هـ إنشاء مركز المصالحة في وزارة العدل، حيث جاء في المادة الثانية من تنظيم مركز المصالحة، الصادر بالقرار المذكور ما نصه: «ينشأ في الوزارة مركز يسمى «مركز المصالحة»، ويكون عمله وفقاً لأحكام هذا التنظيم».

(١) وهذا النظام مسبق بنص نظام المحكمة التجارية النظام التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٢) وتاريخ ١٥ / ١ / ١٣٥٠ هـ في المادة (٤٩٢) على أنه: «إذا رأت تلك اللجنة أو مأمور المحكمة أن إجراء الصلح بين الطرفين ممكن فيقرر الصلح الذي يقع بينهما ويوقع عليه منهم ومن المتداعيين ويقدم إلى المحكمة للتصديق عليه لإجراء مقتضاه»، وهذه المادة ملغاة تم إلغاء الباب الثالث بموجب المرسوم الملكي رقم (م/ ١) وتاريخ ٢٢ / ١ / ١٤٣٥ هـ، وجاءت مناسبة ذكرها هنا: من أجل سرد شواهد ما جاء في المطلب، من النشأة والمراحل التاريخية التي مرت فيها الوساطة.

وجاء في المادة الرابعة: «تنشأ مكاتب المصالحة في مقرات المحاكم أو كتابات العدل، ويتكون كل مكتب من مُصلح أو أكثر يُختارون من منسوبي الوزارة أو من موظفي الدولة - بعد أخذ موافقة جهات عملهم -، أو من غيرهم ممن تتوافر فيهم الشروط التي يحددها الوزير بقرار منه»^(١).

ثم قرر ذات المجلس المذكور تأسيس منشأة غير ربحية، فأسس بقرار مجلس الوزراء رقم (٢٥٧) وتاريخ ١٤ جمادى الآخرة ١٤٣٥ هـ (١٤ أبريل ٢٠١٤ م) المركز السعودي للتحكيم التجاري^(٢)، ومقره الرئيس مدينة الرياض^(٣).

وصدر ما يؤكد على اعتماد مراكز التحكيم والوساطة في أعمال تسوية المنازعات، عن طريق التحكيم على مستوى نزاعات الجهات الحكومية، فصدر الأمر السامي التعميمي البرقي رقم (٢٨٠٠٤) وتاريخ

(١) تنظيم مركز المصالحة الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (١٠٣) وتاريخ ٨ ربيع الثاني ١٤٣٤ هـ ويتكون من عشرة مواد تتضمن إنشاء المركز وتحديد مهمة المركز وإنشاء مكاتب المصالحة وضرورة تكليف أمين عام للمركز ومهام الأمين وأهم واجبات موظفي مكاتب المصالحة وحق الأطراف بإنهاء النزاع صلحاً خارج مكاتب المصالحة.

(٢) صدر عن المركز السعودي للتحكيم التجاري قواعد الوساطة في ٢٦ شوال ١٤٣٧ هـ ٣١ يوليو ٢٠١٦ م، والمتضمنة لإجراءات الوساطة، من تعريفات ونطاق التطبيق وبدء الوساطة والتمثيل وتعيين الوسيط وحياد الوسيط وواجب الإفصاح وخلو مكان الوسيط ومسؤوليات الأطراف والخصوصية والسرية وعدم وجود تسجيلات أو محاضر اجتماعات وانتهاء الوساطة والإعفاء من المسؤولية وتفسير القواعد وتطبيقها وإيداع الدفعات المقدمة وتكاليف الوساطة ورسومها ولغة الوساطة.

(٣) الموقع الإلكتروني الرسمي للمركز السعودي للتحكيم التجاري.

٢٢ / ٥ / ١٤٤٠ هـ، بعد الاطلاع على كتاب سمو الأمين العام لمجلس الوزراء، وبرقية معالي وزير التجارة والاستثمار، المتضمنة: طلب الموافقة على إدراج شرط تسوية المنازعات بالمركز السعودي للتحكيم التجاري، أو أحد مراكز التحكيم المرخصة، من اللجنة الدائمة في العقود الحكومية، ثم اعتماد توجيه مجلس الوزراء، الذي نص توجيهه على:

«أولاً: على الجهات الحكومية والشركات المملوكة للدولة - في حال رغبتها في تسوية خلافاتها مع المستثمر الأجنبي عن طريق التحكيم وأخذها الموافقات اللازمة لذلك وفقاً للإجراءات المتبعة - العمل على أن يكون التحكيم داخل المملكة في المركز السعودي للتحكيم التجاري أو في أحد مراكز التحكيم المرخصة من اللجنة الدائمة المشار إليها في قرار مجلس الوزراء رقم (١٠٧) بتاريخ ٨ ربيع الثاني ١٤٣٧ هـ. ثانياً: قيام وزارة التجارة والاستثمار بمراجعة نتائج تطبيق ما ورد في البند (أولاً) أعلاه بعد مضي خمس سنوات من الموافقة عليه»، وتم اعتماده^(١).

المطلب الثالث: القضايا التي يجب فيها إجراء الوساطة:

يحكم نظام المحاكم التجارية ولائحته التنفيذية بوجوب إجراء الوساطة في منازعات محددة ومحصورة، فقد جاء في المادة الثامنة من النظام ما نص الحاجة منها: «تحدد اللائحة الآتي: ١- إجراءات المصالحة والوساطة، بما في ذلك الدعاوى التي يجب أن يسبق نظرها اللجوء إلى المصالحة والوساطة،

(١) تعميم إداري صادر من نائب وزير العدل برقم (١٣/ت/٧٦٧٥) وتاريخ ٢٨ / ٥ / ١٤٤٠ هـ.

على ألا تزيد مدة تلك الإجراءات على (ثلاثين) يوماً من تاريخ البدء فيها، ما لم تتفق الأطراف على مدة أطول...».

وهذه المنازعات والقضايا التي يجب فيها إجراء الوساطة موزعة على العناصر التالية:

العنصر الأول: اتفاق الأطراف صراحة على اللجوء إلى الوساطة:

نصت اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية صراحة في مادتها الثامنة والخمسين فقرة (د) على أن الدعاوى التي تقدم إلى القضاء إذا كانت متعلقة بعقد بين أطراف النزاع متضمناً لشرط اللجوء إلى الوساطة قبل اللجوء إلى القضاء، فإنه يجب اللجوء إلى الوساطة قبل قيد هذه الدعوى^(١).

والتأصيل الفقهي الشرعي الذي أراه للإلزام النظامي الوارد في هذا النوع من المنازعات هو حديث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المسلمون على شروطهم»^(٢).

(١) ونص الحاجة من المادة الثامنة والخمسين: «يجب اللجوء إلى المصالحة والوساطة قبل قيد أي من الدعاوى الآتية...د-الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تتضمن الاتفاق -كتابة- على اللجوء إلى المصالحة والوساطة والتسوية الودية قبل اللجوء إلى القضاء».

(٢) رواه أبو داود في سننه ج ٥ ص ٤٤٦، المحقق: شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بللي، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩ م. صححه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزياداته ج ٢ ص ١١٣٨، الناشر: المكتب الإسلامي.

العنصر الثاني: المنازعات التي تنشأ عن عقود المشاركة المنصوص عليها في نظام المعاملات المدنية:

نصت اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية في مادتها الثامنة والخمسين فقرة (أ) على أن الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (٣) من المادة السادسة عشرة من النظام، يجب فيها اللجوء إلى الوساطة قبل قيد هذه الدعوى^(١)، وبالرجوع إليها وجدت أن المقصود بها بعد تعديل المادة: المنازعات التي تنشأ عن عقود المشاركة المنصوص عليها في نظام المعاملات المدنية^(٢).

العنصر الثالث: المنازعات التي تنشأ بين التجار بسبب أعمالهم التجارية الأصلية أو التبعية:

نصت اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية في مادتها الثامنة والخمسين فقرة (ب) على أن الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة الحادية عشرة من اللائحة يجب فيها اللجوء إلى الوساطة قبل

(١) ونص الحاجة من المادة الثامنة والخمسين: «يجب اللجوء إلى المصالحة والوساطة قبل قيد أي من الدعاوى الآتية: أ- الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (٣) من المادة السادسة عشرة من النظام».

(٢) ونص الحاجة من المادة السادسة عشرة من نظام المحاكم التجارية جاء فيها: «تختص المحكمة بالنظر في الآتي: ٣...- منازعات الشركاء في شركة المضاربة» ثم عدلت الفقرة (٣) من هذه المادة وذلك بموجب المرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ١٤٤٤ / ١١ / ٢٩ هـ، لتكون بالنص الآتي: «المنازعات التي تنشأ عن عقود المشاركة المنصوص عليها في نظام المعاملات المدنية».

قيد الدعوى^(١)، وبالرجوع إليها وجدت أن الفقرة (أ) منها تحيل إلى أنواع الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين (١) و(٢) من المادة السادسة عشرة من النظام إذا كانت قيمة المطالبة الأصلية لا تزيد على مليون ريال^(٢)، وبالرجوع إلى هذه المادة في النظام وجدت أن المقصود بالأنواع الأول من هذه الدعاوى: المنازعات التي تنشأ بين التجار بسبب أعمالهم التجارية الأصلية أو التبعية^(٣).

ونشير هنا إلى خطأ شكلي وموضوعي في الصياغة التنظيمية وقعت به الفقرة (ب) من المادة الثامنة والخمسين من اللائحة، يتمثل في أمرين:

الأمر الأول: أنها قامت بالإحالة إلى مادة تركز على اختصاصات الدوائر الابتدائية في المحكمة التي تؤلف من قاض واحد، وهذه المادة - أعني المادة المحال إليها - بعيدة في موضوعها - عن المادة المحيلة، وهذا خطأ شكلي نتج عنه خطأ موضوعي وهو:

(١) ونص الحاجة من المادة الثامنة والخمسين: «يجب اللجوء إلى المصالحة والوساطة قبل قيد أي من الدعاوى الآتية: ... ب- الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة الحادية عشرة من اللائحة».

(٢) ونص الحاجة من المادة الحادية عشرة قولها: «تؤلف دوائر ابتدائية في المحكمة من قاض واحد، وفق ما يلي: ١- دوائر لنظر الدعاوى الآتية: أ- الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين (١) و(٢) من المادة السادسة عشرة من النظام إذا كانت قيمة المطالبة الأصلية لا تزيد على مليون ريال».

(٣) ونص الحاجة من المادة السادسة عشرة من نظام المحاكم التجارية جاء فيها: «تختص المحكمة بالنظر في الآتي: ١- المنازعات التي تنشأ بين التجار بسبب أعمالهم التجارية الأصلية أو التبعية».

الأمر الثاني: أن عجز الفقرة (أ) من الفقرة (١) من المادة الحادية عشرة من اللائحة المحال إليها اشترطت بأن تكون قيمة المطالبة الأصلية لا تزيد على مليون ريال، وهذا يعني أن المنازعات التي تنشأ بين التجار بسبب أعمالهم التجارية الأصلية أو التبعية إذا زادت فيها قيمة المطالبة الأصلية عن مليون ريال فإن إجراء الوساطة قبل رفع الدعوى أمام القضاء غير واجب! وهذا غير منطقي.

وفي رأيي: أن معالجة هذه الإشكالية، يكون بقصر النظر عن قيمة المطالبة، والاقْتِصَار على نوع المنازعة فقط، وعليه يكون اللجوء إلى الوساطة واجباً في المنازعات التي تنشأ بين التجار بسبب أعمالهم التجارية الأصلية أو التبعية، أيًا كانت قيمة المطالبة الأصلية.

العنصر الرابع: الدعوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية:

نصت اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية في مادتها الثامنة والخمسين فقرة (ب) على أن الدعوى المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة الحادية عشرة من اللائحة يجب فيها اللجوء إلى الوساطة قبل قيد الدعوى^(١)، وبالرجوع إليها وجدت أن الفقرة (أ) منها تحيل إلى أنواع الدعوى المنصوص عليها في الفقرتين (١) و(٢) من المادة السادسة عشرة

(١) ونص الحاجة من المادة الثامنة والخمسين: «يجب اللجوء إلى المصالحة والوساطة قبل قيد أي من الدعوى الآتية: ... ب- الدعوى المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة الحادية عشرة من اللائحة».

من النظام إذا كانت قيمة المطالبة الأصلية لا تزيد على مليون ريال^(١)، وبالرجوع إلى هذه المادة في النظام وجدت أن المقصود بالنوع الثاني من هذه الدعاوى: الدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية^(٢).

ونشير هنا إلى أن الفقرة (ب) من المادة الثامنة والخمسين من اللائحة وقعت في ذات الخطأ الشكلي والموضوعي في الصياغة التنظيمية المذكورة في العنصر السابق.

وفي رأبي: أن معالجة هذه الإشكالية، يكون بما ذكرته في العنصر السابق، وذلك بقصر النظر عن قيمة المطالبة والاقتران على نوع المنازعة فقط، وعليه يكون اللجوء إلى الوساطة واجباً في الدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية، أيًا كانت قيمة المطالبة الأصلية.

كما نشير إلى أن المادة السادسة عشرة من النظام وضعت شرطاً على هذا النوع من الدعاوى، وهذا الشرط هو: أن تكون قيمة المطالبة الأصلية

(١) ونص الحاجة من المادة الحادية عشرة قولها: «تؤلف دوائر ابتدائية في المحكمة من قاض واحد، وفق ما يلي: ١- دوائر لنظر الدعاوى الآتية: أ- الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين (١) و(٢) من المادة السادسة عشرة من النظام إذا كانت قيمة المطالبة الأصلية لا تزيد على مليون ريال».

(٢) ونص الحاجة من المادة السادسة عشرة من نظام المحاكم التجارية جاء فيها: «تختص المحكمة بالنظر في الآتي: ... ٢. الدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية، متى كانت قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على مائة ألف ريال، وللمجلس عند الاقتضاء زيادة هذه القيمة».

في الدعوى تزيد على مائة ألف ريال، وأن للمجلس الأعلى للقضاء عند الاقتضاء زيادة هذه القيمة.

العنصر الخامس: الدعاوى والطلبات المتعلقة بالحارس القضائي والأمين والمصفي والخبير المعينين ونحوهم:

نصت اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية في مادتها الثامنة والخمسين فقرة (ب) على أن الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة الحادية عشرة من اللائحة يجب فيها اللجوء إلى الوساطة قبل قيد الدعوى^(١)، وبالرجوع إليها وجدت أن الفقرة (ب) منها تحيل إلى أنواع الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين (٨) و(٩) من المادة السادسة عشرة من النظام، أيًا كان مبلغ المطالبة فيها، متى اتصلت بإحدى الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (١/أ) من هذه المادة^(٢)، وبالرجوع إلى هذه المادة في النظام وجدت أن المقصود بالنوع الأول من هذه الدعاوى:

(١) ونص الحاجة من المادة الثامنة والخمسين: «يجب اللجوء إلى المصالحة والوساطة قبل قيد أي من الدعاوى الآتية: ... ب- الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة الحادية عشرة من اللائحة».

(٢) ونص الحاجة من المادة الحادية عشرة قولها: «تؤلف دوائر ابتدائية في المحكمة من قاض واحد، وفق ما يلي: ١- دوائر لنظر الدعاوى الآتية: ... ب- الدعاوى المقامة بناء على الفقرتين (٨) و(٩) من المادة السادسة عشرة من النظام أيًا كان مبلغ المطالبة فيها، متى اتصلت بإحدى الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (١/أ) من هذه المادة».

الدعاوى والطلبات المتعلقة بالحارس القضائي والأمين والمصفي والخبير المعينين ونحوهم^(١).

واشترطت المادة في النظام أن يكون النزاع متعلقاً بدعوى تختص بنظرها المحكمة التجارية.

العنصر السادس: دعاوى التعويض عن الأضرار:

نصت اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية في مادتها الثامنة والخمسين فقرة (ب) على أن الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة الحادية عشرة من اللائحة يجب فيها اللجوء إلى الوساطة قبل قيد الدعوى^(٢)، وبالرجوع إليها وجدت أن الفقرة (ب) منها تحيل إلى أنواع الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين (٨) و(٩) من المادة السادسة عشرة من النظام، أيًا كان مبلغ المطالبة فيها، متى اتصلت بإحدى الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (١/أ) من هذه المادة^(٣)، وبالرجوع إلى هذه

(١) ونص الحاجة من المادة السادسة عشرة من نظام المحاكم التجارية جاء فيها: «تختص المحكمة بالنظر في الآتي: ٨... الدعاوى والطلبات المتعلقة بالحارس القضائي والأمين والمصفي والخبير المعينين ونحوهم؛ متى كان النزاع متعلقاً بدعوى تختص بنظرها المحكمة».

(٢) ونص الحاجة من المادة الثامنة والخمسين: «يجب اللجوء إلى المصالحة والوساطة قبل قيد أي من الدعاوى الآتية: ... ب- الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة الحادية عشرة من اللائحة».

(٣) ونص الحاجة من المادة الحادية عشرة قولها: «تؤلف دوائر ابتدائية في المحكمة من قاض واحد، وفق ما يلي: ١- دوائر لنظر الدعاوى الآتية: ... ب- الدعاوى المقامة بناء على الفقرتين (٨) و(٩) من المادة السادسة عشرة من النظام أيًا كان مبلغ المطالبة فيها، متى اتصلت بإحدى الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (١/أ) من هذه المادة».

المادة في النظام وجدت أن المقصود بالنوع الثاني من هذه الدعاوى: دعاوى التعويض عن الأضرار^(١).

واشترطت المادة في النظام أن تكون هذه الدعوى ناشئة عن دعوى سبق نظرها من المحكمة التجارية.

العنصر السابع: الدعاوى التي يكون أطرافها زوجين أو تربطهم صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة:

نصت اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية في مادتها الثامنة والخمسين فقرة (ج) على أن الدعاوى التي يكون أطرافها زوجين أو تربطهم صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة^(٢) يجب فيها اللجوء إلى الوساطة قبل قيد الدعوى^(٣).

(١) ونص الحاجة من المادة السادسة عشرة من نظام المحاكم التجارية جاء فيها: «تختص المحكمة بالنظر في الآتي: ٩... دعاوى التعويض عن الأضرار الناشئة عن دعوى سبق نظرها من المحكمة».

(٢) يقصد بصلة القرابة إلى الدرجة الرابعة هي: أبناء وبنات العم أو العمة، أبناء وبنات الخال والحالة. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية المادة (٧/١) بعد التعديل بموجب قرار وزير العدل رقم (٢٠٤٤) وتاريخ ٤/٨/١٤٤٣هـ.

(٣) ونص الحاجة من المادة الثامنة والخمسين: «يجب اللجوء إلى المصالحة والوساطة قبل قيد أي من الدعاوى الآتية: ... ج- الدعاوى التي يكون أطرافها زوجين، أو تربطهم صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة».

والتأصيل الفقهي الشرعي الذي أراه للإلزام النظامي الوارد في هذه الأنواع من المنازعات هو: أن هذا الإلزام يعد مصلحة مرسله، ويعد من السياسة الشرعية؛ للأسباب التالية:

السبب الأول: ما قرره أهل العلم من أن «الأنظمة التي يسنها ولي الأمر - ومنها الأنظمة التجارية- والتي تتفق مع أصول الشريعة وقواعدها وتكون محققة للمصلحة تعد من السياسة الشرعية»^(١).

السبب الثاني: ما قرره مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم: ١٤١ (٧/ ١٥) بشأن المصالح المرسله وتطبيقاتها المعاصرة والشاهد منه قوله: «(٣) من المقرر فقهاً أن تصرّف وليّ الأمر الحاكم على الرعية منوط بالمصلحة. فعليه مراعاة ذلك في قيامه بإدارة شؤونها. وعلى الأمة طاعته في ذلك. (٤) للمصلحة المرسله تطبيقات واسعة في شؤون المجتمع، وفي المجالات الاقتصادية والاجتماعية والتربوية والإدارية والقضائية وغيرها»^(٢).

(١) بحث: مصادر الحكم التجاري لمؤلفه شيخنا الأستاذ الدكتور: عارف بن صالح العلي ص ٨٥، مجلة قضاء، عدد ٦، جمادى الآخرة لعام ١٤٣٧ هـ مارس ٢٠١٦ م.

(٢) نصه كاملاً: «بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى آله وصحبه أجمعين. قرار رقم: ١٤١ (٧/ ١٥) بشأن المصالح المرسله وتطبيقاتها المعاصرة:

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الخامسة عشرة بمسقط (سلطنة عُمان) من ١٤-١٩ المحرم ١٤٢٥ هـ، الموافق ٦-١١ آذار (مارس) ٢٠٠٤ م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع المصالح المرسله، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، =

وخلاصة القول: أن الدعاوى التي يشترط لها اللجوء إلى الوساطة، قبل قيد الدعوى في المحكمة التجارية هي: اتفاق الأطراف صراحة، على اللجوء إلى الوساطة والمنازعات، التي تنشأ عن عقود المشاركة المنصوص عليها في نظام المعاملات المدنية، والمنازعات التي تنشأ بين التجار بسبب أعمالهم التجارية الأصلية أو التبعية، والدعاوى المقامة على التاجر في

= وإجماع المسلمين على أن الأحكام الشرعية مبنية على أساس جلب المصالح ودرء المفسد، قرر ما يأتي:

(١) المراد بالمصلحة المحافظة على مقصود الشارع وهو الحفاظ على الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال.

والمصلحة المرسلة: هي التي لم ينص الشارع عليها بعينها أو نوعها بالاعتبار أو الإلغاء، وهي داخلة تحت المقاصد الكلية.

(٢) يجب أن يتأكد الفقيه وجود ضوابط المصلحة وهي: أن تكون حقيقية، لا وهمية. كلية، لا جزئية. عامة، لا خاصة. لا تعارضها مصلحة أخرى أولى منها أو مساوية لها. ملائمة لمقاصد الشريعة.

وقد وضع العلماء معايير دقيقة للتمييز بين أنواع المصالح، والترجيح بينها على أساس بيان متعلق هذه المصالح. فقسموها من حيث تعلقها بحياة الناس إلى ثلاثة أقسام، ورتبها حسب درجة اعتبارها. وهذه الأقسام هي:

الضروريات. الحاجيات. التحسينيات.

(٣) من المقرر فقهاً أن تصرف ولي الأمر الحاكم على الرعية منوط بالمصلحة. فعليه مراعاة ذلك في قيامه بإدارة شؤونها. وعلى الأمة طاعته في ذلك.

(٤) للمصلحة المرسلة تطبيقات واسعة في شؤون المجتمع، وفي المجالات الاقتصادية والاجتماعية والتربوية والإدارية والقضائية وغيرها.

وبهذا يظهر خلود الشريعة ومواكبتها لحاجات المجتمعات الإنسانية مما تناولته البحوث المقدمة في هذه الدورة. والله أعلم، الموقع الرسمي الإلكتروني لمجمع الفقه الإسلامي.

منازعات العقود التجارية، والدعاوى والطلبات المتعلقة بالحارس القضائي والأمين والمصفي والخبير المعينين ونحوهم، ودعاوى التعويض عن الأضرار، والدعاوى التي يكون أطرافها زوجين أو تربطهم صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة.

وبعد بيان مفاهيم مفردات عنوان البحث، ونشأة الوساطة، ومراحلها التاريخية، وأنواع الدعاوى، التي يشترط لها اللجوء إلى الوساطة، ننتقل إلى بيان النتائج والأحكام، التي يربتها النظام والقضاء، على الحكم النظامي بوجود اللجوء إلى الوساطة، في هذه الأنواع من الدعاوى قبل قيد الدعوى فنقول:

المبحث الأول عدم قبول الدعوى دون وساطة

يترتب على وجوب اللجوء إلى الوساطة قبل رفع الدعوى أمام القضاء في المنازعات والدعاوى المذكورة في المبحث السابق: أن الدعوى لا تقبل أمام القضاء، وعدم قبول الدعوى يأخذ شكلين:

الشكل الأول: تقرر الإدارة المختصة في المحكمة التجارية عدم قيد الدعوى؛ لعدم الاستيفاء، ويكون على طالب القيد استيفاء إجراءات الوساطة خلال (خمسة عشر) يوماً من تاريخ إبلاغه بذلك، فإن قيدت الدعوى بعد الاستيفاء عُدَّت مقيدة من تاريخ تقديم طلب القيد، وإن لم يستوف ما طلب منه خلال هذه المدة عُدَّ الطلب كأن لم يكن، ويجب على الإدارة إثبات تاريخ تقديم طلب القيد في جميع الأحوال، ولطالب القيد التظلم لدى رئيس المحكمة من عدم القيد خلال (خمسة عشر) يوماً من تاريخ إبلاغه بعدم القيد، ويفصل رئيس المحكمة -أو من ينيبه من قضاة المحكمة- في التظلم، ويعد قراره في هذا الشأن نهائياً^(١).

(١) وفقاً لما جاء في المادة التاسعة والخمسين من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية حيث جاء فيها: «١- يتحقق سبق اللجوء إلى المصالحة بتقديم وثيقة بانتهاء المصالحة بغير صلح أو بصلح في بعض المنازعة، أو تقديم ما يثبت البدء في إجراءات المصالحة ومضي المدة المحددة في الفقرة (١) من المادة الثامنة من النظام، ولا يحول قيد الدعوى دون استمرار عملية المصالحة والوساطة. ٢- تطبق أحكام المادة الحادية والعشرين من النظام في حال عدم تقديم المدعي ما نصت عليه الفقرة (١) من هذه المادة».

الشكل الثاني: أن يحكم القضاء بعدم قبول الدعوى؛ لعدم التقدم بطلب إجراء الوساطة.

وقد جاء عند بعض الفقهاء أنهم يرون: بأن القاضي يأمر أطراف النزاع بالصلح إن كان في القضية لبس^(١)، وأورد صاحب «المغني» أثرًا نصه: «ردوا الخصوم حتى يصلحوا، فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن»^(٢).

وقرر صاحب «الطرق الحكيمة» أن الله سبحانه أرسل الرسل وأنزل الكتب؛ ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل، وأن العدل شرع الله ودينه، وأن

= ونص المادة الحادية والعشرين من النظام:

«١. تُقيد الإدارة المختصة في المحكمة صحيفة الدعوى إذا كانت مستوفية المطلوب وفقاً للمادة (العشرين) من النظام.

٢. إذا قررت الإدارة عدم قيد الدعوى؛ لعدم الاستيفاء، فعلى طالب القيد استيفاء ما نقص خلال (خمسة عشر) يوماً من تاريخ إبلاغه بذلك، فإن قيدت الدعوى بعد الاستيفاء عدت مقيدة من تاريخ تقديم طلب القيد، وإن لم يستوف ما طلب منه خلال هذه المدة عدت الطلب كأن لم يكن، ويجب على الإدارة إثبات تاريخ تقديم طلب القيد في جميع الأحوال.

٣. لطالب القيد التظلم لدى رئيس المحكمة من عدم القيد خلال (خمسة عشر) يوماً من تاريخ إبلاغه بعدم القيد، ويفصل رئيس المحكمة -أو من ينيبه من قضاة المحكمة- في التظلم، وبعد قراره في هذا الشأن نهائياً».

(١) ينظر: المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد المعروف بابن قدامة ج ١٤ ص ٢٩، تحقيق: د. عبد الله التركي ود. عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الطبعة الخامسة، عام ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

(٢) المرجع السابق ج ١٤ ص ٣٠.

أي طريق يستخرج به العدل والقسط فهو من الدين، وليس مخالفاً له، وأن هذا من السياسة العادلة^(١).

وإذا نظرنا إلى مكانة الصلح وفضله في الشريعة الإسلامية، بل وتفضيل الصلح في النزاع على الفصل في النزاع قضاءً، نجد أن الحكم القضائي الذي يطبق نصوص النظام الصادرة من ولي الأمر بعدم قبول الدعوى دون وساطة يدخل في السياسة الشرعية.

ومن الأحكام القضائية والتطبيقات العملية التي صدرت بعدم قبول الدعوى لعدم استيفاء إجراءات الوساطة: الحكم الصادر من المحكمة التجارية بالرياض بمنطوق الحكم: «بعدم قبول هذه الدعوى شكلاً، لما هو موضح بالأسباب، وبالله التوفيق وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين»، وبنيت الدائرة القضائية حكمها على الأسباب التالية: «ولما كان يسبق نظر الدعوى التجارية استيفاء الشروط الشكلية المنصوص عليها في نظام المحاكم التجارية ولائحته التنفيذية، وحيث ثبت للدائرة بما هو مبين في واقعات هذه الدعوى ومستنداتها أن المدعي لم يتقدم بطلب إجراء المصالحة مع المدعى عليها، وحيث إن الفقرة (ب) من المادة (٥٨) من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية نصت وجوباً على طلب

(١) ابن قيم الجوزية، ص ١٣ - ١٤، دار البيان.

إجراء المصالحة في هذه الدعوى قبل قيدها، فإن الدائرة تنتهي إلى الحكم بما يرد بمنطوقه»^(١).

(١) محكمة: المحكمة التجارية، المدينة: الرياض، رقم القضية - القرار: ٧٠٤٧، تاريخها: ٢٦/١٢/١٤٤٢، محكمة الاستئناف: المحكمة التجارية، المدينة: منطقة الرياض، رقم القرار: ٥٨٢، تاريخه: ٦/٣/١٤٤٣، الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد: فلدى الدائرة التجارية الخامسة عشرة وبناءً على القضية رقم (٧٠٤٧) لعام ١٤٤٢هـ، المقامة من / (.....) هوية وطنية ضد / (.....) للتجارة غير ذلك، القاضي (.....) رئيساً

الوقائع:

تتلخص وقائع هذه الدعوى بالقدر اللازم للحكم فيها، أنه بتاريخ ٢١/١٠/١٤٤٢هـ تقدم المدعي وكالة (.....) سجل مدني (...) بصحيفة دعوى إلى المحكمة التجارية بالرياض، ذكر فيها أن موكله تعاقد مع المدعى عليها لتنفيذ أعمال تشطيب فيلا بالدم، وقد سلم موكله للمدعى عليها مبلغ قدره (.....) ريال، وبعد تنفيذ المدعى عليها للأعمال تبين لموكله وجود عيوب في الأعمال المنفذة، ويطلب إلزامها بالتعويض عنها بمبلغ قدره (.....) ريال، وإلزامها بغرامة التأخير عن (.....) أيام بمبلغ قدره (.....) وتغريمها أتعاب المحاماة، وبإحالة القضية إلى الدائرة باشرت نظرها على النحو الموضح بمحاضر الجلسات، وفي جلسة ٢٩/١٠/١٤٤٢هـ حضر المدعي وكالة ولحضوره حضر (.....) سجل مدني (...) ولتحقق الدائرة بما ورد في المادة (٩٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية فقد أفهمت الدائرة الطرفين أن هذه الدعوى تقع في ولاية اختصاصها القضائي بناء على الفقرة (٢) من المادة (١٦) من نظام المحاكم التجارية كما رأت الدائرة أن هذه الدعوى مقبولة شكلاً وتحققت فيها شروط قبول الدعوى ثم عرضت الدائرة الصلح على الطرفين وانتهاء الدعوى ودياً فطلبها مهلة لذلك، ثم سألت الدائرة وكيل المدعي عن طلب موكله في هذه الدعوى فأجاب قائلاً أن موكله يطلب إلزام المدعى عليها بمبلغ قدره (.....) ريال تمثل مجموع مبالغ أرش العيوب والشروط الجزائي عن عقود المقاولة وملحقاته المبرم مع المدعى عليها لتشطيب فيلا بالدم، إضافة إلى أتعاب المحاماة وبسؤاله عن بيئة موكله وأدلتها التي يستند عليها في طلبه فأجاب قائلاً بأن بيئته موكله على ذلك العقد =

= المبرم بين الطرفين وملحقاته وتقرير مكتب الهندسي والتقرير رقم (١/٢٢٠)، وبطلب الجواب من وكيل المدعى عليها ذكر بأنه يطلب الحكم بعدم قبول الدعوى لأن موكلته تاجر والمدعي لم يلجأ إلى الصلح قبل رفع الدعوى عن طريق منصة تراضي، فعقب وكيل المدعي بأنه وجه خطاب إلى المدعى عليها بخصوص الصلح وذلك قبل شهر ونصف تقريباً من إقامة الدعوى، وبجلسة اليوم حضر الطرفان وأشارت الدائرة إلى ورود مذكرة وكيل المدعى عليها عن طريق الترافع الكتابي المتضمنة أن هذه الدعوى مقامة من فرد ضد تاجر وقد حدد المنظم إجراءات ومستندات يجب توفرها لقبول الدعوى، ومن هذه المستندات تقديم ما يثبت اللجوء للمصالحة والوساطة من قبل المدعي قبل قيد الدعوى وفقاً للمادة (٥٨) من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية ونصها «يجب اللجوء إلى المصالحة والوساطة قبل قيد أي من الدعاوى التالية: - وجاء في الفقرة (ب) الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة الحادية عشرة من اللائحة» وجاء في الفقرة (١) من المادة الحادية عشرة (أ) «الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين (١) و(٢) من المادة السادسة عشرة من النظام إذا كانت قيمة المطالبة الأصلية لا تزيد على مليون ريال» والثابت من أوراق الدعوى أن المدعي لم يقدم ما يثبت اللجوء للمصالحة وبناء على ذلك فإنه يطبق أحكام المادة (١٥٩) فقرة (٢) من اللائحة ونصها «تطبق أحكام المادة الحادية والعشرون من النظام في حال عدم تقديم المدعي ما نصت عليه الفقرة (١) من هذه المادة» وبناء على سبق فإن هذا عيب شكلي يستوجب الحكم بعدم قبول الدعوى/ أما ما دفع به المدعي في الجلسة الأولى من أنه قام بإرسال خطاب للصلح فغير صحيح، حيث إن الخطاب معنون بكلمة (إخطار) كما جاء في مرفقات صحيفة الدعوى ولم يتم إرفاق نص الخطاب، كما أن النظام فرق بين الإخطار وبين المصالحة كما جاء في المادة (٧١) فقرة (٢) من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية، ونظراً لصلاحيه القضائية للفصل فيها، أصدرت الدائرة حكمها مبنيًا على ما يلي:

الأسباب:

ولما كان يسبق نظر الدعوى التجارية استيفاء الشروط الشكلية المنصوص عليها في نظام المحاكم التجارية ولائحته التنفيذية، وحيث ثبت للدائرة بما هو مبين في واقعات هذه الدعوى ومستنداتها أن المدعي لم يتقدم بإجراء المصالحة مع المدعى عليها، =



= وحيث إن الفقرة (ب) من المادة (٥٨) من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية نصت وجوباً على طلب إجراء المصالحة في هذه الدعوى قبل قيدها، فإن الدائرة تنتهي إلى الحكم بما يرد بمنطوقه.

منطوق الحكم:

بعدم قبول هذه الدعوى شكلاً، لما هو موضح بالأسباب، وبالله التوفيق وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.
رئيس الدائرة.....

الاستئناف:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد: فلدى دائرة الاستئناف الأولى وبناءً على القضية رقم (٥٨٢) لعام ١٤٤٣ هـ، المقامة من/ (.....) هوية وطنية ضد/ (.....) للتجارة غير ذلك. القاضي (.....) رئيساً القاضي (.....) عضواً القاضي (.....) عضواً

الوقائع:

محل الدعوى مقاوله لتشطيب فيلا بالدم.. والمطالبة بمبلغ (.....) ريال تتمثل مجموع مبالغ أرش العيوب والشرط الجزائي. وقد أصدرت الدائرة الابتدائية حكمها في القضية بعدم قبول الدعوى شكلاً. وبما أن الوقائع قد أوردتها الحكم فإن دائرة الاستئناف تحيل إليه في هذا الشأن، وقد اعترض وكيل المدعى عليها بعدم تطرق الدائرة لطلب موكلته بأتعاب المحاماة، وطلب نقض الحكم والحكم مجدداً بإلزام المدعي بدفع أتعاب المحاماة بمبلغ (.....) ريال. فيما لم يعترض المدعي على الحكم. هذا وقد عقدت دائرة الاستئناف جلسة للقضية.

الأسباب:

بما أن الاعتراض جرى تقديمه أثناء الأجل المحدد نظاماً، فإن دائرة الاستئناف تنتهي إلى قبوله شكلاً من هذا الوجه. أما فيما يتعلق بالحكم فإن ما أغفله الحكم الابتدائي من الطلبات طلب استئنافية غير مقبول، وإذا لصاحب الطلب دعوى بشأن ذلك فإنه يقيم دعوى بشأنه بموجب نظام المحاكم التجارية ولائحته التنفيذية.

=

المبحث الثاني استيفاء إجراءات الوساطة

تمهيد وتقسيم:

يترتب على وجوب اللجوء إلى الوساطة قبل رفع الدعوى أمام القضاء في المنازعات والدعاوى المذكورة في المبحث التمهيدي: أن الدعوى لا تقبل أمام القضاء إلا بعد استيفاء إجراءات الوساطة، وفق نظام المحاكم التجارية ولائحته التنفيذية، ووفق اتفاق الأطراف على الإجراءات الخاصة المذكورة في اتفاق الوساطة بينهم، وفيما لم يكن فيه نصوص من النظام ولائحته التنفيذية، ولا اتفاق من الأطراف على إجراءات خاصة، فإنه تسري على الوساطة الأحكام المنصوص عليها في قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاته^(١).

وإجراءات الوساطة وفق قواعد العمل في مكاتب المصالحة^(٢) على النحو التالي:

= منطوق الحكم:

«حكمت دائرة الاستئناف التجارية الأولى بعدم قبول طلب الاستئناف المقدم في هذه القضية» عضو (.....) عضو (.....) رئيس الدائرة (.....)

(١) فقد جاء في المادة السابعة والخمسين من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية ما نصه: «فيما لم يرد فيه نص خاص في النظام واللائحة وما لم يتفق الأطراف على إجراءات خاصة؛ تسري على أي مصالحة ووساطة في منازعة تجارية الأحكام ذات الصلة المنصوص عليها في قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاته».

(٢) صدر قرار وزير العدل رقم (٥٥٩٥) وتاريخ ٢٩ ذو القعدة ١٤٤٠هـ بالموافقة قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاته المتضمن قواعد إجراءات الصلح، الفصل =

المطلب الأول: الاختصاص والإجراءات:

تنص قواعد العمل في مكاتب المصالحة على ضرورة مراعاة الاختصاص في القضايا التي تعرض أمام مكاتب المصالحة لغرض الوساطة، ذلك أن مكاتب المصالحة تتولى: المنازعات المحالة من المحاكم، والمنازعات التي يحيلها أطراف النزاع أو بعضهم إلى مكاتب المصالحة، ولا تتولى مكاتب المصالحة: ما لا يجوز فيه الصلح شرعاً، وما ليس لأطراف المصالحة حق الصلح فيه، ولا ما يخالف نظاماً^(١).

وأما ما يتعلق بالإجراءات فإنها تتوزع على عناصر متنوعة هي:

العنصر الأول: إجراءات قيد المصالحة:

يقدم الأطراف أو أحدهم، طلب المصالحة إلى مركز المصالحة، أو مكتب من مكاتب المصالحة، على النموذج المعتمد، ثم يقيد طلب المصالحة يوم إحالته، ويأخذ الطلب رقمًا يميزه عن غيره من الطلبات، ثم يحيل مدير

= الأول: أحكام عامة، الفصل الثاني: الصلح، الفصل الثالث: المصلحون المسجلون، الفصل الرابع: إجراءات المصالحة، الفصل الخامس: محضر الصلح، الفصل السادس: أحكام ختامية.

(١) المادة الثانية: الإحالة إلى مكاتب المصالحة واختصاصها:

١. المنازعات المحالة من المحاكم.
٢. المنازعات التي يحيلها أطرافها أو بعضهم إلى مكاتب المصالحة ابتداءً، أو بعد البدء في نظر المنازعة في أي مرحلة من مراحل الدعوى مع مراعاة إشعار ناظر القضية بذلك.
١. لا تتولى مكاتب المصالحة المصالحة فيما لا يجوز الصلح فيه شرعاً، ولا ما ليس لأطراف المصالحة حق الصلح فيه، ولا ما يخالف نظاماً.

مكتب المصالحة المختص أو من يفوضه طلب المصالحة إلى المصلحين، من منسوبي الوزارة أو المصلحين المسجلين، مراعيًا المصلحة والتعليقات التي يصدرها المركز في هذا الشأن، ومراعيًا رغبة الأطراف ما أمكن، ويتولى المصالحة المكتب الذي تقدم إليه الأطراف أو الجهة التي يحددها مركز المصالحة^(١).

العنصر الثاني: إجراءات المواعيد والإبلاغ:

يحدد مكتب المصالحة موعدًا لجلسة المصالحة خلال مدة لا تزيد عن أربعة عشر يومًا من تاريخ قيد طلب المصالحة، ويبلغ أطراف المصالحة بالموعد عن طريق مكتب المصالحة أو طالب الصلح، وفي حال غياب الأطراف أو أحدهم يحدد المكتب موعدًا آخر خلال سبعة أيام، من الموعد الأول مع مراعاة مناسبته للأطراف ما أمكن، وفي حال غياب الأطراف أو أحدهم للمرة الثانية، أو تعذر تبليغهم، يحفظ طلب المصالحة، وإن نص المركز في المنازعة محل المصالحة، على مدد خلاف ذلك فإنها تقدم

(١) المادة الثالثة عشرة: قيد المصالحة وإحالتها:

...١

٢. إذا تقدم الأطراف أو أحدهم بطلب المصالحة من غير إحالة من المحكمة، فيقدم الأطراف أو أحدهم الطلب إلى المركز أو مكاتب المصالحة وفقًا للنموذج المعتمد، ويتولى المصالحة المكتب الذي تقدم إليه الأطراف أو الجهة التي يحددها المركز.

٣. يقيد طلب المصالحة يوم إحالته، ويعطى رقمًا يميزه.

٤. يحيل مدير مكتب المصالحة المختص أو من يفوضه طلب المصالحة إلى المصلحين من منسوبي الوزارة أو المصلحين المسجلين مراعيًا المصلحة والتعليقات التي يصدرها المركز في هذا الشأن، ومراعيًا رغبة الأطراف ما أمكن.

على ما ذكرنا، وتتعقد جلسات المصالحة في مقر مكتب المصالحة، ويجوز عقدها إلكترونياً عن بعد أو في مقر آخر مناسب، على أن تراعى الضوابط والشروط التي يصدرها المركز في هذا الشأن^(١).

العنصر الثالث: إجراءات حضور الجلسات:

يحضر جلسات المصالحة حصراً: المصلح، وأطراف المصالحة الأصليون أو كلاؤهم أو جميعهم، ومن يقبل جميع الأطراف حضوره قبل المصالحة أو أثناءها.

وعلى من يحضر جلسات المصالحة من غير المصلحين ومعاونيهم التوقيع على تعهد بعدم الإفصاح وبالاتزام بأداب جلسات المصالحة^(٢).

(١) المادة الرابعة عشرة: تحديد موعد الجلسات ومكانها وإبلاغ الأطراف:

١. ما لم ينص المركز في المنازعة محل المصالحة على مدد خلاف ذلك، يحدد مكتب المصالحة موعداً لجلسة المصالحة خلال مدة لا تزيد عن ١٤ يوماً من تاريخ قيد طلب المصالحة، ويبلغ أطراف المصالحة بالموعد عن طريق مكتب المصالحة أو طالب الصلح، وفي حال غياب الأطراف أو أحدهم فيحدد المكتب موعداً آخر خلال سبعة أيام من الموعد الأول مع مراعاة مناسبته للأطراف ما أمكن، وفي حال غياب الأطراف أو أحدهم للمرة الثانية أو تعذر تبليغهم فيحفظ طلب المصالحة، وتبلغ المحكمة المحيلة إذا كان الطلب محالاً.

٢. تعقد جلسات المصالحة في مقر مكتب المصالحة، ويجوز عقدها إلكترونياً عن بعد أو في مقر آخر مناسب، على أن تراعى الضوابط والشروط التي يصدرها المركز في هذا الشأن.

(٢) المادة الخامسة عشرة: حضور جلسات المصالحة:

١. يقتصر حضور جلسات المصالحة على من يأتي:

١. المصلح.

العنصر الرابع: إجراءات جلسات المصالحة:

تجري جلسة المصالحة على النحو التالي: يقوم المصلح في بداية الجلسة بالتحقق من هوية أطراف المصالحة، ومن أهليتهم الشرعية والنظامية لإجراء الصلح، ثم يسعى إلى وصول أطراف المصالحة إلى صلح منهٍ للخصومة، ملتزمًا بأحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية، وبالقيم الواردة في المادة الرابعة من القواعد، وبما يصدره المركز من أدلة إجرائية، وإذا كان بين الأطراف أكثر من منازعة -ولو تعددت اختصاصاتها- فيسعى إلى وصول الأطراف إلى صلحٍ ينهي جميع هذه المنازعات.

ويسوغ للمصلح استعمال الوسائل التالية لغرض التوصل إلى الصلح:

١. الاجتماع أثناء الجلسة أو قبلها بأحد الأطراف دون الآخرين، على ألا يخل ذلك بقيم المصالحة ولا يؤدي إلى محذور شرعي.
٢. الاجتماع بالأطراف دون وكلائهم، على ألا يخل ذلك بقيم المصالحة ولا يؤدي إلى محذور شرعي.

٢. أطراف المصالحة الأصليين، ولهم توكيل من يحضر نيابة عنهم بشرط وجود وكالة تخول الوكيل الصلح، ويحضر عن الشخصية الاعتبارية ممثلها النظامي الذي له صلاحية الصلح عنها أو من يوكله.
٣. وكلاء أطراف المصالحة ولو مع حضور من وكلهم.
٤. من يقبل جميع الأطراف حضوره قبل المصالحة أو أثناءها.
٢. يجب على من يحضر جلسات المصالحة من غير المصلحين ومعاونيهم التوقيع على تعهد بعدم الإفصاح وبالالتزام بأداب جلسات المصالحة.

ويحظر على المصلح استعمال وسيلة إكراه أطراف المصالحة أو بعضهم على قبول الصلح.

ومن واجبات أطراف المصالحة: الالتزام بآداب الحوار وبتعليقات المصلح.

وتكون إجراءات المصالحة ومداويلها باللغة العربية، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، على أن يجرى محضر الصلح باللغة العربية.

ويجوز عقد أكثر من جلسة للمصالحة على ألا تزيد عن ثلاث جلسات، وألا تزيد المدة من حين بدء الإجراءات عن ثلاثين يوماً، ويستثنى من ذلك:

١. المنازعات التي ينص مكتب المصالحة فيها على مدد أطول.

٢. المنازعات الأخرى عند موافقة مدير مكتب المصالحة على التمديد بناء على سبب يبينه المصلح^(١).

(١) المادة السادسة عشرة: إجراءات جلسة المصالحة:

١. على المصلح في بداية الجلسة التحقق من هوية أطراف المصالحة، ومن أهليتهم الشرعية والنظامية لإجراء الصلح.

٢. المصلح هو المسؤول عن ضبط جلسات المصالحة، وعليه السعي إلى وصول أطراف المصالحة إلى صلح منه للخصومة ملتزماً بأحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية، وبالقيم الواردة في المادة الرابعة من القواعد، وبما يصدره المركز من أدلة إجرائية، وإذا كان بين الأطراف أكثر من منازعة - ولو تعددت اختصاصاتها - فيسعى إلى وصول الأطراف إلى صلح ينهي جميع هذه المنازعات.

٣. للمصلح - لغرض الوصول إلى الصلح - الاجتماع أثناء الجلسة أو قبلها بأحد الأطراف دون الآخرين، كما أن له الاجتماع بالأطراف دون وكلائهم، على ألا يخل ذلك بقيم المصالحة ولا يؤدي إلى محذور شرعي.

العنصر الخامس: إجراءات سرية الجلسات:

تجري جلسات المصالحة بشكل سرّي، ولا يجوز الإفصاح عما يدور فيها من معلومات ووثائق وما ينتج عنها من محاضر صلح، أو تقديمه كإثبات أو الشهادة به أمام الجهات القضائية، ولجان فصل المنازعات، وهيئات التحكيم، إلا في الأحوال الآتية وفي حدود ما يتحقق به الغرض:

١. الإفصاح الذي يقتضيه تنفيذ محضر الصلح.
٢. تقديم أحد أطراف المنازعة في إجراءات التقاضي أو التحكيم ما قدمه هو في جلسات المصالحة، من مستندات وحقائق متعلقة بموضوع المنازعة، أو ما كان عنده أو اطلع عليه بطريق مشروع قبل جلسات المصالحة.
٣. الإفصاح عن اسم المصلح، أو وجود إجراءات مصالحة بشكل عام دون تفصيل لما دار فيها.

٤. لا يجوز للمصلح إكراه أطراف المصالحة أو بعضهم على قبول الصلح.
٥. على أطراف المصالحة الالتزام بأداب الحوار وبتعليقات المصلح.
٦. تكون إجراءات المصالحة ومداواتها باللغة العربية ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، على أن يحضر محضر الصلح باللغة العربية.
٧. يجوز عقد أكثر من جلسة للمصالحة على ألا تزيد عن ثلاث جلسات، وألا تزيد المدة من حين بدء الإجراءات عن ثلاثين يوماً، ويستثنى من ذلك:
 ١. المنازعات التي ينص مكتب المصالحة فيها على مدد أطول.
 ٢. المنازعات الأخرى عند موافقة مدير مكتب المصالحة على التمديد بناء على سبب يبينه المصلح.



٤. الإفصاح الذي يتفق عليه أطراف المنازعة.

٥. الإفصاح الاستثنائي، الذي يُلزم به نظامٌ في حدود أحكامه.

٦. الإفصاح الذي يحول دون ارتكاب جريمة.

٧. الإفصاح بمخالفة ارتكبتها المصلح^(١).

ونص المعيار الخامس من معايير السلوك الأخلاقي للوسطاء المعنون بـ (السرية) في الفقرة (أ) على أنه: «على الوسيط الحفاظ على سرية المعلومات التي حصل عليها في إجراءات الوساطة، ما لم تتفق الأطراف، أو ينص القانون المنطبق على غير ذلك»، ثم جاء البند (٣) من هذه الفقرة على أنه:

(١) المادة السابعة عشرة: سرية جلسات المصالحة:

جلسات المصالحة سرية، ولا يجوز الإفصاح عما دار فيها من معلومات ووثائق وما نتج عنها من محاضر صلح، أو تقديمه كإثبات أو الشهادة به أمام الجهات القضائية، ولجان فصل المنازعات، وهيئات التحكيم، إلا في الأحوال الآتية وفي حدود ما يتحقق به الغرض:

١. الإفصاح الذي يقتضيه تنفيذ محضر الصلح.

٢. تقديم أحد أطراف المنازعة في إجراءات التقاضي أو التحكيم ما قدمه هو في جلسات المصالحة من مستندات وحقائق متعلقة بموضوع المنازعة، أو ما كان عنده أو اطلع عليه بطريق مشروع قبل جلسات المصالحة.

٣. الإفصاح عن اسم المصلح أو وجود إجراءات مصالحة بشكل عام دون تفصيل لما دار فيها.

٤. الإفصاح الذي يتفق عليه أطراف المنازعة.

٥. الإفصاح الاستثنائي الذي يُلزم به نظامٌ في حدود أحكامه.

٦. الإفصاح الذي يحول دون ارتكاب جريمة.

٧. الإفصاح بمخالفة ارتكبتها المصلح.

«إذا شارك الوسيط في عملية تعليم أو بحث أو دراسة تقييم بشأن الوساطة؛ فعليه ألا يكشف عن أسماء الأطراف وأن يتقيد بتوقعاتهم المعقولة بشأن السرية»^(١).

ويجب في استيفاء إجراءات الوساطة أن يدرك الوسيط - غير القاضي - شروط الصلح عند فقهاء الشريعة الإسلامية في إجراءات الوساطة، فقد يؤدي الإخلال بشرط من هذه الشروط إلى عدم صحة وتنفيذ سند الوساطة والصلح، أمام محكمة التنفيذ^(٢)، وأهم شروط الصلح التي تحدث عنها الفقهاء:

١. الشرط الأول: التراضي بين أطراف النزاع:

وفي اشتراط هذا الشرط جاء قولهم: «إن الصلح على خلاف مقتضى الحكم جائز بين الخصمين؛ لأنه يعتمد التراضي منهما وبالتراضي ينعقد بينهما السبب الموجب لنقل حق أحدهما إلى الآخر بعوض أو بغير عوض»^(٣).

(١) مرجع سابق معايير السلوك الأخلاقي للوسطاء [/https://sadr.org](https://sadr.org)

(٢) طبقاً لنص الفقرة (١) على المادة (٩) في اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ ونصها: «كل سند تنفيذي خالف الشرع كله أو بعضه يجب عدم تنفيذ المخالف منه، وعند اعتراض طالب التنفيذ تصدر الدائرة قراراً بذلك يخضع لطرق الاعتراض»، صدرت اللائحة هذه بقرار وزير العدل، بتاريخ ٢٠ صفر ١٤٣٩هـ.

(٣) المبسوط، لمحمد بن أحمد، شمس الأئمة السرخسي، ج ٢٠ ص ١٣٤، دار المعرفة، بيروت، عام ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٢. الشرط الثاني: الأهلية:

وفي اشتراط هذا الشرط جاء قولهم: «(ولا) يصح الصلح بأنواعه (ممن لا يصح تبرعه كمكاتب و) قن (مأذون له) في تجارة (وولي) نحو صغير وسفيه وناظر وقف»^(١).

٣. الشرط الثالث: توفر صيغة الصلح:

تحدث الفقهاء عن صيغة الصلح، وذكروا بعض شروطها وأحكامها، وسكتوا عن البعض الآخر، اكتفاء بما ذكروه في أبواب البيع والإجارة والهبة والإبراء، وذكروا أنه يشترط في الصلح حصول الإيجاب والقبول، وأن تستعمل في الإيجاب والقبول صيغة الماضي^(٢).

٤. الشرط الرابع: توفر محل الصلح:

وقالوا في اشتراط هذا الشرط ما نصه: «ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه»^(٣).

(١) دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإيرادات، لمنصور بن يونس البهوتي الحنبلي، ج ٢ ص ١٣٩، عالم الكتب، الطبعة الأولى، عام ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.

(٢) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج ٢٧ ص ٣٤٧.

(٣) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لموسى بن أحمد الحجراوي المقدسي، ج ٢ ص ١٩٧، تحقيق: عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة، بيروت - لبنان.

٥. الشرط الخامس: عدم مخالفة الصلح للشريعة الإسلامية:

والأصل الشرعي لهذا الشرط ما ورد في الحديث: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»^(١).

٦. الشرط السادس: أن لا يكون الصلح متعلقاً بحق من حقوق الله تعالى:

قال الفقهاء في اشتراط هذا الشرط ما نصه: «فحق الله لا مدخل للصلح فيه، كالحدود والزكوات والكفارات ونحوها»^(٢).

٧. الشرط السابع: أن يكون أطراف النزاع ممن يملكون حق الصلح:

وفي اشتراط هذا الشرط جاء قولهم: «(ولا) يصح الصلح بأنواعه (ممن لا يصح تبرعه كمكاتب و) قن (مأذون له) في تجارة (وولي) نحو صغير وسفيه وناظر وقف»^{(٣)(٤)}.

المطلب الثاني: أحوال انتهاء المصالحة:

تنتهي المصالحة في أيّ من الأحوال الآتية:

١. إذا توصل أطراف المصالحة إلى صلح مُنهِ للخصومة.

(١) رواه أبو داود في سننه، ج ٥ ص ٤٤٦، سبق تخريجه.

(٢) إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر شمس الدين ابن قيم الجوزية، ج ١ ص ٨٥، تحقيق: محمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، عام ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

(٣) شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج ٢ ص ١٣٩.

(٤) تحدث عن هذه الشروط، شروط الصلح، الدكتور: فيصل العصيمي في بحثه المعنون ب: الصلح في مجلس القضاء، مرجع سابق، من ص ٣٢ إلى ص ٥٦.

٢. إذا غاب أحد أطراف المصالحة وفقاً لما ورد في المطلب الثالث

سابق الذكر.

٣. إذا انسحب أحد أطراف المصالحة في أي مرحلة من مراحلها.

٤. إذا تعذر الصلح من أحد أطراف المصالحة لوفاته أو انقضاء

شخصيته الاعتبارية أو غير ذلك.

٥. إذا تجاوزت جلسات المصالحة عدد الجلسات أو المدد المذكورة في

المطلب الخامس سابق الذكر.

٦. إذا رأى المصلح عدم جدوى المضي في إجراءات المصالحة، أو

تكررت مخالفة أطرافها لآداب المصالحة وإجراءاتها فله الاعتذار، ويرفع

بذلك إلى مدير مكتب المصالحة للتقرير في إنهاء المصالحة أو إحالتها إلى

مصلح آخر^(١).

(١) المادة الثامنة عشرة: انتهاء المصالحة:

تنتهي المصالحة في أي من الأحوال الآتية:

١. إذا توصل أطراف المصالحة إلى صلح منه للخصومة.

٢. إذا غاب أحد أطراف المصالحة وفقاً لما ورد في المادة الرابعة عشرة.

٣. إذا انسحب أحد أطراف المصالحة في أي مرحلة من مراحلها.

٤. إذا تعذر الصلح من أحد أطراف المصالحة لوفاته أو انقضاء شخصيته الاعتبارية أو

غير ذلك.

٥. إذا تجاوزت جلسات المصالحة عدد الجلسات أو المدد المذكورة في المادة السادسة

عشرة.



٦. إذا رأى المصلح عدم جدوى المضي في إجراءات المصالحة أو تكررت مخالفة أطرافها لأداب المصالحة وإجراءاتها فله الاعتذار، ويرفع بذلك إلى مدير مكتب المصالحة للتقرير في إنهاء المصالحة أو إحالتها إلى مصلح آخر.

ولمن يتفق على شرط الوساطة باتباع إجراءات الوساطة في المركز السعودي للتحكيم التجاري أذكرها هنا وهي على النحو التالي: أولاً: التقدم بطلب الوساطة إلى المركز السعودي للتحكيم التجاري من خلال تقديم الطلب عبر الهاتف أو البريد الإلكتروني أو البريد العادي أو الفاكس أو من خلال الموقع الإلكتروني للمركز، وعلى المتقدم للوساطة إبلاغ خصمه بهذا الطلب، وعلى المتقدم للوساطة إرسال نسخة من اتفاق الوساطة وأسماء الأطراف وعناوينهم وبيان بطبيعة المنازعة والطلب المدعى به ولغة الوساطة ومكان انعقادها ومدتها ومؤهلات الوسيط ورسوم تسجيل الطلب. ثانياً: يحضر أطراف الوساطة بأشخاصهم لجلسات الوساطة أو وكلائهم بوكالة صحيحة تخولهم حضور جلسات الوساطة. ثالثاً: يعين الوسيط باتفاق الأطراف، وفي حال عدم الاتفاق فإن المسؤول الإداري هو من يعين الوسيط بعد أن يعرض المسؤول الإداري على الأطراف قائمة بأسماء الوسطاء المرشحين من قائمة وسطاء المركز ويتفق الأطراف على اختيار أحدهم، وإذا لم يتفق الأطراف على اختيار أحدهم فيقوم الأطراف بشطب الأسماء المعترض عليها وترتيب باقي الأسماء حسب الأفضلية وإعادةها إلى المسؤول الإداري، ثم يدعو المسؤول الإداري وسيطاً وافق عليه الأطراف حسب ترتيب الأفضلية، وإذا تعذر التعيين من القائمة على ضوء ما ذكر أو لأي سبب آخر فللمسؤول الإداري صلاحية التعيين من بين الوسطاء الآخرين من قائمة الوسطاء لدى المركز دون تقديم أي قوائم إضافية. رابعاً: يلتزم الوسيط بعد تمام عملية تعيينه في القضية بمعايير السلوك الأخلاقي للوسطاء المعمول بها وقت تعيينه، وبالأخص: الحياد والإفصاح عن جميع حالات تعارض المصالح القائمة أو المحتملة. خامساً: إذا تنحى الوسيط أو لم يستطع تولى مهام الوساطة لأي سبب فعلى المسؤول الإداري تعيين وسيط آخر. سادساً: يجب على الوسيط إدارة الوساطة بالاستناد إلى مبدأ حرية القرار لكل طرف. سابعاً: يجب على الوسيط وأطراف النزاع وممثلهم فور البدء بإجراءات الوساطة المشاركة في اجتماع تمهيدي يهدف الاتفاق على إجراءات الوساطة. ثامناً: للوسيط عقد اجتماعات منفصلة =



= واقعية أو افتراضية وبأي وسيلة تواصل مع كل طرف على حدة في أي وقت. تاسعاً: يستحسن تبادل المستندات والمعلومات بين الأطراف إلا إن رغب أحد الأطراف باطلاع الوسيط وحده فتجانب رغبته. عاشراً: لا يجبر الوسيط الأطراف أو أحدهما على تسوية معينة. الحادي عشر: للوسيط الاستمرار في الوساطة لمدة يتفق عليها الأطراف إن لم تكن التسوية لكل مسائل المنازعة أملاً في الوصول إلى تسوية تامة. الثاني عشر: يجب أن يعلم الوسيط أنه ليس وكيلاً لأحد الأطراف ولا تسري عليه واجبات الوكالة. الثالث عشر: يجب مراعاة الخصوصية فلا يحضر الوساطة إلا من له صفة أو أذن له الوسيط والأطراف. الرابع عشر: يجب على الوسيط مراعاة السرية في كل معلومات ومستندات قضية الوساطة. الخامس عشر: لا يجبر الوسيط ولا غيره ممن شارك في قضية الوساطة على تقديم شهادة أمام أي جهة فيما يخص قضية الوساطة إلا إن نص القانون المنطبق على غير ذلك. السادس عشر: يجب على أطراف الوساطة مراعاة السرية في كل معلومات ومستندات قضية الوساطة، ما لم يتفق الأطراف أو يتطلب القانون المنطبق غير ذلك، فلا يجوز الاستناد إلى أي من الآتي أو تقديمه دليلاً في أي تحكيم، أو دعوى قضائية، أو غير ذلك من الإجراءات: الآراء أو المقترحات بشأن تسوية ممكنة للمنازعة المقدمة من أحد الأطراف أو المشاركين في الوساطة، الإقرارات الصادرة عن أحد الأطراف أو المشاركين في الوساطة، اقتراحات الوسيط أو وجهات نظره، ما يفيد استعداد أحد الأطراف لقبول اقتراح التسوية الصادر عن الوسيط أو رفضه. السابع عشر: يلتزم كل طرف أن يعيد للطرف الآخر ما تبادلته من مستندات أو مذكرات متعلقة بالوساطة، دون الاحتفاظ بنسخة منها، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. الثامن عشر: يوقع المشاركون في الوساطة من غير الأطراف أو ممثليهم على تعهد بالحفاظ على سرية إجراءات الوساطة قبل المشاركة فيها. التاسع عشر: تشمل السرية اتفاق التسوية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، أو يكن الإفشاء لازماً لغرض التنفيذ. العشرون: يحظر أن يكون هناك تسجيلات أو محاضر اجتماعات لإجراءات الوساطة، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. الحادي والعشرون: تنتهي الوساطة في أي من الأحوال التالية: ١. توقيع الأطراف لاتفاق تسوية. ٢. تصريح الوسيط كتابة أو شفهيًا أن بذل المزيد من الجهود في الوساطة لن يسهم في تسوية المنازعة. ٣. تصريح أحد الأطراف كتابة أو شفهيًا بإنهاء إجراءات الوساطة. =

وهذه الإجراءات المنصوص عليها في قواعد مركز المصالحة لا أرى أنها تخرج في تأصيلها عما ذكرته من تأصيل في الفرع الثاني من المطلب الثالث من المبحث التمهيدي من أنها تعد من السياسة الشرعية وأنها تعود إلى الأصل الفقهي المصلحة المرسله.

ومن الأحكام القضائية والتطبيقات العملية التي تضمنت وجوب استيفاء إجراءات الوساطة: الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بمنطوق الحكم: «عدم قبول الطلب لعدم إرفاق ما يثبت اللجوء إلى الحل الودي. والله الموفق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم»، وبنت الدائرة القضائية حكمها على الأسباب التالية: «بما أن النزاع منازعة تحكيم فإن الاختصاص ينعقد لهذه المحكمة استناداً إلى المادة الثامنة من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٤)

= ٤. إبلاغ المسؤول الإداري الأطراف كتابة بأن أي طرف لم يدفع المبالغ المستحقة عليه بعد مضي ما لا يقل عن ٧ أيام من تاريخ الاستحقاق. ٥. إذا لم يحدث أي تواصل بين الوسيط وأي طرف أو ممثله لمدة ٢١ يوماً بعد اختتام اجتماع الوساطة. الثاني والعشرون: المسؤول الإداري ومجلس إدارة المركز والوسيط المطبق لقواعد الوساطة للمركز لا يكونوا طرفاً في دعوى قضائية متعلقة بالوساطة، ولا مسؤولين تجاه أي طرف أو مشارك في الوساطة عن أي خطأ أو عمل أو امتناع متعلق بالوساطة المطبقة لقواعد المركز. الثالث والعشرون: يجب على الوسيط تفسير قواعد المركز وتطبيقها في الحدود التي تتعلق بواجباته ومسؤولياته، وعلى المسؤول الإداري في المركز تفسير ما عدا ذلك. الرابع والعشرون: إيداع دفعات وتكاليف الوساطة ورسومها من أطراف النزاع بحسب الآلية المذكورة في قواعد المركز وملحقه المرفق بالقواعد. الخامس والعشرون: تكون لغة الوساطة هي لغة اتفاق الوساطة ذاته، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

وتاريخ ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣ هـ، وبما أن وكالة المدعي تطلب تعيين محكم عن المدعى عليها، وبما أن المادة الثامنة من نظام المحاكم التجارية قد أحالت على اللائحة التنفيذية للنظام بتحديد الدعاوى التي يجب فيها اللجوء إلى المصالحة والوساطة قبل قيدها، وحيث حدتها اللائحة بالمادة الثامنة والخمسين، ومن بينها الفقرة (د) من المادة المذكورة التي تنص على: «الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تتضمن الاتفاق - كتابةً - على اللجوء إلى المصالحة والوساطة والتسوية الودية قبل اللجوء إلى القضاء»، وعليه يجب اللجوء إلى المصالحة والوساطة قبل قيد الدعوى، ويلزم عدم قيد الدعوى إن لم يثبت اللجوء إليها، وذلك لما يجب من توافر وثيقة أو مستندات تثبت اللجوء إليها قبل طلب التحكيم في حال اشتراطه في شرط أو اتفاق التحكيم، وحسب المادة (٥٩) فقرة (١) من ذات اللائحة: «يتحقق سبق اللجوء إلى المصالحة بتقديم وثيقة بانتهاء المصالحة بغير صلح أو بصلح في بعض المنازعة، أو تقديم ما يثبت البدء في إجراءات المصالحة ومضي المدة المحددة في الفقرة (١) من المادة الثامنة من النظام..». وبما أن شرط التحكيم تضمن اللجوء إلى الحل الودي، ولم تقدم وكالة المدعي ما يثبت اللجوء إليه، فإن الدائرة تنتهي إلى منطوقها أدناه»^(١).

(١) نص الاستئناف:

محكمة الاستئناف:

المدينة: المنطقة الشرقية

رقم القرار: ١٣٦٢

تاريخه: ١٠ / ٧ / ١٤٤٢



= الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد:

فلدى دائرة الاستئناف الخامسة وبناءً على القضية رقم (١٣٦٢) لعام ١٤٤٢ هـ المقامة من / مؤسسة (...) للمقاولات سجل تجاري (...) ضد/ شركة (...) للتجارة سجل تجاري (...)

القاضي (...) رئيساً القاضي (...) عضواً القاضي (...) عضواً
الوقائع:

تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن وكالة المدعي / (...) بموجب وكالة رقم (...), تاريخ ٠٨ / ٠٥ / ١٤٤٢ هـ، مصدرها خدمات الوكالات الإلكترونية، تقدمت بلائحة دعوى طلب تعيين محكم عن المدعى عليها لحل النزاع القائم بين موكلها والمدعى عليها الناشئ عن عقد مشاركة تقوم المدعى عليها بموجبه بإدارة وتشغيل وتأثيث الفندق المملوك للمدعي. وحيث إن المدعي لم يستطع استكمال التشطيبات الخاصة بالمبنى المملوك له؛ حاول فسخ هذا العقد إلا أن المدعى عليها رفضت الفسخ. وعليه قام المدعي بتعيين محكم بتاريخ ١٦ / ٠٣ / ١٤٤٢ هـ، وطالب المدعى عليها بتعيين محكم إلا أنها لم تقم بتعيين محكم. وبناء على شرط التحكيم الذي احتواه العقد ونصه: «في حالة حدوث أي خلاف أو نزاع بشأن تنفيذ أحكام هذا العقد أو تفسيره أو تأويله يتم حله بالطرق الودية فإن فشلت تلك الطرق الودية في إنهاء النزاع بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطار أحد الطرفين الآخر بالنزاع فتختص بنظره والفصل فيه هيئة تحكيم تشكل وفقاً لنظام المركز السعودي للتحكيم التجاري في مدينة الرياض». يطالب المدعي الدائرة بتعيين محكم عن المدعى عليها. وبقيد الدعوى قضية لدى دوائر الاستئناف بالمحكمة التجارية وإحالتها إلى هذه الدائرة بالرقم والتاريخ المبينين في صدر هذا الحكم، حددت لنظرها جلسة بتاريخ ١٠ / ٠٧ / ١٤٤٢ هـ، وفيها أصدرت الدائرة الحكم للأسباب الآتية:

الأسباب:

بما أن النزاع منازعة تحكيم فإن الاختصاص ينعقد لهذه المحكمة استناداً إلى المادة الثامنة من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣ هـ، وبما أن وكالة المدعي تطلب تعيين محكم عن المدعى عليها، وبما أن المادة الثامنة من نظام المحاكم التجارية قد أحالت على اللائحة التنفيذية للنظام =

المبحث الثالث

تقديم الإثبات على استيفاء إجراءات الوساطة

تمهيد وتقسيم:

يترتب على وجوب اللجوء إلى الوساطة قبل رفع الدعوى أمام القضاء في المنازعات والدعاوى المذكورة في المبحث التمهيدي: ضرورة تقديم الإثبات أمام القضاء على استيفاء إجراءات الوساطة، طبقاً لما جاء في اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية التي وضعت الإثبات الذي يتحقق القضاة من خلاله على استيفاء إجراءات الوساطة هو: وثيقة

= بتحديد الدعوى التي يجب فيها اللجوء إلى المصالحة والوساطة قبل قيدها، وحيث حددتها اللائحة بالمادة الثامنة والخمسين، ومن بينها الفقرة (د) من المادة المذكورة التي تنص على: «الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تتضمن الاتفاق - كتابةً - على اللجوء إلى المصالحة والوساطة والتسوية الودية قبل اللجوء إلى القضاء»، وعليه يجب اللجوء إلى المصالحة والوساطة قبل قيد الدعوى، ويلزم عدم قيد الدعوى إن لم يثبت اللجوء إليها، وذلك لما يجب من توافر وثيقة أو مستندات تثبت اللجوء إليها قبل طلب التحكيم في حال اشتراطه في شرط أو اتفاق التحكيم، وحسب المادة (٥٩) فقرة (١) من ذات اللائحة: «يتحقق سبق اللجوء إلى المصالحة بتقديم وثيقة بانتهاء المصالحة بغير صلح أو بصلح في بعض المنازعة، أو تقديم ما يثبت البدء في إجراءات المصالحة ومضي المدة المحددة في الفقرة (١) من المادة الثامنة من النظام..». وبما أن شرط التحكيم تضمن اللجوء إلى الحل الودي، ولم تقدم وكالة المدعي ما يثبت اللجوء إليه، فإن الدائرة تنتهي إلى منطوقها أدناه.

منطوق الحكم:

عدم قبول الطلب لعدم إرفاق ما يثبت اللجوء إلى الحل الودي. والله الموفق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

عضو (.....) عضو (.....) رئيس الدائرة (.....)

انتهاء المصالحة بغير صلح أو بصلح في بعض المنازعة، أو ما يثبت البدء في إجراءات المصالحة على ألا تزيد مدة تلك الإجراءات على (ثلاثين) يوماً من تاريخ البدء فيها، ما لم تتفق الأطراف على مدة أطول^(١).

وفي سبيل تحقيق هذا الأثر النظامي - وفقاً لقواعد مركز المصالحة- يلزم أن يسبقه تحقيق المتطلبات التالية:

المطلب الأول: تحرير المحاضر والتقارير:

يلزم لتقديم وثيقة انتهاء المصالحة بغير صلح أو بصلح أمام القضاء - وفقاً لقواعد مركز المصالحة- أن يسبق هذه المرحلة استيفاء تحرير ما يلي:

١- إذا انتهت المصالحة بغير صلح، فيحرر المصلح تقريراً بذلك يدون فيه المعلومات الأساسية وفقاً للنموذج المعتمد، بما يشمل: تاريخ جلسات المصالحة، ومكان انعقادها، واسم المصلح وأطراف المصالحة ومعلوماتهم الأساسية، وأسماء من حضر الجلسة، وملخص المنازعة محل المصالحة دون أن يذكر ما دار في الجلسة.

(١) جاء في المادة التاسعة والخمسين من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية ما نصه: «١- يتحقق سبق اللجوء إلى المصالحة بتقديم وثيقة بانتهاء المصالحة بغير صلح أو بصلح في بعض المنازعة، أو تقديم ما يثبت البدء في إجراءات المصالحة ومضي المدة المحددة في الفقرة (١) من المادة الثامنة من النظام، ولا يحول قيد الدعوى دون استمرار عملية المصالحة والوساطة. ٢- تطبق أحكام المادة الحادية والعشرين من النظام في حال عدم تقديم المدعي ما نصت عليه الفقرة (١) من هذه المادة».

٢- إذا انتهت المصالحة بصلح في بعض المنازعة، فيحرر المصلح تقريراً بانتهاء المصالحة بغير صلح كامل وفقاً لما ورد في الفقرة السابقة، كما يحزر محضر صلح بما تمت المصالحة فيه، ويبين فيه جزء المنازعة الذي تم الصلح فيه، ويكون له أحكام وإجراءات محضر الصلح الواردة في الفصل الخامس من قواعد مركز المصالحة.

٣- إذا انتهت المصالحة بصلح كامل، فيحرر المصلح محضر صلح وفقاً لأحكام الفصل الخامس من قواعد مركز المصالحة^(١).

(١) المادة التاسعة عشرة: تحرير المحاضر:

١. لا يحزر المصلح محضراً لجلسات المصالحة، ويكتفي بتحرير الآتي:
 ١. إذا انتهت المصالحة بغير صلح، فيحرر المصلح تقريراً بذلك يدوّن فيه المعلومات الأساسية وفقاً للنموذج المعتمد، بما يشمل: تاريخ جلسات المصالحة، ومكان انعقادها، واسم المصلح وأطراف المصالحة ومعلوماتهم الأساسية، وأسماء من حضر الجلسة، وملخص المنازعة محل المصالحة دون أن يذكر ما دار في الجلسة، وتحفظ المعاملة مع إشعار المحكمة المحيلة بذلك إذا كانت القضية محالة.
 ٢. إذا انتهت المصالحة بصلح في بعض المنازعة، فيحرر المصلح تقريراً بانتهاء المصالحة بغير صلح كامل وفقاً لما ورد في الفقرة السابقة، كما يحزر محضر صلح بما تمت المصالحة فيه ويبين فيه جزء المنازعة الذي تم الصلح فيه، ويكون له أحكام وإجراءات محضر الصلح الواردة في الفصل الخامس، وتحفظ المعاملة مع إشعار المحكمة المحيلة بذلك إذا كانت القضية محالة.
 ٣. إذا انتهت المصالحة بصلح كامل، فيحرر المصلح محضر صلح وفقاً لأحكام الفصل الخامس، وتشعر المحكمة المحيلة بذلك إذا كانت القضية محالة.

المطلب الثاني: التزام المصلح بواجباته:

يلتزم المصلح - وفقاً لقواعد مركز المصالحة- بمجموعة من الالتزامات التي تتعلق بالقضية محل النزاع أو التي تتعلق بعلاقته مع مركز المصالحة، وما يهمننا هنا هو: التزام المصلح بواجباته التي تتعلق بالقضية محل النزاع والتي يؤثر عدم التزامه بها على النتيجة التي يخرج بها المصلح في القضية من صلح أو عدمه. وهذه الواجبات أذكرها على النحو التالي:

١. على المصلح التحلي في عمله بقيم السرية، والحياد، والمهنية، والإتقان، والإخلاص، وما يصدر بشأنها من معايير سلوكية.

٢. على المصلح، الالتزام بالحياد، والاستقلال، فلا يجوز للمصلح، تولي المصالحة في الأحوال، التي تؤثر على حياده واستقلاله، إلا بعد الإفصاح، لإدارة المكتب وجميع أطراف المصالحة، وقبولهم به خطياً، ومن تلك الأحوال:

١. إذا كان للمصلح، أو زوجته أو أقاربه أو أصهاره، إلى الدرجة الرابعة مصلحة قائمة أو محتملة في المنازعة، كوجود علاقة مهنية له، أو شراكة مع أحد الأطراف، سواء أكانت قائمة أم منتهية، أو وجود مصلحة له، شخصية أو مالية في مخرجات المصالحة، أو أي سبب آخر يمكن أن يؤثر في استقلاله وحياده.

٢. إذا كان قد سبق له الترافع عن أحد الأطراف في المنازعة، أو الإفتاء

فيها، أو النظر فيها خبيراً أو محكماً، أو أدى شهادة فيها، أو باشر إجراء من إجراءات التحقيق فيها^(١).

المطلب الثالث: استيفاء وثيقة الصلح للشروط والاعتماد والاستلام:

يلزم لقبول وثيقة انتهاء المصالحة أمام القضاء - وفقاً لقواعد مركز

المصالحة - أن تستوفي وثيقة الصلح شروطها وأن تكون معتمدة، ولتحقيق

هذه المتطلبات تفصل كل منها على النحو التالي:

(١) المادة الثالثة: قيم المصلح:

على المصلح التحلي في عمله بقيم السرية والحياد والمهنية والإتقان والإخلاص وما يصدر بشأنها من معايير سلوكية.

المادة الرابعة: حياد المصلح:

لا يجوز للمصلح تولي المصالحة في الأحوال التي تؤثر على حياده واستقلاله إلا بعد الإفصاح لإدارة المكتب ولجميع أطراف المصالحة وقبولهم به خطياً، ومن تلك الأحوال:

١. إذا كان للمصلح أو زوجته أو أقاربه أو أصحابه إلى الدرجة الرابعة مصلحة قائمة أو محتملة في المنازعة، كوجود علاقة مهنية له أو شراكة مع أحد الأطراف سواء أكانت قائمة أم منتهية، أو وجود مصلحة له شخصية أو مالية في مخرجات المصالحة، أو أي سبب آخر يمكن أن يؤثر في استقلاله وحياده.

٢. إذا كان قد سبق له الترافع عن أحد الأطراف في المنازعة، أو الإفتاء فيها، أو النظر فيها خبيراً أو محكماً، أو أدى شهادة فيها، أو باشر إجراء من إجراءات التحقيق فيها.

العنصر الأول: شروط وثيقة الصلح:

يلتزم المصلح بتحرير وثيقة يبين فيها جميع ما اتفق عليه أطراف المصالحة من شروط وأحكام لإنهاء الخصومة، ويشترط فيها الآتي:

١. أن تكون شروط الصلح والتزامات الأطراف معلومة قابلة للتنفيذ، وألا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو الأنظمة المرعية.
٢. أن تكون وثيقة الصلح وفقاً للنماذج المعتمدة إن وجدت، وأن يتضمن المعلومات الآتية:

١. تاريخ الصلح.

٢. اسم المصلح.

٣. أسماء أطراف المصالحة، وبياناتهم الأساسية، بما يشمل رقم هوية الشخص الطبيعي والترخيص للشخص المعنوي، وأرقام الوكالات للوكلاء.

٤. ملخص للمنازعة وطلبات الأطراف.

٥. التسوية التي اتفق عليها الأطراف وجميع شروطها وتفصيلها وطريقة تنفيذها.

٦. أن تذييل وثيقة الصلح بتوقيع المصلح وأطراف المنازعة أو وكلائهم المفوضين بقبول الصلح، ويغني عنه التوقيع الإلكتروني في المحاضر المدونة إلكترونياً وفقاً للأنظمة ذات العلاقة^(١).

العنصر الثاني: إجراءات اعتماد وثيقة الصلح:

يجب اعتماد وثيقة الصلح من صاحب الصلاحية النظامية (القانونية)،
وتمر إجراءات اعتماد وثيقة الصلح على النحو التالي:

(١) المادة العشرون: شكل وثيقة الصلح وشروطها:

يجر المصلح وثيقة يبين فيها جميع ما اتفق عليه أطراف المصالحة من شروط وأحكام لإنهاء الخصومة، ويشترط فيها الآتي:

١. أن تكون شروط الصلح والتزامات الأطراف معلومة قابلة للتنفيذ، وألا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو الأنظمة المرعية.
٢. أن تكون وثيقة الصلح وفقاً للنماذج المعتمدة إن وجدت، وأن يتضمن المعلومات الآتية:

١. تاريخ الصلح.

٢. اسم المصلح.

٣. أسماء أطراف المصالحة، وبياناتهم الأساسية بما يشمل رقم هوية الشخص الطبيعي والترخيص للشخص المعنوي، وأرقام الوكالات للوكلاء.

٤. ملخص للمنازعة وطلبات الأطراف.

٥. التسوية التي اتفق عليها الأطراف وجميع شروطها وتفصيلها وطريقة تنفيذها.

١. أن تذييل وثيقة الصلح بتوقيع المصلح وأطراف المنازعة أو وكلائهم المفوضين بقبول الصلح، ويغني عنه التوقيع الإلكتروني في المحاضر المدونة إلكترونياً وفقاً للأنظمة ذات العلاقة.

١. يعتمد وثيقة الصلح - بعد توقيع المصلح والأطراف عليه - مدير مكتب المصالحة الذي جرى فيه الصلح، أو الأمين العام أو من يفوضه للوثائق الصادرة عن المصلحين المسجلين ووثائق الصلح الإلكترونية.
٢. مع مراعاة سرية جلسات المصالحة، لأمين المركز أن يفوض وحدة إدارية في المركز بمراقبة جودة وثائق الصلح ومراجعتها قبل اعتمادها.
٣. يلزم أطراف المصالحة التوقيع على وثيقة الصلح، وبعد اعتمادها سنداً تنفيذياً تطبق عليها أحكام السندات التنفيذية الواردة في نظام التنفيذ. وبعد استيفاء هذه الإجراءات لا يحق لأحد أطراف المصالحة فسخ وثيقة الصلح بعد لزمه أو إبطاله إلا بموافقة جميع الأطراف أو لمقتضى شرعي أو نظامي^(١).

(١) المادة الحادية والعشرون: إجراءات اعتماد وثيقة الصلح وحيثه:

١. تُعتمد وثيقة الصلح - بعد توقيع المصلح والأطراف عليه - مدير مكتب المصالحة الذي جرى فيه الصلح، أو الأمين العام أو من يفوضه للوثائق الصادرة عن المصلحين المسجلين ووثائق الصلح الإلكترونية.
٢. مع مراعاة سرية جلسات المصالحة، لأمين المركز أن يفوض وحدة إدارية في المركز بمراقبة جودة وثائق الصلح ومراجعتها قبل اعتمادها.
٣. وثيقة الصلح ملزم لأطراف المصالحة بتوقيعهم عليه، ويكون بعد اعتماده سنداً تنفيذياً تطبق عليه أحكام السندات التنفيذية الواردة في نظام التنفيذ.
٤. لا يحق لأحد أطراف المصالحة فسخ وثيقة الصلح بعد لزمه أو إبطاله إلا بموافقة جميع الأطراف أو لمقتضى شرعي أو نظامي.

العنصر الثالث: استلام وثيقة الصلح:

بعد استيفاء الفروع السابقة يُسَلَّم كل طرف نسخة من وثيقة الصلح بعد اعتمادها، وترسل مكاتب المصالحة والمصلحون المسجلون نسخة إلكترونية من وثائق الصلح إلى المركز، ويحفظها إلكترونيًا بما يحافظ على سريتها، ويسهل الرجوع إليها عند الحاجة^(١).

وبعد انتهاء هذه الخطوة تصبح وثيقة الصلح -وفقًا لقواعد مركز المصالحة- صالحة لاستيفاء شرط اللجوء إلى الوساطة.

وهذه الإجراءات المنصوص عليها في قواعد مركز المصالحة لا أرى أنها تخرج في تأصيلها عما ذكرته -من تأصيل في الفرع الثاني من المطلب الثالث من المبحث التمهيدي- من أنها تعد من السياسة الشرعية وأنها تعود إلى الأصل الفقهي المصلحة المرسله.

ومن الأحكام القضائية والتطبيقات العملية التي تضمنت وجوب تقديم الإثبات على استيفاء إجراءات الوساطة قبل قيد الدعوى: الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بمنطوق الحكم: «حكمت الدائرة: بعدم قبول هذه الدعوى. وبالله التوفيق. وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم»، وبنيت الدائرة القضائية حكمها على

(١) المادة الثانية والعشرون: حفظ وتسليم وثيقة الصلح ونسخه:

يُسَلَّم كل طرف نسخة من وثيقة الصلح بعد اعتمادها، وترسل مكاتب المصالحة والمصلحون المسجلون نسخة إلكترونية من وثائق الصلح إلى المركز، ويحفظها إلكترونيًا بما يحافظ على سريتها، ويسهل الرجوع إليها عند الحاجة.

الأسباب التالية: «بما أن هذه المنازعة ناشئة عن عقد مقاوله من الباطن؛ فإن الاختصاص بنظر أصل هذه الدعوى منعقد للمحاكم التجارية وفق المادة (١٦) من نظام المحاكم التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩٣) بتاريخ ١٥/٠٨/١٤٤١هـ، كما أنه لما كانت هذه المنازعة ناشئة عن تطبيق نظام التحكيم السعودي فإن الاختصاص ينعقد لدوائر الاستئناف بالمحكمة التجارية استناداً إلى المادة الثامنة من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ ٢٤/٥/١٤٣٣هـ، وبما أن المدعية تطلب تعيين محكم عن المدعى عليها بناء على شرط التحكيم آنف الذكر، وبما أن شرط التحكيم المتفق عليه بين الطرفين تضمن اللجوء للحل الودي قبل اللجوء للتحكيم، وبما أن المادة الثامنة من نظام المحاكم التجارية أحالت على اللائحة التنفيذية للنظام في تحديد الدعاوى التي يجب فيها اللجوء إلى المصالحة والوساطة قبل قيدها، وحيث حددت اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية ذلك في المادة (٥٨) المتضمنة: «يجب اللجوء إلى المصالحة والوساطة قبل قيد أي من الدعاوى الآتية: ... د- الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تتضمن الاتفاق - كتابةً - على اللجوء إلى المصالحة والوساطة والتسوية الودية قبل اللجوء إلى القضاء»، وبما أن المدعية لم ترفق في دعواها ما يثبت اللجوء إلى المصالحة قبل قيد الدعوى، كما لم تلتزم المدعية

بالفقرة (هـ) من المادة (٩) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم؛ فإن الدائرة تنتهي إلى عدم قبول الدعوى»^(١).

(١) نص الاستئناف:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد:
فلدى المحكمة التجارية بالرياض وبناء على القضية رقم (٤٤٣٠١٩٠٧٢٣) لعام ١٤٤٤هـ:
الوقائع:

تتلخص وقائع هذه الدعوى بالقدر اللازم لإصدار هذا الحكم في أن المدعية قدمت لائحة دعوى تضمنت: جرى التعاقد بين المدعية والمدعى عليها بموجب عقد أعمال (مقاوله من الباطن)، وبناءً على اتفاق التحكيم الوارد في البند رقم (١٤) من العقد المؤرخ في ٢٩/٠١/١٤٤٠هـ الذي ينص على أنه: «تسوية المنازعات: تخضع هذه الاتفاقية وتفسر بموجب قوانين المملكة العربية السعودية. جميع النزاعات التي تنشأ فيما يتعلق بهذه الاتفاقية يجب حلها ودياً من قبل الطرفين. في حال لم يتم حلها ودياً يجب تسوية النزاعات عن طريق التحكيم السعودي»، وبما أنه جرى إخطار المدعى عليها بتعيين محكم عنها ولم تستجب لذلك؛ لذا أطلب تعيين محكم عن المدعى عليها في النزاع الناشئ بيننا. وفي جلسة ٢٣/٠٣/١٤٤٤هـ حضر وكيل المدعية (...). كما حضر وكيل المدعى عليها الموضحة بياناتها في ملف القضية، وبالاطلاع على شرط التحكيم تبين أنه نص على الحل الودي ولم تجد الدائرة ما يثبت اللجوء للمصالحة، كما تبين أن طلب التحكيم الموجه للمدعى عليه لم يتضمن تسمية محكم عن المدعية، ولصلاحيه القضية للفصل فيها قررت الدائرة النطق بالحكم.
الأسباب:

بما أن هذه المنازعة ناشئة عن عقد مقاوله من الباطن؛ فإن الاختصاص بنظر أصل هذه الدعوى منعقد للمحاكم التجارية وفق المادة (١٦) من نظام المحاكم التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩٣) بتاريخ ١٥/٠٨/١٤٤١هـ، كما أنه لما كانت هذه المنازعة ناشئة عن تطبيق نظام التحكيم السعودي فإن الاختصاص ينعقد لدوائر الاستئناف بالمحكمة التجارية استناداً إلى المادة الثامنة من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ ٢٤/٠٥/١٤٣٣هـ، وبما أن المدعية تطلب تعيين =



= محكم عن المدعى عليها بناء على شرط التحكيم آنف الذكر، وبما أن شرط التحكيم المتفق عليه بين الطرفين تضمن اللجوء للحل الودي قبل اللجوء للتحكيم، وبما أن المادة الثامنة من نظام المحاكم التجارية أحالت على اللائحة التنفيذية للنظام في تحديد الدعاوى التي يجب فيها اللجوء إلى المصالحة والوساطة قبل قيدها، وحيث حددت اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية ذلك في المادة (٥٨) المتضمنة: «يجب اللجوء إلى المصالحة والوساطة قبل قيد أي من الدعاوى الآتية: ... د- الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تتضمن الاتفاق - كتابة - على اللجوء إلى المصالحة والوساطة والتسوية الودية قبل اللجوء إلى القضاء»، وبما أن المدعية لم ترفق في دعواها ما يثبت اللجوء إلى المصالحة قبل قيد الدعوى، كما لم تلتزم المدعية بالفقرة (هـ) من المادة (٩) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم؛ فإن الدائرة تنتهي إلى عدم قبول الدعوى.

نص الحكم:

حكمت الدائرة: بعدم قبول هذه الدعوى. وبالله التوفيق. وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. [/https://laws.moj.gov.sa](https://laws.moj.gov.sa)



الخاتمة

أختم بحمد الله سبحانه على تيسيره وتوفيقه، ورجائه العون والرشاد، ثم أذكر للقارئ الكريم أبرز النتائج التي ظهرت لي، وهي على النحو التالي:

١. ظهر لي أن الصياغة القانونية في المواد النظامية في نظام المحاكم التجارية ولائحته التنفيذية المتضمنة تحديد الدعاوى التي يجب فيها اللجوء إلى الوساطة مؤثرة سلباً في تيسير فهم الدعاوى التي يجب فيها اللجوء إلى الوساطة.

٢. وظهر لي أن الحكم بعدم قبول الدعوى لعدم اللجوء إلى الوساطة لا يمنع من رفع الدعوى ذاتها مرة أخرى أمام القضاء، إلا أنه يلزم اتباع ما ذكرناه من مباحث، ثم رفع الدعوى إلى القضاء مرة أخرى.

٣. وظهر لي أن الوساطة تجد عناية تنظيمية في أحكامها وإجراءاتها، بينما يحتاج الوسطاء إلى عناية أكثر في التأهيل والتدريب.

وأما عن أبرز التوصيات فهي كما يلي:

١. أن تجمع المادة النظامية الواحدة في المسألة الواحدة من اللائحة التنفيذية كافة الأحكام دون الإحالات المتعددة.

٢. أن تقوم وزارة العدل بنشر الأبحاث، وخاصة تلك التي تسهم في شرح وجمع شتات المواد النظامية، بما يحقق مصالح أطراف النزاع.

٣. أن تقوم اللجان المختصة بصياغة التنظيمات بإعادة النظر في الصياغة التي تعتمد على الإحالات، لما ينتج عنها أحياناً من خلل موضوعي يوقع

في إشكال يحتاج معه إلى قرار وزاري لتوضيحه أو تعديله، وذكرنا في بحثنا نماذج لذلك.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



فهرس المراجع والمصادر

١. القرآن الكريم.
الترتيب حسب الحروف الهجائية:
٢. اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار (الإكسيد)، الموقعة في واشنطن بتاريخ ١٧-٣-١٩٦٥ م.
٣. اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، الصادرة تنفيذًا للإعلان الصادر عن المؤتمر العربي الأول لوزراء العدل المنعقد في الرباط عاصمة المملكة المغربية في الفترة من ١٤ - ١٦ ديسمبر / كانون أول ١٩٧٧ م.
٤. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر شمس الدين ابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، عام ١٤١١هـ - ١٩٩١ م.
٥. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لموسى بن أحمد الحجاوي المقدسي، ج ٢ ص ١٩٧، تحقيق: عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
٦. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
٧. تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض الملقب بمرتضى الزبيدي، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.
٨. التعريفات، لمؤلفه العلامة: علي بن محمد الجرجاني، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣ م.
٩. تعميم إداري صادر من نائب وزير العدل برقم (١٣/ت/٧٦٧٥) وتاريخ ٢٨/٥/١٤٤٠هـ.

١٠. تنظيم المركز السعودي للتحكيم التجاري، الصادر بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (٤٤٨) بتاريخ ٢٥ / ٨ / ١٤٤٠ هـ، منشور على الموقع الرسمي لهيئة الخبراء بمجلس الوزراء <https://laws.boe.gov.sa>
١١. تنظيم مركز المصالحة، الصادر بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (١٠٣) وتاريخ ٨ ربيع الثاني ١٤٣٤ هـ، منشور على الموقع الرسمي لهيئة الخبراء بمجلس الوزراء <https://laws.boe.gov.sa>
١٢. جريدة أم القرى يوم الجمعة ٢٨ ربيع الأول سنة ١٣٥٢ هـ الموافق ٢١ يوليو ١٩٣٣م العدد ٤٤٩ السنة التاسعة.
١٣. جريدة الجزيرة، مقال عبد العزيز عبد الله السليم، عدد ١٥١٩٥ الثلاثاء ٠٧ رجب ١٤٣٥.
١٤. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإيرادات، لمنصور بن يونس البهوتي الحنبلي، عالم الكتب، الطبعة الأولى، عام ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.
١٥. سنن أبو داود، المحقق: شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.
١٦. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.
١٧. صحيح الجامع الصغير وزياداته، للعلامة: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي.
١٨. الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية، دار البيان.
١٩. قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي رقم: ١٤١ (٧ / ١٥) المنعقد في دورته الخامسة عشرة بمسقط (سلطنة عُمان)



من ١٤-١٩ المحرم ١٤٢٥هـ، الموافق ٦-١١ آذار (مارس) ٢٠٠٤م، منشور

على الموقع الرسمي الإلكتروني لمجمع الفقه الإسلامي <https://iifa-aifi.org>

٢٠. قضية في محكمة الاستئناف، المدينة: المنطقة الشرقية، رقم القرار: ١٣٦٢،

تاريخه: ١٠/٧/١٤٤٢، منشورة على الموقع الرسمي البوابة القضائية العلمية

<https://laws.moj.gov.sa>

٢١. قضية في المحكمة التجارية، المدينة: الرياض، رقم القضية - القرار: ٧٠٤٧،

تاريخها: ٢٦/١٢/١٤٤٢، محكمة الاستئناف: المحكمة التجارية، المدينة:

منطقة الرياض، رقم القرار: ٥٨٢، تاريخه: ٦/٣/١٤٤٣، منشورة على الموقع

الرسمي البوابة القضائية العلمية <https://laws.moj.gov.sa>

٢٢. قضية في المحكمة التجارية، المدينة الرياض، القضية رقم (٤٤٣٠١٩٠٧٢٣)

عام ١٤٤٤هـ، منشورة على الموقع الرسمي البوابة القضائية العلمية [https://](https://laws.moj.gov.sa)

laws.moj.gov.sa

٢٣. قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاته، الصادرة بموجب قرار وزير

العدل رقم (٥٥٩٥) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٠هـ، منشورة على منصة تراضي

<https://taradhi.moj.gov.sa>

٢٤. قواعد الوساطة في المركز السعودي للتحكيم التجاري، الصادرة بموجب

قرار مجلس إدارة المركز السعودي للتحكيم التجاري، والسارية في ٢٦ شوال

١٤٣٧هـ ٣١ يوليو ٢٠١٦م، منشورة على الموقع الرسمي للمركز السعودي

للتحكيم التجاري <https://www.sadr.org>

٢٥. اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية، الصادرة بموجب قرار وزير العدل

رقم (٨٣٤٤) وتاريخ ٢٦/١٠/١٤٤١هـ.

٢٦. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، الصادرة بموجب قرار وزير

العدل رقم (٣٩٩٣٣) وتاريخ ١٩/٥/١٤٣٥هـ.

٢٧. لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، دار صادر-بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤هـ.
٢٨. مختار الصحاح، لزين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية- الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.
٢٩. المرسوم الملكي رقم (م/٩٦) بالموافقة على انضمام المملكة إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة.
٣٠. مصادر الحكم التجاري، لمؤلفه شيخنا الأستاذ الدكتور: عارف بن صالح العلي، بحث في مجلة قضاء، عدد ٦، جهادى الآخرة لعام ١٤٣٧هـ مارس ٢٠١٦م.
٣١. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لمؤلفه العلامة: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت.
٣٢. معايير السلوك الأخلاقي للوسطاء، الصادرة من المركز السعودي للتحكيم التجاري، والسارية بتاريخ ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م. منشورة على الموقع الرسمي للمركز السعودي للتحكيم التجاري <https://www.sadr.org>
٣٣. المبسوط، لمحمد بن أحمد، شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت، عام ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٣٤. معجم القانون لمجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
٣٥. معجم لغة الفقهاء، المؤلف: محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
٣٦. معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم، لمؤلفه العلامة: عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، المحقق: أ. د. محمد إبراهيم عبادة، مكتبة الآداب، القاهرة، الطبعة الأولى، عام ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.



٣٧. معجم مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، عام ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
٣٨. المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد المعروف بابن قدامة، تحقيق: د. عبد الله التركي ود. عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الطبعة الخامسة، عام ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
٣٩. الموسوعة الفقهية الكويتية، لوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، الطبعة الثانية، طبع الوزارة، من عام ١٤٠٤هـ - ١٤٢٧هـ.
٤٠. الموقع الرسمي لوزارة التجارة السعودية <https://mc.gov.sa>
٤١. الموقع الرسمي لوكالة الأنباء السعودية <https://www.spa.gov.sa>
٤٢. الموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. <https://uncitral.un.org>
٤٣. النظام الاقتصادي في الإسلام، للدكتور: عمر المرزوقي، والدكتور: عبد الله السعيد، والدكتور: عبد الله الناصر، والدكتور: أحمد الحربي، والدكتور: محمد المقرن، مكتبة الرشد، الطبعة الخامسة، عام ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.
٤٤. نظام التكاليف القضائية، بموجب المرسوم الملكي رقم (م/١٦) وتاريخ ٣٠/١/١٤٤٣هـ، منشور على الموقع الرسمي لهيئة الخبراء بمجلس الوزراء <https://laws.boe.gov.sa>
٤٥. نظام المحاكم التجارية، بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٩٣) وتاريخ ١٥/٨/١٤٤١هـ، منشور على الموقع الرسمي لهيئة الخبراء بمجلس الوزراء <https://laws.boe.gov.sa>
٤٦. الوجيز في المدخل لدراسة الأنظمة، للدكتور: عادل الفجال، دار النشر الدولي، الرياض، الطبعة الأولى، عام ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م.

