



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



قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الحادي والأربعون • ربيع الآخر ١٤٤٧هـ • أكتوبر ٢٠٢٥م

أثر المصلحة العامة في تفسير
العقد الإداري في ضوء قضاء
ديوان المظالم
هشام بن حسين الشدي

إيضاح الدلالة، في أن العداوة المانعة
من قبول الشهادة تجامع العدالة -
تحقيقا ودراسة
د. بسام بن عبد السلام النصيري

أثر كِبَر السن في العقوبة في
الفقه والأنظمة السعودية
- دراسة تأصيلية تطبيقية
د. عبد الله بن الوليد البوعليان

سداد ضريبة التصرفات العقارية وأثره
على العقد - دراسة فقهية تطبيقية
د. عبد الرحمن بن علي الدجيلج

استحقاق التأمين ضد التعطل
عن العمل وموانعه وفق نظام
التأمينات الاجتماعية السعودي
١٤٤٥هـ
د. عبد العزيز العبد المنعم

طلبات الخصوم المتعلقة بالسلطة
التقديرية للمحكمة في نظام الإثبات
وأثر إغفالها على سلامة الحكم
خلف بن محمد التمران

العقوبات الدولية لمن يخالف
مبادئ القانون الدولي الإنساني
د. عبد الله بن عمر بالبيد

الصفة المهنية للممثل القانوني
للشركات الأجنبية في ضوء اللائحة
التنفيذية لنظام المحاماة السعودي
د. راكان بن فهد الحربي

قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الحادي والأربعون • ربيع الآخر ١٤٤٧هـ • أكتوبر ٢٠٢٥م

✉ info@qadha.org.sa

☎ 0112584996

☎ 0538999887

📷 qadha.ksa

✖ qdha



© الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) ١٤٤٧هـ (٢٠٢٥م)
تعبر المواد المقدمة للنشر عن آراء مؤلفيها، ويتحمل أصحابها
مسؤولية صحة المعلومات والاستنتاجات ودقتها، وجميع الحقوق
محفوظة للجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)، وعند
قبول البحث للنشر تؤول ملكية النشر من المؤلف إلى المجلة.

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

هيئة التحرير

رئيس التحرير

فضيلة أ.د. حمد بن ناصر التريكي

وكيل جامعة الأمير سطام بن عبد العزيز
وعضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء

أعضاء هيئة التحرير

فضيلة أ.د. أيوب بن منصور الجربوع

أستاذ القانون الإداري في معهد الإدارة العامة
وعضو مجلس الشورى - سابقاً -

فضيلة د. خالد بن عثمان العمير

عميد كلية الحقوق بكليات الشرق العربي

فضيلة أ.د. قاسم بن مساعد الفالح

عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء

فضيلة أ.د. أحمد بن عبد العزيز بن شبيب

عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء

فضيلة د. فيصل بن عبد الرحمن السحيباني

عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء

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 بدون.
- (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 نتائجه وأهميتها، وكفاية مراجعه ومناسبتها.

المرحلة الثالثة:

صدور نتيجة المحكمين للبحث -إما بقبوله للنشر كما هو بدون ملحوظات، أو قبوله بعد تعديل الملحوظات، أو عدم قبوله للنشر-.
- في حال كانت النتيجة (قبول البحث للنشر بعد تعديل الملحوظات)؛ ترسل الملحوظات للباحث بهدف تعديلها أو الجواب عنها، ومن ثم إرسال شهادة التحكيم والاعتماد.
- وفي حال كان رأي أحد المحكمين (عدم قبول البحث للنشر)؛ فيرسل 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 فحصاً يجعله صالحاً للنشر، وإرسال نسخة للباحث لمراجعتها قبل نشرها وإبداء رأيه فيها.

محتويات العدد

٧ | كلمة التحرير

إيضاح الدلالة، في أن العداوة المانعة من قبول الشهادة تجامع العدالة - تحقيقاً ودراسة

٩ | د. بسام بن عبد السلام بن حسن النصيري

سداد ضريبة التصرفات العقارية وأثره على العقد - دراسة فقهية تطبيقية

٨٩ | د. عبد الرحمن بن علي بن عبد الله الدعيلج

طلبات الخصوم المتعلقة بالسلطة التقديرية للمحكمة في نظام الإثبات وأثر إغفالها على سلامة الحكم

١٦٥ | خلف بن محمد التمران

الصفة المهنية للممثل القانوني للشركات الأجنبية في ضوء اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة السعودي

٢١٥ | د. راكان بن فهد الحربي

أثر المصلحة العامة في تفسير العقد الإداري في ضوء قضاء ديوان المظالم

٢٧٥ | هشام بن حسين بن عبد الرحمن الشدي

أثر كِبَر السن في العقوبة في الفقه والأنظمة السعودية - دراسة تأصيلية تطبيقية

٣٧٣ | د. عبد الله بن الوليد بن عبد الله آل بوعليان

استحقاق التأمين ضد التعطل عن العمل وموانعه وفق نظام التأمينات الاجتماعية السعودي ١٤٤٥هـ

٤٧١ | د. عبد العزيز بن سعدون العبد المنعم

العقوبات الدولية لمن يخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني

٥١٢ | د. عبد الله بن عمر بالبيد



كلمة التحرير

الحمد لله، والصلاة والسلام على خير البرية والأنام، وبعد:

فيسر الجمعية العلمية القضائية السعودية أن تقدم لكم العدد الواحد والأربعون من (مجلة قضاء)، تلك المجلة العريقة التي تحرص دوماً على إثراء الساحة الفقهية والنظامية القضائية بأبحاث مميزة ورصينة في مجالاتها، لتكون المجلة أحد أهم المجالات المتخصصة في بابها.

وقد جاء هذا العدد بثمانية أبحاث محكمة ونوعية، تناولت مسائل دقيقة وإشكالات متجددة، في جوانب قضائية، وضريبية، وتجارية، وإدارية، وجنائية، وتأمينية، وقد تضمنت هذه الأبحاث تطبيقات قضائية أثرت تلك الأبحاث.

وقد حرصت هيئة التحرير على تنوع الأبحاث المنشورة تحقيقاً للفائدة، ولاستفادة أكبر قدر من المتخصصين في تلك المجالات، وليكون هذا العدد إضافة نوعية للمكتبة القضائية، وأن يلبي اهتمام شريحة واسعة من القراء المتخصصين في الفقه والقضاء.

وختاماً، فإن ما ينشر خلال هذه المجلة العلمية يمثل آراء الباحثين، ولا يمثل بالضرورة رأي المجلة ولا هيئة التحرير، وهذا هو مقتضى استقلال الرأي العلمي، وقد يكون للقارئ المتخصص رأي -فقهياً أو نظامياً- في مقابله، مما يحقق الحراك العلمي المنشود في الساحة البحثية القضائية، وبما يحقق التكامل المعرفي المأمول.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

رئيس هيئة التحرير
أ.د. أحمد بن ناصر التركي



إيضاح الدلالة في أن العداوة المانعة
من قبول الشهادة تجامع العدالة
لعبد الرحمن بن عبد الكريم بن إبراهيم، ابن زياد
الغيثي (ت: ٩٧٥)
تحقيقًا ودراسة

د. بسام بن عبد السلام بن حسن النصيري
القاضي في المحكمة التجارية بالرياض

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فلا تخفى مكانة الشهادة في الشريعة الإسلامية؛ فهي تأتي في المرتبة الثانية من مراتب الإثبات بعد الإقرار، وقد أمر الله تعالى بأداء الشهادة، وحرّم كتمانها، فقال سبحانه: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَدَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ عَنِ اللَّهِ قَلْبُهُ﴾^(١).

وإن من الكتب النافعة الجديرة بالتحقيق هذه الرسالة التي كتبها عبدالرحمن بن عبدالكريم بن إبراهيم، ابن زياد الغيثي، بعنوان: «إيضاح الدلالة، في أن العداوة المانعة من قبول الشهادة تجامع العدالة»، وقد رأيت تحقيقها لما اشتملت عليه من تحرير جميل.

أهمية الموضوع:

١. حاجة القضاة لمعرفة حكم هذه المسألة.
٢. مساس الموضوع المباشر لحياة الناس اليوم لكثرة حدوث الوقائع والقضايا.
٣. أهمية علم الخلاف في الفقه الإسلامي، واهتمام العلماء به.

(١) البقرة: ٢٨٣.

٤. الإثراء العلمي من خلال الاطلاع على الأقوال والأدلة والاستدلال وكيفية المناقشة والترجيح.

٥. إظهار مكانة العلماء، وشمولية علمهم، وسعة اطلاعهم، وأن الله قد حفظ بهم شريعته.

أسباب اختيار الموضوع:

١. الرغبة في خدمة التراث الفقهي؛ بإخراج هذا المخطوط للمكتبة الفقهية.

٢. أن هذا المخطوط لم يسبق تحقيقه.

أهداف الموضوع:

١. إخراج الجزء الذي سأقوم بتحقيقه للمكتبة الإسلامية بالصورة التي أرادها المؤلف.

٢. التوسع في مسائل البحث، وتحقيق الإثراء العلمي.

٣. الإسهام في إخراج تراث علمائنا للاستفادة منه.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والتتبع في مظان البحوث والدراسات العلمية وقوائم البيانات للموضوعات المسجلة في الجامعات لم أجد أن هذا المخطوط قد حظي بالتحقيق أو الإخراج.

تقسيمات البحث:

انتظمت خطة العمل في مقدمة، وقسمين، وثبت للمصادر والمراجع:
أما المقدمة: فتشتمل على الافتتاح، وأهمية الموضوع، وأسباب
اختياره، وأهدافه، والدراسات السابقة، وتقسيمات البحث.

وأما القسمان فهما كما يلي:

القسم الأول: قسم الدراسة:

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: ترجمة المؤلف:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: اسمه، وكنيته، ومذهبه، ومولده، ونشأته العلمية، ووفاته.

المطلب الثاني: أبرز شيوخه، وتلامذته.

المطلب الثالث: مكانته العلمية، وثناء العلماء عليه.

المطلب الرابع: آثاره العلمية.

المبحث الثاني: دراسة المخطوط:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اسم المخطوط، وتوثيق نسبه لمؤلفه:



وفيه فرعان:

الفرع الأول: اسم المخطوط.

الفرع الثاني: توثيق نسبة المخطوط لمؤلفه.

المطلب الثاني: وصف نسخة المخطوط، ونموذج منه:

وفيه فرعان.

الفرع الأول: وصف نسخة المخطوط.

الفرع الثاني: نموذج من المخطوط.

القسم الثاني: قسم التحقيق.

ثبت المصادر والمراجع.

منهج التحقيق:

١. أثبت نص المخطوط في المتن.

٢. عند وجود خطأ في المخطوط فإني أجعله بين معكوفين، وأشير إلى الصواب في الحاشية.

٣. أثبت في الحواشي رقم كل وجه في المتن عند بدايته، وجعلت الترقيم بين معكوفين متتاليًا لكل وجه.

٤. جعلت الآيات القرآنية داخل أقواسها المعتادة.

٥. خرجت الأحاديث الواردة في المتن.

٦. ترجمت للأعلام المذكورين في المتن.
٧. عزوت النقول الواردة في المتن إلى مصادرها ما أمكن.
٨. علقت في الحاشية بعض التعليقات.





القسم الأول

قسم الدراسة

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول

ترجمة المؤلف

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: اسمه، وكنيته، ومذهبه، ومولده، ونشأته العلمية، ووفاته.

اسمه:

عبدالرحمن بن عبدالكريم بن إبراهيم بن علي بن زياد الغيثي المقصري، نسبة إلى المقاصرة، بطن من بطون عك بن عدنان الزبيدي بلداً ومولداً ومنشأً^(١)، الشافعي مذهباً^(٢).

- (١) زبيد - بفتح الزاي، وكسر الباء، وسكون الياء، والبدال غير المنقوطة - بلدة من بلاد اليمن من مشاهير البلاد، كان بها جماعة من المحدثين والعلماء، وأصله: اسم واد به مدينة يقال لها الحصيب ثم غلب عليها اسم الوادي فلا تعرف إلا به، وهي مدينة مشهورة باليمن أحدثت في أيام المأمون، وبازائها ساحل المندب. ينظر: الأنساب للسمعاني، (٦/ ٢٦٢)، معجم البلدان للحموي، (٣/ ١٣١).
- (٢) ينظر: شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد، (١٠/ ٥٥٢)، والنور السافر عن أخبار القرن العاشر للعيدروس، ص (٤١٠)، والسناء الباهر بتكميل النور السافر في أخبار القرن العاشر للشلي، ص (٥٠٤).

كنيته:

(أبو الضياء) فإنَّ أغلب من ترجم له ذكره بهذه الكنية، وقد خالف في ذلك صاحب السناء الباهر فذكر أن كنيته أبو الفرج^(١)، وذكره حاجي خليفة في كشف الظنون بأبي محمد^(٢).

مذهبه:

أجمع كل من ترجم له على أنه شافعي المذهب.

فقال العيدروس: «الشافعي مذهباً»^(٣).

وقال ابن العماد: «الشافعي مذهباً، وفي ذلك يقول رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى:

أنا شافعي في الفروع ويافعي

سي في التّصوف أشعريّ المعتقد

وبذا أدين الله ألقاه به

أرجو به الرّضوان في الدّنيا وغد»^(٤)

(١) ينظر: السناء الباهر بتكميل النور السافر في أخبار القرن العاشر للشلي، ص(٥٠٤).

(٢) ينظر: كشف الظنون لحاجة خليفة، (١/٦٠٩).

(٣) ينظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر للعيدروس، ص(٥٠٤).

(٤) ينظر: المصدر السابق.

مولده:

كان مولده رَحْمَةُ اللَّهِ فِي مَدِينَةِ زَيْدٍ بِالْيَمَنِ، بِشَهْرِ رَجَبِ سَنَةِ تِسْعِمِائَةٍ لِلْهِجْرَةِ^(١).

قال العيدروس: الزبيديّ بلدًا ومولدًا^(٢).

نشأته العلمية:

من خلال النظر في المصادر القليلة التي ترجمت لابن زياد يمكن أن نستخلص ما يلي:

أنه نشأ في كنف والده عبد الكريم، وحفظ القرآن الكريم، ثم أرسله والده لدراسة العلم، فبدأ بالفقه على العلامة محمد بن موسى الضَّجَّاعِي^(٣)، وأخيه أحمد بن موسى الضجاعي، ثم درس بعد ذلك على العلامة الشيخ أحمد المَزَجْد^(٤)، وقد لازمه ابن زياد مدة في أواخر

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر للعيدروس، ص (٥٠٤).

(٣) نسبة للضجاع، بكسر الضاد، وهي مدينة باليمن قرب زيد. ينظر: معجم البلدان للحموي، (٤٥٣/٣)، مختصر فتح رب الأرباب بما أهمل في لب الباب من واجب الأنساب، ص (٣٥).

(٤) المزجد - بميم مضمومة، ثم زاء مفتوحة، ثم جيم مشددة مفتوحة، ودال مهملة، بيت علم من زيد باليمن، ولي بعضهم القضاء، مثل: القاضي العلامة شهاب الدين أحمد بن عمر المزجد، وولده القاضي حسين، وتصدر البعض للفقه والإفتاء، مثل: الشهاب أحمد المزجد مفتي اليمن. ينظر: الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للسخاوي، (٣٢١/٣)، النور السافر عن أخبار القرن العاشر، ص (١٢٧).

حياته واختص به، وأخذ على الشيخ العلامة الطنبدائي^(١)، وبه تخرج وانتفع، وأذن له في التدريس والإفتاء، فدرّس وأفتى في حياته.

وأخذ التفسير والحديث والسير عن الحافظ وجيه الدين بن الدّيّع^(٢) وغيره، وأخذ الفرائض عن الغريب الحنفي، وأخذ الأصول عن جمال الدين يحيى قتيب، وأخذ العربية عن محمد مفضل اللحاني، وجدّ واجتهد، حتّى صار عينا من أعيان الزمان^(٣).

وأخذ على علماء مكة، فقد قال ابن العماد: «حجّ وزار القبر الشريف، فاجتمع بفضلاء الحرمين، ودرّس فيهما»^(٤).

وفاته:

توفي رَحِمَهُ اللهُ في ليلة الأحد بعد صلاة المغرب حادي عشر رجب

(١) الطنبدائي: بالبدال المهملة إما نسبة إلى شجر التنضب، أو الطنبدابي كما ينطقه بعض أهل مكة، أو نسبة لموضع أسفل مكة يقال لها: الطنبدابية، وهو من شيوخ وعلماء زبيد. ينظر: شفاء الغرام بأخبار البلد الحرام، (١/ ٤٤٨)، معالم مكة التاريخية والأثرية، ص(١٦٨).

(٢) الديّع - بكسر الدال المهملة، وسكون الياء المثناة من تحت، وفتح الموحدة، وفي آخره مهملة - بلغة النوبة: الأبيض، أو المبيض. الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة لنجم الدين الغزي، (٢/ ١٥٦).

(٣) ينظر: شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد، (١٠/ ٥٥٢)، النور السافر عن أخبار القرن العاشر للعيدروس، ص(٤١١)، السناء الباهر بتكميل النور السافر في أخبار القرن العاشر للشلي، ص(٥٠٥).

(٤) ينظر: شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد ١٠/ ٥٥٣.

الفرد الحرام سنة خمس وسبعين وتسعمائة^(١).

وصلى عليه ولده مفتي المسلمين الشيخ الإمام عبد السلام بعد صلاة الفجر بالجامع المظفري بزبيد، ثم حمل على رؤوس الجم الغفير، وانسكب عليه الدمع الغزير، ودفن إلى جنب والده بمقبرة باب القرتب من مدينة زبيد، وكان له مشهد عظيم لم تر الأعين مثله^(٢).

المطلب الثاني: أبرز شيوخه، وتلامذته:

شيوخه:

١- أحمد بن الطيب ابن شمس الدين الطنبداوي البكري، الشافعي، شهاب الدين، بلغ غاية من العلم ما ارتقى إليها أهل ذلك الزمن، كان مع أهل عصره بمنزلة الشمس مع النجوم، وتميز عليهم في معرفة المنطوق والمفهوم، شديد الصلب في الدين والصداع بالحق، لا يخاف في الله لومة لائم، مولده بعد السبعين وثمانمائة تقريباً، تفقه على يد النور السمهودي، والقاضي أحمد المزجد، والكمال الرداد وغيرهم. وأخذ عنه خلق كثير، منهم: شيخ الإسلام ابن زياد، والحافظ شهاب الدين أحمد الخزرجي، والغريب الأكسع، وعبد الملك بن النقيب، وعبد الرحمن البجلي، وصلاح النماري، وغيرهم، وانتهت إليه رئاسة الفتوى والتدريس بمدينة زبيد، ولي التدريس في كثير من مساجدها،

(١) ينظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر للعيدروس، ص (٢٧٤)، السناء الباهر بتكميل النور السافر في أخبار القرن العاشر للشلي، ص (٥٠٤).

(٢) ينظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر للعيدروس، ص (٢٧٤).

وأقام بذلك أتم قيام، وانتفع به الخاص والعام، وله فتاوى مشهورة، عليها الاعتماد بزبيد^(١).

٢- صفى الدين أبو السرور القاضي أحمد بن عمر بن محمد بن عبد الرحمن بن القاضي يوسف بن محمد بن علي بن محمد بن حسان بن الملك سيف بن ذي يزن المذحجي السيفي المرادي شهاب الدين الشهير بالمزَّجْد الشافعي الزبيدي.

قال ابن العماد: ذو التصانيف، المجمع على جلالته وتحريره، توفي في فجر يوم الأحد شهر ربيع الآخر سنة ثلاثين وتسعمائة^(٢).

٣- عبد الرحمن بن علي بن محمد الشيباني الزبيدي الشافعي، وجيه الدين، المعروف بابن الدَّيِّع، وهو لقب لجده الأعلى علي بن يوسف، مؤرخ محدث من أهل زبيد، مولده ووفاته فيها، مات أبوه في الهند، ولم يره، ورباه جده لأمه^(٣).

(١) ينظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر للعيدروس، ص (٢٠٦).
(٢) ينظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر للعيدروس، ص (١٢٧)، وشذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد، (١٠ / ٢٣٥).
(٣) ينظر: الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، لنجم الدين الغزي، (١٥٦ / ٢)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لابن العماد، (١٠ / ٣٦٢)، الأعلام للزركلي، (٣ / ٣١٧).

تلاميذه:

١- الطاهر بن الحسين بن عبد الرحمن الأهدل، جمال الدين، بركة المسلمين، مفيد الطالبين، ولد سنة أربع عشرة وتسعمائة بقرية المراوغة، وبها نشأ، وتوفي في يوم الأربعاء سابع عشر شهر ربيع الأول سنة ثمان وتسعين، وصلي عليه بمسجد الأشاعر، بعد صلاة العصر، ودفن بمقبرة أهله بباب سهام قريباً من مشهد الشيخ الصياد.

قال العيدروس: الحافظ الضابط مُسند الدنيا، مالك أزمة الشرف العليا، مُحَدَّث الديار اليمنية، وفقهها بإجماع البرية^(١).

٢- عبد السلام بن عبد الرحمن بن عبد الكريم ابن زياد اليمني، الشافعي، عز الدين، أبو نصر، وهو ولده، ولد سنة ثلاث وأربعين وتسعمائة، ونشأ في حجر والده، وتغذى علومه وفوائده، وقرت به عينه، وتفقه بوالده كثيراً، ورأس على الأكابر صغيراً، ودرّس وأفتى في حياة أبيه، وصنّف مصنّفات مفيدة، وانفرد بعد والده بالإفتاء، مع زحمة البلد بأئمة شتّى، وكان من الولاية والعلم على جانب عظيم.

من مصنّفاتهِ: «شرح على مولد السيد حسين بن الأهدل» و«شرح لوداع ابن الجوزي» مات عنهما مسودتين، و«تشنيف الأسماع بحكم الحركة في الذكر والسماع» و«القول النافع القويم لمن كان ذا قلب

(١) ينظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر للعيدروس، ص(٣٩٨)، والسناء الباهر بتكميل النور السافر في أخبار القرن العاشر للشلي، ص(٦٣١).

سليم» و«التحرير الواضح الأكمل في حكم الماء المطلق والمستعمل» و«المطالع الشمسية». وبالجملة فإنه كان مفتي الأنام، وعلامة الأعلام، توفي في ثاني عشر شوال من عام ٩٧٥هـ^(١).

٣- العلامة جمال الدين محمد محمد، أبو بكر الأشخر، إمام الفنون الذي اعترف بتقدمه المفتون، عُرف بالتصانيف المفيدة، والتأليف العديدة، والشروح الفائزة من العلوم بالقدح المعلى، والمناظير المشحونة بالنكت التي أقمار دقائقها شارقة في كل مجلى، قرأ على جماعة عديدة وعلى رأسهم ابن زياد، توفي سنة ٩٩١هـ^(٢).

المطلب الثالث: مكانته العلمية، وثناء العلماء عليه.

كان الشيخ عبد الرحمن بن عبد الكريم بن زياد شافعي زمانه، انتشر ذكر فضله في الآفاق، وقصدته الفتاوى من شاسع البلاد، وضربت إليه أكباد الإبل من كل ناد للأخذ عنه والاقباص منه، وقد حج في سنة اثنتين وأربعين وتسعمائة إلى بيت الله الحرام، وزار قبر النبي عليه أفضل الصلاة والسلام، واجتمع بفضلاء الحرمين، ودرّس في الحرمين بمحضر من أعيان البلدتين الشريفتين كمفتي الحجاز شيخ الإسلام عبد العزيز الزمزمي وأمثاله، وقد تصدر للتدريس والإفتاء

(١) ينظر: شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد، (١٠/ ٥٥٤)، ومعجم المؤلفين لكحاله، (٥/ ٢٢٥).

(٢) ينظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر للعيدروس، ص (٣٤٩)، وشذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد، (١٠/ ٦٢٣).

استقلالاً، وصنف ودرّس الفقه بالجامع الكبير بزبيد، بمدرسة الوهابية والأشرفية والواثقية من مدارس زبيد، وقد ولي تدريس الحديث بجامع الباشا مصطفى النشار بزبيد أيضاً.

وكان على جانب كبير من الصبر على الفقر، منصرفاً عن الدنيا، متقللاً منها، عاكفاً على العلم والتدريس والإفادة والبحث مع طلبته، مطالعاً الكتب المبسوطة في الفقه الشافعي.

وفي سنة أربع وستين نزل في عينيه ماء فكف بصره، فاحتسب ورضي، وقال: مرحباً بموهبة الله. وجاءه قداح فقال له: أنا أصلح بصرك، وقال بعض أهل الثروة: وأنا أنفق عليك وعلى عيالك مدة ذلك فامتنع، وقال: شيء ألبسنيه الله لا أتسبب في إبطاله. ومع ذلك كان على عادته من التدريس والإفتاء والتصنيف.

أثنى عليه الزمزمي^(١) في أبيات مطلعها:

رد من الشكر تعطى يا ابن زياد

من نوال الشكور أوفى ازدياد

وقال عنه ابن العماد: «جدّ واجتهد، حتى صار عيناً من أعيان الزمان، يشار إليه بالبنان، وقصدته الفتاوى من شاسع البلاد، وضربت

(١) الزمزمي هو: عبد العزيز بن علي بن عبد العزيز بن عبد السلام الشيرازي الأصل، المكي الشافعي، المعروف بالزمزمي: فقيه، من أعيان مكة. توفي سنة: ٩٧٦هـ. ينظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر، ص(٢٨٧) الأعلام للزركلي، (٢٣/٤).

إليه آباط الإبل من كل ناد، وعقدت عليه الخناصر، وتلمذت له الأكابر»^(١).

وقال عنه العيدروس: «شيخ الإسلام، مفتي الأنام، علم الأئمة الأعلام، محرر المذهب، وطراز المذهب، أستاذ المحققين، سراج الظلمة، ناصر السنة المحمدية بالحجج السنية والبراهين المضيئة»^(٢).

وقال في موضع آخر: «كان الشيخ عبد الرحمن المذكور شافعيًا، انتشر ذكر فضله في الآفاق، قصدته الفتاوى من شاسع البلاد، وضربت إليه آباط الإبل من كل ناد، للأخذ عنه والاقْتباس منه»^(٣).

وقال عنه الغزي: «الإمام الفقيه البارع»^(٤).

المطلب الرابع: آثاره العلمية.

كان لابن زياد الغيثي جهد كبير في التصنيف والتأليف، ولذا فهو من المكثرين في التصنيف، ويغلب على هذه المصنفات صغر الحجم، وعظم الفائدة، ودقة التحرير، ولعل أبرزها:

١- إثبات سنة رفع اليدين عند الإحرام، والركوع، والاعتدال، والقيام من الركعتين.

(١) ينظر: شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد، (١٠/ ٥٥٢).

(٢) ينظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر للعيدروس، ص (٢٧٤).

(٣) المصدر السابق.

(٤) ديوان الإسلام، (٤/ ٢١٤).



- ٢- الأجوبة المحررة عن المسائل الواردة من بلاد المهرة.
- ٣- الأجوبة المرضية عن الأسئلة المكية. جمعها أحد تلاميذه.
- ٤- الأدلة الواضحة في الجهر بالبسملة وأنها من الفاتحة.
- ٥- إسعاف المستفتي، عن قول الرجل لامرأته: «أنت أختي».
- ٦- إيضاح الدلالة في أن العداوة المانعة من قبول الشهادة تجامع العدالة، -وهي الرسالة محل البحث والدراسة-.
- ٧- إقامة البرهان على كمية التراويح في رمضان.
- ٨- إيضاح النصوص المفصحة بطلان تزويج الولي الواقع على غير الحظ والمصلحة.
- ٩- بغية المسترشدين في تحرير تبرع المدين.
- ١٠- تحذير أئمة الإسلام من تغيير بناء البيت الحرام.
- ١١- تحرير المقال في حكم من أخبر برؤية هلال شوال.
- ١٢- التقليد وأحكام رخص الشريعة.
- ١٣- الجواب المتين عن السؤال الوارد من البلد الأمين.
- ١٤- الجواب المحرر في أحكام المنشط والمخدر.
- ١٥- حل المعقود في أحكام المفقود.
- ١٦- الرد على من أوهم أن ترك الرمي للعذر يسقط الدم.

- ١٧- رسالة في جواب حكم ما إذا مُسَخَّ أحد الزوجين حجرًا أو حيوانًا قبل الدخول.
- ١٨- سمط اللآل في كَتَبِ الأعمال.
- ١٩- شد اليدين على دفع ما نسب إلى الزهري من الوهم في حديث ذي اليدين.
- ٢٠- فتح الكريم الواحد، في إنكار تأخير الصلاة على أئمة المساجد.
- ٢١- فصل الخطاب في حكم الدعاء بإيصال الثواب.
- ٢٢- كشف الغمّة عن حكم المقبوض عما في الذمة وكون الملك فيه موقوفًا عند الأئمة.
- ٢٣- كشف النقاب عن أحكام المحراب.
- ٢٤- مزيل العنا في أحكام ما أحدث في الأراضي المزروعة من الفنا.
- ٢٥- مزيل العناء في أحكام الغناء.
- ٢٦- المواهب السنية في الأجوبة عن المسائل العدنية.
- ٢٧- النخبة، في الأخوة والصحة.
- ٢٨- النقول العذبة المعينة المستفاد منها حكم بيع العينة.
- وغير ذلك من المؤلفات العديدة، والفتاوي المفيدة^(١).

(١) ينظر: الكتبخانة ٧/ ٣٩١-٣٩٥.

المبحث الثاني دراسة المخطوط

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اسم المخطوط، وتوثيق نسبته لمؤلفه:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: اسم المخطوط.

«إيضاح الدلالة في أن العداوة المانعة من قبول الشهادة تجامع العدالة».

الفرع الثاني: توثيق نسبة المخطوط لمؤلفه.

نسبه للمصنف محيي الدين العيدروس في النور السافر، ص (٤١٥)، وإسماعيل باشا البغدادي في كتابيه هدية العارفين، (١/٥٤٦)، وإيضاح المكنون، (٣/١٥٤).

المطلب الثاني: وصف نسخة المخطوط، ونموذج منه:

وفيه فرعان.

الفرع الأول: وصف نسخة المخطوط.

لهذا المخطوط نسخة واحدة لم أجده بعد البحث والتتبع والسؤال غيرها، وهي نسخة دار الكتب المصرية - الخديوية قديماً - / القاهرة (٣٥٤ مجاميع) ف. دار الكتب ١ / ٥٠٠، وموقع المخطوط من المجموع المذكور من الوجه (٢٥٧) إلى الوجه (٢٦٥)، عدد ألواحها خمسة ألواح

كل لوح به وجهان، وكل وجه به واحد وعشرون سطرًا، وكل سطر به اثنتا عشرة كلمة.

ناسخها وتاريخ النسخ: لم يدون عليها ناسخها ولا تاريخ نسخها.
وصفها: نسخة كاملة، خطها واضح، كتبت باللون الأسود على أطرافها بعض التصحيحات والتعليقات.



إيضاح الدلالة في أن العداوة المانعة من قبول الشهادة تجماع العدالة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي وفق للصواب وألهم، وشرح الصدور لمعرفة طرق التحقيق وفهم، أحمدته على ما أولانا به من نعم، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له الكريم الأكرم، وأشهد أن سيدنا محمد^(١) عبده ورسوله النبي المعظم، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم.

وبعد، فإنه ورد على شيخنا الإمام، شيخ المذهب والإسلام، وجيه الدين عبد الرحمن بن عبد الكريم زياد^(٢) سؤال من بعض فضلاء الحنفية، حاصله: أصلح الله العلماء، وكشف بنور علمهم عن جانب العمى، في جرح^(٣) الشاهد بالعداوة، على مذهب الإمام الشافعي

(١) كذا في الأصل، والأولى: «محمدًا».

(٢) كذا في الأصل، بإسقاط لفظ: «بن» قبل «زياد».

(٣) الجرح في اللغة: قال ابن فارس: «الجيم والراء والحاء أصلان: أحدهما الكسب، والثاني شق الجلد. فالأول قولهم (اجترح) إذا عمل وكسب...، وأما الآخر فقولهم: جرحه بحديدة جرحًا». ينظر: المصباح المنير للفيومي (ص ٩٥)، ومقاييس اللغة لابن فارس، (١/ ٤٥١).

وفي الاصطلاح: هو الإتيان بما يشين من الفسوق، الموجب لرد الشهادة، مما ثبت عند ولي الأمر أنه من الفسوق. يُنظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي، (٣/ ٣٨٧)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، (١٣/ ٥٤)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، (١٠/ ١٦١).

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، هل هو مستلزم^(١) للفسق^(٢)؟ أو ينفك عنه بحيث يكفي لنا فيه بمجرد العداوة الغير السالبة للعدالة، ويكون الجرح بالنسبة إلى خصوص المشهود عليه لا إلى عموم الشهادة؟ وهل ورد في ذلك نص لإمام المذهب^(٣) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؟ وانقلوا -نفع الله بكم- قول جهابذة الأصحاب في الفرق بين العداوة المستلزمة للفسق، المانعة لعموم الشهادة، وبين العداوة الغير المستلزمة، المانعة لخصوص الشهادة بالنسبة إلى المشهود عليه فقط، وإذا كان الشاهد من أعيان العلماء أو العباد ممن اشتهر بالفضل، هل يثبت جرحه بمن لا يعلم عدالته^(٤)، أو

(١) [١/ب].

(٢) الفسق لغة: الخروج عن الطاعة. مقياس اللغة لابن فارس، (٤/٥٠٢).

واصطلاحاً: ارتكاب كبيرة، أو الإصرار على صغيرة. ينظر: العزيز شرح الوجيز، (٧/٥٥٦)، وروضة الطالبين، (٧/٦٥).

(٣) يقصد إمام مذهب الشافعية، محمد بن إدريس الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) العدالة في اللغة: قال ابن فارس: «العين والعدل واللام أصلان صحيحان، لكنهما متقابلان كالتضادين: أحدهما يدل على استواء، والآخر يدل على اعوجاج. فالأول العدل من الناس: المرضي المستوي الطريقة... فأما الأصل الآخر فيقال في الاعوجاج: عدل. وانعدل، أي انعرج». ينظر: مقياس اللغة لابن فارس، (٤/٢٤٦).

واصطلاحاً عند علماء الحديث هي: ملكة في النفس تحمل صاحبها على ملازمة التقوى والمروءة. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير، (٣/٤٢٨)، وفتح المغيث للسخاوي، (١/٢٩٠)، وتوضيح الأفكار للصنعاني، (٢/١١٨). وعند الشافعية: أن يكون مجتنباً للكبائر، غير مصر على القليل من الصغائر، سليم السريرة، مأمون الغضب، محافظاً على مروءة مثله، فمن قارف كبيرة أو أصر على صغيرة لم تقبل شهادته؛ لأن ذلك يشعر بالتهاون بأمر الديانة، ومثله =

علمت وثمَّ قرائن^(١) صارفة عن الجرح؟ بينوا لنا ذلك بياناً ينشرح به الصدر، وينكشف به وجه العصر، لا عدمكم المسلمون، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

أجاب نفع الله به بما صورته: الحمد لله وحده، وبه التوفيق والعصمة، اعلم -أرشدنا الله وإياك إلى الصواب، وجنبنا ما نستوجب به العقاب- أن الأصل في عدم قبول شهادة العدو على عدوه كما رواه الإمام الأذرعي^(٢).....

= جدير بالأخاف وبالالكذب، أما من يلم بالصغيرة أحياناً لفترة تقع من مراقبة التقوى، وفلتة تقع للنفس في الخروج عن لجام الورع، وهو مع ذلك ما ينفك عن تئد، واستشعار خوف؛ فهذا لا ترد به الشهادة. ينظر: الإقناع للماوردي، ص(٢٠١)، الوسيط في المذهب، (٣٤٨/٧).

(١) القرينة في اللغة: قال ابن فارس: «القاف والراء والنون أصلان صحيحان، أحدهما يدل على جمع شيء إلى شيء، والآخر شيء ينتأ بقوة وشدة فالأول: قارنت بين الشيئين... والأصل الآخر: القرن للشاة وغيرها، وهو ناتئ قوي». ينظر: مقاييس اللغة لابن فارس، (٧٦/٥)، ولسان العرب لابن منظور، (٣٣٩/١٣)، والصحاح للجوهري، (٣٧٦/١)، وتاج العروس للزبيدي، (٣٠٨/٩). واصطلاحاً: كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه. ينظر: التعاريف للمناوي، ص(٥٨١)، تعارض البينات للشنقيطي، (١٤٢/٢)، والمدخل الفقهي العام للزرقا، (٩١٨/٢).

(٢) هو: أحمد بن حمدان بن أحمد بن عبد الواحد بن عبد الغني بن محمد بن أحمد بن سالم بن داود بن يوسف بن خالد، شهاب الدين أبو العباس الأذرعي -نسبة إلى أذرع ناحية بالشام- من مصنفاته: قوت المحتاج في شرح المنهاج، وغنية المحتاج في شرح المنهاج، والتوسط والفتح بين الروضة والشرح توفي عام =

.....[ما رواه أبو] ^(١) هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لا يجوز شهادة ذي الظنة ولا ذي الحنة» ^(٢)، قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم. والظنة: التهمة ^(٣).

= ٧٨٣هـ ينظر: الدرر الكامنة لابن حجر، (١/ ١٤٥)، وطبقات الشافعية لابن قاضي شعبة، (٣/ ١٤١)، وشذرات الذهب لابن العماد، (٨/ ٤٩٧). وما سيأتي كله منقول من كلام الأذرعي في قوت المحتاج، (١١/ ٥٩٠) حتى قوله: «... الثانية: أن يقطع الطريق على قافلة، فيجيء رجل من أهلها فيشهد على قاطع الطريق بحق لغيره، فلا تقبل شهادته، أي: على القول به، وإن كان عدلاً في نفسه».

(١) كذا في الأصل، ولعل الصواب «عن أبي».

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين، (٤/ ١١١)، رقم (٧٠٤٩)، والبيهقي في السنن الكبرى، (١٠/ ٣٣٩)، رقم (٢٠٨٥٨)، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه»، وقال البيهقي: «وأصح ما روي في هذا الباب - وإن كان مرسلًا - ما أخبرنا أبو صالح بن أبي طاهر العنبري، ثنا جدي أبو محمد يحيى بن منصور القاضي، ثنا أبو علي محمد بن عمرو، ثنا القعنبي، ثنا ابن أبي ذئب، عن الحكم بن مسلم، عن عبد الرحمن الأعرج قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تجوز شهادة ذي الظنة والحنة والجنة» والجنة: الجنون، والحنة: الذي يكون بينك وبينه عداوة». وفي الباب عن: عائشة وجابر وابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ. ينظر: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: (٤/ ٣٧٤)، وتحفة الأحوذى شرح سنن الترمذي للمباركفوري، (٣/ ٢٥٤).

(٣) الظن في اللغة: قال ابن فارس: «الظاء والنون أصيل صحيح يدل على معنيين مختلفين: يقين وشك. فأما اليقين فقول القائل: ظننت ظناً؛ أي: أيقنت. قال الله تعالى: ﴿قَالَ الَّذِينَ يَظُنُّونَ أَنَّهُمْ مُلْكُوا اللَّهَ﴾ [البقرة: ٢٤٩] أراد - والله أعلم - يوقنون... والأصل الآخر: الشك، يقال: ظننت الشيء، إذا لم تتيقنه، ومن ذلك الظنة: التهمة. والظنين: المتهم. ويقال: اظنني فلان». ينظر: مقاييس اللغة لابن فارس، (٣/ ٤٦٢).

والحنة: العداوة^(١).

وفي الذخائر^(٢) وغيره: «ولا ذي إحنة». قال: الإحنة^(٣): العداوة^(٤).

وقال أحمد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: حدثنا عبد الرزاق، حدثنا محمد بن راشد، عن سليمان بن موسى، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا ذي غمر على أخيه، ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت، وتجاوز شهادته لغيرهم»^(٥).

(١) ينظر: مقاييس اللغة لابن فارس، (٢/ ٢٥)، ولسان العرب لابن منظور، (٨/ ١٣).

(٢) هو كتاب الذخائر، لأبي المعالي، مجلي بن جميع -بضم الجيم- بن نجا المخزومي، قاضي القضاة. ينظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي، (٧/ ٢٧٧).

(٣) الإحنة: الحقد في الصدر، وربما قالوا: حنة. ينظر: العين، (٣/ ٣٠٥)، تهذيب اللغة، (٥/ ١٦٦).

(٤) ينظر: تحفة الأحوذى للمباركفوري، (٦/ ٤٧٨).

(٥) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الشهادات، باب لا يقبل متهم ولا جار إلى نفسه ولا ظنين، (٨/ ٣٢٠) برقم: (١٥٣٦٤)، وأحمد في مسنده، (٣/ ١٤٠٨) برقم: (٦٨١٣)، وأبو داود في سننه، كتاب القضاء، باب من ترد شهادته، (٣/ ٣٣٥) برقم: (٣٦٠٠)، وابن ماجه في سننه، أبواب الأحكام، باب من لا تجوز شهادته، (٣/ ٤٥٢) برقم: (٢٣٦٦)، والدارقطني في سننه، كتاب الأفضية والأحكام وغير ذلك، باب من الشهادات، (٥/ ٤٣٧) برقم: (٤٦٠٠)، والبيهقي في سننه الكبير، كتاب الشهادات، باب من قال لا تقبل شهادته، (١٠/ ١٥٥) برقم: (٢٠٦٣٤). وقال الحافظ ابن حجر: سنده قوي. ينظر: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر، (٤/ ٣٦٤).

ومحمد بن راشد هذا هو [المكحول]^(١)، قال عبد الرزاق: وما رأيت أحداً أورع في الحديث منه. وفي رواية: أو أشد توقياً. وقال يحيى^(٢): ثقة. وقال [ابن السني]^(٣): ليس بالقوي. وقال ابن المبارك^(٤): صدوق، وأراه اتهم بالقدر. وقال الإمام أحمد: ثقة. وأطلت الكلام عليه في الغنية^(٥).

وذو الغمر^(٦): مَن بينه وبين المشهود عليه عداوة ظاهرة^(٧). قال

- (١) كذا في الأصل: «المكحول»، والصواب من كتب السنة: «المكحولي».
- (٢) هو: يحيى بن معين بن عون الغطفاني، أحد الأئمة الأعلام، وشيخ المحدثين، أجمعوا على إمامته، وتوثيقه، وحفظه وتقديمه في الحديث، واضطلعه فيه، له الكثير من المصنفات، مات بالمدينة المنورة سنة ٢٣٣هـ. ينظر: وفيات الأعيان لابن خلكان، (٦/١٣٩)، وتذكرة الحفاظ للذهبي، (٢/٤٢٩).
- (٣) في الأصل: «ابن السني»، والصواب: «النسائي»، ينظر: قوت المحتاج شرح المنهاج للأذري، (١١/٥٩٠).
- (٤) هو: الإمام أبو عبد الرحمن عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلي، المروزي، الحافظ، أحد الأعلام وحديثه حجة بالإجماع، تفقه على يد سفيان ومالك، وحدث عنه ابن معين، وابن منيع، وأحمد بن حنبل، وكان فقيهاً زاهداً، وكان يحجّ عاماً، ويغزو عاماً، توفي سنة: ١٨١هـ. ينظر في ترجمته: سير أعلام النبلاء للذهبي، (٨/٣٧٨)، وشذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد، (٢/٣٦١).
- (٥) الغنية: أحد شرحي الأذري، على منهاج الطالبين للنووي، والثاني: قوت المحتاج في شرح المنهاج. ينظر: كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، (٢/١٨٧٥).
- (٦) [أ/٢].
- (٧) ينظر: معالم السنن للخطابي، (٤/١٦٩).

[الضميري]^(١): ذو الغمر هو ذو الحقد. والغمر: بكسر الغين المعجمة وسكون الميم وبعدها راء مهملة، قال أبو داود: هو الإحنة والشحناء^(٢)، وقال غيره: العداوة^(٣).

وقال القاضي الحسين^(٤): ويروى: «ولا ذي صغر»^(٥).

ثم قال الأذرعى: قال: - أي في المنهاج - وهو من يبغضه بحيث

(١) في الأصل: «الضميري»، والصواب: «الصيمري»، كما في قوت المحتاج، (٥٩٠ / ١١).

والصيمري هو: أبو القاسم، عبد الواحد بن الحسين بن محمد الصيمري. من شيوخه: أبو حامد المروزي، وأبو الفياض البصري. من مصنفاته: الإيضاح، والكفاية، والإرشاد شرح الكفاية. وفاته: بعد سنة (٣٨٦هـ). يُنظر ترجمته في: طبقات الفقهاء الشافعية، (٥٧٥ / ٢)، سير أعلام النبلاء للذهبي، (١٧ / ١٤). ولم أقف على قوله، وإن كان كثير من أهل اللغة يفسر الغمر على هذا النحو، قال ابن فارس: «الغمر: الحقد». مقاييس اللغة، (٣٩٣ / ٤).

(٢) سنن أبي داود، (٣٠٦ / ٣).

(٣) مشارق الأنوار على صحاح الآثار، (١٣٥ / ٢)، غريب الحديث للقاسم بن سلام، (١٥٤ / ٢).

(٤) هو: الحسين بن محمد بن أحمد أبو علي المروزي صاحب التعليقة المشهورة في المذهب على مختصر المزني، أخذ عن القفال، وهو من أنجب تلامذته، وأوسعهم في الفقه دائرة، وأشهرهم فيه اسمًا، وأكثرهم له تحقيقًا، كان يلقب بحبر الأمة، تخرج عليه من الأئمة عدد كبير منهم: إمام الحرمين، والمتولي، والبغوي، وغيرهم، من تصانيفه: التعليق الكبير، وأسرار الفقه، والفتاوى المشهورة، توفي سنة: ٤٦٢هـ. ينظر: طبقات ابن قاضي شهبة، (١ / ٢٤٤، ٢٤٥)، وطبقات السبكي، (٣٥٦ / ٤).

(٥) في الأصل: «ولا ذي صغر»، والصواب: «ولا ذي ضغن». ينظر: كفاية النبيه لابن الرفعة، (١٣٤ / ١٩).

يتمنى زوال نعمته، ويحزن لسروره، ويفرح لمصيبته^(١). هذا التفسير في المحرر^(٢) والشرحين^(٣) من كلام الغزالي^(٤)، ولكن الغزالي لم يذكر تمنى زوال النعمة في كتبه الثلاثة^(٥).

قال الرافعي^(٦): وقد تكون العداوة من الجانبين، وقد تكون من

- (١) ينظر: منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ص (٣٤٦).
- (٢) للرافعي، أبي القاسم: عبد الكريم بن محمد الرافعي، القزويني، المتوفى: في حدود سنة ٦٢٣هـ.
- (٣) شرحا الرافعي على وجيز الغزالي: الشرح الكبير، والصغير. أما الكبير فسماه: «فتح العزيز، على كتاب الوجيز»، وقد تورع بعضهم: عن إطلاق لفظ العزيز -مجردًا- على غير كتاب الله تعالى، فقال: «فتح العزيز»، وهو: الذي لم يصنف في المذهب مثله، والثاني: أصغر منه، وأخصر. ينظر: كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، (٢/ ٢٠٠٣).
- (٤) ينظر: المحرر، للرافعي، ص (١٦٨٢)، والعزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، للرافعي، (١٣/ ٢٨).
- (٥) قال الدميري: هذا التفسير لخصه الرافعي من كلام الغزالي وإمامه، والذي ذكره الرافعي والجمهور إنما هو مجرد البغض، ولا ينشأ تمنى زوال النعمة إلا من الحسد، وهو من الكبائر. والأشبه: الرجوع في ذلك إلى العرف؛ إذ لا ضابط له في الشرع ولا في اللغة، وسواء كانت العداوة مكتسبة أو موروثة. ينظر: النجم الوهاج للدميري، (١٠/ ٣٢١).
- ويعني المؤلف بكتب الغزالي الثلاثة: الوسيط، والبسيط، والوجيز، وقد أخذ الوجيز من: «البسيط»، و«الوسيط»، وزاد عليهما، والكتب الثلاثة كلها في الفقه على مذهب الشافعية، وقد سماها على أسماء كتب شيخه الواحدي. ينظر: الوافي بالوفيات، (١/ ٢١٢)، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، (٢/ ٢٠٠٣).
- (٦) هو: عبد الكريم بن محمد، الرافعي القزويني، أبو القاسم، شيخ الشافعية، كان له مجلس بقزوين للتفسير والحديث، توفي سنة ٦٢٣هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي، (٢٢/ ٢٥٢)، وشذرات الذهب لابن العماد، (٥/ ١٠٨)، والأعلام للزركلي، (٤/ ٥٥).

أحدهما فيختص برد شهادته على الآخر، فإن أفضت العداوة إلى ارتكاب ما يوجب الفسق فهو مردود الشهادة على الإطلاق^(١).

واعلم أني لم أر هذا التفسير للعداوة المانعة من قبول الشهادة^(٢) كما ذكره الرافعي وتبعه الشيخ، إلا الرافعي^(٣)، وقضيته أنها إذا لم تبلغ الحد المذكور لا يمتنع القبول^(٤)، وفيه نظر يُعرف مما سنورده.

وعبارة البسيط^(٥): وقد لا تستند العداوة إلى فعل يفسق به، فرب عداوة عن عصبية لمورثه بسبب قديم يرشح في النفس بحيث يجب

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير للرافعي، (٢٩ / ١٣).

(٢) والقائل هو الأذرعي في قوت المحتاج، (٥٩٠ / ١١).

(٣) في الأصل: «وتبعه الأذرعي» وهو خطأ، وقد كان في موضعها عبارة: «وتبعه الشيخ، إلا الرافعي». فضرب على لفظة الشيخ، ومحيت لفظة إلا الرافعي، وكتب في موضعها بخط مغاير لخط الناسخ لفظة: الأذرعي. والصواب كما جاء قبل الترميغ، أي: وتبعه الشيخ، إلا الرافعي. والتصويب من قوت المحتاج للأذرعي، (٥٩٠ / ١١) كما أنه غير مناسب أن يقول الأذرعي عن نفسه: وتبعه الأذرعي! سيما وأنه بعد قليل سيقول: وفيه نظر يعرف مما سنورده. والظاهر أن المقصود بقوله: وتبعه الشيخ، يعني به النووي.

(٤) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، (٢٣٧ / ١١).

(٥) البسيط في المذهب أو البسيط في الفروع، هو أحد كتب الغزالي، ومختصراته الفقهية، وهو كالاختصار لنهاية المطلب لشيخه إمام الحرمين. مخطوط بدار الكتب المصرية برقم (٢٧) فقه شافعي، ورقم (٢٢٢) فقه شافعي وهو ناقص، وتوجد منه أجزاء بالمكتبة الظاهرية بدمشق وهي الأول والرابع والخامس والسادس.

إليه مساءة المعادي، ويحزن لمسرتة، ويفرح بكل [شيء]^(١)، ويحزن بكل خير يناله. انتهى^(٢).

وقال الإمام^(٣): العداوة التي نعينها ويحكم بأنها توجب رد الشهادة من غير فسق هي العداوة الجبلية، أو المترتبة على سبب قدري لا انتساب فيه إلى معصية، فإذا كان الإنسان مع الآخر بحيث يغلب على الظن أنه يتمنى له كل [سوء]^(٤) ويود له كل [شيء]^(٥)، ويحزن بمسراته، ويشمت بمصائبه، فلا فسق، فهذا العداوة توجب رد شهادته على عدوه، وإن كانت العداوة مترتبة على فسق، فهي مردودة عمومًا للناس وعليهم. انتهى^(٦).

وقال القاضي الحسين وغيره: العداوة التي ترد بها الشهادة مع العدالة هي أن يظهر منه من اللسان والفعل ما يغلب على الظن أنه معاديه، يشمت بمصائبه، ويحزن بمساره، ويتمنى له كل [شيء]^(٧). انتهى^(٨).

- (١) كذا في الأصل: «شيء»، والصواب: «شر».
- (٢) ونقل النووي في روضة الطالبين وعمدة المفتين، (٢٣٧ / ١١) بنحو هذا المعنى.
- (٣) الإمام: إذا أطلق الإمام فإنهم يريدون به إمام الحرمين الجويني.
- (٤) كذا في الأصل، ثم عدل عليها بخط آخر: «شيء»، والصواب ما أثبت، كما في قوت المحتاج، (٥٩١ / ١١)، ونهاية المطلب للجويني (١٣ / ١٩).
- (٥) كذا في الأصل: «شيء»، والصواب: «شر»، كما أنه غير لائق بسياق الكلام، ينظر: قوت المحتاج، (٥٩١ / ١١).
- (٦) ينظر: نهاية المطلب للجويني، (١٢ / ١٩).
- (٧) كذا في الأصل: «شيء»، والصواب: «شر»، كما في قوت المحتاج، (٥٩١ / ١١).
- (٨) ينظر: نهاية المطلب للجويني، (١٣ / ١٩)، وكفاية النبيه لابن الرفعة، (١٣٤ / ١٩)، وكفاية الأخيار للحصني (٥٥٦).

وفي الترغيب^(١): وتُعرف العداوة^(٢) بشماتته بمكارهه، وكراهته بمساره، وقد نص الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنه لا [تقبل شهادة خصم على خصم، فقل: (٣) تُقبل شهادة المدعي دون المدعى عليه^(٤)]. انتهى.

وقال الفوراني^(٥) في العمد^(٦): [العصية]^(٧) والعداوة توجب رد الشهادة، وهو أن ييغض الرجل لأنه من بلد كذا؛ لما كان بينهم وبين أسلافهم من المعادة وما أشبه ذلك. انتهى^(٨).

(١) هو: الترغيب، في الفروع، للإمام أبي بكر، فخر الإسلام: محمد بن أحمد القفال، الشاشي، الشافعي، المتوفى: سنة ٥٠٧ هـ. ينظر: كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، (١/ ٤٠١).

(٢) [٢/ ب].

(٣) سقط هنا في المخطوط نص عبارة الشافعي، والتصويب من قوت المحتاج، (١١/ ٥٩١).

(٤) ينظر: الحاوي في فقه الشافعي للماوردي، (١٧/ ١٦١)، وإعانة الطالبين للدمياطي، (٤/ ٢٩٠).

(٥) هو: عبد الرحمن بن محمد بن فوران المروزي، العلامة الكبير، من فقهاء الشافعية، أبو القاسم، له مصنفات كثيرة في المذهب، كان سيد فقهاء مرو، توفي سنة ٤٦١ هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي، (١٨/ ٢٦٤)، وهدية العارفين للبغداد، (١/ ٥١٧)، والكامل في التاريخ لابن الأثير، (٨/ ١١٠).

(٦) العمد، للفوراني وقد نقل منه عدد من أئمة الشافعية من بعده، كالإسنوي وابن الملتن والبلقيني وغيرهم. ينظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي، (٥/ ١١٠)، طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة، (١/ ١٣٢).

(٧) في الأصل: «المعصية»، والصواب ما أثبتت، كما في قوت المحتاج، (١١/ ٥٩١)، وقد كانت في المخطوط: «العصية» ثم جرى فيها قلم التغيير إلى «المعصية».

(٨) ينظر: قوت المحتاج للأذري، (١١/ ٥٩١).

وسياتي نحو هذا عن نص الإمام^(١)، وإنما سُقت هذه العبارات لأنها أخف من عبارة الكتاب^(٢)، وما يتضمنه لا ينفك عن معصية، لا سيما تمنني زوال النعمة مطلقاً، وقلّ أن تجتمع هذه الأمور إلا ويضم إليها المهاجرة والمقاطعة والمدابرة المحرمات، ولم أر هذا التفسير السابق للمراوزة ولا لأحد من العراقيين، وسأذكر في ذلك ما تيسر، والله أعلم.

وبالجملة، فلا ينبغي أن يتوقف الرد على اعتبار اجتماع هذه الصفات في المعادي، كما هو المتبادر من لفظ المصنف^(٣).

وقال صاحب الانتصار^(٤): ولا تقبل شهادة العدو على عدوه إذا كانت العداوة بينهما في أمور الدنيا، وله صورتان:

أحدهما^(٥): أن يقذف إنساناً يقيم البينة بقذفه، ثم يشهد المقذوف على القاذف بشيء، لا يقبل وإن كان عدلاً في نفسه.

الثانية: أن يقطع الطريق على قافلة، فيجبيء رجل من أهلها فيشهد على قاطع الطريق بحقٍّ لغيره، فلا تقبل شهادته، أي: على القول به، وإن كان عدلاً في نفسه^(٦). انتهى كلام الأذرعي^(٧).

(١) المراد به الشافعي، وقد جاء في قوت المحتاج، (١١ / ٥٩١): (عن نص الأم).

(٢) يعني نهاية المطلب.

(٣) قوت المحتاج للأذرعي، (١١ / ٥٩١).

(٤) الانتصار لمذهب الشافعي للقاضي: عبد الله بن محمد بن أبي عصرون الموصل، الشافعي. المتوفى: سنة ٥٨٥ هـ. ينظر: كشف الظنون لحاجي خليفة، (١ / ١٧٤).

(٥) كذا في الأصل، ولعل الصواب: «إحدهما»؛ للتناسب مع لفظ «صورتان».

(٦) ينظر: الانتصار، ص (٤٥٢).

(٧) ينظر: قوت المحتاج، (١١ / ٥٩٢).

وقال في الخادم^(١): قال الشافعي في الأم: وإذا شهد الشهود على رجل بشهادة، فينبغي للقاضي أن يسميهم وما شهدوا به على المشهود عليه، ويمكنه من جرحهم... إلى أن قال: ويقبل في جرحهم أن يكونوا مهاجرين له في الحال التي شهدوا بها عليه، وإن كانوا عدوًّا^(٢). هذا لفظه في باب الدين في اختلاف العراقيين، وهو صريح في الاكتفاء بالمهاجرة وحدها في العداوة، وأنها لا تسلب العدالة^(٣).

والأشبه في الضابط: تحكيم العرف^(٤) كما أشار إليه في المطلب^(٥)؛ لأنه لا ضابطة له في الشرع ولا في اللغة، وعده أهل العرف [عدوًّا]^(٦) للمشهود عليه، ردت شهادته عليه. انتهى كلام الخادم^(٧).

(١) هو: خادم الرافعي والروضة في الفروع. لبدر الدين: محمد بن بهادر الزركشي، الشافعي. المتوفى: سنة ٧٩٤هـ. ينظر: كشف الظنون لحاجي خليفة، (١/٦٩٨).

(٢) الأم للشافعي، (٧/١٣١).

(٣) [٣/أ].

(٤) العرف: ما استقرت عليه النفوس بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول. ينظر: لسان العرب لابن منظور، (٩/٢٣٦)، والصحاح للجوهري، (٤/١٤٠٢)، وتاج العروس للزبيدي، (٩/١٩٦)، ومختار الصحاح للرازي، ص (٢٢٥)، والتعريفات للجرجاني (ص ١٩٣).

(٥) هو: المطلب العالي، شرح وجيز الغزالي، لابن الرفعة الشافعي. ينظر: ذيل تذكرة الحفاظ للحسيني، ص (٤٢).

(٦) في الأصل: «عدو»، والصواب ما أثبت.

(٧) الكتاب غير مطبوع، وتم تحقيقه في عدة رسائل ماجستير في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى.

وقال العلامة الكمال الرداد^(١): والحق أن العداوة هي النفرة الطبيعية الحاصلة في النفس، وليس من شرطها الفرح بالمساءة، والمساءة بالمسرة. انتهى كلام العلامة الكمال الرداد في فتاويه، وأخذه من كلام الإمام^(٢) السابق.

قلت: فتلخص من مجموع ما ذكرناه عن إمامنا الشافعي^(٣) وجمهور أصحابه أن العداوة المانعة من قبول الشهادة على عدوه تجماع العدالة، وكلام الشافعي وأصحابه صريح في ذلك، وأن العداوة تتصور من غير فسق، ويوصف المتصف بها بالعدالة، وأنه إذا انضم مع ذلك ما يوجب الفسق رُدَّتْ شهادته مطلقاً على عدوه وعلى غيره.

وما تقدم عن الانتصار^(٤) من منع قبول شهادة أهل القافلة على قطاع الطريق^(٥) فيه تفصيل ليس هنا موضع بسطه، وإنما الغرض هنا

(١) هو: كمال الدين موسى بن الرداد اليميني المتوفى سنة ٩٢٣ هـ. ينظر: إيضاح المكنون للبغدادي، (٤/ ٣٥٩).

(٢) المراد به الجويني.

(٣) هو: الإمام محمد بن إدريس صاحب المذهب المشهور.

(٤) هو: الانتصار لمذهب الشافعي، للقاضي: عبد الله بن محمد بن أبي عصرون الموصلي، الشافعي، توفي بدمشق سنة ٥٨٥ هـ. ينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة، (٢/ ٢٩)، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، (١/ ١٧٤).

(٥) قطع الطريق: هو البروز لأخذ مال، أو لقتل، أو لإرعاب على سبيل المجاهرة مكابرة، اعتماداً على القوة، مع البعد عن الغوث. ينظر: بداية المحتاج شرح المنهاج لابن قاضي شهبة، (٤/ ٢٢٩)، وبدائع الصنائع للكاساني، (٧/ ٩٠)، والمغني لابن قدامة، (٨/ ٢٨٧)، وجواهر الإكليل للأزهري، (٢/ ٢٩٤).

تبيين أن العداوة تجماع العدالة، فظهر بذلك أن مدرك العداوة تدق معرفته أخذًا من مجموع ما ذكرناه، فعلى الحاكم -أصلحه الله- أن يتأمل جميع ما ذكرناه، ينتج له ذلك عدم المبادرة إلى سماع الجرح بالعداوة من غالب الناس؛ فإنهم لا يعرفون حقيقة العداوة المانعة، وإنما يلقنون أنه يسر بمساءته ويساء بمسرتة، وهذا القدر غير كاف في قبول الشهادة بالعداوة، ولا يؤيد أن يكون الشاهد خبيرًا بباطن المشهود عليه بالعداوة، ولا يكتفى بالإطلاق الذي يصدر من العوام، وعلى القاضي -أصلحه الله- البحث عن حال الشاهد، واستفساره عما شهد به؛ فإن ذلك من الجرح الذي لا يقبل إلا مُفسَّرًا.

وبالجملة، فمعرفة حقيقة العداوة عزيزة لا يكاد يتفطن لها غالب الناس، واستفسار الشاهد بالعداوة^(١) أكد من استفسار الشاهد بالفسق؛ فإن مدرك الفسق يدركه غالب الناس، فإنه يطلع عليه بمشاهدة الجراح ارتكاب الشاهد للكبيرة^(٢) التي يحصل بها الفسق، وضابط الفسق أظهر من ضابط العداوة؛ فمرتكب الكبيرة فاسق، وحيث انتفى ارتكاب كبيرة من الكبائر، فالمعتمد الذي عليه الجمهور أن من غلبت طاعته معاصيه فهو عدل، وإلا فمدرك العداوة المانعة

(١) [٢٥٩/ب].

(٢) قد أفاض ابن حجر في بيان حقيقة الكبيرة، وذكر أقوال العلماء، واستحسن منها قول أبي العباس القرطبي وهو أن الكبيرة هي: كل ذنب أطلق عليه بنص كتاب، أو سنة، أو إجماع أنه كبيرة أو عظيم، أو أخبر فيه بشدة العقاب، أو علق عليه الحد، أو شدد النكير عليه فهو كبيرة. ينظر: المفهم، (١/٢٨٤)، وفتح الباري، (١٠/٤١٠).

من قبول الشهادة العرية عن الفسق بعد الاطلاع عليه لا يكاد يفهمه إلا أهل الخبرة العارفون بذلك.

ومنه يعلم أن جرح العوام^(١) لأعيان أهل العلم ونحوهم بالعداوة غير مقبول، ومما يزيد ما ذكرناه وضوحاً أن أصحابنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى استدلوا على منع شهادة العدو بالأحاديث السابقة، وعلى منع شهادة الفاسق بقوله تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾^(٢)، وبقوله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^(٣)، وبقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾^(٤)، قالوا: والفاسق ليس بعدل، ففي استدلالهم على منع شهادة العدو في الأحاديث السابقة وفي منع شهادة الفاسق بالآيات الكريمة دليل واضح على أن العداوة تجماع العدالة، فأدى ذلك الاستدلال بأحاديث العداوة على منع شهادة الفاسق وبالعكس، ولم يقولوا به، وإنما ذاك لأن العداوة تجماع العدالة، فافهم ذلك ترشد، وأنصف محمد.

ولا يخفى أن أدلة أئمة المذاهب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قد تقررت في كتب أصحابهم، وتمهدت قواعد اجتهادهم^(٥)، فصار لكل واحد أصل يبنى عليه اجتهاده، وطريق هي أسد الطرق والمسالك عنده في اجتهاده.

(١) المراد بالعوام هم: من لم يبلغوا درجة الاجتهاد. ينظر: حاشية العطار، (٢/ ٢١١).

(٢) الحجرات: ٦.

(٣) الطلاق: ٢.

(٤) البقرة: ٢٨٢.

(٥) الاجتهاد في اللغة: قال ابن فارس: «الجيم والهاء والdal أصله المشقة، ثم يحمل عليه ما يقاربه. يقال جهدت نفسي وأجهدت، والجهد الطاقة. قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ﴾ [التوبة: ٧٩].»

لا جرم، وجب اعتقاد [كُلًّا من] ^(١) الأئمة وغيرهم؛ كالسفيانين ^(٢) والأوزاعي ^(٣) وإسحاق ^(٤) [ودواود] ^(٥)، وسائر أئمة المسلمين على هدى من ربهم، خلافاً لمن حمله التعصب والجهل على القدح في بعضهم،

= وفي الاصطلاح: هو استفراغ الوسع وبذل المجهود في طلب الحكم الشرعي. ينظر: مقاييس اللغة لابن فارس، (١/ ٤٨٦)، والصحاح للجوهري، (٢/ ٤٦٠)، ولسان العرب لابن منظور، (٣/ ١٣٣)، والبرهان في أصول الفقه للجويني، (٢/ ٤٨٩)، وإرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد للصنعاني (ص ٨).

(١) في الأصل: «كُلًّا من»، والصواب: «كلام».

(٢) هما: سفيان الثوري وهو سفيان بن سعيد بن مسروق أبو عبد الله الثوري الكوفي المجتهد، مصنف كتاب الجامع، توفي عام ١٦١هـ، والآخر: سفيان بن عيينة بن أبي عمران ميمون مولى محمد بن مزاحم أبو محمد الهلالي الكوفي، توفي سنة ١٩٨هـ.

(٣) هو: أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن أبي عمرو الفقيه إمام أهل الشام في زمانه في الحديث والفقه سمي بالأوزاعي نسبة إلى موضع مشهور بربض دمشق يعرف بالأوزاع، سكنه في صدر الإسلام، كان فصيحاً، قال ابن مهدي: الأئمة في الحديث أربعة: الأوزاعي ومالك وسفيان الثوري وحماد بن زيد، وقال أيضاً: ما كان بالشام أحد أعلم بالسنة من الأوزاعي، وقال أبو حاتم: إمام متبع لما سمع. توفي سنة: ١٥٧هـ. ينظر: تهذيب التهذيب لابن حجر، (٦٦٦٦/ ٢١٦/ ٤٨٧)، وتهذيب الكمال للمزي، (١٧/ ٣٠٧).

(٤) هو: أبو يعقوب، إسحاق بن راهويه (إبراهيم) بن مخلد الحنظلي، المروزي. من شيوخه: حماد بن أسامة، وابن عيينة، ومعاذ بن هشام الدستوائي. ومن تلاميذه: محمد بن إسماعيل البخاري، ومسلم بن الحجاج، وإسماعيل بن إسحاق. من مصنفاته: المسند، وكتاب التفسير. وفاته: سنة (٢٣٧هـ أو: ٢٣٨هـ). ينظر: الجرح والتعديل لابن أبي حاتم، (٢/ ٢٠٩)، الإرشاد في معرفة علماء الحديث للخليلي، (٣/ ٩٠٩)، تاريخ بغداد ت بشار، (٧/ ٣٦٢).

(٥) كذا في الأصل: «ودواود»، والصواب: «وداود».

ومناقبتهم مأثورة، وفضائلهم^(١) مشهورة، ومن طالع التواريخ تيقن ذلك، ويكفي فيه انتشار علمهم، وتقرر جلالته على مدى الأزمان، ولا يقدر أحد على أن يضعه^(٢) لنفسه ولا لغيره، ذكر ذلك العلامة أبو زرعة^(٣) في شرح جمع الجوامع^(٤) وغيره.

وقد ذكر أصحابنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى [خلاف]^(٥) في أن العبرة بعقيدة الإمام أو المأموم، وجرى الشيخان^(٦) على اعتبار عقيدة المأموم، وجرى غيرهم من فحول المتأخرين كالسبكي^(٧) والبلقيني^(٨) وغيرهم على أن

(١) [٤/أ].

(٢) كذا في الأصل، ولعل الصواب: «يصنعه».

(٣) هو: أبو زرعة ولي الدين أحمد بن الحافظ الكبير عبد الرحيم بن الحسين الكردي الأصل، المهراني، المعروف بابن العراقي، حافظ إمام شيخ الإسلام، قاضي قضاة الشافعية بالديار المصرية، مهر في عدة فنون، توفي سنة: ٨٢٦هـ. ينظر: رفع الإصر لابن حجر، ص (٦٠)، وإنباء الغمر له: (٨ / ٢١).

(٤) ينظر: الغيث الهامع شرح جمع الجوامع، ص (٧٩٢).

(٥) كذا في الأصل: «خلاف»، والجادة: «خلافًا».

(٦) الشيخان: المراد بهما الرافعي والنووي. ينظر: الفوائد المكية (ص ٤١).

(٧) هو: قاضي القضاة تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، ولد بالقاهرة سنة ٧٢٧هـ، وسمع من المقدسي وطبقته بمصر، ثم قدم دمشق مع والده وسمع بها من جماعة، وعني بالرواية، وأفتى ودرس، له تصانيف كثيرة منها: شرح مختصر ابن الحاجب، وطبقات الفقهاء الكبرى، توفي سنة ٧٧١هـ. ينظر: الوافي بالوفيات للصفدي، (١٩ / ٢١٠)، وطبقات ابن قاضي شهبة، (٣ / ١٠٤).

(٨) أبو حفص سراج الدين عمر بن رسلان بن نصير الكناي البلقيني شيخ الإسلام، كان أكبر الشافعية بمصر، كبير العلماء، ويذكر أنه كان أعجوبة عصره في معرفة =

المختار اعتبار عقيدة الإمام، قالوا: وهو الذي درج عليه السلف والأئمة [المجتهدين] ^(١) من اقتداء بعضهم من غير بحث عن حال الإمام، وقرر ذلك السيد السمهودي ^(٢) في حاشيته على الروضة وبسط الكلام فيه، وقد أوردت كلامه في أحكام التقليد ^(٣): ويجوز تقليد كل واحد من الأئمة الأربعة في جميع مذهبه أو في بعضه، بناء على الأصح أن التقليد يتجزأ، وقد فعل ذلك جماعة من العلماء المعترين الذين هم من أصحاب الوجوه، فضلاً عن غيرهم، فقد حكى السيد السمهودي في كتاب أحكام التقليد ^(٤): أن القاضي أبا الطيب ^(٥) ذرق عليه طير عند

= مذهب الشافعي، وكان مع سعة علمه لم يرزق ملكة في التصنيف، توفي سنة: ٨٠٥ هـ. ينظر: النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة لأبي المحاسن الحنفي، (٢٣٧/١٤)، والمجمع المؤسس لابن حجر، (٣١٨/٢).

(١) كذا في الأصل: «المجتهدين»، والصواب: «المجتهدون».

(٢) هو: الشيخ، علاء الدين: علي السمهودي. المتوفى: سنة ٩١١ هـ. ينظر: كشف الظنون لحاجي خليفة، (١١٥١/٢).

(٣) هو كتاب: التقليد وأحكام رخص الشريعة، الذي سبق ذكره في مصنفات المؤلف رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى.

(٤) العقد الفريد في أحكام التقليد للسمهودي، وأوله: «الحمد لله الذي أكمل لهذه الأمة دينها القويم... الخ». وضمنه: عشر مسائل، ليكون محيطاً بغرض السائل. ذكر فيها: تقليد القضاء، والمناصب. ينظر: كشف الظنون لحاجي خليفة، (١١٥١/٢).

(٥) هو: طاهر بن عبد الله بن عمر القاضي أبو الطيب الطبري أحد حملة المذهب ورفعائه، كان إماماً جليلاً بحرّاً غواصاً، متسع الدائرة عظيم العلم جليل القدر، شرح مختصر المزني، وصنف في الخلاف والمذهب والأصول والجدل كتباً كثيرة، قال أبو إسحاق الشيرازي: وأستاذنا أبو الطيب توفي عن مائة وستين لم يختل =

إرادته التكبير، فقال: أنا حنبلي، ثم أحرم ودخل في الصلاة. ومعلوم أنه كان شافعيًا يتجنب الصلاة بذرق الطير، فلم يمنعه عمله بمذهبه في ذلك من تقليد المخالف عند الحاجة إليه. انتهى^(١).

قلت: ولم أزل عند الاحتياج أقلد الإمام [أبي]^(٢) حنيفة^(٣) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في بعض أحكام الطهارة والصلاة فيما هو مخالف لمذهبنا، وأعتقد أن تقليدي له في ذلك يسعني فيما بيني وبين الله عَزَّوَجَلَّ، ويكفيني عند الله - تعالى - تقليدي لهذا الإمام رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وأعاد علينا من بركاته.

وذكر الإمام البدر الزركشي^(٤) في خادمه، في الكلام على الاقتداء

= عقله ولا تغير فهمه، يفتي مع الفقهاء ويستدرك عليهم الخطأ، ويقضي ويشهد ويحضر المواكب إلى أن مات. توفي سنة ٤٥٠ هـ. ينظر: طبقات ابن قاضي شهبة، (١/ ٢٢٦)، وطبقات الفقهاء للشيرازي، (١/ ٢٣٠).

(١) العقد الفريد للسهمودي، ص (١٤٢).

(٢) كذا في الأصل: «أبي»، والصواب: «أبا».

(٣) هو: النعمان بن ثابت، الإمام الفقيه، عالم العراق. رأى أنس بن مالك، وعامر بن الطفيل، وسهل بن سعد الساعدي من الصحابة، كان يسمى بالوتد لكثرة صلاته، توفي في السجن ببغداد سنة ١٥٠ هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي، (٦/ ٣٩٠)، وشذرات الذهب لابن العماد، (١/ ٢٣٧)، وتذكرة الحفاظ للذهبي، (١/ ١٦٨).

(٤) هو: بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، فقيه أصولي، له: البحر المحيط في الأصول، وتشنيف المسامع شرح جمع الجوامع، وشرح المنهاج للبيضاوي، والبرهان في علوم القرآن، وغيرها، توفي سنة ٧٩٤ هـ. ينظر: الدرر الكامنة لابن حجر، (٥/ ١٣٣).

بالمخالف: أن القاضي أبا عاصم العامري الحنفي^(١) كان يفتي على باب مسجد القفال، والمؤذن يؤذن المغرب، فترك ودخل المسجد، فلما رآه القفال^(٢) أمر المؤذن أن يثني الإقامة، وقدم القاضي، فتقدم وجهر بالبسملة مع القراءة، وأتى بشعار الشافعية في صلاته. انتهى^(٣).

ومعلوم أن أبا عاصم^(٤) إنما كان يصلي قبل ذلك بشعار مذهبه، فلم يمنعه علمه بمذهبه من ذلك أيضاً^(٥).

وفي قول القاضي [أبا]^(٦) الطيب: «أنا حنبلي» فائدة حسنة، وهو الانتقال: لا فرق في جوازه بين القاضي والفقهاء، من أهل [التجريح]^(٧)

(١) هو: محمد بن أحمد القاضي أبو عاصم العامري، كان قاضياً بدمشق، تفقه على القاضي أبي منصور الأزدي بهراة وعلى القاضي أبي عمر البسطامي بنيسابور وكان إماماً جليلاً حافظاً للمذهب، صنف الزيادات وزيادات الزيادات والمبسوط والهادي وأدب القاضي وطبقات الفقهاء، توفي سنة ٤٥٨ هـ، وأرخ السمعاني وفاته سنة ٤١٥ هـ. ينظر: الأنساب للسمعاني، (١١٨/٤)، الجواهر المضئية في طبقات الحنفية، (٢/٢٥٦)، سلم الوصول إلى طبقات الفحول، (٣/٩٤).

(٢) هو: أبو بكر، عبدالله بن أحمد بن عبدالله المروزي، القفال الصغير، الشافعي. من شيوخه: أبو زيد المروزي، والخليل بن أحمد. من تلاميذه: أبو علي السنجي، والقاضي حسين بن محمد. وفاته: سنة ٤١٧ هـ. ينظر: وفيات الأعيان، (٣/٤٦)، وطبقات الشافعية الكبرى، (٥/٥٣).

(٣) العقد الفريد للسهمودي، ص (١٤٢-١٤٣).

(٤) [٤/ب].

(٥) العقد الفريد للسهمودي، ص (١٤٤).

(٦) كذا في الأصل: «أبا»، والصواب: «أبي».

(٧) كذا في الأصل: «التجريح»، والصواب: «التخريج»، وهم العارفون بتخريج الفروع على الأصول والله أعلم.

أم لا، ومنه يعلم ما في اشتراط السبكي لجواز الانتقال أن يعتقد ذلك بطريق يقتضي لمثله اعتقاده.

قلت: وقد سبقه إلى ذلك تقي الدين ابن دقيق العيد^(١) كما نقله عنه السيد السمهودي في العقد الفريد^(٢)، قال الزركشي في الخادم: إن للجواز - أي: في الانتقال لتقليد إمام آخر حيث قلنا به - شروطاً ذكرها الشيخ تقي الدين في شرح العنوان^(٣):

الأول: ألا يجتمع في صورة يقع الاجتماع على بطلانها، كما إذا افتصد ومس الذكر وصلى.

الثاني: ألا يكون ما قلده فيه ينتقض فيه الحكم لو وقع به.

الثالث: انشراح صدره للتقليد المذكور، وعدم اعتقاده لكونه متلاعباً بالدين متساهلاً به، ودليل اعتبار هذا الشرط قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الإثم ما حاك في صدرك»^(٤)، فهذا تصريح بأن ما حاك

(١) هو: ابن دقيق العيد، محمد بن علي بن وهب، قاض من أكابر العلماء بالأصول، إمام مجتهد، من مصنفاته: الإمام في شرح الإمام، توفي سنة ٧٠٢ هـ. ينظر: كشف الظنون لحاجي خليفة، (١٥٨/١)، وشذرات الذهب لابن العماد، (٥/٦)، والأعلام للزركلي، (٦/٢٨٣).

(٢) هو: العقد الفريد للسمهودي، ص (١٣٣).

(٣) هو: شرح لابن دقيق العيد على عنوان الوصول، إلى علم الأصول، في أصول الفقه. ينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهاب، (٢/٢٣١)، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، (٢/١١٧٦).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب، باب تفسير البر والإثم، (٦/٨) برقم: (٢٥٥٣).

في النفس فلعله إثم، بل أقول: إن هذا شرط جميع التكاليف، وهو ألا يقدم إنسان على ما يعتقد مخالفًا لأمر الله عزَّ وجلَّ.

قال: ولا يشترط أن يكون الحكم ما يقضي به قضاء القاضي، بل إذا كان مخالفًا لظاهر النصوص بحيث يكون التأويل منكرًا، فيكفي ذلك في عدم جواز التقليد للقابل القول المخالف لذلك الظاهر. انتهى.

قلت: أما الشرط الأول فاعتباره ظاهر؛ لأن الاجتماع على بطلان ذلك مانع من صحة التقليد فيه، وبه جزم القرافي^(١)، فقال في شرح المحصول^(٢): يشترط في جواز تقليد مذهب الغير^(٣) ألا يكون موقعًا في

(١) هو: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله بن يلين الصنهاجي المصري، كان عالمًا بالفقه والأصول واللغة والأدب والتفسير وعلم المناظرة، توفي سنة ٦٨٤ هـ. ينظر: سلم الوصول إلى طبقات الفحول لحاجي خليفة، (٢٠٨/٥)، والأعلام للزركلي، (٩٤/١).

(٢) اسم الكتاب: نفائس الأصول في شرح المحصول، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤ هـ) وعبارته: «إذا قلنا بجواز الانتقال والتقليد، وهو اختيار الشيخ عز الدين، وسيف الدين - كما تقدم - وجماعة من العلماء، فمن شرطه: ألا يجمع بين المذاهب على وجه يكون خارقًا للإجماع، مثاله: ما سألني عنه بعض الناس في جواز تقليد مالك في طهارة ما خرز بشعر الخنزير؟ فقلت: يجوز؛ غير أنني أخشى عليك أن تمسح بعض رأسك، أو تترك التذلل في طهارتك، فيجتمع الإمامان على الفتيا ببطلان صلاتك، يبطلها مالك لعدم التذلل، والشافعي لنجاسة شعر الخنزير، فإذا أردت اتباع مالك في هذه المسألة، فلا توقع في صلاتك ما يقول: إنه مبطل لصلاتك، وإلا فابق على مذهب الشافعي مطلقًا. وقس على ذلك نظائره». نفائس الأصول في شرح المحصول، (٣٩٦٥/٩).

(٣) قال الماوردي: أما التقليد فهو قبول قول بغير دليل، مأخوذ من قلادة العنق، لأنه قد جعل قبول قوله كالقلادة في عنقه. ينظر: الحاوي الكبير له، (٥٢/١٦).

باب يجتمع على بطلانه إمامه الأول وإمامه الثاني؛ كمن قلد مالكا في عدم النقض بالمس الخالي عن الشهوة، فلا بد أن يدلك -أي: في الطهارة التي مس فيها- ويمسح جميع رأسه، وإلا فصلاته باطلة عند الإمامين^(١)، وقد نقل عنه الإسني^(٢) في تمهيده^(٣)، ثم قال: ومن فروع ذلك^(٤) إذا نكح بلا ولي [تقليداً]^(٥) لأبي حنيفة، أو بلا شهود [تقليداً]^(٦) لمالك، ووطئ لا يحد، ولو نكح بلا ولي ولا شهود أيضاً حُدَّ كما قاله الرافعي؛ لأن الإمامين^(٧) قد اتفقا على البطلان.

وأما الشرط الثاني: فالقاضي لا يستقل بإدراك ذلك، ولا وثوق له، إنما يقف عليه منه لتجويزه صحة ما تقدم على ذلك الحديث عند ذلك الإمام، إلا أن يفرض في مقلد وصل لهذه الرتبة أو وقفه من

(١) المراد بالإمامين: مالك، والشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٢) هو: جمال الدين أبو محمد عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسني الشافعي، فقيه أصولي شافعي، ولد بإسنا، وقدم القاهرة سنة ٧٢١هـ وانتهت إليه رئاسة الشافعية، من مصنفاته: المهمات على الروضة، والهداية إلى أوهام الكفاية، والأشباه والنظائر، ونهاية السؤل شرح منهاج الأصول، والتمهيد، والجواهر المضية، وغيرها، توفي عام: ٧٧٢هـ. ينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة، (٩٨/٣).

(٣) ينظر: التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإسني. ص (٥٢٨).

(٤) [أ/٥].

(٥) كذا في الأصل: «تقليد»، والجادة: «تقليداً».

(٦) كذا في الأصل: «تقليد»، والجادة: «تقليداً».

(٧) أبو حنيفة ومالك.

وصل إليها على ذلك، ومع هذا فقد سبق عن الغزالي^(١) أن اجتهاد القاضي في أعيان المسائل خطأ، وأن من حمله ظنه أنه يعرف في عين تلك المسألة خطأ إمامه^(٢).

وأما توسع ابن دقيق العيد بعد ذلك في الاكتفاء في عدم جواز [التقيد]^(٣) بمخالفة ذلك الحكم بظواهر النصوص وإن لم يكن فيما ينتقض فيه قضاء القاضي، فبعيد جداً، وما من مذهب إلا وهو مشتمل على مثل ذلك، ولا يخفى ما في تكليف العوام من المشقة التي لا تليق برخصة جواز التقليد لهم، وكأنه فرّعه على وجوب البحث والعمل بما يترجح عند المقلد ويميل قلبه إليه، وكذا ما تضمنه الشرط الثالث فمفرع عليه أيضاً.

وقد علمت مما سبق في الثانية أن مقتضى المنقول ترجيح خلافه، ومن فعل ما خيّر فيه شرعاً كيف يقال: إنه متلاعب في الدين متساهل فيه؟! وقوله: إن ذلك شرط جميع التكاليف؛ وهو أن يقدم إنسان على ما يعتقد مخالفًا لأمر الله عزّ وجلّ، فالحال فيما نحن فيه ولا يصل إلى

(١) هو: حجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي، الأصولي، الفقيه، الشافعي. من مؤلفاته: إحياء علوم الدين، والمستصفى من علم الأصول، توفي سنة ٥٠٥ هـ. ينظر البداية والنهاية لابن كثير، (١/ ٥٨)، وسير أعلام النبلاء للذهبي، (٣٢٣/ ١٩).

(٢) لم يذكر المؤلف هذا الكلام عن الغزالي في هذه الرسالة، فربما يشير إلى أنه أورده في بعض رسائله السابقة، والله تعالى أعلم.

(٣) في الأصل: «التقيد»، والصواب: «التقليد».

[هذه] ^(١) الحد؛ لأن المقلد للشافعي - مثلاً مع اعتقاد أنه حجة - يعتقد أن الحكم في حق الحنفي مخرج له عن عهدة التكليف، وهو ما اعتقده باجتهاده، أو تقليد [ويرى] ^(٢) أن له تقليده بناء على التخيير الراجح، وأنه متى قلده كان الحكم في حقه ذلك، فلم يقدم على ما يعتقده مخالفاً لأمر الله تعالى، بل ما يعتقد موافقته له، سيما وحديث: «أصحابي كالنجوم، بأيهم اقتديتم اهتديتم» ^(٣)، مع ما أبان لهم من تفضيل ^(٤) بعضهم على بعض ظاهر في التخيير مع ذلك، ومنشأ اختلاف الأمة هو اختلافهم كما سبق، مع اقترانه برواية البيهقي ^(٥) السابقة بقوله: «واختلاف أصحابي لكم رحمة» ^(٦).

(١) كذا في الأصل: «هذه»، والصواب: «هذا».

(٢) كذا في الأصل: «ويرى»، والصواب: «من يرى».

(٣) أخرجه الآجري في الشريعة، (٤/ ١٦٩٠)، رقم (١١٦٦)، والدارقطني في المؤتلف والمختلف، (٤/ ١٧٧٨)، وابن بطة في الإبانة، (٢/ ٥٦٤) رقم (٧٠٢)، وابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله، (٢/ ٩٢٥) رقم (١٧٦٠) وقال «هذا إسناد لا تقوم به حجة؛ لأن الحارث بن غصين مجهول».

(٤) [٥/ ب].

(٥) هو: أبو بكر، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني البيهقي، الشافعي، العلامة الحافظ، الفقيه، المحدث، شيخ خراسان، من تصانيفه: الأسماء والصفات، والاعتقاد. توفي سنة ٤٥٨ هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي، (١٨/ ١٦٣)، ووفيات الأعيان لابن خلكان، (١/ ٤٦)، وطبقات الشافعية الكبرى للسبكي، (٤/ ٢٥١).

(٦) أخرجه البيهقي في المدخل إلى السنن، (١/ ١٢٦)، وقال: «هذا حديث متنه مشهور، وأسانيده ضعيفة، لم يثبت في هذا إسناد».

وأما استدلاله على ذلك بقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الإثم ما حاك في صدرك»^(١)، فيه نظر؛ لقوله عقبه كما في صحيح مسلم: «وكرهت أن يطلع عليه الناس»^(٢)، فإنه مقيد للرواية المطلقة، قال النووي: ومعناه: حاك في صدرك أي: تحرك فيه وتردد، ولم ينشرح له الصدر، وحصل له في القلب شك وخوف كونه ذنباً^(٣). وقال غيره: المعنى: ما أثر في القلب ورسخ واستقر، أي: كونه ذنباً^(٤).

وقال التاج^(٥): هذا الجواب إنما كان يجاب به لليبب الفطن الحاذق الفهم، دون الجاهل الغليظ الطبع الضعيف الإدراك، وكان صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يخاطب الناس على قدر عقولهم^(٦). انتهى^(٧).

(١) سبق تحريجه.

(٢) سبق تحريجه.

(٣) ينظر: المنهاج شرح صحيح مسلم للنووي، (١٦ / ١١١).

(٤) ينظر: المصدر السابق.

(٥) هو: تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي.

(٦) أخرج البخاري في صحيحه، في كتاب العلم، باب من ترك: بعض الاختيار مخافة أن يقصر فهم بعض الناس عنه، عن الأسود قال: «قال لي ابن الزبير: كانت عائشة تسر إليك كثيراً، فما حدثتك في الكعبة؟ قلت: قالت لي: قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يا عائشة، لولا قومك حديث عهدهم - قال ابن الزبير بكفر - لنقضت الكعبة، فجعلت لها بابين باب يدخل الناس، وباب يخرجون». ففعله ابن الزبير»، وترجم البخاري فقال «باب من خص بالعلم قوما دون قوم كراهية ألا يفهموا، وقال علي: حدثوا الناس بما يعرفون، أتحبون أن يكذب الله ورسوله»، وأخرج مسلم عن ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قوله: «ما أنت محدثاً قوماً حديثاً لا تبلغه عقولهم إلا كان لبعضهم فتنة».

(٧) نقله الهيثمي في الفتح المبين بشرح الأربعين، ص (٤٦٥) ولم ينسبه للسبكي.

فالمقلد وإن لم ينشر صدره لما قاله غير إمامه، وهو مع العلم بالتخير وقيام الدليل عليه لا يخاف كونه ذنباً إذا قلده فيه، ولا رسخ ذلك في قلبه، بل يعتقد أن تقليده ينجيه من الإثم، وذلك لا يكره اطلاع الناس عليه؛ لاعتقاده أنه خير، بخلاف ما إذا اعتقد وجوب اتباع الأرجح عنده، أي: الذي هو خلاف المنقول الراجح.

وإن جعلنا هذا الجواب منه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمن امتاز بصفات يستدل بواسطتها على تحريم ما حاك في نفسه، كما أشار إليه اللخمي^(١)، فليس مما نحن فيه، ويبعد خطاب المقلد بمثل ذلك، إذ هو لقلّة [علمه]^(٢) إنما يجاب بتفصيل الأوامر والنواهي، والله أعلم. انتهى.

وقد عنّ لنا إيراد كلام السبكي ليعلم منه التصريح بأنه مفرع على وجوب البحث ووجوب تقليد الأعلّم، قال السيد السمهودي: ثم رأيت في فتوى التقي السبكي؛ أنه سئل عن ذلك، أي عن التقليد في

(١) هو: أبو حفص الإسكندري، عمر بن علي بن سالم اللخمي، تاج الدين الفاكهاني، المالكي. أخذ عن أبي عبد الله المازوني، وأبي عبد الله محمد بن طرخان، وأبي الحسن القرافي، وأخذ عنه عبد الله بن جديدة، وعبد الوهاب الهروي. صنف: المنهج المبين في شرح الأربعين، ورياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام، والفجر المنير في الصلاة على البشير النذير. وفاته سنة: ٧٣٤هـ. ينظر: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، (٢/ ٨٠)، وذيل التقييد في رواية السنن والأسانيد، (٢/ ٢٤٧)، وشجرة النور لمخلوف، (١/ ٢٣٧).

(٢) في الأصل «عمله»، والصواب ما أثبت.

ضمن مسائل متعددة- فقال: وأما المسألة الخامسة فالمقلد لمذهب الشافعي أو غيره^(١) من الأئمة إذا أراد أن يقلد غيره في مسألة فله أحوال: أحدها: أن يعتقد بحسب حاله رجحان مذهب ذلك الغير في تلك المسألة فيجوز، اتباعاً للرأى في ظنه.

الثانية: أن يعتقد رجحان مذهب إمامه، أو لا يعتقد [رجحان]^(٢) أصلاً، ولكن في كلا الأمرين -أعني: اعتقاد رجحان مذهب إمامه وعدم اعتقاد الرجحان أصلاً- يقصد تقليده احتياطاً لدينه وما أشبه ذلك، وهو جائز أيضاً، وكذا الحيلة إذا قصد بها الخلاص من الربا؛ [بيع اللحم بالدرهم]^(٣) و [شراء الخبث]^(٤) فليس بحرام ولا مكروه، بخلاف الحيلة على غير هذا الوجه، بحيث يحكم بكرهاتها.

(١) [٦/أ].

(٢) كذا في الأصل «رجحان»، والصواب: «رجحاناً».

(٣) كذا في الأصل: «بيع اللحم بالدرهم»، والصواب «بيع الجمع بالدرهم»، والمثبت من فتاوى السبكي، (١٤٧/١).

وأما بيع الجمع بالدرهم فقد أخرج الشيخان في الصحيحين عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استعمل رجلاً على خيبر، فجاءه بتمر جنيب، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أكل تمر خيبر هكذا؟»، قال: لا والله يا رسول الله إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تفعل، بع الجمع بالدرهم، ثم ابتع بالدرهم جنياً». صحيح البخاري، (٧٧/٣)، برقم: (٢٢٠١)، صحيح مسلم، (٤٧/٥)، برقم: (٤٠٨٨).

(٤) كذا في الأصل «و شراء الخبث»، وكتب أمامها في الحاشية: «لعله: الحب»، والصحيح: «الجنيب». ويشهد له تنمة الحديث: «ثم ابتع بالدرهم جنياً»، والجنيب: نوع من أنواع التمر، وهو أجوده، والمثبت من فتاوى السبكي، (١٤٧/١).

الثالثة: أن يقصد بتقليده الرخصة فيما هو محتاج إليه لحاجة حاقّة لحقته، أو لضرورة أرهاقته، فيجوز أيضًا، إلا أن يعتقد رجحان إمامه ويعتقد تقليد الأعلام فيمتنع، وهو صعب، والأولى الجواز.

الرابعة: ألا تدعو إلى ذلك ضرورة ولا حاجة، بل مجرد قصد الترخّص من غير أن يغلب على ظنه رجحانه فيمتنع؛ لأنه حينئذ متبع لهواه لا للدين. انتهى^(١).

قال السيد السمهودي: ما قاله في الحالة الثالثة من الجواز إلا أن يعتقد رجحان إمامه ويعتقد تقليد الأعلام فيمتنع، وأن ذلك صعب، والأولى الجواز، فظاهر من طريق الأولى في أنه لو اعتقد رجحان إمامه لكن لم يعتقد تعين تقليد الأعلام، بل التخيير كما سبق أنه المعتمد، لم يمتنع التقليد عليه جزمًا، فمنعه له في الرابعة، فجعله من اتباع الهوى حيث لم يغلب على ظنه رجحانه، ولم تدعه إليه حاجة، إنما هو جارٍ على رأي من أوجب تقليد الأرجح، أما من خيّر ابتداءً ودوامًا فليس هذا عنده من اتباع الهوى وترك الدين، وإنما يكون كذلك لو فعله من غير تقليد؛ إذ كفه عنه حتى قلّد القائل بجوازه عملاً منه بمقتضى الدين كما سبق^(٢). نعم، الورع والاحتياط يرجح ما قاله. انتهى.

(١) ينظر: فتاوى السبكي، (١/١٤٧)، ونقله عنه الزركشي في البحر المحیط، (٨/٣٧٩) ولم يصرح باسم السبكي.

(٢) [٦/ب].

وقال السيد السمهودي أيضًا: وفي الخادم^(١): سئل بعض المتأخرين - يعني التقي السبكي - عن شافعي حضر عقد نكاح مخالف مذهب الشافعي، و[ويخالف]^(٢) غيره، هل له أن يقلد ذلك المذهب ويشهد؟ فأجاب: له أن يشهد بجريان النكاح بين الولي والزوج، سواء قلد ذلك المذهب أم لا إذا طلبت منه الشهادة به، وإن أراد أن يشهد بالزوجة فلا يجوز إلا أن يقلد ذلك المذهب، وكذا لا يجوز أن [يثبت]^(٣) في العقد المذكور ويتعاطى ما يعين عليه، إلا أن يقلد ذلك المذهب، وإنما يجوز بغير تقليد الشهادة بجريان العقد، إذا اتفق حضوره وطلب منه الأداء فلا يمتنع. انتهى. وقد رأيت ذلك في فتاوى السبكي^(٤). انتهى ما قاله السمهودي^(٥).

قلت: فظهر بذلك أن السبكي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى مصرح بتفريع ما ذكره على وجوب البحث عن الأعلم وتقليده، وقد علمت ضعفه، وأن الراجح عدم وجوب البحث وعدم تعين الأعلم، فما أطلقه شيخنا في

(١) سبق التعريف به.

(٢) كذا في الأصل «ويخالف»، والصواب: «يوافق».

(٣) كذا في الأصل، ولعل الصواب: «يتسبب».

(٤) ينظر: الفتاوى الكبرى للسبكي، (٢/ ٤٧٥)، ونقله عنه الزركشي في البحر المحیط، (٨/ ٣٧٩) ولم يصرح باسم السبكي.

(٥) هو: العقد الفريد للسمهودي، ص (١٧٥).

عبابه^(١) في النقل عن السبكي دليل على عدم استحضاره [ولتمة]^(٢) كلامه، ولهذا حذفه الشيخ زكريا^(٣) في عماد الرضا^(٤)، وعبارته: مسألة: لو حضر شافعي اتفاق عقد النكاح على خلاف مذهبه، كعقد حنفي على صغيرة أذنت له فيه، ولا أب لها ولا جد، جاز له أن يشهد بجريان عقد النكاح بين المتعاقدين، ولا يجوز أن يشهد بالزوجية، ولا أن يحضر العقد المذكور، إلا أن يقلد ذلك المذهب. انتهى كلام الشيخ زكريا^(٥).

وحذفه أيضاً في الخادم كما مر.

وبالجملة فقد بان لك ما ذكره ابن دقيق العيد والسبكي من فروع المرجوح، وهو وجوب البحث وتعين الأعلم، وكل ما رأيت عن أحد من العلماء مما يخالف ما ذكرناه وحققناه فاعلم أن سبب ذلك اختلاط

(١) هو: العباب المحيط بمعظم نصوص الشافعي والأصحاب، تأليف: الإمام القاضي الفقيه المحقق صفى الدين أبي السرور أحمد بن عمر بن محمد المزجد الزبيدي الشافعي (٨٤٧ - ٩٣٠ هـ).

(٢) كذا في الأصل: «ولتمة»، والصواب: «لتمة»، ولا وجه لزيادة حرف الواو.

(٣) هو: أبو يحيى زين الدين، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري السنيكي المصري، شافعي المذهب، قاض مفسر، من حفاظ الحديث، وأخذ عن أحمد الدمياطي، والكافياجي، وغيرهم، ومن أخذ عنه ابن حجر الهيتمي، وله عدة مصنفات منها: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، وتحفة نجباء العصر. توفي عام ٩٢٦ هـ. ينظر: شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي، (١٠/ ١٨٦)، والنور السافر للعيدروس، ص (١١٢)، والكواكب السائرة للغزي، (١/ ١٩٨)، والأعلام للزركلي، (٣/ ٤٦).

(٤) كتاب عماد الرضى ببيان أدب القضا، لزكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري.

(٥) ينظر: حاشية الجمل على شرح المنهج، (٥/ ٣٧٨).

الطرق عليه، بل اقضِ على كل^(١) من خالف ما ذكرناه وحققناه أنه لم تتحرر له هذه المسألة كل التحرر، ولا أعطاهما حقها من التأمل، ولم يهتد إلى معرفة مأخذها ومدرَكها، وبحق قل: كم ترك الأول للآخر، والله عَزَّوَجَلَّ أعلم.

ونقل السيد السمهودي في العقد الفريد^(٢) عن فتاوى القاضي الحسين: عامي شافعي لمس امرأة وصلى ولم يتوضأ، وقال: عند بعض الناس الطهارة بحالها، لا تصح صلاته^(٣).

[قاله]^(٤) السيد السمهودي: قلت: أما عمله على مذهب الغير مع بقاءه على تقليد الشافعي في تلك الواقعة فلا سبيل إليه، وأما مع تقليد الغير فيها فهو مفرع على ما سبق مع اشتراط من يتبع الرخص على رأي من منعه، وظاهره ما قاله القاضي أنه يرى إيجاب البحث عن الأرجح عند التقليد، فلذلك فرع عليه ما قاله. انتهى^(٥).

وقال محقق الحنفية الكمال بن الهمام^(٦) في شرح الهداية كما نقله عنه السيد السمهودي في العقد الفريد ما لفظه: إن أخذ العامي بما يقع في

(١) [٧/أ].

(٢) سبق التعريف به.

(٣) ينظر: فتاوى القاضي الحسين، ص (٨١).

(٤) كذا في الأصل: «قاله»، والصواب: «قال»، وبه يستقيم المعنى، والله أعلم.

(٥) هو: العقد الفريد للسمهودي، ص (١٢١).

(٦) هو: محمد بن عبد الواحد، المعروف بابن الهمام، كمال الدين، عالم في الفقه والأصول والتفسير والفرائض، من تصانيفه: شرح الهداية واسمه فتح القدير، والمسيرة في العقائد المنجية في الآخرة، وغيره، توفي سنة ٨٦١ هـ. ينظر: معجم =

قلبه أنه أصوب أولى، قال: وعلى هذا إذا استفتى مجتهدين فاختلفا عليه، الأولى أن يأخذ بما يميل إليه قلبه منهما، وعندى: لو أخذ بقول الذي لا يميل إليه جاز؛ لأن ميله وعدمه سواء، والواجب عليه تقليد مجتهد، وقد فعل. انتهى^(١).

وفي فتاوى الشرف [البارزى]^(٢) في مسألة من حاضت قبل طواف الركن؛ أنه يجوز تقليد كل واحد من الأئمة الأربعة، ويجوز لكل واحد أن يقلد واحداً منهم في مسألة، ويقلد إماماً آخر منهم في مسألة أخرى، ولا يتعين عليه تقليد إمام واحد في جميع المسائل. انتهى^(٣).

ولله در محقق الحنفية باليمن، وهو العلامة أبو القاسم بن عبد العليم القرتبي^(٤) رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، حيث يقول ما لفظه: اعلم وفقك الله

= المؤلفين لعمر كحالة، (١/ ٢٦٤)، وشذرات الذهب لابن العماد، (٧/ ٢٩٨)، والفوائد البهية للكنوي، (١/ ١٨٠)، والأعلام للزركلي، (٦/ ٢٥٥).

(١) ينظر: فتح القدير، (٧/ ٢٥٧) ولفظه: «والعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم وخطئه، وعلى هذا إذا استفتى فقيهين: أعني مجتهدين فاختلفا عليه الأولى أن يأخذ بما يميل إليه قلبه منهما. وعندى أنه لو أخذ بقول الذي لا يميل إليه قلبه جاز لأن ميله وعدمه سواء، والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ».

(٢) غير واضحة في الأصل، والإثبات من العقد الفريد للسهمودي.

(٣) هو: العقد الفريد للسهمودي، ص (١٢٠).

(٤) هو: العلامة عبد العليم بن عثمان وقيل شرف الدين بن عبد العليم بن أبي القاسم بن عثمان القرتبي الحنفى المؤرخ، من تصانيفه: قلائد عقود الدرر والعقيان في مناقب الإمام أبي حنيفة النعمان. توفي بعد سنة ٩٧٤ هـ. ينظر: معجم المؤلفين لعمر كحالة، (٤/ ٢٩٧).

تعالى وإيانا للصواب، ورزقك فهم الخطاب^(١) أن اجتماع الأئمة الأربعة نعمة، واختلافهم رحمة، فمن زعم خلاف ذلك فقد خالف الأمة، وقال الله تعالى: ﴿وَأَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا﴾^(٢)، وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تجتمع أمتي على الضلالة»^(٣)، فمن اعتقد عدم صحة صلاة مَنْ خالفه في مذهبه، وعدم جواز الاقتداء، فقد خالف ما أجمع عليه السلف الماضون من الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ؛ لما فيه من تفريق المسلمين، وإيقاع العداوة والبغضاء بينهم، وليس من سمة هذه الأمة ذلك، والله العاصم. والحجة القاطعة في إبطال هذا الاعتقاد والمقال قوله تعالى: ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ لَيْسَتِ النَّصْرَى عَلَى شَيْءٍ وَقَالَتِ النَّصْرَى لَيْسَتِ الْيَهُودُ عَلَى شَيْءٍ وَهُمْ يَتْلُونَ الْكِتَابَ كَذَلِكَ قَالَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ مِثْلَ قَوْلِهِمْ فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَمَةِ فِيمَا كَانُوا فِيهِ يَخْتَلِفُونَ﴾^(٤)، فمن قال: ليست الحنفية، أو: ليست الشافعية على شيء، فقد قال مثل قول اليهود

(١) [٧/ب].

(٢) [آل عمران: ١٠٣].

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه، أبواب الفتن، باب السواد الأعظم، (٩٦/٥) برقم (٣٩٥٠)، والترمذي في سننه، كتاب الفتن، باب في لزوم الجماعة، (٣٢٢/٦)، برقم (٢٢٥٥)، وللحديث شواهد عند الحاكم في المستدرک، (١١٥/١)، وعند أحمد في المسند، (١٤٥/٥) وعند الدارمي في السنن، (٢٩/١) وعند أبي داود في السنن، (٤٥٢/٤)، وذكره السيوطي في الجامع الصغير (١٨١٨) وقال: «حديث حسن»، وصححه الألباني في الجامع الصغير (١٨٤٤)، قال ابن حزم في الإحكام: (١٣١/٤): «إن لم يصح لفظه ولا سنده فمعناه صحيح» أ.هـ وقال السخاوي في المقاصد الحسنة، (٧١٦/١) بعد كلام طويل: «وبالجملة فهو حديث مشهور المتن ذو أسانيد كثيرة وشواهد متعددة».

(٤) البقرة: ١١٣.

والنصارى، وقد وصفه الله تعالى أنه لا يعلم، ولم يُنقل عن واحد من الصحابة مثل هذا القول، والامتناع عن الصلاة خلف صاحبه، مع كثرة اختلافهم في الفروعيات، وكان يرى بعضهم وجوب قراءة الفاتحة من الفرض، وبعضهم لا يرى ذلك، وبعضهم يرى القراءة خلف الإمام [مبطل] ^(١) للصلاة، وبعضهم يرى وجوبها على المقتدي، ومع هذا ما كانوا يقولون: ليس فلان على شيء، لا يجوز الصلاة خلفه، ونحو ذلك. بل كانوا يسوغون الاجتهاد، ولا ينكر بعضهم على بعض.

ثم اعلم أن القول بخلاف ذلك تعصب محض، وحمالة جهالة وسفاهة وبطالة ليس لقائله عليه دليل، ولا له إليه سبيل، والله حسبنا ونعم الوكيل، والله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَم. انتهى كلام محقق الحنفية المذكور.

تنبيه: تقدم في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه لا يقبل ^(٢) شهادة القانع ^(٣) لأهل البيت، فلنورد ما ذكره أصحابنا ^(٤) رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى فيما يتعلق بشهادة القانع لأهل البيت:

(١) كذا في الأصل: «مبطل»، والصواب: «مبطلاً».

(٢) [أ/٨].

(٣) المراد به: من كان في نفقة أحد كالخادم والتابع. ينظر: عون المعبود لشمس الحق العظيم آبادي، (٧/١٠)، وجاء في النجم الوهاج في شرح المنهاج للدميري، (١٠/٣٢٠) هو الذي ينقطع عن مكاسبه ويلتجئ إلى أهل بيت يؤاكلهم، ويرمي عن قوسهم.

(٤) الأصحاب: هم أصحاب الشافعي، المنتسبون إلى مذهبه، يخرجون الآراء الفقهية على أصوله، ويستنبطونها من قواعده، ويجهدون في بعضها وإن لم يأخذوه من أصله. ينظر: المجموع للنووي مع تكملة السبكي والمطيعي، (١/٣٩)، وطبقات السبكي، (٢/١٠٤).

قال الأذرعى في قوته^(١): ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت، والقانع: من ينفق عليه أهل البيت، ذكره صاحب [الإمام]^(٢)، ولفظه: وردَّ شهادة القانع لأهل البيت، وأجازها لغيرهم، ورواه أبو داود من حديث عائشة^(٣). وهذا إن ثبت وجب اتباعه، ولا مدفع له. انتهى كلام الأذرعى.

وعبارة شيخنا العلامة صفى الدين أحمد بن عمر المزجد في عبابه^(٤): فرع: هل تقبل شهادة القانع لأهل البيت، وهو هنا: المنقطع إليهم، يؤاكلهم ويرمي عن قوسهم؟ وجهان؛ وجه المنع عدم مروءته، ومقتضى هذا أن يراد لغيرهم. انتهى.

وعبارة العلامة حمزة بن عبد الله الناشرى^(٥) في مجموعه: مسألة: قال القاضي: القانع بأهل البيت لا تقبل شهادته، وهو الذي ينقطع عن مكاسبه ويلتجئ إلى أهل البيت، يؤاكلهم ويرمي عن قوسهم؛

(١) قوت المحتاج، (١١/٥٨٩).

(٢) في الأصل: «الإمام»، وكتب أمامها في حاشية الأصل: «لعله: الأم»، ولم أقف عليه في الأم، والصواب: «الإمام». ينظر: قوت المحتاج، (١١/٥٨٩).

(٣) رواه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب من ترد شهادته، (٥/٤٥٢) رقم (٣٦٠٠) وقال: (حديث حسن).

ينظر: الإمام بأحاديث الأحكام، (٢/٨٠٩).

(٤) سبق التعريف به.

(٥) هو: القاضي جمال الدين محمد بن الطيب بن أحمد بن أبي بكر الناشرى اليمنى الشافعى، المتوفى سنة ٨٧٤هـ. ينظر: إيضاح المكنون للبغدادى، (٣/١٥٥).

لسقوط مروءته. قال القمولي^(١): هذا المعنى يقتضي ألا تقبل شهادته لغيرهم. انتهى. وهي مسألة حسنة. انتهى.
وبمنع شهادة القانع لأهل البيت أفتيت، والله عز وجل أعلم، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

تكميل: في فتاوى الشيخ زكريا ما لفظه: أنه سئل عن شخص مقلد للإمام الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أصابته نجاسة كلبية في بدنه أو ثيابه أول الشهر، فغسلها على مقتضى مذهبه سبعاً إحداهن بالتراب، ثم أصابته في بدنه أو ثيابه آخر الشهر، وعسر عليه غسلها لذلك، فهل يجوز له تقليد من يرى عدم وجوب هذا الغسل أو لا؟ لأن ما التزمه وعمل به في الصلاة أول الشهر يمنع به غير هذا الغسل آخر الشهر. وإذا قلتم بالأول، فما معنى قول الإسني في آخر شرحه لمنهاج البيضاوي: إنه إذا قلد [مجتهد]^(٢) في مسألة، فليس له تقليد^(٣) غيره فيها اتفاقاً، ويجوز ذلك في حكم آخر على المختار، فلو التزم مذهباً معيناً كالطائفة الشافعية والحنفية، ففي الرجوع إلى غيره من المذاهب ثلاثة أقوال؛ ثالثها: بجواز الرجوع فيما لم يعمل به، ولا يجوز في غيره. هل معناه

(١) هو: أحمد بن محمد بن مكي بن ياسين القمولي، من مصنفاته: البحر المحيط في شرح الوسيط للغزالي، ثم لخص أحكامه كتلخيص الروضة من الرافعي في كتاب سماه: جواهر البحر في فروع الفقه الشافعي. توفي سنة: ٧٢٧ هـ ينظر: طبقات السبكي، (٣٠ / ٩)، وطبقات ابن قاضي شهبة، (٢ / ٢٥٤).

(٢) كذا في الأصل: «مجتهد»، والصواب: «مجتهداً».

(٣) [٨ / ب].

امتناع التقليد فيما تقدم في السؤال عنه أم لا؟ وما الراجح من الأقوال الثلاثة؟

وكذلك الجلال المحلي^(١) في شرح جمع الجوامع^(٢): وإذا عمل [العامل]^(٣) بقول مجتهد في حادثة، فليس له الرجوع عنه إلى غيره في مثلها؛ لأنه قد التزم ذلك القول بالعمل به... إلى أن قال: والأصح جوازه، أي: الرجوع إلى غيره في حكم آخر... إلى أن قال: والأصح أنه يجب على العامي وغيره ممن لم يبلغ رتبة الاجتهاد التزام مذهب معين. ثم قال: وفي خروجه عنه أقوال ثلاثة؛ ثالثها: لا يجوز في بعض المسائل، ويجوز في بعض توسطًا بين القولين، والجواز فيما عمل به أخذًا مما تقدم في عمل غير المتلزم، فإنه إذا لم يحز له الرجوع؛ قال ابن الحاجب^(٤)

(١) هو محمد بن أحمد المحلي، جلال الدين، الإمام المحقق الفقيه العلامة، الشافعي المصري، كان إمامًا علامة متبحرًا في العلوم، بارعًا في الفقه والأصول والعربية وعلم المعاني والبيان، أفتى ودرّس عدة سنين، وله عدة مصنفات، ولم يكمل بعضها، ورشح لقضاء الديار المصرية غير مرة، توفي عام ٨٦٤هـ. ينظر: النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة لأبي المحاسن الحنفى، (٢٠٩/١٦)، وطبقات المفسرين للداودي، (٨٤/٢)، والبدر الطالع للشوكاني، (١١٥/٢)، والضوء اللامع لأهل القرن التاسع للسخاوي، (٤١/٧).

(٢) ينظر: شرح جمع الجوامع للمحلي، (٤٣٩/٢).

(٣) كذا في الأصل: «العامل»، والصواب: «العامي».

(٤) هو: الشيخ الإمام العلامة المقرئ، الأصولي، الفقيه المالكي، النحوي، أبو عمرو، عثمان بن عمر بن أبي بكر، من مصنفاته: جامع الأمهات في الفقه المالكي، ومنتهى السؤل والأمل في الأصول، توفي بالإسكندرية سنة ٦٤٦هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي، (٢٦٥/٢٣)، والأعلام للزركلي، (٢١١/٤).

كالآمدي^(١): اتفاقاً، فالملتزم أولى بذلك، وقد حكينا فيه الجواز، فيقيد بما قلنا. انتهى^(٢).

وإذا قلتُم بالثاني، فما معنى قول [الترمذي]^(٣): لا يشترط أن يكون للمجتهد مذهب مدون، وإذا دُونت المذاهب فالأصح أنه يجوز للمقلد أن ينتقل من مذهب إلى آخر، كما لو قلد في القبلة هذا أياماً وهذا أياماً، فأجاب الشيخ زكريا رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى بأنه يجوز له التقليد في المسئول عنه؛ لأنها حادثة أخرى، والممنوع منه إنما هو التقليد في تلك الحادثة بعينها بعد العمل، كما صرح به جمعٌ، وإن كان^(٤) الجلال المحلي قد يشعر بخلافه، وذلك كأن أفتاه مفتٍ بأن زوجته وقع عليها طلاق معلق بشيء، فقلده وعمل بمقتضاه؛ كأن تزوج أختها، ثم أفتاه آخر [بعد]^(٥) وقوع طلاقها، فليس له الرجوع عن ذلك بأن يردها ويبطل تزوج أختها.

(١) هو: أبو الحسن علي بن محمد، التغلبي، سيف الدين الآمدي، الحنبلي، ثم الشافعي، العلامة المصنف، له كتاب الأحكام في الأصول، وأبكار الأفكار في الكلام، توفي سنة ٦٣١ هـ، ينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي، (٣٦٤ / ٢٢)، والأعلام للزركلي، (٣٣٢ / ٤)، وهدية العارفين للبغداد، (٧٠٧ / ١).

(٢) ينظر: شرح جمع الجوامع للمحلي، (٤٣٩ / ٢).

(٣) كذا في الأصل: «الترمذي» والصواب: «الدميري».

(٤) بعدها في فتاوى الشيخ زكريا: «كلام»، وهو الصواب.

(٥) في الأصل: «بعد»، والصواب: «بعدم»، وبه يستقيم المعنى، والله تعالى أعلم.

والأصح المختار في الأقوال الثلاثة التي حكاها الإسنوي وغيره في الملتزم مذهباً: الثالث، لكن الجواز مقيد^(١) بغير ما عمل، أخذاً مما مر، حتى إذا التزم مذهباً وعمل به في حادثة لا يجوز له الرجوع عنه في تلك الحادثة، وبهذا يقيد كلام [الترمذي]^(٢) وغيره ممن ذكر المسألة؛ كالرافعي وغيره، وقد قالوا: قلد مجتهداً في مسألة، وآخر في أخرى، فالذي يقتضيه فعل الأولين الجواز، لكن الأصوليين منعوا منه للمصلحة، والله أعلم. انتهى جواب الشيخ زكريا رَحْمَةُ اللَّهِ^(٣).

وقد سُئِلت في ضمن مسائل عما صورته: هل يجوز للذي يجب عليه إخراج الزكاة أن ينقل الزكاة إلى غير بلد المال، [خشي]^(٤) أنه إذا فرقها في البلد ظهر ذلك للظلمة وأن يَسْأَلُوا أو يقولوا: من أين هذا المال؟ أم لا؟ وهل يجوز له صرفها إلى واحد من آحاد صنف من الأصناف إذا كان مجموع الزكاة - أعني: ما يجب إخراجها في الزكاة - من هذا المال دون كفاية هذا الوجه الذي يعطى زكاة هذا المال، أو لا بد من تفريقها إلى ثلاثة من كل صنف من الموجودين المستحقين؟

(١) [أ/٩].

(٢) كذا في الأصل: «الترمذي» والصواب: «الدميري».

(٣) ينظر: فتاوى الشيخ زكريا الأنصاري، ص (٢٥).

(٤) كذا في الأصل: «خشي»، والصواب: «خشية».

وإذا قلت: يجوز صرفها إلى واحد من آحاد الصنف - على ما أفتى به الروياني^(١) والفقيه أحمد بن موسى عجيل^(٢) رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى ومقتضى مذهب الإمام أبو^(٣) حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ - عند هذه الضرورة، وهل يجوز للمستحق أخذها إذا تحقق أنها صرفت إليه خاصة لأمانته، أو لا يجوز له أن يقبض إلا ما يجوز له أن ينصرف إلى واحد من أحد الأصناف الذين يجوز صرف الزكاة إليهم؟ فإذا قلت: يجوز، فلا بأس، وإذا قلت: لا يجوز، وكان من طلبة العلم الذين لا يجدون من يعينهم على طلب العلم، فهل يجوز له أخذ ذلك وهو يعلم الحال أم لا؟ وإذا قلت: يجوز، فهل ظاهراً وباطناً أو لا؟ أفتونا.

فأجبت بما صورته: وأما نقل الزكاة فإن كان الناقل هو القاضي، وكانت داخلية في ولايته بأن لم يقيم الإمام ساعياً، جاز النقل، أفاده السيد السمهودي في فتاويه؛ لأنه بمثابة الإمام في ذلك، وإن كان^(٤)

(١) هو: عبد الواحد بن إسماعيل الروياني، أبو المحاسن، الطبري الشافعي القاضي العلامة، فخر الإسلام، شيخ الشافعية، من آثاره: بحر المذهب، وحلية المؤمن في الفروع، توفي قتيلاً سنة ٥٠١ هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي، (١٩/ ٢٦٠)، وهدية العارفين للبغدادي، (١/ ٦٣٤)، وإيضاح المكنون للبغدادي، (٢/ ١٣٠).

(٢) هو: أحمد بن موسى بن علي بن عجيل اليميني الذوالي، وذوال ناحية على نصف يوم من زبيد، إمام عالم عامل زاهد عارف، توفي ٦٨٤ هـ. ينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهاب، (٢/ ١٦٩).

(٣) كذا في الأصل، والصواب: «أبي».

(٤) [٩/ ب].

الناقل غير الإمام والقاضي، فالمذهب عدم جواز النقل. ويجوز الصرف إلى الأصناف الثمانية وإن اشتمل على عسر في بعض المواضع، والتخلص من هذا العسر حاصل بالخلط وإن لم يجد، ومن اختار الإفتاء بخلاف ذلك وهو مجتهد فقد راعى المشقة المذكورة، ويجوز تقليده في ذلك العمل، فمن قلد من العوام من أفتى بجواز الصرف إلى ثلاثة أو واحد أجزأه.

قال السيد السمهودي: وقد كنت أرى شيخنا العارف بالله تعالى أبا المناقب شهاب الدين [الأيسي] ^(١) يأمر من استفتاه من العوام - وإن كان المستفتي شافعيًا - بتقليد غير الشافعي، كنيّة تكرار اللبس للمحرم حذرًا من مشقة تكرار الفدية، وليس هذا من تتبع الرخص في المذهب في شيء، بل هو لاجتناب تلك المشقة.

وفي فتاوى السبكي ما يشير إلى ذلك كما بسطناه في العقد الفريد، ومن هنا أشار إليه الإمام ابن عجيل، والله عَزَّوَجَلَّ أعلم. انتهى ^(٢).

ويتجه جواز النقل للمعنى الذي أشار إليه السائل، وينبغي أن يلحظ التقليد لمن يراه، وهو واسع سائغ كما تقدم، وقد أتينا بما فيه كفاية للسائل، فليتأمل الجواب حق التأمل، فلا يبد إن شاء الله تعالى عنه شيء من مراده، والله عَزَّوَجَلَّ أعلم، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

(١) كذا في الأصل «الأيسي»، والصواب: «الإبيسي»، كما في العقد الفريد.

(٢) ينظر: العقد الفريد للسمهودي، ص (١١٤).

المصادر والمراجع

١. الإبانة عن شريعة الفرقة الناجية ومجانبة الفرق المذمومة، أبو عبدالله عبيدالله بن محمد بن بطه العكبري الحنبلي، تحقيق: د. عثمان عبدالله آدم الأثيوبي، دار الراية، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤١٨هـ.
٢. الإحكام في أصول الأحكام، علي بن أحمد بن حزم الأندلسي أبو محمد، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ.
٣. إرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير، (ت: ١١٨٢هـ)، تحقيق: صلاح الدين مقبول أحمد، الدار السلفية، الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
٤. إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين للدمياطي، وهو حاشية على فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين، أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي، (ت: ١٣١٠هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٥. الأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (ت: ١٣٩٦هـ) دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشرة، ٢٠٠٢م.
٦. إنباء الغمر بأبناء العمر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، تحقيق: د. حسن حبشي، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، لجنة إحياء التراث الإسلامي، مصر، ١٣٨٩هـ-١٩٦٩م.
٧. إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون، إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم الباباني البغدادي، (ت: ١٣٩٩هـ)، عنى بتصحيحه وطبعه على

نسخة محمد شرف الدين بالتقيا رئيس أمور الدين، والمعلم رفعت بيلكه الكليسي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

٨. بداية المحتاج في شرح المنهاج، بدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي ابن قاضي شهبة (٧٩٨ - ٨٧٤هـ)، عنى به: أنور بن أبي بكر الشيعي الداغستاني، بمساهمة: اللجنة العلمية بمركز دار المنهاج للدراسات والتحقيق العلمي، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.

٩. البداية والنهاية، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، (ت: ٧٧٤هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

١٠. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، (ت: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

١١. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ)، دار المعرفة، بيروت.

١٢. البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، (ت: ٤٧٨هـ)، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

١٣. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي، (ت: ١٢٠٥هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.

١٤. تاريخ بغداد، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي، (ت: ٤٦٣هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
١٥. تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي، أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري (ت: ١٣٥٣هـ).
١٦. تذكرة الحفاظ، أطراف أحاديث كتاب المجروحين لابن حبان، أبو الفضل محمد بن طاهر بن علي بن أحمد المقدسي الشيباني، المعروف بابن القيسراني، (ت: ٥٠٧هـ)، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
١٧. ترتيب المدارك وتقريب المسالك، أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (ت: ٥٤٤هـ)، تحقيق: ابن تاويت الطنجي، وعبد القادر الصحراوي، ومحمد بن شريفة، وسعيد أحمد أعراب، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، الطبعة الأولى.
١٨. التوقيف على مهمات التعاريف، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري، (ت: ١٠٣١هـ)، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.
١٩. التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، (ت: ٨١٦هـ)، ضبطه وصححه: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
٢٠. تقريب التهذيب، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، (ت: ٨٥٢هـ)، تحقيق: محمد عوامة، دار الرشيد، سوريا، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

٢١. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، (ت: ٨٥٢هـ)، تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.

٢٢. التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين، (ت: ٧٧٢هـ)، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٠هـ.

٢٣. تهذيب التهذيب، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، (ت: ٨٥٢هـ)، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، الطبعة الأولى، ١٣٢٦هـ.

٢٤. تهذيب الكمال في أسماء الرجال، يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف، أبو الحجاج، جمال الدين ابن الزكي أبي محمد القضاعي الكلبي المزي، (ت: ٧٤٢هـ)، تحقيق: د. بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.

٢٥. توضيح الأفكار لمعاني تنقيح الأنظار، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير، (ت: ١١٨٢هـ)، تحقيق: أبو عبد الرحمن صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

٢٦. جامع بيان العلم وفضله، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، (ت: ٤٦٣هـ)، تحقيق: أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

٢٧. الجرح والتعديل، أبو محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن المنذر التميمي، الحنظلي، الرازي ابن أبي حاتم، (ت: ٣٢٧هـ)، طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، بحيدر آباد الدكن، الهند، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٢٧١هـ-١٩٥٢م.
٢٨. جواهر الأكليل شرح مختصر خليل، الشيخ صال عبدالسميع الأبى الأزهرى، طبعة: دار إحياء الكتب العربية، مصطفى البابي الحلبي.
٢٩. حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي (ت: ١٢٥٠هـ)، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٣٠. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، (ت: ٤٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
٣١. الحاوي للفتاوي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٣٢. الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، مراقبة: محمد عبد المعيد خان، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدرآباد، الهند، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م.
٣٣. رفع الإصر عن قضاة مصر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، تحقيق: الدكتور علي محمد عمر، مكتبة الخانجي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

٣٤. سلم الوصول إلى طبقات الفحول، مصطفى بن عبد الله القسطنطيني
العثماني المعروف بـ «حاجي خليفة» (المتوفى ١٠٦٧هـ)، تحقيق: محمود
عبد القادر الأرناؤوط، إشراف وتقديم: أكمل الدين إحسان أوغلي،
تدقيق: صالح سعداوي صالح، مكتبة إرسىكا، إستانبول، تركيا،
٢٠١٠م.

٣٥. السناء الباهر بتكميل النور السافر في أخبار القرن العاشر، السيد محمد
الشلي اليمني، تحقيق: إبراهيم بن أحمد المقحفى، مكتبة الإرشاد في
اليمن، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

٣٦. سنن ابن ماجه، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، (ت:
٢٧٣هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.

٣٧. سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن
شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، (ت: ٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد محيي
الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.

٣٨. سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك،
الترمذي، أبو عيسى، (ت: ٢٧٩هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر للجزء
الأول والثاني، ومحمد فؤاد عبد الباقي للجزء الثالث، وإبراهيم عطوة
عوض المدرس في الأزهر الشريف للجزء الرابع والخامس، شركة مكتبة
ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.

٣٩. سنن الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود
بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، (ت: ٣٨٥هـ)، تحقيق: شعيب
الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم،
مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.

٤٠. سنن الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن
عبد الصمد الدارمي، التميمي السمرقندي، (ت: ٢٥٥هـ)، تحقيق:

- حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ-٢٠٠٠م.
٤١. السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، أبو بكر البيهقي، (ت: ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٤٢. سير أعلام النبلاء، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، (ت: ٧٤٨هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٤٣. شذرات الذهب في أخبار من ذهب، عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الحنبلي، أبو الفلاح، (ت: ١٠٨٩هـ)، حققه: محمود الأرنؤوط، خرج أحاديثه: عبد القادر الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
٤٤. شرح المحلي على جمع الجوامع، ومعه حاشية العطار، الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٤٥. شرح النووي على صحيح مسلم، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، (ت: ٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ.
٤٦. الشريعة، أبو بكر محمد بن الحسين بن عبد الله الآجُرِّي البغدادي (ت: ٣٦٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عمر بن سليمان الدميحي، دار الوطن، الرياض، السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.

٤٧. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، (ت: ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
٤٨. صحيح البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم البخاري محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٤٩. صحيح الجامع الصغير وزيادته، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
٥٠. صحيح مسلم، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله خ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، (ت: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٥١. الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي (ت: ٩٠٢هـ)، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت.
٥٢. طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت: ٧٧١هـ)، تحقيق: د. محمود محمد الطناحي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤١٣هـ.
٥٣. طبقات الشافعية، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر الأسدي الشهيبي الدمشقي، تقي الدين ابن قاضي شهبة، (ت: ٨٥١هـ)، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ.

٥٤. طبقات الفقهاء، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي الشيرازي أبو إسحاق، تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، ١٩٧٠م.
٥٥. طبقات المفسرين للداوودي، محمد بن علي بن أحمد، شمس الدين الداوودي المالكي (ت: ٩٤٥هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، راجع النسخة وضبط أعلامها: لجنة من العلماء بإشراف الناشر.
٥٦. العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني، (ت: ٦٢٣هـ)، تحقيق: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
٥٧. عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي، (ت: ١٣٢٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ.
٥٨. فتاوى السبكي، أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، (ت: ٧٥٦هـ)، دار المعارف.
٥٩. فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز.
٦٠. فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، (ت: ٨٦١هـ)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

٦١. فتح المغيث بشرح الفية الحديث للعراقي، شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي، (ت: ٩٠٢هـ)، تحقيق: علي حسين علي، مكتبة السنة، مصر، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

٦٢. الفوائد البهية في تراجم الحنفية، محمد عبد الحكي اللكنوي الهندي، تحقيق: محمد بدر الدين، دار الكتاب الإسلامي في القاهرة، مصر.

٦٣. الفوائد المكية فيما يحتاجه طلبة الشافعية، علوي أحمد عبد الرحمن السقاف، اعتنى به: حميد مسعد الحالمي.

٦٤. قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (ت: ٦٦٠هـ)، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، طبعة جديدة مضبوطة منقحة، ١٤١٤هـ-١٩٩١م.

٦٥. الكامل في التاريخ، أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير، (ت: ٦٣٠هـ)، تحقيق: عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

٦٦. كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، مصطفى بن عبد الله كاتب جبلي القسطنطيني المشهور باسم حاجي خليفة أو الحاج خليفة (ت: ١٠٦٧هـ)، مكتبة المثنى، بغداد، ١٩٤١م، (ومعه إيضاح المكنون، وهداية العارفين).

٦٧. كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، المؤلف أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معل الحسني الحصني، تقي الدين الشافعي، (ت:

- ٨٢٩هـ)، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٦٨. كفاية النبيه في شرح التنبيه، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة، (ت: ٧١٠هـ)، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
٦٩. الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، نجم الدين محمد بن محمد الغزي (ت: ١٠٦١هـ)، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٧٠. لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين بن منطور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، (ت: ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٧١. المجمع المؤسس للمعجم المفهرس، شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي بن أحمد الشهير بـ «ابن حجر العسقلاني» (٧٧٣ - ٨٥٢هـ)، تحقيق: الدكتور يوسف عبد الرحمن المرعشلي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى.
٧٢. مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، (ت: ٧٢٨هـ)، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.
٧٣. المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، (ت: ٦٧٦هـ)، دار الفكر.
٧٤. مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، (ت: ٦٦٦هـ)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة

العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

٧٥. مختصر استدراك الحافظ الذهبي على مستدرك أبي عبد الله الحاكم، ابن الملحق سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، (ت: ٨٠٤هـ)، تحقيق: الجزء الأول والثاني عبد الله بن حمد اللحيان، والجزء الثالث إلى السابع: سعد بن عبد الله آل حميد، دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.

٧٦. المدخل إلى السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسرَوُ جردى الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت: ٤٥٨هـ)، تحقيق: د. محمد ضياء الرحمن الأعظمي، دار الخلفاء للكتاب الإسلامي، الكويت.

٧٧. مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، (ت: ٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.

٧٨. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المتوفى سنة: نحو ٧٧٠هـ، المكتبة العلمية، بيروت.

٧٩. المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، (ت: ٢١١هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية.

٨٠. معجم المؤلفين، عمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة الدمشقي، (ت: ١٤٠٨هـ)، مكتبة المثنى، بيروت، دار إحياء التراث العربي بيروت.

٨١. المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، (ت:
٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة.

٨٢. المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، أبو العباس أحمد بن عمر بن
إبراهيم القرطبي (٥٧٨ - ٦٥٦هـ)، حققه وعلق عليه وقدم له: محيي
الدين ديب ميسو، أحمد محمد السيد، يوسف علي بديوي، محمود
إبراهيم بزال، (دار ابن كثير، دمشق، بيروت)، و(دار الكلم الطيب،
دمشق، بيروت)، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

٨٣. المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، شمس
الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي (ت: ٩٠٢هـ)،
تحقيق: محمد عثمان الخشت، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى،
١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٨٤. مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسين،
(ت: ٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ -
١٩٧٩م.

٨٥. المؤلف والمختلف، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن
مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، (ت: ٣٨٥هـ)، تحقيق:
موفق بن عبد الله بن عبد القادر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة
الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٨٦. ميزان الاعتدال في نقد الرجال، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد
بن عثمان الذهبي، (ت: ٧٤٨هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار المعرفة
للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٣٨٢هـ - ١٩٦٣م.

٨٧. النجم الوهاج في شرح المنهاج، كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري أبو البقاء الشافعي، (ت: ٨٠٨هـ)، دار المنهاج، جدة، تحقيق: لجنة علمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
٨٨. النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، يوسف بن تغري بردي بن عبد الله الظاهري الحنفي، أبو المحاسن، جمال الدين (ت: ٨٧٤هـ)، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، دار الكتب، مصر.
٨٩. نفائس الأصول في شرح المحصول، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.
٩٠. نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، (ت: ٤٧٨هـ)، تحقيق: أ. د. عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.
٩١. النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، (ت: ٦٠٦هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
٩٢. النور السافر عن أخبار القرن العاشر، محيي الدين عبد القادر بن شيخ بن عبد الله العيذرؤوس (ت: ١٠٣٨هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
٩٣. هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم الباباني البغدادي، (ت: ١٣٩٩هـ)، طبع بعناية وكالة المعارف الجليلة في مطبعتها البهية استانبول عام ١٩٥١م، أعادت طبعه بالأوفست: دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان.

٩٤. الوافي بالوفيات، صلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي (ت: ٧٦٤هـ) تحقيق: أحمد الأرناؤوط، وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
٩٥. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان البرمكي الإربلي، (ت: ٦٨١هـ)، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت.





سداد ضريبة التصرفات العقارية وأثره على العقد دراسة فقهية تطبيقية

د. عبد الرحمن بن علي بن عبد الله الدعيلج
الأستاذ المساعد بقسم الفقه وأصوله
بكلية الشريعة والقانون بجامعة حائل
العام ١٤٤٦هـ

المقدمة

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

فإن الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى قَد هَدَى الْعُقَلَاءَ مِنْ خَلْقِهِ إِلَى التَّحَوُّطِ فِي أَمْوَالِهِمْ، وَالْحِرْصِ عَلَى التَّوَثُّقِ فِي مَا يَكُونُ بَيْنَهُمْ مِنَ الْمُبَايَعَاتِ وَالْمَعَاوِضَاتِ وَالْعُقُودِ وَالْوَعُودِ وَغَيْرِهَا، وَشَرَعَ لِعِبَادِهِ تَوْثِيقَ مَا يَجْرِي بَيْنَهُمْ مِنَ الْمَعَامَلَاتِ، وَحَثَّ عَلَى ذَلِكَ فِي مُحْكَمِ كِتَابِهِ فَقَالَ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...﴾^(١).

ولما يكتنف بعض العقود من وعود بين المتبايعين - سواءً كانت من البائع أم المشتري -، يَحْشَى فِيهَا الْبَائِعُ فَوَاتَ فُرْصَةِ الْبَيْعِ، وَيَحْشَى الْمُسْتَرِي فَوَاتَ الْمُبَيْعِ - وَخُصُوصًا عِنْدَ ارْتِفَاعِ قِيَمَةِ السَّلْعَةِ -: فَقَدْ تَعَارَفَ النَّاسُ قَدِيمًا وَحَدِيثًا عَلَى طَرَائِقَ وَأَسَالِيبَ، يُقْصَدُ بِهَا تَوْثُّقُ الْبَائِعِ مِنْ جَدِيَّةِ الْمُسْتَرِي فِي إِبْرَامِ الْعَقْدِ، أَوْ ضَمَانِ الْمُسْتَرِي عَدَمِ فَوَاتِ الْمُبَيْعِ عَلَيْهِ، وَمِنْ ذَلِكَ مَا اصْطَلَحَ عَلَيْهِ بِ (بَيْعِ الْعَرَبُونَ).

وقد تطورت صور التوثق وضمان الجدّية تبعاً لحالة التطور المتصاعدة التي يشهدها إنسان هذا العصر، فابتكر الناس للتوثق من

(١) سورة البقرة، الآية رقم: (٢٨٢).

جدية المتعاقدين في عملية البيع صوراً تناسب واقع اليوم، من ذلك: إثبات جدية المتبايعين في عقد بيع العقار عن طريق إصدار البائع فاتورة ضريبة التصرفات العقارية، وسداد المشتري -أو البائع- لتلك الضريبة؛ إثباتاً لجدية كل منهما، ورغبته في إمضاء العقد، إلى حين استكمال إجراءاته المتبعة، واعتاض كثير من الناس بهذه الصورة عن التوثق للجدية من خلال بيع العربون.

فاستدعى ذلك دراسة هذه الصورة المستجدة وتحريرها؛ لمعرفة حقيقتها وتكييفها، وحكمها، والآثار المترتبة عليها. والله المستعان، وعليه التكلان، ولا حول ولا قوة إلا به.

مشكلة البحث:

تتضح مشكلة البحث من خلال الأسئلة الآتية:

- ١- ما حقيقة وحكم سداد أحد المتعاقدين ضريبة التصرفات العقارية؟
- ٢- ما الأثر المترتب على سداد أحد المتعاقدين ضريبة التصرفات العقارية؟

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تبين أهمية الموضوع وأسباب اختياره من خلال ما يأتي:

- ١- هذا الموضوع يمس عقود المبيعات العقارية -والتي تُعد مبيعة ذات شأن بالنسبة للمتعاقدین غالباً-، فهي من قبيل المعاملات

المالية التي تنبغي على المتفقه معرفة حقيقتها وأحكامها وآثارها، خصوصاً ما استجد من صورها.

٢- هذا الموضوع مما درج عليه الناس اليوم، وكثر استعمالهم له واحتياجهم إليه، فاكسب أهميته من هذا الجانب.

٣- هذه الصورة المستجدة بدأت تنشأ حولها النزاعات، واحتاج القضاة إلى معرفة حكمها للفصل بين الخصومات، فوجب على المتفقهين بحثها ودراستها؛ للإسهام في بيان حقيقتها وحكمها وآثارها.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى:

- ١- تحرير حقيقة سداد أحد المتعاقدين ضريبة التصرفات العقارية.
- ٢- إيضاح الأحكام الفقهية لسداد أحد المتعاقدين ضريبة التصرفات العقارية.
- ٣- بيان الآثار المترتبة على سداد أحد المتعاقدين ضريبة التصرفات العقارية.

الدراسات السابقة:

لم أجد -في ما وقفت عليه من قواعد بيانات المكتبات الرقمية- على دراسة في ذات الموضوع تتناول الصورة محل البحث، غير أن ثمة دراسات يمكن اعتبارها ذات صلة بهذه الدراسة وترتبط بها من وجهٍ

ما، كالدراسات التي تتناول أحكام الضرائب بشكل عام أو ضريبة التصرفات العقارية بوجه خاص، أو عقود الجديّة، أو بيع العربون، أو نحو تلك الموضوعات.

فمن ذلك على سبيل المثال:

١ - حقيقة ضريبة التصرفات العقارية والاستثناءات الواردة عليها في النظام السعودي - دراسة تحليلية مقارنة-، للباحث: د. عبد الله بن عبد العزيز الفحام، وهو بحث محكّم، منشور في مجلة قضاء التابعة للجمعية العلمية القضائية السعودية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عام ٢٠٢٢م.

وقد تناول البحث: حقيقة التصرفات العقارية، والحالات المستثناة منها في النظام السعودي، وموقف الشريعة الإسلامية من هذه الاستثناءات.

ولم يتناول هذا البحث مسألة سداد أحد المتعاقدين لضريبة التصرفات العقارية، وتكييفها، وأثر ذلك على العقد.

٢ - الضريبة على التصرفات العقارية بين التسجيل والعقد الابتدائي، للباحث: محمود جاب الله أبو المجد، وهو بحث مقدّم في المؤتمر الضريبي الرابع عشر: التشريع ومشكلات التحاسب الضريبي للنظام الضريبي المصري، التابع لمركز الدراسات المالية والضريبية والجمعية المصرية للمالية العامة والضرائب، عام ٢٠٠٨م.

وقد تناول البحث مسألة التصرفات العقارية من حيث تسجيلها، وضريبتها، ومقابل التأخير، وتقادمها، والواقعة المنشئة لاستحقاق مصلحة الضرائب تحصيل الضريبة على التصرف: هل هي تسجيل التصرف أو عقد البيع الابتدائي؟

ولم يتناول هذا البحث مسألة سداد أحد المتعاقدين لضريبة التصرفات العقارية، وتكييفها، وأثر ذلك على العقد، بالإضافة إلى كون هذا البحث منحصر في النظام الضريبي المصري، ولم يتطرق للجانب الفقهي، ولا النظام الضريبي السعودي.

٣- الرسم العام في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي، للباحث: خالد بن مساعد بن رباح العمري، وهي رسالة ماجستير بكلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بالمدينة النبوية، عام ١٤٣٦هـ - ٢٠١٤م.

وقد تناولت الرسالة الرسوم، وخصائصها، وعناصرها، وكيفية فرضها، والآثار الاقتصادية لها، والرسوم المفروضة على الخدمات بأنواعها، وذلك من خلال الفقه الإسلامي والنظام السعودي.

ولم تتناول هذه الرسالة ضريبة التصرفات العقارية، ولا مسألة سداد أحد المتعاقدين لها.

٤- ضمان الجدية في المربحة المصرفية، للباحث: أ. د. خالد بن زيد بن هذال الجبلي، وهو بحث محكم، منشور في مجلة الدراسات الإسلامية بكلية التربية بجامعة الملك سعود، عام ٢٠١٣م.

وقد تناول البحث مسألة ضمان الجدية في المربحة المصرفية من حيث مفهومها وتكييفها وحكمها.

ولم يتناول هذا البحث ضريبة التصرفات العقارية، ولا مسألة سداد أحد المتعاقدين لها.

٥- هامش الجدية حقيقته وأحكامه الفقهية، للباحث: د. مساعد بن عبد الرحمن القحطاني، وهو بحث محكم، منشور في مجلة الآداب بكلية الآداب بجامعة دمار باليمن، عام ٢٠٢٢م.

وقد تناول البحث مسألة هامش الجدية الذي يأخذه المصرف من عميله في مرحلة المواعدة، وتكييفه الفقهي، وحكمه.

ولم يتناول هذا البحث ضريبة التصرفات العقارية، ولا مسألة سداد أحد المتعاقدين لها.

فظهر مما ذكر انفراد هذه الدراسة ببحث الصورة المستجدة، وهي: (سداد ضريبة التصرفات العقارية للتوثق من الجدية)، وأن هذا يجعل منها دراسة مستقلة في حقيقتها، غير مسبقة في الموضوع.

منهج البحث:

انتهجت هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، ابتداءً بإيضاح حقيقة الصورة محل الدراسة وتكييفها، ثم بيان الحكم الفقهي من خلال تخرجها على ما يماثلها من الصور في التراث الفقهي، ثم بيان الآثار المترتبة على ذلك الحكم.

وقد تلخص المنهج الفني للبحث في ما يأتي:

أ- دراسة مسائل (سداد ضريبة التصرفات العقارية وأثره على العقد - دراسة فقهية تطبيقية-) بشكل موجز.

ب- تصوير المسألة تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من بحثها ودراستها.

ج- اتبعت في دراسة المسائل الخلافية ما يأتي:

- تحرير محل الخلاف، إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.

- ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية، مقدماً الرأي الأقوى - حسب ما يظهر لي-.

- الاختصار على المذاهب الفقهية الأربعة.

- استقصاء أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها إن أمكن، ويكون ذلك بعد ذكر الدليل مباشرة.

- الترجيح، مع بيان سببه.

د- الاعتماد على أمهات كتب المصادر والمراجع الأصلية إن وجد فيها ما يغني عن غيرها، وذلك في التحرير والتوثيق.

هـ- كتابة الآيات وفق الرسم العثماني مضبوطة بالشكل، وترقيمها وبيان سورها.

و- تخريج الأحاديث والآثار من مصادرها المعتمدة -مع ذكر الكتاب والباب ثم الجزء والصفحة ورقم الحديث أو الأثر إن كان موجوداً في المصدر-، فإن كان الحديث أو الأثر في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بالعزو إليهما، وإن لم يكن الحديث في أحدهما خرجته من مصادره التي وقفت عليه فيها، ثم ذكرت ما وقفت عليه من كلام أهل العلم عليه تصحيحاً أو تضعيفاً.

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

ح- تضمين خاتمة البحث أهم النتائج والتوصيات، لتعطي فكرة واضحة عما يتضمنه البحث.

ط- إتباع البحث بفهرس للمراجع.

خطة البحث:

جاء هذا البحث في: مقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة، وفهرس للمراجع.

المقدمة:

وتحتوي على: مشكلة البحث، أهمية الموضوع وأسباب اختياره، أهداف البحث، الدراسات السابقة، منهج البحث، خطة البحث.

التمهيد:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بمفردات البحث:

وفيه ستة فروع:

الفرع الأول: تعريف لفظة (سداد).

الفرع الثاني: تعريف لفظة (ضريبة).

الفرع الثالث: تعريف لفظة (التصرفات).

الفرع الرابع: تعريف لفظة (العقارية).

الفرع الخامس: تعريف لفظة (الأثر).

الفرع السادس: تعريف لفظة (العقد).

المطلب الثاني: مفهوم ضريبة التصرفات العقارية.

المطلب الثالث: التعريف بعنوان البحث مركباً.

المطلب الرابع: إجراءات ضريبة التصرفات العقارية.

المبحث الأول: سداد المشتري ضريبة التصرفات العقارية:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التكييف الفقهي لسداد المشتري ضريبة التصرفات العقارية:



وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم الوعد بالبيع.

الفرع الثاني: حكم البيع بالمعاطاة.

المطلب الثاني: أثر سداد المشتري ضريبة التصرفات العقارية على العقد.

المبحث الثاني: سداد البائع ضريبة التصرفات العقارية:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التكييف الفقهي لسداد البائع ضريبة التصرفات العقارية.

المطلب الثاني: أثر سداد البائع ضريبة التصرفات العقارية على العقد.

المبحث الثالث: تطبيقات قضائية في سداد أحد المتعاقدين ضريبة التصرفات العقارية:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التطبيق القضائي الأول.

المطلب الثاني: التطبيق القضائي الثاني.

الخاتمة:

وتحتوي على أهم النتائج والتوصيات.

فهرس المراجع.

وَأَسْأَلُ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى إِخْلَاصَ وَالْقَبُولَ، وَالتَّيْسِيرَ وَالتَّوْفِيقَ،
وَالسَّدَادَ وَالرِّشَادَ، إِنَّهُ كَرِيمٌ جَوَادٌ.



تمهيد

المطلب الأول: التعريف بمفردات البحث:

الفرع الأول: تعريف لفظة (سداد):

أصل لفظة (سَدَاد): من السَدَّ، وهو يدلُّ على رَدَمِ شَيْءٍ ومُلاءَمَتِهِ، كما يدل على إغلاق الخلل، يقال: سدَّ الثَّلمة سَدًّا، ويقال للصواب في المنطق والتدبير: سَدَادٌ، من ذلك قولهم: سَدَّدَ مالك، أي: أحسن العمل به، كما يقال للإصابة في الرمي: سداد، ويقال في ذلك: سَدَّدته تسديدًا، عند الاستقامة والإصابة^(١).

وفي حديث علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((قل: اللهم اهْدني وسدِّدني، واذكر بالهدى هدايتك الطريق، والسداد سداد السهم))^(٢).

هذا تعريف لفظة السَّدَاد في اللغة، وتستخدم في هذا العصر استخدامًا مقاربًا لهذا المعنى، حيث اصطلح على إطلاق لفظة (السَّدَاد) على الوفاء أو أداء أو دفع مبلغ نقدي مقابل التزام ثابت في ذمة المُسَدَّد -كالدين-، كأنه أغلق الخلل أو سدَّ الفجوة التي حصلت في ذمته

(١) ينظر: مقاييس اللغة: كتاب السين باب ما جاء من كلام العرب وأوله سين في المضاعف والمطابق مادة (سدَّ) ٦٦/٣، لسان العرب: كتاب الدال فصل السين المهملة مادة (سدَد) ٢٠٧/٣-٢١١.

(٢) صحيح مسلم: كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب التعوذ من شر ما عمل ومن شر ما لم يعمل، ٤/٢٠٩٠، رقم الحديث: (٢٧٢٥).

بسبب نشوء هذا الالتزام، كما تستعمل لفظة (السداد) للتعبير عن دفع المبلغ المشترط للحصول على خدمة معينة أو نحو ذلك، تشبيهاً له بأداء الدين، وتنزيلاً للالتزام قريب الثبوت منزلة الالتزام الثابت.

الفرع الثاني: تعريف لفظة (ضريبة):

أصل لفظة (ضريبة): من الضرب، وهو الإيقاع بالغير، ويستعار منه، فيقال للسفر للغزو أو للتجارة أو لغيرها: ضرب في الأرض. ومن ذلك المعنى قيل لما يؤخذ في الإرصاء وما يضرب على الإنسان من جزية وغيرها: (ضريبة)، كأنه قد ضرب به ضرباً، وهي مفردة، وجمعها ضرائب^(١).

الفرع الثالث: تعريف لفظة (التصرفات):

التصرفات: جمع تصرف، وأصل لفظة (التصرف): من الصرف، وهو يدل على رجوع الشيء، وردّه عن وجهه، ومنه: انصرف القوم وصرفهم. ويقال لإعمال الشيء في غير وجه: تصرّف، كأن العامل فيه يرده عن وجهه إلى وجهه، ومنه: تصريف الرياح، أي: صرفها من جهة إلى جهة، ومثل ذلك يقال في تصريف الأمور وتصريف السيول وغيرها^(٢).

(١) ينظر: مقاييس اللغة: كتاب الضاد باب الضاد والراء وما يثلثهما مادة (ضرب) ٣٩٧-٣٩٩، لسان العرب: كتاب الباء فصل الضاد المعجمة مادة (ضرب) ٥٤٣-٥٥١.

(٢) ينظر: مقاييس اللغة: كتاب الصاد باب الصاد والراء وما يثلثهما مادة (صرف) ٣٤٢-٣٤٤، لسان العرب: كتاب الفاء فصل الصاد المهملة مادة (صرف) ١٨٩-١٩٣.

الفرع الرابع: تعريف لفظة (العقارية):

العقارية: نسبة إلى العقار، وأصل لفظة (العقار): من العقر، وهو يدل على معنيان متباعدان، أحدهما يراد به الجرح أو ما يشبهه من الهزم في الشيء، والآخر يدل على ثبات ودوام -وهو المراد هنا-.

فعلى المعنى الآخر: يقال للقصر الذي يلجأ إليه أهل القرية ويكون معتمداً لهم: العقر، كما يقال لكل بناء مرتفع: العقر، وعُقر الشيء: أصله أو وسطه، يقال: عُقر الدار؛ لمحلة القوم، كما يقال: عُقر البئر، وعُقر الحوض، وعُقر النار، ونحو ذلك.

والعقار: ضيعة الرجل ومنزله وأرضه ونخله ونحو ذلك، وجمعها: العقارات^(١).

الفرع الخامس: تعريف لفظة (الأثر):

لفظة (الأثر) تدل على ثلاثة معاني: ذكر الشيء، وتقديم الشيء، ورسم الشيء الباقي -وهو المراد هنا-.

فالأثر بالمعنى الأخير: بقية ما يرى من كل شيء، وما لا يرى بعد أن تبقى فيه علقه، ومن ذلك: أثر السيف: ما أحدثته ضربته في

(١) ينظر: مقاييس اللغة: كتاب العين باب العين والقاف وما يثلثهما في الثلاثي مادة (عقر) ٩٠-٩٦، لسان العرب: كتاب الرأ فصل العين المهملة مادة (عقر) ٥٩١/٤-٥٩٩.

موضعها، وأثر السجود: ما أحدثه طول السجود في وجه وجبين الرجل. ويستعمل الأثر للاتباع والاستفتاء^(١).

الفرع السادس: تعريف لفظة (العقد):

لفظة (العقد) تدل على الشّدّ والشّدّة والوثوق، وجمعها: عقود، وهو نقيض الحلّ، يقال: عقد الحبل يعقده عقداً، فهو منعقد، ولهذا المعنى قيل للمعاهدة والميثاق: عقد ومعاقدة؛ لما فيهما من التأكيد والتغليظ، وتقول: عاقدت فلاناً في كذا وكذا، أي: ألزمته ذلك باستيثاق. وعُقدة البيع والنكاح: إيجابه وإبرامه^(٢).

المطلب الثاني: مفهوم ضريبة التصرفات العقارية:

جاء في (المادة الأولى) من نظام ضريبة التصرفات العقارية تعريف مصطلح (الضريبة)، وتعريف مصطلح (التصرف العقاري)، وفي ما يلي بيانها:

أولاً: مصطلح الضريبة، عرّفه النظام بأنه: «المبلغ المفروض على التصرف العقاري».

- (١) ينظر: مقاييس اللغة: كتاب الهمزة باب الهمزة والثاء وما يثلثهما مادة (أثر) ٥٣-٥٧، لسان العرب: كتاب الرء فصل الألف مادة (أثر) ٤/٥-١٠.
- (٢) ينظر: مقاييس اللغة: كتاب العين باب العين والقاف وما يثلثهما في الثلاثي مادة (عقد) ٨٦-٩٠، لسان العرب: كتاب الدال فصل العين المهملة مادة (عقد) ٣/٢٩٦-٣٠٠.

ثانياً: مصطلح التصرف العقاري، عرّفه النظام بأنه: «أيّ تصرف ناقل للملكية العقار أو ناقل لمنفعته بشكل دائم -بطريق مباشر أو غير مباشر-، أو ناقل لمنفعته لمدة تزيد على خمسين عاماً».

فيتضح بذلك أن مفهوم ضريبة التصرفات العقارية يقصد به: المبلغ المفروض على أي تصرف ناقل للملكية عقار أو لمنفعته بشكل دائم أو مؤقت يزيد على خمسين عاماً.

المطلب الثالث: التعريف بعنوان البحث مركباً:

سبق في المطلب الأول تعريف مفردات هذا البحث: (سداد)، و(ضريبة)، و(التصرفات) و(العقارية)، و(الأثر)، و(العقد).

كما سبق في المطلب الثاني تعريف مفهوم ضريبة التصرفات العقارية.

ومما ذكر في تعريف هذه المفردات، وبيان مفهوم مصطلح (ضريبة التصرفات العقارية): يتبين أن المراد بهذا البحث: هو دراسة أحكام أداء ودفع المبلغ النقدي المفروض على نقل ملكية الأراضي والمباني أو منفعتها، وما يترتب على ذلك في الالتزام بين المتبايعين.

المطلب الرابع: إجراءات ضريبة التصرفات العقارية:

لما كان الحكم على الشيء فرع عن تصوّره، وحيث إن التصوّر الصحيح الشامل مظنة صحة التكييف وإصابة الحكم، ونقص التصوّر أو خطؤه مظنة الخطأ في التكييف ومجانبة الصواب في الحكم: كان لزاماً معرفة إجراءات ضريبة التصرفات العقارية وآلية العمل المتبعة فيها.

فقد قرر نظام ضريبة التصرفات العقارية ولائحته التنفيذية عدداً من الأحكام والإجراءات والآليات بشأن الضريبة على التصرف العقاري وسدادها، من أبرزها ما يلي^(١):

أولاً: موعد سداد ضريبة التصرف العقاري لهيئة الزكاة والضريبة والجمارك:

أ- الأصل أن يكون سداد ضريبة التصرف العقاري في تاريخ التصرف العقاري.

ب- يجوز أن يكون سداد ضريبة التصرف العقاري قبل تاريخ التصرف العقاري.

ج- يجوز -استثناءً- أن يكون سداد ضريبة التصرف العقاري بعد تاريخ التصرف في حالات مخصوصة حدتها اللائحة.

ثانياً: المسؤول عن سداد الضريبة المستحقة على التصرف العقاري:

أ- الأصل أن يكون المسؤول عن سداد الضريبة المستحقة على التصرف هو المتصرف نفسه.

ب- في الحالات التي يثبت فيها لهيئة الزكاة والضريبة والجمارك أن المتصرف له كان سبباً في عدم سداد الضريبة المستحقة: فإنه يكون مسؤولاً بالتضامن مع المتصرف، ويحق للهيئة الرجوع على أيٍّ منهما منفرداً أو عليهما جميعاً بحسب الأحوال.

(١) ينظر: نظام ضريبة التصرفات العقارية في المملكة العربية السعودية ولائحته التنفيذية.

ج- يجوز للمتصرّف والمتصرّف له أن يتفقا في ما بينهما على مسؤولية أحدهما عن سداد الضريبة المستحقة على التصرف، بحيث يتولى سدادها ودفع مبلغها، ولكن يبقى المتصرّف - في مواجهة هيئة الزكاة والضريبة والجمارك - المعنيّ بالأمر.

ويقصد بالمتصرّف هنا: من يجري التصرف العقاري لمصلحته^(١).
ثالثاً: تعيد هيئة الزكاة والضريبة والجمارك الضريبة المسددة في الحالات التالية:

- أ- الضريبة التي سُددت بالزيادة أو بالخطأ.
- ب- الضريبة التي سُددت عن تصرف عقاري لم يكتمل.
- ج- الضريبة التي سُددت عن تصرف عقاري جرى إلغاؤه.

(١) كما نصت عليه الفقرة (٣) من المادة (٧) من النظام.

المبحث الأول

سداد المشتري ضريبة التصرفات العقارية

المطلب الأول: التكييف الفقهي لسداد المشتري ضريبة التصرفات العقارية:

صورة المسألة: أن يستقر الطرفان المتفاوضان على قيمة العقد، فيقوم الراغب في الشراء بسداد ضريبة التصرفات العقارية بناءً على طلب الراغب في البيع^(١) الذي تولى إصدار الفاتورة الضريبية، دون أن يحصل بينهما إيجاب وقبول صريح في البيع والشراء.

ولتحرير التكييف الفقهي لهذه الصورة وبيان حقيقتها: فإنه لا بد من عرض العقود والمسائل والصور الفقهية التي تشبهها بوجه ما، سواءً ما كان منها يتعلق بصيغة العقد، أو بالشروط فيه، أو كان يدور حول استيثاق أحد الطرفين واطمئنانه لجدية الآخر في رغبته بإتمام العقد في مرحلة المواعدة وما يسبق اللزوم في العقد؛ ليجري النظر في إمكان تخرجها على أيٍّ منها، وتنزيل أحكامها الفقهية عليها.

فأولاً: العقود والمسائل والصور الفقهية ذات الصلة بصورة مسألة هذا المبحث:

(١) جرى في مواضع من هذا البحث إطلاق لفظة (البائع) على الراغب في البيع، وإطلاق لفظة (المشتري) على الراغب في الشراء، كما أطلق عليهما (المتعاقدان) أو (طرفا العقد): تجاوزاً، باعتبار ما يؤول إليه أمرهما عادةً، كما تجري العادة بتسمية المنتصب للبيع بائعاً - ولو لم يبيع -، والراغب في الشراء مشترياً - ولو لم يشتري -.

الصورة الأولى: العربون:

وحقيقته: أن يشتري الشخص شيئاً، ويعطي البائع مبلغاً، على أنه إن أخذ المبيع فالمبلغ المعطى يعد جزءاً من الثمن، وإلا فالمبلغ للبائع^(١).

الصورة الثانية: الرهن:

وحقيقته: أن يستوثق الدائن من المدين بحبس مالٍ له، يمكن استيفاء حقه منه إن تعذر على المدين الوفاء من غيره، سواءً كان الدين ناشئاً عن مبيعة أو قرض أو قيمة متلف أو غير ذلك^(٢).

الصورة الثالثة: خيار الشرط:

وحقيقته: أن يشترط المتعاقدان لهما جميعاً أو لأحدهما أو لغيرهما الخيار في إمضاء العقد أو فسخه مدة معلومة^(٣).

الصورة الرابعة: البيع المعلق على شرط:

وحقيقته: أن يعلّق البائع البيع أو المشتري الشراء على شرط، كأن يقول البائع: بعثك إن حصل كذا، أو يقول المشتري: اشتريت إن

(١) ينظر: التف في الفتاوى ١/ ٤٧٢-٤٧٣، بلغة السالك ٣/ ١٠٠، تحفة المحتاج وحاوئها ٤/ ٣٢٢، الإنصاف للمرداوي ٤/ ٣٥٨.

(٢) ينظر: رد المحتار ٦/ ٤٧٧-٤٧٨، بلغة السالك ٣/ ٣٠٣-٣٠٤، تحفة المحتاج وحاوئها ٥/ ٥٠، الإنصاف للمرداوي ٥/ ١٣٧.

(٣) ينظر: البحر الرائق ٦/ ٣، رد المحتار ٤/ ٥٦٥-٥٦٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٩١، تحفة المحتاج وحاوئها ٤/ ٣٤١-٣٤٢، كشاف القناع ٣/ ٢٠٢.

حصل كذا^(١).

الصورة الخامسة: الوعد:

وحقيقته: تعهد أحد الطرفين أو جميعهما بإبرام العقد في وقت لاحق^(٢).

الصورة السادسة: المعاطاة:

وحقيقته: أن يدفع المشتري الثمن للبائع ويأخذ المبيع أو يدفع البائع المبيع إلى المشتري ويأخذ الثمن دون التلفظ بالإيجاب والقبول^(٣). فهي متضمنة الإيجاب والقبول بدلالة الحال (ضمنياً دون التصريح باللفظ).

ثانياً: عرض صورة مسألة هذا المبحث على العقود والمسائل والصور الفقهية ذات الصلة بها:

بالنظر في إجراءات ضريبة التصرفات العقارية المذكورة في المطلب الرابع من تمهيد هذا البحث وعرضها على الصور المذكورة آنفاً، فإنه يتبين ما يلي:

(١) ينظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٦/ ١٩٤-١٩٥، شرح الزرقاني وحاشية البناني ٨/ ٥، تحفة المحتاج وحواشيه ٤/ ٢٢٥-٢٢٦، كشف القناع ٣/ ١٩٥.

(٢) وقد عرفه بعضهم بنحو هذا، ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥: ٨٢٦/ ٢ البحث المعنون بـ: الوفاء بالوعد في الفقه الإسلامي - تحرير النقول ومراعاة الاصطلاح للدكتور: نزيه كمال حمّاد.

(٣) ينظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٥/ ٢٩١-٢٩٢، بلغة السالك ٣/ ١٤، تحفة المحتاج وحواشيه ٤/ ٢١٧، كشف القناع ٣/ ١٤٨.

١- أنه لا يمكن تكييف سداد المشتري ضريبة التصرفات العقارية بأنه من باب عقد العربون؛ لما بين الصورتين من التباين والاختلاف في حقيقة كل منهما؛ وذلك في ما يلي:

أ- أن العربون يسلم للبائع، أما الضريبة فإنها تدفع إلى طرف ثالث، وهي الجهة المعنية بتحصيل الضرائب من المتبايعين (هيئة الزكاة والضريبة والجمارك).

ب- أن العربون يعد جزءاً من ثمن السلعة، أما الضريبة فإنها مبلغ خارج وزائد عن ثمن السلعة.

ج- أن العربون لا يمكن للمشتري استعادته أو استرداده، بخلاف الضريبة، فإنها يمكن للمشتري استعادتها أو استردادها في حال كون التصرف العقاري لم يكتمل أو جرى إلغاؤه.

٢- أنه لا يمكن تكييف سداد المشتري ضريبة التصرفات العقارية بأنه من باب عقد الرهن - سواء كان للبائع أو لطرف ثالث -؛ لما بين الصورتين من التباين والاختلاف في حقيقة كل منهما؛ وذلك في ما يلي:

أ- أن الرهن حقيقته حبس مالٍ للمدين، أما الضريبة فلا يتحقق فيها معنى الحبس.

ب- أن الرهن يمكن للدائن استيفاء حقه منه، أما الضريبة فلا يمكن للبائع استيفاء حقه منها.

ج- أن الرهن يعود إلى الراهن في حال سداده الدَّين الذي في ذمته، أما الضريبة فإنها لا تعود إلى المشتري في حال أدائه ثمن المبيع للبائع.

٣- أنه لا يمكن تكييف سداد المشتري ضريبة التصرفات العقارية بأنه من باب خيار الشرط (بحيث تكون الصورة محمولة على أن للبائع الخيار إلى أن يسدد المشتري الضريبة)؛ لأن الخيار إنما يكون في بيع منعقد تحققت فيه شروطه (ومنها: شرط الصيغة «الإيجاب والقبول» قولية كانت أو فعلية «المعاطاة»)؛ والبيع قبل سداد المشتري الضريبة في صورة المسألة لم ينعقد -على افتراض الاعتداد بكون سداد المشتري الضريبة من قبيل المعاطاة، وستأتي إن شاء الله تعالى-.

٤- أنه لا يمكن تكييف سداد المشتري ضريبة التصرفات العقارية بأنه من باب البيع المعلق على شرط (بحيث يكون مقصود البائع تعليق البيع على شرط سداد المشتري للضريبة)؛ لأن الحال قبل سداد المشتري الضريبة في صورة المسألة أن البيع لم ينعقد؛ لعدم تحقق شرط الصيغة (الإيجاب والقبول) قولية كانت أو فعلية (المعاطاة) في العقد، -وهذا أيضًا على افتراض الاعتداد بكون سداد المشتري الضريبة من قبيل المعاطاة، وستأتي إن شاء الله تعالى-.

٥- أنه يمكن تكييف سداد المشتري ضريبة التصرفات العقارية بأنه من باب الوعد، بحيث يكون سداد المشتري للضريبة ناشئاً عن وعد البائع له بالبيع؛ ذلك أنه لا يمكن إصدار فاتورة ضريبة

التصرفات العقارية إلا عن طريق مالك العقار (البائع)، وبعد تعيين قيمة بيع العقار التي يُحدّد مقدار الضريبة بناءً عليها.

وستأتي دراسة مسألة الوعد في الفرع الأول من هذا المبحث - إن شاء الله تعالى -.

٦- أنه يمكن تكييف سداد المشتري ضريبة التصرفات العقارية بأنه من باب المعاطاة، بحيث يعد إصدار البائع الفاتورة الضريبية وسداد المشتري لها إيجاباً وقبولاً بدلالة الحال (ضمنياً دون التصريح باللفظ).

وستأتي دراسة مسألة المعاطاة في الفرع الثاني من هذا المبحث - إن شاء الله تعالى -.

وفي ما يلي دراسة المسائل والصور التي يمكن تكييف سداد المشتري ضريبة التصرفات العقارية وتخريجها عليها:

الفرع الأول: حكم الوعد بالبيع:

لا خلاف بين الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى على أنه ينبغي لمن وعد بشيء غير منهي عنه: أن يفي بما وعد^(١).

ولا خلاف بين الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى في وجوب الوفاء بالوعد بأمر واجب، وحرمة الوفاء بالوعد بأمر محرم^(٢)؛ لأن حكم الشيء وجوباً أو

(١) ينظر: الأذكار ١/ ٣١٧.

(٢) ينظر: المحلى بالآثار ٦/ ٢٧٩-٢٨٠ و ٧/ ٣٤ و ٣٦.

تحريراً ثابت قبل ورود الوعد به، والوعد لا تأثير له في هذين الحكمين، فإن ما وجب لا يغيّر حكمه الوعد، وما حرم لا يغيّر حكمه الوعد كذلك، وهذا مما هو متقرر شرعاً وعقلاً.

ولكن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى قد اختلفوا في الوعد بالأمر المباح أو المستحب، هل يجب الوفاء به ديانةً أو لا؟ ومن ذلك الوعد بالبيع أو بالشراء، وهم في ذلك على قولين:

القول الأول: لا يجب الوفاء بالوعد، وهو قول عند الحنفية^(١)، وقول عند المالكية^(٢)، وقول الشافعية^(٣)، والمذهب عند الحنابلة^(٤)، وقول الظاهرية^(٥).

ونصوا على أنه يتأكد استحباب الوفاء به، وتتأكد كراهة إخلافه^(٦).

- (١) ينظر: تبين الحقائق وحاشيته ٥/ ٨٨، غمز عيون البصائر ٣/ ٢٣٧.
- (٢) ينظر: البيان والتحصيل ٨/ ١٨، أنوار البروق وحواشيه ٤/ ٢١ و ٢٤-٢٥.
- (٣) ينظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٩٠، الأذكار ١/ ٣١٧، أسنى المطالب وحاشية الرملي ٢/ ٤٨٧، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/ ٣٢٣.
- (٤) ينظر: الفروع وتصحيحه ١١/ ٩٢، المبدع ٨/ ١٣٨، الإنصاف للمرداوي ١١/ ١٥٢، كشف القناع ٦/ ٢٨٤، دقائق أولى النهى ٣/ ٤٨١، مطالب أولى النهى ٣/ ٣٢٣ و ٥/ ٢٥ و ٦/ ٤٣٦.
- (٥) ينظر: المحلى بالآثار ٦/ ٢٧٨ و ٧/ ٣٣.
- (٦) ينظر: تبين الحقائق وحاشيته ٥/ ٨٨، غمز عيون البصائر ٣/ ٢٣٧، الأذكار ١/ ٣١٧، أسنى المطالب وحاشية الرملي ٢/ ٤٨٧، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/ ٣٢٣، مطالب أولى النهى ٥/ ٢٥ و ٦/ ٢٩٩، المحلى بالآثار ٧/ ٣٣.

وخص بعض المالكية الوعد الذي لا يجب الوفاء به: بالوعد الذي يكون غير مقرونٍ بسبب ترتّب الوعد عليه^(١).

واستدل أصحاب القول الأول على ذلك بأدلة، منها:

١- قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِّشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ۖ إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ﴾ (٢)(٣).

وجه الدلالة: أن من وعد بفعل أمر في المستقبل، ولم يقل: إن شاء الله، فقد خالف أمر الله في الآية، ولا يلزم الإنسان وعد خالف فيه أمر ربه. أما إن قال: إن شاء الله، فقد علّق الوعد على المشيئة، فإذا لم يفعل ما وعد به: فإن الله لم يشأ ذلك الفعل، فلم يخالف بذلك وعده^(٤).

٢- ما روي أن رجلاً قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: أكذبُ امرأتِي يا رسول الله؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((لا خير في الكذب))،

(١) ينظر: أنوار البروق وحواشيه ٢٥ / ٤.

(٢) سورة الكهف، الآيتين رقم: (٢٣-٢٤).

(٣) ينظر: المحلى بالآثار ٢٨٠ / ٦ و ٣٤ / ٧، الفروع وتصحيحه ٩٢ / ١١، المبدع ١٣٨ / ٨، الإنصاف للمرداوي ١٥٢ / ١١، دقائق أولي النهى ٤٨١ / ٣، كشف القناع ٢٨٤ / ٦، مطالب أولي النهى ٤٣٥ / ٦.

(٤) ينظر: المحلى بالآثار ٢٨٠ / ٦ و ٣٤ / ٧، الفروع وتصحيحه ٩٢ / ١١، المبدع ١٣٨ / ٨، الإنصاف للمرداوي ١٥٢ / ١١، دقائق أولي النهى ٤٨١ / ٣، كشف القناع ٢٨٤ / ٦، مطالب أولي النهى ٤٣٥ / ٦.

فقال الرجل: يا رسول الله، أعدّها وأقول لها؟ فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا جناح عليك))^{(١)(٢)}.

وجه الدلالة:

- أ- أن نفي الجناح يدل على عدم الوجوب.
- ب- أن السائل لا غرض له في السؤال عن الوعد الذي يفني به، فدلّ على أنه أراد خلافه، لكونه ذكره مقروناً بالكذب^(٣).

نوقش:

- أ- بأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إنما نفى الجناح في الوعد؛ لأنه لا يتعيّن فيه الإخلاف؛ لأن الواعد يمكن أن يفني بما وعد، بخلاف الكذب المتحقق.
- ب- عدم التسليم بما ذكر أنه مقصد الواقف من السؤال، بل قصد السائل الوعد على الإطلاق؛ وإنما سأل لاحتمال عدم القدرة على الوفاء إما مضطراً أو مختاراً، ونفّي الحرج إنما يكون في عدم الوفاء اضطراراً لا اختياراً^(٤).

(١) أخرجه مالك في موطنه: كتاب الكلام، باب ما جاء في الصدق والكذب، ٩٨٩/٢، رقم الحديث: (١٥). قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٤٧/١٦: «منقطع، من بلاغاته... لا أحفظه بهذا اللفظ عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مسنداً، وقد رواه ابن عيينة عن صفوان بن سليم عن عطاء بن يسار». قال العراقي في المغني ١٠٢٩/١: «معضل لم يذكر فيه عطاء بن يسار».

(٢) ينظر: أنوار البروق وحواشيه ٢١/٤.

(٣) ينظر: أنوار البروق وحواشيه ٢١/٤-٢٢.

(٤) ينظر: أنوار البروق وحواشيه ٢١/٤-٢٢.

٣- ما روي أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((إذا وعد الرجل أخاه ومن نيته أن يفني له فلم يف ولم يجر للميعاد فلا إثم عليه))^{(١)(٢)}.

وجه الدلالة:

أن الحديث يدل على عدم وجوب الوفاء بالوعد، وأن الوفاء بالوعد مباح^(٣).

نوقش:

بأن الحديث يُحمل على إذا لم يقدر على الوفاء بالوعد اضطراراً لا اختياراً^(٤).

٤- أن الوعد في معنى الهبة، والهبة لا تلزم إلا بالقبض^(٥).

القول الثاني: يجب الوفاء بالوعد، وهو قول عند الحنفية^(٦)، وقول

(١) أخرجه أبو داود والترمذي. سنن أبي داود: كتاب الأدب، باب في العدة، ٢٩٩/٤، رقم الحديث: (٤٩٩٥). سنن الترمذي: أبواب الإيمان، باب ما جاء في علامة المنافق، ٢٠/٥، رقم الحديث: (٢٦٣٣)، وقال: «هذا حديث غريب، وليس إسناده بالقوي، علي بن عبد الأعلى ثقة، ولا يعرف أبو النعمان ولا أبو وقاص، وهما مجهولان». قال الألباني في مشكاة المصابيح ١٣٦٨/٣: ضعيف.

(٢) ينظر: أنوار البروق وحواشيه ٢٢/٤.

(٣) ينظر: أنوار البروق وحواشيه ٢٢/٤.

(٤) ينظر: أنوار البروق وحواشيه ٢٢/٤.

(٥) ينظر: الأذكار ٣١٧/١، أسنى المطالب وحاشية الرمي ٤٨٧/٢، الفروع وتصحيحه ٩٢/١١، المبدع ١٣٨/٨، الإنصاف للمرداوي ١٥٢/١١.

(٦) ينظر: بدائع الصنائع ١٥٧/٣، غمز عيون البصائر ٢٣٦/٣.

المالكية^(١)، ووجه عند الشافعية^(٢)، ووجه عند الحنابلة^(٣)، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي^(٤)، وقرار هيئة المحاسبة للمراجعة والمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي AAOIFI)^(٥).

والمذهب عند الحنفية^(٦) الوجوب إذا كان الوعد معلقاً.

وخص بعض المالكية الوجوب بما إذا كان الواعد قد أدخل الموعد في التزام نتيجة لذلك الوعد^(٧).

واستدلوا على ذلك بأدلة، منها:

١- قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾^(٨) (٩).

(١) ينظر: البيان والتحصيل ١٧/٨، أنوار البروق وحواشيه ٢٠-٢١/٤ و٢٤ و٢٥.

(٢) ينظر: النجم الوهاج ٤/٢٨٦، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/٣٢٣.

(٣) ينظر: الفروع وتصحيحه ١١/٩٢، الإنصاف للمرداوي ١١/١٥٢، مطالب أولي النهى ٦/٤٣٦-٤٣٧.

(٤) في القرار رقم: ٤٠-٤١ (٢/٥ و ٣/٥) في الفقرة (ثانياً)، ونصه: «الوعد يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر»، ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥: ٢/١٥٩٩.

(٥) في الفقرة رقم: (٣/٤)، ونصه: «الوعد بفعل أو تصرف مالي مباح شرعاً يجب الوفاء به ديانة، بمعنى أن إخلاله بدون عذر إثم»، المعايير الشرعية ١١٩٠.

(٦) ينظر: غمز عيون البصائر ٣/٢٣٧، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام ١/٨٧.

(٧) ينظر: البيان والتحصيل ١٨/٨، أنوار البروق وحواشيه ٤/٢٥.

(٨) ينظر: سورة الصف، الآيتين رقم: (٢-٣).

(٩) ينظر: أنوار البروق وحواشيه ٤/٢٠.

وجه الدلالة:

أن الواعد إذا لم يفعل ما وعد به فقد قال ما لم يفعل، وكان ذلك كذباً محرماً^(١).

٢- قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِّشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ۖ إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ﴾ (٢)(٣).

وجه الدلالة:

أن الله عزَّ وجلَّ أمر بتعليق الوعد بالمشيئة؛ صيانةً للمؤمن عن الوقوع في إخلاف الوعد، فدل على وجوب الوفاء به^(٤).

نوقش: بأن الآية دالة على تحريم الوعد بغير استثناء، فيكون من وعد ولم يستثن عاصياً في وعده، فلا يجبر على المعصية^(٥).

٣- قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان)) (٦)(٧).

(١) ينظر: أنوار البروق وحواشيه ٢٠ / ٤.

(٢) سورة الكهف، الآيتين رقم: (٢٣-٢٤).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ١٥٧ / ٣.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ١٥٧ / ٣.

(٥) ينظر: المحلى بالآثار ٢٨٠ / ٦.

(٦) متفق عليه. صحيح البخاري: كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، ١ / ١٦، رقم الحديث: (٣٣). صحيح مسلم: كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق، ١ / ٧٨، رقم الحديث: (٥٩).

(٧) ينظر: أنوار البروق وحواشيه ٢٠ / ٤.

وجه الدلالة: أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذكر إخلاف الوعد في سياق الذم، وهذا يدل على تحريم إخلاف الوعد^(١).

ونوقش:

أ- بأن الحديث ليس على ظاهره، فليس كل من أخلف وعده يكون مذموماً أو ملوماً، فإن من عاهد على معصية أو وعد بما يحرم: فإنه لا يجوز له الوفاء بوعده هذا^(٢).

ب- أن المراد الإخلاف الذي يكون سجية وصفة للإنسان، فيكون كثير الإخلاف للوعد، فهذا وصف المنافق^(٣).

ثم اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى في الوعد - ومنه الوعد بالبيع أو بالشراء -، هل يُلزم الواعد به قضاءً أو لا، على قولين:

القول الأول: لا يُلزم الواعد بالبيع أو بالشراء قضاءً، وهو قول عند المالكية^(٤)، وقول الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)، والظاهرية^(٧).

(١) ينظر: أنوار البروق وحواشيه ٢٠ / ٤.

(٢) ينظر: المحلى بالآثار ٦ / ٢٧٩ - ٢٨٠.

(٣) ينظر: أنوار البروق وحواشيه ٢٥ / ٤.

(٤) ينظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال ٧ / ١١٤ - ١١٥.

(٥) ينظر: النجم الوهاج ٤ / ٢٨٦.

(٦) ينظر: مطالب أولي النهى ٦ / ٤٣٥.

(٧) ينظر: المحلى بالآثار ٧ / ٣٥ - ٣٦.

وبه صدر قرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI) مع تضمين الواعد ما تسبب به وعده من ضرر على الموعد^(١).

القول الثاني: يُلزم الواعد بالبيع أو بالشراء قضاءً، وهو قول الحنفية^(٢) في ما إذا كان الوعد معلقاً.

وقول المالكية^(٣) في ما إذا دخل الموعد في التزام بسبب الوعد. وقال بعضهم^(٤): يُلزم متى كان الوعد مقروناً بسبب -سواء تسبب الواعد في دخول الموعد في التزام بسبب الوعد أم لا-.
وبنحو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي^(٥).

(١) في الفقرة رقم: (٣/ ٤)، ونصه: «الوعد بفعل أو تصرف مالي مباح شرعاً... غير ملزم في القضاء، فإن ترتب على عدم الوفاء بالوعد ضرر على الموعد له: فيلزم الواعد التعويض عن الضرر قضاءً»، المعايير الشرعية ١١٩٠، وقد عبّر القرار في بعض الفقرات التالية كالفقرة (٣/ ٥) والفقرة (٣/ ٧) بالقول بالإلزام بالوعد قضاءً، والقول بالإلزام بالوعد قضاءً إذا أدخل الواعد الموعد في كلفة، ينظر: المعايير الشرعية ١١٩٠-١١٩١.

(٢) ينظر: غمز عيون البصائر ١/ ٨٧.

(٣) ينظر: المنتقى شرح الموطأ ٣/ ٢٢٧، شرح صحيح البخاري لابن بطال ٧/ ١١٤، أنوار البروق وحواشيه ٤/ ٢٥.

(٤) ينظر: المنتقى شرح الموطأ ٣/ ٢٢٧، شرح صحيح البخاري لابن بطال ٧/ ١١٤، أنوار البروق وحواشيه ٤/ ٢٥.

(٥) في القرار رقم: ٤٠-٤١ (٢/ ٥ و ٣/ ٥) في الفقرة (ثانياً)، ونصه: «الوعد... ملزم قضاءً إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعد في كلفة نتيجة الوعد»، ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥: ٢/ ١٥٩٩.

الترجيح:

بالنظر في أقوال الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى في المسألة، وما أوردوه من أدلة، وما ورد على بعضها من مناقشة: يتبين -والله أعلم- رجحان قول القائلين بتأكد استحباب الوفاء بالوعد، وعدم وجوبه ديانةً؛ لقوة ما استدلوا به، وما أوردوه على أدلة المخالفين من مناقشة.

ويترتب على القول بهذا القول: القول برجحان قول القائلين بعدم إلزام الواعد بوعده قضاءً؛ لأنه إذا أُلزم بالوعد: خرج عن كونه وعداً إلى كونه عقداً.

والقول بتضمين الواعد ما تسبب فيه وعده من ضرر على الموعد متجه؛ لكونه غرّه وأضرّه، بناءً على قاعدة: (الضرر يزال)، ولا يلزم من ذلك القول بإلزامه بوعده -والله أعلم-، والقول بالتضمين صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي^(١)، وقرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيو في AAOIFI)^(٢).

- (١) في القرار رقم: ٤٠-٤١ (٢/٥ و ٣/٥) في الفقرة (ثانياً)، ونصه: «يتحدد أثر الإلزام... إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر»، ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥: ٢/١٥٩٩.
- (٢) في الفقرة رقم: (٣/٤)، ونصه: «إن ترتب على عدم الوفاء بالوعد ضرر على الموعد له: فيلزم الواعد التعويض عن الضرر قضاءً»، المعايير الشرعية ١١٩٠.

أما قول من قال من المالكية بالإلزام بالوعد قضاءً إن دخل الموعد في التزام نتيجة الوعد: فقد حمله بعض المعاصرين^(١) على عقود التبرعات دون المعاوضات، وهو الأقرب - والله أعلم -.

الفرع الثاني: حكم البيع بالمعاطة:

يقصد بالمعاطة: العقد دون لفظ، بإعطاء الثمن وأخذ المثل من تراضٍ، أي: العقد بدون إيجاب أو قبول قولي من المتعاقدين مع الرضى^(٢).

وعدّ جمهور الفقهاء - من الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) - مما هو من قبيل المعاطة: ما لو كان اللفظ من أحدهما دون الآخر، وحصل منه - أي: الآخر - فعل يدلّ على الرضى، أي: أن

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧: ٢/ ٧٦٧، الأحكام الفقهية للوعد تأسيساً لعمل المؤسسات المالية الإسلامية ٢٢٦ و ٢٢٩.

(٢) ينظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٥/ ٢٩١-٢٩٢، رد المحتار ٤/ ٥١٣، مواهب الجليل ٤/ ٢٢٨، شرح مختصر خليل للخرشي وحاشية العدوي ٥/ ٥، تحفة المحتاج وحواشيها ٤/ ٢١٧، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٦، كشاف القناع ٣/ ١٤٨-١٤٩، مطالب أولي النهى ٨/ ٣.

(٣) ينظر: رد المحتار ٤/ ٥١٣.

(٤) ينظر: مواهب الجليل ٤/ ٢٢٩، شرح مختصر خليل للخرشي وحاشية العدوي ٥/ ٥.

(٥) ينظر: مغني المحتاج ٢/ ٣٢٦.

(٦) ينظر: المغني لابن قدامة ٣/ ٤٨١، الفروع وتصحيحه ٦/ ١٢٢، الإنصاف للمرداوي ٤/ ٢٦٣-٢٦٤، كشاف القناع ٣/ ١٤٨-١٤٩، مطالب أولي النهى ٨/ ٣.

يصدر الإيجاب والقبول من المتعاقدين من أحدهما قولاً ومن الآخر فعلاً مع الرضى. وخالف في ذلك بعض الحنفية^(١).

وقد اتفق الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى على انعقاد البيع - ونحوه - باللفظ الدال على الرضى^(٢)، واختلفوا في صحة عقد البيع - ونحوه - بالتعاطي على قولين:

القول الأول: صحة عقد البيع - ونحوه - بالمعاطاة، وهو قول جماهير أهل العلم من الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، وقول عند الشافعية^(٥)، وقول الحنابلة^(٦).

وقرروا انعقاد البيع - ونحوه - بما يدل عليه في العادة والعرف^(٧).

وأطلق بعضهم على المعاطاة: الدلالة الحالية^(٨).

واستدل أصحاب القول الأول على قولهم بما يلي:

- (١) ينظر: النهر الفائق ٣/ ٣٣٩.
- (٢) ينظر: مواهب الجليل ٤/ ٢٢٨.
- (٣) ينظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٥/ ٢٩١ و ٢٩٣.
- (٤) ينظر: مواهب الجليل ٤/ ٢٢٨، بلغة السالك ٣/ ١٤ و ١٦.
- (٥) ينظر: تحفة المحتاج وحواشيها ٤/ ٢١٧.
- (٦) ينظر: المغني لابن قدامة ٣/ ٤٨١، كشف القناع ٣/ ١٤٨.
- (٧) ينظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٥/ ٢٩١، مواهب الجليل ٤/ ٢٢٨-٢٢٩، بلغة السالك ٣/ ١٤ و ١٦، تحفة المحتاج وحواشيها ٤/ ٢١٧، الإنصاف للمرداوي ٤/ ٢٦٤، كشف القناع ٧/ ٣٠١.
- (٨) ينظر: كشف القناع ٣/ ١٤٨-١٤٩.

١- أن المعتبر في العقود المعنى^(١).

٢- أنه لم يثبت اشتراط اللفظ في عقد البيع بالإيجاب والقبول من المتعاقدين، ولم ينقل عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا عن صحابته رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أنهم التزموا الإيجاب والقبول في مبيعاتهم، ولو استعملوه لنقل ذلك نقلاً متواتراً، ولو وجب لبينه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأمر به؛ فوجب حينئذ الرجوع للعرف، كسائر الألفاظ المطلقة^(٢).

٣- أن المعاطاة وإن انتفت منها دلالة الوضع، ففيها دلالة العرف، لأن المقصود من المبيعات أخذ ما في يد الغير بدفع عوض عن طيب نفس من المتبايعين، فتكفي في ذلك دلالة العرف على الرضى، سواء كان بالقول أو بالفعل^(٣).

٤- أن البيع والشراء بالمعاطاة عليه عمل المسلمين في أسواقهم ومبيعاتهم من عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى يومنا هذا^(٤).

القول الثاني: عدم صحة عقد البيع - ونحوه - بالمعاطاة، بل لا بد من الصيغة القولية، وهو قول عند المالكية^(٥)، وقول الشافعية^(٦).

(١) ينظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٢٩١ / ٥.

(٢) ينظر: تحفة المحتاج وحواشيها ٢١٧ / ٤، المغني لابن قدامة ٤٨١ / ٣، كشف القناع ١٤٨ / ٣.

(٣) ينظر: مواهب الجليل ٢٢٨ - ٢٢٩.

(٤) ينظر: المغني لابن قدامة ٤٨١ / ٣، كشف القناع ١٤٨ / ٣.

(٥) ينظر: مواهب الجليل ٢٢٨ / ٤.

(٦) ينظر: تحفة المحتاج وحواشيها ٢١٦ / ٤.

واختلف الشافعية في عدّه من الصغائر أو الكبائر^(١).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١- قول الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٢) (٣).

٢- قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إنما البيع عن تراض))^(٤) (٥).

وجه الدلالة من الآية والحديث:

أن الآية والحديث اشترطا لصحة عقد البيع: التراضي، وهو أمر خفيّ، فلا بد من إناطته بأمر ظاهر، وهو الصيغة، فاشترط لذلك الإيجاب القولي^(٦).

(١) ينظر: تحفة المحتاج وحواشيها ٤/ ٢١٧، فتوحات الوهاب ٣/ ٨.

(٢) سورة النساء، الآية رقم: (٢٩).

(٣) ينظر: تحفة المحتاج وحواشيها ٤/ ٢١٦.

(٤) أخرجه ابن ماجه وابن حبان والبيهقي. سنن ابن ماجه: كتاب التجارات، باب بيع الخيار، ٢/ ٧٣٧، رقم الحديث: (٢١٨٥). صحيح ابن حبان: كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه، ١١/ ٣٤١، رقم الحديث: (٤٩٦٧). السنن الكبرى للبيهقي: كتاب البيوع، جماع أبواب بيع الكلاب وغيرها مما لا يحل، باب ما جاء في بيع المضطر وبيع المكره، ٦/ ٢٩، رقم الحديث: (١١٠٧٥). قال البوصيري في مصباح الزجاجة ٣/ ١٧: إسناده صحيح، رجاله ثقات.

(٥) ينظر: تحفة المحتاج وحواشيها ٤/ ٢١٦.

(٦) ينظر: تحفة المحتاج وحواشيها ٤/ ٢١٦، المبدع ٤/ ٦.

ونوقش استدلالهم:

أن الدلالة على الرضى تكون بالفعل كما تكون بالقول، وقد جاء التراضي في الآية والحديث مطلقاً من غير تقييد^(١).

ثم اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى في ما تنعقد فيه المعاطة من الأموال، على قولين:

القول الأول: تصح المعاطة في النفيس والخسيس من الأموال، وهو قول الحنفية^(٢)، وقول المالكية^(٣)، وقول عند الشافعية^(٤)، والمذهب عند الحنابلة^(٥).

القول الثاني: تنعقد المعاطة في المحقّرات دون نفائس الأموال، وهو قول عند الحنفية^(٦)، وقول عند الشافعية^(٧)، ورواية عند الحنابلة^(٨).

(١) ينظر: مواهب الجليل ٢٢٨/٤.

(٢) ينظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٢٩٢/٥ و٢٩٣، رد المحتار ٥١٣/٤.

(٣) ينظر: مواهب الجليل ٢٢٨/٤، بلغة السالك ١٤/٣.

(٤) ينظر: تحفة المحتاج وحواشيها ٢١٧/٤.

(٥) ينظر: المغني لابن قدامة ٤٨١/٣، كشف القناع ١٤٨/٣.

(٦) ينظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٢٩٢/٥ و٢٩٣، رد المحتار ٥١٣/٤-٥١٤.

(٧) ينظر: تحفة المحتاج وحواشيها ٢١٧/٤.

(٨) ينظر: المغني لابن قدامة ٤٨١/٣، كشف القناع ١٤٨/٣.

ثم اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى القائلين بصحة عقد البيع - ونحوه - بالمعاطاة: هل يلزم فيها التعاطي من المتعاقدين كليهما أو يكفي إعطاء أحدهما (بحيث يثبت البيع بقبض أحد البديلين)؟ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يكفي في المعاطاة إعطاء أحد المتعاقدين، وهو قول عند الحنفية^(١)، وقول عند الشافعية^(٢)، وقول الحنابلة^(٣).

القول الثاني: لا بد في المعاطاة من تعاطي المتعاقدين كليهما، وهو قول الحنفية^(٤)، وقول المالكية - إن كانت المعاطاة محضة عارية عن القول من الجانبين -^(٥).

القول الثالث: لا بد في المعاطاة من تسليم المبيع مع بيان الثمن - في ما ثمنه غير معلوم -، وهو قول عند الحنفية^(٦)، وقول عند الشافعية^(٧).

وقرر الحنابلة^(٨) لصحة المعاطاة معاقبة القبض أو الإقباض؛ وعللوا لذلك: بأنه «إذا اعتبر عدم التأخير بين الإيجاب والقبول اللفظي - حتى

(١) ينظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٥/ ٢٩١-٢٩٣، رد المحتار ٤/ ٥١٣-٥١٤.

(٢) ينظر: تحفة المحتاج وحواشيها ٤/ ٢١٧.

(٣) ينظر: كشف القناع ٣/ ١٤٩، مطالب أولي النهى ٣/ ٧ و٩.

(٤) ينظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٥/ ٢٩١-٢٩٢، رد المحتار ٤/ ٥١٣.

(٥) ينظر: مواهب الجليل ٤/ ٢٢٩، شرح مختصر خليل للخرشي وحاشية العدوي ٦/ ٥.

(٦) ينظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٥/ ٢٩٢، رد المحتار ٤/ ٥١٣.

(٧) ينظر: تحفة المحتاج وحواشيها ٤/ ٢١٧.

(٨) ينظر: كشف القناع ٣/ ١٤٩، مطالب أولي النهى ٣/ ٨-٩.

يتفرقا عن المجلس، أو يتشاغلا بما يقطعه عرفاً-، فاعتبار عدم التأخير في المعاطاة من باب أولى^(١). أما المالكية^(٢): فلم يشترطوا التعقيب ما دام المتعاقدان المتعاطيان في المجلس، ولم يحصل فصل كلامي يعدّ في العرف إعراضاً عن العقد، أما الفصل بالكلام اليسير الأجنبي عن العقد فلا يضر.

الترجيح:

بالنظر في خلاف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في مسائل هذا الفرع، وما أورده أصحاب كل قولٍ من أدلة لما ذهبوا إليه، وما ورد على بعضها من مناقشة: يتبين -والله أعلم- ما يلي:

١- رجحان قول القائلين بصحة عقد البيع -ونحوه- بالمعاطاة؛ لقوة ما استندوا عليه، وورود المناقشة على ما استدل به من خالفهم.

٢- رجحان قول القائلين بصحة المعاطاة في النفيس والخسيس من الأموال؛ لعدم ورود الدليل على التفريق، ولأنه إن صح عقد البيع -ونحوه- بالمعاطاة: فالتفريق بين الخسيس والنفيس من الأموال في هذا العقد تحكم لا دليل عليه.

٣- رجحان قول القائلين بأنه يكفي في المعاطاة إعطاء أحد المتعاقدين، وأنه لا يلزم تعاطي المتعاقدين كليهما، ولا يلزم تسليم المبيع

(١) ينظر: كشاف القناع ٣/ ١٤٩، مطالب أولي النهى ٣/ ٨-٩.

(٢) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي وحاشية العدوي ٥/ ٦.

وبيان الثمن؛ لأن عقد البيع - ونحوه - بالمعاطاة لا يختلف عن عقده بالإيجاب والقبول اللفظي، وإنما أوجب لصحتها إعطاء أحد المتعاقدين: لأجل الدلالة على العقد والرضى فيه، حيث إنه لا يعلم بدون لفظ إلا بوجود الفعل الدال عليه، فاشتراط لذلك أقل ما يدل عليه، وهو الإعطاء من أحدهما - والله أعلم -.

٤- أن الخلاف بين المالكية والحنابلة في اشتراط معاينة القبض والإقباض: يشبه أن يكون لفظياً، من حيث اتفاقهم على اشتراط كون المعاطاة في نفس المجلس، وأن لا يكون ثمة فصل يدل على الإعراض عن العقد - والله أعلم -.

وقد نص نظام المعاملات المدنية السعودي على أن الإيجاب والقبول يكون بكل ما يدل على الإرادة^(١).

كما أجاز أن يكون التعبير عن الإرادة بالمعاطاة، وأن يكون صريحاً أو ضمنياً، ما لم يقتض الاتفاق أو تقتض طبيعة المعاملة خلاف ذلك^(٢).

كما نص على اعتبار عرض البضائع والخدمات مع بيان ثمنها إيجاباً، ما لم تقم دلائل تفيد خلاف ذلك^(٣). فإذا كان ذلك كذلك: فمن باب أولى أن يعدّ إصدار الفاتورة الضريبية إيجاباً.

(١) ينظر: الفقرة (١) من المادة (٣٣).

(٢) ينظر: الفقرة (٢) من المادة (٣٣).

(٣) ينظر: الفقرة (١) من المادة (٣٤).

تنزيل الأحكام على المسألة:

إذا تبين هذا: فإن صورة مسألة هذا المبحث، وهي: (أن يستقر الطرفان المتفاوضان على قيمة العقد، فيقوم الراغب في الشراء بسداد ضريبة التصرفات العقارية بناءً على طلب الراغب في البيع الذي تولى إصدار الفاتورة الضريبية، دون أن يحصل بينهما إيجاب وقبول صريح في البيع والشراء): قد أشبهت -بناءً على ما سبق ذكره في تمهيد هذا المبحث- مسألة الوعد والإلزام به، ومسألة المعاطاة، وقد سبق بيان حكم كلٍّ من المسألتين.

أما مسألة الوعد والإلزام به:

فقد تقرر أن سداد المشتري للضريبة ناشئ عن وعد البائع له بالبيع؛ ذلك أنه لا يمكن إصدار فاتورة ضريبة التصرفات العقارية إلا عن طريق مالك العقار (البائع)، وبعد تعيين قيمة بيع العقار التي يُحدّد مقدار الضريبة بناءً عليها.

وقد سبق بيان حكم الوعد، وأنه يتأكد استحباب الوفاء به، وأن الراجح عدم وجوب الوفاء به ديانةً، وأن الواعد لا يُلزم به قضاءً، وأن الواعد يضمن إن غرّ الموعد بوعده.

وبناءً على ذلك: ففي صورة مسألة هذا المبحث: فإن سداد الراغب بالشراء ضريبة التصرفات العقارية لا يترتب عليه إلزام الراغب في البيع بالبيع قضاءً نتيجة لوعده، ولا يجب عليه الوفاء به ديانةً، وإن

كان يتأكد استحباب ذلك له -والله أعلم- . خصوصاً أن سداد الراغب في الشراء لا يترتب عليه التزام أو فوات حق؛ ذلك أن المبلغ الضريبي المدفوع يمكن استرداده -كما سبق إيضاحه في المطلب الرابع من التمهيد-؛ لكون التصرف العقاري لم يكتمل أو أنه جرى إلغاؤه.

أما مسألة المعاطاة:

فقد سبق بيان حكم المعاطاة، وأن الراجح صحة عقد البيع -ونحوه- بها، وانعقاد البيع بكل ما يدل عليه في العادة والعرف، وأنها تصح في النفيس والخسيس من الأموال، وأنه يكفي فيها إعطاء أحد المتعاقدين، واشترط أن يكون القبض أو الإقباض في نفس المجلس، وأن لا يكون ثمت فصل في الكلام يدل في العرف على الإعراض عن العقد.

وقد تقدم تقرير كون إصدار البائع الفاتورة الضريبية يمكن أن يُعدَّ إيجاباً، وسداد المشتري لها يمكن أن يُعدَّ قبولاً، وذلك بدلالة الحال (بالفعل دون التصريح باللفظ).

ولأجل حمل هذه الصورة على المعاطاة -ولما تقرر من كلام جمهور الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى من أن البيع ينقذ بما يدل عليه في العادة والعرف-: فإنه يجب أولاً أن يستقر العرف على الاعتداد بكون إصدار الفاتورة الضريبية من البائع إيجاباً، وسداد المشتري لها قبولاً، وأن يدل ذلك عادةً على الرضى بالعقد بدلالة الحال، أما حيث لم يستقر العرف بها: فإنه لا يمكن جعلها كذلك، ولا الحكم بلزوم العقد بين المتعاقدين بذلك.

ثم إنه تقدم تقرير اشتراط إعطاء أحد المتعاقدين في المعاطاة، وفي هذه الصورة: يتعين ابتداءً النظر في حقيقة الضريبة المدفوعة إلى الجهة المختصة بتحصيلها: هل تعدّ جزءاً من ثمن السلعة أو مبلغاً خارجاً عنها؟ فحيث قيل بأنها جزء من ثمن السلعة: فإنه يمكن القول حينئذٍ بدخولها في صور المعاطاة - حال استقرار العرف بها كما مرّ آنفاً -، وحيث قيل بأنها مبلغ مستقل عن ثمن السلعة، يُدفع لطرف ثالث - وهو الأقرب -: فإنه لا بد من قبض المشتري للعقار في مجلس العقد؛ ليتحقق شرط الإعطاء من أحد المتعاقدين؛ وإلا فإن المسألة تُشكل من حيث عدم قبض أحد العوضين في مجلس العقد، فالمبيع (العقار) لم يُقبض، والتمن لم يُسلم للبائع منه شيء، فدخلت المسألة في صورة بيع الدين بالدين، أو بيع الكالئ بالكالئ، وقد أجمع العلماء رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى على أن بيع الدين بالدين لا يجوز^(١). على أنه إن قبض المشتري العقار في مجلس العقد، لم يُعدّ لسداد المشتري للضريبة أثر في العقد؛ حيث إن البيع بالمعاطاة انعقد بتسليم العقار للمشتري، ورضى البائع بالبيع - والله أعلم -.

وتنبغي عند ذلك الإشارة إلى أن المعتبر حال كون ذلك كله في مجلس العقد، أما إن تفرّق المتعاقدان أو حصل فصل يدل على الإعراض

(١) ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء ٦/ ٤٤، المغني لابن قدامة ٤/ ٣٧، الإقناع في مسائل الإجماع ٢/ ٢٣٤.

عن العقد: فإن العقد لا يعد لازماً، إلا في حال كون الإيجاب ممتداً - على القول بجواز الإيجاب الممتد وصحته -^(١)، والله أعلم.

المطلب الثاني: أثر سداد المشتري ضريبة التصرفات العقارية على العقد:

سبق في المطلب الأول من هذا المبحث الإشارة إلى شيء من الآثار المترتبة على سداد المشتري ضريبة التصرفات العقارية، من تلك الآثار ما ينشأ عن مسألة الوعد، ومنها ما ينشأ عن مسألة المعاطاة.

أولاً: الآثار الناشئة عن مسألة الوعد:

سبق في ترجيح المسألة بيان رجحان القول القائل بتأكد استحباب الوفاء بالوعد، وعدم وجوبه ديانة، ويترتب على هذا القول من الآثار:

١ - عدم نشوء العقد بمجرد الوعد - وذلك في صورة إصدار البائع للفاتورة الضريبية وسداد المشتري لها -.

وقد قرر نظام المعاملات المدنية السعودي نحو ذلك، حيث إنه نص على أنه «إذا حصل التفاوض على عقد ما: فإنه لا يترتب ذلك على أطراف التفاوض التزاماً بإبرام هذا العقد»^(٢).

(١) ينظر إلى الدراسات والأبحاث في مسألة الإيجاب الممتد، ومنها: الإيجاب الممتد والقبول الحكمي وتطبيقاته المعاصرة، الإيجاب والقبول ونوازلهما المعاصرة، الإيجاب الممتد دراسة فقهية مقارنة بنظام المعاملات المدنية.

(٢) ينظر: الفقرة (١) من المادة (٤١).

٢- أن الواعد -وهو البائع الذي تولى إصدار الفاتورة الضريبية للتصرف في العقار- لا يُلزم بوعده قضاءً.

أما نظام المعاملات المدنية السعودي فقد فصل في ذلك: حيث إنه قرر أن الوعد لا يكون ملزماً في الأصل، إلا أنه إذا حدد الطرفان المسائل الجوهرية في العقد المراد إبرامه، وتوفرت شروطه عند إنشاء الوعد، وعيّن الطرفان المدة التي يجب إبرام العقد فيها، فإنه حينئذٍ يكون ملزماً^(١).

وقرر أن الواعد إذا امتنع عن تنفيذ الوعد، وطالبه الموعود به، وكانت شروط العقد متوفرة: فإن حكم المحكمة -حال صدوره- يقوم مقام العقد^(٢).

٣- أن الواعد -وهو البائع الذي تولى إصدار الفاتورة الضريبية للتصرف في العقار- يضمن ما تسبب فيه وعده من ضرر على الموعود -وهو المشتري الذي تولى سداد ضريبة التصرفات العقارية-.

وقد أشار نظام المعاملات المدنية السعودي إلى نحو هذا المعنى، حيث إنه نص في مسألة ما إذا لم تكن للإيجاب مدة معينة: أن «على الموجب إذا عدل إعلام من وجه إليه الإيجاب بذلك، وإلا لزم الموجب

(١) ينظر: الفقرة (١) من المادة (٤٣).

(٢) ينظر: الفقرة (٢) من المادة (٤٣).

تعيضه عما لحقه من ضرر، ولا يشمل ذلك ما فاتته من كسب متوقع من العقد الذي عدل عن إبرامه»^(١).

ثانيًا: الآثار الناشئة عن مسألة المعاطة:

سبق في ترجيح المسألة بيان رجحان القول القائل بصحة وانعقاد البيع بالمعاطة، وأن البيع ينقذ بكل ما يدل عليه عرفًا، ويترتب على هذا القول من الآثار:

لزوم عقد البيع بإصدار البائع الفاتورة الضريبية وسداد المشتري لها - إن استقر العرف باعتبار إصدار البائع للفاتورة الضريبية إيجابًا، وسداد المشتري لها قبولًا -.

(١) ينظر: الفقرة (٢) من المادة (٣٥).

المبحث الثاني

سداد البائع ضريبة التصرفات العقارية

المطلب الأول: التكييف الفقهي لسداد البائع ضريبة التصرفات العقارية:

صورة المسألة: أن يستقر الطرفان المتفاوضان على قيمة العقد، فيقوم الراغب في البيع بسداد ضريبة التصرفات العقارية بناءً على طلب الراغب في الشراء، دون أن يحصل بينهما إيجاب وقبول صريح في البيع والشراء.

وقد سبق في المطلب الأول من المبحث الأول دراسة مسألة سداد المشتري ضريبة التصرفات العقارية، كما سبق عرض العقود والمسائل والصور الفقهية التي تشبهها بوجه ما، والتي هي: العربون، والرهن، وخيار الشرط، والبيع المعلق على شرط، والوعد، والمعاطة.

وبالإحالة إلى ما جرى تفصيله وبسط الكلام عليه في تلك الصور والعقود يتبين أنه لا يمكن تكييف صورة سداد البائع للضريبة ولا حملها على أيٍّ منها، إلا صورة واحدة، وهي صورة الوعد؛ وذلك لما يلي:

١- أن العربون والرهن: عقدا استيثاق يكون المبلغ المعطى فيهما من المشتري، أما في هذه الصورة فالمبلغ المسدد من البائع.

٢- أن خيار الشرط والبيع المعلق على شرط: إنما يكون في بيع منعقدٍ تحققت فيه شروطه (ومنها: شرط الصيغة «الإيجاب والقبول» قولية كانت أو فعلية «المعاطاة»)، وهنا لم ينعقد البيع.

٣- أن المعاطاة إنما تكون بإعطاء الثمن أو أخذ المثلث مع الدلالة على الرضى، وفي هذه الصورة لم يحصل أي من الأمرين، ولو حصل من البائع إعطاء للمثلث -وهو العقار- وتسليمه للمشتري، فإن المعاطاة حصلت بهذا الإعطاء، ولا أثر لسداد البائع الضريبة.

فلم يبق إلا صورة الوعد، وهي أليق الصور بهذه المسألة، حيث إن إصدار البائع الفاتورة الضريبية وسداده لها، إنما كان لوعده أنشاء الراغب في الشراء؛ خصوصاً أن إجراءات إصدار الفاتورة الضريبية تتطلب إدخال بيانات طرفي التعاقد، مما يشير إلى نشوء الوعد بينهما.

وقد سبق تحرير محل النزاع في مسائل الوعد بما يغني عن إعادته هنا، كما سبق عرض خلاف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى فيها، وما استدل به أصحاب كل قولٍ من أدلة في كل مسألة، وما أورد على بعضها من مناقشة، كما سبق بيان الراجح في تلك المسائل، وأن الأقرب -والله أعلم- استحباب الوفاء بالوعد، وعدم وجوبه ديانةً، وعدم إلزام الواعد بوعده قضاءً، وأن القول بتضمين الواعد ما تسبب فيه وعده من ضرر على الموعد متجه، ولا يلزم من ذلك القول بإلزامه بوعده.

وفي صورة المسألة: فإنه يتأكد استحباب وفاء الراغب في الشراء بوعده بالشراء، ولا يجب عليه ذلك ديانةً، ولا يلزم الراغب في الشراء

بالشراء قضاءً، ولكن يمكن تضمينه ما ترتب على وعده من ضرر -والله أعلم-، على أن سداد الراغب في البيع الضريبة لا يترتب عليه نشوء التزام أو فوات حق؛ ذلك أن المبلغ الضريبي المدفوع يمكن استرداده -كما سبق إيضاحه في المطلب الرابع من التمهيد-؛ لكون التصرف العقاري لم يكتمل أو أنه جرى إلغاؤه.

المطلب الثاني: أثر سداد البائع ضريبة التصرفات العقارية على العقد:

سبق في المطلب الثاني من المبحث الأول ذكر الآثار الناشئة عن سداد المشتري ضريبة التصرفات العقارية، ولا يختلف الحال كثيراً في صورة سداد البائع ضريبة التصرفات العقارية، فمن تلك الآثار:

١- عدم نشوء العقد بمجرد الوعد -وذلك في صورة إصدار البائع للفاتورة الضريبية وسداده لها-.

وقد قرر نظام المعاملات المدنية السعودي نحو ذلك، حيث إنه نص على أنه «إذا حصل التفاوض على عقد ما: فإنه لا يترتب ذلك على أطراف التفاوض التزاماً بإبرام هذا العقد»^(١).

٢- أن الواعد -وهو الراغب في الشراء- لا يلزم بوعده قضاءً.

أما نظام المعاملات المدنية السعودي فقد فصل في ذلك -كما سبق بيانه-: حيث إنه قرر أن الوعد لا يكون ملزماً في الأصل، إلا أنه إذا

(١) ينظر: الفقرة (١) من المادة (٤١).

حدد الطرفان المسائل الجوهرية في العقد المراد إبرامه، وتوفرت شروطه عند إنشاء الوعد، وعيّن الطرفان المدة التي يجب إبرام العقد فيها، فإنه حينئذٍ يكون ملزماً^(١).

وقرر أن الواعد إذا امتنع عن تنفيذ الوعد، وطالبه الموعود به، وكانت شروط العقد متوفرة: فإن حكم المحكمة - حال صدوره - يقوم مقام العقد^(٢).

٣- أن الواعد - وهو المشتري - يضمن ما تسبب فيه وعده من ضرر على الموعود - وهو البائع الذي تولى سداد ضريبة التصرفات العقارية -.

وقد أشار نظام المعاملات المدنية السعودي إلى نحو هذا المعنى، حيث إنه نص في مسألة ما إذا لم تكن للإيجاب مدة معينة: أن «على الموجب إذا عدل إعلام من وجه إليه الإيجاب بذلك، وإلا لزم الموجب تعويضه عما لحقه من ضرر، ولا يشمل ذلك ما فاتته من كسب متوقع من العقد الذي عدل عن إبرامه»^(٣).

(١) ينظر: الفقرة (١) من المادة (٤٣).

(٢) ينظر: الفقرة (٢) من المادة (٤٣).

(٣) ينظر: الفقرة (٢) من المادة (٣٥).

المبحث الثالث

تطبيقات قضائية في سداد أحد المتعاقدين ضريبة التصرفات العقارية

المطلب الأول: التطبيق القضائي الأول:

ملخص الدعوى:

رفعت المدعية (شركة.....) دعوها ضد المدعى عليه الأول (البائع) وضد المدعى عليها الثانية (المشتري)، زاعمة أنها قد اشترت من المدعى عليه عدة قطع أراضٍ واقعة في مدينة الرياض، بمبلغ وقدره: (١٥,٣٦٠,٠٠٠) خمسة عشر مليوناً وثلاث مئة وستون ألف ريال، وأن المدعى عليه (البائع) قد أصدر الفاتورة الضريبية بقيمة (٧٦٨,٠٠٠) سبع مئة وثمانية وستين ألف ريال، وأنه تم الإيجاب والقبول بين البائع والمشتري، إلا أن المدعى عليه امتنع عن إفراغ العقار للمدعية، وامتنع عن استلام قيمة المبيع، وقام ببيع العقار للمدعى عليها (المشتري) بقيمة قدرها: (١٦,٣٢٠,٠٠٠) ستة عشر مليوناً وثلاث مئة وعشرون ألف ريال.

واستندت المدعية في دعوها أن الإيجاب والقبول قد انعقد بين البائع والمشتري، وأن البائع قد أصدر الفاتورة الضريبية، وأن المدعية قامت بسدادها، وبناءً على ذلك: فإن المدعية تطلب إثبات ملكيتها للعقارات محل الدعوى.

وقدمت المدعية البيانات التالية: ١- الفاتورة الضريبية التي أصدرها المدعى عليه. ٢- إيصال سداد المدعية للفاتورة الضريبية. ٣- شيك مصدق من المدعية بقيمة المبيع.

ودفع المدعى عليه بأمور شكلية وإجرائية وموضوعية، أهمها: ١- إنكار حصول البيع ووقوع الإيجاب والقبول بين المدعية والمدعى عليه. ٢- التمسك بأن إصدار الفاتورة الضريبية لا يدل على وقوع تصرف البيع من البائع وتلاقي الإيجاب والقبول، وإنما هو مجرد تحضير وتجهيز للأوراق اللازمة التي تشرطها الجهات الرسمية، وإثبات لجديّة المتعاقدين ورغبتهما في المبيعة، وأنه لم يكن ثمت بائع ولا مشتري، وإنما واعد بالمبيع وطالب للشراء.

وأجابت المدعية بـ: ١- أن الإيجاب حصل من المدعى عليه بإصداره للفاتورة الضريبية بقيمة البيع المنصوص عليها، وأن القبول حصل من المدعية بسدادها الفاتورة الضريبية. ٢- لم تسلم المدعية بأن إصدار الفاتورة الضريبية لا يدل على وقوع التصرف بالمبيع، وأنه مجرد تجهيز وتحضير للأوراق، وإثبات للجديّة، بل هو في حقيقته بدء أو استكمال لإجراءات إفراغ العقار بعد تمام البيع؛ لأن الفاتورة الضريبية شرط للإفراغ، فيكون إصدار الفاتورة الضريبية بتعيين القيمة وتعيين العين المبيعة إتماماً لإجراءات البيع المنعقد، وليس تحضيراً لبيع قد يقع، واستندت في ذلك على المادة (٣٣) من نظام المعاملات المدنية، والتي تنص على أن: «الإيجاب يكون بكل ما يدل على الإرادة»، وعلى المادة

(٣١) من نظام المعاملات المدنية، والتي تنص على أن «العقد ينشأ بارتباط الإيجاب بالقبول لإحداث أثر نظامي». ٣- قررت المدعية أن يبيع المدعى عليه العقار للمدعى عليها بعد ذلك: يعد من قبيل بيع ما لا يملك. ٤- أشارت المدعية إلى إمكانية تخريج سدادها لضريبة التصرفات العقارية على مسألة بيع العربون.

وجرت المرافعة والمدافعة والمخاصمة في ذلك بين أطراف الدعوى، كما وجهت الدائرة القضائية عدداً من الاستفسارات إلى الأطراف، وأحضرت من له صلة بالواقعة، وسمعت منه أقواله، ثم رأت الدائرة صلاحية القضية للحكم فيها.

أسباب الحكم:

نصها: «بناءً على ما أورده أطراف القضية من الدعوى والإجابة، وأن المدعية تطلب إثبات ملكية العقار محل الدعوى لصالحها -والمملوك للمدعى عليها لكونها اشترت العقار من المدعى عليه الذي قام ببيعه عليها بعد انعقاد البيع بينهما-، وبما أن المدعى عليه أنكر بيع العقار للمدعية، وبما أن بينة المدعية الفاتورة الضريبية التي أصدرها المدعى عليه، وهي تفيد الإيجاب والقبول من الطرفين، وبما أن العقار انتقل بصفة رسمية إلى المدعى عليها، ولم تثبت المدعية وجود سوء النية من المدعى عليها في تملكها للعقار محل الدعوى، مما يجعل الأصل حسن النية من المدعى عليها في انتقال العقار لها، ولما جاء في نظام المعاملات المدنية في المادة السادسة والثمانين ما نصه: «١- لا يحتج

بإبطال العقد تجاه الخلف الخاص للمتعاقد إذا كسب حقاً عينياً معاوضةً بحسن نية. ٢- يعد الخلف الخاص حسن النية إذا كان عند التعاقد لا يعلم سبب إبطال عقد سلفه، ولم يكن بمقدوره أن يعلم لو أنه بذل من الحرص ما تقتضيه ظروف الحال من الشخص المعتاد»، وبما أن العقار انتقل للمدعى عليها بمبايعة رسمية عن طريق كتابة العدل، فلم يظهر لها ما يوجب إبطال عقدها مع المدعى عليه؛ وخصوصاً أن الأصل حسن النية من قبلها، ولم يثبت خلافه».

الحكم الابتدائي:

صدر الحكم الابتدائي في هذه الدعوى من الدائرة التاسعة بالمحكمة العامة بالرياض بتاريخ ١٤٤٥ / ٠٨ / ٠٩ هـ، وذلك برد دعوى المدعية في طلب إثبات تملك العقار محل الدعوى.

حكم الاستئناف:

اعترضت المدعية على الحكم الابتدائي، وتقدمت بلائحة اعتراضية تضمنت أسباب الاعتراض، موجزها: ١- أن الدائرة القضائية تجاوزت أصل الدعوى بعدم مناقشتها للبيع بين المدعية والمدعى عليه، وعدلت عن ذلك إلى النظر في الوقائع بعد الواقعة الأساسية. ٢- أكدت المدعية في لائحته على ثبوت المبايعة بين الأطراف للعقار، واقتران إيجاب البائع بإصدار الفاتورة الضريبية، واقتران قبول المشتري بسدادها. ٣- أن العقار ثبتت ملكيته للمدعية بانعقاد العقد، وبيع المدعى عليه للعقار بعد ذلك هو من بيع ما لا يملك.

وتقدم المدعى عليه برّد على اللائحة الاعتراضية للمدعية، موجزه:

١- إنكار انعقاد البيع بين المدعية والمدعى عليه. ٢- إصدار الفاتورة الضريبية لا يعد إيجاباً، بل هو تهينة وتحضير للبيع، بشهادة الوسيط العقاري أن المدعى عليه أكد له على أن إصدار الفاتورة الضريبية لا يعني موافقته على البيع، واستند على القاعدة الفقهية: «لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح»، فلا عبرة بدلالة إصدار الفاتورة الضريبية وسدادها على انعقاد البيع، في مقابل تصريح المدعى عليه بعدم اعتبارها كذلك. ٣- امتناع المدعى عليه من توقيع العقد الورقي المقدم من المدعية دليل صريح في عدم انعقاد البيع؛ إلى حين استلام كامل الثمن، والإفراغ.

وصدر حكم الاستئناف من الدائرة الحقوقية الرابعة بمحكمة الاستئناف بالرياض بتاريخ ١٤٤٥/١٠/٠٩ هـ متضمناً: أن الدائرة لم تجد في ما أوردته المعارضة في اعتراضها ما يؤثر على الحكم، وأن الحكم المستأنف قد تضمن الرد عليه، وانتهت إلى صحة ما انتهت له الدائرة في حكمها محمولاً على أسبابه، وحكمت برد الاستئناف موضوعاً، وتأييد الحكم الصادر من الدائرة العامة التاسعة بالمحكمة العامة بالرياض.

التعليق على الواقعة القضائية والأحكام:

بالنظر في وقائع الدعوى، والأسباب التي بنيت عليها الأحكام، والأحكام الصادرة فيها:

يتبين موافقة الأحكام لما توصلت إليه هذه الدراسة من نتائج، والتي من أبرزها: أنه لا يمكن اعتبار إصدار البائع الفاتورة الضريبية إيجاباً، وسداد المشتري لها قبولاً إلا: باستقرار العرف بذلك، ودلالة ذلك في العادة على الرضى بالعقد، مع اعتبار الضريبة جزءاً من الثمن. وهنا في هذه الواقعة يتبين: عدم استقرار العرف بذلك، وعدم دلالة ذلك على الرضى، مع عدم اعتبار الضريبة جزءاً من الثمن، وبالتالي: فإنه مع تخلف كل هذه الشروط: لا يمكن اعتبار ذلك إيجاباً وقبولاً.

وتجدر الإشارة: إلى أن تسبب الدائرة القضائية لم يكن كافياً في إيضاح وتكييف الحال في الواقعة، وكان من الأوفق التصريح بعدم انعقاد البيع؛ لعدم اعتبار إصدار البائع الفاتورة الضريبية إيجاباً، وسداد المشتري لها قبولاً.

المطلب الثاني: التطبيق القضائي الثاني:

ملخص الدعوى:

رفعت المدعية (شركة.....) دعوها ضد المدعى عليها (شركة.....)، والتي تذكر فيها أن المدعى عليها باعت قطع الأراضي الواقعة مدينة الرياض، بسعر ٦,٥٠٠ ريال للمتر الواحد، مع كونها قد أصدرت الفاتورة الضريبية لسداد ضريبة التصرفات العقارية للمدعية، وقامت المدعية بسدادها، وامتنعت المدعى عليها عن تحديد موعد للإفراغ، ثم تفاجأت المدعية بخطاب أرسلته إليها المدعى عليها

يتضمن أنه لم يتم بيع القطع المذكورة، وأن ما صدر عنها كان مجرد رغبة في البيع، وأنها لا تباع إلا بعد استلام الثمن. وتطالب المدعية بإثبات البيع، وإلزام المدعى عليها بإفراغ العقار محل الدعوى.

واستندت المدعية في دعواها على: ١- أن البيع والشراء ينعقد بكل ما يدل على الإيجاب والقبول، وأن مما يدل على الإيجاب والقبول: إصدار الفاتورة الضريبية بسعر محدد، وسداد المدعية لضريبة التصرفات العقارية المستحقة عن التصرف العقاري. ٢- أن ما عبّرت عنه المدعى عليها أن ما صدر عنها هو مجرد رغبة في البيع يتناقض ما نُص عليه في الفاتورة من كونه: بيع بمقابل، ولم يكن مجرد رغبة بالبيع، إذاً لو كان مجرد رغبة: لم تصدر المدعى عليها فاتورة ضريبية. ٣- أن الإفراغ لدى كاتب العدل أو الموثق إنما هو عملية توثيق، وليس هو ذات التعاقد والاتفاق بين الطرفين، كما أن دفع الثمن أثر من آثار انعقاد البيع.

وقدمت المدعية البيانات التالية: ١- الفواتير الضريبية التي أصدرتها المدعى عليها. ٢- إيصال سداد المدعية للفواتير الضريبية. ٣- شيك مصدق من المدعية بقيمة المبيع.

ودفعت المدعى عليها بأمور، أهمها: ١- إنكار البيع، بدليل أن المدعية لم تحرر دعواها ولم تنص فيها على تاريخ حصول البيع المزعوم. ٢- أن التواصل بين الطرفين كان عن طريق وسطاء، وأبدت المدعى عليها رغبتها في البيع، كما أبدت المدعية رغبتها في الشراء، وطلبت مهلة لتوفير الثمن، فأصدرت المدعى عليها الفاتورة الضريبية إلى حين توفير المدعية

الثمن، بإصدارها إنما كان لتهيئة الطرفين للتعاقد، أما التعاقد فلم يحصل، ولا يكون إلا عند استلام الثمن. ٣- أن إصدار الفواتير الضريبية لا دلالة فيه على البيع ولا انعقاده، وما هو إلا من مقدمات البيع والتهيؤ له، وإصدار المدعى عليها للفواتير كان إثباتاً منها للجدية، ولكي تسعى المدعية في توفير الثمن، ولهذا فإنه جرى إعادتها من قبل الجهة الرسمية للمدعية عند إلغاء المدعى عليها للفواتير.

وأجابت المدعية بـ: ١- أن الإيجاب قد صدر قطعاً من المدعى عليها، وحصل الاتفاق على المسائل الجوهرية، وقد صدر القبول من المدعية في مقابل ذلك. ٢- أن إفراغ العقار أمر شكلي، وليس للمدعى عليها الامتناع عن إمضائه أو تعطيله، أو الاحتجاج به.

واعترضت المدعى عليها بـ: ١- أن محل النزاع حول انعقاد البيع، والأصل عدمه، وبقاء الملك مع المدعى عليها، واليقين ملك المدعى عليها للعقارات، ولا يزول إلا بيقين. ٢- أن ما حصل هو مجرد مفاوضات عن طريق الوسطاء، وإصدار الفواتير الضريبية ليس إلا تهيئة للعقد وإثباتاً للجدية، فهو من مقدمات البيع، ولم يكن ثمت عقد ولا بيع. ٣- أن الضريبة ليست جزءاً من الثمن؛ لأنها تدفع إلى طرف ثالث (جهة رسمية)، وقد أعادت هذه الجهة المبالغ المسددة إلى المدعية.

ولم تسلّم المدعية بأن ما حصل كان مجرد تفاوض، إذ التفاوض إنما يكون في ما لم يستقر حيث لم يتفق الطرفان على الثمن النهائي والأمر

الجوهرية في العقد، أما إذا استقر كل ذلك، وصدرت الفواتير الضريبية: فلا يصح تسمية ذلك تفاوضاً.

وجرت المرافعة والمدافعة والمخاصمة في ذلك بين أطراف الدعوى، كما وجهت الدائرة القضائية عدداً من الاستفسارات إلى الأطراف، ثم رأت الدائرة صلاحية القضية للحكم فيها.

أسباب الحكم:

نصها: «فبناءً على ما تقدم من الدعوى والإجابة، ولكون المدعية تطلب إثبات بيع العقار محل الدعوى وإفراغ العقار، ولكون المدعى عليها أنكرت البيع ودفعت بأن ما كان بين الطرفين هو مفاهمات ومفاوضات ولم يتم البيع، ولما أبرزته المدعية من سداد فواتير ضريبة التصرفات العقارية وإصدار شيكات مصدقة للقطع المذكورة بالدعوى بإجمالي قدره (٤٦٥, ١٧٣, ٤٦) ستة وأربعون مليوناً ومئة وثلاثة وسبعون ألفاً وأربع مئة وخمسة وستون ريالاً، وذكرت بأن المدعى عليها لم تستلم الشيكات ولم تحضر للإفراغ، ولكون المدعى عليها أنكرت ثبوت البيع، وأن سداد الفواتير تكون من مالك العقار لا من يشتري حسب النظام، وأن المدعية تخلفت عن الحضور لعدة أيام، ولم تحضر الشيكات في المواعيد المحددة، مما ترتب معه عدم تمام البيع، حيث لم يتم عقد البيع بين الطرفين سابقاً، ولما قرره الطرفان أثناء المرافعة، ولأن الطرفين لم يتواصلا مباشرة وإنما عن طريق وسطاء، ولأن المدعى عليها أنكرت صدور البيع من قبلها، وإنما هي إجراءات

قبل المبايعة، ولكون المدعية لم تحضر بينة موصلة على ثبوت البيع وقبول المدعى عليها، ولأنه لم يحصل بين الطرفين لقاء ولا تسليم ثمن ولا نقل ملكية، ولم يظهر من وقائع الدعوى بين الطرفين إيجاب وقبول، ولم تحضر المدعية غير ما قدمته من سداد فواتير الضريبة وإصدار الشيكات، ولأن ذلك لا يعدو أن يكون قرينة على البيع، ولأن الأصل عدم البيع، والظاهر كذلك، ولأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، واليقين لا يزول بالشك».

الحكم الابتدائي:

صدر الحكم الابتدائي في هذه الدعوى من الدائرة السابعة والخمسين بالمحكمة العامة بالرياض بتاريخ ٠١ / ٠١ / ١٤٤٦ هـ، وذلك بررد دعوى المدعية^(١).

التعليق على الواقعة القضائية والحكم:

بالنظر في وقائع الدعوى، والأسباب التي بني عليها الحكم، والحكم الصادر فيها:

يتبين موافقة الحكم لما توصلت إليه هذه الدراسة من نتائج، والتي من أبرزها: أنه لا يمكن اعتبار إصدار البائع الفاتورة الضريبية إيجاباً، وسداد المشتري لها قبولاً إلا: باستقرار العرف بذلك، ودلالة ذلك في

(١) تعذر على الباحث الحصول على حكم محكمة الاستئناف، على أنه توصل إلى معرفة كونه قد جاء بتأييد الحكم الابتدائي.

العادة على الرضى بالعقد، مع اعتبار الضريبة جزءاً من الثمن. وهنا في هذه الواقعة يتبين: عدم استقرار العرف بذلك، وعدم دلالة ذلك على الرضى، مع عدم اعتبار الضريبة جزءاً من الثمن، وبالتالي: فإنه مع تخلف كل هذه الشروط: لا يمكن اعتبار ذلك إيجاباً وقبولاً.

وتجدر الإشارة: إلى سلامة تسبب الدائرة القضائية، وصحة تكييفها للحال في الواقعة، وذلك بتصريحها بعدم انعقاد البيع، وعدم اعتبار إصدار البائع الفاتورة الضريبية إيجاباً، وسداد المشتري لها قبولاً.

الخاتمة

في ختام هذا البحث: أحمد الله على عونه وتوفيقه، وأسأله السداد والرشاد، وأن يغفر لي ما حصل فيه من خلل وزلل، وحسبي الاجتهاد، وما توفيقني إلا بالله.

النتائج:

- ظهر لي من خلال هذا البحث نتائج عدة، من أبرزها ما يلي:
- ١- الراجح تأكد استحباب الوفاء بالوعد، وعدم وجوبه ديانةً، وعدم الإلزام به قضاءً.
 - ٢- سداد الراغب بالشراء ضريبة التصرفات العقارية لا يترتب عليه إلزام الراغب في البيع بالبيع قضاءً نتيجة لوعده، ولا يجب عليه الوفاء به ديانةً، وإن كان يتأكد استحباب ذلك له.
 - ٣- سداد الراغب في البيع ضريبة التصرفات العقارية لا يترتب عليه إلزام الراغب في الشراء بالشراء قضاءً نتيجة لوعده، ولا يجب عليه الوفاء به ديانةً، وإن كان يتأكد استحباب ذلك له.
 - ٤- الواعد -مشترياً كان أو بائعاً- يضمن ما تسبب فيه وعده من ضرر على الموعود -بائعاً كان أو مشترياً-.
 - ٥- الراجح صحة عقد البيع ونحوه بالمعاطاة، وأنها تصح في النفيس والخسيس من الأموال، وأنه يكفي فيها إعطاء أحد المتعاقدين.

٦- لا يمكن اعتبار إصدار البائع الفاتورة الضريبية إيجاباً، وسداد المشتري لها قبولاً إلا باستقرار العرف بذلك، ودلالة ذلك في العادة على الرضى بالعقد، فمتى استقر العرف بذلك، ودلّ ذلك على الرضى، واعتُبرت الضريبة جزءاً من الثمن: فإن العقد يلزم بإصدار البائع الفاتورة الضريبية، وسداد المشتري لها.

٧- حيث قيل بأن ضريبة التصرفات العقارية جزء من ثمن السلعة: فإنه يمكن القول حينئذٍ بأن سداد المشتري لها يجعلها داخلة في صور المعاطاة - حال استقرار العرف بها -، أما إن قيل بأنها مبلغ مستقل عن ثمن السلعة، يُدفع لطرف ثالث: فإنه لا بد من قبض المشتري للعقار في مجلس العقد، ومتى حصل ذلك: لم يُعدّ لسداد المشتري للضريبة أثر في العقد.

التوصيات:

ظهر لي من خلال هذا البحث بعض الأمور التي تحسن التوصية بها، من أبرزها: أن تضمّن الأنظمة واللوائح - وعلى الأخص: نظام المعاملات المدنية - ما يتعلّق بسداد المشتري أو البائع ضريبة التصرفات العقارية، وهل يعدّ ذلك إيجاباً وقبولاً ضمناً عرفياً من الطرفين أو لا. وبتّ الأنظمة واللوائح في ذلك، حيث إنها ذات أثر على العادات، وقادرة على صناعة الأعراف.

والله أسأل سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَنْ يبارك في هذا البحث، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، ويكتب له القبول، وأن ينفع به، كما أتقدم في ختام

هذا البحث بالشكر الجزيل لجامعة حائل المباركة، وصلى الله وسلم
على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.



فهرس المراجع

١. القرآن الكريم.
٢. الأحكام الفقهية للوعد تأسيساً لعمل المؤسسات المالية الإسلامية، د. صالح بن عبد الله اللحيدان، مجلة قضاء، التابعة للجمعية العلمية القضائية السعودية السعودية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد الخامس، الرياض، ٢٠١٥م.
٣. الأذكار، محيي الدين أبو زكريا بن شرف النووي، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
٤. أسنى المطالب في شرح روضة الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري زين الدين أبو يحيى السنيكي، دار الكتاب الإسلامي.
٥. الإشراف على مذاهب العلماء، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: أبو حماد صغير أحمد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
٦. الإقناع في مسائل الإجماع، أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الملك ابن القطان الكتامي الحميري الفاسي، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، دار الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.
٧. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية.
٨. أنوار البروق في أنواء الفروق = (الفروق)، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، عالم الكتب،

بحاشيته: إدراج الشروق على أنوار الفروق، قاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط، وبحاشيته: تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، محمد بن علي بن حسين.

٩. الإيجاب الممتد - دراسة فقهية مقارنة بنظام المعاملات المدنية-، زياد بن صالح بن حمود التويجري، مجلة الدراسات العربية بكلية دار العلوم بجامعة المنيا، المجلد (٥٠)، العدد (١)، يونيو ٢٠٢٤م.

١٠. الإيجاب الممتد والقبول الحكمي وتطبيقاته المعاصرة، محمد بن معيض بن سعد آل دواس الشهراني، حويلات آداب عين شمس بكلية الآداب بجامعة عين شمس، ٢٠١٩م.

١١. الإيجاب والقبول ونوازلها المعاصرة، إياس بن إبراهيم بن محمد الهزاع، مجلة العلوم الشرعية بجامعة القصيم، ٢٠٢٠م.

١٢. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.

١٣. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

١٤. بلغة السالك لأقرب المسالك = المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي المالكي، دار المعارف.

١٥. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: د. محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
١٦. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي بن محجن البارعي الزيلعي الحنفي، ومؤلف الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ.
١٧. تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٣٥٧هـ-١٩٨٣م.
١٨. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ١٣٨٧هـ.
١٩. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = (صحيح البخاري)، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، تحقيق: محمد بن زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٢٠. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر.
٢١. حاشيتا قليوبي وعميرة، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

٢٢. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيد خواجه أمين أفندي، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩١م.
٢٣. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
٢٤. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار = (حاشية ابن عابدين)، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (ابن عابدين) الدمشقي الحنفي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
٢٥. روضة الطالبين وعمدة المفتين، محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩١م.
٢٦. سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد (ماجه) القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.
٢٧. سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، تحقيق: شعيب الأرناؤوط ومحمد كامل قرة بللي، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
٢٨. سنن الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترمذي، تحقيق: أحمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.

٢٩. السنن الكبرى للبيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي الخسروجردي الخراساني، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٣٠. شرح الزرقاني على مختصر خليل ومعه: الفتح الرباني في ما ذهل عنه الزرقاني = (حاشية البناني)، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.

٣١. شرح صحيح البخاري، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك ابن بطل، تحقيق: أبي تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

٣٢. شرح مختصر خليل للخرشي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، وعليه: حاشية العدوي، دار الفكر للطباعة، بيروت.

٣٣. صحيح ابن حبان = (الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان)، أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد التميمي الدارمي البستي، ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٣٤. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٣٥. فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب = (حاشية الجمل)، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى المعروف بالجمل، دار الفكر.

٣٦. الفروع وتصحيح الفروع، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي الراميني الصالح الحنبلي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٣٧. كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، دار الكتب العلمية.
٣٨. اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة التصرفات العقارية، الصادرة بموجب القرار الوزاري رقم (٧١٢) وتاريخ ١٢ صفر ١٤٤٢هـ، والمعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (١-٨٨-١٤٤٥) وتاريخ ٢ رمضان ١٤٤٥هـ.
٣٩. لسان العرب، جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن علي ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٤٠. المبدع في شرح المقنع، برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٤١. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
٤٢. المحلى بالآثار، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، دار الفكر، بيروت.
٤٣. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم = (صحيح مسلم)، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٤٤. مشكاة المصابيح، ولي الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخطيب العمري التبريزي، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٨٥م.
٤٥. مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قياز بن عثمان البوصيري الكناني الشافعي، تحقيق: محمد المتقي الكشناوي، دار العربية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
٤٦. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة الرحباني مولدًا ثم الدمشقي الحنبلي، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
٤٧. المعايير الشرعية، إصدار: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI) (أيوفي)، ١٤٣٧هـ، مملكة البحرين، النماة.
٤٨. معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
٤٩. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
٥٠. المغني عن حمل الأسفار في الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأخبار = (تخريج أحاديث إحياء علوم الدين)، زين الدين أبو الفضل عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن بن أبي بكر بن إبراهيم العراقي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.
٥١. المغني، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعفي المقدسي الدمشقي الحنبلي، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م.

٥٢. المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن واث التيجي القرطبي الباجي الأندلسي، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٣٢هـ، تصوير: دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الطبعة الثانية.
٥٣. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالخطاب الرعيني المالكي، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
٥٤. الموطأ، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، اعتنى به: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٤٠٦هـ-١٩٨٥م.
٥٥. التتف في الفتاوى، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدّي، تحقيق: د. صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، دار الفرقان، عمان، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
٥٦. النجم الوهاج في شرح المنهاج، كمال الدين أبو البقاء محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري الشافعي، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
٥٧. نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ١٤٤٤/١١/٢٩هـ.
٥٨. نظام ضريبة التصرفات العقارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٨٤) وتاريخ ١٤٤٦/٣/١٩هـ.
٥٩. النهر الفائق شرح كنز الدقائق، سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م.

٦٠. الوفاء بالوعد في الفقه الإسلامي - تحرير النقول ومراعاة الاصطلاح
للدكتور: نزيه كمال حمّاد، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة
الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، الجزء الثاني،
١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م.







طلبات الخصوم المتعلقة بالسلطة التقديرية للمحكمة في نظام الإثبات وأثر إغفالها على سلامة الحكم

خلف بن محمد التمران

مستشار قانوني

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن محمد عبده ورسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وبعد،

فإن إقامة العدل لا تتحقق إلا بميزان متين من قواعد الإثبات، ينتظم فيه الجمع بين الحماية الإجرائية للخصوم، وتمكين المحكمة من أدواتها للوصول إلى الحقيقة. ومن أبرز الطرق التي يُبنى عليها التوازن بين الضمانات القضائية وسلطة القاضي، ما يمكن أن نطلق عليه السلطة التقديرية الجوازية، وأعني بها تلك الأوامر التي يمنح فيها المنظم - في ظاهر النص - القاضي صلاحية اتخاذ إجراء معين أو تركه، بصيغة تدل على الجواز أو إباحة التصرف كالتعبير بـ «جاز للمحكمة» أو «للمحكمة» ونحو ذلك.

وقد اهتم نظام الإثبات في المملكة اهتماماً كبيراً بتقرير تلك الأوامر الجوازية - إن صح التعبير بتسميتها -، ومنح المحكمة في مواضع عدة سلطة تقديرية في مجال الإثبات، كأن تأذن بالإثبات بالشهادة في المواضع التي منع الإثبات بها، وذلك في حال امتناع الخصم عن الجواب، أو أن توجه اليمين المتممة، أو أن تستخلص من امتناع الخصم عن تقديم محرر قرينة معتبرة. وهذا التوسع في الصلاحيات التقديرية ينطوي في جوهره على مقاصد نبيلة في تيسير الوصول إلى الحقيقة القضائية، إلا أنه في المقابل قد يثير إشكالاً في التطبيق في حال امتناع المحكمة عن

استعمال تلك السلطة في موضع يقتضيه الإنصاف، مما قد ينعكس على عدالة الحكم الصادر، ويؤدي إلى الطعن فيه أمام محاكم الاستئناف أو النقض.

إن إغفال المحكمة أعمال هذه السلطة التقديرية في مقام أشد ما تكون فيه الحاجة الإجرائية قائمة، يثير سؤالاً مشروعاً عن مدى أثر هذا الإغفال في سلامة الحكم القضائي، وهل يرقى إلى مرتبة الخطأ الجوهرى الذي يبرر نقض الحكم؟ أم أن الطبيعة التقديرية للإجراء تعصمه من ذلك؟ وإذا قلنا إن المخالفة جوهرية وتستوجب النقض، فما هي ضوابط هذا القول؟ وهل كل مخالفة يمكن طعنها بمجرد أن الدائرة لم تعمل سلطتها التقديرية؟

حول هذه الأسئلة، أضع للمهتمين من القانونيين بمختلف صفاتهم هذه الدراسة، محاولاً بإذن الله من خلالها؛ الإجابة على هذه الأسئلة. وذلك من خلال دراسة تحليلية تطبيقية، أجتهد فيها الجمع بين النظر في النصوص النظامية لنظام الإثبات، والاطلاع على التطبيقات القضائية التي استطعت الوقوف عليها، مستحضراً في ذلك كله: القواعد الفقهية والأصولية المؤثرة في ضبط المعايير. وذلك في سياق قانوني أنطلق فيه من البيئة التشريعية السعودية المتجددة.

ويكتسب هذا البحث أهميته من واقع الحاجة العلمية والعملية إلى وضع معيار قانوني منضبط لتمييز ما هو من سلطة المحكمة التقديرية التي لا ينازعها أحد فيها، وما هو من سلطتها التقديرية لكن ليست

على إطلاقها، بل للخصوم مدخل في الاعتراض عليها. وبعبارة أخرى السلطة التي يترتب على تركها أثرٌ في الحكم، وتلك التي يُترك تقديرها للمحكمة دون رقابة من المحكمة الأعلى درجة، مما يعين المحاكم ومحامي الخصوم والباحثين في مجال المرافعات والإثبات على ترسيم الحدود بين الحرية القضائية والانضباط الإجرائي.

وسلكت في البحث المنهج التحليلي الاستقرائي النقدي، مستخلصاً من النصوص النظامية ما يدل على تقديرية تلك الأوامر، ثم محلاً أثر مخالفتها أو إغفالها في بناء الأحكام القضائية، ومدى اتصالها بالعيب الإجرائي حتى يوصف الحكم بأنه قد أصابه قصور التسبيب.

مشكلة البحث:

أثناء الاطلاع على بعض الأحكام القضائية، برزت للباحث تساؤلات منهجية حول الكيفية التي تتعامل بها المحاكم مع الطلبات التي يُبديها الخصوم لإعمال بعض النصوص الخاضعة للسلطة التقديرية للمحكمة، كطلب الإثبات بالشهادة في حال امتنع المستجوب عن الحضور أو حضر وسكت، وقد أباح النظام للمحكمة أن تأذن بالإثبات بالشهادة حيث كان الإثبات بها ممنوعاً. ونحو هذه الإجراءات. وقد لاحظ الباحث أن بعض الأحكام أغفلت هذه الطلبات أو لم تُعلّل عدم الاستجابة لها رغم استنادها إلى نصوص نظامية تُجيز للمحكمة إعمالها.

هذا الموقف القانوني أثار إشكالية قضائية ذات بعد إجرائي دقيق، تمثلت في السؤال الآتي:

ما مدى التزام المحكمة بالنظر في طلب الخصم لإعمال نص تقديري في ضوء نظام الإثبات، وإذا أغفلت المحكمة هذا الطلب دون تسبيب، أو سببت لكن يرى الخصم المستفيد أن تسبيبها لا بد من عرضه على محكمة أعلى درجة. فهل يُعد ذلك سبباً يُمكن أن يؤثر على صحة الحكم ويُوجب نقضه؟

هذه الإشكالية لا تتعلق فقط بمسألة سلطة المحكمة في تقدير الإجراءات، وإنما تمس بشكل مباشر حق الخصم في المواجهة والإثبات، وفي تحصيل الضمانات الإجرائية في الأحكام القضائية، خاصة عندما يُقدّم الطلب بصورة نظامية مكتملة، وتتوفر شروط الإعمال المنصوص عليها.

ويُضاف إلى ذلك أن جمهرة الدراسات التي تناولت موضوع السلطة التقديرية، ركزت على الجوانب التأصيلية أو التطبيقات العامة، دون الدخول في تحليل الأثر القضائي لإغفال المحكمة طلب الخصم بإعمال نص ذو سلطة تقديرية للمحكمة، خاصة في ظل نظام الإثبات السعودي الجديد الصادر عام ١٤٤٣هـ، مما يجعل هذا البحث محاولة علمية لرصد هذه المسألة ومعالجتها بطريقة تأصيلية صحيحة، مستندة إلى النصوص النظامية والقواعد العامة للعدالة الإجرائية والموضوعية.

الدراسات السابقة:

حظيت السلطة التقديرية للقاضي باهتمام علمي واضح في عدد من البحوث والدراسات الأكاديمية، حيث تناولها الباحثون من حيث

المفهوم، والمجالات، والضوابط في سياق القضاء العام والإداري. ومع أن هذه الدراسات قدّمت إثراءً علمياً وتنوعاً في الطرح، إلا أن تمحيص تلك الدراسات يظهر غياب البحث في زاوية إجرائية دقيقة، وهي:

أثر إغفال المحكمة لطلب الخصم بإعمال نص تقديري، مع تحقق ضوابط الإعمال، على صحة الحكم القضائي، وما إذا كان يصلح سبباً مستقلاً للنقض.

ويلاحظ أن معظم هذه الدراسات أُعدّ قبل صدور نظام الإثبات السعودي لعام ١٤٤٣هـ، والذي استحدث مواد إجرائية ذات طابع غير إلزامي تُنَاط فيها بالمحكمة سلطة تقديرية لا تنفصل عن إرادة الخصوم، مما يُبرز جِدة هذا البحث في تناوله لهذه الإشكالية الإجرائية الحديثة، وبيان علاقتها بسلامة الأحكام.

وفيما يلي عرض لأبرز الدراسات ذات الصلة، وبيان وجه التقاطع والاختلاف بينها وبين موضوع هذا البحث:

الدراسة الأولى:

عنوان الدراسة: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي،

الباحث: د. عادل بن عبد الله السعوي.

جهة النشر: مجلة كلية دار العلوم، العدد ١٤٢، سبتمبر ٢٠٢٢م.

تناولت الدراسة السلطة التقديرية للقاضي من حيث مشروعيتها وضوابطها، مركّزة على خمسة ضوابط رئيسية: غياب النص الملزم،

تحقيق المصلحة، مشروعية الوسيلة، أهلية القاضي، ونقاء الباعث. وقدّم الباحث معالجة تأصيلية متينة، لكنها بقيت في إطار التنظير العام، دون أن تبحث في الجانب الإجرائي المرتبط بطلب الخصم إعمال نص تقديري، أو أثر إغفال المحكمة لهذا الطلب على الحكم.

ويمتاز هذا البحث عن الدراسة محل العرض بأنه يعالج وضعًا إجرائيًا محددًا، تحكمه مواد نظام الإثبات، ويتصل مباشرة بمدى التزام المحكمة بالنظر في طلب الخصم لإعمال نص تقديري، وبيان أثر الإغفال على صحة الحكم من حيث النقض.

الدراسة الثانية:

عنوان الدراسة: سلطة القاضي في تقدير البيئة في ضوء المصلحة العامة، شهادة المرأة أنموذجًا.

الباحث: د. أحمد خليفة شرفاوي أحمد.

جهة النشر: مؤتمر كلية الشريعة والقانون بطنطا - جامعة الأزهر، أكتوبر ٢٠١٩م.

ركزت الدراسة على سلطة القاضي في تقدير البيئة بناءً على المصلحة العامة، مع تطبيق خاص على شهادة المرأة، ومناقشة فقهية موسّعة لمجال الإثبات. ورغم عمق المعالجة الفقهية، فإنها لم تتطرق إلى الجانب الإجرائي الإلزامي للمحكمة عند ورود طلب الخصم بإعمال نص تقديري، ولم تُعالج مسألة إغفال الطلب القضائي كسبب للنقض. كما

أن الدراسة أُعدّت قبل صدور نظام الإثبات، مما يجعل موضوع هذا البحث أكثر تماشيًا مع الواقع القضائي الراهن في المملكة.

الدراسة الثالثة:

عنوان الدراسة: سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات.

الباحث: قروف موسى الزين.

الجهة: رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق.

استعرض الباحث أدلة الإثبات المختلفة من حيث الأساس القانوني، وصور استخدامها، وسلطة القاضي في تقديرها، مركزًا على مبدأ القناعة القضائية. ومع أهمية الطرح، فقد غابت عن الدراسة مسألة إعمال المحكمة للنصوص التقديرية بناءً على طلب الخصوم، كما لم يُبحث أثر إغفال ذلك على صحة الحكم أو قابليته للنقض، وتفتقر إلى المقارنة مع نظام الإثبات الجديد، ما يجعل هذا البحث أكثر خصوصية في الطرح والتحليل.

الدراسة الرابعة:

عنوان الدراسة: السلطة التقديرية للقاضي الإداري.

المؤلف: معالي الدكتور وليد بن محمد الصمعاني - وزير العدل.

الجهة: كتاب علمي منشور، وأصله رسالة دكتوراه.

تُعد هذه الدراسة من أبرز المراجع في مجال التأصيل العلمي للسلطة التقديرية في القضاء الإداري، حيث ناقشت المفهوم، والخصائص، والضوابط، ومجالات التطبيق في منازعات المشروعية، ضمن منهج علمي رصين، يجمع بين العمق النظري والقضائي. وقد ركّزت الدراسة على مجال القضاء الإداري، وطبيعة رقابته على القرارات الإدارية.

ورغم مكانة الدراسة وأهميتها، فإنها لم تتناول -بطبيعة اختصاصها- المجال الإجرائي في الإثبات المدني، ولم تتطرق لمسألة طلب الخصم إعمال النص التقديرية، ولا أثر إغفال المحكمة لذلك على صحة الحكم من حيث النقض، خصوصاً في ضوء مواد نظام الإثبات السعودي الحديث.

ويظهر الاختلاف إذاً في مجال التخصص والزاوية الإجرائية، بينما يتناول هذا البحث إعمال المحكمة للنصوص التقديرية بناءً على طلب الخصم، ضمن نظام الإثبات، وتحليل أثر الإغفال على الحكم المدني أو التجاري.

الخلاصة:

يتضح مما سبق أن الدراسات السابقة، رغم إثرائها العلمي، لم تعالج الموضوع المحدد لهذا البحث، وهو:

«ضوابط إعمال المحكمة للنصوص التقديرية الواردة في نظام الإثبات، إذا طلب إعمالها أحد الخصوم المستفيدين، وأثر إغفال المحكمة لهذا الطلب على سلامة الحكم ومدى قابليته للنقض».

ومن هنا، تنفرد هذه الدراسة بمساحة جديدة لم تطرق من قبل، تُعالج فيها العلاقة بين طلب الخصم، وسلطة المحكمة، والنصوص التقديرية، وسلامة الحكم، وهو ما يجعلها إضافة نوعية إلى المكتبة القانونية السعودية، وربطاً تطبيقياً مباشراً بنظام الإثبات الجديد.

أهمية موضوع البحث:

تظهر أهمية موضوع البحث، في معالجته لإحدى المسائل الإجرائية ذات الطابع الدقيق في الأنظمة عمومًا وفي نظام الإثبات على وجه الخصوص، وهي حدود سلطة المحكمة التقديرية عند طلب أحد الخصوم إعمال النصوص النظامية غير الإلزامية، والتي نسميها النصوص التقديرية. ويكمن وجه الإشكال في التشابه بين ما تُترك تقديره للمحكمة بحسب ظروف الدعوى وملابساتها، وبين ما قد يُصبح ملزمًا لها عند قيام طلبٍ صريح من الخصم وتحقق فيه مناهج النص النظامي.

وقد لوحظ من خلال تتبع عدد من التطبيقات القضائية محل البحث، والتي يتحقق فيها وصف المشكلة البحثية، وجود تفاوت - وإن كان قليلًا - في طريقة التعامل مع هذه النصوص: فمنها ما أُعمل تلقائيًا من المحكمة، ومنها ما أُغفل رغم قيام الطلب من الخصم دون تسبب كافٍ. وهذه الظاهرة تفتح بابًا مهمًا للنقاش حول مدى وجوب استجابة المحكمة لهذه الطلبات، وما إذا كان إغفالها يُعد مخالفة تُفضي إلى نقض الحكم.

ويكتسب البحث أهميته النظرية من كونه يُسلط الضوء على فرع دقيق ضمن مبحث السلطة التقديرية، لم يحظَ بعناية خاصة في البحوث السابقة، رغم أهميته في بناء الأحكام القضائية على أسس منضبطة، وتحقيق العدالة الإجرائية بين الخصوم. كما يُسهم في تأصيل العلاقة بين نصوص الإثبات التقديرية وسلطة المحكمة في تعاطيها معها، بما يُوضح حدود هذه السلطة وضوابطها حال وجود طلب صحيح من أحد الأطراف.

أما من الناحية العملية، فيسعى البحث إلى تقديم تصور متماسك يُعين القضاة والمحامين على فهم أثر الطلب من الخصوم في تقييد سلطة المحكمة التقديرية، متى ما توفرت شروط النص، وعلى التمييز بين ما يجوز إعماله وما يجب تطبيقه، مع بيان الأثر الإجرائي المترتب على الإغفال غير المبرر لتلك الطلبات. وهو ما يُسهم في تحسين جودة التسبيب القضائي وتقليل حالات النقض المرتبطة بهذا النوع من الإغفال.

ويأتي البحث أيضًا في سياق التشريعات العدلية المتجددة التي تشهدا المملكة، خاصة مع صدور نظام الإثبات الجديد، مما يُعزّز من أهمية مواكبة هذه المستجدات برؤية علمية تحليلية تدعم حسن فهم النصوص وتقويم ممارستها في الواقع القضائي.

وعليه، فإن أهمية هذا البحث لا تبرز من كونه مؤسسًا لموضوع لم يُسبق إليه، بل من كونه يُعالج جانبًا مهمًا في التطبيق القضائي لم يحظَ

بتأصيل كافٍ، ويجمع بين التحليل النظامي والتطبيق القضائي، بما يُفيد المشتغلين في الحقل القانوني بصورة مباشرة.

ثانيًا: أسباب اختيار الموضوع:

١ - التساؤلات الناتجة عن دراسة عدد من التطبيقات القضائية التي أُغفل فيها طلب أحد الخصوم إعمال النصوص التقديرية، أو لم تُبيّن فيها المحكمة مبرر عدم الاستجابة للطلب، على الرغم من تحقق منط النصوص. وقد أثارت هذه التطبيقات تساؤلاً علمياً حول مدى إلزام المحكمة بالنظر في هذا الطلب عند تحققه، ومدى تأثير سلامة الحكم بتجاهله، مما استدعى الوقوف على هذا الجانب بالدراسة والتحليل العلمي وفق أدبيات البحوث العلمية المتخصصة.

٢ - غياب الدراسات التحليلية التطبيقية التي تفصّل ضوابط إعمال السلطة التقديرية عند طلب الخصم، وتبيّن متى تكون المحكمة مقيدة بإعمال النصوص التقديرية، ومتى يكون لها الإعراض عنها دون أن تُوصم أحكامها بالقصور.

٣ - التباين في الوسط القانوني في فهم طبيعة هذه النصوص وأثرها في الحكم، حيث يتنازعها طرفان، فهناك من ذهب إلى اعتبارها من صميم سلطة المحكمة التقديرية التي لا معقب عليها، بينما رأى الطرف الآخر: أن إغفالها يُعدّ سبباً موجباً لنقض الحكم.

٤- رغبة الباحث في الإسهام في تطوير الممارسات القضائية والتقنينية، عبر طرح تصور علمي عملي يساعد القاضي والمحامي على إدراك الإطار الصحيح لهذه السلطة وحدودها.

الفوائد المتوقعة تحصيلها من البحث:

يسعى الباحث إلى تقديم إسهام علمي في معالجة إشكالية إجرائية دقيقة لم تحظَ -بحسب الاطلاع- بعناية كافية في الدراسات القانونية والفقهية السابقة، وهي: مدى إلزام المحكمة بإعمال النصوص ذات الطابع التقديرية في نظام الإثبات عند طلب الخصم ذلك صراحة، وأثر امتناعها أو إغفالها لهذا الطلب على صحة الحكم ومدى قابليته للنقض.

وتتجلى الفائدة العلمية والعملية من البحث في الجوانب الآتية:

١. التأسيس النظري لمفهوم السلطة التقديرية في مجال الإثبات القضائي، وربطه بمنهج القضاء السعودي في التعامل مع النصوص التي تُنيط بالمحكمة سلطة تقدير الإجراء المناسب.

٢. صياغة ضوابط جادة لإعمال المحكمة النص التقديرية بناءً على طلب الخصم، بما يُسهم في ترشيد الاجتهاد القضائي، وتقليل التفاوت في القرارات ذات الطبيعة الإجرائية.

٣. بيان الأثر الإجرائي لإغفال المحكمة الطلب، دون تسبيب، وهو ما يضع معياراً علمياً في تقييم سلامة الأحكام، ومدى استيفائها للرد على الطلبات الجوهرية المؤثرة في نتيجة النزاع.

٤. إبراز الأثر القضائي لهذا الإغفال في مرحلة الطعن بالنقض، من خلال تحليل النصوص، والاتجاهات القضائية، وبيان الحالات التي يُعد فيها الإغفال إخلالاً مبرراً لنقض الحكم.

٥. الإفادة العملية للقضاة والمحامين والمستشارين، في كيفية توثيق الطلبات المرتبطة بالنصوص التقديرية، والتعامل معها مهنيًا سواء في مرحلة الترافع أو الاعتراض على الأحكام.

٦. تدعيم التطبيقات القضائية في المملكة بنماذج تحليلية لمواد نظام الإثبات الجديد، وربطها بالتكييف القضائي للنصوص التقديرية، مما يعزز من فهم النظام في صورته التطبيقية لا النظرية فقط.

ومن هنا، فإن الفائدة المرجوة من البحث لا تقتصر على إثراء الجانب النظري، وإنما تمتد إلى تحسين جودة الترافع القضائي، والارتقاء بمستوى تسبيب الأحكام، وتفعيل دور النصوص المتعلقة بالسلطة التقديرية وفق منهج منضبط يحترم إدارة المحكمة للدعوى وسلطاتها في ذلك، ويحفظ حق الخصوم في حماية ما يستندون عليه من أدلة أباح المنظم استعمالها.

منهج البحث:

اعتمد الباحث في هذا البحث المنهج التحليلي التطبيقي، لملاءمته لطبيعة الموضوع الذي يجمع بين التأصيل النظامي والواقع القضائي، وذلك من خلال ما يلي:

١ - المنهج التحليلي للنصوص النظامية:

لتحليل المواد ذات الصلة في نظام الإثبات السعودي ولائحته التنفيذية، ونظام المرافعات الشرعية، واستظهار مقاصد المنظم من النصوص الجوازية المتعلقة بالسلطة التقديرية للمحكمة، وكيفية ضبطها عند وجود طلب من أحد الخصوم.

٢ - المنهج التطبيقي القضائي:

من خلال تتبع عدد من الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم السعودية، والتي تناولت إعمال المحكمة للسلطة التقديرية من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم، ومدى مراعاتها للطلب أو إغفالها له، وتحليل أثر ذلك على صحة الحكم.

وقد حرص الباحث على توثيق مادته من الأنظمة السعودية المعمول بها، والأحكام القضائية المنشورة، والمؤلفات القانونية المختصة، مع التزام المنهجية العلمية في تحليل النصوص وتخراج النتائج.

خطة البحث:

جاء البحث في مقدمة وأربعة مباحث على النحو التالي:

المقدمة:

وتحوي التعريف بالبحث ومشكلته وأهميته ومنهجه والدراسات السابقة.

المبحث الأول: السلطة التقديرية للمحكمة في نظام الإثبات.

ويحوي ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: السلطة والتقدير لغة واصطلاحاً.
- المطلب الثاني: تعريف السلطة التقديرية اصطلاحاً باعتبارها علماً مركباً.
- المطلب الثالث: الأساس النظامي للسلطة التقديرية للقاضي في نظام الإثبات.
- المبحث الثاني: نماذج من النصوص الواردة في نظام الإثبات والتي هي محل البحث.

ويحوي ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: المواد النظامية محل البحث.
- المطلب الثاني: تحرير محل المسألة.
- المطلب الثالث: ضوابط إعمال مخالفة المحكمة لعدم استعملها سلطتها التقديرية.
- المبحث الثالث: أثر مخالفة المحكمة للضوابط على سلامة الحكم القضائي في ضوء المادة (١٩٣) من نظام المرافعات الشرعية (النقض).
- ويحوي أربعة مطالب:

- المطلب الأول: الأسباب الموجبة لنقض الحكم في حال تحقق الضوابط.
- المطلب الثاني: علاقة ضوابط قبول دعوى مخالفة المحكمة لعدم استعمالها سلطتها التقديرية بالنقض.

- المطلب الثالث: بيان أصالة الضوابط المفترضة وتحقيقها لعموم مقاصد المنظم في التشريعات.
- المطلب الرابع: دلالة التطبيقات القضائية على تأثير الإغفال.
- المبحث الرابع: نماذج من التطبيقات القضائية.
- ويحوي مطلبين:
- المطلب الأول: نماذج تطبيقات قضائية أعملت النصوص التقديرية دون طلب.
- المطلب الثاني: نماذج أغفلت فيها المحكمة طلب إعمال النص رغم تحقق الشروط.
- الخاتمة.
- قائمة المراجع.

المبحث الأول

السلطة التقديرية للمحكمة في نظام الإثبات

المطلب الأول السلطة والتقدير لغة واصطلاحاً:

السلطة التقديرية لفظ مركب من (السلطة) و(التقدير) ولتصور المعنى لابد من تعريفهما باعتبار الأفراد أي كلمة (سلطة) وكلمة (تقدير) ثم تعريفهما باعتبار التركيب أي علماً مركباً من كلمتين (السلطة التقديرية).

السلطة لغة:

السُّلْطَةُ لغةً: مَنْ سَلَطَ يَسْلُطُ سَلَاطَةً، وَسَلَّطَ سَلَاطَةً وَالسُّلْطَةُ: السُّلْطَانُ، وَالسَّيْطَرَةُ، وَالتَّحْكُمُ، وَالسُّلْطَانُ الْحُجَّةُ، وَالْبِرْهَانُ، وَاسْمِي السُّلْطَانُ سَلْطَانًا إِمَّا لَتَسْلُطُهُ أَوْ لِأَنَّهُ حُجَّةٌ مِنْ حُجَجِ اللَّهِ فِي أَرْضِهِ، وَيُقَالُ لِلْأُمَرَاءِ سَلَاطِينَ لِأَنَّهُمُ الَّذِينَ تُقَامُ بِهِمُ الْحُجَّةُ وَالْحَقُوقُ. فَاَلْمَادَةُ إِذَا تَدَلَّ عَلَى الْقُوَّةِ وَالْقَهْرِ وَالتَّمَكُّنِ وَإِنْ كَانَ التَّمَكُّنُ لَازِمًا لِلْقُوَّةِ وَالْقَهْرِ، وَتَدَلَّ عَلَى التَّسَلُّطِ وَعَلَى إِطْلَاقِ السُّلْطَةِ وَضَبْطِ النِّظَامِ وَلَوْ بِالْقُوَّةِ^(١).

(١) السلطة التقديرية للقاضي، د. محمود محمد ناصر، ص ٧٧.

السلطة في الاصطلاح:

اختلفت عبارات الشراح حول تعريف السلطة في الاصطلاح وإن كانت تدور حول أركانها وهي القدرة والسيطرة مع الاختصاص^(١). وأقرب ما يكون تعريف السلطة في الاصطلاح هي: القدرة على فرض إرادة ما على إرادة أخرى^(٢). وبعبارة أدق وأوضح تعرف السلطة بمعناها العام بأنها: «القدرة الواقعية والقانونية على فرض الإرادة»^(٣)، وقالوا أيضًا: «منح القاضي ما تفيده مادة كلمة السُّلطة من القوة والصلاحيّة، وأن يمكّن من استعمالها على الشكل الصحيح، وأن يُنفذ ثمراتها ولو بالقوة، وأن تكون أحكامه الصادرة عن هذه السلطة لها من الحجّية والنفاذ ما يجعلها مفيدة ومستقلة»^(٤).

والسلطة المراد بها في البحث: هي سلطة القاضي في التعاطي مع النص النظامي الذي يظهر بمظهر إباحة الأخذ أو الترك، ويأتي بيانه مفصلاً بإذن الله.

(١) السلطة التقديرية للقاضي الإداري، معالي د. وليد الصمعاني، (١/ ٢٢-٢٤).

(٢) دراسة الأصول والنظريات، محمد نصر مهنا، دار الفكر، القاهرة، ص ١٥١.

(٣) السلطة التقديرية للقاضي، الإداري معالي د. وليد الصمعاني، (١/ ٢٤).

(٤) السلطة التقديرية للقاضي، محمود محمد ناصر، ٧٨.

التقدير في اللغة:

التقدير في اللغة من قَدَرُ الشَّيْءِ مَبْلَغُهُ^(١). ومنه التقدير، والتَّقدير على وُجُوهِ من الْمُعَانِي أَحَدُهَا: التَّروِيَّةُ والتَّفْكِيرُ فِي تَسْوِيَةِ أَمْرٍ وَتَهْيِئَتِهِ. وَالثَّانِي: تَقْدِيرُهُ بِعَلَامَاتٍ تَقْطَعُهُ عَلَيْهَا. وَالثَّالِثُ: أَنْ تَنْوِيَ أَمْرًا بِعَقْدِكَ تَقُولُ: قَدَّرْتُ أَمْرًا كَذَا وَكَذَا، أَيْ: نَوَيْتُهُ وَعَقَدْتُ عَلَيْهِ. وَيُقَالُ: قَدَّرْتُ لِأَمْرٍ كَذَا وَكَذَا أَقْدَرُ لَهُ وَأَقْدِرُ لَهُ قَدْرًا، إِذَا نَظَرْتَ فِيهِ وَدَبَّرْتَهُ، وَقَايَسْتَهُ.

وَمِنْهُ قَوْلُ عَائِشَةَ: فَاقْدِرُوا قَدَرَ الْجَارِيَةِ الْحَدِيثَةِ، أَيْ: قَدِّرُوا وَقَايِسُوا^(٢).

التقدير في الاصطلاح:

لا يكاد يخرج معنى التقدير في الاصطلاح عن الاستعمال اللغوي له^(٣) وعليه يمكن أن يعرف التقدير في الاصطلاح بأنه: عبارة عن عملية يعمل فيها القاضي فكره وعقله لتقرير ما يراه ملائماً، بحيث يختلف هذا التقدير بطبيعته من قاضٍ لآخر ولو تعلق بواقعة واحدة^(٤).

(١) مختار الصحاح، ٢٤٨.

(٢) تهذيب اللغة، الأزهرى، (٩ / ٤١).

(٣) السلطة التقديرية في نظام الإثبات، عبد الإله العجيري، ص ٩.

(٤) السلطة التقديرية للقاضي الإداري، معالي د. وليد الصمعياني، (١ / ٣٣).

المطلب الثاني: تعريف السلطة التقديرية اصطلاحاً باعتبارها علماً مركباً:

تعريف السلطة التقديرية اصطلاحاً:

أورد الباحثون كثيراً من التعاريف للسلطة التقديرية في الاصطلاح^(١)، وهي متقاربة في المعنى الكلي، وإن كان عامتهم يذكر أنها نشاط ذهني يقوم به القاضي. ومن ذلك قولهم: نشاط ذهني يقوم به قاضي الموضوع، هذا النشاط مادته الواقع والقانون في آن واحد، يخضع القاضي بصده لرقابة محكمة النقض، دون تمييز بين تقديره للواقع وتقديره للقانون، على اعتبار أن الخطأ في تقدير أيهما هو خطأ في القانون بمعناه الواسع تختص بتصحيحه محكمة النقض^(٢)، ومن أدق التعاريف للسلطة التقديرية هو كونها «التزاماً قانونياً يفرض على القاضي الموازنة بين عدة خيارات ممكنة واقعاً، وصالحة قانوناً، لتطبيق أكثرها ملاءمة على الدعوى»^(٣).

وبعد هذا التطواف بين جملة التعاريف، ومحاولة تحقيق مناطها؛ يمكن الخلوص إلى تعريف (أوفق) لمحل البحث، ويحقق كونه (جامعاً مانعاً) وعليه؛ فإن تعريف السلطة التقديرية هو:

«المكنة الممنوحة للقاضي لإعمال نظره واجتهاده في الوصول إلى الحكم أو الإجراء الأنسب، عند غياب النص النظامي الصريح أو

(١) انظر: بحث سلطة المحكمة التقديرية في نظام الاثبات، د. عبد الإله العجيري.

(٢) مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، أحمد محمود سعد، ص ٤٥٩.

(٣) السلطة التقديرية للقاضي الإداري، د. وليد الصمعاني، (٢/ ٥٤٧)، (بتصرف يسير).

احتماله، بما يحقق مقصد المنظم، ويوازن بين البدائل المشروعة، في ضوء واقع الدعوى وظروفها، على ألا يخالف النظام العام ولا مبادئ العدالة».

أسباب اختيار هذا التعريف:

اجتهدت أن يكون هذا التعريف أوفق - وإن لم يذكر بنصه عند من سبق - لكنه في تركيبه مشتمل على عدد من التعاريف السابقة، وأيضاً عاجلتُ فيه ما ظهر لي من أسباب تجعل التعاريف السابقة قاصرة دون الإحاطة بمحل البحث.

ومن تلك الأسباب التي ترجح هذا التعريف:

- ١- أن هذه السلطة التقديرية ممنوحة له من المنظم، احترازاً عن إعمال سلطته في مقابل النص.
- ٢- اشتماله على شرط غياب النص أو احتماله مما يضبط مجال التقدير.
- ٣- اشتماله على ربط التقدير بمقصد المنظم، وهذا يحقق الانضباط التشريعي عند غياب النص.
- ٤- الاعتماد على الموازنة بين الخيارات أو الإجراءات الممكنة وهو أساس السلطة التقديرية.
- ٥- مراعاة الواقع وظروف الدعوى لضمان ملائمة التطبيق.
- ٦- عدم مخالفة النظام العام والمبادئ العامة في العدالة. وفي هذا ضبط لأن يكون التقدير مقيداً بالإطار النظامي العام.

المطلب الثالث: الأساس النظامي للسلطة التقديرية للقاضي في نظام الإثبات:

من المقرر أن القاضي لا يكاد ينفك عن تعاطي السلطة التقديرية بطبيعة عمله، إلا أن هذه السلطة خاضعة لقيود، لعل منزع ذلك هو المدرسة التي يسير عليها المنظم لما شرع النظام ولما كان محل البحث هو «نظام الإثبات» فإن الإثبات في العموم كما يذكر الشراح يكتنفه مذهبان. الأول الإثبات الحر والثاني الإثبات المقيد^(١)، إلا أن المنظم السعودي اتخذ «منهجاً وسطاً في التنظيم القانوني للإثبات؛ فلم يأخذ بالمذهب المطلق الذي يجعل للمحكمة الحرية التامة في القناعة بأي دليل يقدم إليها ويحيز لها الحكم بالعلم الشخصي، ولم يأخذ كذلك بالمذهب المقيد الذي يحدد طرق الإثبات تحديداً دقيقاً لا يكون فيه للمحكمة أي دور، بل أخذ بالمذهب المختلط؛ فحدد طرق الإثبات في المنازعات المدنية والتجارية، وبين قيمة كل طريق منها، مع إعطاء المحكمة سلطة وفق ضوابط محددة في بعض طرق الإثبات كالقرائن القضائية، وهو بذلك يجمع بين إيجابيات مذهبي الإطلاق والتقييد، ويتلافى سلبياتهما، على نحو يضمن استقرار التعاملات، ويكفل حسن سير العدالة»^(٢).

(١) الإثبات في المواد المدنية، عبد الحي حجازي، ص ٨-١٠.

(٢) شرح نظام الإثبات، مركز البحوث بوزارة العدل، ٨.

وتأسيساً على ذلك فإن القاضي يستمد سلطته التقديرية ودوره الإيجابي من النظام لكن هذا التقدير إنما يكون وفق ضوابط محددة في بعض طرق الإثبات.



المبحث الثاني

نماذج من النصوص الواردة في نظام الإثبات

والتي هي محل البحث:

المطلب الأول: المواد النظامية محل البحث:

سوف أورد عددًا من المواد النظامية مما يدخل في «محل البحث» بقصد دراستها وأعلق على المادة حتى يتضح المحل المفترض لمشكلة البحث، وليس بالضرورة إيراد كل المواد، بل يكفي من القلادة ما أحاط بالعنق.

١ - المادة الثالثة عشرة:

دون إخلال بالتزامات المملكة في الاتفاقيات الدولية التي تكون طرفًا فيها، للمحكمة أن تأخذ بإجراءات الإثبات التي جرت خارج المملكة؛ ما لم تخالف النظام العام.

التعليق: لو قدر أن إجراء من إجراءات الإثبات تم خارج المملكة لكنه وفق النظام، وطلب الخصم من المحكمة أن تأخذ به لكنها التفت عنه. فهل التفاتها هذا صحيح وفق النظام؟

٢ - المادة الحادية والعشرون:

٢- إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول، أو امتنع عن الإجابة بغير مسوّغ معتبر، استخلصت المحكمة ما تراه

من ذلك، وجاز لها أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي لا يجوز فيها ذلك.

٣- يسري حكم الفقرة (٢) من هذه المادة على من تخلف عن الحضور في الدعوى أو امتنع عن الإجابة عنها.

هذه المادة بفقرتيها (٢ و ٣) هي لب البحث وسببه. وبعد دراسة أحكامها ظهرت مشكلة البحث.

التعليق: لو أن خصماً غاب عن الاستجواب أو حضر ولم يجب (وكذلك في الدعوى) ثم طلب الخصم الآخر من المحكمة الإثبات بما كان ممتنعاً عليه سابقاً، كالأثبات بالشهادة حيث منع النظام منها. فهل يُعد طلبه مقبولاً وملزماً للمحكمة أم أن للمحكمة سلطة في الالتفات عنه.

٣- المادة الثانية والعشرون:

إذا كان الخصم عديم الأهلية أو ناقصها فيستجوب من ينوب عنه، ويجوز للمحكمة مناقشته هو إن كان مميزاً في الأمور المأذون له فيها.

التعليق: لو طلب الخصم استجواب المميز المأذون له، فهل طلبه ملزم للدائرة أم أن هذا داخل في تقديرها؟ ولا ضير عليها لو التفت عنه.

٤- المادة الخامسة والثلاثون:

٢- إذا امتنع الخصم عن تقديم المحرّر المطلوب بعد إمهاله مرة واحدة، عدت صورة المحرّر التي قدمها الطالب صحيحة مطابقة

لأصلها، فإن لم يكن قد قدم صورة من المحرّر؛ فللمحكمة الأخذ بقول الطالب فيما يتعلق بشكل المحرّر ومضمونه.

٣- إذا أنكر الخصم وجود المحرّر ولم يقدم الطالب للمحكمة إثباتاً كافياً لصحة طلبه، فله أن يطلب من المحكمة توجيه اليمين لخصمه فيما يتعلق بهذا المحرّر، وفقاً للأحكام المقررة في الباب (الثامن) من هذا النظام، وإذا نكل الخصم عن اليمين ولم يردها على الطالب أو رد اليمين على الطالب فحلف، عدت صورة المحرّر التي قدمها الطالب صحيحة مطابقة لأصلها، فإن لم يكن قد قدم صورة من المحرّر؛ فللمحكمة الأخذ بقول الطالب فيما يتعلق بشكل المحرّر ومضمونه.

التعليق: في هذه المادة لو أن المحكمة لم تأخذ بقول الطالب في الفقرة (٢) وكذلك لم تأخذ بقول الطالب في الفقرة (٣) فهل عدم أخذها بقول الطالب في الفقرتين صحيح نظاماً؟ وهل لو تقدم الطالب بنقض الحكم لالتفات المحكمة عن طلبه. يقبل منه ذلك؟

٥- المادة السابعة والثلاثون:

مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المواد السابقة، يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم، وفي أي مرحلة تكون عليها الدعوى، أن تقرر الآتي:

١- إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرّر تحت يده.

٢- طلب محرّر من جهة عامة أو صورة مصدقة منه بما يفيد مطابقتة لأصله إذا تعذر ذلك على الخصم، وللمحكمة أن تطلب من الجهة العامة أن تقدم -كتابة أو شفاهًا- ما لديها من معلومات ذات صلة بالدعوى، دون إخلال بالأنظمة.

التعليق: لو طلب الخصم وفق اشتراطات المادة إحضار محرر ولم تجب المحكمة الطالب. فهل التفاتها عن الطلب مقبول نظامًا؟ أم هو موجب لفحص الحكم من المحكمة الأعلى درجة.

٦- المادة الحادية والأربعون:

٢- يجب على الخصم الذي ينازع في صحة المحرّر أن يحضر بنفسه للاستكتاب في الموعد المحدد لذلك، فإن امتنع عن الحضور بغير عذر مقبول، أو حضر وامتنع عن الاستكتاب؛ جاز للمحكمة الحكم بصحة المحرّر.

التعليق: لو لم تحكم المحكمة بصحة المحرر، فهل ذلك مقبول أم هو مما يستوجب النقض؟

٧- المادة الثانية والسبعون:

٣- للمحكمة -من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم- أن تستدعي للشهادة من ترى لزومًا لسماع شهادته؛ إظهارًا للحقيقة.

التعليق: لو طلب أحد الخصوم استدعاء شاهد، لكن المحكمة لم تستجب له. فهل التفاتها عن طلبه يعد صحيحًا؟

المطلب الثاني تحرير محل المسألة:

بعد ما سبق من تمهيد وتعريف، يتبين أن السلطة التقديرية القضائية تمثل أداة جوهرية بيد القاضي تمكنه من الفصل في الخصومة على نحو يحقق مقتضيات العدالة، خاصة في الحالات التي يكون فيها النص النظامي محتملاً في دلالاته أو حين تتعدد أمام القاضي الوسائل المشروعة نظاماً لمعالجة الواقعة.

وقد حرص المنظم السعودي في نظام الإثبات على منح هذه السلطة للمحكمة في مواضع متعددة، وبأسلوب يفيد الإباحة والتمكين، مما يفتح للقاضي مجالاً للاجتهاد على سند مما تقتضيه مصلحة العدالة، وبحسب ظروف الواقعة وما يكتنفها من ملابسات.

لكن مع هذا التمكين، تظهر مشكلة بحثية جوهرية وذلك حين يُقدّم أحد الخصوم طلباً صريحاً للمحكمة لإعمال هذه السلطة التقديرية، فتختار المحكمة عدم الاستجابة له دون أن تسبب رفضها أو حتى مع تسببه - أي الرفض - إلا أن هذا الالتفات ربما يُفضي إلى نتائج تمسّ بحقوق الدفاع أو تخل بمبادئ العدالة الإجرائية.

ويتولد عن هذا التصور سؤال إجرائي: ما أثر إغفال المحكمة لهذه الطلبات؟ وهل يُعد هذا مدخلاً لنقض الحكم؟

وعليه؛ فإن محل البحث ينصبّ على الحالة التي يتقدم فيها أحد الخصوم بطلبٍ صريحٍ لإعمال نصٍ نظاميٍ منحه مصلحة مرجوة. وإن

كان خطاب تحقيق هذه المصلحة موجه في أصله إلى المحكمة - أي عبر عنه في النظام بـ للمحكمة، أو جاز للمحكمة - إلا أن هذه الأخيرة تُعرض عن الطلب دون تسبيب أو مع تسبيب يرى الطالب حاجته لرقابة المحكمة الأعلى. ثم يسعى هذا الخصم - بوصفه طالباً ومستفيداً من النص - إلى الطعن في الحكم تأسيساً على مخالفة المحكمة للنظام.

وحتى لا نجنح عن البناء العلمي المنضبط، لا بد من تحقيق مناهج هذا الإشكال، وذلك بافتراض ضوابط يُعدّ الطلب عند تحققها وجيهاً ويوجب على المحكمة أن تُبدي موقفاً صريحاً منه، سواء بالإعمال أو بالرفض المسبب - والذي هو محل رقابة المحكمة الأعلى درجة -.

المطلب الثالث: ضوابط إعمال مخالفة المحكمة لعدم استعمالها سلطتها التقديرية:

من العدل أن نفترض أن تصرف المحكمة حينما لا تستعمل سلطتها التقديرية؛ لا يمكن اعتباره مخالفاً على إطلاقه وموجباً لنقض حكمها، بل لا بد من تحقق شروط لهذه المخالفة المدعاة حتى تكون مقبولة. ومن خلال استقراء النصوص محل البحث ومحاولة استظهار غايات التشريع فيها وفي نظائرها من المواد المحتملة، واستشراف النتائج المتوقعة لو تم إعمال المواد، وربط ذلك مع الأصول والقواعد التي يجب مراعاتها في التقاضي طلباً لتحقيق العدالة. عليه يمكن افتراض ضوابط لقبول هذه الدعوى.

ضوابط قبول دعوى مخالفة المحكمة لعدم استعماها سلطتها التقديرية:

- ١- طلب الخصم للإجراء مع بيان تعلقه بنتيجة النزاع.
- ٢- كون الواقعة محل الطلب جوهرية ولو قبلت لتغير وجه الحكم بها.
- ٣- أن يكون طلب الخصم لأعمال النص الجوازي مبنياً على سلوك سلبي من خصمه، ترتب عليه جزاء تقديري منح المنظم سلطة للمحكمة في إيقاعه.
- ٤- إمكانية ترتيب أثر قانوني مباشر على الامتناع عنه، كحرمان الطالب من وسيلة إثبات أو حصول تناقض في مبدأ المواجهة.
- ٥- عدم قيام المحكمة بتسبب رفضها اتخاذ الإجراء، أو سببت لكن المستفيد طلب أن يكون تسببها محل مراقبة المحكمة الأعلى.



المبحث الثالث

أثر مخالفة المحكمة للضوابط على سلامة الحكم القضائي في ضوء المادة (١٩٣) من نظام المرافعات الشرعية (النقض)

بعد افتراض الضوابط التي يُشترط تحققها لقبول الدفع بإغفال المحكمة طلب الخصم المستفيد المتعلق بإعمال النصوص محل المسألة. لا مفر من القول: إن إغفال المحكمة لهذا الطلب - متى توافرت فيه تلك الضوابط - يُعد مخالفة مؤثرة تمس سلامة الحكم ومدخلاً لنقضه. ولا يمكن تصنيفها ضمن السلطة التقديرية للمحكمة التي لا معقب عليها. ويمكن تأسيس هذا الرأي على أوجه عدة متينة أبينها في المباحث التالية - بإذن الله -:

المطلب الأول: الأسباب الموجبة لنقض الحكم في حال تحقق الضوابط:

يُعد طريق النقض أمام المحكمة العليا من وسائل الاعتراض غير العادية التي كفلها النظام القضائي لضمان تصحيح ما قد يقع في الأحكام النهائية من أخطاء جوهرية. وقد نصت المادة (١٩٣) من نظام المرافعات الشرعية على بيان أوجه النقض، وهي:

١ - مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها.

٢- صدور الحكم من محكمة غير مشكلة تشكيلاً سليماً طبقاً لما نص عليه نظاماً.

٣- صدور الحكم من محكمة أو دائرة غير مختصة.

٤- الخطأ في تكييف الواقعة، أو وصفها وصفاً غير سليم.

وهذه الأسباب حصرية، لا يمكن الولوج إلى النقض إلا من خلالها.

المطلب الثاني: علاقة ضوابط قبول دعوى مخالفة المحكمة لعدم استعمالها سلطتها التقديرية بالنقض:

وهو الدليل الأول على أن المخالفة توجب النقض ووجه ذلك:

بعد أن عرضت مواد النظام -أعنى الإثبات- التي ظاهرها منح الجواز في استعمال السلطة التقديرية للمحكمة، وبعد أن أوضحت محل الإشكال ثم افترضت ضوابط تجعل إهمال طلب الخصم الذي تحققت فيه تلك الضوابط محل ملاحظة نظامية، يأتي منطقياً بعد ذلك السؤال الجوهرى: ماذا لو امتنعت المحكمة عن الاستجابة لطلبات الخصوم تلك، رغم استيفائها للضوابط؟

وجواب ذلك مفصلاً: أن التفات المحكمة عن الطلب يعد عيباً إجرائياً لا يمكن تعديله إلا بالنقض، لأن هذه الضوابط حققت غايات القاعدة الإجرائية التي تصون حق المحكمة في التقدير وتحمي في ذات الوقت الطلب الإجرائي من الخصوم في تقديم الدليل المنتج والمؤسس على النظام. وهذه معادلة حسنة تحقق مصالح وغايات المنظم في

التشريعات بوجه عام. لاسيما وأن هذه الضوابط اجتمع فيها المعيار الشكلي والموضوعي، مما يدل على جديتها وتأثيرها.

المطلب الثالث: بيان أصالة الضوابط المفترضة وتحقيقها لعموم مقاصد المنظم في التشريعات:

عند سبر هذه الضوابط يمكن ملاحظة أنها مجموعة من معايير شكلية وموضوعية وقانونية، وإن كان بعضها ربما دخل في المعيار الموضوعي وظاهره شكلي، إلا أن الغرض هو إظهار جدية هذه الضوابط وصدقيتها وأن مناط الاعتداد بها متحقق.

المعايير الشكلية:

- ١- وضوح الطلب وصراحته: أن يكون الطلب محدّدًا في صياغته، مبينًا للنص المراد إعماله ووجه الاستفادة منه.
- ٢- بيان المصلحة: أن يُظهر مقدّم الطلب المصلحة المشروعة التي يحميها النص وأثرها على النزاع.

المعايير الموضوعية:

- ٣- الجوهرية: أن يتعلّق الطلب بإجراء في الدعوى يترتب على إغفاله تغيير وجه الحكم.
- ٤- السلبية من الخصم: كالاتّناع، وهذه السلبية رتب عليها المنظم جزاء لصالح الطالب.

٥- عدم كفاية التسبب: أن تُحجم المحكمة عن الردّ المسبّب على الطلب، أو تردّ بما لا يحسم الإشكال المثار ويجعل تسببه تحت طائلة الرقابة للمحكمة الأعلى.

المعيار القانوني:

٥- الأثر القانوني: أن يتج عن الامتناع مساس بحق موضوعي أو إجرائي، أو إخلال بضمانة من ضمانات التقاضي.

التكييف القانوني للامتناع:

عند استيفاء الضوابط المتقدمة، يُمكن وصف امتناع المحكمة ضمن إحدى الصور القانونية التالية:

أولاً: القصور في التسبب:

وهو من الأسباب التي استقرّ عليها اجتهاد المحكمة العليا بوصفه إخلالاً بالضمانات الأساسية للمتقاضين الموجب للنقض، حيث يُعدّ التسبب الكافي ركناً جوهرياً في بناء الحكم القضائي.

ثانياً: إغفال الدفوع الجوهرية:

يُعدّ الطلب بالضوابط المذكورة طلباً جوهرياً، وقد استقر عمل المحكمة العليا على أن إهمال الدفوع والطلبات الجوهرية موجب لنقض الحكم.

ثالثاً: الخطأ في تفسير النصوص التشريعية:

لو قدر أن المحكمة اعتصمت بسلطتها التقديرية ولذلك لم تعمل النص التقديرية، فإن هذا التفسير يعد خطأ قانونياً وتفرغاً للنص التشريعي من مقاصده الموضوعية والإجرائية.

وعليه؛ فإن تجاوز المحكمة للضوابط المتقدمة دون مسوغ قانوني معتبر يُفضي إلى عيب إجرائي أو موضوعي يجرح الحكم حتى يفقده السلامة القانونية، ويجعله عرضة للنقض تطبيقاً لأحكام المادة (١٩٣) من نظام المرافعات الشرعية، وحفاظاً على مبدأ سيادة القانون وضمانات المحاكمة العادلة.

المطلب الرابع: دلالة التطبيقات القضائية على تأثير الإغفال:

وهو الدليل الثاني على النقض. ووجه ذلك:

بداية أنه ليس المقصود من إيراد التطبيقات تعقب الأحكام القضائية، بل المقصود هو دراستها وتحليلها لتقرير المسألة محل البحث وكيفية تعاظم المحاكم مع هذه المواد. ومحاولة ملازمة الواقع العملي وربطه مع الواقع النظري للخروج بنتيجة مقبولة للاستشهاد بها في نتيجة البحث العلمي.

وعليه؛ فقد فحصت بعض الأحكام القضائية التي استطعت الاطلاع عليها، وتوصلت إلى أن غالب العمل القضائي في المملكة

يُعزز الاتجاه بإعمال سلطة المحكمة التقديرية محل البحث ولو لم يطلب المستفيد ذلك، والله الحمد.

وإن كانت التطبيقات القضائية التي وقفت عليها ليست شاملة لجميع أو أغلب المواد محل الدراسة، وذلك لحداثة النظام نسبياً، إلا أن الظاهر - كما قدمت - هو أن المحاكم درجت على إعمال النص محل الدراسة من تلقاء نفسها دون طلب الخصم المستفيد، ورتبت مع الإعمال الأثر النظامي.

وبمفهوم المخالفة فإن هذا الاتجاه القضائي - في ذاته - يُعد دليلاً ثانياً مهماً على سلامة ما انتهت إليه في المطلب السابق، من أن إغفال المحكمة لطلب الخصم - متى استوفى ضوابطه - يُعد مخالفة مؤثرة تستوجب نقض الحكم، وتدخل في عموم مخالفة النظام كما نصت عليه المادة (١٩٣) من نظام المرافعات الشرعية.

ومن هنا، يأتي هذا المطلب لعرض نماذج من الأحكام القضائية في المملكة، التي جسدت هذا الفهم العادل للنصوص التقديرية، وبيّنت كيف طبق القضاء هذه الصلاحية لتحقيق التوازن الإجرائي، حتى دون وجود طلب مباشر من الخصم، مما يعزز أن تجاهل المحكمة لهذه الطلبات يُعد انحرافاً عن السلطة التقديرية الممنوحة لها، وهذا يعتبر الدليل الثاني على وجوب إعمال المحكمة لسلطتها التقديرية محل البحث.

المبحث الرابع

نماذج من التطبيقات القضائية

تمهيد:

لم تكن هذه الدراسة لتستكمل عناصرها دون الوقوف على التطبيقات وأثرها، باعتبارها المرآة العاكسة لفهم المحاكم للنصوص النظامية، وكيفية إعمالها أو تجاوزها في مقام التطبيق. وإذا كانت الدراسة قد افترضت أن المحكمة -متى طُلب منها إعمال نص تقديري وتحقق مناطه- تكون ملزمة ببيان موقف صريح، فإن التطبيقات القضائية هي المختبر الحقيقي لهذا الافتراض.

وقد تبين -كما تقدم- من خلال الاطلاع على عدد من الأحكام الصادرة من المحاكم التجارية وغيرها، أن العمل يميل إلى إعمال النصوص ذات الصيغة التقديرية بوجه عام، بل إن المحاكم -في كثير من الأحكام- تبادر إلى تطبيق النص دون طلب من الخصم المستفيد، مما يشير إلى رسوخ فهم ضمني بأن هذه النصوص وإن جاءت بصيغة «يجوز» أو «جاز لها» أي المحكمة، إلا أن مناطها إذا تحقق وجب الإعمال.

وفي هذا المبحث أستعرض تلك التطبيقات في مبحثين، مع تحليل قانوني لكل نموذج، بما يربط بين النص النظامي، ووقائع الدعوى، ومنطوق الحكم.

المطلب الأول: نماذج تطبيقات قضائية أعملت النصوص التقديرية دون طلب:

يتناول هذا المطلب بعض الأحكام التي قامت فيها المحكمة بتطبيق نص تقديري بمجرد تحقق مناطه، دون أن يكون هناك طلب صريح من الخصم. ومن أبرز وأكثر المواد التي طبقتها المحاكم المتعلقة بهذه الصورة المادة (٢١) من نظام الإثبات، والتي تتعلق بالامتناع عن الإجابة أو الحضور.

النموذج الأول: تطبيق المادة (٢١ / ٢) بسبب غياب المدعى عليه:

القضية التجارية رقم (٤٥٧٠٣٩٥٣٢٢) لعام ١٤٤٥ هـ:

حيث نصت المادة الحادية والعشرون من نظام الإثبات على أنه: «... ٢- إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول، أو امتنع عن الإجابة بغير مسوغ معتبر، استخلصت المحكمة ما تراه من ذلك» لذا فإن الدائرة تنتهي إلى أن تخلف ممثل المدعى عليها عن الحضور والجواب على الدعوى؛ يعد قرينة على صحة دعوى المدعية، وسلامة ما قدمته من بينات على دعواها، مما تنتهي معه الدائرة إلى استحقاق المدعية لما ادعته؛ وبه تقضي».

التحليل:

المحكمة استعملت سلطتها التقديرية صراحة وفق المادة (٢١) من نظام الإثبات عند تخلف المدعى عليها عن الحضور وعن تقديم

الجواب. فالنص أعطى المحكمة سلطة تقديرية في أن تستخلص ما تراه من تخلف الخصم، وأن تقبل الإثبات بالقرائن أو الشهادة في حالات لا يجوز فيها عادة.

تطبيق آخر للمادة (٢١) من نظام الإثبات في العمل القضائي:

يظهر من تتبع الأحكام التجارية أن المحكمة كثيراً ما تُعمل سلطتها التقديرية المنصوص عليها في المادة (٢١) من نظام الإثبات بمجرد غياب الخصم عن الحضور أو حضوره دون تقديم جواب، دون حاجة إلى طلب صريح من الخصم الآخر، مما يدل على استقرار هذا الاتجاه القضائي. ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر الأحكام أرقام: ٤٥٣٠٥٦١٥٠٢ لعام ١٤٤٥ هـ (المحكمة التجارية بالرياض، تاريخ ٦ جمادى الآخر ١٤٤٥ هـ)، ٤٥٣٠٥٦٤٠١٤ لعام ١٤٤٥ هـ (المحكمة التجارية بالدمام، تاريخ ١٠ جمادى الآخر ١٤٤٥ هـ)، ٤٥٣٠٦١٦٢٠٢ لعام ١٤٤٥ هـ (المحكمة التجارية بالرياض، تاريخ ٢٠ جمادى الآخر ١٤٤٥ هـ)، ٤٥٣٠٤٦١٨٨٦ لعام ١٤٤٥ هـ (المحكمة التجارية بالدمام، تاريخ ١٤ جمادى الأول ١٤٤٥ هـ)، ٤٥٣٠٤٢٢٨٣٨ لعام ١٤٤٥ هـ (المحكمة التجارية بالرياض، تاريخ ١٨ جمادى الأول ١٤٤٥ هـ)، ٤٥٣٠٤٦٤٠٥٠ لعام ١٤٤٥ هـ (المحكمة التجارية بالرياض، تاريخ ٢٤ جمادى الأول ١٤٤٥ هـ)، وغيرها كثير.

وهذه النماذج تؤكد أن القضاء التجاري السعودي استقر على تفعيل النصوص الجوازية في الإثبات بمجرد تحقق مناطها دون إغفالها،

وهو ما يعزز ما خلص إليه هذا البحث من ضوابط في شأن السلطة التقديرية للمحكمة.

النموذج الثاني: الامتناع عن الجواب - رغم الحضور - قرينة قضائية:

في حكم آخر لدى الدائرة التجارية في القضية رقم (٤٤٧٠٥٠٦٩٣٥) لعام ١٤٤٤هـ:

«وبما أن المدعى عليه حضر الجلسة الأولى وطلبت منه الدائرة تقديم جواب ملاق، ولما لم يقدم، فإن المحكمة تستخلص من ذلك امتناعه عن الجواب، مما يبرر - استناداً للمادة ٢١ - قبول دعوى المدعي والاعتماد على ما قدمه من أدلة وقرائن».

التحليل:

اعتبرت الدائرة امتناع المدعى عليها عن تقديم جواب ملاق وتحلفها عن الحضور رغم التبليغ نكولاً عن الإجابة، واستخلصت من ذلك قرينة لصالح المدعية على صحة دعواها. وهذا يُظهر بجلاء استعمال الدائرة لسلطتها التقديرية وترتيب الأثر النظامي المقرر في ذلك.

المطلب الثاني: نماذج أغفلت فيها المحكمة طلب إعمال النص رغم تحقق الشروط:

في مقابل النماذج القضائية السابقة، نجد أحكاماً أغفلت طلب الخصم المتعلق بنصوص ذات طابع تقديري. مخالفة بذلك ما ظهر من

وجوب الأعمال دون طلب من المستفيد، وهذه الأحكام على قلة ما رأيت إلا أن مناقشتها مفيدة في النتيجة البحثية.

النموذج الأول: تجاهل المحكمة لطلب الخصم إلزام خصمه بتقديم محررات جوهرية - تطبيق المادة (٣٥) والمادة (٣٧) من نظام الإثبات:

في إحدى القضايا، أمام المحكمة التجارية القضية رقم (٤٤٩٠٣٣٠٦٢) لعام ١٤٤٤هـ:

تقدم وكيل المدعية بطلب صريح للمحكمة لإلزام المدعى عليها بتقديم كراسة شروط ومستخلصات مشروع حكومي، باعتبارها مكملة للعقد وتثبت بالتفصيل نوعيات وكميات الخرسانة المستخدمة، مؤكداً أن هذه الكراسة لا يمكن تنفيذ المشروع بدونها، وأنها في حيازة المدعى عليها يقيناً. وقد استند وكيل المدعية إلى المادة (٣٥) من نظام الإثبات، التي تنص على أنه إذا أقر الخصم أو سكت، أو أثبت الطالب صحة طلبه، أمرت المحكمة بتقديم المحرر. كما طلب الكتابة إلى وزارة النقل بناء على المادة (٣٧) من النظام.

ورغم وضوح الطلب وتعلقه بجوهر النزاع، لم تصدر المحكمة أي قرار بشأن الطلب، ولم تذكر سبب رفضه أو الالتفات عنه.

التحليل:

في هذا النموذج الواقعي، تحققت عناصر الإلزام المنصوص عليها في المادة (٣٥)، من وجود مصلحة حقيقية، وقرينة على وجود المحرر

في حيازة الخصم، وطلب صريح من الخصم، ومع ذلك لم تتجاوب المحكمة مع الطلب. مما يحملنا على القول: إن هذا التصرف يُعد من قبيل الإغفال القضائي الموجب للنقض، إذ إن المحكمة لم تُعمل النص رغم تحقق شروطه، ولم تُبد تسبيهاً قانونياً لذلك، مما يجعل الحكم مصاباً بعيب في التسبيب.

النموذج الثاني: امتناع المحكمة عن إلزام الخصم بتقديم عقد بيع مشروع مشترك رغم تحقق موجبات المادتين (٣٤) و(٣٥) من نظام الإثبات:

الحكم الصادر من المحكمة التجارية في القضية رقم (٤٤٧٠٣٢٩٣٢١) لعام ١٤٤٤هـ:

الدعوى مقامة من مقاول (المدعي) يطالب شركة (المدعى عليها) بمبلغ (٦١,٣٠٨ ريال) قيمة أعمال توريد مواد وأجور معدات بناء على عقد ادعى انعقاده بين الطرفين. قدم المدعي فواتير وأوامر شراء، وطلب تطبيق المادة (٣٥) من نظام الإثبات بزعم أن العقد في حوزة المدعى عليها وامتنعت عن تقديمه. أنكرت المدعى عليها وجود التعاقد، وطعنت في الفواتير والمستندات، كما دفعت بسقوط الدعوى بالتقادم. قضت المحكمة برفض الدعوى لعدم تقديم المدعي بينة كافية تثبت التعاقد أو صحة الفواتير، وعلّلت الحكم بأن الأسماء الموقعة على المستندات ليست مفوضة من الشركة.

التحليل:

يُعد هذا الحكم نموذجاً عملياً لإغفال المحكمة طلباً قائماً على نص نظامي صريح حسب المادة (٣٥) من نظام الإثبات، حيث لم تستجب المحكمة للطلب ولم تسبب لذلك. وهو ما يؤكد أهمية تمسك الخصوم بمطالبهم في ضوء نصوص الإثبات النظامية، ويبرز الحاجة إلى تسبب الأحكام عند عدم الأخذ بها؛ التزاماً بمبدأ العدالة وضمائم التقاضي.

المحصلة:

في هذه النماذج يظهر أن التوجه الأغلب هو إعمال النصوص محل الدراسة حتى دون طلب من المستفيد، ومن ذهب إلى إهمالها أو الالتفات عنها ربما كان لظهور سبب آخر يوجب الحكم ضد الطالب، لكن في الجملة ذلك التعليل لا يعفي المحكمة من ضرورة تسبب عدم الاستجابة للطلب. حتى لو كان حكمها صحيحاً في تأسيسه؛ لأنها أغفلت دفعاً وطلباً جوهرياً يتغير به وجه الحكم لو اعتبرته.

بعد أن بينت الدليلين السابقين، وهما الأول: مخالفة الضوابط المفترضة مع بيان وجه المخالفة ومدى جديتها، والثاني: مخالفة ما عليه غالب العمل القضائي، الذي فسر المواد محل البحث بإعمالها دون طلب من الخصم المستفيد.

منع الخصم من وسائل الإثبات المخولة له نظاماً بوصفه موجباً للنقض:

وهو الدليل الثالث على أن الإغفال موجب للنقض.

وذلك أن منع الخصم المستفيد الطالب للإعمال يُعد منعاً للخصوم من استعمال الأدلة التي أباحها المنظم، وفي هذا مخالفة للقواعد الإجرائية العامة، التي تدل على وجوب تمكين الخصوم من أدلتهم ولا يحال بينهم وبينها إلا بنص نظامي يمنع ذلك، وقد نص نظام الإثبات في المادة الخامسة على أنه: «لا يلزم لإثبات الالتزام شكل معين؛ ما لم يرد فيه نص خاص أو اتفاق بين الخصوم». وأيضاً جاء في الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات في المادة الخامسة ما نصه: «لا يمنع الخصم من تقديم الدليل ما لم ينص النظام والأدلة على خلاف ذلك، وتقدر المحكمة حجيته في الإثبات مع التسبب لذلك» فكل دليل في الدعوى جائز تقديمه، والمنع خلاف الأصل، ويستثنى من هذا الأصل إذا نص النظام على خلاف ذلك^(١)، ولذلك يعد امتناع المحكمة عن إجابة الطالب المستفيد مخالفاً للنظام موجب للنقض.

وكذلك فإن في الطلب مصلحة قائمة للطالب المستفيد، والدفع والطلب كلما كان فيه مصلحة مشروعة وجب على المحكمة قبوله^(٢)، ولو رفضته لعدت مخالفة للنظام، كما نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية في المادة الثالثة ونصها: «لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون

(١) التعليق على نصوص نظام الإثبات والأدلة الإجرائية، خلف التمران، ٣٢.

(٢) التعليق على نصوص قانون المرافعات، د. أحمد أبو الوفا، ١٠٠.

لصاحبه فيه مصلحة قائمة مشروعة..» وعليه فإنه لا مناط من قبول المحكمة للطلب الذي فيه إعمال لسلطتها التقديرية والتي سميت أو وصفت بـ (الجائزة) إلا أن تطبيقها حكمه الوجوب، اتكاء على ما قدمت من أدلة في البحث. والله أعلم.

خضوع سلطة قاضي الموضوع في تقدير الواقع لقواعد الإثبات ورقابة النقض:

وهو الدليل الرابع على أن الاغفال موجب للنقض.

وذلك أن قاضي الموضوع وإن كان له سلطة الفصل في الواقع إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة وأبدية في إثبات الواقع. لأن الفصل في الواقع يرتكز على أمرين، الأول: التحقق من الوجود المادي للواقع، والثاني: إثبات هذا الواقع وفق القواعد القانونية. «الفصل في الواقع إذن، شأنه شأن الفصل في القانون يمكن أن يلحقه عيب الخطأ في القانون. وعلى ذلك، فإنه لا صحة للمبدأ السائد فقهاً، وهو السيادة أو السلطة المطلقة لقاضي الموضوع في إثبات الواقع. لما ينطوي عليه هذا المبدأ من فهم غير صحيح لوظيفة قاضي الموضوع في مجال إثبات الواقع. ففعله كما قدمنا: ليس إثباتاً للواقع بغير قانون وإنما عمل مركب من الواقع والقانون. وقد أدرك الفقه ذلك، لذا عاد مسلماً بأن كون قاضي الموضوع صاحب سلطة في إثبات الواقع لا يعني أن سلطته في ذلك نهاية لا معقب عليها، وإنما هي سلطة معلقة على شرط، هو

احترام القاضي لقواعد الإثبات وطرق التحقيق المبينة في القانون»^(١) فإذا كانت سلطة القاضي بأصلها ليست أبدية معصومة من الرقابة في التعاطي مع الواقع؛ فإن سلطته التقديرية من باب أولى أنها خاضعة بشكل أوسع للرقابة والتحقق من موافقتها القواعد القانونية.

وخلاصة هذا كله، أن المحكمة إذا التفت عن استعمال سلطتها التقديرية الممنوحة لها في النص النظامي فإن تصرفها أولى بالنقض من غيرها من التصرفات.

(١) الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية، د. أحمد السيد صاوي، ص ١٠٧٥.

الخاتمة

وبعد هذا التطواف العلمي وما تم فيه من تتبع مواد نظام الإثبات السعودي، وتحليل التطبيقات القضائية المتعلقة بالنصوص ذات الطبيعة الجوازية، وما قد يُثار حول حدود السلطة التقديرية للمحكمة حال طلب الخصم إعمال تلك النصوص، تبين من خلال هذا البحث أن المحكمة، وإن كانت تملك سلطة تقديرية واسعة في إطار إدارة الدعوى، فإن هذه السلطة ليست مطلقة، ولا يجوز لها أن تتذرع بجوازية النص لتتجاوز الطلبات الجوهرية المقدمة من الخصوم متى تحققت شروطها النظامية.

وقد دلت النماذج القضائية التي استعرضها البحث على أن التوجه الغالب في العمل القضائي السعودي هو إعمال النصوص الجوازية محل البحث حتى دون طلب من المستفيد، مما يؤكد أن هذه النصوص، وإن صيغت بلفظ الجواز، إلا أن مناطها يتحقق عند توفر مصلحة الخصم وتقديمه طلباً صريحاً مستوفياً لشروطه. وفي حال امتناع المحكمة عن ذلك الإعمال، فإنها مطالبة -بحكم النظام- بتسبيب هذا الامتناع، وإلا عدّ ذلك إغفالاً لطلب جوهرى قد يتغير به وجه الحكم.

وقد أظهر البحث، هذه النتائج الملخصة:

١. أن امتناع المحكمة عن إعمال النصوص التقديرية رغم تحقق مناطها ووجود طلب صريح من الخصم المستفيد يُعد مخالفة صريحة للنظام، وإخلاقاً بضمانات الخصومة، ويشكل سبباً مستقلاً لنقض الحكم.

٢. أن التفسير القضائي الأظهر يفهم النصوص التقديرية محل البحث، على أنها إلزامية التطبيق عند تحقق شروطها، لا سيما مع الضوابط التي اقترحها البحث.

٣. أن سلطة القاضي في التعاطي مع الواقع ليست معصومة من الرقابة، بل مشروطة باحترام قواعد الإثبات النظامية، وكذلك سلطته التقديرية محل رقابة من جهة بنائها على أسس صحيحة من النظام.

٤. أن المصلحة المشروعة في الطلب، متى ثبتت، توجب على المحكمة قبولها؛ طبقاً لما نصّت عليه المادة الثالثة من نظام المرافعات الشرعية، والمادة الخامسة من نظام الإثبات، مما يعني أن رفضها بلا تسبب يعدّ إخلالاً بالنظام ومبرراً لنقض الحكم.

وبذلك، خُصّ البحث إلى أن المحكمة، متى طُلب منها إعمال نص تقديري وتحقيق مناطه، فإن امتناعها عن ذلك -دون تسبب واضح- يُعدّ سبباً موجباً لنقض الحكم، وخرقاً ل ضمانات المحاكمة العادلة.

وختاماً، يوصي الباحث بضرورة توعية القضاة والمحامين بالضوابط المعتمدة في إعمال النصوص التقديرية، وتنمية الوعي بدور الخصوم في تفعيلها، والنظر في إدراج قواعد ضابطة كالتي اقترحها الباحث في ضوابط نقض الحكم محل البحث، وكذلك يحسن طرح مذكرة تفسيرية توضح طبيعة وحدود السلطة التقديرية، اتساقاً مع القيم القضائية المستقرة، وتحقيقاً للعدالة المنشودة.

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه.

قائمة المراجع

١. الأزهرى، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربى، بيروت. الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
٢. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، دار النهضة العربية. دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧م.
٣. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية.
٤. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني. دار النهضة العربية، ١٩٨٨م.
٥. خلف بن محمد التمران، التعليق على نصوص نظام الإثبات والأدلة الإجرائية، دار الإجازة، ٢٠٢٤م.
٦. د. عبد الإله العجيري، «سلطة المحكمة التقديرية في نظام الإثبات»، بحث منشور، جمعية قضاء.
٧. د. عبد الحى حجازي، الإثبات في المواد المدنية، شركة ومطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ١٩٥٧م.
٨. د. محمد نصر مهنا، دراسة الأصول والنظريات، دار الفكر، القاهرة.
٩. د. محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي.
١٠. د. وليد بن محمد الصمعاني، السلطة التقديرية للقاضي الإداري، دار الميمان، ١٤٣٦هـ.
١١. مركز البحوث - وزارة العدل، شرح نظام الإثبات.
١٢. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح. الناشر: المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، ١٩٩٠م.



الصفة المهنية للممثل القانوني للشركات الأجنبية في ضوء اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة السعودي

د. راكان بن فهد الحربي

أستاذ القانون المشارك بجامعة الملك فهد للبترول والمعادن

Rakanalharbi@kfupm.edu.sa

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على نبيه الأمين،
وآله وصحبه أجمعين، وبعد..

فلا شك أن الممارسات القانونية تحتاج إلى تأهيل علمي وخبرة
عملية، لكن العامل الحاسم في النجاح القانوني هو عنصر الإبداع في
تطبيق القواعد القانونية على الوقائع العملية، سواءً على صعيد
الاستشارات أو المرافعات.

لذا يصعب على المنظم أن يضع معياراً واحداً بغرض تحديد الصفة
المشترطة في الممارس القانوني؛ حيث تكون بعض الممارسات صعبة
ومعقدة، بحيث تحتاج إلى اشتراط أعلى معايير التأهيل النظري والعملي،
والبعض الآخر من الممارسات تكون أقل تعقيداً، بما يفتح المجال
لخفض المعايير.

وفي الواقع يلعب قرار المنظم دوراً حاسماً في تحديد مستقبل أجيال
من خريجي الأنظمة أو الشريعة؛ وذلك لدى تحديد الصفة المشترطة
للممثل القانوني من حيث كونه خريجاً فقط، أو محامياً يحظى بصفة
قانونية تحتاج إلى خبرة بالسنوات.

وقد بذلت وزارة العدل في المملكة بالتعاون مع هيئة المحامين
مجهودات كبيرة لتعديل اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة، وكانت هذه
التعديلات مثلاً حقةً على مُددٍ طويلة، آخرها عام ٢٠٢٤م، ومن أهم

التعديلات ما يُحَصُّ تمثيل مكاتب المحاماة الأجنبية، وتمثيل الأشخاص الاعتبارية الخاصة، ومنها بطبيعة الحال شركات المساهمة.

رغم ذلك ما يزال الوصول إلى اللائحة المثالية طُموحاً لم يتحقق بعد؛ نظراً للطموح الكبير الذي يسعى له الجميع في الوصول إلى تحقيق رؤية المملكة ٢٠٣٠م بتوفير اقتصاد مهني يستند إلى أعلى المعايير العلمية من جهة، وتشغيل الكفاءات القانونية السعودية الشابة من جهة أخرى.

فالكثير من خريجي الأنظمة والشريعة قد يصعبُ عليهم افتتاح مشاريع خاصّة بهم على هيئة مكاتب أو شركات محاماة، ويكون الطريق الوحيد أمامهم هو التوظيف في الشؤون القانونية لدى الشركات ذات الشخصية الاعتبارية.

وبالمقابل، فإنَّ الكثير من الشركات الراغبة بدخول السوق السعودي تسعى إلى خفض النفقات بأقصى حد؛ لذا قد تسعى لاستقطاب جيل الشباب من الخريجين، وهنا تُعتبر مسألة المعايير المشتركة لتمثيل هذه الشركات من الأمور الواقعية التي تلعب دوراً حاسماً في مدى جذب تلك المشاريع المهنية الأجنبية لدخول السوق.

وفي المقابل فإنَّ المنظم يكون أمام تحديات كبرى لدى التعامل مع المعايير المشتركة للتمثيل القانوني؛ فلا يُمكنه التساهل في هذه المعايير عبر السماح بتمثيل الأشخاص لأيّ خريج دون صفة قانونية مهنية دنيا تضمن قدرته وخبرته بحد أدنى؛ حرصاً على مستوى القطاع القانوني

السعودي، وعلى مستوى الخدمات القانونية وحقوق الأشخاص الذين يُمثِّلُهُم هذا الخريج القانوني.

وهنا نأتي إلى مُثِّل الشركات ذات الشخصية الاعتبارية كشخص اعتباري خاص، فهو الموظف المختص بالمرافعات باسم الشركة ولمصلحتها، تحريكاً لشخصيتها، هذا الممثل يشترط فيه باللائحة أن يكون خريج شريعة أو أنظمة؛ دون أن يكون محامياً بالضرورة، وهذا يعتبر انخفاضاً في معايير الصفة القانونية المهنية^(١)، من حيث التنازل عن بعض الصفات - ككونه محامياً - لدرجة أقل، وهي: المعرفة الإجمالية بالأنظمة.

أمّا فيما يخص مكاتب المحاماة الأجنبية الراغبة بالترخيص في المملكة، فيجب أن يُمثِّلَهَا محام مرخص مقيم من حيث الصفة القانونية المهنية، ليس هذا فقط، بل أيضاً يجب أن يكون شريكاً في ملكية فرع مكتب المحاماة الأجنبي، وهو ما يُعتبر ارتفاعاً في معايير الصفة القانونية المهنية والاستثمارية المشترطة للتمثيل القانوني^(٢).

(١) المادة (٤٥) اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة السعودي الصادر بقرار وزير العدل رقم (٦٧٦) وتاريخ ١٦/٩/١٤٤٦هـ.

(٢) المادة (٥٢) اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة السعودي الصادر بقرار وزير العدل رقم (٦٧٦) وتاريخ ١٦/٩/١٤٤٦هـ.

إشكالية البحث:

اتخذت اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة السعودي توجهاً يميز بين المعايير المهنية المطلوبة للممثل القانوني للشركات الخاصة ذات الشخصية الاعتبارية وفروع مكاتب المحاماة الأجنبية. يثير هذا التفريق أسئلة جوهرية حول مبرراته وأثره على البيئة القانونية والتنظيمية في المملكة. ومن هنا، ينبثق التساؤل الرئيسي للبحث، والذي مضمونه: ما هو المعيار الأمثل لاشتراط الصفة القانونية المهنية ضمن اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة السعودي، على صعيد الممثل القانوني للشركات الخاصة ذات الشخصية الاعتبارية، بالمقارنة مع فروع مكاتب المحاماة الأجنبية؟

تساؤلات البحث:

يحاول البحث الإجابة على مجموعة من الأسئلة التي تفترضها طبيعته، ومن أهمها:

١. هل معايير الصفة المهنية للممثل القانوني التي وضعها المنظم ملائمة أو تحتاج لبعض القيود والضوابط بما يتسق مع الواقع والاحتياج والتطلعات الجديدة؟

٢. هل كانت تلك المعايير متوافقة مع مستويات الممارسة المهنية لتمثيل الشركات كأشخاص اعتبارية خاصة، ثم فروع مكاتب المحاماة الأجنبية؟

٣. هل تمت مراعاة غاية توفير فرص العمل للشباب من خريجي الأنظمة والشريعة؟ أم كانت الأولوية للارتقاء بمستوى المهنة القانونية وضبط الممارسات؟

٤. ما هو المعيار الأكثر ملاءمةً لتحديد الصفة القانونية المشترطة للمُمثِّل القانوني بما يضمن التناغم بين الغايات التشريعية المختلفة؟
أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق ما يلي:

١. تحليل معايير الصفة المهنية القانونية المشترطة للتمثيل القانوني كما وردت باللائحة.

٢. إخضاع هذه المعايير للنقد البناء؛ بالإسقاط على الآثار القانونية العملية لفرض هذه المعايير، وتأثيرها على صعيدين أساسيين: أولهما: تشغيل الخريجين وجذب المكاتب الأجنبية التي تريد خفض تكلفة أجور العاملين لديها. وثانيهما: ضبط الممارسات القانونية، والارتقاء بمستوى المهنة في المملكة.

٣. استنتاج المعيار الأفضل بالنظر لضرورة استقطاب الشركات، ومكاتب المحاماة الأجنبية.

أهمية الموضوع والتي هي أسباب اختياره:

١ - يعتبر هذا الموضوع من الموضوعات شديدة الأهمية، من حيث: تسليط الضوء على إشكالية تضارب بعض غايات المنظم في اللائحة التنفيذية، وتبيين الإشكالية ومحلها.

٢- يساهم البحث في تقييم العمل التنظيمي الخاص بتحديد الصفة القانونية المشترطة لتمثيل الشركات ومكاتب المحاماة الأجنبية.

٣- من الناحية العملية، يعد تحديد معايير الصفة المهنية عاملاً رئيساً في تعزيز نجاح قطاع الاستثمار في المجال القانوني بالمملكة؛ حيث يسهم بشكل مباشر في توفير فرص عمل لآلاف الخريجين من تخصصات الأنظمة والشريعة، ويدعم تطوير بيئة عمل مهنية تواكب التطورات التشريعية الحديثة^(١).

٤- أنه من خلال تحسين معايير الممارسة القانونية وتبني منهجيات أكثر شفافية، سيتمكن المحامون في المملكة من تقديم خدمات أكثر احترافية وكفاءة. كما ستسهم هذه التعديلات في رفع مستوى التنافسية بين مكاتب المحاماة المحلية والدولية، مما يؤدي إلى تحسين جودة الخدمات القانونية، فضلاً عن تعزيز مكانة المحامي السعودي في الساحة الدولية^(٢).

٥- يسعى الباحث لاقتراح معيار جديد مبتكر قادر على تحقيق كافة الغايات التشريعية المتناقضة ضمن معيار مرن خاص بالصفة

(١) انظر: المذكرة الخاصة بمشروع اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة المنشورة على منصة استطلاع، مايو ٢٠٢٤م، <https://istitlaa.ncc.gov.sa/ar/Judgment/Moj/Regulations/Pages/default.aspx>

(٢) انظر: وزير العدل يقر اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة، موقع وزارة العدل، تاريخ ٢٨ / ٤ / ١٤٤٦ هـ، <https://www.moj.gov.sa/ar/MediaCenter/News/Pages/NewsDetails.aspx?itemId=1646>

القانونية لتمثيل الأشخاص الاعتبارية الخاصة، وفروع مكاتب المحاماة الأجنبية، بما يمثل تقديم حلول جيدة ومفيدة في إزالة الإشكال السابق.

منهج البحث:

سيتهج هذا البحث ثلاثة مناهج رئيسية لتحقيق أهدافه واستكشاف الحلول المثلى لإشكالية البحث.

أولاً: المنهج التحليلي، بغرض دراسة تفاصيل القواعد الخاصة بمعايير الصفة القانونية المهنية لتمثيل الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو مكاتب المحاماة الأجنبية.

ثانياً: المنهج النقدي، بغرض تقييم المعايير الواردة باللائحة إسقاطاً على مُعطيات الواقع النظري والحاجات العملية لقطاع الممارسات القانونية بالمملكة.

ثالثاً: المنهج المقارن، حيث سيكون نطاق المقارنة شاملاً لنوعين من معايير الصفة القانونية التي تسري على نوعين من أعمال التمثيل القانوني، وهما؛ تمثيل الشركات ذات الشخصية الاعتبارية من جهة، وتمثيل مكاتب المحاماة الأجنبية من جهة أخرى؛ بحيث سيكون الهدف من المقارنة هو إسقاط الظروف الواقعية لعمل التمثيل القانوني في كلتا الحالتين التي تُبرّر وضع المعايير المطلوبة للتمثيل القانوني فيهما، كل ذلك للوصول إلى المعيار المبتكر المرن القادر على التوفيق بين جميع الظروف العملية، والتناغم بين أغلب الغايات التشريعية لهذه المعايير.

وذلك بغرض الخروج بمعيار مبتكر قادر على حل إشكالية التعارض في آثار معايير الصفة القانونية القائمة.

الدراسات السابقة:

تعد التحديثات والتغيرات المتعلقة باللائحة التنفيذية لنظام المحاماة من الموضوعات الحديثة التي صدرت مؤخراً، وبعد البحث والاطلاع على ما كُتب في هذا المجال لم أجد دراسة علمية مستقلة تناولت هذا الموضوع بشكل تفصيلي.

وعلى الرغم من وجود عددٍ من الدراسات التي تناولت جوانب مختلفة من مهنة المحاماة، من أبرزها:

١. واقع مهنة المحاماة بالمملكة العربية السعودية وتصوراتها المستقبلية، للباحث سليمان الريش، رسالة ماجستير في الدراسات الاستراتيجية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، عام ٢٠١٧م.

٢. اختصاصات الهيئة السعودية للمحامين في النظام السعودي -دراسة مقارنة-، للباحث عصام العصيمي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، عام ٢٠١٦م،

٣. تأديب المحامي في النظام السعودي - دراسة تأصيلية مُقارَنة، من إعداد الباحث فواز الغامدي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، عام ٢٠١٥م.

٤. ضمانات المحامي في نظام المحاماة السعودي (دراسة تأصيلية مقارنة)، للباحث عبدالله العصيمي رسالة دكتوراه في العلوم الأمنية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، عام ٢٠١٢م.

٥. نظام المحاماة في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية مع دراسة لنظام المحاماة الصادر عام ١٤٢٢هـ، للباحث محمد آل خريف، كتاب مطبوع، عام ٢٠٠٤م.

غير أن هذه الدراسات لم تتناول بصورة مباشرة مسألة الصفة المهنية للممثل القانوني، ولا تقييم معايير الترخيص لمكاتب المحاماة الأجنبية، نظراً إلى أنها أجريت قبل صدور اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة.

وقد تناولت هذه الدراسات نظام المحاماة من خلال تركيزها على موضوعات أخرى مثل واقع مهنة المحاماة ومستقبلها، أو اختصاصات الهيئة السعودية للمحامين، أو دراسة مقارنة بين نظام المحاماة السعودي وبعض الجوانب في الفقه الإسلامي، أو ما يتعلق بتأديب المحامي وممارساته.

وعلى الرغم من أهمية هذه الموضوعات، إلا أنها تختلف اختلافاً جذرياً عن نطاق بحثي، الذي يركز على تقييم معايير الصفة المهنية للممثل القانوني في ضوء اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة السعودي.

ويسعى هذا البحث إلى سد هذه الفجوة من خلال دراسة وتحليل مدى توافق معايير الصفة المهنية للممثل القانوني مع أفضل الممارسات العالمية، ودورها في تطوير مهنة المحاماة وتعزيز كفاءتها، كما أن التركيز على الجانب التنظيمي للصفة المهنية للممثل القانوني يساهم في فهم أعمق للتحويلات القانونية في المملكة، ويساعد في تقديم توصيات قد تساهم في تحسين بيئة العمل القانونية، وتعزيز جودتها.

خطة البحث:

تتكون خطة البحث من مقدمة، ومبحثين، وخاتمة، وفهرس المصادر والمراجع، وتفصيل ذلك كالتالي:

المقدمة:

وتشمل: إشكالية البحث، وأهميته وأسباب اختياره، وتساؤلاته، وأهدافه، ومنهجيته، والدراسات السابقة، وخطة البحث.

المبحث الأول: معيار المحامي الشريك كشرط للصفة المهنية القانونية.

وفيه تمهيد ومطلبان:

التمهيد: وفيه مقدمة حول تطور الأنظمة واللوائح في المملكة، والتعريف بمفردات البحث، وكلماته المفتاحية.

المطلب الأول: المحامي الشريك في فروع مكاتب المحاماة الأجنبية.

المطلب الثاني: المحامي الشريك في فروع الشركات الأجنبية ذات الشخصية الاعتبارية.

المبحث الثاني: معيار الممارس القانوني المرخص كشرط للممثل القانوني.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الممارس القانوني المرخص في فروع مكاتب المحاماة الأجنبية.

المطلب الثاني: الممارس القانوني المرخص في فروع الشركات الأجنبية ذات الشخصية الاعتبارية.

وأخيراً: الخاتمة وتشمل النتائج التي توصل لها الباحث، والتوصيات التي يوصي بها.



المبحث الأول

معيار المحامي الشريك كشرط للصفة المهنية القانونية

التمهيد:

شهدت المملكة العربية السعودية تطورات ملحوظة في القطاع القانوني، كان من أبرزها صدور التعديلات على اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة، وتعكس هذه التعديلات توجه نحو تعزيز مهنة المحاماة وتنظيمها كأحد الركائز الأساسية لتحقيق العدالة ودعم الاستثمار القانوني، بما يتماشى مع التحولات التشريعية الحديثة التي تشهدها المملكة، وتأتي هذه التعديلات في إطار الجهود المبذولة لتطوير البيئة القانونية في المملكة.

وقد تناولت اللائحة التنفيذية المعدلة عدداً من الجوانب الجوهرية التي تسهم في رفع كفاءة المهنة، مثل معايير الترخيص للمحامين، وضوابط تمثيل الأشخاص الاعتباريين، والشروط الخاصة بمكاتب المحاماة الأجنبية. ويُعد هذا التحديث خطوة مهمة نحو تحقيق أهداف رؤية المملكة، من خلال بناء نظام قانوني متكامل يدعم استقطاب الكفاءات المحلية والعالمية، ويواكب أفضل الممارسات العالمية، عن طريق تنظيم العلاقة بين الأطراف الفاعلة في هذا المجال، مما يسهم في رفع مستوى الأداء القانوني ودعم جهود المملكة في تعزيز بيئة استثمار

قانونية قادرة على استيعاب التحديات المستقبلية، وبذلك تفتح هذه اللائحة الجديدة آفاقاً واسعة لتطوير المهنة والارتقاء بها^(١).

ويُعد ضبط المصطلحات القانونية من أهم الركائز التي تسهم في توضيح المفاهيم لأي دراسة قانونية، ولتحليل معايير الصفة المهنية القانونية المطلوبة للتشيل القانوني وفقاً لما ورد في اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة، من الضروري البدء بضبط المصطلحات الأساسية المستخدمة في البحث، حيث يُسهم ذلك في توضيح المفاهيم وتجنب الالتباس، مما يعزز دقة الدراسة وموضوعيتها.

- الشركات: نَقِصِدُ بها الأشخاص التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية؛ وهي من الجهات المشمولة بمصطلح «الأشخاص الاعتبارية الخاصة» كما وردت باللائحة.

فالشركات هي الكيانات القانونية التي تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة، ما يمنحها أهلية التعاقد والتقاضي، إضافة إلى ذمة مالية منفصلة عن مؤسسيها. ويشمل هذا المصطلح في اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة كافة الأشخاص الاعتبارية الخاصة، مثل الشركات التجارية والمهنية، التي تحتاج إلى تمثيل قانوني يتوافق مع المعايير النظامية.

(١) وزير العدل يقر اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة، موقع وزارة العدل، تاريخ ١٤٤٦/٤/٢٨ هـ
[https://www.moj.gov.sa/ar/MediaCenter/News/Pages/](https://www.moj.gov.sa/ar/MediaCenter/News/Pages/NewsDetails.aspx?itemId=1646)

NewsDetails.aspx?itemId=1646

- فروع مكاتب المحاماة الأجنبية: وهي الفروع التي يتم افتتاحها بشكل تابع تمامًا لمكتب محاماة خارجي، بحيث لا يكون للفرع شخصية اعتبارية مستقلة، وبغض النظر عما إذا كان مكتب المحاماة الأجنبي هذا يأخذ شكل الشركة ذات الشخصية الاعتبارية أم أي مشروع مهني آخر.

- فروع شركات المساهمة الأجنبية: وهي الفروع التابعة والخاضعة لشركات أجنبية بشكل كامل من حيث المالية والإدارة؛ أي: أن الفرع لا يمتلك ذمة مالية خاصة ولا شخصية اعتبارية مستقلة.

- مُمارس مُرخص: أي حامل لمؤهل البكالوريوس بالأنظمة أو الشريعة دون أن يكون محاميًا مُرخصًا من هيئة المحامين السعودية أو الهيئة المسؤولة عن المحامين في بلده، فالممارس المرخص هو أي شخص حاصل على تأهيل قانوني معترف به في الأنظمة أو الشريعة، سواء في الأنظمة الوضعية أو الشريعة، لكنه غير مسجل رسميًا كمحامٍ مرخص لدى هيئة المحامين السعودية، ويسمح له ذلك بمزاولة بعض المهام القانونية المحددة وفق الضوابط المنظمة، دون أن يمتلك الصفة الكاملة لمزاولة مهنة المحاماة محليًا.

- محام شريك: المحامي المرخص في المملكة أو في دولته، على أن تكون إقامته في المملكة لتمثيل فرع المكتب الأجنبي.

المطلب الأول: المحامي الشريك في فروع مكاتب المحاماة الأجنبية:

في إطار الحديث عن مهنة المحاماة في المملكة العربية السعودية نرى أنها لم تتشكل في صورتها النهائية، ولم يكتمل بنائها بعد، أو تكتسب هويتها النهائية والمستقرة^(١)، وعندما نتحدث عن «المحامي الشريك» كمعيارٍ مشروطٍ قانوناً لتمثيل أية جهةٍ، فإننا نتعامل مع أعلى معيارٍ ممكنٍ لتحديد الصفة المهنية القانونية في مُثل هذه الجهة.

والسبب أن معيار «المحامي الشريك» لا يضع فقط صفة ذات أبعاد قانونية تضمن الخبرة أو المكانة العلمية، والمهنية، والثقافية^(٢)، بل أيضاً يتضمن هذا المعيار اشتراط عنصر استثماري في شخصية الممثل القانوني، وهذا يعني نوعاً من التدخل في توزيع رأس مال الجهة التي يتم تمثيلها.

إن تحليل معيار «المحامي الشريك» في فروع مكاتب المحاماة الأجنبية يتطلب فهماً دقيقاً للغايات التشريعية التي دفعت إلى اشتراط

(١) لمراجعة واقع المحاماة في المملكة، انظر: الريش، سليمان، واقع مهنة المحاماة بالمملكة العربية السعودية وتصوراتها المستقبلية، رسالة ماجستير في الدراسات الاستراتيجية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، نوقشت عام ٢٠١٧م، الصفحة ١٨.

(٢) تُعتبر مهنة المحاماة ذات أبعادٍ ثقافيةٍ أيضاً، وليس فقط مهنيةً. راجع في هذه الفكرة لدى:

Chambliss, Elizabeth. «Measuring law firm culture.» In Special Issue Law Firms, Legal Culture, and Legal Practice (Studies in Law, Politics, and Society, Vol. 52).

Emerald Group Publishing Limited, 2010. Page 6-13

هذا المعيار، حيث إن التشريعات لا تُسنّ عبثاً، بل تأتي استجابةً لحاجات قانونية وتنظيمية واقتصادية، لذا فإن دراسة الغاية التشريعية من هذا الاشتراط تمكنا من فهم الأسس التي بُني عليها، سواء كان ذلك لضمان جودة الخدمات القانونية، أو لتعزيز توطيد المهنة، أو لحماية السوق القانونية المحلية من هيمنة الكيانات الأجنبية.

إلى جانب ذلك، فإن النظر في السلبيات الواقعية لاشتراط هذا المعيار يعد أمراً ضرورياً، إذ إن أي تنظيم قانوني قد يواجه تحديات عند التطبيق العملي، وقد يتج عنه تأثيرات غير مقصودة تؤثر على كفاءة سوق المحاماة أو على قدرة الكيانات القانونية المحلية على الاستفادة من الخبرات الأجنبية، لذلك فإن تقييم هذه السلبيات بناءً على معطيات واقعية يساهم في تقديم قراءة نقدية متكاملة لهذا المعيار، بحيث يتم اقتراح تعديلات تستجيب لاحتياجات السوق القانونية دون الإخلال بالمصالح التي تسعى التشريعات إلى تحقيقها، حتى نستطيع تقديم تحليل نقدي عميق لمعيار «المحامي الشريك» في فروع مكاتب المحاماة الأجنبية، علينا دراسة الغاية التشريعية من اشتراط هذا المعيار أولاً، ثم السلبيات الواقعية من اشتراط هذا المعيار ثانياً.

أولاً: الغاية التشريعية من اشتراط المحامي الشريك في فروع مكاتب المحاماة الأجنبية:

في عالم الأعمال لا يكون من المُحبذ التدخل في توزيع رأس المال إلا في حالات استثنائية نادرة يفرضها الواقع أو يفرضها شكل الشركة،

مثل شركة التوصية بالأسهم التي تحتوي على تقسيم صريح لرأس المال بين شركاء مساهمين وآخرين متضامنين^(١).

لكن يتم في هذه الحالة اشتراط وجود نسبة من رأس المال تحت ملكية نوعية محددة من الأشخاص لغايات تشريعية وقائية، مثل وجود شريك محلي أو مواطن في الشركة؛ فهو أمر غير إيجابي على مستوى معايير التجارة والاستثمار، ويعتبر عاملاً طارداً للاستثمار^(٢)، حتى إن معايير الحوكمة تسعى للانتقال والاستثمار الحر حتى على صعيد مشاريع المحاماة المهنية.

لذلك فإن اشتراط معايير وقائية تحد من حرية تدفق الاستثمار المهني، مثل فرض وجود شريك محلي أو نسبة معينة من الملكية في مشاريع المحاماة، يتعارض مع مبادئ الحوكمة الحديثة التي تركز على الشفافية، والكفاءة، والمنافسة العادلة، فمعايير الحوكمة تهدف إلى تعزيز

(١) المادة (٥١)، نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) بتاريخ ١٤٤٣/١٢/١هـ.

(٢) شركات المحاماة تعتبر إحدى أساليب عولمة الأعمال الاستثمارية، والتي يجب على المنظم استيعابها، وعدم وضع العراقيل أمام تدفق رؤوس الأموال القانونية الآتية على شكل شركات محاماة أجنبية. انظر:

Liu, Sida. «Globalization as boundary-blurring: international and local law firms in China's corporate law market.» Law & Society Review Vol.42, Issue.4, 2008, 771-804, pages: 773-775.

بيئة استثمارية مفتوحة تعتمد على الجدارة بدلاً من القيود التنظيمية التي قد تحد من دخول مستثمرين ذوي كفاءة.

كما أن هذه الشروط قد تؤدي إلى إضعاف السوق المحلي بسبب تقييد وصول الخبرات الأجنبية، ما يقلل من التنافسية والابتكار، لكن الغايات التشريعية من اشتراط الشريك المحلي التي تلخص بالرغبة في وجود سيطرة إدارية من جهة تنتمي للدولة، وعدم فتح السوق بشكل مطلق لرأس المال الأجنبي، هذه الغايات التي أصبحت سلبية في عالم الاستثمار الحديث اليوم، تختلف تمامًا عن حالة اشتراط المحامي الشريك.

فالمحامي الشريك يضمن وجود انتهاء أكبر من الممثل القانوني لفرع مكتب المحاماة الأجنبي^(١)؛ حيث إن وجود الملكية في هذا الفرع يعني أن أي اختلال في توازن الفرع سينعكس بشكل مباشر على الذمة المالية الشخصية للمحامي الممثل لهذا الفرع؛ لأنه ببساطة شريك في رأس مال الفرع. إن مشاركة المحامي في المكتب بصفته شريكًا تمنحه نفوذًا أكبر مقارنة بالمحامي الذي يعمل كمستشار، وهو ما ينعكس بشكل مباشر على قدرته في تحصيل أتعابه. فالشريك، بفضل حصته في

(١) وهو ما يُسمّيه القانون الأمريكي بـ: «واجب الانتماء» (Loyalty Duty). انظر:

Plerhoples, Alicia E., Can an Old Dog Learn New Tricks? Applying Traditional Corporate Law Principles to New Social Enterprise Legislation, Transactions: The Tennessee Journal of Business Law, Georgetown University Law Center, Vol. 13, 2012, 221-265, page 244.

المكتب، يمتلك سلطة أكبر على إدارة القضايا والملفات المالية، مما يتيح له وسائل أكثر فعالية لضمان استيفاء مستحقاته، مثل الاحتفاظ بأوراق القضية أو التفاوض المباشر مع العملاء بشأن الأتعاب. في المقابل، فإن المستشار القانوني الذي يتقاضى راتباً ثابتاً دون أن يكون له حصة ملكية، لا يتمتع بهذه الصلاحيات، حيث تكون صلاحية تحصيل الأتعاب من اختصاص المكتب نفسه. هذه الفجوة في النفوذ المالي والقانوني تبرز أهمية تحديد دور المحامي في المكتب وتأثير ذلك على حقوقه ومسؤولياته في العلاقة التعاقدية مع العملاء^(١).

وعليه فقد اشترطت اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة تمثيل فرع مكتب المحاماة الأجنبي في المملكة من محامٍ مقيم وشريك في هذا المكتب^(٢)، حتى إن تعذر إقامة الشريك في المملكة يعني ضرورة استبداله تحت طائلة المساس بترخيص المكتب^(٣).

وهكذا ستضمن شراكة الممثل المحامي المقيم في الدولة وجود تضامن في المسؤولية من الممثل مع فرع المكتب الأجنبي^(٤)، وهو ما

(١) راجع: الغامدي، جوهره، حق المحامي في حجز الأوراق لحين استيفاء الأتعاب القانونية في النظام السعودي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١٧م، ص (٨٦).

(٢) المادة (٥١)، اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة.

(٣) المادة (٥٢)، اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة.

(٤) تلعب أعراف مهنة المحاماة والقضاء دوراً كبيراً في تحديد مسؤولية المحامي، وفي إطار الشراكة تنبع مسؤولية المحامي من الانتماء للمشروع المهني الشريك فيه. =

يضمن حرصاً أكبر من المحامي الممثل على جودة أداء هذا الفرع، كما أن هذا الممثل يوفر مرجعية محلية من محام شريك ومقيم في الدولة لفرع مكتب المحاماة الأجنبي؛ أي: أن وجهة النظر هذه ترى حماية الوسط القانوني وحقوق الموكلين تعتبر غاية تشريعية عليا، تتفوق على غايات أخرى مثل تحرير رأس المال في قطاع الاستثمار المهني القانوني، هذا إلى جانب غايات تشريعية أخرى؛ مثل تسهيل دخول المكتب الأجنبي في البيئة القانونية السعودية ذات الخصوصية العالية.

هذه الغايات التشريعية تبرر موقف اللائحة الصارم إزاء افتتاح فرع لمكتب محاماة أجنبي. هذا إلى جانب أن اللائحة لم تكن صارمة في اشتراط شراكة المحامي الممثل؛ فاللائحة لم تشترط نسبة شراكة محددة، وتركت الموضوع لمعطيات الواقع، وهكذا فإن أية نسبة مشاركة - مهما كانت صغيرة - ستكون كافية لتحقيق معيار «المحامي الشريك»، تلك المشاركة التي تعتبر شرطاً، وهي في المقابل تمنح المحامي حقاً أصيلاً في أرباح المكتب والمشاركة في إدارته^(١).

= للتعلم في موضوع مسؤولية المحامي، انظر: الشوابكة، برجس، مسؤولية المحامي المهنية، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد (٢)، الإصدار (٣)، عام ٢٠٢١م، ص (٢٧٨).

(١) فهنا يكون من حق المحامي ليس فقط الحصانة الشخصية، بل أيضاً حصانة مكتبه الذي يعتبر شريكاً فيه. راجع: المسردى، محمد، حقوق المحامي وواجباته في النظام الخليجي الموحد للمحاماة في مجلس التعاون لدول الخليج العربية - دراسة مقارنة بنظام المحاماة في المملكة العربية السعودية، دراسة ماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٥م، ص (٨٦).

فلم تشترط أن تكون شراكة المحامي الممثل في ميزانية الفرع المحلي، بل اشترطت أن تكون الشراكة في رأس مال المكتب، وأن تخوله هذه الشراكة ممارسة المهنة في الدولة الأجنبية أو الإقليم الأجنبي مثل الولايات المتحدة؛ حيث إن الفرع ليست له شخصية اعتبارية حتى يتم حصر ذمته المالية بشكل صريح، لذا فلم تتدخل اللائحة في هذه الأمور المالية الداخلية للمكتب، واشترطت فقط الشراكة في رأس ماله.

ثانيًا: السلبات الواقعية من اشتراط المحامي الشريك في فروع مكاتب المحاماة الأجنبية:

على الرغم من الغايات التشريعية الإيجابية التي بررت اعتماد لمعيار «المحامي الشريك»؛ فإن ذلك لا يعني حسن اختيار هذا المعيار من اللائحة، فلا يمكن تجاهل صعوبة هذا المعيار والآثار السلبية العميقة التي يمكن أن تظهر بعد تطبيقه.

١ - صعوبة تحقيق هذا المعيار من جهة المحامي: تنص اللائحة في شأن المحامي الشريك على اشتراط وجود خبرة عملية في المجال القانوني لا تقل عن عشر سنوات، على أن تكون ثلاثًا منها -على الأقل- بعد الحصول على رخصة مزاولة المهنة^(١)؛ وهذه مدة خبرة طويلة، تُمثِّل عقْدًا كاملاً من الزمن؛ وهو شرط قلما يتوفر في ظل

(١) المادة (٥١) البند (٢)، اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة نصت على أن يشترط في الشريك: «أن تتوافر لديه خبرة في طبيعة العمل لمدة لا تقل عن (عشر) سنوات، وأن تكون منها (ثلاث) سنوات بعد الحصول على رخصة مزاولة مهنة المحاماة».

ظروف الشباب، ورغبتهم في تسير أمورهم، والبحث عن موارد الرزق في القريب العاجل في صورة من صور الكسب المشروع، مما يجعلهم يحجمون عن البحث عن المتاعب في ظل هذا الاشتراط.

٢- صعوبة تحقيق معيار الشراكة من الناحية المالية والاقتصادية: فلا يعني وجود نسبة شراكة لدى المحامي الممثل لمكتب المحاماة الأجنبي أن يكون محامياً بالكفاءة المطلوبة؛ فالكثير من المحامين البارعين يكونون موظفين كمستشارين في المكتب الأجنبي^(١).

وحتى إذا نظرنا في الضمانات التي يمنحها معيار المحامي الشريك، فإن الكثير من الشركاء يكونون غير متمين لمشروع المكتب، بل تكون نسبة الشراكة فقط من أجل توفير نفوذ في المكتب أو المساهمة بإدارته، خاصة أن اللائحة لم تشترط نسبة مشاركة دنيا، وعليه لتصور أن محامياً شريكاً في المكتب الأجنبي بنسبة ١٪ من رأس المال؛ فهذه الشراكة لن تضمن أي تضامن فعلي بالمسؤولية ولا أي انتفاء فعلي للمكتب، وبالتالي فإن الغاية التشريعية من اشتراط الملكية لن تتحقق على أرض الواقع.

٣- تقليل فرص عمل المحامي السعودي لدى المكاتب الأجنبية: فالسلبية الواقعية الأخرى من اشتراط معيار المحامي الشريك وهي تقليل فرص دخول المكاتب الأجنبية؛ لأن اشتراط معيار «المحامي

(١) راجع في كيفية نشوء فكرة المستشار القانوني، وأبعاد هذه المهنة لدى:

Rostain, Tanina, The Emergence of Law Consultant, Fordham Law Review, Vol.

.75, 2006, 1397-1428

الشريك» كشرط أساسي لدخول المكاتب الأجنبية إلى سوق المحاماة في المملكة يفرض عائقاً جوهرياً أمام توسع هذه المكاتب، حتى وإن كانت من بين الأبرز عالمياً، فالمكتب الأجنبي -بغض النظر عن سمعته أو خبرته- سيجد نفسه أمام ضرورة البحث عن محام مقيم في المملكة ليشركه في ملكية المكتب قبل أن يتمكن من مزاوله المهنة محلياً.

وهذه العقبة التنظيمية تعني أن العديد من المكاتب التي تفكر في دخول السوق السعودي ستعيد النظر في قرارها؛ إذ قد ترى أن هذا الشرط غير مبرر، أو أنه يحمل مخاطر إدارية وقانونية تتجاوز العائد المتوقع.

٤- تقليل فرص دخول كثير من المكاتب الأجنبية ذات الأعمال أو العوائد القليلة أو المحدودة: حيث إن هذا الاشتراط يؤدي إلى انتقاء طبعي بين المكاتب الأجنبية، فلا تدخل السوق إلا تلك التي لديها أعمال مكثفة بالفعل، وتجد ضرورة اقتصادية ملحة لافتتاح فرع لها في المملكة، بينما تتراجع المكاتب الأخرى التي قد تكون راغبة في الاستثمار التدريجي أو تقديم خدمات قانونية متخصصة دون تحمل التزامات الملكية والشراكة المحلية، وبالتالي قد يُسهم هذا الشرط في تقليل مستوى التنافسية داخل السوق، ويحد من الاستفادة من الخبرات القانونية العالمية التي يمكن أن تثري المهنة وتساهم في تطوير الممارسات القانونية داخل المملكة.

٥- أن اشتراط معيار المحامي الشريك قد يساهم في صورية بعض الشراكات؛ بغرض التهرب من هذا الشرط: حيث إن أحد أبرز

السلبات العملية لاشتراط معيار «المحامي الشريك» في فروع المكاتب الأجنبية هو ما قد يترتب عليه من انتشار ظاهرة التستر والاتجار غير المشروع بالصفة القانونية؛ فبدلاً من أن يكون المحامي المقيم بالمملكة شريكاً فعلياً يتحمل مسؤوليات إدارية وقانونية حقيقية داخل المكتب، قد تتحول هذه الشراكة إلى مجرد إجراء شكلي يستهدف الالتفاف على المتطلبات التنظيمية، وفي هذه الحالة قد يلجأ المكتب الأجنبي إلى تسجيل شراكة صورية مع محام محلي مقابل مبلغ مالي شهري - غير مشروع - يدفع له دون أن يكون له أي دور فعلي في إدارة المكتب، أو اتخاذ القرارات المهنية.

هذه الممارسة لا تؤدي فقط إلى الإخلال بجوهر التشريع الذي وضع هذا الاشتراط، بل تخلق بيئة غير عادلة داخل سوق المحاماة، حيث يتم استخدام المحامي الشريك كواجهة شكلية دون مساهمة حقيقية في العمل القانوني. ونتيجة لذلك، قد تفقد معايير الكفاءة والحوكمة قيمتها، إذ يصبح الالتزام بالشراكة أمراً ورقياً بدلاً من أن يكون ضماناً لمشاركة فعلية في نقل المعرفة القانونية وتعزيز الخبرات المحلية، كما أن انتشار هذه الظاهرة قد يؤدي إلى مشكلات قانونية وأخلاقية عديدة، منها تقويض مبدأ الشفافية في العقود والشراكات، وإضعاف ثقة المستثمرين في البيئة القانونية، وإمكانية نشوء نزاعات مستقبلية حول مسؤوليات المحامي الشريك الصوري، خصوصاً في حال وقوع مخالفات مهنية أو مالية داخل المكتب. كما أن هذا الوضع قد يضعف قدرة الجهات التنظيمية على مراقبة السوق بفعالية، إذ

يصبح من الصعب التمييز بين الشركات الحقيقية والشركات الصورية التي تستهدف فقط استيفاء المتطلبات الشكلية. وعلى الرغم من أن هذه الشراكة الصورية تُعد شراكة غير مشروعة، وأن الأصل أن يقتصر ترخيص المكتب الأجنبي على كيان ذي صفة حقيقية يزاول العمل وفقاً لأحكام نظام المحاماة ولائحته التنفيذية، فإن اكتشاف الصورية وإثباتها يظل أمراً بالغ الصعوبة، والأخطر أن يتحول هذا المعيار إلى سوق للتستر على أصحاب المشاركة الحقيقية من الأجانب.

وعليه، فإن معطيات الواقع تقول بشكل حاسم بعدم جدوى اشتراط معيار المحامي الشريك في تحقيق أي من الغايات التشريعية المتوخاة منه.

المطلب الثاني: المحامي الشريك في فروع الشركات الأجنبية ذات الشخصية الاعتبارية:

نحاول من خلال هذا المطلب تركيز النظر على فكرة الممثل القانوني لفرع الشركة الأجنبية التجارية من غير شركات المحاماة المهنية، حيث نحاول القيام بدراسة تمثيل شركات المساهمة التجارية^(١).

(١) للتعُمُّق في شركة المساهمة من منظور النظام السعودي، انظر: الغامدي، عبدالهادي، القانون التجاري السعودي: الأعمال التجارية - التاجر - الشركات التجارية وفقاً لنظام المحاكم التجارية ونظام الشركات الجديد ٢٠٢٢م، دار كلد للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة السادسة، ١٤٤٤هـ.

وفي الحقيقة لم تعتمد اللائحة في الشركات على معيار «المحامي الشريك»، بل على معيار «الممارس المرخص»، كما سيأتي في المبحث الثاني.

لكننا سنعالج في هذا المطلب احتمال فرض معيار «المحامي الشريك» على الشركات التجارية، وما يمكن أن يكون من غايات تشريعية لهذه القاعدة المفترضة؛ وذلك حتى تكتمل الرؤية المقارنة في هذا البحث، بين مكاتب محاماة أجنبية وشركات تجارية أجنبية.

لذا، علينا استكمال المنهج المقارن الذي بدأناه في المطلب الأول، حيث سندرس معيار المحامي الشريك فيما إذا تم تطبيقه على شركات المساهمة؛ وذلك من حيث الغاية التشريعية أولاً، والسلبيات الواقعية ثانياً.

أولاً: الغاية التشريعية من اشتراط المحامي الشريك في فروع الشركات الأجنبية ذات الشخصية الاعتبارية:

الشركة في النظام السعودي هي التي تنشأ شخصيتها الاعتبارية بعد تأسيسها بموجب العقد، فلا يجوز أن ينتج عن هذه الشخصية تخلي الشركاء عنها، بل يبقى الشخص الطبيعي هو المتصرف الحقيقي في الشركة^(١)، وطبعاً التمثيل القانوني هو من أنواع التصرف الذي يكون لمدير الشؤون القانونية في الشركة.

(١) انظر: الطاهر، أماني فضل الله، الشخصية المعنوية للشركة في نظام الشركات السعودي (دراسة مقارنة)، مجلة علوم الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، العدد (٧٤)، ١٤٤٠هـ، ص (٢٤٠).

كما يستنبط من النظام أن حق الشركة في التقاضي الناتج عن شخصيتها المعنوية هو الذي أوجب وجود نائب قانوني لشخصيتها هذه^(١)، ألا وهو الممثل القانوني، وهذا التمثيل في حق التقاضي جائز شرعاً^(٢).

وبخصوص الممثل القانوني للشركات التجارية، فإنَّ اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة قد اعتمدت معيار المحامي الشريك في حالة تمثيل مكتب المحاماة الأجنبي، وبطبيعة الحال شركات المحاماة الأجنبية؛ بالتالي نتساءل هنا عن الغايات التشريعية الممكنة لاعتماد هذا المعيار على الشركات التجارية الأجنبية، وأهمُّها شركات المساهمة.

ففي حالة اشتراط الصفة القانونية لممثل فرع الشركة الأجنبية على شكل «محامٍ شريك»؛ فهنا نتحدث عن فرض لنسبة استثمار في شركة تجارية كمعيار لتمثيلها المهني القانوني.

فإذن، عند هذه النقطة نضع يدنا على الفرق الأول بين اشتراط معيار «المحامي الشريك» في فرع مكتب محاماة أجنبي، واشتراط هذا المعيار في شركة تجارية أجنبية.

(١) القحطاني، حمود عاطف مبارك، المسؤولية القانونية لمدير الشركة المؤقت في النظام السعودي والمصري - دراسة مقارنة، كيو ساينس، العدد (١)، ٢٠٢٢م، ص (١٢).

(٢) المرجع السابق.

فالمحامي الشريك كمعيار، يفرض وجود حصة مشاركة من محام في مكتب محاماة؛ أي أن المشاركة المشروطة هي في النهاية مشاركة مهنية، وإن كانت تحمل قيمة استثمارية، وحتى وإن كانت تشترط توزيعاً في رأس المال؛ فإنه في النهاية رأس مال مهني^(١).

بالمقابل، إذا نظرنا إلى تجاوزات الشؤون القانونية التي تجري من شركات المساهمة، فبإمكاننا البدء بتلمس الغاية التشريعية من اشتراط معيار «المحامي الشريك» في فروع الشركات الأجنبية.

مثلاً، فإن فرض توزيع المسؤولية في شركات مثل شركة التضامن على الشركاء في ذمتهم الخاصة، من شأنه أن يدفع المحامي الشريك إلى توخّي أعلى درجات الحيطة والحذر إزاء أيّ تجاوز في إدارة الشؤون القانونية للشركة؛ إذ إن انكشاف تلك التجاوزات سيؤدي إلى انتشار أخبار سلبية عن الشركة، ثم انخفاض أسعار أسهمها، ومن ثمّ خسارته جزءاً من قيمة أصوله الاستثمارية فيها.

(١) مع نهاية الثمانينيات، وصف القانون الأمريكي فكرة دخول هوية الاستثمار إلى مهنة المحاماة بالصدمة القانونية المستقبلية. انظر:

Fitzpatrick, James F., Legal Future Shock: The Role of Larger Law Firms by the End of the Century, Indiana Law Journal, Vol. 64, Issue 3, Summer 1989, page .461-462

ولاستشراف الرؤى المستقبلية أكثر حول هذا الموضوع، راجع:

Darian-Smith, Eve. «Global law firms in real-world contexts: Practical limitations and ethical implications.» In Comparative Law and Anthropology, pp. 381-393. Edward Elgar Publishing, 2017

وهكذا، فإن الغاية التشريعية من اعتماد معيار «المحامي الشريك» في فروع الشركات الأجنبية هي تحمل هذا المحامي المسؤولية بمقدار المشاركة في رأس مال شركة المساهمة.

فإذا كانت القاعدة تشترط أن يكون الممثل القانوني لشركة المساهمة يمتلك ١٪ من رأس مالها الصادر على شكل أسهم، والتي تبلغ قيمته بالكامل مليار ريال سعودي، فإن المحامي يجب أن يكون مالكا على الأقل لأسهم تبلغ قيمتها ١٠ ملايين ريال سعودي. وهكذا، يمكن اعتبار نسبة المساهمة هذه - إن تم اشتراطها في الممثل القانوني لشركة المساهمة - نوعاً من الردع الاحتياطي للمحامي الشريك.

كما أن وجود نسبة مشاركة من المحامي الممثل للشركة ستمنحه مع الوقت شعوراً بالانتماء للشركة، خاصة بعد أن يتقاضى توزيعات الشركة، ويرى أن نجاحات الإدارة القانونية للشركة التي تنعكس على قيمتها السوقية، تنعكس أيضاً على قيمة أسهمه، ونمو ثروته الشخصية.

ثانياً: السلبات الواقعية من اشتراط المحامي الشريك في فروع الشركات الأجنبية ذات الشخصية الاعتبارية:

من حيث المعطيات الواقعية، فإن اشتراط المحامي الشريك يضع عقبات شبه مستحيلة أمام الكفاءات الشابة أو غير القادرة على امتلاك نسبة في رأس مال الشركات، فحتى وإن كانت شركة المحاماة شركة مهنية مدنية غير تجارية، إلا أنها تكون برأس مال معتبر يصعب على المحامي الشاب توفيره، كما يمكن أن تأخذ شركة المحاماة شكل

الشركات التجارية لكن بنشاط محاماة لا يغير من طبيعتها المدنية^(١)؛ الأمر الذي يجعل المساهمة في الشركة حلماً على متوسطي الدخل.

ومن غير المنطقي أيضاً أن ترغب شركة تجارية بتوظيف محام ذي كفاءة قانونية عريقة وقديرة حتى يمثلها؛ وألا يكون ذلك ممكناً؛ لأن هذا المحامي لا يمتلك رأس مال كاف للمساهمة في الشركة.

يضاف إلى ذلك وجود عامل سلبي آخر لفكرة «المحامي الممثل الشريك»، ألا وهو صعوبة فرض أنظمة جديدة على الشركات التجارية التقليدية القائمة^(٢)، حيث ستجد تلك الشركات أنه من الأفضل لها أن تبقى على ممثليها القانونيين من أعضاء مجلس إدارة الشركة دون تطوير أو تغيير، خشية من صعوبة تطبيق القواعد الحديثة على إدارة الشركة التقليدية، وهو ما يُمثّلُ جهوداً صريحاً إزاء الدخول في عصر الحوكمة، فالتمثيل القانوني من الأفضل أن يكون مستقلاً عن مجلس الإدارة^(٣)، وذلك حتى تكون الإدارة العليا مستقلة عن المناصب

(١) الجبر، محمد حسن، القانون التجاري السعودي، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، عام ١٤١٧هـ-١٩٩٦م، ص (١٦٧).

(٢) راجع في هذه الفكرة: Plerhoples, page 221.

(٣) هذا الفصل يجب تطبيقه حتى على صعيد شركات المحاماة، فلا بُدَّ من تمثيل تنفيذي لها مُتخلفٍ عن إدارتها العليا، وهو ما يندرج ضمن إطار الحوكمة التخصصية؛ «حوكمة شركات المحاماة». راجع:

Lander, Michel W, et. al., Career stage dependent effects of law firm governance: A multilevel study of professional-client misconduct, human relations, Vol 72, Issue 9, 2018, 1497-1529

التنفيذية التي تسأل عن جودة عملها أمام الإدارة العليا، فالازدواج بين عضوية مجلس الإدارة والمناصب التنفيذية هو من العيوب القاتلة للحكومة، وبشكل خاص في شركات المحاماة التي تقدم خدمات، والتي تقوم على علاقة الثقة في أخلاقيات العمل المهني بين الشركة والعميل^(١).

فالواقع يقول بأن التعقيد المؤسسي هو السمة البارزة لهذه الشركات^(٢)، الأمر الذي يُوجِبُ عليها أن تفرض مبادئ استقلال مجلس الإدارة عن المهام التنفيذية، ومنها التمثيل القانوني.

فكيف سيكون الممثل القانوني من مجلس الإدارة ذو منصب تنفيذي قانوني، وهو في نفس الوقت رقيب على جودة الأداء القانوني؟ هنا سينشأ ازدواج بين صفة الإدارة الرقابية والتنفيذية في شخص الممثل القانوني للشركة؛ بسبب عدم قدرة الشركة على إيجاد ممثل شريك أو عدم رغبتها بإدخال تعديلات على أنظمتها الداخلية.

(١) راجع في فكرة الثقة ضمن «الاقتصاد المدني» وفق التجربة الإيطالية، والذي يتضمن الاقتصاد المهني، لدى:

Maggiolini P, Nanini K. Ethical meaning of the re-emerging thought about "civil economy" in Italy. InXV Congreso Nacional de Ética de la Economía y de las Organizaciones, Barcelona 2007,1-9

(٢) راجع:

Faulconbridge, James and Muzio, Daniel, Global Professional Service Firms and the Challenge of Institutional Complexity: 'Field Relocation' as a Response .Strategy, Journal of Management Studies, Vol. 53, Issue.1, 2016, 89-124

والنتيجة أنَّ الشركة ستكون أمام خيارين كلاهما ينشئ مناخاً طارداً للشركات المساهمة، وهما: توظيف الممثل القانوني للشركة على أساس مالي واقتصادي، بحيث لا يتم توظيف سوى المحامين القادرين والراغبين بالمساهمة في الشركة، والخيار الثاني، وهو: تسجيل ملكية وهمية للمحامي الذي ترغب الشركة بتمثيله لها دون أن يكون المالك المستفيد الحقيقي من تلك الأسهم.

وهكذا، تبدو العقوبات الفعلية لاشتراط معيار المحامي الشريك غير مبررة على الإطلاق، خاصة من حيث العقوبات المالية والاستثمارية.

لكن السلبية الكبرى لمعيار المحامي الشريك تكمن في هوية شركات المساهمة التجارية، فهذه الشركات تعتمد على فكرة «فصل الإدارة عن الملكية»؛ وهي من المبادئ الأولية في حوكمة الشركات.

وعليه فتنص لوائح الحوكمة دائماً على ضرورة وجود أعضاء مستقلين في مجلس إدارة الشركة، والاستقلال يعني عدم وجود مصلحة للعضو في الشركة التي يديرها أو في أية شركة منافسة؛ وهذا حتى يفترض في هذا العضو الموضوعية والحياد التام في صوته المطروح في اجتماعات المجلس^(١).

(١) انظر: لائحة حوكمة الشركات الصادرة من مجلس هيئة السوق المالية الصادرة بموجب القرار رقم (٢٠١٧-١٦-٢٠٨)، وتاريخ ١٣/٢/٢٠١٧م، والمعدلة بقرار مجلس هيئة السوق المالية ٢٠٢٣-٥-٨م، وتاريخ ١٨/١/٢٠٢٣م بناءً على نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) الصادر عام ٢٠٢٢م.

وإذا رجعنا إلى اشتراط معيار المحامي الشريك في ممثل الشركة، فهذا يعني اشتراط نسبة ملكية إلزامية في الإدارة القانونية؛ أي اشتراط معيار يجمع بين الملكية والإدارة تحت صيغة الإلزام. وهذا يعني أن معيار المحامي الشريك في الشركات التجارية لا يُخالف فقط مبدأ فصل الإدارة عن الملكية وحوكمة الشركات، بل إن هذا المعيار يتعارض بصفة مباشرة مع حوكمة الشركات^(١).

لذا فإن اشتراط معيار المحامي الشريك في الشركات التجارية يُمثل خطوة صريحةً للوراء على صعيد حوكمة الشركات، ويُمثل خطوة معرقلّة صريحة أمام الشباب الراغب باكتساب الخبرة دون أن يتوفر لديه رأس المال اللازم لتسديد حصة الشراكة.

كل هذه الأمور السلبية ستُؤثر في تصنيف الشركة على سلم الجودة الإدارية، وحتى إنه يمكن أن تؤثر سلباً في قرار هيئة السوق المالية إزاء إدراج شركة المساهمة في السوق.

وعليه، فلا يبدو أنه من المقبول أساساً لا على صعيد أنظمة الشركات، ولا على صعيد لوائح الحوكمة، ولا في أنظمة المحاماة ولوائحها؛ اشتراط أن يكون ممثل الشركة التجارية الأجنبية محامياً شريكاً في تلك الشركات؛ وهذا ما يفسر موقف اللائحة التنفيذية

(١) الغانمي، فهد بن حفيظ، فصل الملكية عن الإدارة التنفيذية أولى خطوات الحوكمة الفعالة لاستدامة الشركات العائلية، صحيفة مال، ١٤ أبريل ٢٠٢٤م:

<https://maaal.com/2024/04/617400>

لنظام المحاماة الذي كان مرناً مع الممثل القانوني للأشخاص الاعتبارية الخاصة، ومن ضمنها شركات المساهمة التجارية الأجنبية في حال رغبتها بتعيين ممثل قانوني لها في المملكة، حيث لم تشترط معيار المحامي الشريك.

وكنتيجة أولية لهذا المبحث، يبدو أن فكرة «المحامي الشريك» تعتبر صارمة ومعقدة لتدفق رأس المال المهني في حالة مكاتب المحاماة الأجنبية، وفكرة مدمرة لحوكمة الشركات في حال شركة المساهمة التجارية الأجنبية^(١). لذا يبدو أنه علينا التعمق بالمعيار الآخر، وهو «الممارس القانوني المرخص»، في المبحث الثاني إن شاء الله.

(١) راجع في فكرة تركيز الملكية وأثرها لدى: السلطان، أحمد محمد. البسام، وليد، حوكمة الشركات وتركز الملكية وأثرهما على إدارة الأرباح في الأسواق الناشئة: حالة الشركات المساهمة السعودية، مجلة العلوم الإدارية والاقتصادية، المجلد (١٠)، العدد (١)، ٢٠١٦م، ٤٨-١.

المبحث الثاني معيَار المُمَارِس القانوني المُرَخَّص كشرط للممثل القانوني

ونعني بالممارسة تنفيذ الاختصاص القانوني بغرض تحقيق العدالة^(١) وتحصيل الحقوق عبر محاكمة عادلة^(٢)، وهي من الأمور التي يجب أن تكون متضمنة في صلاحيات الممثل القانوني للشركة، وفي سياق الشركات تكتسب الممارسة القانونية بُعدًا إضافيًا يتمثل في ضرورة تمكين الممثل القانوني من ممارسة صلاحياته بفعالية لضمان امتثال الشركة للالتزامات القانونية والتنظيمية، وحماية مصالحها في المعاملات التعاقدية، والدفاع عن حقوقها أمام الجهات القضائية والإدارية^(٣).

وسنرى في هذا المبحث كيف يمكن تطبيق معيار أكثر مرونة من المحامي الشريك، حيث لا تكون الصفة القانونية المهنية المشترطة في

(١) شرايية، علا، المحاماة لتحقيق سير العدالة، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد (٤٤)، يناير ٢٠٢٤م، ص (٣٠٢٧).

(٢) وهذه الأمور هي من ضمانات عمل المحامي. راجع في ذلك: العصيمي، عبد الله، ضمانات المحامي في نظام المحاماة السعودي (دراسة تأصيلية مقارنة)، رسالة دكتوراه في العلوم الأمنية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، نوقشت عام ٢٠١٢م، ص (٤٨).

(٣) للتعلم في صلاحيات الممثل القانوني في الشركات، راجع:

Chen, Fang, legal representative of a company and his authorities, essential knowledge and legal practices foe establishing and operating companies in .China, Springer, 2022, page 307

الممثل القانوني هي «المحامي»، كما لا يكون هناك أية صفة استثمارية مشترطة في الممثل القانوني. وبناءً على ذلك، سينقسم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين: يتناول المطلب الأول دور الممارس القانوني المرخص في تمثيل فروع مكاتب المحاماة الأجنبية، بينما يناقش المطلب الثاني تطبيق هذا المعيار في تمثيل فروع شركات المساهمة التجارية الأجنبية.

المطلب الأول: الممارس القانوني المرخص في فروع مكاتب المحاماة الأجنبية:

في هذا المطلب، سنكون أمام دراسة تحليلية نقدية لمعيار الممارس المرخص كممثل لفروع مكاتب المحاماة الأجنبية، ليس بغرض التعرف على هذا المعيار، بل بهدف التعمق بالغاية التشريعية المفترضة منه أولاً، ثم السلبيات الواقعية لهذا المعيار والتي تُبرّر عدم اعتماده ثانياً.

أولاً: الغاية التشريعية من اشتراط الممارس القانوني المرخص في فروع مكاتب المحاماة الأجنبية:

إنّ معيار الممارس المرخص هو أكثر المعايير مرونة على صعيد تحديد شروط الصفة القانونية للممثل القانوني، فمن البديهي أن يكون الهدف من اعتماد مثل هذا المعيار هو تسهيل حركة رأس المال المهني القانوني.

حيث إن تسهيل معيار الممثل القانوني لفرع المكتب الأجنبي يشجع المكاتب على افتتاح فروع لها، وهو ما يجلب للدولة كفاءات قانونية أجنبية ذات خبرة واسعة وأسلوب عمل مختلف، مما يُغني الساحة

القانونية بخدمات قانونية أكثر تنوعاً وعراقةً، وقد كان من أهداف الهيئة السعودية للمحامين منذ عام ٢٠١٦م زيادة نسبة السعوديين المتدربين في مكاتب المحاماة الأجنبية^(١).

ويمكن اختصار فكرة معيار الممارس القانوني المرخص في فتح المجال لأي خريج أنظمة أو شريعة لتمثيل فروع مكاتب المحاماة الأجنبية؛ وذلك دون اشتراط أي شرط إضافي سوى التأهيل العلمي الأكاديمي، والترخيص من هيئة المحامين أو أية لجنة يتم إنشاؤها بغاية الترخيص للممارسين.

ويمكن تحديد الغايات التشريعية من اشتراط هذا المعيار المرن لتمثيل فروع مكاتب المحاماة الأجنبية؛ في تسهيل حركة الممارسات القانونية الناجحة نحو المملكة.

كما أن هذا المعيار يساهم في توفير فرص عمل مضاعفة للشباب القانوني غير القادر على افتتاح مكتب، ولا حتى تحصيل الخبرة الكافية لتحقيق معيار المحامي الشريك. وهنا سيكون الشباب القانوني السعودي على موعد مع تأهيل عملي بخبرات عالمية، وهو ما يساهم في بناء الموارد البشرية القانونية السعودية على أساس عالمي. والحقيقة، أن مثل هذه الغايات التشريعية تُمثلُ أحلاماً قد تُصبحُ واقعاً لأيِّ مُنظِّمٍ، وهي من الطموحات الأساسية لجميع الموارد البشرية الخليجية؛

(١) الهيئة السعودية للمحامين، التقرير السنوي ٢٠١٦م، ص (٢٧). <https://sba.gov.sa/wp-content/uploads/2017/04/book.pdf>

وقد يكون اعتماد معيار الممارس المرخص هو كلمة السر في أسبقية الشباب القانوني السعودي.

لكن الوصول إلى هذا الطموح تقف أمامه بعض العقبات الواقعية؛ فمكاتب المحاماة الأجنبية لن تقتنع بأي ممارس قانوني، وهنا نعود من حيث بدأنا، فعلى الأغلب ستشترط مكاتب المحاماة في مثلها خبرة قانونية طويلة، وهو ما يَصُرُّ باستدامة الموارد البشرية القانونية في المملكة؛ لأنها لن تجد مجالاً لاكتساب الخبرة ولا تطويرها على المدى الطويل.

لكن هذا الافتراض الواقعي لا يجوز أن يدفع المنظم لسد الطريق في وجه الخبرات الشابة، فقد يكون الممارس مميزاً بما فيه الكفاية لإقناع مكتب المحاماة الأجنبي. فالفرصة الذهبية قد تلوح للشباب السعودي في مكاتب المحاماة الأجنبية الصاعدة، التي تعتمد على عملاء مثلاً من رواد الأعمال الشباب أو المتداولين بالأصول المشفرة أو أصحاب المتاجر الإلكترونية، وبالأخص الفتك^(١)؛ هؤلاء جميعاً يُشكّلون بيئة عمل

(١) فتك (FinTech) هو اختصار لمصطلح التقنية المالية (Financial Technology)، ويُقصد به استخدام التقنيات الحديثة (مثل الذكاء الاصطناعي، وتحليل البيانات، وتقنية البلوك تشين، والحوسبة السحابية) في تقديم الخدمات المالية والمصرفية بطرق أكثر كفاءة، وأقل تكلفة، وأسهل وصولاً للمستهلكين. ويشمل مجال الفتك مجموعة واسعة من التطبيقات، منها: المدفوعات الإلكترونية، والخدمات المصرفية الرقمية، ومنصات التمويل الجماعي، وغيرها. انظر: التقرير السنوي للتقنية المالية ٢٠٢٣م، فتك السعودية، أكتوبر ٢٠٢٤م. <https://fintechsaudi.com/resources/?lang=ar>

شابة قد تسعى لاستقطاب الكفاءات القانونية الشابة المميزة التي تكون أقدر على فهم واستيعاب إشكاليات الأنظمة بالنظر إلى التعاملات التقنية الحديثة.

لكن هذه الرؤية الإيجابية لا تخلو أيضاً من السلبيات.

ثانياً: السلبيات الواقعية من اشتراط الممارس القانوني المرخص في فروع مكاتب المحاماة الأجنبية:

١ - ضعف التأهيل: حيث تنظر اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة إلى معيار «الممارس المرخص» بنظرة متحفظة بعض الشيء؛ فاللائحة تحشى من فتح المجال أمام الشباب المؤهل علمياً دون خبرة ولا انتهاء لهيئة المحامين، في الوقت الذي يمر فيه المحامون بمراحل تدريب وامتحان ويخضعون للمراجعة والمراقبة من الهيئة كأعضاء يخشون خسارتهم لعضوية الهيئة^(١).

وقد يؤدي تبني معيار الممارس المرخص إلى إدخال أفراد إلى المهنة دون المرور بهذه المتطلبات الصارمة، مما يثير تساؤلات حول مستوى المهنة والكفاءة التي يجب أن يتمتع بها من يمثل الشركات أو الأفراد قانونياً.

(١) الغامدي، فواز، تأديب المحامي في النظام السعودي - دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، نوقشت عام ٢٠١٥م، الصفحة ١٧.

٢- تسوية المجتمع بين الممارس المرخص، والمحامي مما يؤثر سلباً في نظرهم لمهنة المحاماة، والمساعدة في زيادة قلة الوعي القانوني، وأهميته، وهو عكس ما تطمح إليه المملكة: وتكمن الإشكالية في النظرة التقليدية السائدة التي تربط الممارسة القانونية حصرياً بمهنة المحاماة، حيث يُنظر إلى أي شخص قانوني على أنه مُحامٍ، دون التفريق بين المسارات القانونية المختلفة التي يمكن أن يسلكها الممارسون القانونيون؛ حتى إنّ القلّة القليلة من القانونيين يُدرّكون الفرق بين الدكتوراه بال القانون (PhD) التي تركز على البحث الأكاديمي والدراسات النظرية والدكتوراه بالمحاماة أو الدكتوراه المهنية (JD) التي تؤهل صاحبها لممارسة المهنة بشكل عملي.

لذا فالمشكلة هي ثقافية عميقة، ولها جذور أكاديمية بسبب عدم الفصل في منهج كليات القانون بين الأصول القانونية والاستشارات، وبين أصول ممارسة مهنة المحاماة بالذات، حتى إنّنا نجد خريج الأنظمة أو الشريعة تائهاً بعد التخرج، فهو سيعاني من أزمة في الهوية الأكاديمية-المهنية؛ خاصة إن كان مجال المحاماة لا يستهويه. ويطول الحديث عن هذه الهموم الأكاديمية-المهنية، والتي ترخي بظلالها على فكرة «الممارس القانوني المرخص»؛ فكيف نريد من هيئة المحامين خاصة أن تقبل بفكرة تمثيل مكتب محاماة من شخص غير محام؟

فإذا كانت فكرة الممارس القانوني مقبولة شيئاً ما من تلك الجهات ذات السيادة على القطاع القانوني في الشركات التجارية، كما سنرى في

المطلب الثاني، فلا يمكن تخيّل قبول هذه الفكرة في مكاتب المحاماة، وبالأخصّ الأجنبية منها، فهذه المكاتب تدخل القطاع القانوني السعودي حتى تقدم الإضافة والخبرات ورؤية العمل المهني الجديدة، وهنا يمكن أن تفشل في الاندماج ضمن البيئة القانونية السعودية ذات الخصوصية العالية.

ففي ظل هذه المعطيات والعقبات المهنية التي تنتظر أي مكتب محاماة أجنبي يرغب بالدخول إلى المملكة كيف يمكن تقبّل فكرة تمثيل المكتب هذا من ممارسٍ غير محامٍ، ودون اشتراط مدة خبرة معتبرة في ممارسة المهنة أصولاً؟ هذه هي سلبيات تطبيق معيار الممارس المرخص لتمثيل مكاتب المحاماة الأجنبية، وهي في الواقع تُمثّل تبريراً لموقف اللائحة الصارم إزاء عدم تطبيق هذا المعيار في مكاتب المحاماة الأجنبية.

٣- أن تطبيق معيار الممارس المرخص يفتح في الواقع احتمال التساهل مع حقوق الناس: فبسبب عدم مسؤولية هذا الممثل الاستشارية عن أية خسارات في رأس مال المكتب؛ ولكون الممارس المرخص ليس شريكاً في المكتب، فإنه لن يخسر أكثر من وظيفته في حال حصول أي خطأ في الممارسة المهنية من المكتب.

ومثل هذه الرؤية القائمة تجعل من احتمال انخفاض مستوى الممارسة القانونية أمراً ممكناً إذا تم السماح بتمثيل مكاتب المحاماة

الأجنبية من ممارسٍ غير محام؛ وذلك بسبب ضعف خبرة الممثل، وهو ما سيؤثر على رضا عملاء المكتب عن مستوى الخدمات المقدمة لهم^(١).

لذا تبدو فكرة الممارس المرخص استباقيةً نوعاً ما على أي خريج قانوني؛ فالممارسة الواقعية قد تضعه في الحرج وتجعله يرى بيئة قانونية لا يعلم عنها الكثير، يُضافُ إلى ذلك الهوية المهنية الغريبة التي يحملها مكتب المحاماة الأجنبي، والتي تكون بعيدةً عن البيئة التي تمَّ تأهيل الممارس فيها أو التي حصل فيها على بعض الخبرة.

وبناءً عليه فإنه ليس من الواقعي تطبيق معيار الممارس المرخص بشكل مطلق دون تفصيلٍ وتجزئةٍ في شروط تطبيق هذا المعيار، ودون اشتراطٍ لطبيعية التخصص العلمي، والخبرة العملية.

(١) راجع:

Pinnington, A. H., & Gray, J. T., The global restructuring of legal services work? A study of the internationalization of Australian law firms. International Journal .of the Legal Profession, Vol. 14, Issue 2, 2007, 147-172



المطلب الثاني

المُمارِس القانوني المُرخَّص في فروع الشركات الأجنبية ذات الشخصية الاعتبارية

بشكلٍ غير اعتياديٍّ، فقد اعتَمَدَت اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة معيارًا جديدًا في قطاع الخدمات القانونية؛ ألا وهو: «الممارس القانوني المرخَّص»^(١) اشتراط الانتماء لهيئة المحامين، دون اشتراط الخبرة والتدريب في مجال المحاماة^(٢).

وكان محل اعتماد هذا المعيار من اللائحة في آخر تعديل لها عام ٢٠٢٤م؛ هو في تمثيل الشخصيات الاعتبارية الخاصة، ومنها بطبيعة الحال شركات المساهمة التجارية، دون أن يَحَقَّ لهذا الممارس بالطبع التعريف عن نفسه كمحام تحت طائلة انتحال الصفة القانونية للمحامي^(٣). وفي هذا المطلب سنتطرق إلى الغاية التشريعية من اعتماد

(١) المادة ٤٥، اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة السعودي.

(٢) بخصوص هذا الشرط، راجع: العصيمي، عصام، اختصاصات الهيئة السعودية للمحامين في النظام السعودي - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، نوقشت عام ٢٠١٦م، ص (٨١).

(٣) للتوسُّع حول هذا الموضوع، راجع: العريج، نور، المسؤولية الجنائية عن انتحال صفة المحامي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، نوقشت عام ٢٠١٧م، ص (٧٥).

معيار الممارس القانوني وفق شروط اللائحة أولاً، ثم السليبات الواقعية لهذا المعيار كما اعتمدته اللائحة ثانياً.

أولاً: الغاية التشريعية من اشتراط الممارس القانوني المرخص في فروع الشركات الأجنبية ذات الشخصية الاعتبارية:

في البداية علينا تحديد المحل الدقيق لاعتماد معيار الممارس المرخص الذي يُمثّل الشركة كنتيجة لاكتسابها الشخصية الاعتبارية^(١)، فقد اعتمدت اللائحة هذا المعيار لممثل الشخصيات الاعتبارية الخاصة؛ أي: الجهات التي تتمتع بالشخصية والذمة المالية المستقلة، دون أن يكون لها أية صفة عامة، وأهم مثال عن هذه الجهات هو شركات المساهمة التجارية.

وهذا المعيار قد جاء بالتأكيد لغاية صريحة ومباشرة، وهي: تشغيل الشباب السعودي القانوني غير الراغب أو غير القادر على دخول عالم المحاماة، كما أن هذا الواقع يسمح للشركات الأجنبية بتعيين خبرات شابة بأجور أقل من المحامين الخبراء، مما يشكل بيئة جاذبة للشركات الأجنبية حتى تفتح لها فروعاً في المملكة.

(١) الجبر، محمد حسن، مرجع سابق، ص (٢٠٦).

وقد اشترطت اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة في الممارس المرخص الذي ينوي أن تكون له صفة التمثيل القانونية لأية شركة تجارية ذات شخصية اعتبارية^(١)، ما يلي:

- الحصول على شهادة بكالوريوس في الأنظمة أو الشريعة^(٢).
- أن يكون الممارس موظفًا في الإدارة القانونية للشركة^(٣)، وذلك بموجب عقد عمل^(٤)؛ فلا يجوز أن يمثل الشركة مستشار قانوني حرّ غير متعاقد مع الشركة؛ وهذا الشرط يضمن شيئاً من الانتماء للشركة.
- الترخيص للممارس من جهةٍ أَسَمَتَهَا اللائحة التنفيذية بـ: «الإدارة المختصة»^(٥)، وهي جهة رسمية في وزارة العدل أو هيئة المحامين، دون أن تحسّم مرجعية هذه الإدارة، ودون تحديد طبيعة الاختبار الذي ستقبل هذه الإدارة المختصة بموجبه الترخيص للممارس من عدمه.
- الالتزام بقواعد السلوك المهني وأخلاقيات مهنة المحاماة^(٦)، ذلك على الرغم من أن الممارس ليس محامياً.

(١) يُقصدُ بتمثيل الشركة، الشخص الطبيعي الذي يُمثّلها أمام الغير في التعاقدات وبالمواجهة مع الخصوم في القضاء. انظر: الجبر، محمد حسن، مرجع سابق، الصفحة ٢١٢.

(٢) المادة (٤٥-١)، اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة.

(٣) المادة (٤٣)، اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة.

(٤) المادة (٤٥-٢)، اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة.

(٥) المادة (٤٤)، اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة.

(٦) المادة (٤٦-أ)، اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة.

- عدم الترافع إلا عن الشركة المتعاقدة مع الممارس^(١).

- عدم انتحال صفة المحامي^(٢).

ويبدو من هذه الشروط أن الغاية التشريعية من اعتماد معيار «الممارس المرخص» هي توفير المزيد من فرص العمل لخريجي الأنظمة والشريعة في الإدارات القانونية للشركات.

ولذا فمن الطبيعي عدم اشتراط صفة المحامي في الممثل المرخص بتمثيل الشركة، ولا اشتراط أية نسبة مشاركة في رأس مال الشركة التي يُمثِّلُها، وهو موقف تنظيمي مبرر من اللائحة، فلا يوجد أي سبب يدفع لاشتراط الشراكة بين الممارس الممثل والشركة؛ فالشركة هي شخص اعتباري ذو مركز مالي قوي قادر على تحمُّل المسؤوليات المالية عن أخطاء الإدارة القانونية بغض النظر عن موظف الشؤون القانونية الممثل للشركة. كما أن اشتراط وجود شراكة للممارس الممثل للشركة، سيؤدي إلى ظهور شراكات صغيرة أو إجبارية قد تُثقل عبئاً على الشركة وقيداً على حركة رأس مالها.

لذا - وبغض النظر عن بعض الثغرات في شروط الممارس الممثل للشركة في اللائحة، والتي تؤكد عدم تبلور الفكرة بشكل كامل بعد - فإن هذا المعيار يبدو مناسباً جداً للبيئة القانونية في المملكة التي تحتوي على الكثير من الخريجين الذين هم بحاجة للعمل من جهة، ومعياراً

(١) المادة (٤٦-ب)، اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة.

(٢) المادة (٤٦-ج)، اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة.

مناسباً لتنفيذ مخططات جذب الاستثمارات الأجنبية التي يكون من أهدافها تقليل الأجور، ويعتبر السماح بتعيين الممارسين الشباب من وسائل جذب تلك الشركات لافتتاح فروع لها بالمملكة من جهة ثانية.

لكن التعمق بالرؤية التحليلية لمعيار الممارس المرخص لتمثيل الشركات سيكشف عن سلبيات جوهرية لهذا المعيار بما يوجب تعديله لضمان تلافي آثاره السلبية.

ثانياً: السلبيات الواقعية من اشتراط الممارس القانوني المرخص في فروع الشركات الأجنبية ذات الشخصية الاعتبارية:

١- رغبة الشركات في خفض الأجور قد تجعلها تستغني عن عمالتها بعد انتهاء عقودهم، وتعين آخرين: في عالم الشركات التجارية -وبالأخص شركات المساهمة- يوجد أسلوب إداري منتشر يسعى دائماً لخفض الأجور رغبةً بخفض النفقات المالية للشركة، فعلى الرغم من أن الأجر العادل يزيد من الإنتاجية، وأن المكافآت تجعل العاملين يشعرون بأن نجاح الشركة هو نجاحهم أيضاً، إلا أن خفض الأجور يبقى هدفاً لبعض الإدارات ذات المنهج التقليدي بتسيير الشركات.

فالأجور تعتبر همماً دائماً على كاهل الفكر التقليدي في إدارة شركات المساهمة، وهو الأمر الذي يدفع الكثير من الشركات لتسريح بعض العاملين، أو لتخفيض أجورهم، ولكن خطوة التسريح قد تكون مستحيلة للشركة في حالة حاجتها للعمالة في التشغيل، كما أن خطوة تخفيض الأجور قد تكون صعبة أيضاً في إطار عقود العمل.

لذا تقوم بعض الشركات بانتظار عقود عاملها حتى تنتهي مدتها، ثم لا تُجَدِّد هذه العقود، بل تقوم بتعيين عاملين بتأهيل وخبرة أقل وبأجور أقل أيضاً، وهكذا تتضاءل ميزانية الأجور دون المساس بالعمليات الإنتاجية أو بالعقود القديمة، وفي مقابل انخفاض الأجور قد تنخفض الإنتاجية، خاصة في ظل تعيين موظفين بتأهيل وخبرة أقل، وهو التحدي الذي يجب على إدارة الشركات تحطيه حتى تستطيع المرور من التحديات والأزمات المالية التي ترافق حياة الشركة.

وإذا أسقطنا هذه الأفكار والمعطيات على تعيين ممثل الشركة من الممارسين المرخصين حتى يتم خفض نفقات الأجور في الإدارات القانونية؛ فهذا قد يؤدي بالمقابل إلى انخفاض في أداء الإدارة القانونية.

٢- أن التنازل عن بعض صفات الممارس القانوني قد يؤدي لضعف مركز الشركة، ويكون سبباً من أسباب خسائرها: فقد وُصِفَ التمثيل القانوني للشركة بأنه يتجاوز من حيث صلاحياته الوكيل التقليدي؛ لأنه يمنح الممثل القدرة على ممارسة حقوق الشركة وكأنه هو الشركة ذاتها، حتى قيل: إنَّ الممثل القانوني للشركة هو عضو في جسم الشركة^(١)، ولنا أن نتخيَّل الأثر السلبي الجوهرى للأداء القانوني

(١) الجبر، محمد حسن، مرجع سابق، ص ٢١٢.
وانظر أيضاً:

Chen, Fang, legal representative of a company and his authorities, essential knowledge and legal practices for establishing and operating companies in .China, Springer, 2022

للشركة في حال التنازل في شروط ممثلها من حيث التحصيل والخبرة، فقد يقع الممارس في دوامة من الممارسات القانونية التي تتجاوز خبرته في مجال الشركات، وهو أمر مُتَوَقَّعٌ إذا لم يحاول الممارس استباق الزمن لتطوير تحصيله العلمي، وخبرته العملية في مجال الشركات.

٣- ضعف أداء الشركات نظرًا لاستعانتها بغير الأكفاء من ممارسي القانون، من غير المحامين: وهناك أيضًا سلبية جوهرية محتملة لتطبيق معيار الممارس المرخص، ألا وهي: احتمال استغلال الشركات لخفض المعيار حتى تعين موظفين بغير خبرة، مما يؤثر سلبًا على حقوق الشركة والمساهمين، وهذه السلبية تمس بشكل مباشر جودة الأداء الإداري للشركة، وتخالف بشكل صريح قواعد الحوكمة.

بناءً عليه، فإن الشركة التي تُصَحِّي بأدائها، وجودة إدارتها، وقدرتها التشغيلية حتى تستطيع تخفيض النفقات؛ سينخفض تصنيفها على سلم حوكمة الشركات. حيث إن قدرة الإدارة على خفض النفقات يجب ألا تكون على حساب الجودة الإدارية والتشغيلية؛ ويبدو أن تطبيق معيار الممارس المرخص قد يتحول إلى أحد أساليب خفض النفقات من خلال خفض الجودة، وعلى الرغم من أن هذا المظهر السلبي لمعيار الممارس المرخص يُمثَّلُ تصرفًا سلبيًا فرديًا لا يمكن تعميمه ولا تقييم المعيار بناءً عليه، فإن الفرصة الواقعية التي يفتحها هذا المعيار قد تجعله مرتبطًا بشكل واقعي إلى حد الاندماج مع خفض جودة الإدارة.

٤- يُضاف إلى كل سلبات تطبيق فكرة الممارس المرخص على الشركات الأجنبية، احتمال أن تكون هذه الشركة هي شركة استشارات إدارية تتضمن بعض الأعمال القانونية والتشريعية: ففي حال تطبيق معيار الممارس المرخص عليها، ستكون قادرة على البدء بالعمل من خلال فرع المملوكة دون أن يُمثِّلَهَا محامٍ مرخص، وهي في نفس الوقت شركة استشارات مهنية؛ الأمر الذي يُظهرُ التناقض الكبير الذي يحيط بهذا المعيار بخصوص شركات الاستشارات الإدارية والمالية التي تعتبر أصلاً شركات ذات مخاطر عالية^(١)، بسبب عدم اليقين إزاء نجاح الممارسات القانونية، وهي من ضمن النشاطات الرئيسة بهذا النوع من الشركات، وانعكاس ذلك سلباً على رأس مالها، كما يصعب ضبط هذا النوع من الشركات في إطار ممارسات تشغيلية ذات استقلالية عالية لممارسات الأعمال القانونية^(٢).

(١) حيث إن شركات المحاماة بعد عصر التسعينيات أصبحت أكبر من حيث اتساع نشاطها التشغيلي المهني، وحجم رأس مالها؛ الأمر الذي قد جعل المخاطر المالية التي تحيط بها أكثر. راجع في هذه الفكرة لدى:

.Fitzpatrick, James F., op. cit., page 462

(٢) راجع في انضباط شركات المحاماة لدى:

Schneyer, Ted, Professional Discipline for Law Firms, Cornell Law Review, Vol.

77, Issue 1, 1991, 1-46

بناءً عليه، يجب ضَبْطُ التطبيق العملي لهذا المعيار بضوابط تضمن استمرار الجودة جنباً إلى جنب مع تعيين الممارس المرخص كـمُمَثِّلٍ للشركة، كما أقترح هنا بعض الضوابط الأخرى، من أبرزها:

١- اشتراط الحصول على رخصة مهنية في التخصصات المتعلقة بالالتزام والحوكمة.

٢- اشتراط حضور عدد من البرامج التدريبية المتخصصة في الأنظمة السعودية، كنظام الشركات ولائحة حوكمة الشركات أو الاستشارات القانونية؛ مع تحديد عدد معين من الساعات التدريبية لضمان التأهيل المهني والفعلي.

الخاتمة

وتشمل النتائج التي توصل لها الباحث، والتوصيات التي يوصي بها:

أولاً: النتائج:

١. يجب النظر إلى القطاع القانوني على أنه قطاع مهني متكامل للخدمات القانونية قادر على التوسع وجذب الاستثمارات وخلق الفرص الوظيفية، لا كمجرد مهنة تنظم لغايات مزاولة المحاماة فقط.

٢. يجب التمييز بين مهنة المحاماة وبين بقية المهن القانونية؛ إذ إن الممارس القانوني إذ إن الممارس القانوني ليس بالضرورة أن يكون محامياً، بل قد يكون مستشاراً قانونياً متخصصاً في مجالات مختلفة، مثل صياغة العقود، والتحكيم، والامتثال التنظيمي، والاستشارات القانونية للشركات دون أن يكون محامياً بالضرورة، مما يستدعي عكس هذا التنوع في الأطر النظامية والتنظيمية.

٣. يترتب على ربط التمثيل القانوني بالاشتراك الإجمالي في ملكية المكتب أو الشركة نشوء مشاركات صورية لا تعكس شراكة فعلية، كما يحد هذا الاشتراط من فرص الكفاءات القادرة على التمثيل الفعال دون حاجة إلى دخول شراكة رسمية، ويقلل من مرونة السوق القانونية وجودة الخدمات.

٤. أن معيار «المحامي الشريك» غير متناسب مع اشتراط الصفة القانونية لمثلي فروع مكاتب المحاماة الأجنبية أو فروع شركات المساهمة الأجنبية، إذ يقيد تنوع الخبرات القانونية ويحد من القدرة التنافسية لتلك الفروع في السوق المحلي.

٥. أن معيار «الممارس المرخص» يعد أكثر انسجاماً مع التوجه الحديث لفتح السوق القانوني واستقطاب الخبرات الأجنبية، غير أن تطبيقه بصورته الراهنة ودون ضوابط تفصيلية لا يضمن تطوير القطاع القانوني، وقد يقترن عملياً بخفض النفقات على حساب كفاءة الممارسة القانونية.

ثانياً: التوصيات:

١. إعادة النظر في تطبيق معيار «الممارس المرخص» على إطلاقه، وتقييده بضوابط مهنية واضحة توازن بين المرونة في استقطاب الكفاءات والحفاظ على جودة الخدمات القانونية والحوكمة الرشيدة، بما يمنع توظيفه كوسيلة لخفض التكاليف على حساب كفاءة الممثلين القانونيين

٢. تحديد الصفة القانونية لمثلي فروع مكاتب المحاماة الأجنبية أو شركات المساهمة التجارية الأجنبية باعتماد معيار «الممارس الخبير»، وهو معيارٌ يجمع بين التأهيل العلمي، بشرط الحصول على شهادة عليا في التخصصات القانونية أو المجالات ذات الصلة، والخبرة العملية، وتوافر خبرة عملية تتناسب مع طبيعة المكتب أو الشركة الأجنبية،

بحيث يكون الحد الأدنى للخبرة منسجماً مع التخصص القانوني المطلوب، بما يضمن تحقيق أعلى مستويات الكفاءة في التمثيل القانوني.

٣. عمل الهيئة السعودية للمحامين على إشراك فروع مكاتب المحاماة الأجنبية العاملة في المملكة وأصحاب المصلحة الآخرين في تقييم أثر اشتراط معيار «المحامي الشريك» على الترخيص، واستكشاف البدائل التنظيمية التي تعزز جودة الخدمات القانونية، وترفع كفاءة السوق، وتواكب في الوقت نفسه متطلبات المنافسة في سوق المحاماة.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

١. الجبر، محمد حسن، القانون التجاري السعودي، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، عام ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
٢. الحافي، ماجد، المحاماة وحقوق الإنسان، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، نوقشت عام ٢٠٠٥م.
٣. الريش، سليمان، واقع مهنة المحاماة بالمملكة العربية السعودية وتصوراتها المستقبلية، رسالة ماجستير في الدراسات الاستراتيجية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، عام ٢٠١٧م.
٤. السلطان، أحمد محمد. البسام، وليد، حوكمة الشركات وتركز الملكية وأثرهما على إدارة الأرباح في الأسواق الناشئة: حالة الشركات المساهمة السعودية، مجلة العلوم الإدارية والاقتصادية، المجلد (١٠)، العدد (١)، ٢٠١٦م.
٥. شرايبة، علا، المحاماة لتحقيق سير العدالة، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد (٤٤)، يناير ٢٠٢٤م.
٦. الشوابكة، برجس، مسؤولية المحامي المهنية، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد (٢)، الإصدار (٣)، عام ٢٠٢١م.
٧. الطاهر، أماني فضل الله، الشخصية المعنوية للشركة في نظام الشركات السعودي (دراسة مقارنة)، مجلة علوم الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، العدد (٧٤)، ١٤٤٠هـ.

٨. العريج، نور، المسؤولية الجنائية عن انتحال صفة المحامي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، عام ٢٠١٧م.

٩. العصيمي، عبد الله، ضمانات المحامي في نظام المحاماة السعودي (دراسة تأصيلية مُقارَنة)، رسالة دكتوراه في العلوم الأمنية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، عام ٢٠١٢م.

١٠. العصيمي، عصام، اختصاصات الهيئة السعودية للمحامين في النظام السعودي -دراسة مُقارَنة-، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، عام ٢٠١٦م.

١١. الغامدي، جوهرة، حق المحامي في حجز الأوراق لحين استيفاء الأتعاب القانونية في النظام السعودي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، عام ٢٠١٧م.

١٢. الغامدي، عبد الهادي، القانون التجاري السعودي: الأعمال التجارية - التاجر - الشركات التجارية وفقاً لنظام المحاكم التجارية ونظام الشركات الجديد ٢٠٢٢م، دار كلد للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة السادسة، ١٤٤٤هـ.

١٣. الغامدي، فواز، تأديب المحامي في النظام السعودي - دراسة تأصيلية مُقارَنة، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، عام ٢٠١٥م.

١٤. الغانمي، فهد بن حضيض، فصل الملكية عن الإدارة التنفيذية أولى خطوات الحوكمة الفعالة لاستدامة الشركات العائلية، صحيفة مال، ١٤ أبريل ٢٠٢٤م، <https://maaal.com/2024/04/617400>

١٥. فتك السعودية، التقرير السنوي للتقنية المالية ٢٠٢٣م، أكتوبر ٢٠٢٤م

<https://fintechsaudi.com/resources/?lang=ar>

١٦. القحطاني، حمود عاطف مبارك، المسؤولية القانونية لمدير الشركة المؤقت في النظام السعودي والمصري - دراسة مقارنة، كيو ساينس، العدد (١)، ٢٠٢٢م.

١٧. اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة السعودي، الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٦٧٦) وتاريخ ١٦/٩/١٤٤٦هـ.

١٨. لائحة حوكمة الشركات، الصادرة من مجلس هيئة السوق المالية الصادرة بموجب القرار رقم (٢٠١٧-١٦-٠٨م)، وتاريخ ١٣/٢/٢٠١٧م، والمعدلة بقرار مجلس هيئة السوق المالية (٢٠٢٣-٥-٨) وتاريخ ١٨/١/٢٠٢٣م، بناء على نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) الصادر عام ٢٠٢٢م.

١٩. المذكرة الخاصة بمشروع اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة المنشورة على

منصة استطلاع، مايو ٢٠٢٤م، <https://istitlaa.ncc.gov.sa/ar/Judgment/>

[Moj/Regulations/Pages/default.aspx](https://istitlaa.ncc.gov.sa/ar/Judgment/Moj/Regulations/Pages/default.aspx)

٢٠. المسردى، محمد، حقوق المحامي وواجباته في النظام الخليجي الموحد للمحاماة في مجلس التعاون لدول الخليج العربية - دراسة مُقَارَنَة بنظام المحاماة في المملكة العربية السعودية، دراسة ماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، عام ٢٠٠٥م.

٢١. نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) بتاريخ ١/١٢/١٤٤٣هـ.

٢٢. الهيئة السعودية للمحامين، التقرير السنوي ٢٠١٦م <https://sba.gov.sa/>

[wp-content/uploads/2017/04/book.pdf](https://sba.gov.sa/wp-content/uploads/2017/04/book.pdf)

ثانيًا: المراجع باللغة الإنجليزية:

23. **Chambliss**, Elizabeth. «Measuring law firm culture.» In Special Issue Law Firms, Legal Culture, and Legal Practice (Studies in Law, Politics, and Society, Vol. 52). Emerald Group Publishing Limited, 2010. Page 6-13
24. **Chen**, Fang, legal representative of a company and his authorities, essential knowledge and legal practices foe establishing and operating companies in China, Springer, 2022.
25. **Darian-Smith**, Eve. «Global law firms in real-world contexts: Practical limitations and ethical implications.» In Comparative Law and Anthropology, pp. 381-393. Edward Elgar Publishing, 2017.
26. **Faulconbridge**, James and Muzio, Daniel, Global Professional Service Firms and the Challenge of Institutional Complexity: 'Field Relocation' as a Response Strategy, Journal of Management Studies, Vol. 53, Issue.1, 2016, 89-124.
27. **Fitzpatrick**, James F., Legal Future Shock: The Role of Larger Law Firms by the End of the Century, Indiana Law Journal, Vol. 64, Issue 3, Summer 1989, 461-471
28. **Lander**, Michel W, et. al., Career stage dependent effects of law firm governance: A multilevel study of professional-client misconduct, human relations, Vol 72, Issue 9, 2018, 1497-1529.
29. **Liu**, Sida. «Globalization as boundary-blurring: international and local law firms in China's corporate law market.» Law & Society Review Vol.42, Issue.4, 2008, 771-804,
30. **Maggiolini P**, Nanini K. Ethical meaning of the re-emerging thought about "civil economy" in Italy. InXV Congreso Nacional de Ética de la Economía y de las Organizaciones, Barcelona 2007,1-9.

31. **Pinnington**, A. H., & Gray, J. T., The global restructuring of legal services work? A study of the internationalization of Australian law firms. International Journal of the Legal Profession, Vol. 14, Issue 2, 2007, 147-172.
32. **Plerhopes**, Alicia E., Can an Old Dog Learn New Tricks? Applying Traditional Corporate Law Principles to New Social Enterprise Legislation, Transactions: The Tennessee Journal of Business Law, Georgetown University Law Center, Vol. 13, 2012, 221-265
33. **Rostain**, Tanina, The Emergence of Law Consultant, Fordham Law Review, Vol. 75, 2006, 1397-1428.
34. **Schneyer**, Ted, Professional Discipline for Law Firms, Cornell Law Review, Vol. 77, Issue 1, 1991, 1-46





أثر المصلحة العامة في تفسير العقد الإداري في ضوء قضاء ديوان المظالم

هشام بن حسين بن عبد الرحمن الشدي
مستشار قانوني

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين
نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فإن العقود الإدارية من أهم وسائل جهة الإدارة في تحقيق أهدافها
التي تبتغي بها الصالح العام، وتعزز من كفاءة أعمال مشاريعها
التنموية التي تقدمها للمجتمعات، من خلال بسط قواعد الشفافية،
والنزاهة، والمنافسة، الذي يؤدي بدوره إلى تحقيق قيمة أفضل للمال
العام وتعزيز التنمية الاقتصادية.

ونتيجة لذلك اتجهت العناية إلى العقود الإدارية من سلطات
الدولة الثلاث: التنظيمية، والقضائية، والتنفيذية، فصدرت التشريعات
المنظمة لها، وشُيدت المبادئ القضائية، وأسست القواعد والإجراءات
التنفيذية؛ إيماناً بدورها في تحقيق المصلحة العامة، وتماشياً مع التطورات
المتسارعة التي تحتم تطور هذه العقود وقدرتها في تلبية احتياجات
المرفق العام وضمان سيره بانتظام واطراد.

ولما كانت الغاية من العقود الإدارية تحقيق المصلحة العامة،
ومبناها قائماً على مبدأ ضمان سير المرفق العام، كانت الحاجة إلى بيان
أثر ذلك في منازعات تفسير نصوص العقود الإدارية، ذلك أن العقد
الإداري يتميز بتقديم المصلحة العامة على مصلحة الأفراد، بخلاف



القاعدة الأساسية في العقد المدني الذي يُبنى على اتفاق أطرافه على وجه المكافأة والموازنة.

وعلى إثر ذلك تصدى القضاء الإداري للنظر في مشروعية المصلحة العامة محل المنازعة التعاقدية التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها، وأعمل فيها قواعد التفسير بالتأصيل، وأجرى أدواته بالتحليل، وأقام ضابط التوازن بين المصالح العامة والخاصة، مستصحباً الغاية التي من أجلها التقت عليه إرادة طرفي العقد، فأثمرت مبادئ قضائية رصينة، تتفق مع مبادئ العدالة، وتتماشى مع ما تقتضيه متطلبات تطور مرافق الصالح العام وانتظام سيرها.

فاتجهت النية بعد الاستعانة بالله تعالى إلى بحث أثر المصلحة العامة في تفسير العقد الإداري في ضوء قضاء ديوان المظالم، متناولاً فيه: القواعد والمبادئ المستقرة في هذا الباب، وما ذكره شراح القانون الإداري، على ضوء المبادئ والأحكام القضائية الصادرة من محاكم ديوان المظالم بمختلف درجاتها: «المحاكم الإدارية، ومحاكم الاستئناف الإدارية، والمحكمة الإدارية العليا».

والبحت اتجه بشكل خاص إلى التركيز على القواعد والأسس التي يركز عليها تفسير العقد الإداري من خلال المصلحة العامة باعتباره تحت مظلة القانون العام، دون التطرق إلى القواعد والعوامل التي يتناولها تفسير العقد في القانون الخاص، ذلك أنه تم التطرق له من شراح القانون الخاص بشكل موسع في مظانه.

أهمية الموضوع:

تتمثل أهمية بحث الموضوع في الآتي:

١ - أن تفسير العقد الإداري من خلال المصلحة العامة يحقق الغاية من إبرامه.

٢ - صعوبة الكشف عن المصلحة العامة وتقريرها في ضوء تفسير التزامات وحقوق أطراف العقد.

٣ - كشف الدور المهم والضروري الذي يقوم به القاضي الإداري في تفسير العقد من خلال المصلحة العامة، والتحديات التي تواجهه في سبيل القيام بذلك.

أهداف الدراسة:

١ - بيان نشأة العقد الإداري وخصائصه، وأثر ذلك في تفسيره من خلال المصلحة العامة.

٢ - كشف أثر المصلحة العامة في العقد الإداري من خلال ما تناوله القضاء الإداري وشرح القانون.

٣ - توضيح مبادئ وقواعد تفسير العقد الإداري من خلال المصلحة العامة، وأثرها في إثراء الجوانب النظرية والتطبيقية في القانون الإداري.

٤- ربط تطبيقات الأحكام القضائية الصادرة من ديوان المظالم بالمبادئ المستقرة في القانون الإداري، وإبراز تأصيل هذه الأحكام، وتميزها من خلال عرض تسببها وتحليلها.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في أن العقود الإدارية والإجراءات التي تقوم عليها جهة الإدارة في سبيل تنفيذ العقد تستهدف تحقيق المصلحة العامة وضمان سير المرفق العام، وحيث إن مصطلح المصلحة العامة فضفاض ومرن ومتغير، ويتأثر بالوقائع والظروف التي تحتف بتنفيذ العقد، فقد يطرأ على العقد تصرف من أحد أطرافه يستند على تفسير نص العقد لغرض تحقيق المصلحة العامة، فيترتب على هذا التفسير ضرر يقع على جهة الإدارة بتأثر تنفيذ مشروع العقد على غير الوجه الذي تقصده، أو ضرر يقع على المتعاقد في حقوقه أو التزاماته، فمتى يتم اللجوء إلى المصلحة العامة في تفسير العقد الإداري؟ وما هي القواعد والأسس التي يتم الاستناد عليها من قبل القضاء الإداري، فيكون تفسير العقد الإداري من خلال المصلحة العامة متوافقاً مع مبادئ العدالة في الشرع والنظام؟

الدراسات السابقة:

في حدود اطلاع الباحث لم يقف على من أفرد عنوان البحث ببحث مستقل، غير أن تفاصيل الموضوع وجزئياته مبثوثة في مراجع القانون الإداري ومؤلفات العقود الإدارية، وتم الرجوع لها في إعداد هذا

البحث والإشارة لها في مراجعه ومصادره، وفي حدود ما وقف عليه الباحث فقد اطلع على ما يلي:

١ - كتاب: نظرية تفسير العقد في القانونين المدني والإداري، للدكتور برهان زريق، مطبعة الإرشاد - اللاذقية.

وهو كتاب مقارنة تناول فيه موضوعات تفسير العقد بشكل عام بين القانون المدني والإداري، وأفرد فيه مباحث تتعلق بالعقد الإداري بوجه خاص كالصالح العام، والعادة الإدارية، وقاعدة الشك لمصلحة المدين في العقد الإداري.

٢ - بحث: ضوابط التفسير القضائي للعقد الإداري: دراسة مقارنة، للباحثين: رفاه كربل وخضير الخالدي، منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل ٢٠٢٠م.

وقد تطرق البحث إلى ضوابط شكلية تتعلق بالاختصاص الولائي والنوعي والمكاني، وإلى ضوابط موضوعية تتعلق بعدم تطبيق فكرة الإذعان عند تفسير العقد الإداري، وأن أساس التفسير يكون على تحقيق التوازن بين المصلحة العامة ومصلحة المتعاقد.

خطة البحث:

المقدمة:

وفيها أهمية الموضوع، وأهداف الدراسة، ومشكلة البحث، والدراسات السابقة، وخطة البحث.

المبحث الأول: نشأة العقد الإداري:

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للمصلحة العامة:

المبحث الثالث: ضمان سير المرفق العام في العقد الإداري:

المبحث الرابع: تفسير العقد الإداري في النظام:

المبحث الخامس: قواعد تفسير العقد الإداري:

الخاتمة: النتائج والتوصيات.

المراجع والمصادر.

الأنظمة والأوامر والقرارات واللوائح.

المبحث الأول نشأة العقد الإداري

يتوافق معنى العقد في القانون الخاص بتعريفه أنه: «توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه»^(١)، مع تعريف العقد الإداري الذي «يبرمه شخص معنوي عام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص»^(٢)، والذي ينظم أحكامه القانون العام، بما يشمل من أحكام الرابطة العقدية وعيوب الإرادة وغيرها، ويختلف في أن العقد الإداري يتميز بأحكام وقيود تتعلق بسلطة جهة الإدارة في اختيار المتعاقدين، ووجود صلاحيات وشروط استثنائية لجهة الإدارة بشكل منفرد وغير متوازن لا تتوفر في الرابطة التعاقدية في القانون الخاص^(٣).

ومن الناحية التاريخية تُعد نظرية العقود الإدارية من النظريات الحديثة نسبياً في القانون الإداري، ويرجع الأساس في بنائها إلى الأحكام التي أصدرها مجلس الدولة الفرنسي، ولم تتدخل التشريعات في أحكام

(١) نظرية العقد، د. عبد الرزاق السنهوري، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، ٨١.

(٢) العقود الإدارية، د. ماجد راغب الحلو، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٧م، ١٦.

(٣) الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، د. سليمان محمد الطهاوي، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، ١٩٩١م، ٤٠٨.

هذه العقود إلا استثناءً، ويعتبر حكم (Terrle) الصادر عام ١٩٠٣م أساساً انطلقت منه فكرة العقود الإدارية التي تختلف بطبيعتها وأحكامها عن غيرها من العقود التي ينظمها القانون الخاص، حيث يقرر هذا الحكم: «أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة قومية كانت أو محلية، سواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملاً من أعمال السلطة العامة أو تصرفاً عادياً، فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي من قبيل الأعمال الإدارية بطبيعتها ويجب أن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات»^(١).

والعقود التي تبرمها جهة الإدارة تكتسب صفتها الإدارية بناء على خصائص العقد الذاتية، إذ كانت فكرة المرفق العام بدايةً ملازمة للعقد الإداري، إلا أنها لم تعد لازمة بعد ذلك لإسباغ الصفة الإدارية على هذه العقود، وأن العقد يكون إدارياً في حال كان تنفيذ العقد يقوم على وسائل وأساليب القانون العام.

وقد ظهرت خصائص وطبيعة العقد الإداري بصورتها المكتملة في حكم مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩١٣م في قضية شركة الكرانيت الذي قرر بأن: «عقد التوريد الذي تبرمه الإدارة بالشروط والأوضاع التي ينفذ بها الأفراد يعتبر عقداً مدنياً ولو كان متعلقاً بمرفق عام،

(١) مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، د. أحمد عثمان عياد، دار النهضة العربية، ١٩٧٣م، ١٤.

وأنه ما دامت التوريدات محل العقد تنفذ بنفس الشروط والأوضاع التي ينفذ بها الأفراد عقودهم فإن العقد يعتبر من عقود القانون الخاص»، ويفهم من ذلك أن الحكم اشترط من باب الضرورة أن يكون استعمال جهة الإدارة لأساليب القانون العام في العقد يجعل منه عقداً إدارياً، ولم يستثن من ذلك إلا بعض العقود المنصوص عليها في تشريعات قديمة تنص على أن النظر في المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة من اختصاص مجالس الأقاليم، إضافة إلى ما صدر من قوانين تتضمن تحديد أسماء عقود محددة أطلق عليها فقهاء القانون «العقود الإدارية المسماة»، وعلى إثر ذلك بدأ مجلس الدولة الفرنسي في ملاحظة الطبيعة الذاتية للعقود التي تبرمها جهة الإدارة مما يجعل من خضوعها لأحكام القانون العام أمراً طبيعياً^(١).

وفي مصر صدر قانون إنشاء مجلس الدولة ١٩٤٦م الذي لم يكن ينص على اختصاص القضاء الإداري بالعقود الإدارية، ثم صدر قانون ١٩٤٩م الذي منح محكمة القضاء الإداري اختصاص الفصل في المنازعات التي تنشأ بين جهة الإدارة وغيرها فيما يتعلق بثلاثة عقود هي: عقد الالتزام، وعقد الأشغال العامة، وعقد التوريد، وعليه بقي الاختصاص مشتركاً بين مجلس الدولة والمحاكم العادية في نظر هذه

(١) العقود الإدارية، د. محمود خلف الجبوري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، بيت الحكمة، ١٥.

العقود حتى صدور قانون مجلس الدولة ١٩٥٥م الذي جعل القضاء الإداري هو جهة الاختصاص الوحيدة التي تفصل في العقود الإدارية^(١).

وقد أخذ مجلس الدولة في مصر بالمبادئ التي سبق أن أقامها مجلس الدولة الفرنسي، حيث تجاوز مشكلة ارتباط فكرة المرفق العام فقط بالعقد الإداري، ومال إلى ترجيح الخصائص الذاتية للعقد الإداري، حيث قرر الحكم الصادر عام ١٩٥٦م من محكمة القضاء الإداري في مصر على أن: «العقود الإدارية في مصر عقود إدارية بطبيعتها، ووفقاً لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون ولا وفقاً لإرادة المشرع»^(٢)، كما قررت هذه المحكمة في عام ١٩٥٧م: «أن العقود الإدارية نوعان العقود الخاصة بالمرافق العامة أي العقود التي يعقدها شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره، والعقود الإدارية خارج نطاق المرافق العامة والتي يعقدها شخص معنوي من أشخاص القانون العام وتظهر نيته فيها بالأخذ بأسلوب القانون العام

(١) العقود الإدارية، د. ماجد الحلو (مرجع سابق)، ١٠.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري عام ١٩٥٦م، الحكم مشار إليه لدى: العقود الإدارية، د. محمود خلف الجبوري (مرجع سابق)، ١٧. كما تجدر الإشارة إلى أنه صدر قرار مجلس الوزراء رقم (٣٢٨) وتاريخ ١/٣/١٣٩٦هـ بالموافقة على عدم استعمال كلمة (المشرع) في الأنظمة والأعمال التنظيمية الأخرى، والاستعاضة عنها بكلمة أخرى مناسبة.

وأحكامه، وذلك بأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص»^(١).

وفي المملكة العربية السعودية مر تنظيم النظر في منازعات العقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها بعدة مراحل، بدءاً من تكون أجهزة الدولة وتوسع أنظمتها وإجراءاتها، فقد بدأت الأدوات النظامية بالصدور فعلياً بتاريخ ١٩ / ٦ / ١٣٨٧ هـ لتأتي بتنظيم اختصاص النظر في هذه العقود، حيث صدر الأمر السامي رقم (١١١٦٦) وتاريخ ١٩ / ٦ / ١٣٨٧ هـ القاضي بعدم نظر القضاء العام للعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها، ثم صدر الأمر السامي رقم (٢٠٩٤١) وتاريخ ٢٨ / ١٠ / ١٣٨٧ هـ القاضي بعدم نظر المحاكم أي دعوى تقام على جهة حكومية قبل العرض على المقام السامي والاستئذان منه، وبتاريخ ١٧ / ٥ / ١٣٩٦ هـ صدر قرار مجلس الوزراء رقم (٨١٨) والذي نص على أن يقتصر النظر في طلبات التعويض المقدمة من المفاوضين المتعاقدين مع جهات حكومية على الحالات التي يستند فيها المفاوضون على حدوث تقصير من الجهة الحكومية ينتج عنه إلحاق خسارة أو ضرر بالمفاوض، وأن يوكل النظر في هذه القضايا إلى ديوان المظالم وتكون قراراته نهائية بعد اعتمادها من رئيس الديوان، وقد استقرت أحكام ديوان المظالم على عدم قبول طلبات التعويض المقدمة من المفاوضين

(١) حكم محكمة القضاء الإداري صادر بتاريخ ١٢ / ٥ / ١٩٥٧ م، الحكم مشار إليه لدى: العقود الإدارية، د. محمود خلف الجبوري (مرجع سابق)، ١٧.

المتعاقدين مع جهات حكومية إذا لم يُنسب للجهة الحكومية المتعاقدة خطأ عقدي تأسيساً على قرار مجلس الوزراء رقم (٨١٨) سالف الذكر.

وبناء على ما صدر بشأن نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٢/١٣/٨٧٥٩) وتاريخ ١٧/٩/١٣٧٤هـ وما جاء بعده بصدر قرار مجلس الوزراء رقم (٨١٨) وتاريخ ١٧/٥/١٣٩٦هـ كان ديوان المظالم ينظر في الدعاوى المرفوعة بشأن منازعات العقود الإدارية وبدون أخذ الموافقة المسبقة، إلى أن صدر نظام ديوان المظالم بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ بصفته هيئة قضائية إدارية مستقلة، حيث نصت الفقرة (د) من المادة (الثامنة/١) على اختصاص الديوان بالفصل في: «الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها»، ثم صدرت بعد ذلك قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم والأوامر السامية التي تقضي بأن الأحكام التي يصدرها الديوان أحكام نهائية واجبة التنفيذ، ولا يجوز إعادة النظر فيها، ولا تحتاج إلى اعتماد أو صدور أداة نظامية لتنفيذها^(١).

(١) القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، د. عيد مسعود الجهني، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م، ١١١، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، عبد الله بن حمد الوهيبي، الطبعة الثالثة، ١٤٣٢هـ، ٥٧١.

وتجدر الإشارة إلى أن نظام ديوان المظالم الصادر في عام ١٤٠٢هـ نص في المادة (الخمسین) على أنه: «يُلغى نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٢/١٣/٨٧٥٩ في ١٧/٩/١٣٧٤هـ، والقرارات الصادرة نفيذاً له، وتُلغى المادة (السابعة عشرة) من نظام مكافحة الرشوة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١٥ وتاريخ ٧/٣/٨٢هـ، وتُلغى قرارات مجلس الوزراء رقم ٧٥٣ لعام ٩١هـ، ورقم ١٢٣٠ لعام ١٣٩٣هـ، ورقم ١١١ لعام ٩٨هـ، المتعلقة بتحديد الجهات التي تتولى التحقيق في قضايا التزوير والنظر فيها، وتُلغى المواد من (١٤) إلى (٣٠) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧ وتاريخ ١/٢/٩١هـ الخاصة بهيئة التأديب، ويُلغى كل حكم يخالف أحكام هذا النظام»، وحيث لم تنص هذه المادة على إلغاء قرار مجلس الوزراء رقم (٨١٨) وتاريخ ١٧/٥/١٣٩٦هـ فقد رفض الديوان قبول الدعاوى وطلبات التعويض المقدمة من متعاقدين مع جهات حكومية تأسيساً على عدم وجود نسبة خطأ لتلك الجهات، وأن الدعاوى وطلبات التعويض مبنية على تغير ظروف العقد كوجود ظروف طارئة.

وبتاريخ ٢٧/٨/١٤١٤هـ رفع معالي رئيس ديوان المظالم خطاباً إلى المقام السامي متضمناً الإشارة إلى قرار مجلس الوزراء رقم (٨١٨) وتاريخ ١٧/٥/١٣٩٦هـ وما أوضحتها المادة (الثامنة) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ، وأن إحدى دوائر التدقيق رفعت مذكرة للنظر في قبول جميع دعاوى

التعويض المقدمة ضد الجهات الحكومية، لأن صدور نظام ديوان المظالم يُعد ناسخاً لما قبله، بما في ذلك قرار مجلس الوزراء المشار إليه. وعليه صدر الأمر السامي رقم (٢٠٧/م) وتاريخ ٢٥/٢/١٤٢١هـ مرفقاً به نسخة من خطاب معالي الأمين العام لمجلس الوزراء رقم (٢٥٨) وتاريخ ٢١/١/١٤٢١هـ المتضمن أن مجلس الوزراء بحث الموضوع خلال جلسته المنعقدة بتاريخ ١٩/١/١٤٢١هـ برئاسة خادم الحرمين الشريفين، وانتهى إلى أن قرار مجلس الوزراء رقم (٨١٨) وتاريخ ١٧/٥/١٣٩٦هـ يعد مُلغى من الناحية النظامية، اعتباراً من تاريخ العمل بنظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ، ونصه: «وترتب على هذا التوضيح الصادر عن مجلس الوزراء أن أصبح لجميع أصحاب الدعاوى والطلبات التي سبق أن رفض ديوان المظالم قبولها الحق في التقدم لديوان المظالم للنظر فيها مرة أخرى، والفصل فيها من الناحية الموضوعية»^(١).

وفي عام ١٤٢٨هـ صدر نظام القضاء بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ الذي نص على أن القضاء العام هو المختص بالفصل في جميع القضايا - عدا ما يندرج تحت اختصاص ديوان المظالم - وفق قواعد واختصاصات المحاكم المبينة في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية، حيث نص نظام القضاء في المادة

(١) أصول فهم النصوص النظامية، د. خالد بن عبد الله الخضير، شركة دار الحضارة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٤٤هـ ٢٠٢٣م، ٣٠٤.

(الخامسة والعشرون) على أنه: «دون إخلال بما يقضي به نظام ديوان المظالم، تختص المحاكم بالفصل في جميع القضايا، وفق قواعد اختصاص المحاكم المبينة في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية»، وفي ذات الوقت صدر نظام ديوان المظالم بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ الذي نص في المادة (الثالثة عشرة) الفقرة (د) على أنه: «تختص المحاكم الإدارية بالفصل في الآتي: د- الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها»، ومن خلال نص هذه المادة يتضح أنه انعقد للمحاكم الإدارية في ديوان المظالم اختصاص نظر العقود -أيّاً كان نوعها- التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها، مكتفياً بهذا المعيار دون أن يتطرق إلى معايير أخرى تتعلق بتحديد صلته بالرفق العام أو ما يتضمنه العقد من شروط استثنائية، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا في ديوان المظالم أنه: «إذا كانت المحاكم الإدارية مختصة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها دون تفريق بين العقود الإدارية وعقود الإدارة الخاصة التي تبرمها بصفتها شخصاً عادياً، فإن ذلك يرجع لعموم الفقرة (د) من المادة الثالثة عشرة من نظام ديوان المظالم التي تنص على اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في: «الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها»؛ لتوحيد جهة القضاء التي تنظر فيها، ولتفادي المشاكل التي يثيرها البحث عن معيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري في نظر هذا النوع من المنازعات، ولاتصال هذه العقود في الغالب بتسيير

المرفق الإداري»^(١)، كما قررت المحكمة الإدارية العليا أن المحاكم الإدارية تنظر في دعاوى العقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها في جميع أنواعها واختلاف طبيعتها، حيث ذكرت أنه: «لا يخرج عن اختصاص المحاكم الإدارية على ما جرى عليه القضاء في الديوان من اختصاص المحاكم الإدارية بنظر كافة الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها أيّاً كان العقد، إدارياً، أو مدنياً، أو تجارياً؛ لعموم النص الوارد في المادة الثالثة عشرة من نظام ديوان المظالم التي تقضي باختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها، وتنظر المحاكم الإدارية في المنازعات الناشئة عن هذه العقود وفق القواعد المنظمة والحاكمة لكل عقد»^(٢).

(١) رقم الحكم في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا للأعوام (١٤٣٩-١٤٤٠-١٤٤١هـ)، ١٥٢، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية ١٨٥ لعام ١٤٤٠هـ، رقم الاعتراض ٨٨٣ لعام ١٤٤٠هـ، تاريخ الجلسة ١٤٤١/٧/٩هـ.

(٢) رقم الحكم في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا للأعوام (١٤٣٩-١٤٤٠-١٤٤١هـ)، ١٣٩، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية ٦٧٩٠ لعام ١٤٤٠هـ، رقم الاعتراض ٢٣٣٤ لعام ١٤٤٠هـ، تاريخ الجلسة ١٤٤١/٦/٣هـ.

المبحث الثاني الطبيعة القانونية للمصلحة العامة

إن الهدف الذي تسعى إليه جهة الإدارة هو تحقيق الصالح العام في حدود اختصاصها وفي ظل الغرض الذي من أجله تم إنشاؤها، وبالتالي فإن المصلحة العامة تعكس الغاية الأساسية لأي نشاط تقوم به جهة الإدارة، وعلى أساسه يكون لها صلاحيات قانونية وتنظيمية كإصدار اللوائح واتخاذ القرارات التي قد تمسّ حقوق الأفراد وحرياتهم، ومن خلال النظر في هذه الغاية والتأمل فيها تكون وسيلة القضاء في أعمال رقابته على نشاط جهة الإدارة^(١).

والمصلحة في اللغة ضد المفسدة، وهي واحدة المصالح^(٢)، وفي المصباح المنير: «وأصلح أتى بالصلاح وهو الخير والصواب، وفي الأمر مصلحة أي خير والجمع المصالح»^(٣)، يقول ابن فارس: «فالمصاد

(١) المشروعية الإدارية كمحدد لممارسة الإدارة سلطاتها التقديرية، أ.د. عمر البوريني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة (١٠) ملحق خاص، العدد (١٠) أبحاث المؤتمر السنوي (٨)، الجزء (١) نوفمبر ٢٠٢١م، ٢٩٠.

(٢) لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ، ٥١٧/٢، مختار الصحاح، زين 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، ١٨٧.

(٣) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المكتبة العلمية بيروت، ٣٤٥/١.

واللام والحاء أصل واحد يدل على خلاف الفساد^(١)، والعامة في اللغة: خلاف الخاصة، قال ابن منظور: «وعمّهم الأمر يعمهم عمومًا: شملهم، يقال: عمهم بالعطية»^(٢).

وفي الفقه الإسلامي عرّف الغزالي المصلحة بأنها: «المحافظة على مقصود الشرع»، ثم بيّن ذلك بقوله: «ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالههم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة»^(٣)، وعرّف ابن تيمية المصلحة بأنها: «أن يرى المجتهد أن هذا الفعل يجلب منفعة راجحة، وليس في الشرع ما ينفيه»^(٤).

والقول بالمصلحة واعتبارها في الاجتهاد الفقهي هو قول جمهور الفقهاء، يقول الطوفي: «وأما الإجماع: فقد أجمع العلماء إلا من لا يعتد به من جامدي الظاهرية، على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفاسد.. وأما النظر: فلا شك عند كل ذي عقل صحيح أن الله عزّ وجلّ راعى

(١) معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ٣/٣٠٣.

(٢) لسان العرب، ابن منظور (مرجع سابق)، ١٢/٤٢٦.

(٣) المستصفى، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، ١٧٤.

(٤) مجموع الفتاوى، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، ١١/٣٤٢.

مصلحة خلقه عمومًا وخصوصًا، أما عمومًا ففي مبدئهم ومعاشهم»^(١)، والمصلحة هي «أخصب الطرق التشريعية فيما لا نص فيه، وفيه المتسع لمسايرة التشريع تطورات الناس وتحقيق مصالحهم وحاجاتهم، والتشريع به يحتاج إلى مزيد الاحتياط في توخي المصلحة وشدة الحذر من غلبة الأهواء»^(٢)، و«طريق المصالح هو أوسع طريق يسلكه الفقيه في تدبير أمور الأمة عند نوازها ونوائبها إذا التبتت عليه المسالك»^(٣)، والقواعد الفقهية الكلية تنص على أنه: «إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررًا بارتكاب الأخف»^(٤)، و«الضرر الأشد يزال بالأخف»^(٥)، وجاءت القواعد الفقهية بأن: «المصلحة العامة كالضرورة الخاصة»^(٦)،

(١) التعيين في شرح الأربعين، سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي، تحقيق: أحمد حاج محمد عثمان، مؤسسة الريان (بيروت، لبنان)، المكتبة المكيّة (مكة)، المملكة العربية السعودية)، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، ٢٤٤.

(٢) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، عبد الوهاب خلاف، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ٨٥.

(٣) مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن عاشور، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، ٣/٢٥٧.

(٤) المادة (٢٨) من مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المحقق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، ١٩.

(٥) المادة (٢٧) من المجلة العدلية (مرجع سابق)، ١٩.

(٦) قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ٢/١٨٨.

و«الضرورات تبيح المحظورات»^(١)، و«المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة»^(٢)، و«يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام»^(٣).

وفي الاصطلاح القانوني تباينت عبارات شراح القانون في تعريف المصلحة العامة، باعتبارها فكرة فضفاضة، وسبب ذلك اختلاف المدلول الذي قد يشير إليه هذا المصالح من فترة زمنية إلى أخرى، ومن نظام سياسي إلى آخر، فهي فكرة تتميز بالتطور والنمو، حيث كانت المصلحة العامة تتمثل في بداياتها في الحفاظ على إدارة المرافق العامة والحفاظ على النظام العام، ومع تغير وظيفة الدولة وأدوارها ومسؤولياتها واتساع مجالات عملها أصبحت المصلحة العامة تتناول المصالح الاجتماعية والاقتصادية والبيئية^(٤)، فالمصلحة العامة كما يقول الأستاذ جورج فيدل هي ذات مفهوم سياسي وقانوني في آن واحد^(٥)، تجعل كل المتعاملين مع السلطة الإدارية تحت غطاءها، بما تحتويه من

(١) المادة (٢١) من المجلة العدلية (مرجع سابق)، ١٨.

(٢) الموافقات، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ٣/٥٧.

(٣) المادة (٢٦) من المجلة العدلية (مرجع سابق)، ١٩.

(٤) مصادر المشروعية الإدارية ومنحياتها، د. رأفت فودة، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٤م، ١٧٧.

(٥) القانون الإداري، جورج فيدل، بيار دلفولفيه، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م، ١/٤٣٣.

قيم متنوعة ومتعددة، مما يجعل من هذه الفكرة تاجاً يسمو على كل النظم والقواعد القانونية^(١).

والمصلحة العامة في طبيعتها كما يصفها بعض شراح القانون هي: «قاعدة إلزامية للسلوك الإداري السليم، وقيد سلبي يهيمن على كل تصرفات الإدارة، لا تملك للتحلل منه أي سلطة تقديرية، فهي مناعة بتحقيق النفع العام، فإذا ما استهدفت هدفاً غيره تكون قد أتت عملاً يناقض سبب وجودها، وعليه فالمصلحة العامة هي أساس احتلالها المركز الممتاز، فإن هي ابتعدت عن تحقيقها، فقد فقدت تلك الامتيازات وتماثلت في المركز القانوني مع الأفراد، أما إذا ما استعملت سلطان القانون العام ذاك في استهداف مقصد شخصي، فإن ذلك يعد انحرافاً بما منح لها من سلطة، والقرارات الإدارية في كونها من أكثر وسائل الإدارة قياماً بوظائفها، فإن غايتها بالتبعية تحقيق المصلحة العامة»^(٢).

والقضاء الإداري لم يتول تحديد تعريف اصطلاحى للمصلحة العامة؛ ذلك أنه يركز على النشاط الذي تقوم به جهة الإدارة، ودورها في تحقيق المصلحة العامة من خلال هذا النشاط وعدم الحيطة عنه،

(١) مصادر المشروعية الإدارية ومنحياتها، د. رأفت فودة (مرجع سابق)، ١٥٩.
(٢) القانوني الفرنسي yves gaudemet، رقابة القاضي الإداري لعب انحراف القرارات عن تحقيق المصلحة العامة، قطاف تمام عبد الناصر، مجلة المفكر، العدد (الخامس عشر) ٢٠١٧م، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٦٦٤.

فالقضاء يذهب إلى تحديد اعتبارات المصلحة العامة دون تحديد لمضمون هذه المصلحة الذي يتميز بمرونته وتغيره من موضوع إلى آخر ومن وقت إلى آخر^(١)، فهو يتلمس صور المصلحة العامة ومقاصدها في وجهها الإيجابي المتمثل في تحقيق المصلحة لعموم المجتمع، وصور ومقاصد المصلحة العامة في وجهها السلبي المتمثل في دفع الأضرار التي يمكن أن تقع على الجماعة، فتذكر محكمة القضاء الإداري المصرية على سبيل المثال في حكمها بتاريخ ١٣ / ١٢ / ١٩٥٤ م أنه: «باستقصاء نصوص القانون رقم.. يبين أن المرسوم الصادر بنزع الملكية هو الذي يقرر المنفعة العامة، ولم يحدد هذا القانون أركان المنفعة العامة لأنها تختلف باختلاف الظروف والأحوال..» وأضافت ذات المحكمة: «أنه إذا كان المستفاد من أوراق الدعوى أن حلقة الأقطان يؤمها الفلاحون بأقطانهم من جميع أنحاء المديرية، وأنها تسدى لهم خدمات جليلة حيث تمكنهم من بيع أقطانهم بالأسعار المحددة والملائمة لأوقاتهم وأنهم يطمئنون على أقطانهم فيها ويقبضون ثمن ما يبيعونه كاملاً، فإن هذه صورة واضحة لمنفعة عامة تبرر نزع الملكية، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه حين قرر نزع ملكية قطعة أرض مملوكة للمدعي لإقامة حلقة إقطان عليها لم يجانب القانون ولم يقم سند أو دليل على

(١) فكرة المصلحة العامة وتعلقها بالنظام العام في القانون الإداري، د. محمد إمام، بحث مقدم في المؤتمر الدولي الثالث في كلية الشريعة والقانون بطنطا «حماية المصلحة العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي»، ٢٩١ / ٤.

أنه يهدف إلى مصلحة خاصة..^(١)، فيلاحظ هنا أن المحكمة حاولت تلمس أوجه المنافع والمصالح التي يحصل بها إقامة المرفق؛ وبناء عليه صدر قرار جهة الإدارة في نزاع الملكية لصالح إقامة المرفق العام.

وفي حكم صدر من محكمة القضاء الإداري المصرية تطرقت فيه إلى فكرة المصلحة العامة ومفهومها وذكرت أنه: «لا يقصد بالصالح العام صالح فرد أو فريق أو طائفة من الأفراد، فذلك محض صالح خاص، كذلك لا يقصد به مجموع مصالح الأفراد الخاصة، فالجمع لا يمكن أن يرد إلا على أشياء متماثلة لها نفس الطبيعة والصفة، ومثل هذه المصالح الخاصة متعارضة متضاربة، فلا يمكن إضافتها بعضها لبعض لخروجه بنتائج للجميع، وإنما المقصود بالصالح العام هو صالح الجماعة ككل مستقلة ومنفصلة عن آحاد تكوينها»^(٢).

وتبعاً لذلك لم تتول التشريعات القانونية وضع تعريف بهذا الشأن، غير أنها حين تناولت فكرة المصلحة العامة تطرقت هذه التشريعات إلى الهدف منها، وهي ضمان تحقيق المصلحة العامة، وخدمتها، وحمايتها،

(١) أصول القانون الإداري أموال الإدارة العامة وامتيازاتها دراسة مقارنة، د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٢١. أصول القانون الإداري، د. حسين عثمان محمد عثمان، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠م، ٤١٨.

(٢) قضية رقم (٥٦٥) لسنة (٢ ق) جلسة ١٩٦٩/٧/٣م الحكم مشار إليه لدى: المصلحة العامة كمحدد لمشروعية العمل الإداري، أ.د. عمر البوريني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، العدد الثاني والثلاثون، رمضان ١٤٢٨هـ - أكتوبر ٢٠٠٧م، ٢٦٦.

وعدم المساس بها^(١)، وجعلت من الصلاحيات والمسؤوليات المناطة بجهة الإدارة تتفق مع هذا الهدف^(٢)، بل إن التشريعات تناولت ما يقوم به الأشخاص من ذوي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية من خلال

(١) نصت المادة (الخامسة) من تنظيم الهيئة السعودية للمواصفات والمقاييس والجودة الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٢١٦) وتاريخ ١٧/٦/١٤٣١هـ على أنه: «يكون تطبيق المواصفات القياسية إلزامياً، ويجوز بقرار من المجلس تطبيق مواصفات قياسية سعودية معينة أو فئات منها اختياريًا، وتراعي الهيئة عند إعداد واعتماد المواصفات القياسية السعودية الاختيارية عدم الإخلال باعتبار أو أكثر من الاعتبارات التالية: ٣- ضمان المصلحة العامة»، كما نصت المادة (الثالثة) من نظام صندوق الاستثمارات العامة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩٢) وتاريخ ١٢/٨/١٤٤٠هـ على أن: «يهدف الصندوق إلى استثمار أمواله -نقدياً أو عينياً- وفقاً لأفضل المعايير لتحقيق العوائد بما يخدم المصلحة العامة ويسهم في دعم التنمية الاقتصادية في المملكة وتنويع مصادر دخلها، ومراعاة مصلحة الأجيال القادمة»، كما نصت المادة (الثانية) من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٧) بتاريخ ٨/٣/١٤٢٨هـ على أنه: «يهدف هذا النظام إلى الحد من وقوع جرائم المعلوماتية، وذلك بتحديد هذه الجرائم والعقوبات المقررة لكل منها، وبما يؤدي إلى ما يأتي: ٣- حماية المصلحة العامة، والأخلاق، والآداب العامة».

(٢) نصت المادة (الرابعة) من النظام البحري التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٣) وتاريخ ٥/٤/١٤٤٠هـ على أن: «تكتسب السفينة الجنسية السعودية إذا كانت مسجلة في أحد موانئ المملكة، وكانت مملوكة بكاملها لشخص يتمتع بهذه الجنسية، وإذا كانت السفينة مملوكة على الشيوع اشترط أن تكون أغلبية الحصص مملوكة لمن يتمتع بهذه الجنسية، وللرئيس تعديل نسبة التملك بما يتفق مع المصلحة العامة لاقتصاديات المملكة».

الجمعيات الأهلية ومنحت هذه الجمعيات صفة النفع العام إذا كان الغرض منها تحقيق المصلحة العامة^(١).

وبالنظر في سياق سن الأنظمة في المملكة، يظهر جلياً العناية في إبراز فكرة المصلحة العامة، وأن إعمالها يكون في إطار محدد، وغاية معلومة تشمل كل ما يحقق النفع العام، تُرجح فيه مصلحة المجتمع على أي مصلحة خاصة، ومن خلالها يكون تحقيق المصالح والسعي في تحصيلها، ودفع المضار وإزالتها، وخصوصاً ما يتعلق بالمساس بالملكيات الخاصة للصالح العام، إذ صدر حديثاً نظام نزاع ملكية العقارات للمصلحة العامة ووضع اليد المؤقت على العقارات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٦) وتاريخ ١٢/٣/١٤٤٧هـ، والذي نص صراحة على مقصوده بالمصلحة العامة تحقيقاً لأغراض تطبيق أحكام النظام، والحالات التي تندرج تحته، حيث نصت المادة (الخامسة) منه على أنه: «يقصد بالمصلحة العامة كل ما يحقق نفعاً عاماً من تنمية أو ازدهار تُرجح فيه مصلحة المجتمع على أي مصلحة خاصة تعود لشخص طبيعي أو شخص معنوي أو جهة حكومية، وكل ما يدفع ضرراً عاماً من كوارث وأوبئة وما في حكمها، ويشمل ذلك القيام

(١) نصت المادة (الخامسة والعشرون) من نظام الجمعيات والمؤسسات الأهلية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٨) وتاريخ ١٩/٢/١٤٣٧هـ على أنه: «تعد الجمعية ذات نفع عام إذا كان غرضها تحقيق مصلحة عامة، على أن ينص على ذلك في ترخيص إنشائها، ويكون إضفاء هذه الصفة أو إلغاؤها - في المرحلة التالية للترخيص - بقرار من المركز، وتحدد اللائحة الأحكام المتعلقة بذلك».

بأي من الأعمال الآتية: ١- مشروعات تطوير مرافق الحرمين الشريفين وما يتعلق بمناسك الحج أو العمرة أو الزيارة. ٢- مشروعات الطرق والشوارع وخطوط النقل ومرافق المواصلات العامة البرية والبحرية والجوية. ٣- مشروعات التخطيط والتطوير العمراني، وإنشاء المساجد والحدائق ومباني الخدمات الاجتماعية والتعليمية والصحية ونحوها. ٤- مشروعات توليد الطاقة وشبكات المياه والكهرباء والغاز والبتترول والصرف الصحي وتصريف السيول والاتصالات والإرسال الإذاعي والتلفزيوني الحكومي. ٥- مشروعات الحفر والتنقيب والتعدين وما يتصل بذلك. ٦- مشروعات الحفاظ على المحميات البيئية والحياة الفطرية والحفاظ على التراث الحضاري والتاريخي والإنساني للدولة. ٧- مشروعات الأمن الداخلي وإقامة المنشآت العسكرية. ٨- أي أعمال أخرى يُنص في أنظمة أخرى على أنها تحقق مصلحة عامة. ٩- أي أعمال أخرى تُحدد على أنها تحقق مصلحة عامة بقرار من مجلس الوزراء».

وفي سبيل الاجتهاد في تعريف المصلحة العامة أو الصالح العام حاول بعض الشراح تعريفها بأنها: «كل تصرف أو قيمة أو أثر رشيد يؤدي إلى زيادة فرص تحقيق الأهداف النهائية لعدد غير محدود من أفراد المجتمع أو جماعته دون تمييز»^(١).

(١) الصالح العام كهدف لمنظمات الإدارة العامة، د. سعيد محمد المصري، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية،

ويشير د. رأفت فودة إلى أنه من الصعوبة وضع تعريف أو مفهوم قانوني محدد للمصلحة العامة؛ على اعتبار أنها لا تُعرّف ولكن تلاحظ فقط، فهي لا تتواجد في النصوص القانونية أو في الأحكام القضائية أو في وثيقة أو ميثاق، وهي عادة ما يتم النص عليها بشكل عام دون وضع معيار ثابت ومحدد لها^(١).

ومن خلال ما سبق، يتضح أن المصلحة العامة في مفهومها العام: قائمة على جلب المصالح ودفع المفساد، وتسعى إلى حفظ المجتمع وكيانه، وضمان أداء المرافق العامة لوظائفها لتحقيق المنفعة العامة لعموم أفرادها، وهي الأساس الذي تقوم عليه شرعية جهة الإدارة في أداء أعمالها وبسط رقابتها، وهي ذات طابع أخلاقي ترسي قواعد النفع والعدالة، بحيث يكون تحقيقها لصالح مجموع الأفراد وليس لصالح فرد بعينه أو مصلحة معينة، فالمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، باعتبار المصلحة العامة ضرورة، ووقاية، وحماية لمصالح الأفراد، تُقدم على مصالحهم الفردية في حال تعارضها^(٢).

العدد (٢) يوليو ١٩٩٩ م، ٥١١.

- (١) مصادر المشروعية الإدارية ومنحياتها، د. رأفت فودة (مرجع سابق)، ١٦٠.
- (٢) مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، د. محمد فؤاد مهنا، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، ١٩٧٣ م، ٢١.

المبحث الثالث

ضمان سير المرفق العام في العقد الإداري

يتمثل نشاط جهة الإدارة العامة في الضبط الإداري والمرفق العام، والمرافق العامة كما عرّفها الدكتور محمد فؤاد مهنا: مشروعات تنشؤها الدولة بقصد تحقيق غرض من أغراض النفع العام ويكون الرأي الأعلى في إدارتها للسلطة العامة^(١).

وقد أخذت نظرية المرفق العام حيزاً كبيراً من القانون الإداري؛ باعتبار أن الدولة ما هي إلا مجموعة من المرافق العامة التي تسير بانتظام واطراد لخدمة المجتمع، وعلى إثر ذلك فإن جميع ما يتصل بالمرفق العام كالموظف العام ومسؤولية جهة الإدارة عن أعمالها يكتسب بموجبه مراكز قانونية، تخضع لقواعد تنظم تعاطيها ومباشرتها على نحو غير مألوف، والعقد الإداري مما يمتد إليه أثر المرفق العام ويكسبه قواعد استثنائية ومختلفة عن القواعد التي تحكم العقود في القانون الخاص، حيث تعد فكرة المرفق العام أساساً تقوم عليه العقود الإدارية يتعين من خلال العمل عليها وتنفيذها إشباع الحاجات العامة للأفراد وضمان سير المرفق بانتظام واطراد^(٢)، سواء كان ذلك بأن

(١) مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، د. محمد فؤاد مهنا، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٨٤.

(٢) القانون الإداري، د. هاني علي الطهراوي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م، ١٠٠.

يُعهد تنفيذ المرفق العام للمتعاقد أو إشراكه في تنفيذ بعض جوانب المرفق أو يكون تنفيذ المرفق العام بواسطة جهة الإدارة.

ومن هذا المنطلق يرى فقهاء القانون الإداري أن مقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد، وقابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل في كل وقت هي التي أدت إلى استقلال العقد الإداري بعناصره وخصائصه عن العقود في المعاملات المدنية، وذلك باعتبار أن العقد الإداري ليس إلا إحدى وسائل الإدارة لسير المرفق العام بطريق مباشر أو غير مباشر، وأن المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري هو في حقيقة الأمر مساعد ومعاون للإدارة في تسيير المرفق العام.

وهذا ما يفسر توافر السلطة الخطيرة لجهة الإدارة كطرف في هذا العقد، من شروط استثنائية، وإشراف على تنفيذ العقد الإداري، وتعديل التزامات المتعاقد بإرادتها المنفردة، فقد نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ في المادة (التاسعة والستون) على أنه: «للجهة الحكومية - في حدود احتياجاتها الفعلية - إصدار أوامر تغيير بالزيادة في العقد بما لا يتجاوز (١٠٪) من قيمته، ولها إصدار أوامر تغيير بالتخفيض بما لا يتجاوز (٢٠٪) من قيمته، وفقاً لما توضحه اللائحة»، إضافة إلى حق جهة الإدارة في إنهاء العقد دون موافقة المتعاقد مسبقاً

وفق اعتبارات محددة على رأسها المصلحة العامة^(١)، وهذا الإنهاء مرتبطٌ وفق تقديرها في مصلحة إنهاء العقد وليس كجزء نتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، يؤكد ذلك ما نصت عليه المادة (السابعة والسبعون) من ذات النظام من أنه: «للجهة الحكومية إنهاء

(١) جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر أنه: «في مجال القانون العام يكون للجهة الإدارية الحق في إنهاء العقود الإدارية التي تبرمها بإرادتها المنفردة إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك، وليس للطرف الآخر المتعاقد معها إلا الحق في التعويض إن كان له وجه حق - حق الإنهاء المخول للجهة الإدارية ليس مطلقاً، بل إنه مشروط بأن تقتضي المصلحة العامة أو مصلحة المرفق إنهاء العقد، بأن تستجد ظروف تستدعي هذا الإنهاء، كما لو أصبح العقد غير ذي فائدة للمرفق العام، أو أضحي لا يحقق المصلحة العامة المقصودة في ظل تغير ظروف الحال عنها وقت التعاقد، وأن تتوفر لقرار الإنهاء جميع الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطة تقديرية، ألا يكون القرار مشوباً بالانحراف بالسلطة»، جلسة ٢٨ من يونيه سنة ٢٠١٦، الطعن رقم ٣٣٢٩٣ لسنة ٥٥ القضائية (عليا)، وجاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في المملكة أنه: «وإذا كان العقد محل النزاع عقداً إدارياً؛ لأن محله انتفاع بهال عام في أرض من أراضي الميناء البحري، وتملك جهة الإدارة فسخ العقد بإرادتها المنفردة باعتباره عقداً إدارياً وفق ما تراه محققاً للمصالح العام، وحسن سير المرفق الذي تقوم عليه، إلا أنه لا يصح أن تستغل جهة الإدارة هذه السلطة وتقوم بفسخ العقد بحجة مخالفة العقد لنص نظامي وقعت فيه، ما دام المتعاقد معها لم يساهم بخطئه في هذه المخالفة، ولم تكن هذه المخالفة متعلقة بالنظام العام»، رقم الحكم في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا للأعوام (١٤٣٩-١٤٤٠-١٤٤١هـ)، ١٣٣، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية ١٩٥٤/ق لعام ١٤٣٩هـ، رقم الاعتراض ٣١٧ لعام ١٤٤٠هـ، تاريخ الجلسة ٢٨/٤/١٤٤١هـ.

العقد إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك»، فيما لا يتوافر ذلك للمتعاقد في الطرف المقابل.

وهذا ما يجعل الرجوع إلى نية طرفي العقد في حال تفسير العقد الإداري يكون وفقاً لمقتضيات سير المرفق العام، وما يتطلبه تحقيق المصلحة العامة، وهذا بالتأكيد يؤسس لمبدأ مهم وقاعدة فريدة تضاف على القواعد المتبعة في تفسير العقد في القانون المدني^(١).

واستناداً على هذا المبدأ قرر القضاء الإداري في أحكامه أنه: لا يجوز للمتعاقد الامتناع والتوقف عن العمل بحجة إخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها^(٢)، وعلى ذلك نصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية^(٣) في المادة (الثامنة والتسعون) الفقرة (٢) على أنه: «لا يجوز للمتعاقد التخلي عن تنفيذ التزاماته استناداً إلى إخلال الجهة الحكومية بتنفيذ التزاماتها»، ثم أكدت هذه المادة في الفقرة (٣) منها على أنه: «يجب على المتعاقدين والجهة الحكومية تنفيذ عقودهم وفقاً لشروطها وبحسن نية وبما يقتضيه حسن سير المرفق العام ومصلحته»، ولذا يتضح أنه لا يمكن التساهل في هذا

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي (مرجع سابق)، ٤٢٩ - ٤٣١.

(٢) رقم الحكم في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٤٤٢هـ، ١٧٤، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية ١٢٤٥٥/ق لعام ١٤٤٠هـ، رقم الاعتراض ١٠٢١ لعام ١٤٤١هـ، تاريخ الجلسة ٩/٩/١٤٤٢هـ.

(٣) الصادرة بالقرار الوزاري رقم (١٢٤٢) وتاريخ ٢١/٣/١٤٤١هـ وتعديلاته.

المبدأ بإهماله، أو التأخر والتعثر في تنفيذ الأعمال التي تهدف إلى ضمان سير المرفق العام، وتظهر حماية جهة الإدارة لهذا المبدأ بالنص على الجزاءات والغرامات التي تتسم بالصرامة والجدية لغاية ضمان حسن التنفيذ^(١)، فقد نصت المادة (الثانية والسبعون) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الموعد المحدد؛ تفرض عليه غرامة تأخير لا تتجاوز (٦٪) من قيمة عقد التوريد، ولا تتجاوز (٢٠٪) من قيمة العقود الأخرى، ويجوز زيادة تلك النسب بموافقة مسبقة من الوزير، على أن توضح تلك الزيادة للمتنافسين قبل تقديم عروضهم».

واستعمال جهة الإدارة حقوقها التي تضمنتها الشروط الاستثنائية في العقد الإداري خاضع لرقابة القضاء للتحقق من أن هذا الاستعمال غير مشوب بالتعسف، أو الانحراف عن الغاية التي قررها النظام وتحقق المصلحة العامة^(٢).

(١) نظرية تفسير العقد في القانونين المدني والإداري، د. برهان زريق، مطبعة الإرشاد، اللاذقية، ١١٤.

(٢) صدر العديد من الأحكام القضائية بإعفاء المتعاقد مع جهة الإدارة من غرامة التأخير في حال كان سبب التأخر لا يرجع إليه، حيث تضمنت هذه الأحكام أن: «التأخير في صرف المستخلصات حتى يكون معفيًا من الالتزام بتسليم المشروع في وقته المحدد، ومن ثم الإعفاء من الغرامات؛ يجب أن يكون جسيمًا، ولكل مستخلص؛ إذا اعتبر في هذا الشأن كون التأخير يخل بالجدول الزمني لتنفيذ العقد نتيجة لقلّة السيولة النقدية لدى المتعاقد، وليس من شأن تأخير أيام معدودة لكل مستخلص أن يؤدي إلى هذه النتائج»، رقم الحكم في مجموعة =

وبذلك يظهر أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بكونها مبنية على احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد الإداري تسييره أو سد حاجته، وأن جهة الإدارة من خلال العقد الإداري تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة وتغليبها على مصلحة الأفراد، وهي صاحبة الاختصاص في توجيهها وتحقيقها وتنظيمها، ضماناً لحسن سير المرفق العام، وانتظامه، واستمراره، وإنجاز الأعمال والخدمات على الوجه الصحيح، وفي المدد المحددة لها^(١).

وقد أكد ديوان المظالم في العديد من أحكامه على هذا المبدأ باستصحاب أهمية ضمان سير المرفق العام في تحقيق المصلحة العامة

= المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٤٤٢ هـ، ٨٦، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية ٣١٧٥/ق لعام ١٤٣٩ هـ، رقم الاعتراض ٢٩٤٦ لعام ١٤٤٠ هـ، تاريخ الجلسة ١٣/٥/١٤٤٢ هـ، وأنه: «يُعفى المتعاقد من غرامة التأخير إذا تأخر صرف المستخلص، وكان من شأن هذا التأخر الإخلال بالبرنامج الزمني لتنفيذ العقد؛ لأن التأخير في هذه الحالة كان بسبب لا يرجع إليه»، رقم الحكم في ذات المجموعة، ١٠٥، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية ٧١٤٠/ق لعام ١٤٣٩ هـ، رقم الاعتراض ١٢٥٥ لعام ١٤٤١ هـ، تاريخ الجلسة ٢٨/٦/١٤٤٢ هـ، وأنه: «يُعفى المتعاقد من غرامة التأخير إذا تأخر صرف المستخلص الواحد كثيراً، وكان من شأن هذا التأخر الإخلال بالبرنامج الزمني لتنفيذ العقد نتيجة قلة السيولة النقدية لدى المتعاقد، والتأخير المعقول وغير الجسيم لكل مستخلص ليس من شأنه أن يؤدي إلى هذه النتائج»، رقم الحكم في ذات المجموعة، ١٣٧، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية ٨٢٣٧/ق لعام ١٤٤٠ هـ، رقم الاعتراض ٣٦٤ لعام ١٤٤١ هـ، تاريخ الجلسة ٢٧٧/٢/١٤٤٢ هـ.

(١) العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، سمير صادق، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩١ م، ١٣.

والمحافظة عليها، وتفادي المفاصد التي تنتج عن الإخلال به وتعثر سيره، وذلك بتفسير العقد الإداري من خلال نظره في المصلحة العامة، وأثرها الكبير في تقويم العلاقة التعاقدية التي تجمع جهة الإدارة والمتعاقد، وتوجيهها نحو ضمان سير المرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة التي تمليها المبادئ والقواعد المستقرة في هذا الباب، ومن ذلك حكم الديوان في القضية^(١) التي تلخص وقائعها في مطالبة المدعية إلزام المدعى عليها أجرة المتبقي من قيمة عقد إيصال الطاقة الكهربائية لكلية الحاسب الآلي عن مدة شهرين ونصف، حيث إن المدعية قامت بإبرام عقد مع المدعى عليها الغرض منه قيام المدعية بتوريد وتركيب وإيصال الطاقة الكهربائية لكلية الحاسب الآلي بالمدينة الجامعية، ومدته تسعون يوماً تبدأ من تاريخ التشغيل الفعلي للمولدات، وقامت المدعية بتشغيل المعدات فعلياً بتاريخ ٧/ ١٠/ ١٤٣٤هـ، وبعد انتهاء العقد استمرت المدعية في إيصال الطاقة الكهربائية لكلية الحاسب الآلي ولم تقم برفع معداتها إلا حين تمت مخاطبتها من المدعى عليها بتاريخ ٢٩/ ٣/ ١٤٣٥هـ بإيقاف المولدات الاحتياطية المغذية، ودفعت المدعى عليها بأنه لم يصلها أي استفسار أو طلب من المدعية بخصوص تجديد العقد، وعليه لا يمكن للمدعى عليها صرف أي مبلغ للمدعية لأن الصرف والحال هذه مخالف لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(١) رقم القضية في المحكمة الإدارية (٥٨) لعام ١٤٣٩هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية (٤٤٩) لعام ١٤٤١هـ، تاريخ الجلسة ١٣/ ٤/ ١٤٤١هـ.

وقد سببت المحكمة حكمها في هذه القضية بالآتي: «وبما أن سكوت المدعى عليها بادئ الأمر عن إبداء رغبتها في التمديد من عدمه مع علمها بانتهاء العقد وعدم إفصاحها عن أي إرادة ونحوه، على الرغم من أنها كانت منتفعةً ومستفيدة من ذلك العقد، بإيصال الطاقة الكهربائية لكتلياتها، ومن ثم مخاطبتها بعد انتفاعها خلال تلك المدة برفع معداتها كما جاء في البريد الإلكتروني المشار إليه، وامتناعها عن صرف أجرة المنفعة المترتبة على ذلك الانتفاع، تصرفٌ مخالفٌ لمبادئ العدالة الشرعية والنظامية والقواعد العامة في استغلال المنافع لتسيير المرافق العامة؛ إذ إن المدعى عليها بإرسالها ذلك البريد بطلب المدعية التوقف عن إيصال الطاقة الكهربائية قد أبدت رغبتها وإن لم يكن هناك تعميّد بالاستمرار؛ فسكوتها أول الأمر ومن ثم مخاطبتها بعد ذلك بالتوقف يعد تعميّدًا ضمنيًا دل عليه واقع الحال والظروف الملازمة للعقد، ولا يسوغ للمدعى عليها أن تمتنع عن صرف ما انتفعت به، وإن كانت المدعية قد أخطأت بتقصيرها في مخاطبة المدعى عليها في تمديد العقد من عدمه، فإن ذلك لا يعني استمرار المدعى عليها في الانتفاع من المولدات ما دام أن مدة العلاقة بين المتعاقدين قد انتهت وكان الواجب عليها مخاطبة المدعية برفع معداتها لانتهاء مدة العقد. وإنه بالنظر في مآلات العقد ومقاصده، والمصلحة المرجوة منه، نجد أن هذا العقد قائم على مشروع توريد وتركيب وإيصال الطاقة الكهربائية لكلية الحاسب الآلي بالمدينة الجامعية بجامعة نجران، وكما

هو معلوم بأن لهذا العمل من أهمية بالغة في المحافظة على التعليم والقيام على أعمال التوريد التي تساعد في تسيير المرفق المهم، الذي إذا اختل فقد يترتب عليه مفسدة تؤدي إلى الإخلال بسير المرفق العام؛ وقد جاءت مقاصد الشريعة على حفظ المصلحة العامة ولو لحق ضرر يسير بالمصلحة الخاصة، كما جاءت على أن من فقه الموازنات تقديم المصلحة الكبرى على المصلحة الصغرى، ومصلحة العامة على مصلحة الخاصة، ومصلحة الكثرة على مصلحة القلة، ولما سبق فإنه يتقرر صحة استمرار المدعية في توريد الطاقة الكهربائية للمدعى عليها، ويترتب على ذلك التزام المتعاقدين به وبمقتضاه، ولما يتضح أن المدعية لم ترتكب خطأ فيما قامت به من الاستمرار في ذلك، حتى تمنع من صرف مستحقاتها التي في ذمة المدعى عليها.. فإن الدائرة تتجه إلى أحقية ما تطلبه المدعية من إلزام المدعى عليها بأن تدفع لها مبلغاً وقدره (٥٥٥, ٠٠٠) خمسمئة وخمسة وخمسون ألف ريال وذلك مقابل أجرة المتبقي من قيمة عقد إيصال الطاقة الكهربائية لكلية الحاسب الآلي عن مدة شهرين ونصف».

وبتأمل الحكم نجد أنه يقرر الأهمية البالغة لهذا المبدأ، وأثره في توصيف العلاقة التعاقدية التي يكون محلها المرفق العام، استناداً إلى أن تصرفات أطراف العقد الإداري تحكمها مبادئ العدالة الشرعية والنظامية، والقواعد العامة في استغلال المنافع لتسيير المرافق العامة، كما أسست المحكمة حكمها مستهدية بمقاصد الشريعة الغراء على

ميزان جلب المصالح بالمحافظة على انتظام سير مرفق التعليم، ودفع مفسدة توقف سيره، ومجانبةً للضرر الذي قد يقع على المستفيدين منه.

وفي حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا بديوان المظالم نقضت فيه حكم محكمة الاستئناف الإدارية، يأخذ في الاعتبار ما يقوم عليه تفسير العقود الإدارية من قاعدة أساسية تتمثل في طلب المصلحة العامة، وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وما تمليه الضرورة من استمرار الأعمال وأثرها في سلامة المرفق العام، ففي القضية^(١) التي تلخص وقائعها في مطالبة المدعية المدعى عليها أمام المحكمة الإدارية بقيمة الكميات المتعلقة ببند النظافة والتي تبلغ (١٤,٧٠٠,٠٠٠ ريال) في العقد الخاص بمشروع المعهد الفني في مدينة (..) والتي صدر فيها حكم المحكمة برفض الدعوى تأسيساً على المادة (٥٩) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية والمادة (٤٣) من العقد لأن المطالبة تتعلق بتنفيذ كميات زائدة عن الكميات الواردة في العقد ولم يتم تعميم المقاول بها، وباستئناف المدعي أمام محكمة الاستئناف صدر حكم المحكمة بتأييد الحكم، ثم تقدمت المدعية باعتراضها أمام المحكمة الإدارية العليا.

(١) رقم الحكم في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٤٤٢هـ، ٣، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية (٩٩٨/ق) لعام ١٤٣٩هـ، رقم الاعتراض (٤٥٢) لعام ١٤٣٩هـ، تاريخ الجلسة ٢٨ / ١ / ١٤٤٢هـ.

وقد سببت المحكمة الإدارية العليا بديوان المظالم حكمها في هذه القضية بالآتي: «وحيث إنه وإن لم ينص العقد صراحة على العمل محل الخلاف فإنه يلزم تفسير نصوصه بما يحقق العدالة، ومن تلك العوامل الطريقة التي ينفذ بها العقد وتكون متفقة مع ما يوجبه حسن النية في تنفيذ العقود بحيث لا يقتصر الالتزام بما ورد في نصوصه ولكن يتناول أيضًا ما هو من مستلزماته بحسب طبيعته، كما أن من الأولى في تفسير العقود الإدارية أن مناطه الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين دون أن تتحكم فيه الألفاظ والمباني دون المعاني، كما أن القاعدة الأساسية في تفسير العقود الإدارية تقوم على فكرة المصلحة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وبذلك وصفت العلاقة بين طرفي العقد على أنها علاقة تعاضد وتساند على تنفيذ العقد على أحسن وجه وبما ينبغي أن يتوافر في طرفيه من أمانة وثقة. وتأسيسًا على ذلك ولما كان المعارض يستند في اعتراضه إلى ضرورة عمل النظافة ولزومه لسلامة المبنى، ومع ذلك فإن هناك تعميدها من الجهة المتعاقدة بإجراء هذا العمل وأنه لم يوقع من صاحب الصلاحية فإنه يقوم قرينة على لزوم ذلك العمل إلى أن يثبت عكسها. ولما كان ذلك وكان الحكم محل الاعتراض صدر دون تحقيق ذلك مع لزومه فإنه يكون قد اشتمل على ما يبرر نقضه».

وبذلك يتبين أن مبدأ ضمان سير المرفق العام بغية تحقيق المصلحة العامة يؤسس لنظر قضائي متكامل في تفسير العقد الإداري، يكشف

به ما قد يحصل من غموض، ويغطي ما يقع من نقص، ويصحح ما يحدث من خطأ في تنفيذ العقد من جهة الإدارة أو المتعاقد، إذ به يتحقق الهدف المنشود من إبرام العقد وهو تحقيق الصالح العام الذي يشترك فيه ويتعاون عليه طرفا العقد.



المبحث الرابع تفسير العقد الإداري في النظام

يعد تفسير العقد الإداري لبنة من لبنات إرساء وتطوير مبادئ وقواعد القانون الإداري، فهو مجال رحب يمكن فيه للقاضي الإداري ابتداع الحلول القانونية، والبحث عنها في إطار العلاقة التي تربط جهة الإدارة بالمتعاقد، وفي إطار نصوص التشريعات وخارجها على ضوء مبادئ وقواعد القانون الإداري، بطريقة علمية تتصف بالعمومية والتجريد، كما يتيح تفسير العقد الإداري اللجوء إلى نصوص وقواعد القانون المدني التي يجوز فيها للقاضي الإداري الاستعانة بها في الواقعة المنظورة أمامه، وتقدم محاولة التفسير في ذات الوقت معالجة قانونية للمشكلات التي تقع بين جهة الإدارة والمتعاقد ولا تتوفر لها نصوص قانونية خاصة في النظام الحاكم للعقد الإداري^(١).

وقد نشأت قواعد القانون الإداري واستقلت بمبادئ ونظريات عن القانون المدني، وتفاوت هذا الاستقلال بين استقلال لقواعد بشكل كامل، وقواعد أخرى بقي لها صلة مع قواعد القانون المدني، وأساس هذه الصلة أن اتحاد القاعدة في كلا القانونين يرجع إلى أنها ترد على حالة واحدة وفي ذات الواقعة؛ فاقترضت الضرورة ومبادئ القانون وقواعد العدالة أن تطبق نفس القاعدة، فتطبيق القاعدة في المنازعة

(١) العقود الإدارية، د. محمود خلف الجبوري (مرجع سابق)، ٢٥٣.

الإدارية في حقيقته هو نقل لها إلى نطاق العقد الإداري ودمج لها في القواعد الخاصة لهذا العقد^(١).

ومن هذه الصلة ما يتعلق بأحوال تفسير العقد، فقد اتفقت كلمة القضاء والتشريعات المقارنة على أنه في حال كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها بطريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقد، حيث نصت المادة (الرابعة بعد المائة) في الفقرة (١) من نظام المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩١) وتاريخ ٢٩ / ١١ / ١٤٤٤ هـ على أنه: «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يُعدل عن مدلولها بحجة تفسيرها بحثاً عن إرادة المتعاقدين».

والعبارة الواضحة هي العبارة التي: «تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين، فلا يكفي أن تكون العبارات واضحة في ذاتها، طالما أنها عاجزة عن الكشف عن هذه الإرادة؛ ويحدث هذا عندما يستخدم المتعاقدان ألفاظاً واضحة، ولكنها تكشف بظاهرها عن إرادة مغيرة لإرادة الحقيقية»^(٢)، وفي حال تبين للقاضي أن المتعاقدين قد أساء استعمال التعبير الوارد في نص العقد وعبراً عنه بلفظ لا يدل على

(١) العقود الإدارية في ضوء الفقه - القضاء - التشريع، د. عبد الحميد الشواربي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣م، ١٣٦.

(٢) تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، د. عبد الحكم فودة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢م، ٢٥١.

المعنى المقصود لم يتقيد بالمعنى الحرفي الوارد للفظ، ذلك أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

وفي حال عدم وضوح عبارة العقد بسبب: «حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد، فلا تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين، لتردد العقد بين عدة وجوه للتفسير، كل منها محتمل، ويتعذر ترجيح وجه على آخر»^(١)، فإنها تصبح بحاجة لتفسير القاضي، بحيث تكشف هذا الغموض، ويتبين من خلال هذا التفسير الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، ويلاحظ أن عبارة العقد تكون غامضة إذا كانت تعطي أكثر من معنى في مجموع العقد ككل، بحيث إنه لا يمكن أن يفسر موضع في العقد موضعاً آخر.

فقد نصت المادة (الرابعة بعد المائة) في الفقرة (٢) من نظام المعاملات المدنية على أنه: «إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، دون الاكتفاء بالمعنى الحرفي للألفاظ»، ثم تطرقت هذه المادة في ذات الفقرة إلى عوامل وطرق التفسير التي يمكن أن يُستهدى بها في عملية التفسير مثل: «العرف وظروف العقد وطبيعة المعاملة وما جرت به العادة في التعامل بين المتعاقدين وحالهما وما ينبغي أن يسود من أمانة وثقة بينهما، وتُفسَّر

(١) تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، د. عبد الحكم فودة (مرجع سابق)، ٢٦١.

شروط العقد بعضها بعضاً وذلك بإعطاء كل شرط المعنى الذي لا يتعارض به مع غيره من الشروط».

وجاءت الأحكام القضائية بالتأكيد على العمل بهذه العوامل والقواعد، والاسترشاد بها في الوصول إلى تفسير قضائي سليم للوقائع المعروضة أمام القضاء، حيث نصت على أن: «من العوامل التي يستهدي بها القضاء للكشف عن هذه النية المشتركة ما يرجع إلى طبيعة التعامل حيث يختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد، ومن العوامل الموضوعية التي يسترشد بها القاضي أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم، وأن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً، بمعنى أنه لا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل وهو العقد. فقد تكون العبارة مطلقة ولكن تحدها عبارة سابقة أو لاحقة. كذلك فإن من العوامل الخارجية في تفسير العقد الطريقة التي ينفذ بها، وتكون متفقة مع ما يوجبه حسن النية في تنفيذ العقود، وما يعني أن يتوافر من أمانة، وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات، والعدالة بحسب طبيعة الالتزام»^(١).

وحال واجه القاضي في عبارة العقد المراد تفسيرها نصاً يتصف بالغموض، فيحتمل أكثر من معنى، ولا يستطيع بالرغم من استعانتة بوسائل التفسير المختلفة أن يهتدي في شأنها إلى معنى يُرجّحه على غيره

(١) قرار ديوان المظالم رقم (٤٠/ت) ١٤٠١هـ (حكم غير منشور).

من المعاني، فهي حالة يخرج عن نطاقها أن يكون في وسع القاضي أن يزيل الغموض بوسائل التفسير، وأن ينتهي إلى معنى يُفَضِّلُهُ على غيره من المعاني، وأن يأخذ به بصرف النظر عن الطرف الذي يستفيد منه. فالفرض في الحالة التي يعالجها القاضي في هذه الحالة أن تحتمل العبارة الغامضة أكثر من معنى، ويظل القاضي في شك من حقيقة المعنى المقصود، لأن لكل معنى وجهًا ينهض به، ولأنه لا وجه لترجيح معنى على آخر^(١)، وأما «إذا استحال التفسير، ولم يستطع القاضي أن يتبين ولو وجهًا واحدًا لتفسير العقد مهما كان جانب الشك فيه، فهذه قرينة على أنه ليس هناك نية مشتركة للمتعاقدين التقيا عندها، بل أراد كل منهما شيئاً لم يردده الآخر، فلم ينعقد العقد»^(٢)، والمادة (الرابعة بعد المائة) في الفقرة (٣) من نظام المعاملات المدنية نصت على أنه: «يُفسر الشك لمصلحة من يتحمل عبء الالتزام أو الشرط، ويُفسر في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المُدَّعِن»، وذلك تأسيساً على حماية الطرف الأضعف وتحقيقاً لإقامة التوازن بين المتعاقدين في العلاقات التعاقدية^(٣).

والقضاء الإداري في إطار تفسيره العقد الإداري لا يأخذ في الاعتبار معنى الإذعان الوارد في القانون المدني؛ ذلك أن للعقد الإداري طبيعة

(١) نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، د. عبد المنعم الصدة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٧٤م، ٤٦٤.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د. عبد الرزاق السنهوري، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، ١٩٩٨، ١/٦٨٨.

(٣) النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد-، د. توفيق حسن فرج، ١٩٦٩م، ٢٦٧.

وخصائص مختلفة، وغاية تتعلق بالمصلحة العامة يسعى إلى تحقيقها، بخلاف المصلحة الخاصة التي تكون في إطار القانون المدني، وتوضح وجه ذلك فيما يلي:

الأول: أن الإذعان في العقود الإدارية له معنى خاص، يتمثل في أن العقد الإداري من حيث الشكل يأخذ شكل عقود الإذعان عندما تنفرد جهة الإدارة بوضع شروطها سلفاً، دون أن يتم التفاوض أو التعديل عليها من قبل المتعاقد؛ وسبب هذا يرجع إلى طبيعة العقد الإداري، وإلى تدعيم مركز جهة الإدارة المتعاقدة، وإلزام المتعاقد بالأحكام المنصوص عليها في النظام، أخذاً في الاعتبار احترام قاعدة حسن النية التي تلتزم بها جهة الإدارة والمتعاقد على حد سواء^(١).

الثاني: أن فكرة الإذعان في القانون الخاص تستند في إحدى صورها إلى وجود شروط فيها تعسف وعدم توازن في العقد، وهذا لا يتوافق مع طبيعة العقد الإداري، وما يتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، فالإذعان في القانون الخاص يتناول الطرف الأضعف الذي يكون مجبوراً أو مضطراً إلى هذا التعاقد دون مناقشة أو تعديل، وهذا لا ينطبق على القبول الذي يصدر ممن يريد التعاقد مع

(١) العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، سمير صادق (مرجع سابق)، ٤١.

جهة الإدارة التي تعرض شروطها ابتداءً على المتعاقد لتكون موضع دراسة وتقدير وقبول في حال تقدم المتعاقد بعطاءه إلى المنافسة^(١).

وعدم تطبيق فكرة الإذعان في العقد الإداري مبنية بالأساس على قواعد القانون الإداري ذات الصلة المتينة بالقانون العام، وما تسري عليه هذه القواعد في حدود مقتضيات المرفق العام، ويستثنى من عدم تطبيق هذه القاعدة -على صعيد القانون الإداري-: الجانب المالي التعاقدي الصرف؛ كونه لا يتصل بالنظام العام كما سيأتي له مزيد بيان في المبحث القادم^(٢).

وفي سياق النظر في محددات تفسير العقد الإداري، يعد نظام المعاملات المدنية هو الإطار المنظم لأحكام العقود بشكلها العام، وذلك فيما يتصل بالقواعد العامة وبما لا يخالف طبيعة المنازعات الإدارية، بما يشمل ذلك من أحكام تفصيلية تتناول أركان العقد، وأهلية المتعاقدين، وعيوب الرضى، والنيابة، والإبطال، وآثار العقد وغيرها بما في ذلك على وجه الخصوص تفسير العقد، حيث نص هذا النظام في المادة (الثلاثون) على أنه: «تطبق الأحكام الواردة في هذا الفصل على العقود المسماة وغير المسماة، وذلك دون إخلال بالأحكام

(١) العقود الإدارية في ضوء الفقه - القضاء - التشريع، د. عبد الحميد الشواربي (مرجع سابق)، ١٣٤.

(٢) نظرية تفسير العقد في القانونين المدني والإداري، د. برهان زريق (مرجع سابق)، ١٤٣.

الواردة في النصوص النظامية التي تنظم عقوداً ذات طبيعة خاصة». وبالتالي فإن هذا الإطار مما تمتد أحكامه إلى العقد الإداري، إلا أنه يتميز بطبيعة خاصة، وأحكام مختلفة، ومحددة نظاماً، يعمل بموجبها القاضي الإداري، مثل الأحكام الواردة في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، وقواعد المشاركة في الدخل^(١)، الصادرة بالقرار الوزاري رقم (١٨٧٧) وتاريخ ٢٤ / ١٢ / ١٤٤٣ هـ، حيث نصت (المادة الأولى) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم ملكي رقم (م/٣) بتاريخ ٢٢ / ١ / ١٤٣٥ هـ على أنه: «تطبق محاكم الديوان على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، والأنظمة التي لا تتعارض معها، وتتقيد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام»، وما نصت عليه (المادة الستون) من ذات النظام على أن: «تطبق على الدعاوى المرفوعة أمام محاكم ديوان المظالم أحكام نظام المرافعات الشرعية ونظام الإثبات فيما لم يرد فيه حكم في هذا النظام بما لا يتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية»^(٢)، إضافة إلى ما يتضمنه العقد الإداري من أهداف تسعى إلى تحقيق المصلحة

(١) صدر المرسوم الملكي رقم (م/٣٣) وتاريخ ١٣ / ٤ / ١٤٤٣ هـ في البند (أولاً): «السماح للجهات الحكومية باستخدام المشاركة في الدخل، لتكون أحد أساليب التعاقد لتأمين السلع والخدمات، ومنح وزير المالية صلاحية إقرار قواعد المشاركة في الدخل».

(٢) صدر بتعديل هذه المادة بنصها الحالي المرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦ / ٥ / ١٤٤٣ هـ.

العامة، حيث نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في مادته (الثانية) على مجموعة من الأهداف: كمنع استغلال النفوذ، وتأثير المصالح الشخصية حماية للمال العام، وتحقيق أفضل قيمة للمال العام عند التعاقد على الأعمال والمشتريات، وتنفيذها بأسعار تنافسية عادلة، وتعزيز النزاهة والمنافسة، وتحقيق المساواة، وتوفير معاملة عادلة للمتنافسين؛ تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص وضمان للشفافية وتعزيزاً للتنمية الاقتصادية.

وأحكام العقد الذي تبرمه جهة الإدارة مع المتعاقد تكون وفقاً لما نص عليه النظام على وجه الإلزام، حيث نصت المادة (السابعة) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «لا يجوز قبول العروض والتعاقد بموجبها إلا طبقاً لأحكام النظام»، كما نصت المادة (الحادية والتسعون) منه على أنه: «تلتزم الجهة الحكومية باستخدام النماذج المعتمدة للعقود».

ونماذج العقود التي يعتمدها صاحب الاختصاص^(١) تنص على أن العقد يخضع لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، وللأنظمة النافذة في المملكة العربية السعودية، ويجرى تفسيره وتنفيذه والفصل فيما ينشأ

(١) نصت المادة (الثالثة عشرة) الفقرة (٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أن: «يعتمد الوزير نماذج وثائق المنافسات، ووثائق التأهيل المسبق، ونماذج للعقود، ونماذج تقييم أداء المتعاقدين، وأي وثيقة أخرى تتطلبها طبيعة الأعمال أو المشتريات».

عنه من دعاوى بموجبها، وأنه في حال وجود تعارض بين أحكام ونصوص العقد وبين أحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، تكون أحكام النظام ولوائحه هي الواجب تطبيقها.

والقضاء الإداري في شأن تحديد إطار النظر في العلاقة التي تجمع جهة الإدارة بالمتعاقد قرر في عدد من أحكامه أن: نص العقد يأخذ حكم النص النظامي^(١)، وأن مخالفة شروط العقد التعاقدية أو النظامية تعتبر من الحالات الموصوفة بالمخالفة للنظام؛ لأن العقد نظام المتعاقدين^(٢)، كما قرر عدم تغليب النص النظامي في حال نص على ذلك الشرط العقدي المخالف له في جميع الأحوال، وإنما المعيار في ذلك هو تحقيق العدالة ما لم تكن المخالفة متعلقة بالنظام العام^(٣).

(١) رقم الحكم في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا للأعوام (١٤٣٩-١٤٤٠-١٤٤١هـ)، ٩٦، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية ١٠٣٠/٥/س لعام ١٤٤٠هـ، رقم الاعتراض ١٣٠٠ لعام ١٤٤٠هـ، تاريخ الجلسة ١٤٤٠/١١/٢١هـ.

(٢) رقم الحكم في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا للأعوام (١٤٣٩-١٤٤٠-١٤٤١هـ)، ١١٠، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية ٧٤٧/٢/س لعام ١٤٤٠هـ، رقم الاعتراض ١٣٠٢ لعام ١٤٤٠هـ، تاريخ الجلسة ١٤٤١/٢/٣هـ.

(٣) رقم الحكم في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا للأعوام (١٤٣٩-١٤٤٠-١٤٤١هـ)، ١٣٣، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية ١٩٥٤/ق لعام ١٤٣٩هـ، رقم الاعتراض ٣١٧ لعام ١٤٤٠هـ، تاريخ الجلسة ١٤٤١/٤/٢٨هـ.

ويتبين من خلال ما سبق، أن تفسير العقد الإداري وإن كان منطلقاً من القواعد الأساسية في تفسير العقود المدنية، إلا أنه يعكس ارتباطاً متيناً بمبادئ وقواعد القانون الإداري، بما لها من أصالة، واستقلالية عن قواعد القانون الخاص، وهذا ما يجعل تفسير العقد الإداري ذا طبيعة مختلفة، وخصائص نظامية متميزة، تعكس الأهمية البالغة للعقد الإداري.

المبحث الخامس

قواعد تفسير العقد الإداري

يهدف القاضي الإداري من خلال تفسير العقد الإداري إلى كشف المعنى الذي تقصده جهة الإدارة والمتعاقد من التعاقد بشكل عام، ويستهدي في سبيل ذلك بالقواعد المستقرة في تفسير نصوص العقد في نظام المعاملات المدنية، ومنها: العرف وظروف العقد وطبيعة المعاملة وما جرت به العادة في التعامل بين المتعاقدين وحالهما وما ينبغي أن يسود من أمانة وثقة بينهما، وتُفسر شروط العقد بعضها بعضاً وذلك بإعطاء كل شرط المعنى الذي لا يتعارض به مع غيره من الشروط^(١)، والرجوع إلى المعاني والدلالات اللغوية والاصطلاحية واللجوء إلى قواعد التفسير الأصولية.

والذي يتميز به تفسير العقد الإداري على وجه الخصوص هو ما ينظر فيه القاضي إلى صحة ما تستند عليه جهة الإدارة من المصلحة العامة كأساس تبتغي به جهة الإدارة تفسير العقد بما تراه في صالحها، بغية تحديد المراكز القانونية لطرفي العقد بشكل صحيح على ضوء القواعد المستقرة في العقود الإدارية، وتنفيذ العقد بشكل سليم يحقق العدالة لطرفي العقد.

(١) المادة (١٠٤) من نظام المعاملات المدنية.

والقضاء الإداري بما يتسم به من الواقعية، والمرونة، والملاءمة في تفسيره للعقد الإداري بناءً على المصلحة العامة، يتماشى مع التطور وسرعة التغير الذي تتميز به أعمال الإدارة العامة، وطبيعة النشاط الذي تسعى جهة الإدارة من خلاله إلى إشباع الحاجات العامة بواسطة الخدمات التي تقدمها المرافق العامة، فهو قضاء يبتكر الحلول والمبادئ العامة والأحكام اللازمة لاستمرار أنشطة جهة الإدارة ونموها، ويغطي التفاصيل الدقيقة التي لا تتناولها التشريعات القانونية، وهذا بطبيعة الحال يؤكد أن تفسير العقد بناءً على المصلحة العامة عملية دقيقة ومعقدة، في ظل سرعة تغير وتطور قواعد وأحكام القانون الإداري؛ فهي قواعد غير ثابتة نسبياً نظراً لتعدد مصادرها واختلافها^(١).

وسلطة القاضي في تفسير العقد الإداري بناءً على المصلحة العامة محددة، فهي تتمثل في البحث عن المعنى الصحيح والمشروع للمصلحة العامة الذي تهدف إلى تحقيقه جهة الإدارة من خلال تفسير العقد، دون أن يتجاوز ذلك إلى ترتيب التزامات أو حقوق جديدة عن العقد لأحد الطرفين، أو أن يحكم بإلغاء أو تعويض بناءً عليه.

وتفسير العقد الإداري بناءً على المصلحة العامة يخضع إلى عدد من القواعد التي تعين في الوصول إلى التفسير الصحيح للالتزام التعاقدي

(١) قضاء التفسير في القانون الإداري، أ.د. عامر عوابدي، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ١٤١٩هـ، ١٩٥.

محل النزاع، وتُمكن من استنباط المبادئ اللازمة الموافقة للغاية التي قصدتها المنظم في إبرام هذا العقد، ونستعرضها فيما يلي:

الأولى: قيام العقد الإداري على أساس المصلحة العامة:

من القواعد الأساسية التي اتفقت عليها كلمة القضاء الإداري: قيام العقد الإداري على فكرة المصلحة العامة، وعلى مبدأ ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وأن تفسير العقد الإداري يأخذ في الاعتبار أن الكشف عن نية طرفي العقد يفترض بالأساس اتجاه نيتهما إلى تحقيق المصلحة العامة، وضمن حسن سير المرفق العام، فما لم تتعارض مصلحة أحد طرفي العقد مع المصلحة العامة فلا محل لتفسير العقد، وفي حال تعارضت مصلحة أحد طرفي العقد مع المصلحة العامة فيكون التفسير إلى جانب المصلحة العامة لضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد^(١).

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن: «هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، وذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل، وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات»^(٢)، وفي حكم آخر لذات المحكمة قررت أنه:

(١) العقد الإداري في مبادئ الإدارية العليا، سمير صادق (مرجع سابق)، ٤٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر بتاريخ ١٧/٦/١٩٧٢م، الحكم مشار إليه لدى: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي (مرجع سابق)، ٤٣٠.

«تستمد الإدارة امتيازاتها في مجال العقود الإدارية لا من نصوص هذه العقود الإدارية، ولكن من طبيعة المرفق العام، واتصال العقود به، ووجوب الحرص على استمرار وانتظام سيره، بما يحقق المصلحة العامة، ولذلك فإن الإدارة تتمتع بهذه الامتيازات في مجال العقود الإدارية ولو لم ينص عليها في تلك العقود»^(١).

وتابع على ذلك ما صدر من المبادئ القضائية، وما استقرت عليه الأحكام في المملكة العربية السعودية، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا بديوان المظالم بأن: «القاعدة الأساسية في تفسير العقود الإدارية تقوم على فكرة المصلحة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وبذلك وصفت العلاقة بين طرفي العقد على أنها علاقة تعاضد وتساند على تنفيذ العقد على أحسن وجه وبما ينبغي أن يتوافر في طرفيه من أمانة وثقة»^(٢).

ففي أحد أحكام الديوان نجده أسس على فكرة المصلحة العامة التي يقتضيها سير المرفق العام عند تعارض مصلحة أحد أطراف العقد، وذلك على ضوء ما يتفق مع مقتضى العقد في ضوء النية

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر بتاريخ ١٩/١٢/١٩٨١م، الحكم مشار إليه لدى: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي (مرجع سابق)، ٤٣٠.

(٢) رقم الحكم في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٤٤٢هـ، ٣، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية ٩٩٨/ق لعام ١٤٣٩هـ، رقم الاعتراض ٤٥٢ لعام ١٤٣٩هـ، تاريخ الجلسة ٢٨/١/١٤٤٢هـ.

المشاركة للمتعاقدین، أخذًا بالعرف المطبق في تاريخ ومكان محل التنفيذ، والأصول العامة التي تحكم تنفيذ العقد الإداري، حيث تلخص وقائع القضية^(١) في اعتراض ديوان المراقبة العامة على الإجراء الذي اتخذته المؤسسة العامة للموانئ في عقد تفريغ البضائع من السفن الموجودة أو التي ستوجد في ميناء جدة الإسلامي بشأن محاسبة شركة (...) في العقد على أساس (١٦٥) ريالاً للطن «الحجمي» بدلاً من الطن «الوزني» على أساس (٩٩) ريالاً، خلافاً لمقتضى العقد المبرم بين وزارة المواصلات وشركة المركز (...) الذي ينص على أن تتقاضى الشركة مقابل تفريغ كل طن (٩٩) ريالاً وهذا يستوجب حسب الاعتراض محاسبة الشركة لورود كلمة طن مطلقة في العقد، حيث استند اعتراض ديوان المراقبة العامة على أن العقد أخل بمقصود كلمة الطن بعدم ذكرها في العقد وأنه يتعين تقييده بالطن الوزني، أخذًا بعرف الميناء ونية المتعاقدين المتجهة لذلك العرف إذ لو كانت نية المتعاقدين مختلفة لتم توضيحه، واعتبر الديوان أن عدم تقييد الطن بالوزني يعد تعديلاً للعقد ويكلف الخزينة العامة دون سند نظامي، كما دفعت المؤسسة العامة للموانئ هذا الاعتراض بأن ما تم لا يعتبر تعديلاً للعقد وإنما هو تفسير له أخذًا بعرف الشحن البحري وأن الشركة المتعاقدة تعاقدت على هذا الأساس.

(١) رقم القضية (٤٥/١/ق) لعام ١٤٠٤هـ، رقم الحكم الابتدائي (١٥/د/١/١) لعام ١٤٠٦هـ، رقم حكم هيئة التدقيق (٧٣/ت/١) لعام ١٤٠٨هـ، تاريخ الجلسة ١٤٠٨/٨/١٩هـ.

وقد سببت المحكمة حكمها في هذه القضية بالآتي: «وحيث إن العقد وإن كان قد أغفل تحديد المقصود بكلمة طن فإن المرد في ذلك إلى العرف الجاري في المعاملات المماثلة، والتعرف على النية المشتركة بين المتعاقدين؛ إذ إن الأصل في تفسير العقود الإدارية أنه إذا كانت عبارة العقد غير واضحة فقد لزم تقصي النية المشتركة للمتعاقدين مع الإستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات. وحيث إنه بادئ ذي بدء تجدر الإشارة إلى أن القاعدة الأساسية في تفسير العقود تقوم وقبل كل شيء على فكرة المصلحة العامة وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فإذا ما دعت الحال إلى الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين فإنه يجب أن يتجه الرأي إلى هذه النية ليست إلا تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرافق، ومن هنا وصفت العلاقة بين طرفي العقد على أحسن وجه وبما ينبغي أن يتوافر في طرفي العقد من أمانة وثقة، ومتى كانت نية الطرفين تلتقي عند المصلحة العامة فإنه ما لم تتعارض مصلحة أحدهما مع المصلحة العامة فإنه لا محل للالتجاء إلى تفسير العقد أما حين تتعارض مصلحة الطرفين - أي مصلحة المتعاقد والمصلحة العامة - فإنه ينبغي أن يكون التفسير إلى جانب المصلحة العامة لضمان حسن سير المرفق، هذا إلى جانب أن الأصل هو براءة الذمة بالنسبة للملتزم، والخزينة هي الملتزمة والمدينة بتلك الأعباء إعمالاً لمبدأ الشك يفسر لمصلحة المدين... وحيث من الثابت أن

التعامل الجاري العمل عليه في الميناء - مكان التعاقد - في مجال التفريغ يتم على أساس أن تتم محاسبة شركات التفريغ على أساس الطن الوزني، ولم توجد حالة واحدة تمت فيها المحاسبة على غير ذلك، بل الثابت أيضاً أن العقود التي تم إبرامها مع المؤسسة في تواريخ معاصرة للعقد - محل النزاع - والتي لم ينص فيها صراحة على الأخذ بالطن الوزني اعتبرت المحاسبة فيها بالطن الوزني،.. وحيث إنه على ضوء ما تقدم فإن واقعة الدعوى يحكمها عرف الميناء؛ ذلك أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فما ورد في العقد من إطلاق يقيده ما هو متعامل به في الميناء، مما يتعين معه تحديد المقصود بالطن الوارد بالعقد بالطن الوزني أخذاً بما هو مستقر التعامل به في ميناء جدة الإسلامي. ولو أن إرادة الطرفين قصدت إلى المحاسبة على أساس الطن الحجمي لوجب النص على ذلك صراحة وهو ما لم يحدث مما يعني ضمناً اتفاق الطرفين على ترك هذا التحديد للتعامل السائد وقت التعاقد باعتباره مكماً وامتماً لإرادتهما المشتركة. يؤكد ذلك عدالة الثمن المحدد في العقد (٩٩) ريالاً للطن الوزني، وذلك بمقارنته بسائر العقود الأخرى سواء قبله أو بعده على ما سلف توضيحه بالوقائع... وعلى مقتضى ما سلف بيانه فإن تحديد المقصود بكلمة الطن الواردة في العقد مراد بها الطن الوزني وذلك هو التفسير الصحيح الذي يتفق مع مقتضى العقد في ضوء النية المشتركة للمتعاقدين أخذاً بعرف الميناء والأصول العامة التي تحكم تنفيذ العقد الإداري. وبناءً عليه فإن اعتراض ديوان المراقبة

العامة يكون في محله مما يتعين معه إلزام المؤسسة العامة للموانئ محاسبة الشركة المتعاقدة على أساس (٩٩) ريال للطن الوزني واستعادة الفرق».

فالمحكمة في هذا الحكم تولت تفسير كلمة «الطن» الواردة في العقد انطلاقاً من أن القاعدة الأساسية في تفسير العقود الإدارية تقوم على المصلحة العامة، وضمان سير المرافق العامة، مستحبةً في ذلك نظرها في القواعد والمبادئ التي تحكم تفسير نصوص العقد بشكل عام، وما يحتف بتنفيذ العقد من عُرف وأساليب تم العمل بها على أرض الواقع، وهذا ما يجعل بالتالي تفسير هذه الكلمة في نظر الدائرة متفقاً مع مقتضى العقد، ونية طرفيه، والأصول العامة لتنفيذ العقد الإداري.

والقضاء الإداري إذ ينظر في المصلحة العامة في تفسير العقد الإداري ينظر إليها بعين الناقد، يتولى فحص ما يدلي به الخصوم من وقائع ومستندات، وينظر في طبيعة التعاقد، وما يكتنف أعمال العقد من ظروف وأحوال، وذلك لئلا تكون المصلحة العامة دعوى مرسلة لا يسندها دليل، فتكون عذراً لأعمال لا تتفق مع مبادئ العدالة الشرعية والنظامية، ويمكن أن يدعيها أي طرف بغير مستند صحيح، ففي حكم صدر للديوان قضى فيه بإلغاء قرار جهة الإدارة بإلغاء العقد والامتناع عن صرف المستحقات المالية للمتعاقد بدعوى وجود للمصلحة العامة في هذا الإجراء، فما كان من المحكمة ناظرة القضية

إلا أن تناولت هذا الإجراء وما بُني عليه بالنقد والتحليل، على ضوء ما توافر لديها من وقائع ومستندات، ناظرة في طبيعة الواقعة على ضوء العلاقة التعاقدية التي تملئها القواعد المستقرة في باب المعاملات، والأسس التي تتفق مع المصلحة العامة التي تتغياها جهة الإدارة في تسير المرفق العام، حيث تتلخص وقائع القضية^(١) في قيام المدعى عليها بإبرام عقد توريد مياه مع المدعي وبعد انتهاء العقد تم تجديده لمدة ثلاث سنوات، وبعد سنة من سريان التجديد تم إيقاف المدعي عن تنفيذ أعمال العقد لعدد من الأسباب ومنها: كثرة الشكاوى الواردة من مديرات المدارس وأولياء الأمور وعدم تحديد كمية المياه فيكون العقد بُني على جهالة، وحرصاً من المدعى عليها على سلامة البيئة المدرسية التي تتأثر بدرجة كبيرة من المياه المستخدمة في الشرب، وما سيقع عليها من اللوم في حال ظهور أمراض نتيجة استعمال مياه ملوثة في المدارس، ويطلب المدعي في دعواه صرف مستحقاته المالية المتبقية من قيمة العقد.

وقد سببت المحكمة حكمها في هذه القضية بالآتي: «وحيث إنه فيما يتعلق بما ذكرته المدعى عليها من شكاوى مقدمة من مديرات المدارس وأولياء الأمور فإنه لا يخفى أن دفع المدعى عليها ذلك قد

(١) رقم القضية (٣٥٨٣ / ١ / ق) لعام ١٤٢٥ هـ، رقم الحكم الابتدائي (٢٤ / د / ١ / ١٨) لعام ١٤٢٦ هـ، رقم حكم هيئة التدقيق (٥٧٢ / ت / ١) لعام ١٤٢٦ هـ، تاريخ الجلسة ١٧ / ٨ / ١٤٢٦ هـ.

جاء مرسلاً إذ لم تقدم ما يفيد تقديم أي من تلك الشكاوى بالدعوى الماثلة، كما أن ما ذكرته المدعى عليها من أسباب أخرى لا ترقى أن تكون سبباً صحيحاً يمنحها حق إلغاء عقد المدعي، ومن ذلك قولها أن عقد المدعي لم يرد فيه تحديد لكمية المياه الموردة للمدارس، والدائرة باطلاعها على العقد المبرم بين الطرفين وجدت أنه وإن لم يرد فيه تحديد لكمية المياه المطلوب توفيرها للمدارس محل العقد إلا أن العقد قد رتب تجاه المدعي التزاماً يستحق المدعي في حال الوفاء به أن يقبض المقابل المنصوص عليه في العقد، وذلك الالتزام هو أن يقوم المدعي بتأمين المياه الصالحة للشرب والاستعمال للمدارس بحيث تكون المياه متوفرة بالمدارس طوال مدة العقد، وبهذا يتضح أن العقد ألزم المدعي بأن يكون تأمينه للمياه دورياً ودون انقطاع مقابل مبلغ شهري مقطوع بغض النظر عن الكمية التي يوردها؛ إذ إن العبرة في ذلك كما يتضح من بنود العقد هي بتوافر المياه بالمدارس طوال مدة العقد، وأن المدعي حسب العقد لا يستحق المقابل المنصوص عليه ما لم تكن المياه التي قام بتوريدها على ما يرام وبدون تقصير، وعلى هذا فلا يمكن القول بأن عدم تحديد كمية المياه في العقد يفضي إلى الجهالة التي تبرر إبطال العقد، كما لا يعني ذلك إطلاق يد المدعى عليها في إلغاء العقد من تلقاء نفسها متى شاءت طالما أن الالتزام الذي رتبته العقد تجاه المدعي هو تأمين المياه إلى المدارس محل العقد نظير مبلغ شهري مقطوع يستحقه المدعي بعد إرفاق مطالبة منه ترفق مع بيان من المديرية بالأيام

الفعلية التي تم التأمين فيها يصدق عليه من المندوب ومديرة المدرسة التي ترفق مشهداً بأن المياه قد أمنت في المدرسة على ما يرام وبدون تقصير،.. ومعلوم أن جهة الإدارة وكذا المدعي يمكنهما من خلال المضي في العقد معرفة كمية المياه التي تحتاجها المدارس وذلك بالنظر إلى عدد الطالبات والمعلمات والعاملات بالمدارس وكذا أوجه استخدامات المياه بها وتنوعها، وهو الأمر الذي مكن المدعى عليها من تحديد كمية المياه المطلوب توفيرها لكل مدرسة في عقدها الذي أبرمته مع مؤسسة (...)، ومع ذلك فإنه كان بإمكان جهة الإدارة تعديل عقد المدعي بتحديد كمية المياه التي ترى أنها كافية لحاجة المدارس وتحقيق الغرض الذي أبرم العقد من أجله ليقوم المدعي بتأمينها لا أن تلجأ إلى إلغاء عقده بزعم حصول الجهالة فيه، وحيث إن الجهة المدعى عليها لم تثبت إخلال المدعي بالعقد الأمر الذي لا يحق لها معه إلغاء عقده؛ إذ إن العقود ملزمة للطرفين وقد أمر الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بِالْوَفَاءِ بِهَا، فقال في محكم آياته: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ (٢٤)، وقال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)).

والمحكمة في هذا الحكم تصدت لزعم المدعى عليها بإلغاء العقد طلباً للمصلحة العامة، وتفادياً للجهالة الواردة في نص العقد، ذلك أنها لم تقدم دليلاً يثبت هذا الزعم، في ظل وجود مستندات تناقض

دعواها، كما تناول الحكم تنفيذ دعوى الجهالة في العقد، مؤكداً أن طبيعة التزام المتعاقد وطريقة التنفيذ تأبى القول بأن عدم تحديد كمية المياه في العقد يفضي إلى الجهالة التي تبرر إبطال العقد، كما استند الحكم على قيام المدعي بأداء التزامه التعاقدى بشكل دوري ودون انقطاع؛ الأمر الذي تبين بجلاء أنه تتحقق من خلال أداء التزامه المصلحة العامة وضمان حسن سير المرفق العام، والدائرة في سبيل تحقيق سلامة موقف المتعاقد تناولت موقف جهة الإدارة من العقد، وما كان يجب عليها تجاهه من تقدير كمية المياه، والنظر في أعداد المستفيدين، وأوجه استخدامه، وإمكان جهة الإدارة تعديل العقد بدلاً من إلغائه.

الثانية: تحري غاية النصوص والأدوات النظامية التي تحقق المصلحة العامة:

تخضع أحكام العقد الإداري لنصوص قانونية، وتشكلت أحكامه لغايات تستهدف المصلحة العامة، في قالب قانوني مترابط المعنى وخاص الدلالة^(١)، ما لم يتبين من أن إرادة المنظم تقصد خلاف المعنى

(١) يقول د. عبد المنعم فرج الصده: «يراد بحكمة التشريع الباعث على وضع الحكم الذي يتضمنه هذا التشريع، فهي الغاية المقصودة من الحكم، أي المصلحة التي قصد الشارع تحقيقها أو المفسدة التي قصد دفعها. وكثيراً ما يفيد الوقوف على هذه الغاية في تعرف معنى النص إذا لم تكن ألفاظه واضحة الدلالة على معنى معين» أصول القانون، القسم الأول، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٦٥م، ٢٥٢.

الخاص وتذهب إلى المعنى اللغوي العام، فكان من الأهمية معرفة معاني ودلالات هذه النصوص وما يحقق الغاية منها.

والتعرف على الغاية التي قصدها المنظم في الحكم الذي تضمنه النص القانوني^(١) يكون من خلال قراءة النص بتفهم كلماته وجمله وتطبيق قواعد اللغة عليه، والرجوع إلى مجموع عبارات النص؛ للتعرف على مقصد المنظم في كل موضع على حدة، وفي حال احتمال النص معنى اصطلاحياً ولغوياً وجب العمل بالمعنى الاصطلاحي، ما لم يدل دليل على قصد المنظم العمل بالمعنى اللغوي.

كما تكون القراءة باستنتاج دلالة النص القانوني بالنظر في علته التي تم بناء الحكم عليها، وذلك إما بطريق مفهوم الموافقة، أو مفهوم المخالفة، أو الاقتضاء^(٢)، فالغاية الرئيسة من تفسير النصوص القانونية هي استنتاج الحكم الصحيح منها، إذ إن الحكمة من وضع النص القانوني هي تعبير عن مقصد المنظم من وضعه للنص، وهذه الحكمة تختلف بحسب المصلحة التي يراد حمايتها، والغاية التي يراد تحقيقها^(٣).

(١) الغاية في اللغة: مدى الشيء. والغاية أقصى الشيء، وغاية كل شيء منتهاه. انظر: لسان العرب، ابن منظور (مرجع سابق)، ١٥/١٤٣.

(٢) مبدأ الغائية في الدفوع (دراسة تحليلية)، م/ محمد شاكر، بحث منشور في حوليات المنتدى للدراسات الإنسانية تصدر عن المنتدى الوطني لأبحاث الفكر والثقافة في العراق، العدد (٥٢) السنة (الرابعة عشرة) أيلول/ ٢٠٢٢م، ٤٣٧.

(٣) المدخل لدراسة العلوم القانونية، د. عبد الحي حجازي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢م، ٥٢١.

وفي حال لم تسعف قراءة النص القانوني في الوصول إلى غاية المنظم لأجل البناء عليها في تفسير العقد الإداري يتم اللجوء إلى المذكرة التوضيحية للنظام؛ حيث إنها تتضمن الغاية المبتغاة من إقرار النظام والأسباب التي دعت إلى إصداره، وما يسعى إلى تحقيقه وتأثيره على المستويات والأوضاع السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية في الدولة^(١)، إضافة إلى ذلك فإنه يمكن الرجوع إلى المصادر التاريخية، والعلمية التي تعد مرجعاً للنص القانوني؛ لتلمس المعنى والغاية التي يمكن أن يقصدها المنظم في هذا النص^(٢).

ومما يجدر ذكره، أن كثيراً من التفاصيل والجزئيات التي تتعلق بالعقد الإداري بين جهة الإدارة والمتعاقد قد يصدر بشأنها أو بتطبيق جزئياتها أنظمة أو قرارات نظامية تتضمن قواعد أو معايير أو ضوابط تكشف إرادة المنظم عن الحكمة أو الغاية التي يقصدها في تنظيم النشاط المتعاقد عليه، ويكون على ضوءها تفسير القاضي للعقد الإداري استناداً على المصلحة العامة.

وتظهر أهمية هذه القاعدة وخطورتها في تطبيقها على أرض الواقع، حيث تتولى جهة الإدارة تطبيق النصوص النظامية على أساس تقديم مصلحة جهة الإدارة في كل الأحوال؛ بافتراض أنها تنشد تحقيق المصلحة العامة، الأمر الذي قد يحول في بعض الأحوال دون مراعاة

(١) أصول الصياغة القانونية بالعربية والإنجليزية، محمود على صبرة، ٢٠٠١م، ٤٠٢.

(٢) أصول القانون، د. عبد المنعم فرج الصده (مرجع سابق)، ٢٥٣.

للأصول العامة للنظام، والأنظمة ذات الصلة بتنظيم النشاط، حتى ولو خالفت في ذلك تطبيق هذه النصوص النظامية وبنود العقد المبرم مع المتعاقد، إذ إن الأثر السلبي الذي قد ينشأ يرجع على المرفق العام بطريق مباشر بتوقف أداء الخدمات التي يقدمها، أو تعثر المتعاقد في أداء الأعمال على الوجه المطلوب فيؤثر على جودتها، وهذا يعني تجاوز الضرر إلى المتفعين من هذا المرفق بشكل عام، أو غير مباشر بحصول الضرر على المتعاقد، وإحجام الأفراد عن التعاقد مع جهة الإدارة، وبالتالي الإحجام عن معاونة جهة الإدارة ومساندتها في تسيير المرفق العام، وهذا ما يلقي العبء على القضاء في الإحاطة بالنصوص والأدوات النظامية، وقراءتها، والتأمل فيها بنظر دقيق، وتفسيرها بالطريق الذي يوصل إلى تفسير العقد بالطريقة التي تتفق مع الغاية التي قصدها المنظم، والمصلحة المتعلقة بضمان سير المرفق العام، وتفادي وقوع المفسدة بتوقف سير المرفق أو تعثره، وبما يتفق مع العدالة التي تقرر حقوق المتعاقد، والتزاماته التي تعاقد بموجبها مع جهة الإدارة.

وفي حكم لديوان المظالم تناول النصوص التي وردت في الأنظمة والأدوات النظامية بالنظر والتأمل، وناقش الدفوع الواردة فيه على ضوء هذه النصوص ومواد العقد المبرم بين جهة الإدارة والمتعاقد،

حيث تتلخص وقائع القضية^(١) في مطالبة المدعية بإلزام المدعى عليها ووزارة الصحة بأن تدفع مبلغاً قدره (١٠, ٥٦٣, ٦١٥, ٥٢) دولاراً واثنان وخمسون سنتاً استوفتها المدعى عليها بمصادرة الضمان البنكي تحصيلًا لتكاليف التأمينات الاجتماعية على غير السعوديين التي حصلت عليها الشركة خلال المدة من ١٩٨٧/٦/١م الموافق (٥/١٠/١٤٠٧هـ) إلى ١٩٩٩/٧/١٤م الموافق (١/٤/١٤٢٠هـ) في عقد إدارة وتشغيل مستشفى الملك خالد التخصصي للعيون، استنادًا إلى إلغاء فرع المعاشات في نظام التأمينات الاجتماعية عن العمال الأجانب بتاريخ ١٤٠٧/٧/١٠هـ، حيث إن هذا العقد يتضمن تكلفة التأمينات الاجتماعية شاملة التأمين على العمالة الأجنبية فرع المعاشات من عام ١٤٠٢هـ وعليه فإن الواجب حسم تكلفة التأمينات الاجتماعية من قيمة العقد بعد إلغاء التأمين على العمالة الاجتماعية عن فرع المعاشات حيث إن أخذ المدعية دون وجود التزام عليها بأداء التأمينات الاجتماعية وفق ما كان ينص عليه العقد ينطوي على إثراء على حساب الجهة المدعى عليها من غير سبب مشروع.

وقد تناولت المحكمة في تسبيب طويل لهذا الحكم دراسة ما تضمنه المرسوم الملكي رقم (م/٤٣) الصادر بتاريخ ١٤٠٧/٧/١٠هـ القاضي

(١) رقم القضية الابتدائية (٤٠١٦/١/ق) لعام ١٤٢٥هـ، رقم الحكم الابتدائي (٨/د/١/ق) لعام ١٤٣١هـ، رقم القضية في الاستئناف (٢١٦٧/ق) لعام ١٤٣١هـ، رقم حكم الاستئناف (٢٩٣/إس/٤) لعام ١٤٣٢هـ، تاريخ الجلسة ١٤٣٢/٩/١٥هـ.

بالغاء تطبيق فرع المعاشات في نظام التأمينات الاجتماعية على العمال الأجانب، وتأمل ما ورد في نص الأوامر السامية التي تم بناء عليها تجديد هذا العقد سبعة تجدييدات، إذ كانت بداية مدة العقد بتاريخ ٢٠/٨/١٤٠٢ هـ، وما تضمنته الأوامر السامية التي صدرت بعد المرسوم المشار إليه من حيثيات تنص على عدم إجراء أي تخفيض في قيمة العقد نظرًا لأهمية المستشفى، وضرورة المحافظة على المستوى الذي وصل إليه ولكونه المستشفى التخصصي للعيون الوحيد في المملكة، وقد ناقشت الدائرة ما ذكره ديوان المراقبة العامة من أن هذا إعطاء للشركة قيمة التزامات لم تؤد، أو إعطائها حقوقًا مجردة دون وجود أي التزامات مقابلها بأنه غير صحيح؛ حيث إن المبلغ الذي كان مخصصًا للتأمينات على العمال الأجانب أصبح في التجدييدات اللاحقة ضمن التكاليف العامة للعقد وفي مقابل البنود التي أضافتها المدعيتان لالتزاماتهما، على أنه - على فرض التسليم بعدم وجود بنود محددة تقابل هذا المبلغ - فإنه ليس هناك ما يمنع من الزيادة العامة في مبلغ العقد، فهذا له ما يبرره في ظل المكانة المرموقة التي وصل إليها المستشفى وأهمية المحافظة على هذه المكانة، ودور الشركات القائمة بالإدارة والتشغيل والصيانة في هذا الأمر، إضافة إلى ما هو معتاد في تجديدات العقود من الزيادة في التكاليف لمواجهة التضخم وغلاء الأسعار، خاصة وأنه بمقارنة مبلغ التأمينات الاجتماعية محل المطالبة يتضح أنه يقارب (١٪) من مبلغ العقد عن قيمة هذه التجدييدات

مجتمعة، لذا حكمت الدائرة بإلزام وزارة الصحة بأن تدفع للمدعية (٥٢, ٦١٥, ٥٦٣, ١٠) دولارًا واثنان وخمسون سنتًا.

وبالتأمل في الحكم السابق نجد أن ما استند عليه ديوان المراقبة العامة من أن صرف أي مبلغ مالي للمتعاقد يكون في مقابل أعمال يقوم بتنفيذها بموجب العقد، وهذا الذي لم يتحقق في وجهة نظر الديوان، عطفًا على عدم وجود أي مستندات أو وثائق تدعم استحقاق المتعاقد هذه المبالغ، وما ذكره ديوان المراقبة العامة له ما يسنده من نصوص النظام ونصوص العقد وما استقر عليه القضاء الإداري.

والمحكمة في تقريرها هذا الحكم نجدها تؤسس نظرها على ضوء النصوص النظامية، وتأخذ بحسبانها ما صدر من الأوامر السامية في شأن عقد هذا المشروع، باعتبارها أدوات نظامية مكملة تستهدي من خلالها للغاية التي قصدها المنظم من إبرام هذا العقد وتجديده، وأنها قصدت لتحقيق المصلحة العامة في تفسيرها هذا العقد، في ظل ما يكتنف تنفيذه من ظروف وحيثيات تبرز أهمية المحافظة على المستشفى في ظل الظروف الاقتصادية المتغيرة، فالمحكمة في تفسيرها وجدت مسلكًا ذا أثر إيجابي في العقد، يكون به تحصيل للمصلحة العامة وتحقيق لها، وفقًا لما أشارت إليه المحكمة في تسييب الحكم من حيثيات.

الثالثة: التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمتعاقد:

يسعى القضاء الإداري إلى تحقيق مبدأ التوازن في تفسير العقد الإداري بناء على المصلحة العامة، ناظرًا في سبيل ذلك وموازنًا بين

متطلبات المصلحة العامة، بما تقتضيه من ضرورة إعطاء امتيازات وسلطات واسعة لجهة الإدارة؛ من أجل تحقيق المصلحة العامة بانتظام واطراد، وبين متطلبات المصلحة الخاصة للأفراد والكيانات التجارية؛ التي تقتضي توفير الحماية للحقوق التعاقدية، واحترام الملكيات الخاصة، واستقرار المعاملات في مقابل السلطات العامة للدولة^(١).

واستقرار المعاملات التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها تكون بعدم التوسع في تفسير العقد أو تفسيره بما لا يحتمل، واحترام إرادة المتعاقدين تحقيقاً للعدالة بما يتلاءم مع ثبات العقد^(٢)، حيث إن مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار، وترتيب المصالح المعبرة في هذا الباب مبني على القواعد المقررة في أن «دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة»، وأن «الضرورات تبيح المحظورات»، وأن «الضرورة تقدر بقدرها»^(٣)، يقول الدكتور سليمان الطماوي: «لما كانت التزامات المتعاقد في هذه الظروف

(١) قضاء التفسير في القانون الإداري، أ.د. عامر عوابدي (مرجع سابق)، ٢٢٠.

(٢) قرر حكم لمحكمة النقض المصرية: «أنه ولئن كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود بما تراه أوفى بمقصود العاقدین منها، إلا أن ذلك مشروط بالأخراج في تفسيرها عما تحتمله عبارات العقد والمناطق في ذلك بوضوح الإرادة لا بوضوح الألفاظ وما عناه العاقدون منها بالتعرف على حقيقة مرماهم دون الاعتداد بما أطلقوه عليها من أوصاف وما ضمنوها من عبارات متى تبين أن هذه الوصاف والعبارات تخالف الحقيقة، إلا أن شرط ذلك أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة»، الطعن رقم ٢٢٠٦ لسنة ٨٢ قضائية جلسة الاثنين الموافق ٢١ من يونيو سنة ٢٠٢١ م.

(٣) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة (٦١) عليا، مجموعة المكتب الفني، رقم المبدأ (١١٢/أ).

تتسم بالمرونة، فإن من الضروري إضفاء هذه الصفة على حقوقه المستمدة من العقد أيضاً، نظراً للعلاقة الوثيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه، فالمتعاقد إنما يقبل أن يلتزم لأنه يضع نصب عينيه حقوقاً معينة يعول عليها، وما دامت الالتزامات قابلة للزيادة والنقص فيجب أيضاً أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها، وهذا هو ما يعبر عنه بصفة عامة بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته^(١).

إن الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في تفسير العقد الإداري تقتضي ابتداءً النظر في إطار العلاقة التعاقدية، وتحديد طبيعتها، والنصوص التي تحكمها، وذلك تأسيساً على مبدأ التراضي، والاتفاق في إبرام العقد، وأن النية لدى أطرافه اتجهت نحو تحقيق المصلحة العامة، دون أن تكون دعوى أي طرف في العقد مبنية على ضرر وقع به، ويطلب تفسير العقد لأجل رفع هذا الضرر بحجة إيجاد توازن في العلاقة التعاقدية.

الرابعة: عدم المساس بالمقابل المالي في العقد:

يعد مبدأ ثبات الشروط المالية المتمثل في الثمن المتفق عليه من أهم أركان العقد، والباعث إلى إبرامه، وأن الشروط التي تتعلق بتحديد الثمن في العقد، سواء تعلقت بتحديد في أية صورة تم الاتفاق عليها،

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، (مرجع سابق)، ٦١٠.

تعد شروطاً تعاقدية تتحدد باتفاق الطرفين، ولا يملك أي طرف التحلل منها، أو تعديلها بإرادته المنفردة^(١)، ذلك أن «الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل المالي في العقود الإدارية هي ذات طبيعة تعاقدية لا تملك جهة الإدارة تعديلها إلا بموافقة المتعاقد معها إعمالاً للقوة الملزمة للعقد»^(٢)، كما قرر القضاء أن اعتبارات المصلحة العامة تفرض بث الثقة في المعاملات؛ وتحتسب لأية شائبة تنال من مصداقيتها وشفافيتها وتتأذى من الاستغلال والغبن^(٣).

وبما أن المقابل المالي في العقد الإداري شرط تعاقدية، وحق أصيل للمتعاقد؛ لم يكن ممكناً التعديل عليه إلا بموافقة المتعاقد ورضاه، ولا يمكن أن يكون تفسير العقد الإداري طريقاً للتأثير على حق المتعاقد المالي والتعرض له بأي وجه كان، والمستند القانوني هو أن الشرط التعاقدية المالي لا يتصل بالصالح العام، وأن أساس سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد هو مقتضيات سير المرفق العام ولا تكون إلا على

(١) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة (٥٩) عليا، مجموعة المكتب الفني، رقم المبدأ (٦٣/د).

(٢) رقم الحكم في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا للأعوام (١٤٣٩-١٤٤٠-١٤٤١هـ)، ١٣٣، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية ١٩٥٤/ق لعام ١٤٣٩هـ، رقم الاعتراض ٣١٧ لعام ١٤٤٠هـ، تاريخ الجلسة ٢٨/٤/١٤٤١هـ.

(٣) الدعوى رقم (٢٢٦) لسنة ١٩ قضائية «دستورية» بجلسة ٥/٦/١٩٩٩م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستوري مجموعة الخمسين (١٩٦٩-٢٠١٩)، ٥٩٣/١.

الشروط المتعلقة بسير المرافق العامة، والحقوق المالية للمتعاقد ليست منها قطعاً^(١).

فالسطة التي يمكن أن تكون لجهة الإدارة في تعديل العقد من خلال تفسيره عن طريق القضاء تقتصر على شروط العقد المتصلة بالمرافق العام، ويكون واجباً على المتعاقد تنفيذها لصالح المرفق؛ فغاية ذلك هو سد احتياجات المرافق العامة، ولا تتجاوز ذلك بالتالي إلى المزايا والضمانات المالية التي يتقاضاها المتعاقد ودفعته إلى إبرام العقد مع جهة الإدارة^(٢)، وفي حال التعرض لها يفقد المتعاقد مع جهة الإدارة أية حماية أو ضمان، ويصبح عرضة لتعسفها، مما يؤدي إلى إحجام الأفراد عن التعامل مع الإدارة، وعدم المساهمة في النشاط المرفقي، وبالتالي يكون هذا التفسير قد بني على غير أساس صحيح، ويكون واجب الإلغاء.

وقد جاء التأكيد في أحكام الديوان على الحماية التي تشملها العقود الإدارية للمتعاقد مع جهة الإدارة، حيث قرر حكم للديوان في هذا الصدد بأنه^(٣): «من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان

(١) نظرية تفسير العقد في القانونين المدني والإداري، د. برهان زريق (مرجع سابق)، ١٣٣.

(٢) مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، د. أحمد عثمان عياد (مرجع سابق)، ٢٣٠، العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، سمير صادق (مرجع سابق)، ١٨٠.

(٣) رقم القضية (١٦٦٤/١/ق) لعام ١٤٢١هـ، رقم الحكم الابتدائي (٦٢/د/١/٢) لعام ١٤٢٩هـ، رقم حكم الاستئناف (٤٨٢/إس/١) لعام ١٤٢٩هـ، تاريخ الجلسة ١٤٢٩/١١/٣هـ.

توازنًا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها اعتبارًا بأن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلاً من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة في أعبائه المالية، فإنه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء، بل يكون له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيساً على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد، فإذا انتهت تدخل الإدارة في العقد بالتعديل على الإخلال بهذه الحقوق كما حددت عند إبرام العقد، فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه. كما أنه إذا كان من حق الإدارة في التعديل أمر يفترض قيامه في ذهن المتعاقد مع الإدارة عند إبرام العقد بحيث يكون للإدارة استعمال هذا الحق من غير أن ينص عليه العقد، فإنه يجب أن يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد في أنه يقدر من جانبه هو أيضاً أن جهة الإدارة لن تلحق به الضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل. وهذا يقوم على أنه لا يتصور أن المتعاقد مع الإدارة يقبل معاونتها في تسيير المرفق بالمجان وبغير مقابل، بل الطبيعي أن قرر طبقاً لتقديراته أنه يظفر مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة وربح معلوم، فإذا سلم للإدارة بحق التعديل تحقيقاً للمصلحة العامة فإن العدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع في الفائدة أو الربح الذي قدره عند إبرام العقد، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه إذا قام في الاعتبار أنه من

الأمر المسلمة أن يحقق المتعاقد مع الإدارة مصلحته الخاصة، فإنه من الأمور المسلمة كذلك أن تحقق الإدارة المصلحة العامة، بشرط ألا يمس ذلك مع ما كان يقدره المتعاقد منها لنفسه من ربح أو فائدة عند إبرام العقد، وبهذه الضوابط تكون العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجتبيها المتعاقدون منها، فإذا قامت جهة الإدارة بإجراء تعديل أو تغيير في هذه الالتزامات فإن الفائدة تتغير هي الأخرى وبطريقة آلية تبعاً لذلك حتى يظل التوازن المالي للعقد قائماً، إذ إن التوازن المالي أمر مفترض في كل عقد إداري ومن حق المتعاقد مع الإدارة ألا يكون هذا التعديل على حساب أرباحه وبالتالي فإن جميع الآثار المترتبة على هذا التعديل غير ملزمة للمدعية».

وقد استقر الفقه والقضاء الإداري على أن الشروط المتعلقة بالمزايا المتفق عليها للمتعاقد، وعلى الأخص العناصر المالية في العقد تعتبر أجنبية عن المرفق العام ولا تتصل به، حيث إنها هي التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد مع جهة الإدارة، وفي ذات الوقت لا تؤثر على سير المرفق العام، وعليه تبقى هذه الشروط خاضعة لقواعد القانون الخاص التي تحكم العقود بصفة عامة^(١).

(١) مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، د. أحمد عثمان عياد (مرجع سابق)، ٢٣١، وفي حكم للديوان يقرر هذا المبدأ ينص على أنه: «وبما أن لجهة الإدارة حق تعديل العقد بإرادتها المنفردة بما لها من سلطة، بشرط أن تقتصر سلطاتها بالتعديل على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق وحاجته، دون التعديل على الحقوق المالية للمتعاقد، وأن تحافظ على ذات العقد من حيث نوعه وموضوعه؛

وعلى ذلك درجت أحكام ديوان المظالم، وتأسست على مبدأ حفظ حق المتعاقد في عدم تعديل المقابل المالي في العقد والمساس به، ودفع الضرر الذي يقع عليه بسبب رغبة جهة الإدارة في تعديله دون مستند شرعي أو نظامي، وفي حكم للديوان ورد بهذا الخصوص تلخص وقائع القضية^(١) في أن المدعية أبرمت مع المدعى عليها عقد إيجار أرض تبلغ مساحتها (٢٥٠,٠٠٠ م^٢) ومدته عشرون عامًا تبدأ بتاريخ ١٣٩٩/٢/١هـ بأجرة تبلغ (٥,٧) سبع هللات ونصف الهللة للمتر الواحد في السنة، وأن المدعية بتاريخ ١٤١٠/١٢/١٦هـ طلبت من رئيس المدعى عليها تمديد مدة العقد لتصبح عشرين عامًا من تاريخ خطابها لتمكن من تغطية استثماراتها في المشروع المقام على الأرض بسبب تحفظ صندوق التنمية الصناعي تقديم القرض لتطوير مشروع المدعية بسبب المدة الباقية من العقد، فأجاب رئيس الجهة المدعى عليها بتاريخ ١٤١٠/١٢/١٨هـ بما نصه: «نود إفادتكم أنه تقديرًا لما

وبناء عليه فإنه بحسب ما تبين للدائرة فإن المدعى عليها في هذه الدعوى لم تقم بالمساس بأي من الحقوق المالية للمدعية، وكذلك لم تقم بإجراء تعديلات تجعل المدعية أمام عقد جديد من حيث نوعه وموضوعه، بالإضافة إلى أنها أبلغت المدعية بتعديل مدة العقد بتاريخ ١٤١٤/٣/١هـ؛ مما تنتهي معه الدائرة إلى رفض هذه الدعوى، وبه تحكم»، رقم القضية في المحكمة الإدارية (٥٦٨٦/٣/ق) لعام ١٤٣٨هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية (١٩٥٤/ق) لعام ١٤٣٩هـ.

(١) رقم القضية (١٩٩/٣/ق) لعام ١٤٢٣هـ، رقم الحكم الابتدائي (٣٤/د/١٥) لعام ١٤٢٧هـ رقم حكم التدقيق (١٥٦/ت/١) لعام ١٤٢٧هـ، تاريخ الجلسة ١٤٢٧/٦/٢٩هـ.

أبديتموه فإن المؤسسة لا تمنع من تمديد العقد عند انتهاءه لمدة عشر سنوات أخرى لتصبح المدة من الآن بالإضافة للمتبقية منه ما يقارب العشرين عامًا على أن يكون التجديد بعد نهاية العقد وفقًا للشروط الجديدة التي أقرها مجلس إدارة المؤسسة مؤخرًا».

وقد سببت المحكمة حكمها في هذه القضية بالآتي: «وحيث إن هذا الخطاب صادر من رئيس الجهة المدعى عليها وهو صاحب الصلاحية في إبرام العقود وتمديداتها وتجديدها وكان إجابة لطلب المستأجر بالتمديد ليتمكنوا من تغطية استثماراتهم فإن الدائرة تعتبر ذلك تمديدًا لمدة العقد بذات الشروط المتفق عليها بين الطرفين، بحيث ينتهي العقد بتاريخ ٣٠ / ١ / ١٤٢٩ هـ لأن التمديد لمدة عشر سنوات بعد نهاية العقد، وهذا الحكم يتوافق مع إرادة طرفي العقد المعتبرة.. ولا ينال من ذلك ما فسرت به المدعى عليها خطاب رئيسها السابق من أنه مجرد وعد بالتمديد؛ لأن ذلك يفضي إلى الجهالة في الأجرة التي تفسد العقد، ويكون الخطاب عديم الفائدة مفرغًا من مقصود مصدره، فضلًا عن أن الوعد يكون ملزمًا إذا دخل الموعد في التزام بسبب هذا الوعد، والموعد هنا المدعية وقد التزمت بسبب ذلك الخطاب لتتمكن من تغطية الاستثمارات، .. كما تضيف الدائرة بأنه يلزم من القول بأن الخطاب مجرد وعد؛ أن العقد منته وأن المباني والمنشآت التي أقامتھا المدعية - وتكلفت في بنائها مبالغ طائلة بعد دراسة جدوى اعتمدت فيها على خطاب رئيس المؤسسة المدعى عليها- تؤول للمدعى عليها

بعد نصف مدة الاستفادة من المشروع، وهذا لا ريب يلحق ضرراً بالغاً بالمدعية ويشري المدعى عليها بلا سبب مشروع، مما يلزم منه النأي بالخزينة العامة عن ذلك وتطهيرها من أموال وحقوق الآخرين».

وبالتأمل في هذا الحكم يتبين أنه تضمن تنفيذ الدائرة حجج المدعى عليها، وكشف ما يؤول إليه زعمها من إلحاق الضرر البالغ في تفسير خطابها تجاه المدعية، وما يتبع ذلك من لوازم فاسدة تلحق بالعقد، مما يشري المدعى عليها نظراً لتعديل المقابل المالي دون سبب مشروع.

كما تجدر الإشارة إلى أن الحكم رسّخ مبدأً عظيمًا، وقيمة عالية في نصه على النأي بالخزينة العامة والإشارة إلى تنزيهها، وتطهيرها عن الأموال التي تتقاضها المدعى عليها دون سند من الشرع والنظام؛ ذلك أن أموال المتعاقدين لها حرمة مقررة في الشرع والنظام الأساسي للحكم، ولا يجوز التعدي عليها تحت أي ذريعة وأي شبهة، وكون مآل هذه الأموال إلى الخزينة العامة ويعود نفعها على الصالح العام ليس مبرراً يميز هذا التعدي، وخصوصاً أنه يلحق الضرر البالغ بالمتعاقدين.

وفي حكم آخر للديوان فنّد فيه قيام جهة الإدارة بإرادتها المنفردة رفع قيمة عقد الإيجار على المتعاقد، مستندة فيه على نصوص العقد والنظم والتعليمات الصادرة بشأن تشكيل لجان تتولى بحث ومراجعة وتقدير إيجارات العقارات المملوكة للبلديات في المملكة، حيث تناول الحكم ما استندت عليه المدعى عليها من نصوص العقد والنصوص

النظامية بالنظر والتحليل والمناقشة، وتكييف العقد ولوازمه على وجهه الصحيح، الموصل إلى التفسير السليم لما تضمنه نص العقد من اقتضاء المصلحة العامة، انطلاقاً من سلطة المحكمة في تحديد طلبات الخصوم وتكييف حقيقتها النظامية، إذ تلخص وقائع القضية^(١) في أن المدعي أبرم عقداً بمقتضاه استأجر أرضاً من المدعى عليها لإقامة مقصف لبيع الوجبات السريعة والأغذية الخفيفة بأجرة سنوية (٣,٠٠٠ ريال) لمدة (١٠) سنوات تبدأ من تاريخ ١٤/٤/١٤١٧هـ، غير أن المدعى عليها وبإرادتها المنفردة رفعت الأجرة إلى (٤٠,٠٠٠ ريال) بتاريخ ٢/٤/١٤٢١هـ، فاعترض المدعي استناداً إلى نصوص العقد فرفضت المدعى عليها التظلم بحجة أن ذلك هو ما قضت به التعليقات وذلك استناداً على المادة (٨) من العقد التي تنص على أنه: «تسري على هذا المشروع جميع النظم والتعليمات ونظم البناء المماثلة لهذا المشروع وما تقتضيه المصلحة العامة» ومن هذه النظم والتعليمات الأمر السامي رقم (٨/١٨٣٦) وتاريخ ٢٤/١١/١٤٠٥هـ القاضي في فقرته الثانية: تشكيل لجان في المدن الرئيسية والمدن الأخرى تتولى بحث ومراجعة وتقدير جميع إيجارات العقارات المملوكة للبلديات في المملكة وأن تقوم هذه اللجان بإبلاغ تقديراتها إلى أمين المدينة أو رئيس البلدية ليقوم برفع الأمر إلى رئيس الشؤون البلدية والقروية لأجل

(١) رقم القضية (٤٧١/٣/ق) لعام ١٤٢١هـ، رقم الحكم الابتدائي (١٤/د/ف/٢٩) لعام ١٤٢١هـ رقم حكم هيئة التدقيق (٦٢/ت/١) لعام ١٤٢٢هـ، تاريخ الجلسة ١٤/٣/١٤٢٢هـ.

اتخاذ الإجراء المناسب، وأن خطاب المدعى عليها برفع القيمة التجارية هو بناء على تعليمات وزير الشؤون البلدية والقروية وبالتالي فإن هذا الإجراء مبني على ما يسنده وتطلب المدعى عليها رفض الدعوى.

وقد سببت المحكمة حكمها في هذه القضية بالآتي: «ولما كانت الإجارة عقد تمليك منفعة بعوض فإن شأنه كشأن سائر العقود يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إنشاء التزام أو تعديله أو إلغائه؛ وطبقاً لذلك فإن حقوق طرفيه والتزاماتها إنما يحددها العقد ذاته وما تضمنه باعتباره الأساس الذي توافقت عليه إرادتهما الجازمتان بالتعبير المعرب عنهما، وأن العبرة في تفسير العقد إنما تكون بالبحث عن الإرادة المشتركة وذلك بالوقوف عند العبارات الواردة فيه واستخلاص معانيها الظاهرة السائغة في ضوء طبيعة التعامل وما يجب أن يتوافر من أمانة وثقة بينهما مع ما يوجبه حسن النية في تنفيذ العقود وفقاً للعرف الجاري في المعاملات؛ وعلى هذا المقتضى فالعقد يتم بمجرد الإيجاب والقبول، فتثبت آثاره ويلزم طرفيه ولا يكون لأحدهما الرجوع عنه بعد مجلس العقد إلا بموافقة الآخر. ولما كان الثابت أن العقد مثار النزاع عقد إجارة انبرم على تمليك المدعي منفعة معلومة بأجرة معلومة إلى أجل معلوم؛ وبالتالي فإنه قد نفذ ولزم وألزم، بأن أنتج ما رتب عليه شرعاً منذ انعقاده بثبوت صحة تمليك المستأجر منفعة المأجور وملك الآجر الأجرة، وتلك هي الغاية الأساسية المنشودة التي شرع العقد سبيلاً موصلاً إليها، وهو أيضاً قد أنشأ التزامات متقابلة بين طرفيه بموضوعه

بالوصول إلى نتيجة حقوقية رضائية التزم المؤجر بموجبها بتسليم العين المؤجرة وكذا المستأجر بدفع الإيجار، وهو كذلك عقد لازم لا يستطيع أحد طرفيه بعد إبرامه التحلل من قيده لهدم العقد ولا تعديله. وعلى ذلك؛ فإن الدائرة تنتهي إلى ثبوت العلاقة الإيجارية بين طرفي النزاع على نحو ما سلف إيراده، وتلزم من ثمة المدعى عليها بالتقيد به وإنفاذ موجهه ولا سيما ما نصت عليه المادة (٢) من كون الأجرة (٣,٠٠٠ ريال)؛ لكون المدعي قد ملك منافع الأرض المستأجرة المتفق عليها التي ملكت عليه من لدن المدعى عليها، دون الاعتداد بالزيادة التي فرضتها دون موافقة المدعي فذلك غير صحيح؛ لعدم جواز انفراد أحد طرفي العقد بتعديله دون رضا الآخر، ذلك أن الله تعالى أوجب الوفاء بالعقود عامة فقال جل من قائل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، ومقتضى الوفاء بالعقد الماثل هو التزام المدعى عليها بذات الأجرة المتفق عليها وتنفيذ موجهه، وأن الزيادة من جانبها وحدها دون موافقة المستأجر إنما هو إخلال بالتزاماتها التعاقدية وما هو في حقيقته سوى تنصل من الوفاء بما أبرمته مع المدعي وتحلل من القيد الذي عقدته. وعلى ما أخذت به الدائرة جرى قضاء الديوان واستقرت أحكامه؛ قضى بالزام جهة الإدارة بالقيمة الإيجارية المتفق عليها طوال مدة العقد وعدم أحقيتها في زيادتها من جانب واحد ولو كان تنفيذاً للميزانية أو للتعليمات؛ لأنه يجب على الإدارة الالتزام بما تبرمه من عقود، وإلا فقد المتعاقد معها أية حماية أو ضمانه وأصبح عرضة لتعسفها، مما يؤدي إلى

إحجام الأفراد عن التعامل مع الإدارة وعدم المساهمة في النشاط المرفقي. ولا ينال من ذلك أن للإدارة حق تعديل عقودها من جانبها وحدها بإرادتها المنفردة؛ لأن العقد الماثل عقد إيجار فهو إذن ليس عقدًا إداريًا محضًا، وذلك أن العقد الإداري هو ما تكون الدولة طرفًا فيه على أساس ما لها من سلطة عامة بإرادتها الآمرة بوصفها ذات سلطان، مما يعين أن مباشرتها لعلاقة مع غيرها متجردة من لباس السيادة باختيارها يجعلها في مركز نظامي مماثل لمن دخلت معه في تلك العلاقة، وبالتالي فلا يكون لها مباشرة سلطتها أو الحصول على أية امتيازات، وتكون آثار تلك الرابطة محكومة بالقواعد النظامية الخاصة وتقف من ثم مع الطرف الآخر بالمثل سواء بسواء باعتبارها من المصالح الخاصة المحكومة بمبدأ المساواة؛ ولا يخل ذلك بالاختصاص الولائي بنظر الدعوى لشمول النص في المادة (٨ / ١ / د) من نظام الديوان كافة العقود التي تكون الحكومة أو إحدى الشخصيات المعنية العامة طرفًا فيها، وتأكيد المذكرة الإيضاحية لذلك. وبالرغم من ذلك؛ فلئن كانت الجهة الإدارية تملك بصفة أصلية تعديل عقودها الإدارية، بيد أن هذه السلطة أيضًا ليست مطلقة؛ بل ترد عليها قيود لئلا يكون مؤدى التعديل أن يقلب العقد رأسًا على عقب بحيث يصبح المتعاقد مع الإدارة وكأنه أمام عرض جديد أو أن يكون من شأنه تغيير موضوع العقد أو محله بغير ما تم الاتفاق عليه. ولا يغير من ذلك كذلك صدور الأوامر والتعليقات القضائية بتغيير الأجرة؛ لأنها تجد مجالًا لها

عند إبرام عقد جديد أو تجديد عقد قائم فهي لا تعدو أن تكون توجيهات داخلية موجهة إلى الإدارة دون المستأجر، بل إن مفهوم الأمر السامي رقم (خ/ب/١٤٨١٦) وتاريخ ١٦/٩/١٤٢٠هـ الساري على العقد مشار النزاع باعتباره أحد أفراده والقاضي بعدم تجديد أي عقد من تلك العقود وإشعار المستأجرين بذلك قبل انتهاء عقودهم، يدل على وجوب الوفاء بالتزامات المدعى عليها التعاقدية حتى نهايتها مع مراعاة الأنظمة والتعليمات المقررة بهذا الخصوص. وتشير الإدارة إلى تعميم وزير الشؤون البلدية والقروية رقم (١٢٣٥٣/٢٠٠ب) وتاريخ ١٣/٣/١٤١٩هـ المتضمن أن تقييم إيرادات إيجارات الأملاك البلدية من فترة لأخرى مرتبط بعدم الإخلال بالعقود المبرمة مع المستثمرين إذ يجب التقيد بها؛ ولما كان الأمر السامي رقم (٥٦٨٧) وتاريخ ٢٧/٣/١٣٩٢هـ يقضي بتطبيق نص العقد المخالف للنظام مع تحميل المسؤولين عن إعداداته بالأضرار الناجمة عن ذلك، وعلى ذلك فلا محل لما يستند إليه من كون العقد تم بالمخالفة للنظام؛ إذ لا يعني ذلك عدم التزام جهة الإدارة بالعقود التي أبرمتها، كما لا يغير من ذلك ادعاء جهة الإدارة الغبن؛ ذلك أن الغبن يعني انعدام التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، وهو يقوم على عنصر نفسي هو استغلال حالة ضعف أو عدم خبرة أو قلة إدراك أو هوى أو طيش في نفس المتعاقد المغبون، وذلك لا يمكن تصوره في جهة الإدارة بما لديها من خبرات وإمكانات وأجهزة ووسائل تكفل لها إعطاء صورة صحيحة عند

العقد، كما أن مجاله الأشخاص الطبيعيين. هذا؛ فضلاً عن أن الأمر السامي رقم (١٤٦٩٨) وتاريخ ١٩/٦/١٤٠٢ هـ يقضي بتأجير الأراضي الحكومية المخصصة لإقامة مشاريع عليها بأجر رمزي؛ وتقضي الرمزية كون الأجرة أقل من الأجور السائدة وقت التعاقد ومن باب أولى فيما بعد ذلك بلا شك، وبالتالي فلا يبقى مستمسك لمعترض للإفلات من الإيفاء بالعقد موضوع الدعوى أو الإخلال بمقتضاه. أما ما يحتاج به ديوان المراقبة العامة من أن المادة (٨) من العقد نصت على سريان جميع النظم والتعليمات ونظم البناء الممثلة على المشروع وما تقتضيه المصلحة العامة، وأن من تلك النظم الأمر السامي رقم (٨/١٨٣٦) وتاريخ ٢٤/١١/١٤٠٥ هـ المتضمن تشكيل لجان بحث ومراجعة وتقدير إيجارات العقارات المملوكة للبلديات في جميع مدن المملكة لتبرير الزيادة في القيمة التجارية للعقد المماثل؛ فتلك حجة داحضة؛ لكون الأمر المذكور يحكم حالات خاصة مبينة به، فهو واقعة عين لا عموم لها للإشارة فيه إلى عدم إبرام عقود بشأن العقارات المنوه بها فيه أصلاً، كما أن ذلك الأمر لم ينص على إجازة تعديل العقود اللازمة أثناء تنفيذها، ثم إن المادة (٨) كما يبين من السياق وما يقترن به من سباق ولحاق يتعلق بالمشروع المقام على تلك الأرض بعمومه، وأن المراد بالنظم تلك الأنظمة الخاصة بالبناء مع ما يتضمنه ذلك من وجوب الحصول على التراخيص اللازمة دون أن يخول المدعي أية استثناءات تشذ عن القاعدة اللازم على كافة أصحاب المشروعات

المماثلة اتباعها والتقيد بها بذريعة أنه تعاقد مع جهة الإدارة؛ ومن ثم فلا ارتباط له بعقد الإجارة في ذاته، وإلا أضحي الشرط على هذا النحو مفضياً إلى غرر مؤثر في الأجرة التي تعد من أركان عقد الإجارة ويشترط العلم بها علماً نافياً للجهالة، ومعلوم النهي عن الغرر وأن تحريره حق له لا يجوز إسقاطه، ولورضي المتعاقدان بذلك فلا يعتبر رضاهما، فيكون الشرط عندئذ شرطاً غير صحيح على التسليم بهذا الفهم المحمل للنص ما لا يحتمل. هذا بالإضافة إلى أنه نص عام، وتحديد الأجرة نص خاص، والخاص مقدم على العام، وبالتالي فالمقصود هو سريان النظم فيما لم ينص عليه صراحة في العقد. ومن نافلة القول أن ما يرمي إليه استدلال ديوان المراقبة العامة بنصوص العقد ذاته لإيجاد المبررات للزيادة التي فرضتها المدعى عليها تزيد لا مسوغ له؛ إذ لم تستند إليها المدعى عليها أساساً لا في خطاباتها بالزيادة ولا في معرض دفاعها، وغاية ما ذكرت صدور التعليمات بذلك، بدليل أنها طلبت من المدعي توقيع ملحق تعديلي للعقد المبرم معها، وهو ما يعني أنها تريد فرض عقد جديد على المدعي، وهو ما لا يمكن إقرارها عليه. لذا حكمت الدائرة؛ بقبول الدعوى المقامة من المدعي (...). ضد المدعى عليها (أمانة مدينة الدمام) شكلاً، وفي الموضوع بإلزام المدعى عليها بتنفيذ المادة (الثانية) من العقد المبرم بينها وبين المدعي برقم (٢٣٥) وتاريخ ١٤/١٠/١٤١٦ هـ المتضمنة الاتفاق على تحديد

الأجرة السنوية بثلاثة آلاف ريال (٣,٠٠٠ ريال) حتى انتهائه لما هو مبين تفصيلاً بالأساب.

وبالنظر في هذا الحكم يلحظ فيه قوة تأصيله وتقييده للعقد محل الدعوى، واكتمال التسبب وشموله، وكشفه حقيقة مستند زعم المدعى عليها بموافقة إجرائها في زيادة المقابل المالي للعقد للمصلحة العامة، فجاء التسبب متناولاً جميع الحجج بشكل متسلسل، مؤصلاً فيه حق جهة الإدارة في العقود التي يمكن أن تعدل عليها بإرادتها المنفردة، دون أن يمتد سلطانها إلى ما لا يكون لها، ومفنداً فيه بالتكليف والتوصيف دعوى الغبن الذي تدعيه، وأثر رمزية المقابل المالي للعقد بزيادته في تغليب جانب المصلحة العامة، وأورد مناقشة أصولية لما ركنت عليه المدعى عليها من سريان جميع النظم والتعليمات ونظم البناء الممثلة على المشروع وما تقتضيه المصلحة العامة، وما ينتج عن هذا الزعم من مفاصد تؤثر في قيمة العقد التي ارتضاها طرفاه عند إبرامه.

وختاماً، يتبين بجلاء أن تفسير العقد الإداري من خلال المصلحة العامة عملٌ يكتنفه صعوبات وتحديات تواجه القضاء الإداري، سواءً كان ذلك بفحص مشروعية المصلحة العامة، أو سلامة تحققها في محل النزاع، أو بذل الوسع والطاقة في تكييف الدعوى، وتفسير نص العقد القائم عليها، على هدى من المبادئ والقواعد التي تحكم تفسير العقد الإداري سالف ذكرها.

والباحث إذ يورد بإسهاب في هذا البحث أحكام ديوان المظالم، بما تضمنته هذه الأحكام من مبادئ وقواعد، يسلط الضوء على خطورة المهمة الملقة على عاتق القضاء الإداري وصعوبتها، وما يبذله من جهود عظيمة في تحري تحقيق المصلحة العامة، وسعي حثيث في البحث عن حلول للمنازعات التي تثور حيال تفسير العقود الإدارية، والموائمة بين المصالح العامة ومقتضيات المرافق العامة ومصالح الأفراد، الأمر الذي يلقي بظلاله نحو تطور التشريعات التي تنظم أعمال جهة الإدارة، ونموها، ورقبها بالمصالح العام.

الخاتمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، بفضل الله تعالى تيسر هذا البحث، وظهر لي فيه عدد من النتائج منها:

١. أن المصلحة العامة فكرة متغيرة، ترتبط بوظيفة الدولة، وأدوارها، ومسؤولياتها تجاه مرافق الدولة، والمتعاملين معها في مختلف المجالات، فهي تقوم على جلب المصالح ودفع المفسد.

٢. أن القضاء الإداري لم يتول وضع تعريف اصطلاحى للمصلحة العامة؛ بسبب تركيزه على الأنشطة التي تقوم بها جهة الإدارة، وتلمس صور المصلحة العامة فيها، وإعمال رقابته عليها.

٣. أن مقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد، وقابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل؛ هي التي أدت إلى استقلال العقد الإداري بعناصره وخصائصه عن العقود في المعاملات المدنية، حيث إن العقد الإداري ليس إلا إحدى وسائل الإدارة لتسيير المرفق العام.

٤. في سياق النظر في محددات تفسير العقد الإداري، فإن الإطار المنظم لأحكام العقود بشكل عام هو نظام المعاملات المدنية، وذلك فيما يتصل بالقواعد العامة، وبما لا يخالف طبيعة المنازعات الإدارية، وإن هذا الإطار مما تمتد أحكامه إلى العقد الإداري، إلا أنه يتميز بطبيعة خاصة، وأحكام مختلفة، ومحددة نظاماً، يعمل بموجبها القاضي الإداري، مثل: الأحكام الواردة في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، ونظام المرافعات أمام ديوان المظالم، إضافة إلى ما يتضمنه

العقد الإداري من أهداف تسعى إلى تحقق المصلحة العامة، وهو ما يعكس ارتباطاً متيناً بمبادئ وقواعد القانون الإداري، بما لها من أصالة، واستقلالية عن قواعد القانون الخاص.

٥. أن قيام العقد الإداري على فكرة المصلحة العامة، وعلى مبدأ ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ينعكس بأثره على حدود سلطة جهة الإدارة وصلاحياتها، وأن هدف التعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، لقاء أجر عادل، وبما ينبغي أن يتوافر في طرفيه من أمانة وثقة.

٦. أن القضاء الإداري يسعى إلى تحقيق التوازن بين المصلحة العامة، بما تقتضيه من ضرورة إعطاء امتيازات وسلطات واسعة لجهة الإدارة لغرض تحقيق المصلحة العامة، وبين متطلبات المصلحة الخاصة بتوفير الحماية للحقوق التعاقدية، واحترام الملكيات الخاصة، واستقرار المعاملات.

٧. أن السلطة التي يمكن أن تكون لجهة الإدارة في تعديل العقد من خلال تفسيره عن طريق القضاء الإداري تقتصر على شروط العقد المتصلة بسير المرفق العام، ولا تتجاوز إلى المزايا والضمانات المالية التي يتقاضاها المتعاقد.

٨. أن القضاء الإداري بما يتسم به من الواقعية، والمرونة، والملاءمة في تفسيره للعقد الإداري من خلال المصلحة العامة، يتماشى مع التطور وسرعة التغيير الذي تتميز به أعمال الإدارة العامة، فهو قضاء يبتكر الحلول والمبادئ العامة والأحكام اللازمة لأنشطة جهة الإدارة ونموها.

ويوصي الباحث بما يلي:

١ - أهمية بذل العناية اللازمة من جهة الإدارة في تحديد أساس وحشيات المصلحة العامة في إدارة علاقتها التعاقدية، وعند طلبها تفسير العقد الإداري، أخذًا في الاعتبار موقف المتعاقد في تحديد هذه المصلحة وأثرها عليه.

٢ - ضرورة إحاطة جهة الإدارة بالنصوص النظامية ذات الصلة بتفسير العقد الإداري، وقراءتها قراءة فاحصة، تتلمس من خلالها إرادة المنظم في تحقيق المصلحة العامة، والعمل بموجبها، وتنزيلها على وجهها، بغية الخروج بتفسير يتوافق مع قواعد العدالة، وبما لا يخل بتوازن العلاقة التعاقدية بين جهة الإدارة والمتعاقد.

٣ - لفت نظر الباحثين إلى بحث ودراسة النصوص النظامية التي تتناول أوجه ومقاصد تحقيق المصلحة العامة في العقود الإدارية، ودراسة ما يتبع ذلك من قواعد وإجراءات تفصيلية تنظم تنفيذ العقد الإداري، وأثر ذلك في المنازعة الإدارية؛ الأمر الذي يهدف إلى تحسين إجراءات تنفيذ العقد الإداري، وتفادي أي نزاعات أو إشكالات يمكن أن تقع فيه أثناء التنفيذ.

هذا والله أعلم وصلى الله وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المصادر والمراجع

١. الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، د. سليمان محمد الطماوي، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، ١٩٩١م.
٢. أصول الصياغة القانونية بالعربية والإنجليزية، محمود علي صبرة، ٢٠٠١م.
٣. أصول فهم النصوص النظامية، د. خالد بن عبد الله الخضير، شركة دار الحضارة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٤٤هـ - ٢٠٢٣م.
٤. أصول القانون الإداري أموال الإدارة العامة وامتيازاتها دراسة مقارنة، د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، منشأة المعارف بالإسكندرية.
٥. أصول القانون الإداري، د. حسين عثمان محمد عثمان، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠م.
٦. أصول القانون، القسم الأول، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٦٥م.
٧. التعيين في شرح الأربعين، سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي، تحقيق: أحمد حاج محمد عثمان، مؤسسة الريان (بيروت، لبنان)، المكتبة المكية (مكة)، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
٨. تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، د. عبد الحكم فودة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢م.
٩. رقابة القاضي الإداري لعيب انحراف القرارات عن تحقيق المصلحة العامة، قطاف تمام عبد الناصر، مجلة المفكر، العدد (الخامس عشر) ٢٠١٧م، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية.

١٠. السوابق والأحكام القضائية المنشورة في بوابة ديوان المظالم.
١١. الصالح العام كهدف لمنظمات الإدارة العامة، د. سعيد محمد المصري، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد (٢) يوليو ١٩٩٩ م.
١٢. العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، سمير صادق، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩١ م.
١٣. العقود الإدارية في ضوء الفقه - القضاء - التشريع، د. عبد الحميد الشواربي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣ م.
١٤. العقود الإدارية، د. ماجد راغب الحلو، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٧ م.
١٥. العقود الإدارية، د. محمود خلف الجبوري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، بيت الحكمة.
١٦. فكرة المصلحة العامة وتعلقها بالنظام العام في القانون الإداري، د. محمد إمام، بحث مقدم في المؤتمر الدولي الثالث في كلية الشريعة والقانون بطنطا «حماية المصلحة العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي».
١٧. القانون الإداري، جورج فيدال، بيار دلفولفيه، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠١ م.
١٨. القانون الإداري، د. هاني علي الطهراوي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٨ م.
١٩. القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، د. عيد مسعود الجهني، الطبعة الأولى، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م.
٢٠. قضاء التفسير في القانون الإداري، أ.د. عامر عوابدي، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ١٤١٩ هـ.

٢١. قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.
٢٢. القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، عبد الله بن حمد الوهيبي، الطبعة الثالثة، ١٤٣٢هـ.
٢٣. لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٢٤. مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، د. محمد فؤاد مهنا، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، ١٩٧٣م.
٢٥. مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، د. محمد فؤاد مهنا، منشأة المعارف، الإسكندرية.
٢٦. مبدأ الغائية في الدفع (دراسة تحليلية)، م/ محمد شاكر، بحث منشور في حوليات المنتدى للدراسات الإنسانية تصدر عن المنتدى الوطني لأبحاث الفكر والثقافة في العراق، العدد (٥٢) السنة (الرابعة عشرة) أيلول/ ٢٠٢٢م.
٢٧. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المحقق: نجيب هوايني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي.
٢٨. مجموع الفتاوى، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٢٩. مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا للأعوام (١٤٣٩ - ١٤٤٠هـ).

٣٠. مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٤٤٢ هـ.
٣١. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة (٥٩) وسنة (٦١) عليا، مجموعة المكتب الفني.
٣٢. مختار الصحاح، زين 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، ١٤٢٠ هـ ١٩٩٩ م.
٣٣. المدخل لدراسة العلوم القانونية، د. عبد الحي حجازي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢ م.
٣٤. المستصفى، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٣ هـ ١٩٩٣ م.
٣٥. المشروعية الإدارية كمحدد لممارسة الإدارة سلطاتها التقديرية، أ.د. عمر البوريني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة (١٠) ملحق خاص، العدد (١٠) أبحاث المؤتمر السنوي (٨)، الجزء (١) نوفمبر ٢٠٢١ م.
٣٦. مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، عبد الوهاب خلاف، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية.
٣٧. مصادر المشروعية الإدارية ومنحياتها، د. رأفت فودة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤ م.
٣٨. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت.
٣٩. المصلحة العامة كمحدد لمشروعية العمل الإداري، أ.د. عمر البوريني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، العدد الثاني والثلاثون، رمضان ١٤٢٨ هـ - أكتوبر ٢٠٠٧ م.

٤٠. مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، د. أحمد عثمان عياد، دار النهضة العربية، ١٩٧٣م.
٤١. معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
٤٢. مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن عاشور، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٤٣. الموافقات، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
٤٤. الموسوعة الذهبية للقضاء الدستوري مجموعة الخمسين، (١٩٦٩ - ٢٠١٩).
٤٥. النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد -، د. توفيق حسن فرج، ١٩٦٩م.
٤٦. نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، د. عبد المنعم الصدة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٧٤م.
٤٧. نظرية العقد، د. عبد الرزاق السنهوري، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية.
٤٨. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د. عبد الرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٩٩٨م.

الأنظمة والأوامر والقرارات واللوائح

١. نظام ديوان المظالم، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٨٧٥٩/١٣/٢) وتاريخ ١٧/٩/١٣٧٤هـ.
٢. الأمر السامي رقم (١١١٦٦) وتاريخ ١٩/٦/١٣٨٧هـ، القاضي بعدم نظر القضاء العام للعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها.
٣. الأمر السامي رقم (٢٠٩٤١) وتاريخ ٢٨/١٠/١٣٨٧هـ، القاضي بعدم نظر المحاكم أي دعوى تقام على جهة حكومية قبل العرض على المقام السامي والاستئذان منه.
٤. قرار مجلس الوزراء رقم (٣٢٨) وتاريخ ١/٣/١٣٩٦هـ، القاضي بالموافقة على عدم استعمال كلمة (المشرع) في الأنظمة والأعمال التنظيمية الأخرى، والاستعاضة عنها بكلمة أخرى مناسبة.
٥. قرار مجلس الوزراء رقم (٨١٨) وتاريخ ١٧/٥/١٣٩٦هـ، القاضي بأن يقتصر النظر في طلبات التعويض المقدمة من الماقلين المتعاقدين مع جهات حكومية على الحالات التي يستند فيها الماقلين على حدوث تقصير من الجهة الحكومية ينتج عنه إلحاق خسارة أو ضرر بالماقل، وأن يوكل النظر في هذه القضايا إلى ديوان المظالم وتكون قراراته نهائية بعد اعتمادها من رئيس الديوان.
٦. نظام ديوان المظالم، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ.
٧. الأمر السامي رقم (م/٢٠٧) وتاريخ ٢٥/٢/١٤٢١هـ، المتضمن أن مجلس الوزراء انتهى إلى أن قرار مجلس الوزراء رقم (٨١٨) وتاريخ ١٧/٥/١٣٩٦هـ يعد ملغى من الناحية النظامية.

٨. نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، الصادر بالمرسوم ملكي رقم (م/ ١٧) بتاريخ ٨/ ٣/ ١٤٢٨ هـ.
٩. نظام القضاء، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) وتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨ هـ.
١٠. نظام ديوان المظالم، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) وتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨ هـ.
١١. تنظيم الهيئة السعودية للمواصفات والمقاييس والجودة، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٢١٦) وتاريخ ١٧/ ٦/ ١٤٣١ هـ.
١٢. نظام المرافعات أمام ديوان المظالم، الصادر بالمرسوم ملكي رقم (م/ ٣) بتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥ هـ.
١٣. نظام الجمعيات والمؤسسات الأهلية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٨) وتاريخ ١٩/ ٢/ ١٤٣٧ هـ.
١٤. النظام البحري التجاري، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٣) وتاريخ ٥/ ٤/ ١٤٤٠ هـ.
١٥. نظام صندوق الاستثمارات العامة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٩٢) وتاريخ ١٢/ ٨/ ١٤٤٠ هـ.
١٦. نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٢٨) وتاريخ ١٣/ ١١/ ١٤٤٠ هـ.
١٧. اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، الصادرة بالقرار الوزاري رقم (١٢٤٢) وتاريخ ٢١/ ٣/ ١٤٤١ هـ وتعديلاته.
١٨. المرسوم الملكي رقم (م/ ٣٣) وتاريخ ١٣/ ٤/ ١٤٤٣ هـ، القاضي بالسماح للجهات الحكومية باستخدام المشاركة في الدخل، لتكون أحد أساليب التعاقد لتأمين السلع والخدمات، ومنح وزير المالية صلاحية إقرار قواعد المشاركة في الدخل.

١٩. قواعد المشاركة في الدخل، الصادرة بالقرار الوزاري رقم (١٨٧٧) وتاريخ ١٤٤٣/١٢/٢٤هـ.
٢٠. نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ١٤٤٤/١١/٢٩هـ.
٢١. نظام نزع ملكية العقارات للمصلحة العامة ووضع اليد المؤقت على العقارات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٦) وتاريخ ١٤٤٧/٣/١٢هـ.





أثر كِبَر السن في العقوبة في الفقه والأنظمة السعودية دراسة تأصيلية تطبيقية

د. عبد الله بن الوليد بن عبد الله آل بوعلين

الأستاذ المساعد بقسم العلوم الشرعية

بكلية الملك فهد الأمنية

المقدمة

الحمد لله الذي أنزل الكتاب بالحق والميزان، وأقام شريعته على العدل والإحسان، وجعل من تمام رحمته أن راعى في أحكامه حال الإنسان ضعفاً وقوة، وشباباً وهرماً، والصلاة والسلام على من أرسله الله رحمة للعالمين، فبلغ الرسالة، وأدى الأمانة، ونصح الأمة، وعلى آله وصحبه أجمعين. أما بعد:

فما لا يشك فيه مسلمٌ أن نظام العقوبات في الشريعة الإسلامية هو أدقُّ النظم التشريعية وأكملها وأجلُّها، لما يجمعه من مبادئ العدل والرحمة، ومراعاة الفروق الفردية بين المكلفين، في ضوء مقاصد كبرى، تهدف إلى حفظ الضرورات، وإقامة العدل، وصيانة الكرامة الإنسانية.

والعقوبة في الشريعة الإسلامية ليست غاية في ذاتها، وإنما هي وسيلة لإصلاح الجاني، وحماية المجتمع، وتحقيق الردع، ولهذا جاءت منضبطة بالمقاصد، متوازنة في تقديرها، متدرجة في وسائلها، مراعية لاختلاف أحوال المكلفين.

وقد اعتنت الشريعة في تقرير العقوبة بضوابط دقيقة، راعت فيها الجنائية من حيث نوعها، والمجني عليه من حيث حاله، والجاني من حيث قصده وصفاته، ومن جملة الأوصاف المؤثرة في تقدير العقوبة وتنفيذها: كبر السن، ذلك الوصف الذي يورث الضعف، ويحدُّ من

القدرة، ويتطلب من الشريعة والنظام نظراً خاصاً يراعي تغير الحال وانحدار القوة.

وفي هذا السياق تبرز أهمية البحث في أثر كبر السن في تقدير العقوبة وتنفيذها، إذ يُعدُّ وصفاً تتغير به طاقة الإنسان، ويؤثر في إرادته وقدرته. وقد جاء هذا البحث ليتناول هذا الموضوع من زاويتين: فقهية تأسيسية، ونظامية تطبيقية، في ضوء النصوص الشرعية والأقوال الفقهية، والأنظمة السعودية ذات الصلة، والتطبيقات القضائية المنشورة.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في التساؤل الرئيس الآتي:

هل يُعد كبر السن وصفاً مؤثراً في تقدير العقوبة وتنفيذها في الفقه الإسلامي والنظام السعودي؟ وإن كان كذلك، فما مواضع تأثيره؟ وهل يكون سبباً في تخفيف العقوبة أو تأجيلها أو إسقاطها؟ وهل يمكن أن يكون موجباً للتشديد في بعض الأحوال؟ وما مدى تطبيق ذلك في القضاء السعودي؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى:

١- تأصيل أثر كبر السن في تقدير العقوبة وتنفيذها في ضوء نصوص الوحيين والقواعد الفقهية.

- ٢- جمع وتحليل أقوال الفقهاء في المسائل التي يرد فيها كبر السن مؤثراً في العقوبة.
- ٣- استقراء النصوص النظامية السعودية ذات الصلة، وبيان موقف المنظم من هذا الوصف.
- ٤- رصد التطبيقات القضائية التي يظهر فيها أثر كبر السن في تقدير العقوبة وتنفيذها.

الدراسات السابقة:

رغم تعدد الأبحاث التي تناولت حقوق كبار السن أو أحكامهم الفقهية، فإن الباحث -حسب اطلاعه- لم يقف على دراسة متخصصة جمعت بين الجانب التأصيلي الفقهي والجانب التطبيقي النظامي القضائي في موضوع أثر كبر السن على العقوبة. وهو ما يسعى هذا البحث إلى استيفائه واستدراكه، تحقيقاً لفائدة علمية وعملية في آنٍ معاً، والبحوث المشابهة لهذا البحث هي:

- ١- قضية المسنين الكبار المعاصرة وأحكامهم في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة، أ.د. سعد الدين مسعد هلالي. من منشورات مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت عام ١٤٢٣هـ. وقد تناول فيه الباحث تأصيل قضية المسنين في الاتجاهين المادي والإسلامي، وجمع فيه الأحكام الفقهية المتعلقة بالمسنين في العبادات والمعاملات والأسرة والجنايات، فهو بحث عام، تناول في ضمنه الأحكام المتعلقة بالمسنين

في الجنايات، ولم يتداخل مع هذا البحث سوى في مسألتين هما: حكم القصاص من كبر السن فيما دون النفس عند عدم أمن الحيف، وصفة الجلد لكبر السن، دون التفصيل في تأخير أو تخفيفه أو إسقاطه، ولم يتطرق للمسائل الفقهية الأخرى التي تناولها هذا البحث، كما لم يتطرق للجانب النظامي ولا الأحكام القضائية في المملكة العربية السعودية.

٢- أحكام المسنين في الفقه الإسلامي، للباحث: سعد بن عبدالعزيز الحقباني، وهي رسالة ماجستير قدمها الباحث لقسم الفقه بكلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية عام ١٤٢٨هـ، وقد تناول الباحث في الفصل الثالث من الباب الثاني أحكام المسن في الجنايات والحدود، إلا أن هذا البحث أضاف مسائل لم يوردها الباحث، كأثر كبر سن الجاني على القصاص منه في النفس وما دون النفس، وأثر كبر السن على كفارة القتل، وأثر كبر السن على العقوبة عند المنظم السعودي، ودراسة أثر كبر السن على العقوبة في واقع القضاء السعودي.

٣- كبر السن وأثره في الأحكام الشرعية - دراسة تطبيقية، للباحث أ.د. إبراهيم رمضان عطايا. وهو بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بمدينة السادات، العدد الأول، عام ١٤٤٣هـ، وقد تناول فيه الباحث أثر كبر السن على الأحكام الشرعية عمومًا، ولم يتداخل مع هذا البحث سوى في أثر كبر السن في القصاص والحدود، وكان بحثه لهما مختصرًا في خمس صفحات، تناول فيها هذه المسائل دون تفصيل لحالات التأخير أو التخفيف أو الإسقاط.

٤ - المسؤولية الجنائية تجاه كبر السن في النظام السعودي مقارناً بالأحكام الفقهية، للباحث د. راشد بن عبد الله آل داود. منشور في مجلة البحوث الأمنية الصادرة عن مركز الدراسات والبحوث بكلية الملك فهد الأمنية، العدد (٨٦) الصادر في ذي الحجة ١٤٤٤هـ، وقد تناول فيه الباحث المسؤولية الجنائية على الغير تجاه كبر السن في ضوء نظام حقوق كبر السن ورعايته، ولم يتناول فيه أثر وصف كبر السن في عقوبة الجناة من كبار السن.

منهج البحث:

أولاً: المنهج العام:

اتبعت في هذا البحث المنهج التأصيلي، من خلال تتبع أصل المسألة من مصادرها الشرعية، بجمع النصوص من الكتاب والسنة، وأقوال الفقهاء، وتحليلها، والمقارنة بينها، وبيان أوجه الاتفاق والاختلاف، وبيان علل الأقوال الفقهية ومآخذها، والاجتهاد في الترجيح بينها.

كما اتبعت المنهج التطبيقي من خلال دراسة الأنظمة المعاصرة ذات الصلة، وتحليل التطبيقات القضائية، وربطها بما تقرر فقهاً، للوقوف على مدى اتساق التطبيق مع التأصيل.

ثانياً: منهج الكتابة:

١ - تصوير المسألة بما يكفي في إيضاح المراد منها.

٢- إذا كانت المسألة محل اتفاق فيذكر حكمها، ويُوثق الاتفاق من مظانه المعتمدة.

٣- إذا كانت المسألة محل خلاف، فتُذكر الأقوال، ومن قال بها من أهل العلم، ويُعرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية، وتُوثق أقوال كل مذهب من كتب المذهب نفسه.

٤- إذا لم ترد المسألة في مذهب ما فيُسلَك بها مسلك التخيُّر.

٥- تُذكر أدلة كل قول، وما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها ما أمكن.

٦- الترجيح بين الأقوال بحسب ما يقضيه نظر الباحث مع بيان أسباب الترجيح.

٧- الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع في التحرير والتوثيق والتخيُّر والجمع.

ثالثاً: منهج التوثيق والتهميش:

١- عزو الآيات يكون بذكر اسم السورة ورقم الآية بعد ذكرها في صلب البحث بخط أصغر.

٢- تخريج الحديث من المصادر الأصلية، فإن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اقتصر عليه في التخيُّر، وإلا اقتصر في تخريجه على كتب السنن الأربعة، وإلا فيخرج من الكتب الحديثية الأخرى،

مع ذكر حكم علماء الحديث عليه إن لم يكن في الصحيحين أو أحدهما، ويُقتصر في التخريج على ذكر رقم الحديث في الكتاب المخرج منه.

٣- عزو نصوص العلماء وآرائهم لكتبهم مباشرة، ولا يلجأ للعزو بالواسطة إلا عند تعذر الحصول على الأصل، وحينها يُذكر أقدم الكتب التي تعد واسطة في توثيق النص أو الرأي.

٤- توثيق المعاني اللغوية من معاجم اللغة المعتمدة.

٥- التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة.

٦- في حال نقل قول أو رأي بالنص يُوضع النص المقتبس بين علامتي اقتباس «....» ويُبين المصدر في الهامش أسفل الصفحة. ص

٧- في حال النقل بالمعنى يُكتفى بالإشارة إلى المصدر أو المرجع في الهامش بالطريقة السابقة دون وضع علامة تنصيص حول النص.

٨- المعلومات المتعلقة بالمراجع (الطبعة، ومكان النشر، والناشر، والتاريخ) يُكتفى بذكرها في قائمة المصادر والمراجع، ولا يذكر شيء من ذلك في هامش البحث.

خطة البحث:

المقدمة:

وتتضمن: مشكلة البحث وأهدافه والدراسات السابقة ومنهج البحث.



المبحث الأول: التعريف بمفردات الموضوع:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف كبر السن:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف كبر السن في اللغة.

الفرع الثاني: تعريف كبر السن في الفقه.

الفرع الثالث: تعريف كبر السن في النظام السعودي.

المطلب الثاني: تعريف العقوبة:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف العقوبة لغة.

الفرع الثاني: تعريف العقوبة اصطلاحاً.

المبحث الثاني: المنهج الشرعي العام في التعامل مع كبار السن.

المبحث الثالث: أثر كبر السن في العقوبة في جرائم القصاص والدية:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: أثر كبر السن في عقوبة القصاص في الجناية على النفس.

المطلب الثاني: أثر كبر السن في الدخول مع العاقلة.

المطلب الثالث: أثر كبر السن في سقوط كفارة القتل.

المطلب الرابع: أثر كبر السن في عقوبة القصاص في الجناية على ما دون النفس:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم القصاص فيما دون النفس مع عدم الأمن من الحيف.
الفرع الثاني: حكم القصاص فيما دون النفس مع عدم المساواة في الصحة والكمال.

المبحث الرابع: أثر كبر السن في العقوبة في جرائم الحدود:
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أثر كبر السن في تأخير إقامة الحد:
وفيه فرعان:

الفرع الأول: الحدود التي يجب فيها الجلد.
الفرع الثاني: الحدود التي يجب فيها القطع.
المطلب الثاني: أثر كبر السن في تخفيف كيفية تنفيذ الحد:
وفيه فرعان:

الفرع الأول: الحدود التي يجب فيها الجلد.
الفرع الثاني: الحدود التي يجب فيها القطع.
المبحث الخامس: أثر كبر السن في العقوبة في الجرائم التعزيرية.

المبحث السادس: أثر كِبَر السن في العقوبة لدى المنظم السعودي.

المبحث السابع: تطبيقات قضائية على أثر كِبَر السن في العقوبة.

الختاتمة:

وتتضمن النتائج والتوصيات.

والله أسأل أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، نافعاً للباحثين، ومفيداً للمشغلين بالقضاء والفتوى، إنه ولي التوفيق، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

المبحث الأول التعريف بمفردات الموضوع

المطلب الأول: تعريف كبر السن:

الفرع الأول: تعريف كبر السن في اللغة:

لم تحصر العرب وصف كبر السن في لفظ واحد، بل عبّرت عنه بألفاظ متعددة، منها: المُسِنَّ، والشَّيْخ، والعجوز، والهَرَم، والمُعَمَّر. وكل لفظ من هذه الألفاظ يدل على التقدم في العمر، إلا أنها تتفاوت في دقتها، فبعضها عام، وبعضها أدق في الدلالة على طور من الأطوار، لكنها تشترك في الإشارة إلى المراحل التي يمر بها الإنسان من القوة إلى الضعف، ومن النشاط إلى الفتور، حتى يُرد إلى أرذل العمر، وهو أقصى مراتب الوهن البشري.

فأما المُسِنَّ: فهو لفظ عام، يُطلق على من كبرت سنه وطال عمره، وهو مشتق من الفعل: أَسَنَّ. فيقال: أَسَنَّ الرجل. إذا كبر. ويقال: فلانُ أَسَنُّ من فلان. أي: أكبر منه^(١).

وأما الشَّيْخ: فلفظ تطلقه العرب على من أدرك مرحلة الشيخوخة، وهو الطور الذي تبدأ فيه علامات كبر السن في الظهور، فيظهر الشيب، وتضعف القوة، ويتغير الصوت والبدن.

(١) انظر: العين (١٩٦/٧)، المحكم (٤١٦/٨)، لسان العرب (٢٢٢/١٣).

وقد اتفق أئمة اللغة على أن الشيخ فوق الكهل ودون الهرم^(١)، لكنهم لم يتفقوا على سنٍّ معينة يبدأ منها أو ينتهي إليها، بل قال بعضهم: يبدأ من الخمسين، وقيل: من إحدى وخمسين، وقيل غير ذلك. وقيل: يمتد إلى الثمانين، وقيل: إلى آخر العمر. وكلها تقريب لا توقيت، وإنما المدار على استبانة السنّ وظهور الشيب.

وجمّوعه كثيرة، منها: أشياخ، وشيخان، وشيوخ، وشيخة، وشيخة، ومشيخة، ومشايخ، وغيرها. ويطلق على المرأة كما يطلق على الرجل، فيقال: شَيْخَة^(٢).

وأما العجوز: فأكثر ما يطلق على المرأة الهرمة، ويقال: عجوزة. وهو قليل. ويصح إطلاقه على الرجل، والجمع منه: عُجُز وعُجُز وعَجَاز^(٣).

ومن اللطائف أن هذين اللفظين - الشيخ والعجوز - قد يُطلقان على غير الكبير، فلفظ «الشيخ» يُطلق على الشاب تكريمًا وتعظيمًا، كما يُطلق على الشيخ «فتى» تفاؤلاً له بالقوة وطول البقاء، والعرب تقول

(١) وذلك أنهم يجعلون الكهل من ثلاثة وثلاثين أو أربعة وثلاثين إلى إحدى وخمسين، والشيخ من إحدى وخمسين إلى آخر العمر، والهرم يطلقونه على من بلغ أقصى الكبر. انظر: تهذيب اللغة (٦/ ١٤)، فقه اللغة (ص ٧٨)، المحكم (٤/ ١٤٢، ٣١٤) (٥/ ٢٤٣)، لسان العرب (٣/ ٣١) (١١/ ٦٠٠) (١٢/ ٦٠٧)، معجم اللغة العربية المعاصرة (٣/ ١٩٦٧).

(٢) انظر: العين (٤/ ٢٨٤)، المحكم (٥/ ٢٤٣)، تصحيح الفصيح وشرحه (ص ٢١٤).

(٣) انظر: المحكم (١/ ٣٠٠)، لسان العرب (٥/ ٣٧٢).

لامرأة الرجل - وإن كانت شابة - : هي عجوزُه. وللزوج - وإن كان حدثاً - : هو شيخُها^(١).

وأما الهرم: فهو من بلغ أقصى الكِبَر، وظهرت عليه آثار الضعف المفرط، ويقولون: هرم فلان. إذا دخل في حال يُنذر بالخرف والضعف الشديد، ويُقال: أهرمه الدهر. أي أذلّه وأضعفه بطول المدة، وإذا ادعى أحدُ الهرم وهو لم يبلغه قيل: تهارم. أي: تظاهر بالهرم. وهذا يدل على أن الهرم حالة لا عمرٌ معين يبلغه الإنسان. ويُقال في الجمع: رجال هَرَمين وهَرَمى. والأنثى: هَرِمة، والجمع: هَرِمات وهَرَمى. ووصفوا آخر ولد الشيخ والعجوز بابن هَرمة^(٢).

وأما المُعَمَّر، فلفظ عام يُطلق على من طال عمره على أقرانه. وليس كل مُعَمَّر شيخاً هَرِماً، فربما طال العمر، وبقيت معه القوة، وإنما يُنظر إلى مجموع الحال، لا إلى عدد السنين فحسب^(٣).

وأما أرذل العمر: فهو أردؤه وأدناؤه، فيخرف فيه الكبير حتى لا يكاد يعقل ولا يُرجى إدراكه، ويصير لا يعلم من بعد علم شيئاً، فهي حالٌ من الردّ إلى الجهل بعد العلم، وإلى العجز بعد القدرة، وإلى الذهول بعد الإدراك، ولذلك كانت مرذولة عند العرب، فسموها: أرذل العمر^(٤).

(١) انظر: تهذيب اللغة (١/ ٢٢٠)، تصحيح الفصيح وشرحه (ص ٢١٤).

(٢) انظر: العين (٤/ ٤٩)، المحكم (٤/ ٣١٤)، لسان العرب (١٢/ ٦٠٧).

(٣) انظر: لسان العرب (٤/ ٦٠٢-٦٠٣)، المعجم الوسيط (٢/ ٦٢٦).

(٤) انظر: تهذيب اللغة (١٤/ ٣٠٢)، لسان العرب (١١/ ٢٨١).

وخلاصة ما تقدم، أن مدلول كبر السن في اللغة ليس محددًا بسنٍّ معينة، وإنما يُحكم به عند ظهور علامات، وظهور أثره في البدن والعقل، وأن الألفاظ التي عبّر بها العرب عن هذه الحالة تعكس التدرج الطبيعي في حياة الإنسان، من الشيخوخة، إلى الهرم، ثم إلى أرذل العمر. وهذا التدرج - وإن اختلفت بداياته باختلاف الأشخاص - منضبطٌ من جهة المظاهر والعلامات، لا من جهة التوقيت العمري.

الفرع الثاني: تعريف كبر السن في الفقه:

بين الله عزَّ وجلَّ في كتابه الكريم أطوار حياة الإنسان منذ بدء خلقه وتكوينه إلى وفاته في آيات عدة، منها قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشَدَّكُمْ ثُمَّ لِتَكُونُوا شُيُوخًا﴾ [غافر: ٦٧]، ووصف الله عزَّ وجلَّ حال الإنسان الأخيرة بالضعف، كما في قوله تعالى: ﴿اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً﴾ [الروم: ٥٤]، كما جاء في القرآن الكريم وصفٌ لحالة متقدمة من الشيخوخة، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَمِنْكُمْ مَنْ يُرَدُّ إِلَى أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْ لَا يَعْلَمَ بَعْدَ عِلْمٍ شَيْئًا﴾ [النحل: ٧٠].

وهذه الآيات وغيرها تميز بين مرحلتين من مراحل كبر السن: أولاهما: الشيخوخة، وهي طور التراجع الجسدي والعقلي، وتظهر فيه معالم الضعف والانحطاط بعد تمام القوة.

وثانيهما: أرذل العمر، وهي أقصى درجات الضعف، حيث يتراجع الإدراك والعقل، ويصل فيها الإنسان إلى حدٍّ لا يعلم فيه بعد علم شيئاً، وتعود حال الإنسان إلى ما يشبه حال الطفولة.

وبالنظر فيما كتبه العلماء في هذا الباب، نجد أن ألفاظهم في وصف كبير السن لا تخرج عن وصف هاتين المرحلتين المذكورتين في القرآن الكريم، وأبرز الألفاظ التي استعملوها هي:

١- الشيخ، أو: الشيخ الكبير: وهو أعم الأوصاف، ومن أكثرها وروداً في كلامهم، ويطلقونه غالباً على الطور الذي يلي الكهولة^(١).

وقد اختلفت أقوالهم في تحديد بدايته، فذهب أكثر الفقهاء وشرح السنة إلى أنه يطلق على من بلغ الستين، ومن ذهب لهذا الرأي: أبو الوليد الباجي، وابن الجوزي، وابن القيم، والكرماني، وابن حجر، والعيني، والقسطلاني، والمناوي، وابن عبد الهادي^(٢)، وغيرهم.

(١) قلت: غالباً؛ لأنه يطلق أحياناً على كبير القدر.

(٢) انظر أقوالهم على ترتيب ذكرهم: المتقى شرح الموطأ للباجي (١٠٧/٦)، كشف المشكل من حديث الصحيحين لابن الجوزي (٥٣٢/٣)، وذهب في كتابه: تنبيه النائم الغمر على مواسم العمر (ص ٣٧) إلى أن الشيخوخة من بعد الخمسين، تحفة المودود بأحكام المولود لابن القيم (ص ٤٢٦)، الكواكب الدراري للكرماني (١٩٦/٢٢)، فتح الباري لابن حجر (٢٤٠/١١)، عمدة القاري للعيني (٣٦/٢٣)، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري للقسطلاني (١٨٣/١٨)، فيض القدير للمناوي (١١/٢)، الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقى لابن المبرد (٣٦٠/٢).

ولعلمهم أخذوه من حديث: ((أعذر الله إلى امرئ آخر أجله حتى بلغه ستين سنة))^(١)، وهو يدل على أن الستين مرحلة فاصلة في عمر الإنسان، ينقطع بعدها كل عذر له في التأخير والغفلة؛ لبلوغه السن التي يقترب فيها الإنسان من الأجل.

قال ابن الجوزي رَحِمَهُ اللهُ في شرحه للحديث: «واعلم أن الأسنان أربعة: سن الصبا، وسن الشباب، وسن الكهولة، وسن الشيخوخة... وسن الكهول الذي قد تبين فيه الانحطاط والنقصان مع بقاء من القوة، ومنتهاه في أكثر الأحوال ستون سنة، فمن بلغ الستين فقد انتهى وأثر فيه ضعف القوة وجاءته نذر الموت ودخل في سن المشايخ، وفي ذلك الزمان يزيد انحطاط القوة، ويقوى ظهور الضعف إلى آخر العمر»^(٢).

وذهب بعضهم إلى أن مبتدأ الشيخوخة خمسون سنة، ومن هؤلاء: الجويني، وحكي عن أبي يوسف ومحمد بن الحسن، وابن قدامة، والبعلي، والصنعاني، وغيرهم رَحِمَهُمُ اللهُ^(٣).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الرقاق، باب من بلغ ستين سنة فقد أعذر الله إليه في العمر، رقم الحديث: (٦٤١٩).

(٢) كشف المشكل من حديث الصحيحين (٣/٥٣٢).

(٣) انظر أقوالهم على ترتيب ذكرهم: نهاية المطلب للجويني (١١/٣٢٢)، الكافي لابن قدامة (٢/٢٧٦)، المطلع على ألفاظ المقنع للبعلي (ص ١٤١)، التنوير شرح الجامع الصغير للصنعاني (٨/٨٦).

٢- الهرم، والشيخ الفاني: ويُطلق على من بلغ من الكبر مبلغاً يفضي به إلى حالٍ من الضعف العقلي والبدني الشديدين، بحيث يُشبه حال الطفل في عجزه عن التمييز أو تدبير شؤونه، وهو المعنيُّ غالباً في كلام الفقهاء عند حديثهم عن أحكام الكبير العاجز أو المعذور في كتابي الصيام والجهاد وغيرهما، وهو أرذل العمر الذي استعاذ منه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(١)، ويصل فيه الإنسان شيئاً فشيئاً إلى منتهى الضعف، حتى ينتهي إلى الخرف وعدم التمييز.

قال ابن هبيرة رَحِمَهُ اللَّهُ: «وأما أرذل العمر فحالة يتناهى فيها الضعف لعلو السن وتكاثر العجز، فيعود الإنسان كلاً على الناس وثقلاً على غيره، ويعجز عن عبادة الله عَزَّوَجَلَّ وتحمل أعباء حوائج الناس»^(٢).

وقال ابن بطل رَحِمَهُ اللَّهُ: «والهرم هو أرذل العمر الذي ينتهي بصاحبه إلى الخرف وذهاب العقل، فيعود العالمُ جاهلاً، ويصير إلى حالٍ من لا تمييز له، ولا يقدر على أداء ما يلزمه من حقوق الله وحاجة نفسه، ومثل هذا خشيَ عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حين قال: اللهم كبرت سني،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب تفسير القرآن، باب قوله تعالى: (ومنكم من يرد إلى أرذل العمر)، رقم الحديث: (٦٣٩٠).

(٢) الإفصاح عن معاني الصحاح (١/٣٤٢).

وضعت قوتي، وانتشرت رعيتي، فاقبضني إليك غير مفرط ولا مضيع^(١). وكان سنه حينئذ فيما قال مالك ستين سنة^(٢).

وهذا الطور في حياة الإنسان أصعب في تحديده من طور الشيخوخة؛ لأن الشيخوخة وصف لحالة الجسد فقط، أما الهرم وأرذل العمر فوصف لحالة الجسد والعقل والإدراك، وهذا يختلف باختلاف الناس وطبائعهم وعقولهم وأجسادهم، إلا أن الغالب أنه لا يكون قبل الخامسة والسبعين.

قال القسطلاني رحمه الله: «وَمِنْكُمْ مَنْ يُرَدُّ إِلَى أَرْذَلِ الْعُمُرِ» [النحل: ٧٠]، أي: أردئه، أو تسعون سنة، أو ثمانون، أو خمس وتسعون، أو خمس وثمانون، أو خمس وسبعون، وروى ابن مردويه من حديث أنس: أنه مئة^(٣) سنة^(٤).

(١) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الرجم والحدود، باب ما جاء في الرجم، رقم الحديث: (٣٠٤٤). والحديث رواه سعيد بن المسيب عن عمر، وهو صحيح، فإن سعيد بن المسيب سمع من عمر كما ذكره ابن حجر، وإن لم يكن فمراسيله صحيحة كما ذكره غير واحد. انظر: تهذيب التهذيب (٤٤ / ٢).

(٢) شرح صحيح البخاري لابن بطال (١٠ / ١٢٠).

(٣) أخرجه الدارقطني في العلل، رقم الحديث (٢٦٨٥)، وفي سننه داود بن أبي سليمان، وهو مجهول. وقد نقله ابن حجر في فتح الباري (٨ / ٣٨٨)، والعيني في عمدة القاري (١٨ / ١٩).

(٤) إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري (١٤ / ٥٣٠). وقد تكلم رحمه الله في عدة مواضع عن معنى «أرذل العمر» وأنه الهرم المؤدي إلى الخرف، بحيث يشابه الطفولية في نقص القوة والعقل. انظر منها: (١١ / ٦٦)، (١٨ / ١٠٨، ١١٢، ١٣٠).

هذا مع التأكيد على أن غالب أطوار الإنسان لا يمكن تحديد مبتدئها ومنتهاها بعمر معين ينطبق على كل الناس، ولذا قال الجويني رَحِمَهُ اللهُ: «هذه الأطوار لا تنضبط بمدد معلومة في جميع الجبلات؛ فإنها تختلف في البنية والقوى»^(١).

والحاصل مما تقدم أنه باستقراء النصوص الشرعية وأقوال الفقهاء وشرح الحديث حول تحديد كبير السن فإنه يتبين أن كبر السن ليس له سنٌ محددة متفق عليها، بل هو وصف مبنيٌّ على ملاحظة التغيرات الجسدية والعقلية. ومع ذلك، فإن غالب أهل العلم جعلوا بلوغ الستين علامةً على دخول مرحلة الشيخوخة، لما ورد في ذلك من أثر شرعي، ولما تقرر في التجربة البشرية من بداية مظاهر الانحدار البدني والعقلي في هذا السن.

أما الهرم وأرذل العمر، فهي مرحلة متقدمة لا تنضبط بسنٍّ معينة، بل تختلف باختلاف الناس وطريقة عيشهم وطعامهم وتقدم الطب في زمانهم، فربما يسرع الهرم إلى أناس دون أناس، أو قوم دون قوم، والعبرة بظهور آثاره من العجز والخرف، لا بمجرد بلوغ عمر معين، وإن كان الغالب من أحوال البشر أنه لا يكون قبل الخامسة والسبعين.

وخلاصة ما تقدم، أن مفهوم كبر السن في الفقه الإسلامي يقوم على مزيج من التقدير الزمني التقريبي، والمعاينة الواقعية للحالة

(١) نهاية المطلب (١١ / ٣٢٢). ولا بن الجوزي كلام نحوه في تنبيه النائم الغمر على مواسم العمر (ص ٣٧).

البشرية، مما يفتح الباب لاجتهاد القاضي أو ولي الأمر في تنزيل أثر السن على العقوبة، بحسب ما يظهر له من القرائن والأحوال. والله أعلم.

الفرع الثالث: تعريف كبر السن في النظام السعودي:

أولى المنظم السعودي كبار السن اهتماماً ملحوظاً في تشريعاته، لا سيما في السنوات الأخيرة، تمثل ذلك في إصدار أنظمة وتشريعات خاصة تعنى بحقوقهم ورعايتهم، وتكفل لهم حياة كريمة، وتسهم في إدماجهم في المجتمع، مع التقدير لخبراتهم وحالاتهم الصحية والاجتماعية.

ومن أبرز ما يدل على هذا التوجه، صدور نظام حقوق كبير السن ورعايته بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٧) وتاريخ ٣/٦/١٤٤٣هـ، والذي يُعد أول نظام مستقل يُعنى بحقوق هذه الفئة، ويُرسى مبادئ حمايتهم من الإهمال والإيذاء والتمييز.

وقد تضمنت عدة أنظمة ولوائح سعودية التعريف بكبير السن عن طريق تحديد عمره تحديداً صريحاً أو ضمناً، ومن أبرز هذه الأنظمة -مرتبة من الأقدم إلى الأحدث-:

١- نظام التقاعد المدني (١٣٩٣هـ): جاء في المادة الخامسة عشرة منه ما نصه: «يُحال الموظف على التقاعد حتماً عند بلوغه الستين من العمر...»^(١). ويُفهم منه أن بلوغ الستين يُعد حداً نظامياً لانتهاة الحياة

(١) نظام التقاعد المدني، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤١) وتاريخ ٢٦/٧/١٣٩٣هـ.

الوظيفية المعتادة لبلوغ الإنسان سنًا لا تسمح له بأداء أدواره على الوجه المعتاد.

٢- نظام التأمينات الاجتماعية القديم (١٤٢١هـ): جاء في المادة الثامنة والثلاثين منه ما نصه: «إذا بلغ المشترك ستين سنة كاملة، وتوقف عن ممارسة أي نشاط خاضع للنظام، يحق له الحصول على معاش التقاعد...»^(١).

٣- نظام الضمان الاجتماعي القديم (١٤٢٧هـ): جاء في الفقرة السابعة من المادة الأولى منه ما نصه: «من بلغ سن الشيخوخة: كل من تجاوز سن الستين من العمر، وليس له عائل مقتدر أو مصدر كافٍ للعيش»^(٢). وهو نص صريح في اعتبار تجاوز الستين معيارًا معتمدًا عند المنظم لتوصيف الشيخوخة في إطار تقديم المعونة والمساعدة وفق برنامج الضمان الاجتماعي.

٤- لائحة دور الرعاية الاجتماعية (١٤٣٤هـ): جاء في المادة الرابعة من اللائحة التي تناولت شروط القبول في الدار: «أن يكون قد بلغ سن الستين فأكثر، وأعجزته الشيخوخة عن العمل أو القيام بشؤون

(١) نظام التأمينات الاجتماعية القديم، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٣) وتاريخ ١٤٢١/٩/٣هـ.

(٢) نظام الضمان الاجتماعي القديم، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٥) وتاريخ ١٤٢٧/٧/٧هـ.

نفسه...»^(١). مما يدل على اعتماد الستين كأصل في تحديد كبير السن المحتاج للرعاية.

٥- نظام حقوق كبير السن ورعايته (١٤٤٣هـ): حيث تضمن هذا النظام نصًا صريحًا في تحديد كبير السن، إذ جاء في الفقرة الخامسة من المادة الأولى منه ما نصه: «كبير السن: كل مواطن بلغت سنه (ستين) سنة فأكثر»^(٢). وهو نص صريح في تحديد السن التي يُعد بها المواطن كبيرًا في السن، لا سيما لأغراض الحماية والرعاية.

وبتأمل النصوص النظامية السابقة يتضح أن السن المعتمد لدى المنظم السعودي في توصيف كبر السن هو ستون عامًا؛ إذ تكرر تحديد هذا السن في أنظمة الرعاية، والضمان، والتقاعد، والدخول إلى دور الرعاية الاجتماعية، وجاء التصريح به في نظام حقوق كبير السن ورعايته، مما يدل على اعتماده كأساس لتوصيف الشيخوخة وكبر السن، مع عدم استبعاد تعديل هذا السن ورفعته في المستقبل القريب، لا سيما وأن نظام التأمينات الاجتماعية الجديد (١٤٤٥هـ) قد رفع السن النظامية لاستحقاق معاش التقاعد إلى الخامسة والستين^(٣)، في دلالة

(١) لائحة دور الرعاية الاجتماعية، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٣٢٢) بتاريخ ١٤٣٤/٩/١٤هـ.

(٢) نظام حقوق كبير السن ورعايته، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٧) وتاريخ ١٤٤٣/٦/٣هـ.

(٣) نظام التأمينات الاجتماعية الجديد، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٧٣) وتاريخ ١٤٤٥/١٢/٢٦هـ.

يُمكن فهمها على أنها مؤشر على توجه قادم لرفع تعريف الشيخوخة إلى هذا السن، خاصةً مع تحسن مستوى الرعاية الصحية والمعيشية، وارتفاع متوسط الأعمار في المملكة العربية السعودية^(١)، وهو ما تؤكدته تقارير وزارة الصحة والهيئة العامة للإحصاء بشأن تحسّن الخدمات الصحية وارتفاع متوسط العمر لدى السكان^(٢).

المطلب الثاني: تعريف العقوبة:

الفرع الأول: تعريف العقوبة لغة:

لفظ العقوبة في أصل وضعه اللغوي مأخوذ من مادة: (ع ق ب)، وهي مادة تدل على الترتيب والتعاقب والتأخير، ومنه: العُقْبَى، والعاقبة، أي: ما يكون تاليًا لما قبله، سواء في الخير أو في الشر.

- (١) نشرت وزارة الصحة السعودية في موقعها على الشبكة خبرًا بتاريخ ٩/١٠/١٤٤٦هـ أكدت فيه ارتفاع متوسط الأعمار في المملكة العربية السعودية من ٧٤ سنة في عام ٢٠١٦م إلى ٧٨,٨ سنة في عام ٢٠٢٤م، نتيجة لجهود الوزارة المستمرة في تحسين جودة الخدمات الصحية، وتعزيز الوقاية من المخاطر الصحية، ضمن مستهدفات برنامج تحوّل القطاع الصحي المنبثق عن رؤية المملكة ٢٠٣٠م، التي تسعى إلى بناء «مجتمع حيوي» ينعم بالصحة والعافية.
- (٢) موقع الهيئة العامة للإحصاء، إحصاءات السكان، إحصاءات تعداد السعودية ٢٠٢٢م.

قال ابن فارس: «العين والقاف والباء أصلان صحيحان، أحدهما يدل على تأخير شيء وإتيانه بعد غيره... ومن هذا الباب: عاقبت الرجل معاقبة وعقوبة وعقاباً»^(١).

وتُطلق العقوبة في اللغة على الجزاء الذي يأتي عقب الذنب، قال الأزهري: «العقاب والمعاقبة أن تجزي الرجل بما فعل سوءاً، والاسم العقوبة»^(٢).

وتستعمل العرب هذا اللفظ أيضاً في باب المقابلة والمكافأة دون تخصيص بالخير أو الشر، قال ابن سيده: «واعتقب الرجل خيراً أو شراً بما صنع: كافأه به»^(٣).

الفرع الثاني: تعريف العقوبة اصطلاحاً:

لا تخرج العقوبة في الاصطلاح عن المعنى اللغوي، ولذا لم يفرد لها الفقهاء بالتعريف بقدر ما بحثوا في أغراضها وخصائصها.

وبالتأمل في أقوال الفقهاء واستعمالهم للفظ «العقوبة» يمكن أن يُقال إنها: الجزاء المؤلم الذي يلحق بالإنسان على فعله السيئ، سواء كان في الدنيا أم في الآخرة. إلا أن الاصطلاح الفقهي عند الإطلاق ينصرف غالباً إلى العقوبة الدنيوية التي يقررها الشارع أو يقدرها ولي

(١) مقاييس اللغة (٧٧/٤) بتصرف يسير.

(٢) تهذيب اللغة (١٨٣/١).

(٣) المحكم والمحيط الأعظم (٢٤٣/١). وانظر: لسان العرب (٦١٩/١)، القاموس المحيط (ص ١١٧)، المعجم الوسيط (٢/٦١٣).

الأمر في حدود سلطته الشرعية، ويقصد بها الزجر أو الردع أو التطهير، أو الجمع بين هذه المقاصد^(١).

ويلاحظ أن العقوبة وُصفت بأنها بدلٌ من الفعل السيئ ومكافأةٌ عليه، فهي لا تقع ابتداءً، بل تتعقب جرماً سابقاً وتُبنى عليه، وتكون في مقابلة معصية أو تعدٍّ أو مخالفة تستوجب ذلك، ومن هنا جاء وصفها في بعض التعريفات بأنها: «الإيلاء الذي يُتَعَقَّب به الجرم السابق»^(٢)، أو أنها «الجزاء بالشر على الذنب»^(٣)، وهي تعبيرات تؤكد أن العقوبة إنما يُقصد بها المؤاخضة بالذنب وفق ضابط شرعي أو تقدير اجتهادي معتبر^(٤).

وقد استعمل لفظ العقاب في القرآن الكريم بما يوافق المعنى المشار إليه في عشرين موضعاً، منها قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ [آل عمران: ١١]. وقوله تعالى: ﴿وَإِنَّ رَبَّكَ لَشَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ [الرعد: ٦]. وغيرهما من الآيات^(٥).

(١) انظر على سبيل المثال: فتح القدير (٢١٢/٥)، حاشية ابن عابدين (٣/٤)، الذخيرة (٢٠٥/١٢)، منح الجليل (٦١/٩)، نهاية المطلب (٤١/١٥)، روضة الطالبين (١٧٣/١٠)، الفروع (٤٠٤/٩)، المبدع (٤٢٠/٩).

(٢) التوقيف على مهمات التعاريف (ص ٢٤٤).

(٣) انظر: حاشية الروض المربع لابن قاسم (١٩٣/٢)، التعريفات الفقهية (ص ١٤٩).

(٤) انظر إضافة إلى ما سبق: مشارق الأنوار على صحاح الآثار (٢/٢٧٤)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (٢/٤٢٠)، معجم لغة الفقهاء (ص ٣١٦)، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً (ص ٢٥٤).

(٥) المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم (ص ٤٦٧).

المبحث الثاني

المنهج الشرعي العام في التعامل مع كبار السن

المأمل في نصوص الشريعة ومقاصدها، والمتبع لفتاوى الفقهاء وتقريراتهم، يتبين له أن الشريعة قد قررت في تعاملها مع كبار السن منهجاً قائماً على الرحمة والتوقير والتيسير ورفع الحرج، فلم تنظر الشريعة إلى كبر السن على أنه مجرد مرحلة عمرية، بل حالة إنسانية تتطلب خطاباً خاصاً، ومعاملة تقوم على مراعاة ضعف البدن، وتغير الإدراك.

وقد بلغ من تعظيم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لهذه المرحلة من العمر أن جعل توقير الكبير صورة من صور إجلال الله عز وجل، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إن من إجلال الله إكرام ذي الشيئة المسلم))^(١). وحين أُتي إليه بأبي قحافة - والد أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - يوم فتح مكة وهو شيخ كبير قد شاب شعره، قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لأبي بكر: ((هلا تركت الشيخ في بيته حتى أكون أنا آتية فيه))^(٢). فهذا من أدبه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وتواضعه، وبيان ما ينبغي من توقير الكبير، ولو كان حديث عهد

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأدب، باب في تنزيل الناس منازلهم، رقم الحديث: (٤٨٤٣). وحسنه ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/ ١١٩٨)، والألباني في صحيح الترغيب والترهيب (١/ ١٥١).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده، رقم الحديث: (٢٦٩٥٦)، وابن حبان في صحيحه، رقم الحديث: (٣٥٤٢)، والحاكم في المستدرک، كتاب المغازي والسرايا، رقم الحديث: (٤٤١١)، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يُخرجاه».

بجاهلية، وهو يدل على أن السن في ذاته له حرمة، وأن الشيخ لا يُعامل كما يُعامل الشاب، مراعاة لسنّه، وما ابتلي به من ضعف، وما قدّمه من سابقة في الدين.

وقد سار الخلفاء الراشدون على هذا الهدى، فقد روي عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه رأى شيخاً كبيراً من أهل الذمة يسأل الناس، فقال: «ما لك؟» فقال: ليس لي مال وأنا تؤخذ مني الجزية. فقال عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «ما أنصفناك إن أكلنا شبيبتك، ثم نأخذ منك الجزية»، ثم كتب إلى عماله ألا يأخذوا الجزية من شيخ كبير^(١).

فهذا الأثر يؤخذ منه فقه التعامل مع كبار السن، وأن العدل ليس ميزاناً جامداً لا يميز في التكليف المالي بين القادر والعاجز، بل هو ميزان تؤثر عليه عدة عوامل تشمل رعاية العاجز، ورد الجميل، ومراعاة السن والضعف، ولو مع غير المسلمين.

ومن لطيف ما قرره الفقهاء في هذا الباب، ما ذكره بعض فقهاء الحنفية من أن من رأى مفطراً ناسياً في نهار رمضان فلا يُشرع له أن

(١) أخرجه أبو عبيد في الأموال، كتاب سنن الفبيء والخمس والصدقة، باب اجتناء الجزية والخراج وما يؤمر به من الرفق بأهلها وينهى عنه من العنف عليهم فيها، رقم الأثر: (١١٩)، وابن زنجويه في الأموال، كتاب الفبيء ووجوهه وسبيله، باب اجتناء الجزية والخراج وما يؤمر به من الرفق بأهلها وينهى عنه من العنف، رقم الأثر: (١٧٩). كلاهما عن عمر بن عبد العزيز، وهو مرسل. وأخرجه ابن زنجويه في باب فرض الجزية ومبلغها، رقم الأثر: (١٦٥) عن صلة بن زفر، وهو مرسل أيضاً.

يذكره إذا كان شيخاً كبيراً؛ لأن الشيخوخة مظنة الرحمة، وأنَّ أكل الصائم ناسياً ليس بمعصية، فليس في ترك تنبيهه معصية^(١)، وبغض النظر عن رجاحة هذا القول من عدمه فإنها لفظة لطيفة تدل على أن السنَّ في ذاته تُؤسس عليها أحكام شرعية.

ولذلك لم يكن الفقهاء يقتصرون في كلامهم على التكليف المجرد، بل ترى تأثير وصف كبر السن في اجتهاداتهم، خاصة إذا ظهر معه عجز أو ضعف بيّن، وهذا يتجلى لك في أبواب الصيام، والجهاد، والعبادات عموماً، وفي بعض مسائل المعاملات، وقد يُخصّص الشيخ الكبير في الفتوى، أو يُراعى حاله في القضاء، مراعاةً لما يقتضيه حاله من التيسير وتخفيف المؤاخظة.

بل تجاوز الأمر المراعاة الفقهية إلى مراعاة الجوانب النفسية لكبار السن، فكان أهل العلم يُوصون بعدم التشديد في سؤاَلهم، والرفق في تصحيح زلاتهم، وتجنُّب إخراجهم؛ لأن كبر السن قد يصعب عليه الرجوع عن رأيه، وقد نقل ابن عبد البر عن أبي الأسود الدؤلي قوله: «إذا أردت أن يكذبك الشيخ فلقنه»^(٢)، لأن كبر السن قد يأنف من التصحيح الصريح، فيحسُن بالمخاطب أن يراعي هذا الخلق في موضع

(١) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم (٢/ ٢٩٢)، حاشية الشرنبلالي على درر الحُكام (١/ ٢٠١).

(٢) جامع بيان العلم وفضله (١/ ٥١١).

الخطأ، وهذا من الأدب العلمي، لا من تضييع الحق، ومن توقيير السن، لا من تعطيل البيان.

فمن مجموع هذا يتضح أن الشريعة أرست منهجاً عاماً راقياً في التعامل مع كبار السن، يقوم على اعتبار أحوالهم، ومراعاة ضعفهم، ورفع الحرج عنهم، والرفق عند نصحتهم، وتحقيق مقاصد التيسير حيث دعت الحاجة لذلك، لا سيما إذا اجتمع مع السن مظنة العجز أو الضعف أو تغير الإدراك.

وهذا المنهج لا يقتصر على باب المعاشرة والمعاملة وحده، بل يظهر أثره في الفتوى والقضاء وتقدير الأحكام، وهو ما يُعد مدخلاً رئيساً في بحث أثر كبر السن في العقوبة، فإن من عظمه الله في سنّه، فجدير أن يُنظر في حاله عند تقدير جزائه؛ لما في التقدم في العمر من تبدل الحال، لا سيما مع آفات الكبر، من النسيان، وسرعة الغضب، والعجلة في القول والفعل، وغيرها من الآفات.

وليس المقصود أن كبير السن يُخرج من عموم التكليف، بل المقصود أن الشريعة تفتح باب الرحمة والتيسير إذا ظهر ما يوجب ذلك، فيصبح كبر السن ظرفاً مؤثراً في الاجتهاد القضائي أو الفقهي.

إلا أنه ينبغي التنبيه إلى أن ما تقدم تقريره إنما هو الأصل في التعامل البشري والقضائي، لكنه ليس عامّاً في كل مقام ولا في كل جزاء، فكبر السن لا يُعد دائماً ظرفاً مخففاً، بل قد يكون - في أحوال معينة - ظرفاً مشدداً يزيد من مسؤولية الإنسان أمام الله عزّ وجلّ، وقد دل على هذا

المعنى حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((أَعذر الله إلى امرئ آخر أجله حتى بلغه ستين سنة))^(١)، فهذا الحديث يدل على أن بلوغ الستين حجة قائمة على العبد، وسقوط للعذر، فمن بلغ هذا السن وما زال مقيماً على المعصية، فقد ضيَّع أعذار التأخير، وواجه الله عَزَّوَجَلَّ بعد تمام الإنذار.

وجاء أيضاً في حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة...)) وذكر منهم: ((شيخ زان...))^(٢)، فجعل الزنا أشدَّ وأشنع حين يصدر من شيخ كبير، لأنه لا يُحتمل منه ما يُحتمل من شاب تغلبه الشهوة، ولا يُعذر بطيش أو اندفاع، ولا يُقبل منه هذا التجرُّؤ بعد طول العمر، فاجتمع فيه فساد الإرادة، وضعف الوازع، وسوء الخاتمة.

فهذا يدل على أن كبر السن في ميزان الشريعة قد يكون في بعض المواضع سبباً لزيادة المؤاخذه لا لتخفيفها، بحسب حال المكلف ووجه مخالفته، وبحسب ما قام به من حجة أو سقط عنه من عذر، ومن هنا وجب أن لا يُفهم أن كبر السن مانع مطلق من المؤاخذه، بل هو وصف معتبر من حيث أثره في القدرة والعقل والتكليف، فإن بقي العقل والدراية، وتمادى الإنسان في المعصية، كان كبر السن في حقه حجة عليه لا له، كما دل عليه مجموع النصوص، ثم إن اقتضى ضعفه

(١) تقدم تحريجه.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، رقم الحديث (١٧٢).

الجلدي تخفيف العقوبة عليه في الدنيا لعدم إطاقته وخوفاً عليه من الهلاك، فإن ذلك لا يستلزم تخفيف الجزاء الأخروي، بل قد تكون مؤاخذه أشد من مؤاخذه الشاب، وإثمه أعظم؛ لما تقدم ذكره من الاعتبارات، والله أعلم.



المبحث الثالث

أثر كبر السن في العقوبة في جرائم القصاص والدية

تُعَدُّ العقوبات المقررة في مقابل الجناية على النفس وما دون النفس عقوباتٍ منصوباً عليها شرعاً، فقد شرع الله تعالى القصاص والديات، وفَصَّلَ رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مقادير الديات بنصوص صريحة لم تترك مجالاً للاجتهاد في تقديرها أو تغييرها، ودور الإمام أو القاضي في معالجة هذه الجنايات لا يتجاوز التحقق من ثبوت الجناية بالأدلة المعتبرة شرعاً، ثم إنفاذ حكم الله تعالى في الجاني على الوجه الذي شرعه، ومن ثمَّ فإن سلطة ولي الأمر أو القاضي تقتصر على الاجتهاد في تنفيذ العقوبة دون أن تمتد إلى تحديدها أو تعديلها.

المطلب الأول: أثر كبر السن في القصاص في الجناية على النفس:

اتفق الفقهاء على أن من قتل نفساً معصومة عمداً عدواناً، وكان مكلفاً مدركاً لجنايته، فإنه يُقْتَصُّ منه، سواء أكان شاباً أو شيخاً كبيراً، رجلاً أو امرأة، ولم يُعرف في كلام أحد من فقهاء المذاهب الأربعة قولٌ يُسقط القصاص عن الجاني بسبب كبر سنه أو ضعفه^(١).

وقد استدلوا على ذلك بعموم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ١٧٨]، وبحديث: ((المسلمون تتكافأ

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥٩/٧)، المدونة (٢٥٠/٦)، الأم (٦٠/٦)، الحاوي الكبير (١٣/٢١٥)، الإنصاف (١٩٣/٢٦)، اختلاف الأئمة العلماء (٢٢٥/٢).

دماؤهم»^(١)، فلم يُفرَّق في التكليف ولا في القصاص بين الكبير والشاب، ولا بين القوي والضعيف.

وعليه، فإن كبر السن لا يُعدّ ظرفاً مخففاً ولا مانعاً من القصاص في القتل العمد، لا من جهة ثبوته، ولا من جهة استيفائه، ما دام الجاني مكلفاً، عالماً بجنائته، قاصداً إزهاق النفس، وقد أجمع على ذلك فقهاء الإسلام كما تقدم.

المطلب الثاني: أثر كبر السن في الدخول مع العاقلة:

العاقلة في الشريعة هي الجهة التي تتحمل الدية عن الجاني في غير القتل العمد، وقد أجمع الفقهاء على أن هذا التحمل ليس مبناه الضمان أو الإثم، بل هو من باب النصرة والمواساة والتكافل، ولذا لم يُجعل للعاقلة حق الرجوع على الجاني بما أدّته، بل قرّرت على جهة المعونة دون المقابلة^(٢).

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الجهاد، باب في السرية ترد على أهل العسكر، رقم الحديث: (٢٧٥١). وابن ماجه في سننه، كتاب الديات، باب المسلمون تتكافأ دماؤهم، رقم الحديث: (٢٦٨٣). وصححه ابن حبان في صحيحه (١١٠/٥)، والألباني في صحيح سنن أبي داود (٩٢/٨).

(٢) انظر: المبسوط (١٢٥/٢٧)، الشرح الكبير للدردير (٢٨٤/٤)، الحاوي الكبير (٣٤٢/١٢)، المغني (٤٤/١٢).

وقد اختلف الفقهاء في تحديد من يدخل في العاقلة، فذهب جمهورهم - وهم الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) والظاهرية^(٣) وقولٌ عند المالكية^(٤) - إلى أن العاقلة هم العصبة من جهة النسب^(٥)، وهم قرابة الجاني من جهة الأب، والنصرة شرطٌ فيمن يعقل، مستدلين بحديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى في جنين امرأة من بني لحيان بغرة، عبد أو أمة، ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة توفيت، فقضى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن ميراثها لبنيتها وزوجها، وأن العقل على عصبتها^(٦). وبحديث: كتب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على كل بطن عقوله^(٧).

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٢/٣٤٤)، نهاية المطلب (١٦/٥٠٥)، مغني المحتاج (٩٥/٤).

(٢) انظر: المغني (١٢/٣٩)، الفروع (١٠/٥)، كشف القناع (١٣/٤٤٣).

(٣) انظر: المحلى (١١/٢٦٤).

(٤) انظر: المدونة (٤/٦٢٩)، بلغة السالك (٤/٢٠٣)، حاشية الدسوقي (٤/٢٨٢).

(٥) العصبة هم: القرابة الذكور من جهة الأب كالآباء والأبناء والإخوة لغير أم والأعمام وولاء كالمعتق وعصبة المعتصين بأنفسهم قريتهم وبعيدهم. انظر: لسان العرب (١١/٤٦٠)، كشف القناع (١٣/٤٤٣). مع مراعاة اختلاف أصحاب هذا القول في تحديد أفراد العاقلة، فثمة اختلاف في دخول الأبناء مثلاً وغيرهم، وليس هذا محل بسط ذلك، بل المقصود إيضاح المعنى فقط.

(٦) متفق عليه. أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب جنين المرأة وأن العقل على الوالد وعصبة الوالد لا على الولد، رقم الحديث: (٦٩٠٩). ومسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، رقم الحديث: (١٦٨١).

(٧) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب العتق، رقم الحديث: (١٥٠٧).

وذهب الحنفية^(١)، وهو أحد القولين عند المالكية^(٢)، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(٣)، إلى أن العاقلة هم أهل نصرته، سواء كانوا عصابة أو غير ذلك، فمتى كان للرجل جهة يعتمد عليها في النصر والمعونة - كالديوان أو أهل الحرف - كانت هي عاقلته، واستدلوا بفعل عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حينما دَوَّن الدواوين وجعل العقل على أهلها^(٤)، فدل على أن مناط التحمل هو التناصر، لا خصوص النسب.

وبالنظر إلى القولين نجد أن الفريقين قد اتفقا على اشتراط صفة النصر فيمن يعقل، إلا أن أصحاب القول الأول جعلوها شرطاً في العاصب، بينما ذهب أصحاب القول الثاني إلى أنها أساس الوجوب، وإنما جعلها النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في العصابة لأنهم أهل النصر في زمانه، وفي ضوء هذا الخلاف، يُطرح السؤال: هل يدخل كبير السن في العاقلة؟ أم يُستثنى منها لضعفه وشيخوخته وفقدانه لصفة النصر؟

(١) انظر: بدائع الصنائع (٧/ ٢٥٥-٢٥٦)، الهداية (٤/ ٥٠٦)، تكملة فتح القدير (١٠/ ٣٩٥)، الدر المختار (ص ٧٣٠-٧٣١).

(٢) انظر: الذخيرة (١٢/ ٣٨٧-٣٨٨، ٣٩٣)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤/ ٢٨٢)، التاج والإكليل (٨/ ٣٤٨)، بلغة السالك (٤/ ٢٠٣).

(٣) مجموع الفتاوى (١٩/ ٢٥٥-٢٥٦).

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب العقول، باب في كم تؤخذ الدية؟ رقم الحديث: (١٧٨٥٨)، عن الشعبي عن عمر، وهو مرسل. وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الديات، باب العقل على من هو؟ رقم الحديث: (٢٧٧٧١)، وباب الدية في كم تؤدى؟ رقم الحديث: (٢٧٨٨٦)، عن إبراهيم النخعي عن عمر، وهو منقطع. وانظر: نصب الراية، كتاب المعاقل (٤/ ٣٩٨-٣٩٩).

بالنظر إلى القولين في المسألة، وإلى ما قرره الفقهاء، فإنه يمكن أن يُقال: إن دخول كبير السن في العاقلة محل خلاف على قولين:

القول الأول: أن كبير السن لا يدخل في العاقلة إذا بلغ الهرم:

وهو وجهٌ عند الشافعية^(١) والحنابلة^(٢)، ويمكن تخريجه قولاً للحنفية^(٣) والمالكية^(٤) بناءً على جعلهم التناصر أساساً للعقل.

وتعليهم: أن تحمل العقل في الإسلام أساسه التناصر، أو هي شرطٌ فيه عند البعض، وهي بدلٌ من المنع بالسيف، ولذلك لم تجب الجزية على

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٢/٣٤٧-٣٤٨)، المهذب للشيرازي (٣/٢٤١)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٩/٣٥٥).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (١٢/٤٨)، المبدع شرح المقنع (٩/٣٦٤)، الإنصاف (٢٦/٥٨).

(٣) قال السرخسي في المبسوط (٢٧/١٢٨): «ألا ترى أن الشرع نهى عن قتل النساء والصبيان من أهل الحرب؛ لأنهم يقاتلون لدفع من يقاتلهم وتناصرهم فيما بينهم وذلك لا يحصل بالنساء والصبيان، وكذلك الجزية التي خلت عن النصره لم توجب على النساء والصبيان فكذلك تحمل العقل». وقال الطوري في تكملة البحر الرائق (٨/٤٥٧): «ولأن العقل إنما يجب على أهل النصره، والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء، ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصره، وهو الجزية».

(٤) قال القرافي في الذخيرة (١٢/٣٩٣): «ونكتة المسألة أن التعاقل مبني على التناصر ولذلك اختص العاقلة العصبة وسقطت عن النساء والصبيان والمجانين بعدم النصره مع وجود القرابة فيهم فقد دار العقل مع النصره وجوداً وعدمًا». وقال الخرشي في شرحه على مختصر خليل (٨/٤٦-٤٧): «وعقل عن صبي ومجنون وامرأة وفقير وغارم ولا يعقلون... وإنما لم تضرب على هؤلاء لأنها إعانة والفقير والغارم محتاجان للإعانة وسقطت عن الصبي والمجنون والمرأة لعدم التناصر منهم وهو علة في ضربها».

من لا يقدر على القتال من أهل الذمة كالنساء والصبيان والهرمى والمرضى، فكذلك العقل؛ لأن الشيخ الهرم ليس من أهل القتال والنصرة^(١).
وعللوا كذلك بعدم وجوب الجهاد على الشيخ الهرم، وبكونه لا يُقتل في الحرب، وهذا دليل على أنه ليس من أهل النصر^(٢).
ونوقش: بأن النصر لا تقتصر على النصر بالقتال واليد، بل تكون باللسان كذلك^(٣).

وُجِبَ عنه: بأن الغالب في الشيخ الهرم أنه يضعف عن ذلك، ولا يكون للسانه من التأثير ما يعوّل عليه، للنقص الطبيعي الذي أصابه بسبب سنه.

القول الثاني: أن كبر السن يدخل في العاقلة:

وهو وجهٌ عند الشافعية^(٤)، وقول أكثر الحنابلة^(٥).
وتعليهم: أنهم من أهل المواساة، ولهذا تجب عليهم الزكاة.

-
- (١) انظر: الحاوي الكبير (١٢/٣٤٧-٣٤٨).
(٢) انظر: المغني لابن قدامة (١٢/٤٨).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٢/٣٤٧-٣٤٨).
(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٢/٣٤٧-٣٤٨)، المهذب للشيرازي (٣/٢٤١)، روضة الطالبين (٩/٣٥٥).
(٥) انظر: المغني لابن قدامة (١٢/٤٨)، الإنصاف (٢٦/٥٨)، كشف القناع (١٣/٤٤٣-٤٤٤).

ونوقش: بأن هذا منتقض بالصبي والمجنون، فإن الزكاة واجبة عليهما وليس من العاقلة^(١).

وعللوا أيضاً بأن النصر لا تكون بالسيف وحده، بل تكون باللسان والرأي كذلك، فيدخل كبير السن في العاقلة بناء عليه^(٢).

ويناقش: بما أجيب عن مناقشتهم لدليل القول الأول من كون الغالب في حال كبير السن الذي بلغ الهرم ألا يكون ذا أثر حتى بلسانه؛ للنقص الطبيعي الذي أصابه بسبب سنه، ولا حكم للنادر.

ولعل الذي يترجح لدى الباحث - والله أعلم - قوة القول الأول، فيدخل الشيخ الكبير في العاقلة، ما لم يبلغ حد الهرم الذي لا يرجى معه نصرة ولا نفع، فلا يكون حينئذ من أهل النصرة، بل ربما كان أولى بالخروج من هذا الوصف من المرأة والصبي. والله أعلم.

المطلب الثالث: أثر كبر السن في سقوط كفارة القتل:

أوجبت الشريعة في القتل شبه العمد والخطأ كفارة تكون سبباً في تطهير الجاني من جنايته التي وقعت منه بتعدّد منه أو تفريط، وهي كما قال الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٤٨/١٢).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٣٤٧/١٢-٣٤٨).

قَوْمَ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فِدْيَةٌ مَسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ، وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ۖ
فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ
عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٩٢﴾ [النساء: ٩٢].

وقد دلّ ظاهر هذه الآية على أن الكفارة الواجبة على القاتل خطأ هي:
تحرير رقبة مؤمنة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، ولا ذكر لإطعام أو
بدلٍ آخر في الآية كما جاء في كفارة الظهار والجماع في نهار رمضان.

والسؤال محل البحث في هذا المطلب: إذا بلغ القاتل من الكبر
مبلغاً لا يستطيع معه صوم شهرين متتابعين، ولم يجد رقبة يعتقها - كما
هو الواقع اليوم - فهل تسقط الكفارة عنه لعجزه عنها؟ أم له أن يُطعم
ستين مسكيناً بدلاً من الصيام؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن كفارة القتل عتق رقبة مؤمنة، فمن لم يجد فصيام
شهرين متتابعين، ولا إطعام فيها، ومن عجز عن الصيام والعتق لم
يكلف بما لا يطيق، وتبقى الكفارة ديناً في ذمته حتى يجدها أو يقدر
عليها، أو تسقط عنه بالعجز:

وإليه ذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وهو الأظهر عند الشافعية^(٣)، والمذهب عند الحنابلة^(٤)، واختيار اللجنة الدائمة للإفتاء^(٥) والشيخ ابن عثيمين^(٦) رَحِمَهُ اللهُ.

دليلهم: أن كفارة القتل منصوص عليها في القرآن، ولم يُذكر فيها الإطعام، والكفارات توقيفية فلا قياس فيها^(٧).

ونوقش: بأن المطلق يحمل على المقيد إذا كان من جنسه، كما اعتبر وصف الإيمان في الرقبة المعتقة في كفارة الظهار مع عدم ذكره فيها، حملاً للمطلق هناك على المقيد هنا.

وأجيب عنه: بأن ذلك إلحاق في وصف، وهذا إلحاق في أصل، ولا يجوز حمل المطلق على المقيد إلا في الوصف دون الأصل، بدليل إطلاق اليد في التيمم على تقيدها بالمرافق في الوضوء، لأنه حمل مطلق على

(١) انظر: المبسوط (٦٧/٢٦)، البحر الرائق (٨/٣٣٤)، رد المحتار وحاشية ابن عابدين (٥٧٤/٦).

(٢) انظر: المعونة على مذهب عالم المدينة (٣/١٣٥٦)، الكافي في فقه أهل المدينة (٢/١١٠٨)، الذخيرة (١٢/٤١٧).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٣/٦٩)، شرح المحلى على المنهاج (٤/١٦٣)، مغني المحتاج (٥/٣٧٧).

(٤) انظر: المغني (١٢/٢٢٨)، الإنصاف (٢٣/٢٨٤)، منتهى الإرادات (٤/٣٥٨).

(٥) انظر: فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، (٢١/٢٧٣).

(٦) انظر: الشرح الممتع (١٤/١٨٣).

(٧) انظر: رد المحتار وحاشية ابن عابدين (٦/٥٧٤)، مغني المحتاج (٥/٣٧٧)، حاشية قليوبي على شرح المحلى (٤/١٦٤).

مقيد في وصف، بينما لم يحمل إغفال ذكر الرأس والرجلين في التيمم على ذكرهما في الوضوء؛ لأنه حمل مطلق على مقيد أصل، فكذلك في الكفارة، حُمِل إطلاق العتق في كفارة الظهر على تقيده بالإيمان من كفارة القتل؛ لأنه حمل مطلق على مقيد في وصف، ولم يُحْمَل إغفال الإطعام في كفارة القتل على ذكره في كفارة الظهر لأنه حمل مطلق على مقيد في أصل^(١).

وقد نص القائلون بهذا القول من الشافعية على أنه من وجبت عليه الكفارة إذا عجز عن الصوم حتى مات فيُطعم من تركته، كما في فائت صوم رمضان^(٢). واختاره ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ^(٣).

القول الثاني: أن من عجز عن الصوم فله إطعام ستين مسكيناً:

وهو وجه عند الشافعية^(٤)، ورواية عند الحنابلة^(٥)، واختيار دار الإفتاء المصرية^(٦)، ودار الإفتاء العام بالأردن^(٧).

(١) انظر: الحاوي الكبير (٦٩ / ١٣)، مغني المحتاج (٣٧٧ / ٥).

(٢) انظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٥١٩ / ٢)، مغني المحتاج (٣٧٧ / ٥)، حاشية البجيرمي (١٦٥ / ٤).

(٣) انظر: مجموع الفتاوى (١٧٠ / ٣٤).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٦٩ / ١٣)، نهاية المطلب (٩٠ / ١٧)، العزيز شرح الوجيز (٥٢٩ / ١٠).

(٥) انظر: المغني (٢٢٨ / ١٢).

(٦) انظر: الفتوى رقم (٦١٤٣)، بتاريخ ٢٠٢٢ / ٢ / ١ م.

(٧) انظر: الفتوى رقم (٣٩٣٥)، بتاريخ ٢٠٢٤ / ١٢ / ٣٠ م.

دليلهم: القياس على كفارة الظهر والجماع في رمضان^(١).

ونوقش: بما أجيب به على مناقشة دليل القول الأول.

ونوقش أيضاً: بأن الإطعام منصوص عليه في كفارة الظهر والجماع في نهار رمضان، ولم يذكر في كفارة القتل، وما كان ربك نسياً، فدل على عدم إجزاء الإطعام في كفارة القتل^(٢).

ولعل الذي يترجح لدى الباحث -والله أعلم- قوة القول الأول، فإن عدم ذكر الإطعام في كفارة القتل الخطأ مع فرضه في كفارتي الظهر والجماع في نهار رمضان يدل على أنه غير مجزئ في كفارة القتل، فينتظر كبير السن الذي وجبت عليه كفارة القتل أن يجد رقبة يعتقها أو يقوى على الصوم، فإن لم يمكنه حتى مات فهو عاجز، و﴿لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]. وفي القول بالإطعام عمن مات وعليه صوم كفارة وجاهة، قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ: «فإذا أطلع عنه في صيام رمضان فهذا أولى»^(٣).

المطلب الرابع: أثر كبر السن في عقوبة القصاص في الجناية على ما دون النفس:

اشتراط الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ شروطاً لاستيفاء القصاص في الجناية على ما دون النفس، من أهمها: الأمن من الحيف، والمماثلة في الاسم

(١) انظر: نهاية المطلب (١٧/ ٩٠)، المغني (١٢/ ٢٢٨).

(٢) انظر: فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، (٢١/ ٢٧٣).

(٣) انظر: مجموع الفتاوى (٣٤/ ١٧٠).

والموضع، والاستواء في الصحة والكمال، فإن اختل شرط من هذه الشروط سقط القصاص، وتحولت العقوبة إلى الدية. وهنا تبرز المسألة محل البحث: هل يُعد كبر السن وصفاً مؤثراً في استيفاء القصاص في هذه الجنايات؟ وهل يمنع القصاص إذا لزم منه الحيف أو كان عضو كبير السن الجاني أقل - بتأثير كبر السن - من عضو المجني عليه؟ هذا ما يتبين من النظر في فرعين:

الفرع الأول: حكم القصاص على كبير السن في الجناية على ما دون النفس مع عدم الأمن من الحيف:

اتفق الفقهاء على أن من شروط استيفاء القصاص فيما دون النفس إمكان الاستيفاء بلا حيف^(١)، فإن لم تكن المساواة في الاستيفاء وكان الاستيفاء يؤدي إلى تلف أكثر مما وجب القصاص فيه، سقط القصاص، ووجب المصير إلى الدية، على اختلاف بينهم في تفاصيل ما يمكن القصاص فيه بدون حيف^(٢).

ومن أمثلة ما ذكره: منع القصاص في كسر العظم؛ لعدم إمكانية ضبطه، ومنع إقامة القصاص في الحر والبرد الشديدين، وفي حال

(١) ممن نقل الإجماع: أشهب، نقله عنه الباجي في المنتقى شرح الموطأ (٨٨/٧). وابن تيمية في مجموع الفتاوى (٣٧٩/٢٨).

(٢) انظر: المبسوط (٩٦/٢٦، ١٤٨)، تكملة البحر الرائق (٣٤٦/٨)، الذخيرة للقرافي (٣٣١/١٢)، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي (٢٥٩/٤) - (٢٦٠)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٥٠٠/٢)، مغني المحتاج (٢٥٥/٥)، المقنع (٢٥٤/٢٥)، الإنصاف (٢٥٤/٢٥-٢٥٥).

مرض الجاني؛ لأنه لا يؤمن أن تتلف نفسه أو يتلف أكثر مما وجب القصاص فيه، ومنع الموالاة في قطع الأطراف إذا خيف التلف من جمعها في آن واحد، فيُفَرَّق قطعها على أوقات، ومنع الاقتصاص لصاحب العضو الصحيح من صاحب العضو الأشل إذا قرر الأطباء أن دمه لا ينقطع، بل تنفتح أفواه العروق ولا تنسد بحسم النار ولا غيره، إلى غير ذلك من الأمثلة، والقاعدة العامة في كل ذلك: ألا يقام القصاص فيما دون النفس في حال لا يؤمن فيها الخوف من السراية^(١).

ويتخرج على ما ذكره: أن كبير السن إذا بلغ من العمر مبلغاً لا يؤمن معه أن تتلف نفسه في حال إقامة القصاص عليه، أو قرر الأطباء أن إقامة القصاص عليه في عضو أو منفعة سيسري أثرها إلى غير ذلك العضو أو تلك المنفعة، فإن القصاص فيما دون النفس لا يستوفي في تلك الحالة، ويكون للمجني عليه الدية، تقديمًا لدرء المفسدة على جلب المصلحة، ولأن الأصل في الدماء التحريم والاحتياط لها، فلا يُستوفي منها إلا إذا كان الغالب السلامة من الحيف والزيادة. والله أعلم.

الفرع الثاني: حكم القصاص على كبير السن في الجناية على ما دون النفس مع عدم المساواة في الصحة والكمال:

اتفق الفقهاء على اشتراط المساواة بين الأعضاء في الصحة والكمال، فلا تؤخذ العين الصحيحة بالعين العوراء، ولا اليد الصحيحة

(١) انظر -إضافة إلى المراجع السابقة-: المدونة (٤/ ٥٧١)، الذخيرة للقرافي (١٢/ ٣٤٩)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ١٩٠-١٩١)، المغني (١١/ ٥٤٠)، حاشية الروض المربع لابن قاسم (٧/ ٢٢٧).

بالشلاء^(١)، كما نصوا على أن التساوي المطلق بين الأعضاء من كل وجه متعذر بلا شك، فالأعضاء تختلف في سمك اللحم وقوة الحاسة والمنفعة بين الناس عمومًا، وبين الشاب والشيخ الكبير، ولو روعي ذلك لأدى إلى تعطيل القصاص، فعدم التساوي الذي هذا شأنه لا يؤثر في استيفاء القصاص^(٢).

وبناء عليه، فإن مجرد الضعف الطبيعي لكبير السن في أعضائه لا يمنع من استيفاء القصاص منه حال جنايته على عضو شاب مكتمل القوة احتجاجًا بعدم المساواة في الصحة والكمال، لا سيما وقد حُكي الإجماع على أن المجني عليه إن كان سليمًا والجاني ناقصًا فللمجني عليه الخيار بين القصاص والدية^(٣)، على خلاف بين الفقهاء في استحقاقه أرش ما بقي إن اختار القصاص^(٤).

(١) ومن نقل الإجماع على ذلك: الجصاص في أحكام القرآن (١/١٧٣)، والبغوي في شرح السنة (١٠/١٧٩)، وابن هبيرة في اختلاف الأئمة العلماء (٢/٢٢٩)، وغيرهم. وانظر: المبسوط (٢٦/٧٤)، بدائع الصنائع (٧/٢٩٨)، الذخيرة (١٢/٣٣٨-٣٤٠)، مغني المحتاج (٥/٢٦١)، المغني (١١/٥٦٩)، الشرح الكبير (٢٥/٢٧١).

(٢) انظر: الذخيرة (١٢/٣٤١)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/٥٠١)، المغني (١١/٥٤٥)، الشرح الكبير (٢٥/٢٤٧).

(٣) ومن نقل الإجماع على ذلك: البغوي في شرح السنة (١٠/١٧٩)، وخالف فيه المالكية. انظر: النوار والزيادات (١٤/١١)، البيان والتحصيل (١٦/١٠٦-١٠٧).

(٤) ومن الأعضاء التي نص الفقهاء على اختلافها بين الشاب والشيخ الكبير: الأسنان، حيث تكون عند الشيخ الكبير سوداء أو متقلقلة، والذكر، حيث

ويتبين مما سبق بحثه في هذا المطلب أن كبر السن لا يُعدُّ مانعاً بإطلاق من استيفاء القصاص فيما دون النفس لمجرد التفاوت في القوة بين العضو المجني عليه وعضو الجاني، لكن إذا ترتب على الاستيفاء من كبر السن ضرر زائد بسبب ضعفه وعدم قدرته على التحمل فإنه يمنع من الاستيفاء منه، وهي حالات مردُّها إلى التقارير الطبية والتقدير القضائي. وبذلك يكون كبر السن مؤثراً معتبراً في عقوبة القصاص في الجناية على ما دون النفس، لا من جهة ثبوت الحكم، بل من جهة إمكان تنفيذه ومآلاته.

يعجز كثير من الهرمى عن إتيان النساء، ونحوهما من الأعضاء، ومما وقفت عليه ما نص عليه ابن المنذر في الأوسط (٢٨٩/١٣) من عدم الفرق بين ذكر الشيخ الكبير والشاب. ومثله ابن قدامة في المغني (٥٤٤/١١) إذ يقول: «لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن القصاص يجري في الذكر... ويستوي في ذلك ذكر الصغير والكبير، والشيخ والشاب، والذكر الكبير والصغير، والصحيح والمريض؛ لأن ما وجب فيه القصاص من الأطراف لم يختلف بهذه المعاني، كذلك الذكر».

المبحث الرابع

أثر كبر السن في العقوبة في جرائم الحدود

الحدود الشرعية عقوباتٌ مقدّرةٌ ثبتت بنصوص الكتاب والسنة، فلا مدخل للاجتهاد في أصلها ومقدارها، لكنها لا تخلو من مواطن نظر في كيفية تنفيذها بحسب أحوال الجناة، دون أن يفضي ذلك إلى تعطيل الحد أو تغيير نوعه، وإنما يكون في تأخير التنفيذ أو تعديل كلفه بما لا يخرج عن المقصود الشرعي.

ومن تلك الأحوال: حالة كبر السن المصحوبة بضعف شديد أو مرض لا يُحتمل معه تنفيذ الحد على الوجه المعتاد، وقد دلّت السنة النبوية وأقوال الفقهاء على اعتبار هذا الوصف عند تطبيق بعض الحدود، كما في الجلد في الزنا والقذف ونحوهما.

والبحث هنا إنما يتعلق بالعقوبات غير المهلكة للنفس، فأما إذا كان الحدُّ القتل فقد تقدم أنه لا أثر لضعف الجاني أو مرضه في تأخير إقامته؛ لأن الحد مهلكٌ له، والغاية موته، فلا حاجة للتأخير^(١).

المطلب الأول: أثر كبر السن في تأخير إقامة الحد:

إذا بلغ كبير السن مبلغاً من الضعف أو المرض بحيث يُخشى عليه من الهلاك لو أقيم عليه الحد في الحال، وكان يُرجى زوال علته أو عودته

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥٩/٧)، المدونة (٢٥٠/٦)، الأم (٦٠/٦)، الحاوي الكبير (١٣/٢١٥)، الإنصاف (١٩٣/٢٦).

بعض قوته، فهل يُقام عليه الحد على الفور أم يؤخر لحين زوال علته أو عودة بعض قوته؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة بحسب الحد الواجب.

الفرع الأول: الحدود التي يجب فيها الجلد:

أما الحدود التي يجب فيها الجلد فقد اختلفوا فيها على قولين:

القول الأول: أن المريض الذي يُرجى برؤه والضعيف الذي يُرجى زوال سبب ضعفه يؤخر جلده حتى يبرأ ويقوى:

وهو قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، وقول عند الحنابلة^(٤).

دليلهم من المنقول: ما رواه عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: إن أمةً لرسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زنت فأمرني أن أجلدها، فإذا هي حديثٌ عهدٌ بنفاس، فخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها، فذكرت ذلك للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: ((أحسن))^(٥).

ودليلهم من المعقول: أن الجاني الذي يُرجى زوال علته إما أن يُقام عليه الحد تاماً كما يُقام على الأصحاء، أو يُخفف عنه كما يُخفف عن

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥٩/٧)، المبسوط (١٠٠/٩).

(٢) انظر: الذخيرة (٨٢/١٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٣٢٢/٤).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٢١٣/١٢)، مغني المحتاج (٤٥٨/٥).

(٤) انظر: المغني (٣٣٠/١٢).

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، رقم الحديث: (١٧٠٥).

أصحاب الأعذار، أو يؤخر حتى يزول عذره، ولا يجوز أن يقام عليه الحد تامةً لإفضائه إلى تلفه، وهو غير المستحق عليه، ولا يجوز أن يقام عليه الحد مخففاً؛ لأنه يمكن أن يقام عليه تامةً، فلم يبق إلا أن يؤخر الحد إلى زوال علته^(١).

القول الثاني: أن المريض الذي يُرجى برؤه والضعيف الذي يُرجى زوال سبب ضعفه يُجلد دون تأخير، فإن خيف عليه من السوط فيخفف في كيفية الضرب، بأن يضرب بطرف الثوب أو عُثْكَول النخل^(٢): وهو مذهب الحنابلة^(٣)، والظاهرية^(٤).

دليلهم من المنقول: أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أقام الحد على قدامة بن مظعون في مرضه، ولم يؤخره^(٥).

(١) انظر: فتح القدير (٥/ ٢٤٥)، الحاوي الكبير (١٢/ ٢١٣-٢١٤)، مغني المحتاج (٥/ ٤٥٨).

(٢) العُثْكَول: هو عذق النخلة. ويقال: عُثْكَال. وكل غصن من أغصانه يسمى: شِمْرَاح، وشَمْرُوخ، وفيه ما بين خمس تمرات إلى ثمان. انظر: تهذيب اللغة (٣/ ١٩٦) (٧/ ٢٦٣)، لسان العرب (٣/ ٣١) (١١/ ٤٢٥).

(٣) انظر: المغني (١٢/ ٣٢٩)، الإنصاف (٢٦/ ١٩٢)، وقال: «وهو من مفردات المذهب». منتهى الإرادات (٥/ ١١٥).

(٤) انظر: المحلى (١٢/ ٩١).

(٥) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الأشربة، باب من حد من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، رقم الحديث: (١٧٠٧٥). والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الأشربة والحد فيها، باب من وجد منه ريح شراب أو لقي سكران، رقم الحديث: (١٧٥٧٩). ورجال الإسناد كلهم ثقات.

ونوقش: بأن مرض قدامة بن مظعون رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ كَانَ خَفِيفًا لَا يَمْنَعُ مِنْ إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَى الْكَمَالِ، وَلِهَذَا لَمْ يُنْقَلْ عَنْ عَمْرِو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ خَفَفَ عَنْهُ فِي السُّوْطِ، وَإِنَّمَا اخْتَارَ لَهُ سُوْطًا وَسُوْطًا كَالَّذِي يُضْرَبُ بِهِ الصَّحِيحُ، وَعَلَى التَّسْلِيمِ بِمَا ذَكَرْتُمْ فَإِنْ فَعَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مُقَدِّمًا عَلَى فَعْلِ عَمْرِو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَهُوَ اخْتِيَارُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَفَعَلَهُ^(١).

ودليلهم من المعقول: أَنَّ الْحَدَّ وَاجِبٌ، فَلَا يُؤْخَرُ مَا أَوْجَبَهُ اللَّهُ بِغَيْرِ حُجَّةٍ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إِذَا أَمَرْتُمْ بِأَمْرٍ فَأَتَوْا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ))^(٢).

ويناقش: بأنَّ الدَّلِيلَ قَدْ قَامَ عَلَى جَوَازِ تَأْخِيرِ الْحَدِّ فِي حَالِ الْمَرَضِ وَالضَّعْفِ، فَلَمْ يُؤْخَرْ بِغَيْرِ حُجَّةٍ، وَالدَّلِيلُ الْخَاصُّ فِي الْمَسْأَلَةِ مُقَدِّمٌ عَلَى الدَّلِيلِ الْعَامِّ.

وقد ذهب الشافعية إلى التمييز بين الجلد في حدي الخمر والزنى والجلد في حد القذف، لكون الجلد في حد القذف حَقًّا لِلْأَدَمِيِّ، فَذَهَبُوا إِلَى أَنَّ حَدَّ الْجِلْدِ فِي جَرِيمَةِ الْقَذْفِ - إِذَا كَانَ مُسْتَحَقًّا لِلْحَدِّ ضَعِيفًا أَوْ مَرِيضًا - يُخَيَّرُ فِيهِ الْمَقْذُوفُ بَيْنَ الضَّرْبِ بِالْعِشْكَالِ وَنَحْوِهِ، أَوْ الصَّبْرِ إِلَى

(١) انظر: المغني (١٢/ ٣٣٠).

(٢) متفق عليه. أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، رقم الحديث: (٧٢٨٨). ومسلم في صحيحه، كتاب الحج، رقم الحديث: (١٣٣٧). وانظر: كشف القناع (١٤/ ٢٠-٢١).

أن يبرأ المريض ويقوى الضعيف، وقال بعضهم: بل يُجلد بالسطو سواء رجي برؤه أم لا؛ لأن حقوق الأدميين مبنية على المضايقة^(١). والذي يترجح للباحث هو القول الأول؛ للدليل الصحيح الصريح، ولأنه أكمل في إقامة الحد. والله أعلم.

الفرع الثاني: الحدود التي يجب فيها القطع:

الحدود التي يجب فيها القطع هي: الحراة والسرقة، وقد اتفق الفقهاء على تأخير القطع إذا وجب لما يُرجى زواله من الأسباب كالمرض والنفاس والبرد والحر الشديدين؛ لأن المقصود زجر المحدود دون قتله، والقطع في تلك الأحوال مخوف. والله أعلم^(٢).

المطلب الثاني: أثر كبر السن في كيفية إقامة الحد:

الغالب من حال كبير السن أن الضعف الذي أصابه لا يُرجى معه عودة قوته، فإذا أصاب حداً عقوبته دون القتل، وكان في إقامة الحد عليه خطر على صحته أو حياته، فهل يُقام عليه الحد كما يُقام على

(١) انظر: التهذيب في الفقه الشافعي (٧/ ٣٣٢)، العزيز شرح الوجيز (١١/ ١٦٠)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٤/ ١٣٤).

(٢) انظر: فتح القدير (٥/ ٢٤٥)، المدونة (٤/ ٥١٣)، الحاوي الكبير (١٣/ ٣٢٥)، المغني (١٢/ ٤٤٢)، وأجاب ابن قدامة عن الفرق بين قول الحنابلة في هذه المسألة وقولهم بعدم تأجيل الجلد فقال: «القصاص حق آدمي يُخاف فوته، وهو مبني على الضيق لحاجته إليه... وأما تأخير الحد للمرض ففيه منع، وإن سلمنا، فإن الجلد يمكن تخفيفه، فيأتى به في المرض على وجه يؤمن معه التلف، والقطع لا يمكن تخفيفه».

الأصحاء؟ أم يُخفف عنه في كفيته؟ وإذا لم يمكن التخفيف في كفيته فهل يسقط أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة بحسب الحد الواجب.

الفرع الأول: الحدود التي يجب فيها الجلد:

أما الحدود التي يجب فيها الجلد فقد اختلفوا فيها على قولين:

القول الأول: تخفيف كيفية الحد على من لا يُرجى برؤه أو عودة قوته، فيُقام عليه بسوط يؤمن عليه معه من الهلاك، فإن لم يحتمله جُمع له ثمانون أو مئة شمرخ بحسب الحد الواجب عليه، فيضرب به ضربة واحدة:

وهذا قول الحنفية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣)، والظاهرية^(٤).

ودليلهم: ما رواه أبو أمامة بن سهل بن حنيف أنه أخبره بعض أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من الأنصار: أنه اشتكى رجل منهم حتى أُضني^(٥)، فعاد جلدةً على عظم، فدخلت عليه جارية لبعضهم، فهشَّ لها، فوقع عليها، فلما دخل عليه رجال قومهم يعودونه أخبرهم

(١) انظر: فتح القدير (٢٤٥/٥).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٢١٥/١٣)، مغني المحتاج (٤٥٨/٥).

(٣) انظر: المغني (٣٣٠/١٢)، كشف القناع (٢١/١٤).

(٤) انظر: المحلى (٩١/١٢).

(٥) قال الخطابي في معالم السنن (٣٣٦/٣): «قوله: أضني. معناه: أصابه الضنى، وهو شدة المرض وسوء الحال حتى ينحل بدنه ويهزل».

بذلك، وقال: استفتوا لي رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فإني قد وقعت على جارية دخلت علي، فذكروا ذلك لرسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقالوا: ما رأينا بأحد من الناس من الضر مثل الذي هو به، لو حملناه إليك لتفسخت عظامه، ما هو إلا جلد على عظم. فأمر رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يأخذوا له مئة شمراخ، فيضربوه بها ضربة واحدة^(١).
والحديث صريح في أن من كان جلده يؤدي إلى هلاكه فإنه يخفف عنه في كيفية الجلد.

ونوقش: بأن هذه جلدة واحدة، والواجب مئة.
وأجيب عنه: بأنه يجوز أن يقام ذلك في حال العذر مقام مئة، كما قال الله تعالى: ﴿وَحَذِّبْكَ ضَعْفًا فَأَضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنُتْ﴾ [ص: ٤٤]. وهذا أولى من ترك حده بالكلية، أو قتله بما لا يوجب القتل^(٢).
وعند أصحاب هذا القول، لو برئ من أقيم عليه الحد بالعشكال بعد ذلك أو عادت إليه قوته فلا يُقام عليه الحد مرة أخرى؛ لأن الحدود مبنية على الدرء^(٣).

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب في إقامة الحد على المريض، رقم الحديث: (٤٤٧٢). والنسائي في سننه، كتاب الرجم، باب الضرير في خلقته يصيب الحد، رقم الحديث: (٧٢٦٧). وابن ماجه في سننه، أبواب الحدود، باب الكبير والمريض يجب عليه الحد، رقم الحديث: (٢٥٧٤). وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه (٣٢٧/٢).

(٢) انظر: المغني (١٢/٣٣٠-٣٣١).

(٣) انظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٤/١٣٤)، العزيز شرح الوجيز (١١/١٥٩).

القول الثاني: لا يُخفف الحدُّ على من لا يُرجى برؤهُ أو عودة قوته، بل يضرب كامل الحد بالسوط:
وهو قول المالكية^(١).

دليلهم: قول الله تعالى: ﴿الرَّانِيَةُ وَالرَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]. والجلدة اسم للضربة لا لما يقع الضرب به.

ونوقش: أنه لا يخلو الأمر من ألا يقام الحدُّ أصلاً، أو يُقام تاماً، أو يُقام مخففاً، ولا يجوز تركه بالكلية؛ لأنه يخالف الكتاب والسنة، ولا يجوز إقامته تاماً؛ لأنه يفضي إلى الإتلاف، فتعين أن يقام مخففاً^(٢).

واستدلوا: بأن العمل جرى في الضرب بالسوط في الحدود من عهد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والسلف، ولم يرد خلافه، والغرض ردع مرتكب الكبيرة وزجره، والضرب بالعِشْكال ونحوه لا يقع به الردع^(٣).

ويناقش: بأنَّ الدليل قد قام على جواز الضرب بالعِشْكال، والردع يحصل به؛ إذ الألم في الضرب لا يقتصر على الألم الجسدي فقط، والردع يتحقق بظهور إقامة الحد.

ويناقش أيضاً: بأن الضرب بالسوط لا يخلو من أن يطيقه من وجب عليه الحد، فلا يُعدل عنه حينئذ، ولو اقتضى ذلك تأخير إقامة الحد، أو لا يطيقه، فلا يجوز ضربه به؛ لأنه يترتب عليه أن يستوفي منه

(١) انظر: المدونة (٤/ ٥١٤)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٨٦١).

(٢) انظر: المغني (١٢/ ٣٣٠).

(٣) انظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٨٦١).

أكثر مما وجب عليه، والأصل في الأبحاث التحريم، والحدود مبنية على الدرء، فإما أن يسقط الحد في تلك الحالة، أو يُقام مخففاً، وقد قام الدليل على جواز تخفيف كفيته.

والذي يترجح للباحث هو القول الأول؛ للدليل الصحيح الصريح، ولأنه يحصل به إقامة الحد دون تعدد. والله أعلم.

الفرع الثاني: الحدود التي يجب فيها القطع:

الحدود التي يجب فيها القطع هي: الحراة والسرقعة، ولا يمكن التخفيف في كيفية القطع، فإما أن يُقام أو لا يُقام، ويمكن أن يقال إن للفقهاء في هذه المسألة قولين:

القول الأول: سقوط القطع إذا حُشي منه الهلاك أو السراية إلى أكثر من موضع الحد:

وهو قول الحنفية إذا لم يستحكم فيه المرض على وجه يُخاف منه التلف^(١)، وهو وجه عند الشافعية^(٢)، ويتخرج قولاً للمالكية والحنابلة بناءً على قولهم بسقوط القصاص فيما دون النفس حال خوف السراية، فإذا أسقطوه في حقوق الآدميين المبنية على المشاحة، ففي حقوق الله تعالى المبنية على المساحة من باب أولى^(٣).

(١) انظر: المبسوط (١٠٠/٩-١٠١).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٢١٧/١٣)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٣٨٦/١٢)، العزيز شرح الوجيز (١٥٩/١١).

(٣) انظر ما تقدم في الفرع الأول من المطلب الرابع من المبحث الثالث من هذا البحث.

دليلهم: أنه ليس المقصود من القطع القتل، كما أنه ليس المقصود من الجلد القتل، فلما لم يجز جلده بالسوط حال ضعفه، لم يجز كذلك قطعه.

القول الثاني: وجوب القطع:

وهو قول الحنفية إذا استحکم ذلك المرض على وجه يخاف منه التلف، فيقام الحد؛ تطهيراً له^(١). ومذهب الشافعية^(٢).

دليلهم: أننا لا يمكننا أن نقطعه قطعاً لا نخاف منه؛ إذ كل القطع يخاف منه السراية، فتركه يؤدي إلى إسقاط الحد.

ويناقش: بأن إقامة الحد مع خوف السراية فيه زيادة على المأمور، والأصل في الدماء التحريم، ومتى خيف على النفس سقط الجزاء، وله نظائر في الشريعة، كإسقاط النبي ﷺ الصوم في الكفارة عمن جامع في نهار رمضان لعدم الاستطاعة^(٣).

ويناقش أيضاً: بأن إقامة الحد جلب مصلحة، وترك إقامته عند خوف السراية درء مفسدة، ودرء المفسد مقدم على جلب المصالح.

(١) انظر: المبسوط (٩/ ١٠٠-١٠١).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٣/ ٢١٧)، التهذيب (٧/ ٣٣٢)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٢/ ٣٨٦).

(٣) متفق عليه. أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصوم، باب إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء فتصدق عليه فليكفر، رقم الحديث: (١٩٣٦). ومسلم في صحيحه، كتاب الصيام، رقم الحديث: (١١١١).

والذي يترجح للباحث هو القول الأول؛ لقوة تعليلهم، ولأن القطع إذا سقط في القصاص حال خوف السراية، وهو حق آدمي مبني على المشاحة، فسقوطه في الحد من باب أولى؛ لأن حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة، ولأن الحدود مبنية على الدرء، ولسقوط الواجب إذا خيف على النفس نظائر في الشريعة. وسقوط القطع لا يمنع من تعزيره بحسب ما يراه القاضي. والله أعلم.

ويتبين من مجموع ما تقدم أن الشريعة وإن قررت الحدود في صور محددة لا تقبل الاجتهاد في أصلها، إلا أنها راعت في تنفيذها أحوال المكلفين، ومن ذلك: كبر السن إذا اقترن بعجز أو ضعف يمنع من احتمال العقوبة، فجاء التخفيف في الكيفية أو التأخير في التوقيت، دون إسقاط الحد من أصله، جمعاً بين تحقيق المقصود الشرعي، ومراعاة حال الجاني، ودفعاً لما قد يفضي إلى التهلكة أو الحيف.

المبحث الخامس

أثر كبر السن في العقوبة في جرائم التعزير

يُعدُّ التعزير أحد الوسائل العقابية التي قررتها الشريعة للتأديب على الجرائم التي لم يرد بشأنها حدٌّ مقدر، وتتماز هذه العقوبة بمرونة في التقدير تُراعي أحوال الجناة وملابسات الجريمة، والمقصود بالتعزير عند العلماء: التأديب على معصية لا حدَّ فيها. وهو مشروع بالإجماع^(١).

والمقصود من العقوبات في الشريعة زجر الجاني وردعه وإصلاحه، وإنصاف المجني عليه، وإصلاح الناس وحملهم على الاستقامة، رحمة بهم، فإنَّ «العقوبات الشرعية كلها أدوية نافعة يصلح الله بها مرض القلوب وهي من رحمة الله بعباده ورأفته بهم الداخلة في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ [الأنبياء: ١٠٧]. فمن ترك هذه الرحمة النافعة لرأفة يجدها بالمريض فهو الذي أعان على عذابه وهلاكه وإن كان لا يريد إلا الخير»^(٢).

ويتميز التعزير عن الحدود والقصاص بأنه غير محدد، فليس لأقله ولا لأكثره حدٌّ، بل هو متروك لاجتهاد ولي الأمر، فقد يكون بالوعظ والتوبيخ والهجر، وقد يصل إلى الضرب والحبس والنفي والقتل^(٣)،

(١) نقل الإجماع ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٤٠٢/٣٥)، وابن القيم في الطرق الحكيمة (ص ٢٧٩).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩٠/١٥).

(٣) انظر: غياث الأمم (ص ٢١٩)، الذخيرة (١١٨/١٢)، مجموع الفتاوى (١٠٨/٢٨).

«وكان الخلفاء المتقدمون يُعاملون بقدر الجاني والجناية، فمنهم من يُضرب، ومنهم من يُحبس، ومنهم من يُقام على قدميه في تلك المحافل، ومنهم من تُنزع عمامته، ومنهم من يُحُلُّ إزاره، ويُعتبر في ذلك قول القائل والمقول له والمقول»^(١).

وهذا التوسيع لولي الأمر في تقدير العقوبة مردهُ إلى «تفاوت مفاصد الجرائم في الشدة والضعف والقلّة والكثرة، فلذلك جُعِلت عقوباتها راجعة إلى اجتهد الأئمة وولاة الأمور، بحسب المصلحة في كل زمان ومكان، وبحسب أرباب الجرائم في أنفسهم، فمن سَوَى بين الناس في ذلك وبين الأزمنة والأمكنة والأحوال لم يفقه حكمة الشرع، واختلفت عليه أقوال الصحابة وسيرة الخلفاء الراشدين وكثير من النصوص»^(٢).

وقد قرر الفقهاء ضوابط لا بد من مراعاتها في تقدير العقوبة التعزيرية، كأن تكون العقوبة مناسبة للجناية، وألا تكون بما نُهي عنه كالضرب في الوجه، وألا يتجاوز في قدرها مقدار الحد إن كانت الجناية من جنس ذلك الحد^(٣).

(١) الذخيرة (١٢/١١٨).

(٢) أعلام الموقعين (٢/٤٢٩).

(٣) انظر: ضوابط تقدير العقوبة التعزيرية. للشيخ عبد الله بن خنين. بحث منشور في مجلة القضائية، العدد الأول، محرم ١٤٣٢هـ.

ومما نصوا عليه من ضوابط العقوبة التعزيرية: الأمنُ فيها من الحيف، و«سلامةُ العاقبة، فإن سرى ضمنت عاقلته»^(١)، بخلاف الحدِّ؛ لأن التعزير باجتهاد، والحدُّ مقدر لا مدخل له فيه، فلو لم تترك المرأة النشوز إلا بضرب مخوف لم يجز تعزيرها أصلاً»^(٢).

وهذا مما ينبغي مراعاته عند تقدير العقوبة على كبر السن خاصة؛ إذ احتماله للعقوبات البدنية أقل من احتمال غيره، فيُخفف عنه في العقوبة، أو يُعاقب بها لا يضرُّ بدنه، كالتعزير بالمال ونحو ذلك.

ومن الضوابط التي تُراعى: التوازن بين العقوبة والجاني، فالجناة ليسوا متساوين في أنفسهم، فمنهم من يكون من أهل الصيانة والحياء، أو يكون ذا سابقة في الفضل، فتخفيف العقوبة على هؤلاء متوجه، وغالب حال كبار السن أن يكونوا من هؤلاء، فلحاهم شابت في الإسلام، وقد قدموا وبذلوا في حياتهم لأهلهم وللمجتمع، وسبق لهم من الخير ما يوجب التوقير، فالأصل مراعاتهم ما أمكن.

(١) ضمان ولي الأمر لما يصيب الجاني بسبب التعزير محل خلاف، فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه لا يضمن إن كان أدبه بما يستحقه، كالحدود. وذهب الشافعية إلى أنه يضمن. انظر: الأصل لمحمد بن الحسن (١٥٥/٧)، التجريد للقُدوري (٥٩٥٧/١١)، مواهب الجليل (٣٨٢/٤)، لوامع الدرر (٣٥/١٤)، الأم (١٨٧/٦)، الحاوي الكبير (٤٢٨/١٣)، المغني (٥٢٧/١٢)، الإنصاف (١٩٩/٢٦).

(٢) الذخيرة (١١٩/١٢).

قال أبو يعلى رحمه الله: «تأديب ذي الهيئة من أهل الصيانة أخف من تأديب أهل البذاء والسفاهة لقول النبي صلى الله عليه وسلم: ((أقللوا ذوي الهيئات عثراتهم))»^(١). فإن تساوا في الحدود المقدرة، فيكون تعزير من جل قدره، بالإعراض عنه، وتعزير من دونه: بزاجر الكلام، وغاية الاستخفاف الذي لا قذف فيه ولا سب، ثم يُعدل بمن دون ذلك إلى الحبس الذي يُنزلون فيه على حسب رتبهم، وبحسب هفواتهم، فمنهم من يحبس يوماً، ومنهم من يحبس أكثر منه إلى غير غاية مقدرة، ثم يُعدل بمن دون ذلك إلى النفي والإبعاد، إذا تعدت ذنوبه إلى اجتلاب غيره إليها واستضراره بها»^(٢).

وقال ابن الحاجب رحمه الله: «ومن جنى معصية من حق الله تعالى أو حق آدمي عزره الحاكم باجتهاده بقدر القائل والمقول له والقول، فيخفف ويتجافى عن الرفيع وذو الفلته، ويثقل على ذي الشر ويكون بالضرب وبالحبس، أو بالإقامة وبنزع العمامة وبغير ذلك»^(٣).

على أنه ينبغي أن يُراعى أن كبر السن قد يكون في أحيانٍ موجِّباً لتشديد الحكم إذا احتفت بالواقعة ظروف مشددة، ككثرة السوابق،

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب في الحد يشفع فيه، رقم الحديث: (٤٣٧٥)، ولفظه: ((أقللوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود)). وأخرجه ابن حبان في صحيحه بلفظ: ((أقللوا ذوي الهيئات زلاتهم)). رقم الحديث: (١٤١٢). قال الأرنؤوط في تحقيقه سنن أبي داود: حديث جيد بطرقه وشواهده.

(٢) الأحكام السلطانية (ص ٢٧٩). وانظر: الأحكام السلطانية للمواردي (ص ٣٤٤).

(٣) جامع الأمهات (ص ٥٢٤-٥٢٥).

فإنها تنبئ حينئذٍ عن نفس ألفت المعصية والاعتداء على الآخرين، وعسر استصلاحها بعد هذا العمر الطويل، وسيأتي في المبحث السابع نماذج من تشديد العقوبة في القضاء السعودي في مثل هذه الأحوال.

ومن مجموع ما تقدم، يتبين أن نطاق الاجتهاد إن كان ضيقاً في القصاص والحدود، فهو واسع رحب في التعازير؛ إذ الأصل في التعازير التفويض لولي الأمر أو من ينوبه في العقوبة، وأن يجتهد في تقريرها بحسب المصلحة التي يُراعى فيها النظر إلى الجناية والجاني والمجتمع.

وكبر السن ليس عذراً مسقطاً لأصل العقوبة التعزيرية، لكنه وصف مؤثر يُراعى عند تقديرها؛ وفق ما تقتضيه قواعد التيسير، ورفع الضرر، ومراعاة التفاوت بين الناس. وتظهر مظاهر هذا التأثير في صور متعددة، منها: العدول إلى الغرامة أو المصادرة، أو الاكتفاء بالتوبيخ أو التعهد، أو الحكم بالعقوبة مع وقف تنفيذها، ونحو ذلك من الإجراءات التي توازن بين تحقيق الردع وتقدير حال الجاني، وقد يكون كبر السن سبباً في تشديد العقوبة في بعض الأحيان. والله أعلم.

المبحث السادس

أثر كبر السن في العقوبة في الأنظمة السعودية

أولى المنظّم السعودي كبير السن عناية خاصة، انطلاقاً من أحكام الشريعة الإسلامية التي تُعلي من قدر كبير السن وتوجب توقيره، وامتداداً لتلك العناية فقد نص النظام الأساسي للحكم^(١) صراحةً على كفالة الدولة لحقوق المواطن في حال الشيخوخة، كما في المادة السابعة والعشرين منه، حيث جاء فيها: «تكفل الدولة حق المواطن وأسرته، في حالة الطوارئ، والمرض، والعجز، والشيخوخة، وتدعم نظام الضمان الاجتماعي، وتشجع المؤسسات والأفراد على الإسهام في الأعمال الخيرية». كما صدر نظام خاص لبيان حقوق كبار السن، وهو نظام حقوق كبير السن ورعايته^(٢)، الذي بينَّ حقوق كبار السن، ونظّم شؤون رعايتهم، والنفقات المترتبة على ذلك، والامتيازات الممنوحة لهم، والعقوبات المترتبة على انتهاك حقوقهم أو إيذائهم.

أما من ناحية عقوبة كبار السن إذا ارتكبوا ما يوجب العقوبة، فإن أثر كبر السن يتجلى في المعالجة النظامية للعقوبات، سواء من جهة إجراءات تنفيذ العقوبات، أو من حيث استثناء كبار السن من بعض

(١) النظام الأساسي للحكم، الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٩٠) بتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢ هـ.

(٢) نظام حقوق كبير السن ورعايته، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٧) بتاريخ ٣/٦/١٤٤٣ هـ.

العقوبات التعزيرية، كما يتبين من النصوص النظامية واللوائح التنفيذية ذات الصلة بالعقوبات.

أولاً: نظام الإجراءات الجزائية ولائحته التنفيذية^(١):

قررت المادة (١٥٧) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية وجوب التحقق من حالة المحكوم عليه الصحية قبل تنفيذ العقوبة عليه، تطبيقاً لشرط الأمن من الحيف الذي نص عليه الفقهاء، ونص المادة ما يلي:

«١- يتولى طبيب مختص إجراء كشف طبي للتحقق من الحالة الصحية للمحكوم عليه قبل تنفيذ عقوبة القتل، أو القطع، أو الرجم، أو الجلد، أو القصاص في النفس أو فيما دونها، وإذا كان المحكوم عليه ذكراً فيتم التنفيذ دون كشف طبي إذا كانت العقوبة المراد تنفيذها هي القتل أو الرجم أو القصاص في النفس.

٢ - إذا تبين من الكشف الطبي، أن ضرراً يتجاوز الآثار الطبيعية للعقوبة سيلحق المحكوم عليه من تنفيذ الحكم، فيُعد الطبيب المختص تقريراً مفصلاً يتضمن وصف الحالة، وهل هي مؤقتة أم دائمة، وما يراه من التأجيل ومدته، أو التخفيف، أو عدم تنفيذ العقوبة أو بعضها، ويبيعه - مشفوعاً برأيه - إلى جهة التنفيذ لعرضه فوراً على المحكمة

(١) نظام الإجراءات الجزائية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) بتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، واللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٤٢) بتاريخ ٢١/٣/١٤٣٦هـ.

التي أصدرت الحكم - إذا كان يستلزم تعديلاً لذلك الحكم - لتقرر ما تراه، وفي حال تعديله يخضع التعديل لأحكام الاعتراض المنصوص عليها في النظام واللائحة.

٣- إذا ظهر من الكشف الطبي أن المحكوم عليها حامل أو نساء أو مريض، فيؤجل تنفيذ عقوبة القتل، أو القطع، أو الرجم، أو الجلد، أو القصاص في النفس أو فيما دونها حتى تضع حملها، وتنتهي مدة نفاسها، وتفظم وليدها».

وتُبرز هذه المادة مراعاة المنظم للحالة الصحية للمحكوم عليه عند تنفيذ العقوبة، فإذا كان في حالة صحية لا يحتمل معها تنفيذ العقوبة على وجهها المعتاد دون أن يصيبه ضرر يتجاوز الأثر الطبيعي للعقوبة، فإن المحكمة تملك - بناءً على التقرير الطبي - تعديل الحكم بتخفيف أو تأجيل أو إلغاء العقوبة، ولا شك أن كبار السن من أكثر الناس عرضة لمثل تلك الحالات.

وهذا يوافق ما قرره الفقهاء من منع إقامة القصاص فيما دون النفس إذا خيف منه الحيف، وتأجيل الحد أو تخفيفه حال الضعف أو المرض، كما أن الاقتصار على الفحص الطبي في حالة القتل للإناث دون الذكور متفق مع ما قرره الفقهاء في أن عقوبة القتل لا تؤخر؛ لأن مقصودها الإهلاك، بخلاف ما دونها، والفحص للأنثى سببه التحرز من أن تتجاوز في العقوبة إلى غيرها من جنين أو طفل محتاج للرضاعة.

ثانيًا: نظام التنفيذ ولائحته التنفيذية^(١):

نصت المادة (٨٣) من نظام التنفيذ على أن قاضي التنفيذ يصدر حكمًا بحبس المدين الممتنع عن التنفيذ، ويستمر الحبس حتى يتم التنفيذ، وهذه من العقوبات التعزيرية الإجرائية بحق المماطلين. لكن المادة (٣/٨٤) من اللائحة التنفيذية جاءت باستثناء صريح لكبير السن من هذه العقوبة، ونص المادة: «لا يجوز الحبس التنفيذي إذا كان عمر المدين ستين عامًا فأكثر، أو كان له أولاد قُصَّر، وكان زوجه متوفى أو محبوسًا لأي سبب».

وهذا النص يظهر بوضوح أن المنظم السعودي قد اعتبر كبر السن عذرًا مانعًا من تنفيذ عقوبة الحبس التنفيذي، حتى وإن ثبت امتناع المدين عن السداد، وهذا استثناء تنظيمي صريح في سياق تعزيري، يُفهم منه أن المنظم السعودي يرى أن كبر السن سبب مستقل للتخفيف أو الإغفاء من العقوبات البدنية أو المقيدة للحرية، لا لضعف بدني طارئ، بل لمجرد بلوغ السن.

وقد يُفهم من هذا النص أن للمنظم رؤية خاصة في خطورة الحبس على المسن، سواء من جهة أثره الصحي أو النفسي أو الاجتماعي،

(١) نظام التنفيذ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٣) بتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣هـ، واللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ، الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٥٢٦) بتاريخ ٢٠/٢/١٤٣٩هـ، والمعدلة بقرار وزير العدل رقم (٧٢٠٧) بتاريخ ٤/٦/١٤٤١هـ.

فيراعى عندئذ جانب الرحمة والستر واليسير، وهو ما يتسق مع مقاصد الشريعة في توقيير الكبير.

ويتبين من هذه النصوص النظامية أن المنظم السعودي راعى وصف كبر السن في سنّ العقوبات وتنفيذها، ويأتي هذا ضمن الإطار العام الذي أرسته المملكة العربية السعودية في رعايتها للمسنين، كما نصت عليه المادة (٢٧) من النظام الأساسي للحكم، وفي انسجام مع الأحكام الفقهية التي راعت حالة الضعف البشري في تناولها لأحكام العقوبات، وهو ما يُعدُّ من دلائل التوازن في السياسة العقابية في المملكة العربية السعودية، بين الزجر والردع من جهة، والرحمة والرفق من جهة أخرى، بما يُحقق مقاصد الشريعة ومصالح الناس.



المبحث السابع

تطبيقات قضائية على أثر كبر السن في العقوبة

يُعدّ القضاء إلى جانب الفتوى من أعظم ثمرات الأحكام الفقهية، ومن أظهر مظاهر تنزيل الفقه على الوقائع، وهو في الوقت ذاته المرآة العملية التي تُترجم فيها مبادئ العدالة ومقاصد الشريعة إلى واقع يُنصف المجني عليه، ويردع الجاني، ويحقق المصلحة العامة.

ومن يتأمل الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم في المملكة العربية السعودية يلمس بجلاء عناية القضاة بالموازنة بين أحوال الجناة، وظروف المجني عليهم، وحجم الجريمة وأثرها، في إطار سلطة تقديرية تراعي المقاصد والوسائل، وتزن الأمور بميزان الشريعة والنظام، ما بين التشديد والتخفيف في العقوبة بحسب الحال والمقام.

ومن جملة الأوصاف التي يراعيها القضاء في تقدير العقوبة: وصف كبر السن، وقد ظهر ذلك في عدد من الأحكام المنشورة، بوصفه ظرفاً له اعتباره في التخفيف أو التدرج في العقوبة أو استبدالها بما هو أنسب لحال الجاني، أو التشديد أحياناً. وفي هذا المبحث، أستعرض مجموعة من الأحكام القضائية المنشورة، مع بيان السياق القضائي الذي ورد فيه اعتبار كبر السن، وتحليل الموازنة التي أجراها القاضي في حكمه، وفي غير المنشور أضعاف هذه النماذج، مما يُظهر مرونة القضاء الشرعي، واستناده إلى الأصول الفقهية، واستحضاره للبعد الإنساني والاجتماعي عند تقرير العقوبة، وبالله التوفيق.

١- جاء في المبادئ الصادرة من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة: «المبدأ رقم (١٤٠٨): إذا وجدت شبهة محتملة، وقاربها حال المتهم بنحو كبر سنه، فإن ذلك قد يكون سبباً في الموافقة على العقوبة الأخف»^(١).

وهذا المبدأ يرسّخ أثر كبر السن في تخفيف العقوبة، وهو يوافق ما قررناه من كون السن ظرفاً مؤثراً لا يعطل العقوبة، بل يُراعى عند تقديرها، وقد يكون مسقطاً في باب درء الحدود بالشبهات.

٢- نظرت المحكمة العامة بالقطيف دعوى المدعي العام على المدعى عليه البالغ عمره (٥٤) عاماً بشرب المسكر وقيادة السيارة أثناء السكر، وطلبه الحكم عليه بحد المسكر والسجن والمنع من السفر، وقد أقر المدعى عليه بشربه المسكر وقيادته السيارة أثناء سكره، وأبدى للمحكمة ندمه، راجياً تخفيف الحكم عليه لكبر سنه، وقد ذكرت المحكمة في أسباب حكمها أنها تأخذ بالاعتبار ندم المدعى عليه وكبر سنه، واكتفت بالحكم عليه بحد شرب الخمر ثمانين جلدة، وإفهامه بأن عقوبة قيادة السيارة تحت تأثير المسكر عائد للجهة المختصة وفقاً لنظام المرور، وردت ما عدا ذلك من طلبات المدعي العام، وصدّق الحكم من محكمة الاستئناف^(٢).

(١) المبادئ والقرارات الصادرة من المحكمة العليا، (م ق د): (٥/٥٨٦) بتاريخ ١٤١٧/١٢/٢٢هـ.

(٢) حكم صادر من المحكمة الجزائية بالقطيف، رقم الصك (٣٤٣٦٣٣٦٥) بتاريخ ١٤٣٤/١١/١٩هـ في القضية رقم (٣٤٢٧٧٨٢٨) المصدق بقرار محكمة

ويلاحظ في هذا الحكم أن المحكمة راعت عامل كبر السن في تخفيف العقوبة، فاكثفت بإقامة الحد وامتنعت عن إيقاع عقوبة تعزيرية إضافية. وهذا يدخل في باب التقدير في العقوبات التعزيرية، وقد أشرنا إلى مثل هذا النوع من التخفيف في بحث التعزير. كما يلاحظ أن السن هنا لم يكن موجباً للإعفاء، بل كان مؤثراً في اقتصار العقوبة على الحد دون ما زاد عليه.

٣- نظرت المحكمة العامة بالبداية دعوى المدعي العام على المدعى عليه بأنه اعتدى على زوجته بالضرب وخنقها بيده والتسبب في إصابتها بسحجات في العنق، وطلبه إثبات ما أسند إلى المدعى عليه وإيقاع العقوبة التعزيرية، وقد أقر المدعى عليه بالدعوى إلا أنه دفع بأن ما جاء في لائحة المدعي العام مبالغ فيه، حيث حصل خلاف بينه وبين زوجته تطور إلى أن تلفظت عليه بألفاظ نابية وسيئة، وفي لحظة غضب قبض عليها بيده اليسرى من عنقها وصفعها على وجهها بيده اليمنى فقط، ثم ذهبت لبيت أهلها، ولا يظن بأن ضربته أحدثت فيها تلك الإصابات، وقرر بأنها لا زالت في ذمته، وقد ذكرت الدائرة في أسباب حكمها أنها اطلعت على التقرير الطبي المتضمن وجود سحجات بالعنق وأن الآلة المستعملة غير حادة ومدة الشفاء يومان فقط، وأن الضرب الذي صدر من الزوج ليس ضرب تأديب بل ضرب إتلاف

الاستئناف رقم (٣٤٣٩٠٣٤٦) وتاريخ ٢٩/١٢/١٤٣٤هـ، منشور في مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل عام ١٤٣٤هـ.

وتشفي، وأنه ثبت لديها إدانة المدعى عليه بالاعتداء على زوجته، وخلو سجله من السوابق وكونه كبيراً يظهر عليه الوقار والصدق، فقد قررت المحكمة تعزيز المدعى عليه بالسجن خمسة أيام، وصدّق الحكم من محكمة الاستئناف^(١).

وهذا الحكم يُبرز مدى تأثير شخصية الجاني - لا سيما كبر السن والوقار - في تخفيف العقوبة التعزيرية، وهو ما نص عليه الفقهاء صراحةً في تعزيز ذوي الهيئات، وقد أوردنا قول أبي يعلى وابن الحاجب رَحِمَهُمَا اللَّهُ في هذا المعنى. وهذا التطبيق يعكس الفهم الدقيق للمقصود من العقوبة التعزيرية، وهو الردع، مع مراعاة خصوصيات الجناة وظروفهم.

٤ - نظرت المحكمة الجزائية بالمدينة المنورة دعوى المدعي العام على المدعى عليه البالغ عمره (٧٤) عاماً من الجنسية الباكستانية بسرقة جوال لأحد الأشخاص أثناء نومه بالمسجد النبوي، وطلبه تعزيره، وقد أقر المدعى عليه أمام الدائرة بالسرقة، وأبدى ندمه وتوبته وتعهده بعدم العودة لمثلها، وقد ذكرت الدائرة في أسباب حكمها أنها تأخذ بالاعتبار حرمة المسجد النبوي، وهذا موجب للتشديد، كما تأخذ

(١) حكم صادر من المحكمة العامة بالبدائع، رقم الصك (٣٤٥٦٣٢٨) بتاريخ ١٤٣٤/٣/٤هـ في القضية رقم (٣٣٦٥٩٧٦٠) المصدق بقرار محكمة الاستئناف رقم (٣٤١٦٧٠٣٢) وتاريخ ١٤٣٤/٣/٢١هـ، منشور في مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل عام ١٤٣٤هـ.

بالاعتبار عدم وجود سوابق للمدعى عليه وكبر سنه وندمه وإبداء توبته، وهذه أسباب لتخفيف العقوبة، وانتهت إلى الحكم بتعزيز المدعى عليه بالسجن ثلاثة أشهر، وأخذ التعهد عليه بعدم العودة لذلك الفعل مستقبلاً، كما نصحت المدعى عليه ووجهته بما يناسب المقام، وصُدِّقَ الحكم من محكمة الاستئناف^(١).

وفي هذا الحكم تظهر الموازنة بين جهة التشديد (حرمة المكان) وجهة التخفيف (كبر السن والتوبة)، فالمحكمة جمعت بين الأمرين ووازنت، وقدَّرت في نهاية المطاف العقوبة المناسبة، وهو ما يدخل ضمن سلطتها التقديرية في جرائم التعزير، ويعكس إحدى صور الاجتهاد القضائي في الموازنة بين مصلحة الزجر ومراعاة حال الجاني.

٥- نظرت المحكمة الجزائية بسكاكا دعوى المدعي العام على المدعى عليه البالغ عمره (٧٠) عاماً بإحراق سيارة مواطن وإغلاق التيار الكهربائي عنه، وطلب إيقاع العقوبة التعزيرية عليه، حيث ورد تقرير من الدوريات الأمنية باحتراق سيارة ومشاهدة المدعى عليه قريباً منها وهروبه لما شاهدها، وبالقبض عليه عثر بحوزته على ولاعتين، كما تقدم المدعي الخاص بشكوى ضده بقيامه بإحراق

(١) حكم صادر من المحكمة الجزائية بالمدينة المنورة، رقم الصك (٣٥١٠٩٢٩) بتاريخ ١٤٣٥/١/٨ هـ في القضية رقم (٣٥٦١٦٣) المصدق بقرار محكمة الاستئناف رقم (٣٥١٢٥٦٦٨) وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٤ هـ، منشور في مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل عام ١٤٣٤ هـ.

سيارته وإغلاق التيار الكهربائي عليه، وقد أقر المدعى عليه أمام الدائرة بإغلاقه التيار الكهربائي عن المدعي الخاص وأنكر قيامه بإحراق سيارته، وبرر إغلاقه التيار الكهربائي عن المدعي الخاص بأنه لا يعلم ما الدافع لكونه مريضاً ويفقد الوعي أحياناً ويتصرف تصرفات لا يعلمها، وقد قرر المدعي الخاص تنازله عن المدعى عليه، كما أقر المدعى عليه بأن عليه خمس عشرة سابقة كلها شرب مسكر عدا سابقة واحدة مشابهة للدعوى المقامة ضده، وذكر بأنه يبلغ من العمر سبعين سنة وأنه غير متزوج وليس لديه أولاد، وقد ذكرت الدائرة في أسباب حكمها أنها تنظر إلى أن ما فعله المدعى عليه يعد استخفافاً بأموال الغير، وأنها تأخذ بالاعتبار كثرة سوابقه وكبر سنه وعدم ارتداعه بالعقوبات السابقة، وأنه يشكل خطراً على نفسه وعلى المجتمع، وانتهت إلى الحكم بسجنه سنة من تاريخ إيقافه، وجلده مئة وعشرين جلدة مفرقة على دفعتين، بين كل دفعة وأخرى خمسة عشر يوماً. ثم إيداعه دار الرعاية الاجتماعية بعد انتهاء مدة السجن حماية للمجتمع من شره، وصُدِّق الحكم من محكمة الاستئناف^(١).

وهذا الحكم يبرز حالة نادرة اجتمع فيها كبر السن مع كثرة السوابق وخطر محتمل على المجتمع من هذا المسن. وفي هذه الحالة لم

(١) حكم صادر من المحكمة الجزائية بسكاكا، رقم الصك (٣٤١٨٨٧٦٧) بتاريخ ١٥/٤/١٤٣٤هـ في القضية رقم (٤٣١١١٩٩) المصدق بقرار محكمة الاستئناف رقم (٣٤٢٠٦٠٧٤) وتاريخ ٥/٥/١٤٣٤هـ، منشور في مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل عام ١٤٣٤هـ.

يكن كبر السن سبباً للتخفيف، بل دفع المحكمة إلى تشديد العقوبة من جهة، وتوظيفها لإبعاد الجاني عن الإضرار بالغير، وهو ما يدخل في مقاصد التعزير الوقائية، لا العقابية فقط. ويظهر بوضوح أن السن لا يكون دائماً ظرفاً مخففاً، بل قد يستوجب التشديد في بعض الأحيان.

٦- نظرت المحكمة الجزائية بجدة دعوى المدعي على المدعى عليه بأنه سبه وشتمه أمام لجنة الصلح بالمحكمة العامة بجدة، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أنكر صحتها، وبطلب البينة من المدعي قرر أن شاهديه هما عضوا لجنة الصلح بإحدى المحاكم وقد امتنعا عن الحضور وطلب يمين المدعى عليه على نفي دعواه فنكل عن أدائها، ولذا فقد ثبت لدى القاضي تلفظ المدعى عليه على المدعي بألفاظ تتضمن الشتم والسب، ونظراً لكبر سن المدعى عليه - ما استدعى تخفيف العقوبة - فقد حكم بجلده عشر جلدات دفعة واحدة، وصُدِّق الحكم من محكمة الاستئناف^(١).

وهذه القضية مثال واضح لتعزير لفظي مخفف بناءً على كبر سن الجاني. وهو داخل ضمن ما أوردناه من صور التخفيف المرتبط بكبر

(١) حكم صادر من المحكمة الجزائية بجدة، رقم القضية رقم (٤٣١١١٩٩) لعام ١٤٣٣هـ، مصدق بقرار محكمة الاستئناف رقم (٣٥١٤٧٢٩١) وتاريخ ١٤٣٥/٢/١٤هـ، منشور في مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل عام ١٤٣٥هـ.

سن الجاني، لا سيما في الجرائم اللفظية التي لا تتطلب عقوبات بدنية شديدة.

وهذه الأحكام القضائية المنشورة تُظهر أن كبر السن ليس وصفاً عارضاً تذكره المحاكم عرضاً دون أثر، بل هو وصف معتبر يؤثر في تقدير العقوبة، في إطار ما يتيح الشرع والنظام من سلطة تقديرية، لا سيما في الجرائم التعزيرية. وقد تفاوت أثر كبر السن بحسب طبيعة الجريمة، وشخصية الجاني، وسوابقه، وظروف الواقعة، فتارة يكون وصفاً مخففاً للعقوبة، وتارة لا يغير من تقديرها شيئاً، بل قد يكون موجباً لتشديد العقوبة أو الرقابة إن اجتمع مع صفات تُظهر خطورة الجاني على المجتمع.

ويتضح من تحليل تلك الأحكام أن المحاكم لا تعتمد كبر السن وحده كمسوّغٍ للتخفيف، بل تنظر إليه ضمن منظومة من الاعتبارات الشرعية والنظامية، تشمل: التوبة، والندم، وغياب السوابق، وشخصية الجاني، وطبيعة الجريمة، ومكانها، والضرر المترتب عليها، وهو ما يتسق مع ما قرره الفقهاء من أن التعزير مبناه الاجتهاد، وأن المصلحة فيه مناط الحكم.

وبناءً على ذلك، فإنه يمكن القول إن كبر السن يُعد في القضاء السعودي اليوم ظرفاً مؤثراً في العقوبة، لكنه ليس معفياً منها في ذاته، وإنما يُراعى عند وجود مسوغات أخرى، أو في سياق يُستدعى فيه التخفيف، فهو وصف معتبر في تقدير العقوبة، وليس مظلةً للإفلات

منها، وبذلك يتحقق مقصود الشريعة في الجمع بين الردع والرحمة،
وبين العدل والرفق، والله أعلم.



الخاتمة

بعد رحلة علمية تأصيلية تطبيقية، تتبعت فيها أقوال الفقهاء، ونصوص النظام السعودي، وأحكام المحاكم المنشورة، لبيان أثر كبر السن في العقوبة، يمكن أن نلخص نتائج البحث فيما يلي:

- ١- أن كبر السن هو من بلغ ستين سنة فأكثر.
- ٢- أن الشريعة قررت منهجاً عاماً في التعامل مع كبار السن، يجمع بين التوقير والرحمة، وبين الإنصاف والعدل، وقد ظهر أثر ذلك في توجيه النبي ﷺ وفي سيرة الخلفاء الراشدين، وفي فتاوى الفقهاء عند الحكم والفتوى.
- ٣- أن كبر السن لا أثر له في إقامة القصاص في الجناية على النفس.
- ٤- أن كبر السن يدخل في العاقلة ما لم يبلغ حد الهرم الذي لا يُرجى معه نصره ولا نفع.
- ٥- أن كبر السن إذا عجز عن الصيام في كفارة القتل سقطت عنه بعجزه، ولورثته أن يطعموا عنه بعد موته مسكيناً عن كل يوم صوم في ذمته من الكفارة.
- ٦- يشترط لإقامة القصاص على كبر السن فيما دون النفس الأيمن من الحيف، فإن لم يؤمن الحيف انتقل من القصاص إلى الدية.

٧- أن مجرد الضعف الطبيعي لأعضاء كبير السن لا يمنع من استيفاء القصاص منه حال جنايته احتجاجاً بعدم المساواة في الصحة والكمال.

٨- أن كبر السن لا أثر له في تأخير إقامة الحد إذا كان قتلاً؛ لعدم الفائدة من التأخير.

٩- أن كبر السن له أثر في تأخير إقامة الحد إذا كان يُرجى أن يطبق الكبير الحد، فإن لم يُرجَ ذلك خفف عليه في كيفية الحد إن كان جلدًا، وسقط إن كان قطعاً.

١٠- أن العقوبات التعزيرية هي الموطن الأبرز لتأثير كبر السن، نظرًا لاتساع السلطة التقديرية فيها، وكبر السن ليس عذرًا مسقطاً لأصل العقوبة التعزيرية، لكنه وصف مؤثر يُراعى عند تقديرها؛ وقد يقتضي التشديد أحياناً.

١١- أن المنظم السعودي راعى كبر السن في عدد من مواضع العقوبة، خاصة في نظامي التنفيذ، والإجراءات الجزائية، ولائحتها التنفيذية، حيث نص صراحة على منع الحبس التنفيذي لمن بلغ الستين، وتأخير تنفيذ العقوبات المهلكة إن خشي من السراية، وهو ما يوافق المنقول عن الفقهاء.

١٢- أن القضاء السعودي راعى كبار السن في أحكامه، واعتبر كبر السن وصفاً مؤثراً يقتضي التخفيف عمومًا في العقوبات التعزيرية، والتشديد في حالات نادرة.

ويوصي الباحث بجملة من التوصيات، من أبرزها:

١- دعوة الجهات العدلية والحقوقية إلى وضع ضوابط إجرائية واضحة لمراعاة كبر السن في العقوبات التعزيرية، تُراعي فيها الفروق الفردية، وتحفظ الحقوق، وتُقيّد سلطة القاضي بما يحقق المصلحة دون تفريط أو إفراط.

٢- وضع نظام مستقل للعقوبات البديلة يُراعى فيه تنوع فئات الجناة وظروفهم، وعلى وجه الخصوص كبار السن، وذلك في إطار ما تتيحه الشريعة من بدائل تعزيرية تفي بمقصود الردع. ويكون للجهات القضائية سلطة تقديرية مقننة في تقريرها، تحقيقاً للعدالة الرحيمة، وتعزيزاً للأمن المجتمعي، وتفعيلاً لمقاصد الشريعة في إصلاح الجاني وحماية النظام العام.

٣- تضمين مناهج كليات الشريعة والأنظمة دراسات تطبيقية حول أثر الأوصاف الشخصية ككبر السن والمرض ونحوها في العقوبة تقديرًا وتنفيذًا، لرفع وعي القضاة والباحثين بأثر هذه الأوصاف ضمن نظرية العقوبة في الشريعة.

وفي الختام، فإن هذا البحث لا يدعي الإحاطة، لكنه محاولة لتقريب المسألة، وبيان أصولها، وقراءة واقعها، عسى أن يسهم في خدمة الفقه والقضاء، ويكون لبنة في مسيرة تطوير السياسة الشرعية العقابية في المملكة، والله ولي التوفيق، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

قائمة المراجع

١. الأحكام السلطانية، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين ابن الفراء (ت: ٤٥٨هـ)، صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ.
٢. الأحكام السلطانية، علي بن محمد الماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، دار الحديث، القاهرة.
٣. أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت: ٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد صادق القمحاي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ.
٤. اختلاف الأئمة العلماء، يحيى بن هبيرة الذهلي الشيباني (ت: ٥٦٠هـ)، تحقيق: السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
٥. إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، أحمد بن محمد القسطلاني (ت: ٩٢٣هـ)، تحقيق: المكتب العلمي بدار الكمال المتحدة، دار عطاءات العلم، الرياض، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٤٢هـ.
٦. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري (ت: ٩٢٦هـ)، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٧. الإشراف على نكت مسائل الخلاف، عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي (ت: ٤٢٢هـ)، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
٨. الأصل، محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (ت: ١٨٩هـ)، تحقيق: د. محمد بوينو كالن، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ.

٩. أعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، تحقيق: محمد أجمل الإصلاحي وآخرون، دار عطاءات العلم، الرياض، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٤٠هـ.
١٠. الإفصاح عن معاني الصحاح، يحيى بن هبيرة الذهلي الشيباني (ت: ٥٦٠هـ)، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الوطن، ١٤١٧هـ.
١١. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: ٩٧٧هـ)، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات بدار الفكر، دار الفكر، بيروت.
١٢. الأم، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (ت: ٢٠٤هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
١٣. الأموال، أبو أحمد حميد بن مخلد بن قتيبة المعروف بابن زنجويه (ت: ٢٥١هـ)، تحقيق: الدكتور شاكر ذيب فياض، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.
١٤. الأموال، أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي (ت: ٢٢٤هـ)، تحقيق: خليل محمد هراس، دار الفكر، بيروت.
١٥. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مطبوع مع المقنع والشرح الكبير)، علي بن سليمان المُرْدَاوي (ت: ٨٨٥هـ)، تحقيق: د. عبدالله التركي، د. عبدالفتاح الحلو، دار هجر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
١٦. الأوسط من السنن والإجماع والاختلاف، محمد بن إبراهيم بن المنذر (ت: ٣١٨هـ)، تحقيق: ياسر بن كمال وآخرون، دار الفلاح، مصر، الطبعة الثانية، ١٤٣١هـ.
١٧. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم المصري (ت: ٩٧٠هـ)، ومعه: تكملة، لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي

- القادري (ت بعد: ١٣٨ هـ)، الطبعة الثانية، تصوير: دار الكتاب الإسلامي.
١٨. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد الحفيد (ت: ٥٩٥ هـ)، دار الحديث، القاهرة، بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٢٥ هـ.
١٩. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني (ت: ٥٨٧ هـ)، تصوير: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٣٢٧-١٣٢٨ هـ.
٢٠. بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوقي، الشهير بالصاوي المالكي (ت: ١٢٤١ هـ)، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٢١. البيان في مذهب الإمام الشافعي، يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني (ت: ٥٥٨ هـ)، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ.
٢٢. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، محمد بن أحمد بن رشد (ت: ٥٢٠ هـ)، تحقيق: د. محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٨ هـ.
٢٣. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (ت: ١٢٠٥ هـ)، تحقيق: جماعة من المختصين، من إصدارات وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت، ١٣٨٥-١٤٢٢ هـ.
٢٤. التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف المواق المالكي (ت: ٨٩٧ هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦ هـ.

٢٥. التجريد، أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القُدُوري (ت: ٤٢٨هـ)، تحقيق: أ.د. محمد أحمد سراج وأ.د. علي جمعة محمد، دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ.
٢٦. تحفة المودود بأحكام المولود، محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، تحقيق: عثمان بن جمعة ضميرية، دار عطاءات العلم، الرياض، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٤٠هـ.
٢٧. تصحيح الفصيح وشرحه، أبو محمد، عبد الله بن جعفر بن محمد بن دُرُسْتَوَيْه ابن المرزبان (ت: ٣٤٧هـ)، تحقيق: د. محمد بدوي المختون، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، القاهرة، ١٤١٩هـ.
٢٨. التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان ١٤٠٧هـ-١٩٨٦م)، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٢٩. التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت: ٨١٦هـ)، تحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.
٣٠. التلخيص الحبير، أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، تحقيق: الدكتور محمد الثاني بن عمر بن موسى، دار أضواء السلف، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
٣١. تنبيه النائم الغمر على مواسم العمر، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي ابن الجوزي (ت: ٥٩٧هـ)، تحقيق: محمد بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

٣٢. التنوير شرح الجامع الصغير، محمد بن إسماعيل الصنعاني المعروف بالأخير (ت: ١١٨٢هـ)، تحقيق: د. محمد إسحاق محمد إبراهيم، مكتبة دار السلام، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ.
٣٣. تهذيب التهذيب، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر شهاب الدين العسقلاني الشافعي (ت: ٨٥٢هـ)، باعتناء: إبراهيم الزبيق وعادل مرشد، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ.
٣٤. تهذيب اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي (ت: ٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
٣٥. التهذيب في فقه الإمام الشافعي، الحسين بن مسعود ابن الفراء البغوي (ت: ٥١٦هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
٣٦. التوقيف على مهمات التعاريف، زين الدين عبد الرؤوف المناوي (ت: ١٠٣١هـ)، تحقيق: د. عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.
٣٧. جامع الأمهات، عثمان بن عمر ابن الحاجب (ت: ٦٤٦هـ)، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، اليامة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ.
٣٨. جامع بيان العلم وفضله، أبو عمر يوسف بن عبد البر (ت: ٤٦٣هـ)، تحقيق: أبو الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.

٣٩. حاشية البجيرمي على الخطيب، سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي (ت: ١٢٢١ هـ)، دار الفكر، بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٥ هـ.

٤٠. حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم (ت: ١٣٩٢ هـ)، بدون ناشر، الطبعة الأولى، ١٣٩٧ هـ.

٤١. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (ت: ١١٨٩ هـ)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.

٤٢. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين ابن عابدين (ت: ١٢٥٢ هـ)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الثانية، ١٣٨٦ هـ.

٤٣. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، علي بن محمد الماوردي (ت: ٤٥٠ هـ)، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ.

٤٤. دار الإفتاء العام بالأردن. الموقع الإلكتروني على الشبكة: www.aliftaa.jo

٤٥. دار الإفتاء المصرية. الموقع الإلكتروني على الشبكة: www.dar-alifta.org

٤٦. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محمد بن علي بن محمد الحنفي الحصكفي (ت: ١٠٨٨ هـ)، حققه وضبطه: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٣ هـ.

٤٧. الدر النقي في شرح ألفاظ الخرق، يوسف بن حسن بن عبد الهادي «ابن المبرد» (ت: ٩٠٩ هـ)، تحقيق: د. رضوان مختار بن غريبة، دار المجتمع للنشر والتوزيع، جدة، الطبعة الأولى، ١٤١١ هـ.

٤٨. درر الحكام شرح غرر الأحكام، منلا خسرو الحنفي (ت: ٨٨٥هـ)، دار إحياء الكتب العربية.
٤٩. الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٥٠. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، حقق بإشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.
٥١. سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني (ت: ٢٧٣هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ.
٥٢. سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (ت: ٢٧٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ومحمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ.
٥٣. السنن الكبرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (ت: ٣٠٣هـ)، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
٥٤. السنن الكبير، أحمد بن الحسين البيهقي (ت: ٤٥٨هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ.
٥٥. شرح الخرشي على مختصر خليل، أبو عبد الله محمد الخرشي (ت: ١١٠١هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاقي مصر، الطبعة الثانية، ١٣١٧هـ، تصوير: دار الفكر للطباعة، بيروت.

٥٦. شرح السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (ت: ٥١٦هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
٥٧. الشرح الكبير (المطبوع مع المقنع والإنصاف)، عبد الرحمن بن محمد ابن قدامة (ت: ٦٨٢هـ)، تحقيق: د. عبد الله التركي، د. عبد الفتاح الحلو، دار هجر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
٥٨. الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، أحمد بن أحمد العدوي الشهير بالدردير (ت: ١٢٠١هـ)، ومؤلف الحاشية: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٥٩. شرح المحلي على منهاج الطالبين ومعه حاشيتا قليوبي وعميرة، جلال الدين المحلي (ت: ٨٦٤هـ)، والحاشية لأحمد البرلسي عميرة (ت: ٩٥٧هـ)، وأحمد سلامة القليوبي (ت: ١٠٦٩هـ)، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، ١٤١٥هـ.
٦٠. الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح العثيمين (ت: ١٤٢١هـ)، دار النشر: دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢-١٤٢٨هـ.
٦١. شرح صحيح البخاري، ابن بطلال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت: ٤٤٩هـ)، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، دار النشر: مكتبة الرشد، السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٢٣هـ.
٦٢. شرح فتح القدير على الهداية، كمال الدين ابن الهمام الحنفي (ت: ٨٦١هـ)، وتكملته لأحمد بن قودر، المعروف بقاضي زاده أفندي (ت: ٩٨٨هـ)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٨٩هـ.

٦٣. صحيح ابن حبان، أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي (ت: ٣٥٤هـ)، تحقيق: محمد علي سونمز وخالص أي دمير، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ.
٦٤. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري (ت: ٢٥٦هـ)، تحقيق: جماعة من العلماء، الطبعة السلطانية، بالمطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق مصر، ١٣١١هـ.
٦٥. صحيح الترغيب والترهيب، محمد ناصر الدين الألباني (ت: ١٤٢٠هـ)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
٦٦. صحيح سنن ابن ماجه. محمد ناصر الدين الألباني (ت: ١٤٢٠هـ)، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
٦٧. صحيح سنن أبي داود. محمد ناصر الدين الألباني (ت: ١٤٢٠هـ)، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
٦٨. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد ذهني أفندي وآخرون، دار الطباعة العامرة، تركيا، ١٣٣٤هـ.
٦٩. ضوابط تقدير العقوبة التعزيرية، عبد الله بن محمد ابن خنين. بحث منشور في مجلة القضائية، العدد الأول، محرم ١٤٣٢هـ.
٧٠. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، دار عطاءات العلم، الرياض، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٤٠هـ.
٧١. العزيز شرح الوجيز، عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (ت: ٦٢٣هـ)، تحقيق: علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.

٧٢. العلل الواردة في الأحاديث النبوية، أبو الحسن علي بن عمر البغدادي الدارقطني (ت: ٣٨٥هـ)، تحقيق وتخريج: محفوظ الرحمن زين الله السلفي، دار طيبة، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ. وتكملته من تحقيق محمد بن صالح الدباسي، ونشر: دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.
٧٣. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني (ت: ٨٥٥هـ)، غيت بنشره وتصحيحه والتعليق عليه: شركة من العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية، لصاحبها ومديرها محمد منير عبده أغا الدمشقي.
٧٤. العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي (ت: ١٧٠هـ)، تحقيق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.
٧٥. غياث الأمم في التياث الظلم، عبد الملك بن عبد الله الجويني (ت: ٤٧٨هـ)، تحقيق: عبد العظيم الديب، مكتبة إمام الحرمين، الطبعة الثانية، ١٤٠١هـ.
٧٦. فتاوى اللجنة الدائمة (المجموعة الأولى)، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض.
٧٧. فتح الباري بشرح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، المكتبة السلفية، مصر، ١٣٨٠-١٣٩٠هـ.
٧٨. فقه اللغة وسر العربية، عبد الملك بن محمد بن إسماعيل أبو منصور الثعالبي (ت: ٤٢٩هـ)، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٧٩. فيض القدير شرح الجامع الصغير، زين الدين عبد الرؤوف المناوي (ت: ١٠٣١هـ)، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٥٦هـ.

٨٠. القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، د. سعدي أبو جيب، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٨ هـ.
٨١. القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت: ٨١٧ هـ)، حُقق بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦ هـ.
٨٢. الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجمايلي المقدسي (ت: ٦٢٠ هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ.
٨٣. الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن عبد البر القرطبي (ت: ٤٦٣ هـ)، تحقيق: محمد محمد أحميد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٠٠ هـ.
٨٤. كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، محمد بن علي الفاروقي الحنفي التهانوي (ت: بعد ١١٥٨ هـ)، تحقيق: د. علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٦ م.
٨٥. كشاف القناع عن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي (ت: ١٠٥١ هـ)، تحقيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢١-١٤٢٩ هـ.
٨٦. كشف المشكل من حديث الصحيحين، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي ابن الجوزي (ت: ٥٩٧ هـ)، تحقيق: علي حسين البواب، دار الوطن، الرياض.
٨٧. الكواكب الدراري في شرح صحيح البخاري، محمد بن يوسف الكرمانى (ت: ٧٨٦ هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية: ١٤٠١ هـ.

٨٨. لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي ابن منظور الأنصاري (ت: ٧١١هـ)، الحواشي: ليلازجي وجماعة من اللغويين، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٨٩. لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي (ت: ١٣٠٢هـ)، دار الرضوان، نواكشوط، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ.
٩٠. المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، مركز البحوث بوزارة العدل، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ.
٩١. المبدع شرح المقنع، برهان الدين ابن مفلح المقدسي (ت: ٨٨٤هـ)، تحقيق: أ.د. خالد بن علي المشيقح وآخرون، ركائز للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٤٢هـ.
٩٢. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، مطبعة السعادة، مصر، وصوّرتها: دار المعرفة، بيروت.
٩٣. مجموع الفتاوى، شيخ الإسلام أحمد بن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم رَحْمَةُ اللَّهِ، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، ١٤٢٥هـ.
٩٤. المجموع شرح المذهب (تكملة المطيعي)، محمد نجيب المطيعي (ت: ١٤٠٧هـ)، المكتبة السلفية، المدينة المنورة.
٩٥. المجموع شرح المذهب، أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، إدارة الطباعة المنيرية، مطبعة التضامن الأخوي، القاهرة، ١٣٤٤-١٣٤٧هـ.

٩٦. مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، مركز البحوث بوزارة العدل، المملكة العربية السعودية، ١٤٣٦هـ.
٩٧. مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، مركز البحوث بوزارة العدل، المملكة العربية السعودية، ١٤٣٨هـ.
٩٨. المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (ت: ٤٥٨هـ)، تحقيق: عبد الحميد هندراوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٩٩. المُحَلَّى بالآثار، أبو محمد، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي (ت: ٤٥٦هـ)، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
١٠٠. المدونة، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: ١٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
١٠١. مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: ٤٥٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
١٠٢. المستدرك على الصحيحين، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري (ت: ٤٠٥هـ)، حققه وخرّجه وعلّق عليه: عادل مرشد وآخرون، دار الرسالة العالمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ.
١٠٣. مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن محمد بن حنبل (ت: ٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

١٠٤. مشارق الأنوار على صحاح الآثار، القاضي عياض (ت: ٥٤٤هـ)، تحقيق: صالح أحمد الشامي، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، ١٤٤٠هـ - ٢٠١٨م.

١٠٥. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي (ت نحو: ٧٧٠هـ)، المكتبة العلمية، بيروت.

١٠٦. المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت: ٢١١هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، توزيع المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.

١٠٧. المصنف، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة (ت: ٢٣٥هـ)، تحقيق: سعد بن ناصر الشثري، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ.

١٠٨. المطالع على ألفاظ المقنع، محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي (ت: ٧٠٩هـ)، تحقيق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي للتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.

١٠٩. معالم السنن، أبو سليمان، حمد بن محمد الخطّابي (ت: ٣٨٨هـ)، الطبعة الأولى، ١٣٥١هـ، طبعه وصححه: محمد راغب الطباخ، في المطبعة العلمية بحلب.

١١٠. معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت: ١٤٢٤هـ) بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.

١١١. المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، ١٣٦٤هـ.

١١٢. المعجم الوسيط، نخبة من اللغويين بمجمع اللغة العربية بالقاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

١١٣. معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيسي، دار النفائس، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.
١١٤. المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب البغدادي (ت: ٤٢٢هـ)، تحقيق ودراسة: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة.
١١٥. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن محمد الخطيب الشربيني، (ت: ٩٧٧هـ)، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
١١٦. المغني، عبد الله بن أحمد ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ)، تحقيق: د. عبد الله التركي، د. عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ.
١١٧. مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي (ت: ٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
١١٨. المقنع (المطبوع مع الشرح الكبير والإنصاف)، عبد الله بن أحمد ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ)، تحقيق: د. عبد الله التركي، د. عبد الفتاح الحلو، دار هجر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
١١٩. المنتقى شرح الموطأ، سليمان بن خلف التجيبي القرطبي الباجي (ت: ٤٧٤هـ)، مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر، الطبعة الأولى، ١٣٣٢هـ.
١٢٠. منتهى الإرادات، محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار (ت: ٩٧٢هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
١٢١. المهذب في فقه الإمام الشافعي، إبراهيم بن علي الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية.

١٢٢. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرُّعيني المالكي (ت: ٩٥٤هـ)، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

١٢٣. الموطأ، مالك بن أنس (ت: ١٧٩هـ)، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

١٢٤. نصب الراية لأحاديث الهداية، عبد الله بن يوسف الزيلعي (ت: ٧٦٢هـ)، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

١٢٥. نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني (ت: ٤٧٨هـ)، حققه وصنع فهارسه: أ. د. عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.

١٢٦. النوارد والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، عبد الله بن عبد الرحمن النفزي (ت: ٣٨٦هـ)، تحقيق: د. عبد الفتاح الحلو وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.

١٢٧. الهداية في شرح بداية المبتدي، برهان الدين علي بن أبي بكر الرشداني المرغيناني (ت: ٥٩٣هـ)، اعتنى بتصحيحه: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

١٢٨. هيئة الخبراء بمجلس الوزراء. الموقع الإلكتروني على الشبكة: www.boe.gov.sa

١٢٩. الهيئة العامة للإحصاء. الموقع الإلكتروني على الشبكة: www.stats.gov.sa

١٣٠. وزارة الصحة السعودية. الموقع الإلكتروني على الشبكة: www.moh.gov.sa





استحقاق التأمين ضد التعطل عن العمل وموانعه وفق نظام التأمينات الاجتماعية السعودي ١٤٤٠هـ

د. عبد العزيز بن سعدون العبد المنعم

أستاذ القانون المدني المساعد

بقسم القانون بكلية إدارة الأعمال، بجامعة حفر الباطن

asalabdulmonem@uhb.edu.sa

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فيعد العمل أساساً في حياة الإنسان، فالله جَلَّ وَعَلَا خلقنا لعبادته، والعبادة عمل، وحث على السعي والتكسب فقال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾ [الملك: ١٥].

وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ما أكل أحد طعاماً قط، خيراً من أن يأكل من عمل يده، وإن نبي الله داود عَلَيْهِ السَّلَامُ كان يأكل من عمل يده))^(١).

والعمل من أهم أهدافه الحصول على الأجر المادي ليوفر للإنسان وللمن يعول الحياة الكريمة، وعندما يتعطل الإنسان عن العمل فإن حياته تتضرر بشكل كبير، وقد يكون التعطل يرجع سببه إلى إرادة صاحب العمل بحيث يكون العامل مستعداً للعمل ولكن صاحب العمل يتعمد عدم تمكين العامل من العمل؛ إما بإغلاق المنشأة أو عدم توفير مواد (المواد) الخام اللازمة للإنتاج، أو غير ذلك من الأسباب^(٢)، أو أن يكون التعطل عن العمل لأمر خارج عن إرادة

(١) صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، كتاب البيوع، باب كسب الرجل وعمله بيده، حديث رقم (٢٠٧٢)، (٥٧/٣).

(٢) مسؤولية إسرائيل عن تعطل العمالة الفلسطينية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي السابع بعنوان: القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على الأراضي المحتلة، د. العوضي عثمان، (٩٠٥).

صاحب العمل والعامل، مع قدرة العامل على العمل ورغبته فيه، وهذا الأخير هو محل بحثنا.

حيث تناول المنظم السعودي في نظام التأمينات الاجتماعية الجديد ١٤٤٥هـ^(١): التأمين ضد التعطل عن العمل، ويُعبر عنه في بعض الدول بتأمين البطالة^(٢)؛ ولهذا التأمين فلسفة هامة لتناوله تأمين المواطنين الذين يعملون ويحصلون على دخول تناسب معيشتهم ومن يعولون، إلا أنه قد تأتي فترة لسبب من الأسباب الخارجة عن الإرادة كإفلاس المنشأة أو إغلاقها أو تصفيتها، فيتعطل العامل عن العمل ولا يكون مستحقاً للمعاش؛ لعدم بلوغه السن النظامية وليس له أي دخل في هذه الفترة؛ ولأن نظام التأمينات الاجتماعية هدفه الرئيس حفظ كرامة العامل في حال الإصابة أو العجز أو بلوغ سن التقاعد فقد أحسن المنظم السعودي صنعاً حين أضاف لنظام التأمينات الاجتماعية تأمين الجانب الاقتصادي للعامل لفترة التعطل عن العمل،

(١) نظام التأمينات الاجتماعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٢٧٣) وتاريخ ١٤٤٥/١٢/٢٦هـ.

(٢) من الباحثين من يرى أن هناك فرقاً بين التعطل عن العمل والبطالة، فالتعطل عن العمل هو جزء من البطالة، والفرق بينهما أن التعطل عن العمل لمن سبق له العمل من قبل ثم أصبح متعطلاً، وأما البطالة فهو لمن لم يسبق له العمل أصلاً، ينظر: الأحكام النازمة لتأمين التعطل عن العمل وفقاً للتشريع الأردني، د. هاني بن هليل الفليح، (١٥).

وذلك بسنّ نظام التأمين ضد التعطل عن العمل (سائد) وفقاً
للمرسوم الملكي رقم م/ ١٨ وتاريخ ١٢ / ٣ / ١٤٣٥ هـ.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية هذا الموضوع في جملة من الأمور من أبرزها:

١ - اهتمام معظم الدول إقليمياً ودولياً بهذا الموضوع، مما يعزز من كونه موضوعاً هاماً يستحق الكتابة والدراسة.

٢ - حداثة هذا الموضوع، فهو من الموضوعات المنظمة حديثاً في نظام التأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية.

٣ - الآثار السلبية لتعطل العامل السعودي، وفقدانه مصدر رزقه، وبقائه دون حماية نظامية؛ لذا نرى أنه من الموضوعات التي تحتاج إلى دقة في بيان مفهوم التعطل عن العمل، وذكر المستحقين للتأمين ضد التعطل عن العمل، وشروط وموانع استحقاق التأمين ضد التعطل عن العمل، وبيان الحكم عند زوال مانع الاستحقاق.

٤ - لم أجد بحثاً تحدث عن هذا الموضوع في النظام السعودي، الأمر الذي يجعل البحث فيه من أهم المواضيع؛ للمساهمة في سد الفجوة العلمية لهذا الموضوع.

أهداف البحث:

للبحث هدف عام وأهداف خاصة، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الهدف العام:

يتمثل في بيان أن هذا النظام مفخرة من مفاخر الأنظمة في المملكة العربية السعودية، فقليل من الدول من تقوم بالحماية التشريعية لحفظ كرامة العامل وأسرته خلال فترة التعطل عن العمل.

ثانياً: الأهداف الخاصة:

- بيان مفهوم التعطل عن العمل.
- توضيح المستحقين للتأمين ضد التعطل عن العمل، وشروط استحقاقهم للتأمين ضد التعطل عن العمل.
- بيان حالات وقف تعويضات التعطل عن العمل، والإجراء الذي يتم إذا زال المانع بعد وقف صرف التأمين ضد التعطل عن العمل.

الدراسات السابقة:

بعد البحث في مصادر الأبحاث لم أجد بحثاً تحدث عن شروط وموانع استحقاق التأمين ضد التعطل عن العمل وفق نظام التأمينات الاجتماعية السعودي ١٤٤٥هـ، وهناك بعض الدراسات التي تحدثت عن الموضوع، والتي يمكن الاستفادة منها في بعض مفردات البحث، وثمة دراسات لبعض الدول العربية وفق قوانينها الخاصة بها.

أولاً: الأحكام النازمة لتأمين التعطل عن العمل وفقاً للتشريع الأردني، للدكتور: هاني بن هليل الفليح، بحث محكم ومنشور في مجلة قانون العمل والتشغيل، المجلد (٤)، العدد (٢)، ديسمبر ٢٠١٩م.

وصف البحث: جاء البحث في مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، تناول الباحث في المبحث الأول: ماهية التعطل عن العمل، والشروط الواجب توافرها في المتعطل، وفي المبحث الثاني: نطاق تطبيق تأمين التعطل عن العمل ومصادر تمويله في التشريع الأردني، وفي المبحث الثالث: شروط استحقاق بدل التعطل عن العمل وأحكامه، ثم الخاتمة وفيها أبرز التوصيات..

الموازنة بين بحثي وهذا البحث:

أوجه الشبه: ينحصر الشبه بين البحثين بوجه عام في الحديث عن المقصود بالتعطل عن العمل، والشروط الواجب توافرها في المستحقين للتعويض ضد التعطل عن العمل، وشروط استحقاق التأمين ضد التعطل عن العمل، وحالات وقف صرف بدل التعطل عن العمل.

أوجه الاختلاف: يختلف هذا البحث عن البحث الذي تقدمت به بفرق جوهري، وهو:

١- هذا البحث يناقش التشريع الأردني، والبحث الذي تقدمت به وفقاً للنظام السعودي.

٢- تناول بحثي حكم زوال المانع بعد وقف صرف تعويض التعطل عن العمل بخلاف البحث محل المقارنة.

ثانياً: أحكام التعويض في التأمين ضد التعطل عن العمل وفقاً للمرسوم بقانون اتحادي رقم (١٣) لسنة ٢٠٢٢م للقانون الإماراتي

«دراسة مقارنة» للدكتور: حمد بن عبدالله الحوسني، والدكتور: صالح بن أحمد الهيبي، بحث محكم ومنشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد (٢٢)، العدد (١)، مارس ٢٠٢٥ م.

وصف البحث: جاء البحث في مقدمة ومبحثين وخاتمة، تناول الباحث في المبحث الأول: مقدار التعويض في التأمين ضد التعطل عن العمل، وفي المبحث الثاني: أحكام سقوط الحق بالتعويض في التأمين ضد التعطل عن العمل ووقفه، ثم الخاتمة وفيها: أبرز النتائج والتوصيات.

الموازنة بين بحثي وهذا البحث:

أوجه الشبه: ينحصر الشبه بين البحثين في الحديث عن حالات وقف صرف بدل التعطل عن العمل.

أوجه الاختلاف: يختلف هذا البحث عن البحث الذي تقدمت به في أن البحث الذي تقدمت به تحدثت عن مفهوم التعطل عن العمل، وذكر المستحقين للتأمين ضد التعطل عن العمل، وشروط استحقاقهم للتعويض عند التعطل عن العمل، وثمة فرق جوهري، وهو: أن هذا البحث يناقش نصوص القانون الإماراتي مقارنةً بالقانون الجزائري والنظام السعودي، وأما البحث الذي تقدمت به وفقاً للنظام السعودي، ولم تتم المقارنة فيه مع أي نظام أو قانون آخر.

ثالثاً: التعويض الناتج عن التعطل عن العمل في نظام التأمينات الاجتماعية السعودي، للأستاذ: ياسر بن هليل الجهني، وهي عبارة

عن رسالة ماجستير مقدمة لقسم الأنظمة بكلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة للعام الجامعي ١٤٣٨ - ١٤٣٩ هـ.

وصف البحث: جاءت الرسالة في مقدمة وتمهيد وثلاثة فصول وخاتمة، الفصل الأول في ذكر الأسباب والقواعد النظامية للتعطل عن العمل في الفقه الإسلامي والنظام السعودي، الفصل الثاني في أحكام التعويض الناتج عن التعطل عن العمل في الفقه الإسلامي والنظام السعودي، الفصل الثالث في دعاوى التعويض في الأضرار الناتجة عن التعطل عن العمل في الفقه الإسلامي والنظام السعودي، ثم الخاتمة وفيها النتائج والتوصيات.

الموازنة بين بحثي وهذا البحث:

أوجه الشبه: ينحصر الشبه بين البحثين في الحديث عن مفهوم التعطل عن العمل، وبيان شروط الاستحقاق للتعويض ضد التعطل عن العمل، وحالات وقف صرف التعويض ضد التعطل عن العمل، وزوال المانع بعد وقف صرف التعويض.

أوجه الاختلاف: يختلف هذا البحث عن البحث الذي تقدمت به في أن هذا البحث يركز على التعويض الناتج عن التعطل عن العمل في نظام التأمينات الاجتماعية، وأما البحث الذي تقدمت به فهو يركز على بيان مفهوم التعطل عن العمل، وذكر المستحقين للتأمين ضد التعطل عن العمل، وشروط استحقاقهم للتعويض عند التعطل عن العمل بالتفصيل.

ومن الفروق: أن هذا البحث في النظام القديم، والبحث الذي تقدمت به على النظام الجديد.

ومن الفروق: أن هذا البحث يقارن بين الفقه الإسلامي والنظام السعودي، وأما البحث الذي تقدمت به فهو يركز على النظام السعودي فقط.

مشكلة البحث:

أدرك المنظم السعودي أهمية التأمين ضد التعطل عن العمل لحماية المتعطلين؛ ولذا صدر هذا النظام، ونرى أن إشكالية الدراسة تتمثل في بيان مدى كفاية تنظيم شروط استحقاق تأمين التعطل عن العمل، وحالات وقف صرف التعويض ضد التعطل عن العمل.

حدود البحث:

ستكون حدود البحث -بمشيئة الله- في شروط الحصول على تعويض فرع التأمين ضد التعطل عن العمل، وموانع استحقاق ذلك التعويض في نظام التأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية وعلى ذلك.

فالحدود الموضوعية: أحكام التأمين ضد التعطل عن العمل وتحديدًا في بيان مفهوم التعطل، والمستحقين للتأمين، وشروط استحقاقهم، وحالات وقف صرف التأمين، وحكم زوال المانع.

والحدود الزمانية: في ظل نظام التأمينات الاجتماعية السعودي
الجديد ١٤٤٥هـ.

والحدود المكانية: المملكة العربية السعودية.

منهج البحث:

ينتهج البحث منهجاً وصفيّاً ومنهجاً تحليليّاً وقد تم وصف
الموضوع وتحليل النصوص محل البحث الواردة في نظام
التأمينات الاجتماعية.

أسئلة البحث:

- ١- ما المقصود بالتأمين ضد التعطل عن العمل؟
- ٢- من المستحقون للتأمين ضد التعطل عن العمل؟ وما شروط
استحقاقهم للتأمين؟
- ٣- ما الحالات التي يوقف فيها صرف التأمين ضد التعطل عن
العمل؟ وما العمل إذا زال المانع بعد وقف صرف التأمين؟

خطة البحث:

سيتم تناول هذا البحث -بمشيئة الله تعالى- في تمهيد ومبحثين على
النحو التالي:

مبحث تمهيدي: ماهية التأمين ضد التعطل عن العمل:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم التأمين الاجتماعي.

المطلب الثاني: مفهوم التعطل عن العمل.

المبحث الأول: المستحقون للتأمين ضد التعطل عن العمل، وشروط استحقاقهم للتعويض ضد التعطل عن العمل:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المستحقون للتأمين ضد التعطل عن العمل.

المطلب الثاني: شروط استحقاق التأمين ضد التعطل عن العمل.

المبحث الثاني: وقف صرف التعويض ضد التعطل عن العمل، وحكم زوال المانع بعد وقف الصرف:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: وقف صرف التعويض ضد التعطل عن العمل.

المطلب الثاني: حكم زوال المانع بعد وقف الصرف.

الخاتمة:

وتشمل أهم النتائج وأبرز التوصيات.

مبحث تمهيدي ماهية التأمين ضد التعطل عن العمل

التأمين لغة:

من أمن أي طلب الأمن والأمان، والأمن ضد الخوف وهو حماية النفس، فكلمة التأمين مشتقة من الأمن^(١).

التأمين اصطلاحاً:

عقد يلتزم المؤمنُ بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له مبلغاً من المال أو مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حال وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن^(٢).

ويهدف التأمين ضد التعطل عن العمل إلى تخفيف أثر التعطل عن العمل للمشارك السعودي^(٣) وأسرته، وتخفيف الأعباء المالية التي تلحق بالمتعطل؛ بسبب فقد مصدر دخله الذي كان يوفر له الحياة الكريمة؛ لأن تركه للعمل لا يؤثر عليه فحسب بل يؤثر على الاقتصاد الوطني، فإذا توقف أجره قلَّ إنفاقه، مما يؤدي إلى انخفاض معدل

(١) معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس القزويني، تحقيق: عبدالسلام هارون، (١٣٣)، تاج العروس من جواهر القاموس، مرتضى الزبيدي، (١٨٤/٣٤).

(٢) عقود التأمين حقيقتها وحكمها، حمد بن حماد الحماد، (٧٢/١).

(٣) نظام التأمينات الاجتماعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٢٧٣) وتاريخ ١٤٤٥/١٢/٢٦هـ، (م/٤٣).

النمو، وغالبًا يكون هذا الدخل هو مصدر الرزق الوحيد الذي قد يلجئ المتعطل أو أحد أفراد أسرته إلى التسول أو ارتكاب الجريمة بحثًا عن المال، أو التعدي على ممتلكات الغير، لا سيما أن التعطل عن العمل قد يؤدي إلى البطالة^(١)، والتعطل عن العمل يُعد إهدارًا للثروة البشرية؛ حيث تؤدي إلى إقصاء جزء من الأيدي العاملة القادرة على العطاء والخدمة.

وبسبب الآثار السيئة التي خلفها التعطل على المتعطلين نصت بعض الاتفاقيات الدولية على ضمان تعويضات أو إعانات للعاطلين عن العمل رغم إرادتهم، ومن هؤلاء الذين لديهم أعمال وقد تعطلت^(٢)؛ وقد بلغت عدد الاتفاقيات إحدى عشرة اتفاقية، وثلاث عشرة توصية تحاطب بموجبها الدول وتلزمهم بمراعاة حقوق العمال وحمايتهم^(٣)؛ من أجل ذلك جاء المنظم السعودي -أيضًا- وسنّ نظامًا يحمي المشترك السعودي في حال تعطله عن العمل بسبب خارج عن

(١) حماية العاطلين عن العمل في الإمارات العربية المتحدة وفق المرسوم بقانون الاتحاد الإماراتي رقم (١٣) لسنة ٢٠٢٢م بشأن نظام التأمين ضد التعطل عن العمل، د. أحمد بن علي عبدالجواد، (١٥٥).

(٢) الاتفاقية الدولية بشأن ضمان تعويضات أو إعانات للعاطلين رغم إرادتهم، رقم (١٦٨)، لعام ١٩٨٨م، والمعتمدة من المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية.

(٣) مسؤولية إسرائيل عن تعطل العمالة الفلسطينية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي السابع بعنوان: القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على الأراضي المحتلة، د. العوضي عثمان، (٩١٠).

إرادته، وذلك بوضع نظامٍ تأميني يقدم تعويضات مالية، ويسانده في البحث عن العمل.

وسياًتي -بمشيئة الله- توضيح المراد بالتعطل عن العمل، وذكر المستحقين له، وشروط استحقاقهم، وبيان حالات وقف صرف التعويض، وحكم زوال هذا المانع.

وهناك فوائد أخرى لصرف التأمين ضد التعطل عن العمل، منها:

١- يحرر التأمين ضد التعطل عن العمل العامل وأفراد أسرته من الخوف على المستقبل والقلق على مصيره، وتجعله يعيش آمناً على نفسه ومن يعولهم في يومه وغده؛ لضمان حياة كريمة بعيدة عن ذل الحاجة وألم الحرمان^(١).

٢- حماية الاقتصاد من الانخفاض بسبب التعطل عن العمل^(٢).

٣- السبب الرئيس لانتشار الفقر هو التعطل عن العمل وعدم الكسب، وهو السبب في عرقلة منجزات الإصلاح الاقتصادي^(٣).

٤- تنمية الشعور الوطني مما يعود بالنفع العام على المجتمع في تنمية وحدة المصير بين أبناء الوطن الواحد^(٤).

(١) الضمان الاجتماعي ودوره الاقتصادي والاجتماعي، د. علي الحوات، (٤٥).

(٢) التأمينات الاجتماعية في البلاد العربية، د. محمد بن حلمي مراد، (١٠٩).

(٣) أساليب تمويل تأمين التعطل عن العمل في جمهورية مصر العربية، أحمد أبو الحمد محمود، د. علي بن سيد حسنين، د. محمد بن محمد عطا، (٢٥).

(٤) النظام القانوني للتأمينات والضمان الاجتماعي في المملكة العربية السعودية، د. رضا بن محمود العبد، (٢٠).

والواقع أن التأمين ضد التعطل عن العمل لا يعد علاجاً حاسماً لمشكلة التعطل عن العمل، وإنما العلاج يكمن في خلق فرص للعمل حتى تكفل الحياة الكريمة للمواطن؛ ولذا لا بد أن تكون هناك البيانات الدقيقة، والتخطيط المناسب للحياة الاقتصادية والاجتماعية على مستوى الدولة، ووضع الحلول للتعطل عن العمل، والحد منه. وسوف نتناول هذا المبحث في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم التأمين الاجتماعي:

تعددت التعريفات للتأمينات الاجتماعية فمنهم من نظر للتأمينات من خلال الوسائل والسياسات التي تواجه بها الخطر الاجتماعي^(١) فذهب إلى أنها: «مجموعة الوسائل والسياسات المالية الوقائية والعلاجية المقررة نظامياً لحماية العاملين من المخاطر الاجتماعية وتأمين مستقبلهم ومستقبل ذويهم الاقتصادي»^(٢).

ويؤخذ على هذا التعريف أنه لا يمكن الاعتماد على الوسائل والسياسات التي يتم مواجهة التأمين الاجتماعي بواسطتها فقط؛ نظراً

(١) شرح نظامي العمل والتأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية، د. محمد بن عبدالستار عبدالوهاب، (٢٤٨).

(٢) التأمينات الاجتماعية بين المفهوم والمخاطر والتطور والآثار، دراسة تطبيقية على المملكة العربية السعودية بحث مقدم لمؤتمر (التأمينات الاجتماعية بين الواقع والمأمول)، د. محمد بن أحمد بن صالح الصالح، (١).

لتنوعها وتطورها من وقت لآخر كما أنه لا يمكن الاعتماد على مصدر الخطر الاجتماعي أو مصدره نظراً لتنوع الأخطار واختلاف مصادرها. وعلى ذلك فلا بد من الربط بين المخاطر الاجتماعية وبين التأمين الاجتماعي؛ لأن العنصر المشترك بين المخاطر الاجتماعية هو التأثير على المركز الاقتصادي لمن يتعرض للتعطل^(١).

ومنهم من نظر إلى التأمينات بالهدف الذي ترمي لتحقيقه^(٢)، وهو حماية الطبقة العاملة، فعرّفها بأنها: «نظام يهدف إلى تغطية الأخطار الاجتماعية التي يتعرض لها أفراد الطبقة العاملة فتعجزهم عن العمل؛ كالمرض والشيخوخة، أو تمنعهم عن الكسب كالبطالة»^(٣).

وقد تناول هذا التعريف فروع التأمينات الاجتماعية؛ فرع الأخطار، وفرع المعاشات، وفرع التعطل عن العمل والتي يغطيها نظام التأمينات الاجتماعية السعودي الجديد، ومنها فرع التأمين محل الدراسة والذي عبر عنه بالأخطار التي تمنع الشخص عن الكسب.

(١) الأسس العامة للضمان الاجتماعي، د. مصطفى بن أحمد أبو عمرو، (٦٦).

(٢) شرح نظامي العمل والتأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية، د. محمد بن عبد الستار عبد الوهاب، (٢٤٧).

(٣) الموجز في أحكام عقد التأمين، د. محمد السيد محمد عمران، (٢٠).

المطلب الثاني: مفهوم التعطل عن العمل:

التعطل عن العمل هو: «فقدان العامل لعمله لسبب خارج عن إرادته مع قدرته على العمل، ورغبته فيه، وبحثه عنه»^(١).

ولعل هذا التعريف مستفاد من تعريف الاتفاقية الدولية بشأن النهوض بالعمالة والحماية من البطالة والتي عرفت التعطل عن العمل بأنه: «فقد الكسب بسبب عجز شخص عن الحصول على عمل مناسب، رغم كونه قادرًا على العمل ومستعدًا له وباحثًا بالفعل عن عمل»^(٢).

ونلاحظ هنا أن المنظم السعودي قيد تعريف التعطل عن العمل بحالة فقدان العامل للعمل، سواء كانت في حال الإنهاء أو حال الفصل من العمل؛ ولعل هذا احترازًا من عدم تداخل التعطل عن العمل مع حالة البطالة، وقيد التعريف -أيضًا- بحالة فقد العمل لسبب خارج عن إرادته مع قدرته عليه ورغبته فيه، وبحثه عنه؛ ولعل هذا التقييد ليخرج مفهوم إصابات العمل والعجز غير المهني^(٣).

(١) نظام التأمين ضد التعطل عن العمل، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) بتاريخ ١٢/٣/١٤٣٥هـ، (م/١).

(٢) الاتفاقية الدولية بشأن النهوض بالعمالة والحماية من البطالة رقم (١٦٨) لسنة ١٩٨٨م، والمعتمدة من المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية، (م/١٠)، فقرة (١).

(٣) التعويض الناتج عن التعطل عن العمل في نظام التأمينات الاجتماعية السعودي، ياسر بن هليل الجهني، (٣٦).

وهناك من الباحثين من يرى أن هذا النوع من التعطل يسمى التعطل الكامل، وهناك نوع آخر وهو التعطل الجزئي، وهو الذي يؤدي إلى تخفيض ساعات العمل اليومية مع تخفيض الأجر، ثم تساهم الدولة بالفرق بين الجزء المخفض من الأجر، بما لا يجاوز نسبة معينة^(١)، وإلى ذلك أشارت الاتفاقية الدولية بشأن النهوض بالعمالة والحماية من البطالة^(٢).

ولا شك أن المراد في بحثنا هذا هو التعطل الكامل، وليس التعطل الجزئي.

ونلاحظ أن المنظم السعودي جعل التأمين ضد التعطل عن العمل لا يستفيد منه، ولا ينتفع به إلا العامل الذي توفرت فيه الشروط التالية:

- ١- أن يفقد العامل العمل.
- ٢- أن يكون فقدته للعمل لسبب خارج عن إرادته، وليس باختياره.
- ٣- أن يكون العامل قادرًا على العمل.
- ٤- أن يكون العامل راغبًا في العمل.
- ٥- أن يكون العامل جادًا في البحث عن عمل، ومستعدًا لأن يباشره.

(١) اتجاهات الضمان الاجتماعي في القانون المصري «دراسة مقارنة»، د. رجب بن سيد صميذة، (٣٤٧).

(٢) الاتفاقية رقم (١٦٨) بشأن النهوض بالعمالة والحماية من البطالة، أكتوبر ١٩٩١ م، (م/١٠) فقرة (أ/٢).

وقد عبّر المنظم السعودي بقوله: «فقدان العامل»، والتعبير بالفقد يعني أن الشيء كان موجوداً ثم ذهب منه، وإذا فقد العامل العمل فمن البديهي أنه سيفقد الأجر على ذلك العمل، ويخرج من هذا التعطل الجزئي للعمل، وكذلك التعطل المؤقت ليوم أو يومين ونحو ذلك.

وأما الذين يتركون العمل بسبب رغبتهم بذلك بالاستقالة من عملهم فلا يستحقون التعويض، وسيأتي -بمشيئة الله- الحديث عن ذلك.

فالتعويض إنما يستحقه المشترك الذي ليس له أي أثر في الانقطاع عن العمل؛ كأن يكون التعطل عن العمل بسبب قهري اقتصادي، وذلك كما حصل في جائحة كورونا، أو بسبب انتهاء النشاط المحدد للمنشأة، أو بسبب إفلاسها أو إعادة هيكلتها أو غير ذلك من الأسباب التي لا علاقة للمشارك بها.

وأما الذين يفقدون عملهم بسبب إصابة العمل أو العجز غير المهني أو الشيخوخة أو الوفاة فإنهم يستحقون معاشاً -كلاً بحسب حالته- إذا توافرت فيهم الشروط.

ومن المقرر -أيضاً- أن التأمين ضد التعطل عن العمل لم يشرع لمساعدة الكسالى والعازفين عن العمل، وعلى ذلك فلا يتتبع من هذا التأمين إلا العامل الذي فقد عمله لأمر خارج عن إرادته مع قدرته عليه، ورغبته فيه.

والقدرة على العمل على نوعين:

النوع الأول: القدرة البدنية، أي أنه لا يعاني من أمراض تمنعه من العمل أو إعاقة بعجز كلي تمنعه من أي عمل، أو عجز جزئي تمنعه من بعض الأعمال.

النوع الثاني: القدرة النفسية، وذلك من خلال البحث الجاد عن العمل دون التكاسل أو الخمول.

ومما تقدم نخلص إلى أن تعويض التعطل عن العمل هو عبارة عن دخل بديل وليس عبارة عن أجر، ومما يدل على ذلك أن التعويض إنما يستحق عند التعطل عن العمل والذي بسببه لا يأخذ العامل الأجر، وأما الأجر فيستحقه العامل عند العمل.

ومع كل ما تقدم، فإن التأمين ضد التعطل عن العمل لا يشمل جميع العاملين الذين فقدوا أعمالهم بسبب خارج عن إرادتهم؛ إذ إن المنظم السعودي حدد المستحقين للتأمين ضد التعطل عن العمل، وذكر شروط استحقاقهم للتعويض، وهو ما سيأتي الكلام عنه -بمشيئة الله تعالى- في المبحث الأول.

المبحث الأول

المستحقون للتأمين ضد التعطل عن العمل، وشروط استحقاقهم للتعويض

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المستحقون للتأمين ضد التعطل عن العمل:

نص المنظم السعودي على أن فرع التأمين ضد التعطل عن العمل يطبق بصورة إلزامية لمن توافرت فيه الشروط التالية:

١- أن يكون العامل سعودياً.

٢- أن يكون العمل داخل المملكة العربية السعودية.

٣- أن يكون سن العامل عند بدء تطبيق النظام عليه دون الرابعة والستين^(١).

ونستفيد مما تقدم أن التأمين ضد التعطل عن العمل يحمي جانب العامل السعودي فيُصرف إلزامياً، والعامل في النظام السعودي هو: «كل شخص طبيعي -ذكراً أو أنثى- يعمل لمصلحة صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر، ولو كان بعيداً عن نظارته»^(٢).

(١) نظام التأمينات الاجتماعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٢٧٣) وتاريخ ٢٦/١٢/١٤٤٥هـ، (م/٤٣)، فقرة (١).

(٢) نظام العمل، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ بتاريخ ٢٣/٨/١٤٢٦هـ، (م/٢).

وهذا التعريف عام في العامل فيشمل العامل السعودي والأجنبي إلا أن المنظم السعودي قيد انتفاع العامل بالتأمين ضد التعطل عن العمل بالعامل السعودي إذا توافرت فيه شروطه.

وكذلك فإن المنظم السعودي نص على «أن يكون سن العامل عند بدء تطبيق النظام عليه دون الرابعة والستين»، وهنا لم يفرق بين الذكر والأنثى، وهذا بخلاف بعض الدول التي فرقت بينهما^(١).

المطلب الثاني: شروط استحقاق التعويض ضد التعطل عن العمل.

نص المنظم السعودي على أنه يحق للمشارك المتعطل عن العمل الحصول على تعويض فرع التأمين ضد التعطل عن العمل إذا توافرت فيه الشروط التالية^(٢):

الشرط الأول: أن يكون سعودي الجنسية، ويثبت هذا من خلال الهوية الوطنية للعامل طالب التأمين ضد التعطل عن العمل.

الشرط الثاني: تحديد مدد للحصول على التعويض ففي التعويض للمرة الأولى إذا عمل مدة لا تقل عن اثني عشر شهراً خلال الستة والثلاثين شهراً التي تسبق المطالبة الأولى، أي أن يعمل بعمل يخضع

(١) قانون الضمان الاجتماعي الأردني، قانون رقم (١) لسنة ٢٠١٤م وتعديلاته، (م/٥٠)، فقرة (أ-٢)، وقد نص على «ألا يكون قد بلغ عمره (٦٠) سنة للذكر و(٥٥) سنة للأنثى».

(٢) نظام التأمينات الاجتماعية، (م/٤٥)، (م/٤٦) فقرة (١).

لنظام التأمينات الاجتماعية لمدة لا تقل عن اثني عشر شهراً سواء كانت متصلة أو متقطعة^(١).

وفي التعويض الثاني تزيد مدة الأشهر، وكذلك في الثالث والرابع، ولعل السبب في ذلك -والله أعلم- هو للتأكد من جدية العامل والتي يجب أن تكون لفترة زمنية معينة، وكذلك فإن اشتراط مدة معينة لاستحقاق التأمين ضد التعطل عن العمل يخضع لاعتبارات تمويلية حيث يعتمد تمويل التأمين ضد التعطل عن العمل على اشتراكات المؤمن عليهم والتي تكون بشكل دوري ومحدد^(٢).

ويتبين لنا من هذا أن مدة الصرف تختلف باختلاف مدة العمل فيستفيد المتعطل عن العمل إذا كان قد عمل -على سبيل المثال- لمدة لا تقل عن اثنا عشر شهراً خلال الستة والثلاثين شهراً التي تسبق المطالبة الأولى.

والمنظم السعودي لم يقرر صرف بدل التعطل عن العمل طوال فترة تعطل المؤمن عليه؛ والعلة في ذلك -والله أعلم- حث العامل المتعطل عن العمل على البحث الجاد على العمل قبل انتهاء المدة المحددة، وكذلك في سائر المدد.

(١) نظام التأمينات الاجتماعية، (م/٤٧)، (م/٤٦) فقرة (١).

(٢) مبادئ قانون التأمين الاجتماعي، د. مصطفى بن أحمد أبو عمرو، (٤١٩).

الشرط الثالث: ألا يكون العامل مفصولاً من العمل بسبب راجع إليه.

والحالات التي يفصل فيها العامل بسبب راجع إليه حددها المنظم السعودي في المادة الثمانين بالنص على أنه: «لا يجوز لصاحب العمل فسخ العقد دون مكافأة العامل، أو إشعاره، أو تعويضه؛ إلا في الحالات الآتية، وبشرط أن يتيح له الفرصة لكي يبدي أسباب معارضته للفسخ:

أ- إذا وقع من العامل اعتداء على صاحب العمل أو المدير المسؤول أو أحد رؤسائه أو مرؤوسيه أثناء العمل أو بسببه.

ب- إذا لم يؤدِّ العامل التزاماته الجوهرية المترتبة على عقد العمل أو لم يطع الأوامر المشروعة أو لم يراعِ عمداً التعليمات -التي أعلن عنها صاحب العمل في مكان ظاهر- الخاصة بسلامة العمل والعمال رغم إنذاره كتابة.

ج- إذا ثبت اتباع العامل سلوكاً سيئاً، أو ارتكابه عملاً مخلاً بالشرف أو الأمانة.

د- إذا وقع من العامل -عمداً- أيُّ فعلٍ أو تقصيرٍ يقصد به إلحاق خسارة مادية بصاحب العمل، بشرط أن يبلغ صاحب العمل الجهات المختصة بالحادث خلال أربع وعشرين ساعة من وقت علمه بوقوعه.

هـ- إذا ثبت أن العامل لجأ إلى التزوير ليحصل على العمل.

و- إذا كان العامل مُعيّناً تحت الاختبار.

ز- إذا تغيب العامل دون سبب مشروع أكثر من ثلاثين يوماً خلال السنة العقدية الواحدة أو أكثر من خمسة عشر يوماً متتالية، على أن يسبق الفصل إنذار كتابي من صاحب العمل للعامل بعد غيابه عشرين يوماً في الحالة الأولى وانقطاعه عشرة أيام في الحالة الثانية.

ح- إذا ثبت أن العامل استغل مركزه الوظيفي بطريقة غير مشروعة للحصول على نتائج ومكاسب شخصية.

ط- إذا ثبت أن العامل أفشى الأسرار الصناعية أو التجارية الخاصة بالعمل الذي يعمل فيه^(١).

الشرط الرابع: ألا يكون للعامل نشاط خاص أو دخل من عمل.

وذلك كأن يكون العامل شريكاً في شركة، أو يملك مؤسسة فردية، أو حاصلاً على ترخيص بمزاولة مهنة ما، أو لديه عمالة على كفاله باستثناء العمالة المنزلية، أو عمل بعمل غير العمل الذي تعطل منه.

ويجب على المشترك العامل أن يمتنع من تلقاء نفسه عن أخذ التعويض ضد التعطل عن العمل^(٢)؛ لئلا يجمع بين تعويض التعطل عن العمل وبين ما يحصل عليه من أجر النشاط الخاص أو دخل العمل^(٣).

(١) نظام العمل، (م/ ٨٠) عدلت بموجب المرسوم الملكي رقم (م/ ٤٦) وتاريخ ١٤٣٦/٦/٥هـ.

(٢) نظام التأمينات الاجتماعية، د. سمير بن عبد السيد تناغو، (٣٢٠).

(٣) التأمينات الاجتماعية ومكافآت نهاية الخدمة، محمد بن فهم أمين، (١٥٥).

وإذا ثبت للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية أن المشترك العامل له نشاط خاص أو دخل من عمل فلا يحق له الانتفاع من التأمين ضد التعطل عن العمل والسبب هنا ظاهر وجلي، وهو: انتفاء الهدف من صرف التأمين.

ونلاحظ هنا أن المنظم السعودي لم يحدد دخلاً أو أجراً معيناً، فسواء كان الدخل أو الأجر الذي أخذه العامل أقل من أجره أو يساويه أو أكثر منه.

الشرط الخامس: ألا يكون العامل ترك العمل بسبب عدم رغبته في الاستمرار فيه.

هنا نلاحظ أن المنظم السعودي قد نص على «عدم رغبته في الاستمرار فيه»، والرغبة في العمل يحكمها المعيار الموضوعي، وهو معيار الشخص الطبيعي^(١)، وعلى ذلك فرفض العامل لبعض الأعمال لا يُعد رفضاً حقيقياً للعمل، ويحق له الانتفاع من التأمين ضد التعطل عن العمل، وعلى سبيل المثال لو أن معلماً يعمل في منشأة تعليمية ثم تم الاستغناء عنه، وعرض عليه أن يعمل حارس أمن في تلك المدرسة فلا يعد غير راغب في العمل؛ لأن هذا العمل لا يتناسب مع مؤهلاته وخبراته.

(١) موسوعة التشريعات الاجتماعية في ضوء الفقه والقضاء «العمل والتأمينات»، المستشار د. رمضان بن جمال كامل، (٥١١).

وقد يترك العامل العمل باختياره ورغبته وهو ما يُعبر عنه بالاستقالة، وهي: «إفصاح العامل كتابة عن رغبته دون إكراه في إنهاء عقد عمل محدد المدة دون تعليق على قيد أو شرط وقبول صاحب العمل بها»^(١).

ومن صور ترك العمل بسبب عدم رغبته في الاستمرار فيه: الانقطاع عن العمل دون مسوغ نظامي، أو رفض تجديد العقد؛ وذلك -على سبيل المثال- للبحث عن عمل آخر أفضل منه، ومثل هذا لا يستحق الحماية المقررة له، ولا يندرج ضمن المستحقين للتعويض ضد التعطل عن العمل^(٢)؛ لأن تعطله عن العمل بمحض إرادته واختياره.

أما إذا كانت هناك أسباب قوية دفعت العامل لترك العمل، وهو ما يعبر عنه بالاستقالة الغير إرادية كأن يكون قد تم نقله إلى مكان بعيد جداً عن محل إقامته المعتاد، أو أن العامل اضطر لتقديم استقالته بسبب سوء معاملة صاحب العمل، أو أن صاحب العمل وقع منه أو من ينوب عنه أمرٌ مغلٌ بالآداب تجاه العامل ذكراً كان أو أنثى، فيكون في الظاهر هو الذي ترك العمل برغبته واختياره، ولكن حقيقة الأمر تخالف ذلك^(٣).

(١) نظام العمل، (م/٢).

(٢) تأمين البطالة في القانون رقم (١٣٥) لسنة ٢٠١٠ «دراسة مقارنة»، د. صلاح بن علي حسن، (١٩).

(٣) شرح التأمينات الاجتماعية «النظام الأساسي والنظم المكمل»، د. محمد بن حسن قاسم، (٣٨٩)، التأمينات الاجتماعية، د. محمد بن حسين منصور، (٢٩٩).



الشرط السادس: أن يكون العامل قادرًا على العمل.

لا يشترط أن يكون العامل قادرًا على أداء نفس العمل الذي كان يزاوله قبل التعطل، بل يكفي أن يكون قادرًا على أداء أي عمل يتناسب مع قدراته ومؤهلاته وخبراته^(١)، وأما إذا كان العامل غير قادر على العمل فإنه لا يعد متعطلاً، بل يعد عاجزاً وهنا يستفيد من فرع المعاشات في حال العجز غير المهني إذا توافرت شروطه.

ولا بد أن يكون العمل مناسباً للعامل، ملائماً لمؤهلاته إلى حد كبير^(٢)، وقدرته البدنية، وملائماً للأجر، وكذلك ملائماً له في المكان، فلا يكون العمل في منطقة نائية لا يتوافر فيها المسكن المناسب.

الشرط السابع: ألا يكون العامل قد بلغ السن النظامية لاستحقاق المعاش.

وذلك لأن من بلغ السن النظامية لاستحقاق المعاش فسيكون مستفيداً من معاش التقاعد، كما أن بلوغ السن النظامية لاستحقاق المعاش يوقف اشتراك نظام التأمين ضد التعطل عن العمل.

الشرط الثامن: أن يكون قد سجل بعد تركه للعمل:

- (١) التأمين الاجتماعي ضد البطالة، د. محب الدين محمد سعد، (١٦٨).
- (٢) التأمينات الاجتماعية وتطبيقاتها العملية في القطاع العام، سيد عجمي ونيازي طاهر، (١٢١).



وذلك بأن يقوم بالتسجيل في صندوق تنمية الموارد البشرية التابع للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية خلال تسعين يوماً من تاريخ تعطله عن العمل.

الشرط التاسع: أن يقوم العامل بالبحث الجاد عن العمل.

وذلك بحضور المقابلات الشخصية لجهات العمل وقبوله العروض المناسبة، وأن يتقيد بتعليمات وتوجيهات صندوق تنمية الموارد البشرية، وإذا لم يقيم العامل ببذل وسعه وجهده المعتاد في البحث عن العمل المناسب فإنه لا يستحق التعويض المذكور.

الشرط العاشر: أن يكون العامل ملتزماً بالتدريب.

وذلك بأن يلتزم بحضور الدورات التعليمية أو التدريبية التي يحددها صندوق تنمية الموارد البشرية أو مع غيره من الجهات بحسب ما تحدده المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية.



المبحث الثاني

وقف صرف التعويض ضد التعطل عن العمل، وحكم زوال المانع بعده

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: وقف صرف التعويض ضد التعطل عن العمل:

نص المنظم السعودي على أنه يوقف صرف التعويض عن المشترك المتعطل عن العمل في ثلاث حالات^(١):

أولاً: الوفاة:

يتم وقف صرف بدل التعطل عن العمل إذا توفي المشترك أثناء فترة التعطل؛ والسبب في ذلك هو أنه يحق للورثة الحصول على معاش الوفاة إذا كان المشترك المتوفى قد توافرت فيه شروط استحقاق المعاش، وإذا كان غير مستحق للمعاش فيستحق الورثة التعويض المقطوع^(٢).

وأما إذا توفي المشترك أثناء فترة التعطل عن العمل ولم تتوافر فيه شروط استحقاق المعاش أو التعويض المقطوع فلعله من المناسب أن يستمر صرف التعويض إلى ورثته وفق ضوابط معينة^(٣).

(١) نظام التأمينات الاجتماعية، (م/٤٩)، فقرة (١).

(٢) نظام التأمينات الاجتماعية، (م/٢٥).

(٣) أحكام التعويض في التأمين ضد التعطل عن العمل وفقاً للمرسوم بقانون اتحادي رقم (١٣) لسنة ٢٠٢٢م، د. محمد بن عبدالله الحوسني ود/ صالح بن أحمد اللهيبي، (٨٨).

ثانيًا: بلوغ السن النظامية لاستحقاق المعاش.

هذه الحالة تؤدي إلى الحرمان النهائي من استحقاق التعويض، ومما لا شك فيه أن السبب في ذلك ظاهر، وهو أن الهدف من التعويض ضد التعطل عن العمل إيجاد دخل للعامل المتعطل والذي من خلاله يستطيع العامل أن يعيش الحياة الطبيعية له ولأسرته.

وإذا كان العامل قد استحق المعاش لبلوغه السن النظامية فإنه والحالة هذه لا يستحق تعويض التعطل عن العمل لانتفاء موجهه؛ حتى لا يجمع بين المعاش وتعويض التعطل عن العمل.

ثم إن الهدف من تعويض التعطل ضد العمل هو حثه للبحث عن عمل آخر، وهذا لا يتأتى لمن بلغ السن النظامية.

ثالثًا: زوال أي شرط من شروط الاستحقاق.

ولعل السبب في إيقاف صرف التعويض في بعض الحالات هو إيضاح عدم جدية العامل المتعطل في البحث عن عمل والرضا بما يحصل عليه من التعويض، ومن ثم يفقد التعويض هدفه وهو: حماية المتعطل أثناء تعطله وسرعة عودته إلى الحياة العملية مرة أخرى، بل قد يصبح أداة لمساعدة المتعطل على الكسل وعدم البحث عن عمل.

المطلب الثاني: حكم زوال المانع بعد وقف الصرف:

نص المنظم السعودي على أنه إذا أوقف صرف التعويض ثم زال المانع الذي أوقف الصرف بمقتضاه فيستأنف الصرف من أول الشهر

التالي لتاريخ إشعار المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بزوال ذلك المانع بشرط أن يتم الإشعار خلال المدة التي حددها اللائحة^(١).

وقد بين لنا المنظم السعودي كيفية التعامل مع حالات إيقاف صرف التعويض ضد التعطل عن العمل بسبب وجود مانع كحصول المستفيد على دخل من عمل جديد أو نشاط خاص أو عدم القدرة على العمل، أو فقدان الجنسية، أو غير ذلك من الأسباب، فإن النظام يجيز استئناف الصرف بشرطين أساسيين:

١- زوال المانع.

٢- تقديم إشعار للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية خلال الفترة التي تحددها اللائحة.

(١) نظام التأمينات الاجتماعية، (م/٤٩)، فقرة (٢).

الخاتمة

وحيث وصلت -ولله الحمد والمنة- إلى نهاية المطاف في هذا البحث،
فإنني أضع بين يدي القارئ الكريم أهم النتائج، وأبرز التوصيات، وهي:

أهم النتائج:

١- نظام التأمين ضد التعطل عن العمل هو نظام تأميني تكافلي اجتماعي، وفق أحكام الشريعة الإسلامية؛ ويهدف لحفظ كرامة العامل إثر تعطله عن العمل وتوفير الحياة التي تحميه من التشرد والفقر وسؤال الناس.

٢- نظام التأمين ضد التعطل عن العمل يحقق الأمان الوظيفي لعامل القطاع الخاص، ويزيد من إقبال الكوادر الوطنية على القطاع الخاص دون مخاوف من توفر الأمان الوظيفي؛ لما فيها من أنظمة توفر الحماية للعاملين حال التعرض للتعطل عن العمل.

٣- تعويض التعطل عن العمل هو عبارة عن دخل بديل وليس عبارة عن أجر.

٤- ينقسم التعطل عن العمل إلى قسمين: التعطل الكلي عن العمل، والتعطل الجزئي عنه.

٥- التأمين ضد التعطل عن العمل لا يعتبر علاجاً حاسماً لمشكلة التعطل عن العمل، ويجب خلق فرص للعمل، وجمع البيانات الدقيقة،

والتخطيط المناسب للحياة الاقتصادية والاجتماعية على مستوى الدولة، ووضع الحلول للتعطل عن العمل.

٦- التأمين ضد التعطل عن العمل لا يشمل من لم يعمل أصلاً «حالة البطالة»، وإنما من كان له عمل وتعطل عنه بسبب لا يد له فيه.

٧- لم يقرر المنظم السعودي صرف بدل التعطل عن العمل طوال فترة تعطل المؤمن عليه؛ لحثه على البحث الجاد عن العمل، ولا يعد تعويض التعطل عن العمل دخلاً كاملاً للمتتعطل وإنما عبارة عن نسبة وتتفاوت مع فترات التعطل.

٨- لا بد أن يكون العمل مناسباً للعامل بما يتناسب مع مؤهلاته، وقدرته البدنية، ومكان إقامته.

أبرز التوصيات:

١- يكون التأمين ضد التعطل عن العمل على القطاع الخاص، متمثلاً في شركات التأمين للتكفل بتحمل عبء التعويضات المستحقة في مقابل اشتراكات المستفيدين؛ وذلك لتفعيل الشراكة بين القطاع العام والخاص؛ لما لهما من أثر إيجابي على العملية الاقتصادية في الدولة.

٢- نص المنظم السعودي على أن التأمين ضد التعطل عن العمل يطبق بصورة إلزامية لجميع العمال السعوديين، ونقترح أن يشمل ذلك العمال المقيمين لا سيما مع الحاجة لاستقطاب الكوادر؛ ليشعروا بالأمان، ويحفظ لهم ولأسرهم الحياة الكريمة، ويحفظهم من سلوك

طرق الحصول على المال بوسائل غير مشروعة؛ ونقترح - أيضاً -
لتقنين هذا الأمر أن يُعطى العامل المقيم مدة محددة فيما أن يجد عملاً
جديداً أو يُغادر إلى بلاده.

٣- نص المنظم السعودي على شروط استحقاق التعويض ضد
التعطل عن العمل، واستثنى بعض الحالات، ونرى إضافة بعض
الحالات الأخرى، ومنها:

ألا يكون العامل في فترة التجربة أو الاختبار، أو أن يكون العامل
قد ارتكب خطأً نشأ عنه خسارة مادية جسيمة، أو إذا لم يراع العامل
التعليمات اللازم اتباعها لسلامته وسلامة العاملين والعمل مع تنبيهه
إلى ذلك.

٤- نص المنظم السعودي على حالات وقف صرف التعويض ضد
التعطل عن العمل، ونقترح أن تضاف الحالات التالية:

الحالة الأولى: إذا رفض العامل الالتحاق بعمل مناسب، ويمكن أن
نضع ضوابط لهذا العمل المناسب، ومنها:

أ- أن يتناسب العمل مع قدرته العملية والمهنية.

ب- ألا يتسبب العمل في إلحاق الضرر أو الأذى به.

ج- أن يتناسب العمل مع مؤهلاته وخبراته.

د- ألا يكون النقص في الأجر يزيد على الربع من أجره السابق.

الحالة الثانية: أن يتم وقف صرف التعويض ضد التعطل عن العمل بمرور الزمن (التقادم)، فإذا مضى اثنا عشر شهراً من ابتداء يوم الاستيفاء ولم يتقدم بطلب التعويض فإنه والحالة هذه يسقط حقه ما لم يقدم عذراً تقبله المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية.

الحالة الثالثة: يتم وقف التعويض إذا ثبت أن العامل قد قدم بيانات مغلوطة حول علاقته التعاقدية مع صاحب العمل أو للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية أو أوراقاً مزورة لهما أو غير ذلك.

٥- نقترح عند تحديد مقدار التأمين ضد التعطل عن العمل أن يراعى أصحاب الظروف الاجتماعية وأصحاب الأجور المنخفضة؛ نظراً للأعباء الاقتصادية الملقاة على كاهل العامل؛ حتى يتحقق الغرض الذي من أجله وضع التأمين ضد التعطل عن العمل، فيتم تمييز العامل المتزوج عن العامل العازب فتزداد نسبة بدل التعطل عن العمل للعامل المتزوج، ويراعى -أيضاً- الذي لديه أطفال، فنفقاته أكثر من المتزوج الذي ليس لديه أطفال.

٦- نص المنظم السعودي على أنه يحق للمشارك المتعطل عن العمل الحصول على تعويض فرع التأمين ضد التعطل عن العمل إذا توافرت شروط وذكر منها: ألا يكون له نشاط خاص أو دخل من عمل، ولم يحدد دخلاً أو أجراً معيناً.

ولعله من المناسب أن تكون العبارة بهذه الصياغة: ألا يكون له نشاط خاص أو دخل من عمل بأكثر من قيمة البدل؛ لأن الدخل أو

الأجر إذا كان أقل من قيمة التأمين ضد التعطل عن العمل فلم يتحقق الهدف من التأمين وهو إيجاد دخل للمشارك يكفل له العيش الكريم؛ ولذا نرى أنه لا يحرم من التأمين ضد التعطل عن العمل.

٧- نص المنظم السعودي على حالاتٍ ثلاثٍ يتم فيها وقف صرف التعويض ضد التعطل عن العمل، ونرى إضافة حالتين هما:

الحالة الأولى: إذا عاد إلى العمل ولم يتم إشعار المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بعودته، فيتم وقف صرف بدل التعطل عن العمل.

الحالة الثانية: إذا أصبحت فترة اشتراكه غير كافية لاستحقاق بدل التعطل عن العمل؛ بسبب إلغاء إحدى فترات اشتراكه وفق النظام؛ وذلك بأن يثبت عدم عمله في تلك المنشأة، فيتم إلغاء تلك الفترة الزمنية، وبالتالي تصبح مدة اشتراكه غير كافية لاستحقاقه بدل التعطل عن العمل.

٨- توجيه الباحثين في مجال الأنظمة والقانون والتأمينات الاجتماعية إلى عمل الدراسات والأبحاث حول هذا النظام؛ لكونه من الأنظمة التي يتم بحثها في المملكة العربية السعودية، وإثراء المكتبة لقلّة من تناول هذا الموضوع.

٩- يعد تأمين التعطل عن العمل حساباً ادخاريّاً يستفيد منه العمال حال تعطلهم عن العمل.

المراجع

١. القرآن الكريم.
٢. اتجاهات الضمان الاجتماعي في القانون المصري «دراسة مقارنة»، د. رجب بن سيد صميده، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، الناشر دار النهضة العربية، ١٩٩٣ م.
٣. أحكام التعويض في التأمين ضد التعطل عن العمل وفقاً للمرسوم بقانون اتحادي رقم (١٣) لسنة ٢٠٢٢م للقانون الإماراتي «دراسة مقارنة»، د. حمد بن عبدالله الحوسني، د. صالح بن أحمد اللهيبي، بحث محكم في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، مارس ٢٠٢٥ م.
٤. الأحكام النازمة لتأمين التعطل عن العمل وفقاً للتشريع الأردني، د. هاني بن هليل الفليح، مجلة قانون العمل والتشغيل، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر قانون العمل والتشغيل، المجلد (٤)، العدد (٢)، ٢٠١٩ م.
٥. أساليب تمويل تأمين التعطل عن العمل في جمهورية مصر العربية، أ. أحمد أبو الحمد محمود، د. علي بن سيد حسانين، د. محمد بن محمد عطا، مجلة البحوث التجارية المعاصرة، جامعة سوهاج، كلية التجارة، المجلد (٣٧)، العدد (٣)، عام ٢٠٢٣ م.
٦. الأسس العامة للضمان الاجتماعي، د. مصطفى بن أحمد أبو عمرو، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠ م.
٧. التأمين الاجتماعي ضد البطالة، د. محب الدين بن محمد سعد، رسالة دكتوراه غير مطبوعة في كلية الحقوق بجامعة عين شمس.
٨. تأمين البطالة في القانون رقم (١٣٥) لسنة (٢٠١٠م) «دراسة مقارنة»، د. صلاح بن علي حسن، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣ م.

٩. التأمينات الاجتماعية بين المفهوم والمخاطر والتطور والآثار، دراسة تطبيقية على المملكة العربية السعودية، بحث مقدم لمؤتمر (التأمينات الاجتماعية بين الواقع والمأمول) جامعة الأزهر، القاهرة، د. محمد بن أحمد بن صالح الصالح، في الفترة من ١٣-١٥/١٠/٢٠٠٢م.
١٠. التأمينات الاجتماعية في البلاد العربية، د. محمد بن حلمي مراد، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١م - ١٩٧٢م.
١١. التأمينات الاجتماعية وتطبيقاتها العملية في القطاع العام، سيد عجمي ونيازي طاهر، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٦٨م.
١٢. التأمينات الاجتماعية ومكافآت نهاية الخدمة، محمد بن فهم أمين، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٦٥م.
١٣. التأمينات الاجتماعية، د. محمد بن حسين منصور، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية.
١٤. تاج العروس من جواهر القاموس، مرتضى الزبيدي محمد بن محمد الحسيني، دار الهداية.
١٤. التعويض الناتج عن التعطل عن العمل في نظام التأمينات الاجتماعية السعودي، ياسر بن هليل الجهني، رسالة ماجستير مقدمة لقسم الأنظمة بكلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ١٤٣٨هـ، ١٤٣٩هـ.
١٥. حماية العاطلين عن العمل في الإمارات العربية المتحدة وفق المرسوم بقانون الاتحادي الإماراتي رقم (١٣) لسنة ٢٠٢٢م بشأن نظام التأمين ضد التعطل عن العمل، د. أحمد بن علي عبد الجواد، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، فرع الخرطوم، مجلد (٢٤)، العدد (١)، مايو ٢٠٢٥م.

١٦. شرح التأمينات الاجتماعية «النظام الأساسي والنظم المكمل»، د. محمد بن حسن قاسم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٠م.
١٧. شرح نظامي العمل والتأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية، د. محمد بن عبد الستار عبد الوهاب، مكتبة المتنبي، الطبعة الرابعة، ١٤٤٦هـ.
١٨. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
١٩. الضمان الاجتماعي ودوره الاقتصادي والاجتماعي، د. علي الحوات، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، بنغازي، الطبعة الأولى، ١٩٩٠م.
٢٠. عقود التأمين حقيقتها وحكمها، حمد بن حماد الحما، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ١٤٠٥هـ.
٢١. قانون الضمان الاجتماعي الأردني، قانون رقم (١) لسنة ٢٠١٤م، الجريدة الرسمية، رقم الجريدة (٥٢٦٧)، الصفحة (٤٩٣)، تاريخ ٢٩ / ١ / ٢٠١٤م.
٢٢. اللائحة التنفيذية لنظام التأمينات الاجتماعية، الصادرة بقرار وزير المالية رقم (٢٣٠) وتاريخ ٢٦ / ١٢ / ١٤٤٥هـ.
٢٣. مبادئ قانون التأمين الاجتماعي، د. مصطفى بن أحمد أبو عمرو، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.
٢٤. معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس القزويني، تحقيق: عبدالسلام بن محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ.
٢٥. المؤتمر العلمي السنوي السابع لكلية الحقوق - جامعة المنصورة بالتعاون مع الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، بعنوان: القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على الأراضي المحتلة، د. العوضي عثمان، للفترة من ٥ - ٦ ابريل ٢٠٠٣م.

٢٦. الموجز في أحكام عقد التأمين، د. محمد السيد محمد عمران، مطبعة الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٦م.
٢٧. موسوعة التشريعات الاجتماعية في ضوء الفقه والقضاء «العمل والتأمينات»، المستشار د. رمضان بن جمال كامل، طبعة نادي القضاة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥م - ٢٠٠٦م.
٢٨. موقع جامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان، اتفاقية بشأن ضمان تعويضات أو إعانات للعاطلين رغم إرادتهم، ٤ يونيو ١٩٣٤م.
٢٩. موقع منظمة العمل الدولية التابعة للأمم المتحدة، الاتفاقية الدولية بشأن النهوض بالعمالة والحماية من البطالة رقم (١٦٨) لسنة ١٩٨٨م.
٣٠. نظام التأمين ضد التعطل عن العمل، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) بتاريخ ١٢/٣/١٤٣٥هـ.
٣١. نظام التأمينات الاجتماعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٧٣) بتاريخ ٢٦/١٢/١٤٤٥هـ.
٣٢. نظام التأمينات الاجتماعية، د. سمير بن عبد السيد تناغو، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية.
٣٣. نظام العمل، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) بتاريخ ٢٣/٨/١٤٢٦هـ.
٣٤. النظام القانوني للتأمينات والضمان الاجتماعي في المملكة العربية السعودية، د. رضا بن محمود العبد، مكتبة العالم العربي للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ.





العقوبات الدولية لمن يخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني

د. عبد الله بن عمر بالبيد

الأستاذ المشارك في قسم السياسة الشرعية

بالمعهد العالي للقضاء

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه
أجمعين، أما بعد:

فيعاني العالم بأسره من الحروب والصراعات التي راح ضحيتها
الآلاف من الضحايا من الرجال والنساء والشيوخ والأطفال، بالإضافة
إلى الممتلكات المدنية والعسكرية من مستشفيات ومدارس وغيرها،
والتي ألحقت الضرر بالكثير من الناس، ولقد نادى المجتمع الدولي
بوجوب سن مبادئ وأنظمة للحد من هذه الخسائر والأضرار التي
عانى منها الإنسان، وغالباً ما يحرم المدنيون من الضرورات الأساسية
وقت الحرب كالمأوى والغذاء والماء والعلاج وغيرها، وقد يضطر
بعض المدنيين إلى ترك ديارهم لأنها دُمّرت أو أصبحت غير آمنة ما
يسبب أضراراً لا حدود لها على المدنيين العزل، لذا فقد تم اعتماد
اتفاقية لاهاي الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية عام
١٨٩٩م وعام ١٩٠٧م، ثم جاءت اتفاقية جنيف الأولى المتعلقة بتحسين
حال الجرحى في الجيوش في الميدان عام ١٩٤٩م، وتلاها في نفس العام
عدة اتفاقيات كاتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال جرحى ومرضى
وغرقى القوات المسلحة في البحار، ثم اتفاقية جنيف الثالثة بشأن
معاملة أسرى الحرب، ثم اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص
المدنيين وقت الحرب، وما تلاها من البروتوكولين الإضافيين إلى
اتفاقيات جنيف الأربع، وغيرها من الاتفاقيات التي وضعت بعض

المبادئ للحد من سفك الدماء وإزهاق الأرواح، والتقليل من شن الحروب قدر الإمكان^(١)، وقد نصت المادة الأولى المشتركة في اتفاقيات جنيف الأربع والبرتوكول الإضافي الأول الملحق بها على أنه: «تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تحترم هذه الاتفاقية وتكفل احترامها في جميع الأحوال»، وقد نصت المادة السادسة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه: «الحق في الحياة حق ملازم لكل إنسان، وعلى القانون أن يحمي هذا الحق، ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفاً»^(٢)، وبالتالي فلو وقعت حرب بين دولتين أو أكثر فإنه يجب على هذه الدول الالتزام بمبادئ القانون الدولي الإنساني المتعلقة بالحرب والمذكورة في هذه الاتفاقيات.

والقانون الدولي الإنساني ينقسم إلى قسمين: القسم الأول: «قانون جنيف» وهو مجموعة من القواعد التي تحمي ضحايا النزاع المسلح كالمدنيين الذين لا يشاركون في الحرب أو العسكريين الذين أصبحوا عاجزين عن القتال، والقسم الثاني: «قانون لاهاي» وهو مجموعة من

(١) ولذا نص ميثاق الأمم المتحدة في ديباجته على عزمها على إنقاذ الأجيال المقبلة من ويلات الحرب، وأكدت على العزم على تطبيق الحقوق الأساسية للإنسان وحفظ كرامة الإنسان وأن جميع الأفراد في المجتمع لهم حقوق متساوية، والتمت بتحقيق العدالة ونشر السلم واحترام الالتزامات الناشئة من مصادر القانون الدولي. انظر: الموقع الرسمي للأمم المتحدة على:

<http://www.un.org/ar/sections/un-charter/preamble/index.html>

(٢) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية السياسية، ١٩٦٦ م.

القواعد المنشئة لحقوق والتزامات الأطراف المحاربة في سير العمليات العدائية والتي تحد من وسائل وأساليب الحرب^(١)، وكلا القانونين أكدا على عدة مبادئ مهمة يجب على الدول العمل بها وهي: مبدأ التمييز والإنسانية والضرورة العسكرية والتناسب وحسن النية.

ومع وجود هذه الاتفاقيات التي وقعت عليها عدة دول والتزمت بالمبادئ التي فيها والتي هدفها حفظ السلم والأمن في المجتمع الدولي، إلا أن بعض الدول لا تزال لا تأبه بهذه المبادئ والاتفاقيات ولا تلقي لها بالاً، وتحاول ما استطاعت إلى فرض قوتها وشخصيتها وسيطرتها دون احترام لما ينادي به القانون الدولي الإنساني، وعليه نادى القانون الدولي إلى فرض عقوبات على من ينتهك مبادئ القانون الدولي الإنساني، ويلحق الأضرار بالمجتمع الدولي^(٢).

(١) يستمد هذان الفرعان من القانون الدولي الإنساني اسميهما من المدينتين اللتين جرى فيهما تدوينهما، والقانون الدولي الإنساني يُطبق على الأطراف المتحاربة بغض النظر عن أسباب النزاع أو عدالتها، والهدف منها: حماية ضحايا النزاعات المسلحة. انظر: القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، ص ٥، ص ٩، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠١٤ م.

(٢) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى في ميثاق الأمم المتحدة على أن من مقاصدها ومبادئها «حفظ السلم والأمن الدولي، وتحقيقاً لهذه الغاية تتخذ الهيئة التدابير المشتركة الفعّالة لمنع الأسباب التي تهدد السلم ولإزالتها، وتقمع أعمال العدوان وغيرها من وجوه الإخلال بالسلم، وتندرج بالوسائل السلمية، وفقاً لمبادئ العدل والقانون الدولي، لحل المنازعات الدولية التي قد تؤدي إلى الإخلال بالسلم أو لتسويتها». انظر: <http://www.un.org/ar/sections/un-charter/preamble/index.html>

ولهذا نصت الديباجة الخاصة بنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه: «إن الدول الأطراف في هذا النظام الأساسي وإذ تضع في اعتبارها أن ملايين الأطفال والنساء والرجال قد وقعوا خلال القرن الحالي ضحايا لفظائع لا يمكن تصورهما هزت ضمير الإنسانية بقوة، وإذ تسلم بأن هذه الجرائم الخطيرة تهدد السلم والأمن والرفاء في العالم، وإذ تؤكد أن أخطر الجرائم التي تثير قلق المجتمع الدولي بأسره يجب ألا تترد دون عقاب وأنه يجب ضمان مقاضاة مرتكبيها على نحو فعال من خلال تدابير تتخذ على الصعيد الوطني وكذلك من خلال تعزيز التعاون الدولي، وقد عقدت العزم على وضع حد لإفلات مرتكبي هذه الجرائم من العقاب وعلى الإسهام بالتالي في منع هذه الجرائم»^(١).

لذا فقد عقدت العزم على بيان العقوبات الدولية للجرائم التي تُرتكب من الدول، والمذكورة في الاتفاقيات الدولية أعلاه، لذا كان هذا البحث الذي يسعى لبيان العقوبات الدولية لمن يخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني.

أسباب اختيار الموضوع وأهميته:

لا يزال العالم اليوم يعاني من الحروب وما خلفته هذه الحروب من الدمار وسفك للدماء وتخريب للممتلكات وغيرها من الأضرار،

(١) انظر: ديباجة نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

وحيث يرى العالم الانتهاك الصارخ لمبادئ القانون الدولي الإنساني، ولأن بعض الدول لم تستجب لما ينادي به المجتمع الدولي من الحد من الحروب والالتزام بمبادئ القانون الدولي الإنساني وما تنادي به الاتفاقيات الدولية، ومع وجود هذه الانتهاكات وعدم وجود العقوبات الصارمة، لذا فالعالم ينادي بتطبيق أقصى العقوبات على من يخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني وذلك لأجل حماية الإنسان والممتلكات والمجتمع الدولي بأسره، لذا فإن من أسباب اختيار الموضوع هو الرغبة في بحث وإبراز العقوبات الدولية التي يمكن تطبيقها على من يخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني وتقديم الفائدة المرجوة - إن شاء الله - من خلال هذا البحث، لاسيما وأني لم أجد فيما أعلم من قام ببحث وإبراز هذه العقوبات وتحليلها ومناقشتها وإمكانية تطبيقها على أرض الواقع، لذا رغبت في بحث وإبراز هذا الجانب من البحث وجعلت عنوان هذا البحث: «العقوبات الدولية لمن يخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني».

خطة البحث:

وقسمته إلى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة على النحو التالي:

المقدمة:

وفيها: أسباب اختيار الموضوع وأهميته وخطة البحث.



المبحث الأول: تعريف العقوبات لمن يخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العقوبة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف المخالفة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثالث: تعريف القانون الدولي الإنساني مركباً.

المبحث الثاني: آلية تنفيذ القانون الدولي الإنساني والإلزام به.

المبحث الثالث: العقوبات الدولية لمن يخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: العقوبات على الأفراد.

المطلب الثاني: العقوبات على الدول.

الخاتمة:

أهم النتائج المستخلصة من البحث والتوصيات.



المبحث الأول: تعريف العقوبات لمن يخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العقوبة لغة واصطلاحاً:

تعريف العقوبة لغة:

عقوبة مفرد، مصدرها عاقب، وهي جزاء فعل السوء^(١)، وهي من عقب وعَقِبُه وعاقبته وعاقبه، وعاقبه بذنبه معاقبة وعقاباً، أي أخذ به، والاسم العقوبة^(٢)، العُقوبة: اسم المعاقبة، وهو أن يُجْزِيَه بعاقبة ما فعل من السوء^(٣)، والعقاب هو العقوبة وعاقبه وتعَقَّبَه أي عاقبه بذنبه^(٤)، وعاقبه معاقبة وعَقَّبَه تعقيماً فهو معاقب ومعقب،

(١) معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عبد الحميد، ٢/ ١٥٢٥، عالم الكتب، ط ١، ٢٠٠٨ م.

(٢) المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل المرسي، ١/ ٢٤٣، تحقيق: عبد الحميد هندawi، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠ م.

(٣) كتاب العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، ١/ ١٨٠، تحقيق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار الهلال.

(٤) مختار الصحاح، زين الدين محمد بن أبي بكر الرازي، ص ٢١٣، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت، ١٩٩٩ م.

وعاقبت اللص معاينة وعقاباً والاسم العقوبة^(١)، وتعقبه أي أخذه بذنب كان منه، وعاقبه بذنبه معاينة وعقاباً^(٢)، والعقوبة: العقاب ومنه قانون العقوبات^(٣).

تعريف العقوبة اصطلاحاً:

العقاب أو العقوبة تأتي بمعنى واحد، والعقاب بالكسر تأديب للغضب أو هو ما يلحق الإنسان بعد الذنب من المحنة في الآخرة أو ما يلحقه من المحنة بعد الذنب في الدنيا فيسمى عقوبة، والعقوبات تُطلق على الأحكام الشرعية المتعلقة بأمر الدنيا باعتبار المدنية^(٤)، والعقوبة هي الجزاء، والعقوبات عند الحنابلة: هي الحدود والقصاص^(٥)، والعقوبة هي: ما يقدره القاضي من العقوبات على جريمة لم يرد في الشرع عقوبة مقدرة عليها^(٦)، وقانون العقوبات:

(١) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الحموي، ٤١٩/٢، المكتبة العلمية، بيروت، انظر: معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس الرازي، ٧٨/٤، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٩٧٩م.

(٢) القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، ١١٧/١، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٥م، وانظر: تاج العروس من جواهر القاموس، مرتضى الزبيدي محمد بن عبد الرزاق الحسيني، ٤١١/٣، دار الهداية.

(٣) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ٦١٣/٢، دار الدعوة.

(٤) التعريفات الفقهية، محمد عليم البركتي، ص ١٤٩، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣م.

(٥) القاموس الفقهي، د. سعدي أبو حبيب، ص ٢٥٥، دار الفكر، ط ٢، ١٩٨٨م.

(٦) معجم لغة الفقهاء، محمد قلعجي وحامد قنيبي، ص ١٣٦، دار النفائس، ط ٢، ١٩٨٨م.

مجموع التشريعات التي تحدد نظام العقوبات المفروضة على مرتكبي المخالفات والجناح، والعقوبة الدولية هي: إجراء قسري تتبناه عدة دول تعمل مع بعضها البعض ضد بلد آخر قام بخرق القانون الدولي^(١).

المطلب الثاني: تعريف المخالفة لغة واصطلاحاً:

تعريف المخالفة لغة:

خَلَفَ الخَاء واللَّام والفاء أصول ثلاثة: أحدها أن يجيء شيء بعد شيء يقوم مقامه، والثاني خلاف قدام، والثالث التَّغْيِيرُ، فالأول الخَلْفُ، والخَلْفُ: ما جاء بعد، ويقولون: هو خَلْفُ صَدَقٍ من أبيه، وخَلْفُ سَوْءٍ من أبيه، فإذا لم يذكروا صدقاً ولا سوءاً قالوا للجيد: خَلْفٌ وللردي خَلْفٌ^(٢)، وخلف خلفاً أي مال على أحد شقيه، وخلفت الناقة أي حملت فهي خلفه، وخالف عنه مخالفة وخلفاً أي تخلف، ومنه قول الله تعالى: ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾^(٣)، والخَلْف هو حد الفأس، تقول: فأس ذات خلفين، وجمعه خلوف، ورجل خالف أي يخالف وذو خلاف، والخَلْف:

(١) معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عبد الحميد، ١٥٢٥/٢.

(٢) معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس الرازي، ٢١٠/٢. وانظر: أساس البلاغة، أبو القاسم محمود الزمخشري، ١/٢٦٣، تحقيق: محمد باسل، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨م، وانظر: مختار الصحاح، زين الدين محمد بن أبي بكر الرازي، ص ٩٥، وانظر: القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، ١/٨٠٦.

(٣) سورة النور، آية: ٦٣، وانظر: المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ١/٢٥١.

الخليفة بمنزلة مال يذهب فيُخلف الله خَلْفاً^(١)، والخَلْف والخَلْف: ما جاء من بعد، يقال: هو خَلْفُ سوء من أبيه، وخَلْفُ صدق من أبيه، أي إذا قام مقامه، ويقال: خلف فلان فلاناً إذا كان خليفته^(٢)، والخلف: الرديُّ من القول، يقال: سكت ألفاً ونطق خلفاً، والخلف ما جاء من بعد^(٣)، ويقال: خَلَف -بفتح اللام- في الطَّلَح، وخَلَف -بإسكانها- في الصَّلَاح، والخَلَف: القرن يأتي بعد القرن، وخلفه يخلفه خلفاً أي صار مكانه، والخَلَف: الولد الصالح يبقى بعد الإنسان^(٤)، والمخالفة بضم الميم من خلف الأمر أي خرج عنه، وهو إتيان ما نهى عنه^(٥).

تعريف المخالفة اصطلاحاً:

مفهوم المخالفة عند الفقهاء هي: إثبات نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه^(٦)، أو هو: أن يكون حكم المفهوم مخالفاً لحكم

(١) تاج العروس من جواهر القاموس، مرتضى الزبيدي، ٢٣ / ٢٤١، وانظر: كتاب العين، أبو عبد الرحمن الخليل الفراهيدي، ٤ / ٢٦٥.

(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل الفارابي، ٤ / ١٣٥٤، تحقيق: أحمد عبد الغفور، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٧م، وانظر: معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عبد الحميد، ١ / ٦٨٥.

(٣) مجمل اللغة، أحمد بن فارس الرازي، ص ٣٠٠، ط ٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٦م.

(٤) المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل المرسى، ٥ / ١٩٧، وانظر: القاموس الفقهي، د. سعدي أبو حبيب، ص ١٢١.

(٥) معجم لغة الفقهاء، محمد قلعجي وحامد قنيبي، ص ٤١٥.

(٦) كتاب الذخيرة، لأبو العباس شهاب الدين أحمد المالكي، المعروف بالقرافي، ١ / ٦٣، ط ١، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤م.

المنطوق^(١)، والعصيان بحسب اللغة هي المخالفة لمطلق الأمر، والعاصي هو من يفعل محظوراً لا يرجو الثواب بفعله، وكل عصيان فهو مخالفة^(٢)، أما مصطلح المخالفة فهي الكلمة التي تكون على خلاف القانون المستنبط من تتبع لغة العرب^(٣)، أو هو تصرف خارج على القانون يعاقب عليه بالحبس فترة قصيرة أو بغرامة مالية بسيطة^(٤)، أو هي الجريمة التي يعاقب عليها القانون أساساً بالحبس أو الغرامة^(٥).

وبالتالي فالمخالفة هي التصرف الذي يكون خلاف القانون ويصدر من الجاني مختاراً مع علمه بهذه المخالفة.

المطلب الثالث: تعريف القانون الدولي الإنساني مركباً:

سبق وأن قمت ببيان تعريف القانون الدولي الإنساني في البحث الموسوم بـ «مبادئ القانون الدولي الإنساني»^(٦) ولكن أقول باختصار

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين محمد الطرابلسي، ١/ ٣٧، ط ٣، دار الفكر، ١٩٩٢ م.

(٢) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الكفوي، ص ٤١ وص ٨٠٤، مؤسسة الرسالة، بيروت.

(٣) كتاب التعريفات، علي بن محمد الجرجاني، ص ٢٠٦، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣ م، وانظر: التوقيف على مهمات التعريف، عبد الرؤوف بن تاج العارفين الحدادي، ص ٣٠٠، ط ١، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٩٠ م.

(٤) معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عبد الحميد، ١/ ٦٨٦.

(٥) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد المنعم، ٣/ ٢٣٧، دار الفضيلة.

(٦) لم ينشر حتى كتابة هذه الأسطر، وسيتم نشره قريباً إن شاء الله.

وتجنباً للتكرار إن القانون الدولي الإنساني عُرف بعدة تعريفات، فهناك من عرفه بأنه: العلاقات التي بين الدول والمنظمات الدولية وغيرها والتي تهدف إلى حماية الأشخاص الذين لا يشاركون أو الذين كفوا عن المشاركة في الأعمال العدائية ولتقييد وسائل وأساليب الحرب^(١). وهناك من عرفه بأنه: مجموعة من القواعد تهدف لأسباب إنسانية إلى الحد من آثار النزاع المسلح^(٢). وعرفته محكمة العدل الدولية بأنه: «القواعد المتصلة بتسيير الأعمال العدائية وكذلك القواعد التي تحمي الأشخاص الخاضعين لسلطة الطرف الخصم»^(٣).

من خلال ما سبق، يتبين أن القانون الدولي الإنساني هو عبارة عن مجموعة من المبادئ والقواعد التي تلتزم الدول بتطبيقها؛ وذلك للحد من انتشار الحروب ومنع الدول من التساهل في إزهاق الأرواح وسفك الدماء وتخريب الممتلكات، بالإضافة إلى حماية الأشخاص الذين لا

(١) القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، ص ٤.

(٢) الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، ص ٥، منشورات الأمم المتحدة، جنيف، ٢٠١٢م. وانظر: القانون الدولي الإنساني والإرهاب، القاضي عمر مكي، ص ٨٨، اللجنة الدولية للصليب الأحمر. وانظر: القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، د. مصعب التيجاني، ص ١٣، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والاقتصادية، ط ١، ٢٠١٩م، ألمانيا.

(٣) القانون الدولي الإنساني وفتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، لويز دوسوالديك، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد ٣١٦، ص ٣٦، ١٩٩٧م.

يشاركون في الحرب أو كفوا عن المشاركة عنها، والهدف من كل ذلك
حفظ السلم والأمن في المجتمع الدولي.



المبحث الثاني

آلية تنفيذ القانون الدولي الإنساني والإلزام به

القانون الدولي الإنساني وُضع لحماية المجتمع الدولي من ويلات الحروب وأضرارها، ومن أهم وأعظم المسؤوليات على الدول التي هي أطراف في اتفاقيات جنيف والبروتوكولات الإضافية القيام باحترام وتنفيذ هذه الاتفاقيات وترجمة هذه القواعد والمبادئ إلى عمل، لاسيما وأن المادة الأولى المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربع قد نصت على أنه يجب على الدول ضمان واحترام هذه الاتفاقيات في جميع الظروف^(١)، ونصت على ذلك المادة الأولى من المبادئ الأساسية والتوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني^(٢)، فإذا كانت هذه المادة تلزم الأطراف الموقعين على هذه الاتفاقيات باحترام وتنفيذ ما ورد فيها فإن هذه المواد تعتبر ملزمة للدول بتنفيذها لاسيما وأن الدول قد وقعت على هذه الاتفاقيات باختيارها، يدل على ذلك ما نصت عليه المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أنه وفقاً للقانون الدولي فإن المحكمة تطبق على النزاعات

(١) انظر: المادة الأولى من اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ م.

(٢) انظر: المادة الأولى من المبادئ الأساسية والتوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (١٤٧/٦٠) لعام ٢٠٠٥ م.

المعروضة أمامها الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي والذي يعتبر مقبولا كممارسة عامة إذا مارستها الدول، بالإضافة إلى المبادئ العامة للقانون المعترف به من قبل الدول^(١)، لذا وجود قاعدة ملزمة في القانون يتطلب أمرين؛ الأول: ممارسة الدول، والثاني: اعتقاد الدول أن هذه الممارسة مسموحة أو محظورة كمسألة قانونية^(٢).

إن القانون الدولي الإنساني من أكثر فروع القانون الدولي انتهاكاً، لذا كان لابد من وجود آليات رقابة على المستوى الوطني والدولي من أجل ضمان تطبيق قواعده^(٣)، لذا فقد نصت المادة (٤٥) من اتفاقية جنيف الأولى «على كل طرف من أطراف النزاع أن يعمل من خلال قادته العظام على ضمان تنفيذ المواد المتقدمة بدقة - أي مواد الاتفاقية -»، ونصت المادة (٤٧) على أن تتعهد الأطراف المتعاقدة على نشر هذه الاتفاقية على أوسع نطاق في بلدانها في وقت السلم وفي وقت الحرب، وتتعهد بأن تدرج دراستها ضمن برامج التعليم العسكري، والمدني إن

(١) انظر: النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

(٢) دراسات حول القانون الدولي الإنساني العرفي، جون ماري هنكرتس، ص ٥، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

(٣) الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. بلال النسور، د. رضوان المجالي، ص ٦٩، الأكاديميون للنشر والتوزيع، ط ١، عمان، ٢٠١٢ م.

أمكن، بحيث تصبح هذه المبادئ معروفة لجميع السكان وعلى الأخص القوات المقاتلة المسلحة^(١).

تبين الإحصائيات أن ٨٠٪ من الأزمات الإنسانية التي تعاني منها البشرية في الوقت الراهن مردّها إلى النزاعات المسلحة، وهذا يعني الحاجة إلى تكامل الجهود لتطبيق القانون الدولي الإنساني ومنع وقوع النزاعات المسلحة^(٢).

واللجنة الدولية للصليب الأحمر^(٣) تعتبر هي الحارس والمروج للقانون الدولي الإنساني وتتخذ كافة الإجراءات لضمان احترام وتنفيذ هذا القانون وتطويره، لذا فقد نصت ديباجة النظام الأساسي للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر على: «إن جمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر واللجنة الدولية للصليب الأحمر والاتحاد الدولي

(١) اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان ١٩٤٩م.

(٢) القانون الدولي الإنساني بين النظرية والتطبيق، د.أحمد الداودي، ص ٢١١، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

(٣) اللجنة الدولية للصليب الأحمر لا تعد شخصاً من أشخاص القانون الدولي، وإنما تعتبر منظمة غير حكومية تتمتع بشخصية قانونية، وقد عُهد إليها بمقتضى اتفاقيات جنيف الأربعة دور دولي، ومنحها المجتمع الدولي عام ١٩٩٥م كمؤسسة محايدة ومستقلة صفة المراقبة في منظمة الأمم المتحدة بموجب قرار وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة بالإجماع في دورتها الخامسة والأربعين، انظر: النظام الأساسي للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، جنيف، ١٩٨٦م، وتم تعديلها في عام ٢٠٠٦م، وانظر: الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. فليج غزالان، أ. سامر موسى، ص ١٢٥، ٢٠١٩م.

لصليب الأحمر والهلال الأحمر تشكل معاً حركة إنسانية عالمية تكمن مهمتها في تجنب المعاناة الإنسانية وتخفيفها أينما وجدت، وحماية الحياة والصحة، وضمان احترام الإنسان خاصة في أوقات النزاع المسلح وحالات الطوارئ، والعمل على الوقاية من المرض وتعزيز الصحة والرعاية الاجتماعية...»^(١) ونصت الديباجة كذلك على أن المبادئ الأساسية لهذه الحركة هي: الإنسانية، وعدم التحيز، والحياد، والاستقلال، والخدمة التطوعية، والوحدة، والعالمية، وأن شعارها هو: «الرحمة في قلب المعارك» و«الإنسانية طريق السلام»، وأنها تشجع على إقامة سلام دائم وتقوم جميع الدول والشعوب بالتعاون لاحترام الحرية والاستقلال والسيادة الوطنية والمساواة وحقوق الإنسان^(٢).

ونصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من النظام الأساسي للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر على أن اللجنة الدولية تتمثل دورها بموجب اتفاقيات جنيف على العمل من أجل التطبيق الأمين للقانون الدولي الإنساني الواجب التطبيق في النزاعات المسلحة، وأخذ العلم بأي شكاوى مبنية على مزاعم بانتهاكات هذا القانون.

لذا ظهرت دراسة عن الهيئة الدولية للصليب الأحمر أكدت على أن قواعد القانون الدولي الإنساني ما هي إلا مبادئ عامة للقانون

(١) النظام الأساسي والنظام الداخلي للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر.

(٢) المرجع السابق.

أقرتها النظم القانونية في العالم واكتسبت صفة القواعد الآمرة التي لا يجوز التنازل عنها أو مخالفتها^(١).

ونصت المادة التاسعة والعاشر من اتفاقيات جنيف الأربع على أن أحكام هذه الاتفاقية لا تكون عقبة في سبيل الأنشطة الإنسانية التي يمكن أن تقوم بها اللجنة الدولية للصليب الأحمر أو أية هيئة إنسانية أخرى غير متحيزة بقصد حماية وإغاثة الجرحى والمرضى وأفراد الخدمات الطبية والدينية شريطة موافقة أطراف النزاع المعنية.

لذا فقد أسست اتفاقيات جنيف أسس القانون الدولي الإنساني المعاصر وهي قواعد مكتوبة لحماية ضحايا الحرب وجاءت تنويعاً لجهود اللجنة الدولية للصليب الأحمر لتقنين عادات الحرب وأعرافها، حيث لم تكن هناك قوانين وأعراف تنظم سير المعارك في العصور القديمة وإنما كانت إرادة أطراف النزاع هو القانون السائد في ذلك الوقت^(٢).

إن على الدول واجب لاتخاذ عدة تدابير تهدف لضمان الامتثال وتنفيذ القانون الدولي الإنساني وما فيه من مبادئ وقواعد سواء في وقت السلم

(١) الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. بلال النسور، د. رضوان المجالي، ص ٥٦.

(٢) القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، د. مصعب التجاني، ص ١٩، المركز العربي للدراسات الاستراتيجية، برلين، ط ١، ٢٠١٩ م.

أو في وقت الحرب، وتنص معاهدات القانون الدولي الإنساني على اتخاذ عدد من الآليات لضمان الامتثال بها وتنفيذها، وهي^(١):

التدابير الوقائية:

ويتم من خلال هذه التدابير نشر المعرفة بالقانون الدولي الإنساني، وترجمة هذه القوانين والمعاهدات إلى لغات الدول التي هي أطراف في هذه المعاهدات والاتفاقيات، واعتماد أحكام تشريعية وقانونية لضمان الامتثال بالقانون الدولي الإنساني، بالإضافة إلى تدريب الأفراد العسكريين لفهم وتنفيذ هذا القانون وما فيه من قواعد ومبادئ وذلك لمنع جرائم الحرب ومعاقبة أولئك الذين يرتكبونها^(٢)، وقد نصت الفقرة ج من الفقرة (٢) من المادة (٥) من النظام الأساسي

(١) انظر: الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. بلال النصور، د. رضوان المجالي، ص ١٦٢ وما بعدها، وانظر: القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، ص ٨٥ وما بعدها، وانظر: القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على النزاعات المسلحة في العراق، د. فتحي الحياي، ص ١٧٠ وما بعدها، جمعية الأمل، ٢٠٢٢م، وانظر: القانون الدولي الإنساني، نيلس ميلتسر، ص ٢٥٢ وما بعدها، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠١٦م، وانظر: المبادئ الأساسية والتوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، المعتمد من الأمم المتحدة عام ٢٠٠٥م.

(٢) وتطبيقاً لاعتماد أحكام تشريعية وقانونية وطنية لضمان تطبيق القانون الدولي الإنساني فقد نص الدستور الأمريكي على أن القانون الدولي جزء من القانون الوطني، ومثلها القانون البريطاني الذي أكد على أن القانون الدولي يعتبر جزءاً من القانون الوطني، انظر: الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. بلال النصور، د. رضوان المجالي، ص ١٦٧.

للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر على أن دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر يتمثل في الاضطلاع بالمهام الموكولة إليها طبقاً لاتفاقيات جنيف والعمل على تطبيق القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة وأخذ العلم بأي شكاوى مبنية على مزاعم بانتهاكات هذا القانون، ونصت الفقرة (د) من ذات المادة على سعي اللجنة إلى ضمان الحماية والمساعدة للعسكريين والمدنيين من ضحايا، ونصت الفقرة (ز) على العمل على فهم ونشر القانون الدولي الإنساني الواجب التطبيق في النزاعات المسلحة وإعداد أي تطوير له^(١). ونصت المادة (٤٩) من اتفاقية جنيف الأولى على أن يلتزم كل طرف متعاقد باتخاذ التدابير اللازمة لوقف جميع الأفعال التي تتعارض مع أحكام هذه الاتفاقية^(٢).

تقصي الحقائق:

قد نصت اتفاقيات جنيف الأربع على أن يتم بناء على طلب أحد أطراف النزاع إجراء تحقيق بين الأطراف المعنية بصدد أي ادعاء بانتهاك أحكام هذه الاتفاقية، وإذا تبين وجود انتهاك لأحكام هذه الاتفاقية فإنه يتعين على أطراف النزاع وضع حد له وقمعه بأسرع ما

(١) النظام الأساسي والنظام الداخلي للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، انظر: دراسات حول القانون الدولي الإنساني العرفي، جون ماري هنكرتس، ص ٢٧، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

(٢) اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان ١٩٤٩م.

يمكن^(١)، وقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة أن ضمان احترام وإعمال القانون الدولي الإنساني يتطلب التحقيق في الانتهاكات بفاعلية وسرعة ودقة ونزاهة ضد مرتكبيها^(٢).

ولكن من الخطأ الرئيس في هذه المادة هو جعل إجراء التحقيق مشروطاً بطلب أو موافقة الأطراف المعنية لأنه من العسير التوصل إلى اتفاق بين الأطراف ولا يمكن تنفيذ هذه المادة على أرض الواقع، فتطبيق هذه المادة وجعلها معلقة على موافقة الأطراف أمر من الصعب تطبيقه، وبسبب هذا الشرط المعقد لم يتم تطبيق هذه الآلية منذ تشريعها وبقيت حبراً على ورق، لذا فإن الصحيح أن الذي يقوم بذلك هي الدولة الحامية^(٣)، ولم يسبق لدولة حامية فعل ذلك من قبل، بل من الصعب أن يقوم بالتحقيق أحد أطراف النزاع، بالإضافة إلى أنه ليس من السهل العثور على دولة تحظى بقبول كافة الأطراف وتكون قادرة وراغبة على

(١) انظر: المادة (٥٢) من اتفاقية جنيف الأولى والمادة (٥٣) من اتفاقية جنيف الثانية والمادة (١٣٢) من اتفاقية جنيف الثالثة والمادة (١٤٩) من اتفاقية جنيف الرابعة ١٩٤٩ م.

(٢) الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، ص ٧٣.

(٣) عرف بعض شراح القانون الدولية الحماية بأنها: دولة محايدة تعهد إليها دولة طرف في النزاع حماية مصالحها لدى دولة أخرى طرف في النزاع وأن يتم تدخلها بموافقة الدولتين. انظر: القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على النزاعات المسلحة في العراق، د. فتحي الحياي، ص ٢١١، وانظر: نص المادة الثامنة من اتفاقية جنيف الأولى والثانية والثالثة، والمادة التاسعة من اتفاقية جنيف الرابعة، والفقرة (ج) من المادة الثانية من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف ١٩٧٧ م.

القيام بدور الدولة الحامية ومستعدة لتحمل الأعباء الملقاة على عاتقها، لذا فإن الأولى أن يتم ذلك من قبل جهة محايدة كاللجنة الدولية للصليب الأحمر كونها هي التي تشرف على تطبيق مبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني، وبالفعل وبعد فشل اتفاقيات جنيف الأربع في إقرار آلية واضحة للتحقيق، فقد جاء البرتوكول الإضافي الأول لسد ذلك النقص الذي تضمن تشكيل اللجنة الدولية لتقصي الحقائق^(١).

لذا فاللجنة الدولية للصليب الأحمر معنية بتقصي الحقائق لمن يخالف قواعد القانون الدولي الإنساني ومبادئه وذلك بموجب الصلاحيات الممنوحة لها في المادة (٩٠) من البرتوكول الإضافي الأول، ولها إجراء التحقيق في هذه الانتهاكات إذا طلب ذلك طرف من أطراف النزاع، بالإضافة إلى أنها تعمل على استعادة الاحترام لتنفيذ اتفاقيات جنيف، لذا فاللجنة الدولية للصليب الأحمر كما ذكرنا تعتبر هي الحارس والمروج للقانون الدولي الإنساني وتتخذ كافة الإجراءات لضمان احترام وتنفيذ هذا القانون وتطويرها.

واللجنة الدولية للصليب الأحمر هي منظمة غير متحيزة ومحايدة ومستقلة تؤدي مهمة إنسانية خالصة تتمثل في حماية أرواح وكرامة

(١) انظر: القانون الدولي الإنساني، تطوره ومبادئه، جان بكتيه، ص ٥٣ و ٥٤، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وانظر: القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على النزاعات المسلحة في العراق، د. فتحي الحياي، ص ٢٠٥، ص ٢١٧، وانظر: الفقرة (د) من المادة الثانية من البرتوكول الإضافي الأول، والمادتين (١٠) و (١١) من اتفاقيات جنيف الأربع.

الضحايا في النزاع المسلح وغيره من حالات العنف، وتسعى كذلك إلى تفادي هذه المعاناة بنشر وتعزيز القانون الدولي الإنساني ومبادئه على مستوى العالم، حيث إن هذه اللجنة تعتبر هي الأصل الذي انبثقت منه اتفاقيات جنيف وغيرها من الاتفاقيات^(١)، ولكن هذه اللجنة ولأنها لجنة محايدة وهدفها إنساني فإنها لم توفق في عملها وذلك لوجود نفس الإشكالية وهي أن عملها منوط بموافقة الأطراف، ومن الصعب موافقة الأطراف إذا ثبت وجود الانتهاك لاتفاقيات جنيف، بالإضافة إلى أن اللجنة لم ترغب أن ترشح نفسها كسلطة لإجراء هذا التحقيقات لكيلا تفقد تعاطف كلا الطرفين بالإضافة إلى أنها ستجد نفسها ممنوعة من مباشرة رسالتها الإنسانية في أراضي الدولة المعنية^(٢).

(١) القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ص ٨٨، وانظر: الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. بلال النصور، د. رضوان المجالي، ص ١٧٦.

(٢) لقد طُلب من اللجنة الدولية للصليب الأحمر في أربع مناسبات القيام بالتحري في انتهاكات حصلت، الأولى كانت عام ١٩٣٦م في الحرب الإيطالية الحبشية، والثانية عام ١٩٤٣م بشأن كاتين، أما الطلب الثالث كان عام ١٩٥٢م بشأن الاتهام بشن حرب جراثومية في كوريا، والرابعة عام ١٩٦١م خلال نزاع بيزرته، وفي الطلبات الثلاثة الأخيرة رفض الخصم إجراء التحقيقات بشأن هذه الانتهاكات بينما وافق في الأولى ولكن التحقيق لم يتم بشأن إنهاء الحرب قبل البدء في التحقيق. انظر: القانون الدولي الإنساني، تطوره ومبادئه، جان بكتيه، ص ٥٣ و ص ٥٤. وانظر: القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على النزاعات المسلحة في العراق، د. فتحي الحياي، ص ٢٠٥.

إجراءات الحماية:

تهدف اللجنة الدولية للصليب الأحمر إلى حماية الأشخاص أثناء النزاع المسلح وغيره من حالات العنف، وتسعى اللجنة إلى الحد من الأضرار ومنع وإنهاء حالات التعدي من خلال إبلاغ السلطات المختصة عن أي انتهاكات مخالفة للقانون الدولي الإنساني وتقوم بتعزيز تنفيذ القانون الدولي الإنساني، وتهدف إلى الحفاظ على أرواح وكرامات الأفراد والمجتمعات، وتنظر كذلك إلى النتائج المترتبة على انتهاكات القانون الدولي الإنساني والسعي إلى عدم تكرار هذه الانتهاكات^(١)، وللجنة الحق بموجب صلاحياتها الممنوحة لها في اتفاقيات جنيف الأربع وبروتوكولاتها الإضافية لزيارة أسرى الحرب والمعتقلين المدنيين للتأكد من أن معاملتهم تتم وفق القانون الدولي الإنساني، وتقديم لهم ولغيرهم من المتضررين المساعدات الإنسانية كالغذاء والملابس والعلاج وغيره^(٢).

نشر وتنفيذ القانون:

إن مما يساهم في عدم تنفيذ القانون الدولي الإنساني هو الجهل به والذي يؤدي إلى عدم فهمه واحترامه، ولذا تقوم اللجنة الدولية للصليب

(١) القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ص ٨٨، وانظر: الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، ص ١٤.

(٢) القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ص ٩٠، وانظر: الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، ص ١٤.

الأحمر بدور مهم في تذكير وحث الدول على التزامها بتطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني ومبادئه، وتقوم بتشجيع إدراج القانون الدولي الإنساني في المناهج التعليمية والجامعية والتدريب العسكري، وتقوم اللجنة كذلك بالتواصل مع الدول الأطراف بهدف تنفيذ وتعزيز وتطوير القانون الدولي الإنساني^(١)، بل إن على الدول واجب نشر المعرفة باتفاقيات جنيف وبروتوكولاتها الإضافية حيث نصت المادتين (٤٧) و(٤٨) من اتفاقيتي جنيف الأولى والثانية، والمادة (١٢٧) و(١٤٤) من اتفاقيتي جنيف الثالثة والرابعة على أن «تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تنشر نص هذه الاتفاقية على أوسع نطاق ممكن في بلدانها، في وقت السلم كما في وقت الحرب، وتتعهد بصفة خاصة بأن تدرج دراستها ضمن برامج التعليم العسكري، والمدني إذا أمكن، بحيث تصبح المبادئ التي تتضمنها معروفة لجميع السكان، وعلى الأخص للقوات المقاتلة المسلحة، وأفراد الخدمات الطبية ورجال الدين».

إن نشر المعرفة بالقانون الدولي الإنساني في وقت السلم يؤدي إلى تفادي نشوب النزاعات المسلحة، وأما النشر في أثناء النزاع المسلح يؤدي إلى تفادي توسيع أعمال العنف وتقليل معاناة البشرية، في حين

(١) المرجع السابق وانظر: دراسات حول القانون الدولي الإنساني العرفي، جون هنكرتس، ص ٢٧، ص ٢٨ وانظر: الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. بلال النسور، د. رضوان المجالي، ص ١٦٢، وانظر: القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على النزاعات المسلحة في العراق، د. فتحي الحياي، ص ١٧١ وما بعدها.

يهدف النشر بعد النزاع المسلح إلى تعزيز الجهود التي تدعو إلى بناء السلام وترميم ما دمرته النزاعات^(١).

إن استخدام القوة محظور بموجب ميثاق الأمم المتحدة، ومع ذلك يتعين على جميع الأطراف في جميع النزاعات المسلحة أن تطبق بالتساوي القانون الدولي الإنساني بصرف النظر عما إذا كان لديها ما يبرر موقفها^(٢)، ولا يستطيع أطراف النزاع تطبيق القانون الدولي الإنساني إلا إذا كانوا على علم بذلك ولا يتم العلم بذلك إلا من خلال نشره وتعليمه للكافة من المدنيين والعسكريين لكي لا يتم اللجوء إلى الحرب أو على الأقل تقليل الأضرار المحتملة في حال تم اللجوء إليها، لاسيما وأن الدولة إذا وافقت على الانضمام إلى اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكولين المضافين إليها - وهو حال أغلب دول العالم - فإنها بذلك ملزمة على تطبيق قواعدها ومبادئها، وتصبح هذه القواعد والمبادئ عبارة عن قواعد أمرية وليست اختيارية لا يجوز مخالفتها، لذا فقد نصت المادة (٢٦) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات عام ١٩٦٩م على أن «كل معاهدة نافذة ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن نية»، وقد نصت المادة (٥٣) من ذات الاتفاقية على أن المقصود بالقاعدة الأمرة في القانون الدولي هي القاعدة المقبولة والمعترف بها من قبل

(١) القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على النزاعات المسلحة في العراق، د. فتحي الحياي، ص ١٧٢ وما بعدها.

(٢) الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، ص ٥.

المجتمع الدولي على أنها القاعدة التي لا يجوز الإخلال بها^(١)، وعليه قرر رؤساء الدول والحكومات في إعلان الأمم المتحدة عام ٢٠٠٠م كفالة تنفيذ الدول الأطراف للقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان ودعوة جميع الدول إلى النظر في التوقيع والتصديق على نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(٢)، لذا فإن على الدول التزام بالامتناع عن انتهاك القانون الدولي الإنساني، وضمان تنفيذ هذا القانون وتطبيقه، بالإضافة إلى ممارسة ضغوط ثنائية ومتعددة الأطراف على أطراف النزاع لأجل الامتثال للقانون الدولي الإنساني^(٣).

- (١) نصت المادة الأولى من هذه الاتفاقية على أن هذه الاتفاقية تطبق على المعاهدات بين الدول، ونصت المادة الثانية على أن المقصود بالمعاهدة هي: الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي. انظر: اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات عام ١٩٦٩م.
- (٢) الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، ص ٩٩.
- (٣) القانون الدولي الإنساني، نيلس ميلتسر، ص ٢٥٦.



المبحث الثالث

العقوبات الدولية لمن يخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني

وفيه تمهيد ومطلبان:

تمهيد:

من أهم الالتزامات القانونية التي تنشأ عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني هو الالتزام بكفالة مساءلة مرتكبي تلك الانتهاكات، ولقد ذكرت منظمة الأمم المتحدة أن احترام سيادة القانون تستلزم أن يكون جميع الأشخاص والمؤسسات والكيانات بما في ذلك الدولة ذاتها مسؤولين أمام القوانين الصادرة علناً والتي تطبق على الجميع بالتساوي، ويقتضي هذا الأمر اتخاذ تدابير لكفالة الالتزام بمبادئ سيادة القانون، والمساواة أمام القانون، والمسؤولية أمام القانون، والعدل في تطبيق القانون^(١).

القانون الدولي الإنساني يجب احترامه وتنفيذه وذلك بموجب المادة الأولى المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع والتي نصت على أن «تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تحترم هذه الاتفاقية وتكفل احترامها في جميع الأحوال»، ويجب على الدول ضمان هذا التنفيذ، وفي

(١) الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، ص ٧٣.

المقابل يجب على الدول أن تمنع الانتهاكات التي تخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني وذلك من خلال التأكيد على المسؤولين بأن عليهم مسؤولية جنائية وتأديبية في حال الإخفاق في اتخاذ التدابير الممكنة للإخلال بقواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني، وأن مخالفتها توجب العقاب عليها، فالدول عليها واجب بأن تحد من الانتهاكات لمن يخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني من خلال محاكماتها المحلية أو من خلال الشروع في إجراء تأديبي أو جزائي ضد القادة العسكريين^(١).

ومع وجود هذه القواعد والمبادئ للقانون الدولي الإنساني ووجود العديد من الدول أطرافاً في هذه الاتفاقيات وعليها مسؤولية احترام ضمان وتنفيذ ما ورد فيها من قواعد ومبادئ إلا أنه لا تزال العديد من الدول لا تلتزم بما ورد في القانون الدولي الإنساني من التزامات، مما أدى إلى ظهور القانون الجنائي لمحاكمة ومعاقبة الذين ارتكبوا انتهاكات للقانون الدولي الإنساني وعدم الالتزام بالقواعد والمبادئ للقانون الدولي الإنساني^(٢).

وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية والإبادة الجماعية ما هي إلا انتهاكات للقانون الدولي الإنساني وتُرتكب أثناء نزاعات مسلحة دولية أو غير دولية، وقد تضمنت المادة الثامنة من النظام الأساسي

(١) القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، ص ٩٤، وانظر: القانون الدولي الإنساني، نيلس ميلتسر، ص ٢٥٦.

(٢) القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، ص ٨٤.

للمحكمة الجنائية الدولية قائمة بجرائم الحرب التي وضعتها الدول في شكل معاهدات، مثل القتل العمد لشخص محمي كالشخص المدني والأسير والمريض والجريح، وتعذيب شخص محمي أو معاملته بلا إنسانية أو مهاجمة السكان المدنيين أو الترحيل القسري وغيرها، ومثلها الجرائم ضد الإنسانية المذكورة في المادة السابعة وهي الهجوم ضد مجموعة من السكان المدنيين وعن علم بهذا الهجوم كالقتل والإبادة والاستعباد والترحيل والتعذيب والسجن وغيرها، وجرائم الإبادة الجماعية المذكورة في المادة السادسة وهي الأفعال التي تُرتكب بقصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة وطنية أو عرقية أو دينية^(١)، ونصت المادة الخامسة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة السابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسة على عدم جواز إخضاع أحد للتعذيب أو المعاملة اللاإنسانية أو العقوبة القاسية أو المعاملة التي تحط من كرامة الإنسان^(٢).

- (١) وهناك انتهاكات للقانون الدولي الإنساني ذكرت في اتفاقيات جنيف الأربع كما سيأتي بيانه، وهناك انتهاكات وردت في قوانين واتفاقيات أخرى تسري على النزاع المسلح، مثل تعمد الهجوم على السكان والمدنيين والمواقع المدنية وإساءة استعمال الهدنة أو الشارة والتشويه البدني للأفراد أو القتل والإصابة غدرًا أو النهب أو استخدام الأسلحة السامة أو الغازات الخانقة أو أسلحة محظورة وغيرها، انظر: المحكمة الجنائية الدولية والجرائم التي تختص بها وفقاً لأحكام ميثاق روما ١٩٨٨م، أ. محمد أمين المهدي، ص ٢٩٦ وما بعدها، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وانظر: نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- (٢) انظر: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨م، وانظر: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦م.

لذا فالدولة بموجب اتفاقيات جنيف ملزمة بمعاقة الأشخاص المدانين بانتهاك قواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني على الجرائم المرتكبة على أراضيها أو بواسطة مواطنيها، بل والدول مطالبة بالبحث ومعاقة أي شخص ارتكب انتهاكاً خطيراً للقانون الدولي الإنساني بغض النظر عن جنسيته أو المكان الذي ارتكبت فيه الجريمة، وهذا ما يسمى بمبدأ «الولاية القضائية العالمية» والذي بموجبه يحق لأي دولة موقعة على اتفاقيات جنيف ملاحقة المتهمين بارتكاب جرائم الحرب ومحاکمتهم؛ وذلك لضمان قمع الانتهاكات الخطيرة بشكل فعال حيث تتضمن هذه الولاية تمكين المحاكم في دولة واحدة من محاكمة الأشخاص الذين ارتكبوا جرائم دولية في دولة مختلفة^(١).

لذا فهناك مبادئ للقانون الدولي الإنساني يجب تطبيقها أثناء النزاع المسلح كمبدأ التمييز بين المقاتل وغير المقاتل، ومبدأ الإنسانية، والضرورة العسكرية وغيرها، وبالمقابل فهناك مبدأ أساسي للقانون الدولي الإنساني نص عليه إعلان بطرسبرغ لعام ١٨٦٨م وهو أن «حق أطراف أي نزاع مسلح في اختيار أساليب ووسائل القتال ليس حقاً مطلقاً لا تقيده قيود»، بمعنى لا يحق لأي طرف في النزاع اختيار ما يحلوه من وسائل الحرب، فالأصل عدم الخوض في الحرب، وإن اضطرت الدولة لخوض الحرب فلا بد من التقيد بمبادئ القانون الدولي

(١) القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، ص ٩٥. وانظر: القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، د. مصعب التجاني، ص ٢٢.

الإنساني وهو عدم التعرض للمدنيين وأن لا يتم قتال إلا المقاتل في الحرب، وتطبيق مبدأ الإنسانية والتناسب والضرورة العسكرية، ومن يخالف هذه المبادئ وينتهكها فهو معرض للعقوبة بموجب القانون الدولي الإنساني.

المطلب الأول: العقوبات على الأفراد:

الدول ملزمة بتطبيق قواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني ولكن قد يحصل انتهاك لهذه القواعد والمبادئ من الأفراد العسكريين، لذا وكما ذكرنا وبموجب اتفاقيات جنيف فإن على الدولة مهمة محاكمة ومعاقبة مواطنيها الذين قاموا بانتهاك القانون الدولي الإنساني، وكذلك معاقبة من يرتكب هذه الجرائم على أراضيها من غير مواطنيها^(١). فاستهداف الأعيان العسكرية من الأمور التي يجيزها القانون الدولي الإنساني إعمالاً لمبدأ الضرورة العسكرية، ولكن قد يتخذ قائد المعركة قراراً بتدمير موقع عسكري فيتجاوز هذا بإحداث أضرار بأعيان مدنية وإصابة أشخاص مدنيين، وهذا لا يجوز في الالتزامات المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني، فالضرورات العسكرية لها أحكامها ولكن إذا كان هناك شك في تضرر المدنيين من استهداف الأعيان العسكرية فإن الحفاظ على أرواح المدنيين هو الأولي وبالتالي يجب عدم التعرض لهذه الأعيان العسكرية بأي حال من الأحوال.

(١) المرجع السابق، وانظر: دراسات حول القانون الدولي الإنساني العرفي، جون هنكرتس، ص ٢٨.

بالإضافة إلى أن الهدف من الحرب هو إحراز النصر وكسر شوكة العدو دون اعتداء على المدنيين، ولكن إذا تجاوز ذلك إلى قتل المدنيين والجرحى والمرضى والاعتداء على النساء والأطفال فإن هذا يخرج عن إطار أهداف الحرب وتعد هذه أعمالاً غير إنسانية موجبة للعقوبة^(١).

لذا فقد نصت اتفاقيات جنيف الأربع على أن «تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تتخذ أي إجراء تشريعي يلزم لفرض عقوبات جزائية فعالة على الأشخاص الذين يقتربون أو يأمرؤن باقتراف إحدى المخالفات الجسيمة لهذه الاتفاقية^(٢) ويلتزم كل طرف متعاقد بملاحقة المتهمين باقتراف هذه المخالفات الجسيمة أو بالأمر باقترافها وتقديمهم إلى محاكمه أيًا كانت جنسياتهم، وله أيضاً إذا فضل ذلك، ووفقاً

- (١) التمييز بين النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، بن عيسى زايد، ص ١١١، رسالة دكتوراه في كلية الحقوق بجامعة محمد خيضر، ٢٠١٦م.
- (٢) نصت المادة (٥٠) من اتفاقية جنيف الأولى والمادة (٥١) من اتفاقية جنيف الثانية والمادة (١٣٠) من اتفاقية جنيف الثالثة والمادة (١٤٧) من اتفاقية جنيف الرابعة على أن المخالفات الجسيمة المشار إليها في المادة (٤٩) هي الأفعال التالية إذا اقترفت ضد أشخاص محميين أو ممتلكات محمية: القتل العمد، التعذيب أو المعاملة اللاإنسانية، بما في ذلك التجارب الخاصة بعلم الحياة، تعمد إحداث آلام شديدة أو الإضرار بالخطر بالسلامة البدنية أو بالصحة، تدمير الممتلكات أو الاستيلاء عليها على نطاق واسع لا تبرره الضرورات الحربية، وبطريقة غير مشروعة وتعسفية، ونصت على المخالفات الجسيمة الفقرة (٤) من المادة (١١) والفقرة (٣) و(٤) من المادة (٨٥) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة ١٩٧٧م، انظر: اتفاقيات جنيف الأربع ١٩٤٩م والبروتوكول الإضافي الأول ١٩٧٧م الملحق بها.

لأحكام تشريعه، أن يسلمهم إلى طرف متعاقد معني آخر لمحاكمتهم ما دامت تتوفر لدى الطرف المذكور أدلة اتهام كافية ضد هؤلاء الأشخاص، وعلى كل طرف متعاقد أن يتخذ التدابير اللازمة لوقف جميع الأفعال التي تتعارض مع أحكام هذه الاتفاقية بخلاف المخالفات الجسيمة المبينة في المادة التالية، ويتتفع المتهمون في جميع الأحوال بضمانات للمحاكمة والدفاع الحر لا تقل ملائمة عن الضمانات المنصوص عنها بالمادة (١٠٥) وما بعدها من اتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب، المؤرخة ١٢ آب/ أغسطس ١٩٤٩م^(١).

ويلاحظ أن اتفاقيات جنيف الأربع قد ميزت بين نوعين من الانتهاكات، الأول: الانتهاكات الجسيمة وهي التي أوردتها على سبيل الحصر في المادة السابقة وألزمت الدول بفرض عقوبات جنائية على مرتكبيها، والثاني: الانتهاكات التي لا توصف بأنها جسيمة ولكنها مخالفات أخرى لغير جرائم الحرب، وهنا ألزمت الاتفاقيات الدول بوقف هذه الانتهاكات دون تحديد آلية محددة لها، وبالتالي فالعقاب عليها يكون سلطة تقديرية للدول^(٢). وعلى كل حال فقد نصت الفقرة (٥) من المادة (٨٥) من البرتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف

(١) انظر: المادة (٤٩) من اتفاقية جنيف الأولى والمادة (٥٠) من اتفاقية جنيف الثانية والمادة (١٢٩) من اتفاقية جنيف الثالثة والمادة (١٤٦) من اتفاقية جنيف الرابعة ١٩٤٩م.

(٢) العقاب على جرائم الحرب بين الواقع والمأمول، د. شريف عتلم، ص ٢٣٤، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

الأربع على أنه «تُعد الانتهاكات الجسيمة للاتفاقيات ولهذا الملحق (البرتوكول) بمثابة جرائم حرب وذلك مع عدم الإخلال بتطبيق هذه المواثيق».

وبالتالي وكما ذكرت اتفاقيات جنيف أعلاه، فإنه يجب ملاحقة ومعاقبة من ينتهك مبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني من الأشخاص، لاسيما وقد ذكرت المحكمة العسكرية الدولية في نورمبرغ أن «الجرائم ضد القانون الدولي يرتكبها أشخاص وليس كيانات مجردة وأنه لا يمكن إنفاذ أحكام القانون الدولي إلا بمعاقبة أولئك الأفراد الذين يرتكبون تلك الجرائم»^(١).

إن واجب البحث عن المجرمين وعقابهم ملزم لجميع الدول سواء كانت محاربة أو محايدة، وينطبق ذلك على جميع المذنبين سواء كانوا مواطنين أو أعداء أو أجانب بصرف النظر عن مكان اقتراف الجريمة، وليس لطرف متعاقد أن يحل نفسه من المسؤولية القانونية عن الانتهاكات الخطيرة، كما أنه لا يجوز لمعاهدة سلام أو هدنة أن تتضمن نصوصاً يتنازل

(١) الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، ص ٧٧، وانظر: القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على النزاعات المسلحة في العراق، د. فتحي الحياي، ص ٢٦٣، وانظر: حكم المحكمة العسكرية الدولية في نورمبرغ حول محاكمة كبار مجرمي الحرب.

بها المهزوم عن حقه جراء الانتهاكات التي ارتكبها الجانب المنتصر، ومن المهم أن توجد ضمانات المحاكمة العادلة والدفاع^(١).

لذا فالأفراد يمكن أن يكونوا مسؤولين على الصعيد الدولي عن انتهاكات حقوق الإنسان وانتهاكات القانون الدولي الإنساني لاسيما التي تصنف من فئة الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب والإبادة الجماعية^(٢). وقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة مبادئ التعاون الدولي في تعقب واعتقال وتسليم الأشخاص مرتكبي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية بالقرار رقم (٣٠٧٤) في عام ١٩٧٣م والذي اعتبر مرتكبي جرائم الحرب بمن فيهم مواطنوها موضع تعقب وتوقيف ومحاكمة، وهذا ما نصت عليه كذلك اتفاقية مناهضة التعذيب في تأكيد على مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية وعدم جواز التدرع بالأوامر الصادرة من المسؤولين أو سلطة أعلى كمبرر للتعذيب^(٣)، كما أشارت إلى ذلك المادة (٣٣) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والتي نصت على أن الشخص لا يعفى من

(١) القانون الدولي الإنساني، تطوره ومبادئه، جان بكتيه، ص ٥٢، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

(٢) الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، ص ٢٥، ٢٠١١م.

(٣) القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، د. مصعب التجاني، ص ٢٢، وانظر: الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. بلال النور، د. رضوان المجالي، ص ٢٩١، وانظر: المادة الثانية من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة ١٩٨٤م.

المسؤولية الجنائية إذا كان ارتكابه لتلك الجريمة قد تم امتثالاً لأمر حكومة أو رئيس عسكري أو مدني إلا في حالة كان على الشخص التزام قانوني بإطاعة أوامر الحكومة أو الرئيس ولم يكن على علم بأن الأمر غير مشروع أو أن عدم مشروعية الأمر لم تكن ظاهرة، وتنص الفقرة الثانية والثالثة من المادة (٢٥) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أن الشخص يكون مسؤولاً بصفته الفردية عن ارتكابه لأي جريمة تدخل في اختصاص المحكمة ويُسأل جنائياً عنها ويكون عرضة للعقاب^(١).

إن من أهم المبادئ في مجال المسؤولية الجنائية الفردية والتي نص عليها نظام روما الأساسي: أن من واجب كل شخص أن يرفض امتثال أي أمر مخالف للقانون، وأن الأفراد مسؤولون جنائياً عن الجرائم الدولية التي يرتكبونها ومعرضون للعقاب عليها إذا تحققت الأركان المادية للجريمة مع توفر القصد والعلم، وكذلك القادة مسؤولون جنائياً عن الجرائم الدولية المرتكبة بناء على أوامرهم، وتنطبق هذه المبادئ لمن ينتهك اتفاقيات جنيف وقوانين الحرب على كل شخص خطط لها أو حرض عليها أو أمر بها أو ارتكبها^(٢).

(١) انظر: نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٢) الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. بلال النصور، د. رضوان المجالي، ص ٢٩١، وانظر: الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، ص ٨٠، وانظر: المادة (٢٨) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

وتنص الفقرة الثانية من المادة (٨٦) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف على أنه «لا يعفى قيام أي مرؤوس بانتهاك الاتفاقيات أو هذا البروتوكول رؤساءه من المسؤولية الجنائية أو التأديبية»^(١)، ومع ذلك وحتى يتسنى تطبيق مسؤولية القيادة فإنه من الضروري أن يكون الرئيس على علم بأنه يجري ارتكاب انتهاكات مخالفة للقانون الدولي، وفي هذه الحالة فإن الرئيس ملزم بأن يتخذ جميع التدابير اللازمة لمنع ارتكاب تلك الانتهاكات أو معاقبة مرتكبيها^(٢).

وذكرت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا أن القائد يصبح مسؤولاً إذا لم يتخذ الإجراءات اللازمة لمنع ارتكاب انتهاكات للقانون الدولي رغم علمه بوجود احتمالية ارتكابها، لذا فإذا علم الرئيس أو كان لديه معلومات كافية باحتمالية وجود انتهاكات، فإن هذا كافٍ لعلمه بارتكاب هذه الجرائم حال ارتكابها، ولذا أصدر مجلس الأمن قراره رقم (١٢١٤) عام ١٩٩٨م الذي ينص على أن الأشخاص الذين يرتكبون انتهاكات لاتفاقيات جنيف أو يأمرؤن بها فإنهم مسؤولون عن هذه الانتهاكات مسؤولية شخصية^(٣).

(١) البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف ١٩٧٧م.

(٢) الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. بلال النور، د. رضوان المجالي، ص ٢٩٢، وانظر: الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، ص ٨٢.

(٣) الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، ص ٨٢-٨٣.

ورأت محكمة العدل الدولية في مسألة الالتزام بمنع جريمة الإبادة الجماعية أن أكثر الوسائل فاعلية لمنع الأعمال الإجرامية هي فرض عقوبات على الأشخاص الذين يرتكبون هذه الأفعال، وتنفيذ تلك العقوبات بفاعلية ضد من يرتكب الأفعال المراد المنع من ارتكابها، والدول الأطراف ملزمة بموجب اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها باعتقال الأشخاص المتهمين بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية الموجودين في إقليمها وإن كانت الجريمة قد تمت خارج إقليمها، وفي حال عدم مقاضاتهم في محاكمها الخاصة، تقوم بتسليمهم ليُحاكموا في المحكمة الدولية المختصة^(١).

وتنص المادة (١٤٦) من اتفاقية جنيف الرابعة المتعلقة بحماية المدنيين على أن الدول الأطراف ملزمة بملاحقة المتهمين باقتراف المخالفات الجسيمة الواردة في الاتفاقية أو الأمر باقترافها وتقديمهم أيا كانت جنسيتهم إلى المحاكمة أمام محاكمها الخاصة، ويجوز لها أن تسلمهم إلى طرف متعاقد ما دامت تتوفر لديها أدلة اتهام كافية ضد هؤلاء الأشخاص^(٢).

(١) الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، ص ٨٦، وانظر: المادة السادسة من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها.

(٢) اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب، ١٩٤٩ م.

إن مبدأ الولاية القضائية العالمية يشكل استثناءً وخروجاً عن القواعد العادية للقضاء الجنائي التي تستلزم وجود علاقة إقليمية أو شخصية بالجريمة، وهذا المبدأ يستند إلى أن بعض الجرائم تلحق أضراراً بالمصالح الدولية فيصبح من حق الدول بل من واجبها مقاضاة مرتكبي تلك الجرائم بصرف النظر عن مكان الجريمة وجنسية مرتكبها^(١).

لذا وفي أعقاب الحرب العالمية الأولى لم يكن الاعتداء على دولة أخرى جريمة دولية تعاقب عليها الدول، فقد كانت مشروعة مهما كانت الدوافع وتعتبر مظهرًا من مظاهر سيادة الدول تلجأ إليها متى شاءت وتستخدم الوسائل التي تراها دون ضوابط حتى تم ولأول مرة إقرار قاعدة المسؤولية الجنائية الفردية في معاهدة فرساي عام ١٩١٩م والتي نصت على إنشاء محكمة جنائية دولية لمحاكمة الامبراطور الألماني ومن معه من الرعايا الألمان المتهمين بإثارة الحرب العالمية الأولى واقرار جرائم ضد قوانين وأعراف الحرب، وكانت هذه هي الخطوة الأولى لمحاكمة الأفراد لارتكابهم جرائم دولية بعدما كان سائداً

(١) هناك عدد قليل من معاهدات حقوق الإنسان الدولية التي تتضمن أحكاماً تتعلق بتجريم انتهاكات حقوق الإنسان ومحاكمة مرتكبيها ومع ذلك حتى وإن كانت بعض هذه الانتهاكات غير مشمولة في بعض المعاهدات، فإنه يمكن تقديم مرتكبي هذه الانتهاكات إلى العدالة إذا كانت تصل لجرائم الحرب أو ضد الإنسانية أو الإبادة الجماعية في الحالات المتعلقة باختصاص المحكمة الجنائية الدولية أو في إطار القانون المحلي. انظر: الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، ص ٧٩، ص ٨٧.

أن المسؤولية الدولية تكون للدولة وحدها، لذا فثبوت هذه المسؤولية الفردية يُسهم في وضع حد لجرائم الحرب لاسيما إذا علم الأفراد أنهم سيتحملون نتيجة هذه الجرائم^(١).

وقد جاءت تشكيل المحكمة الجنائية ليوغسلافيا تطبيقاً لمبدأ المسؤولية الجنائية الفردية التي تم إنشاؤها بقرار مجلس الأمن رقم (٨٢٧) في عام ١٩٩٣م والتي تم النص عليها في المادة الخامسة والعشرين من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على المسؤولية الجنائية الفردية لمرتكبي الجرائم، واختصت هذه المحكمة بالعقاب على الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف ١٩٤٩م، وأسهمت كذلك المحكمة الجنائية الدولية لرواندا والتي أنشأت بموجب قرار مجلس الأمن رقم (٩٥٥) في عام ١٩٩٤م على تعزيز هذا المبدأ، وقد أرسّت المحكمة الجنائية الدولية الدائمة^(٢) هذا المبدأ والذي اعتمده نظامها في

(١) ظهرت الحرب العالمية الثانية بعد هذه المعاهدة وسببت الحرب دماراً أعظم من الحرب العالمية الأولى، وجاءت اتفاقية لندن عام ١٩٤٥م والتي قضت بمحاكمة مجرمي الحرب النازيين واليابانيين، ولكن تم محاكمة مجرمي الحرب المنهزمين ولم يتم محاكمة مجرمي الحرب المنتصرين كالمسؤولين عن كارثتي هيروشيما وناكازاكي إلا أنها شكلت بالفعل تطبيق فعلي لمبدأ المسؤولية الجنائية الفردية، انظر: القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، د. مصعب التيجاني، ص ٢١، وانظر: العقاب على جرائم الحرب بين الواقع والمأمول، د. شريف عتلم، ص ٢٤٠.

(٢) المحكمة الجنائية الدولية تختلف نوعاً ما عن المحكمة الجنائية ليوغسلافيا ورواندا حيث إن هاتين المحكمتين تعتبر محاكم جنائية دولية خاصة أنشئت لغرض محدد وتزول عن الوجود بانتهاء مهمتها وتمنح أفضلية على القضاء

عام ١٩٩٨م كأول نظام قضائي جنائي دائم على شكل معاهدة ملزمة للدول الأطراف، وأكدت في ديباجتها أن الجرائم التي تثير قلق المجتمع الدولي يجب مقاضاة مرتكبيها ووضع حد لإفلات مرتكبي الجرائم دون عقاب والإسهام في منع هذه الجرائم^(١).

وبناء على ما سبق، فإن العقوبات التي يتم إيقاعها على من ينتهك القانون الدولي الإنساني قد نصت عليها المادة (٧٧) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حيث نصت على أنه: «يكون للمحكمة أن توقع على الشخص المدان بارتكاب جريمة في إطار المادة

الوطني، بينما المحكمة الجنائية الدولية محكمة دولية دائمة وصاحبة اختصاص عام، وقد وضع نظامها الأساسي قواعد متعلقة بالعلاقة بينها وبين القضاء الوطني للدول ومنح الأفضلية للقضاء الوطني، حيث نصت الفقرة العاشرة من ديباجتها على التأكيد أن المحكمة الجنائية الدولية مكمل للولايات القضائية الجنائية الوطنية. انظر: العقاب على جرائم الحرب بين الواقع والمأمول، د. شريف عتلم، ص ٢٤٣.

(١) نصت المادة (١٢٠) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على عدم جواز وضع أي تحفظ من قبل الدول، بمعنى على الدول بإرادتها إما أن تصادق على هذا النظام كله أو لا تصادق عليه، وفي المقابل خولت المادة (١٣) لمجلس الأمن أن يحيل إلى المدعي العام أي حالة لارتكاب أي جريمة وردت في النظام، أي أن الدولة التي لم تصادق على النظام ستجد نفسها ملزمة بما ورد فيها من أحكام. انظر: القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، د. مصعب التجاني، ص ٢٣، وانظر: العقاب على جرائم الحرب بين الواقع والمأمول، د. شريف عتلم، ص ٢٤١.

(٥) من هذا النظام الأساسي^(١) إحدى العقوبات التالية: أ: السجن لعدد محدد من السنوات لفترة أقصاها ٣٠ سنة، ب: السجن المؤبد حيثما تكون هذه العقوبة مبررة بالخطورة البالغة للجريمة وبالظروف الخاصة للشخص المدان، ج: فرض غرامة بموجب المعايير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، د: مصادرة العائدات والممتلكات والأصول المتأتية بصورة مباشرة أو غير مباشرة من تلك الجريمة، دون المساس بحقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية^(٢). ونصت المادة (٨٠) من ذات النظام على أن النظام لا يمنع الدول من تطبيق العقوبات المنصوص عليها في قوانينها الوطنية، أي قد تكون هناك عقوبات عند بعض القوانين الوطنية للدول ليست مذكورة في العقوبات الواردة في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وقد تكون هناك عقوبات لدى دول تختلف عن العقوبات لدى الدول الأخرى.

المطلب الثاني: العقوبات على الدول:

انتهاك مبادئ القانون الدولي الإنساني غالباً ما تصدر من الأفراد، فإذا صدر من الأفراد فإن هذا يكون من مسؤولية الدول إذا كان ذلك بتوجيه منها، حيث تنشأ مسؤولية الدول من مبدأ العقد شريعة

(١) حيث نصت المادة الخامسة على أن اختصاص المحكمة يكون بالنظر في جرائم الحرب، وجرائم العدوان، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الإبادة الجماعية.

(٢) انظر: نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

المتعاقدين، أي أن كل معاهدة نافذة تلزم أطرافها بها ويجب أن يتم تنفيذها بحسن نية^(١)، بل إذا أدين شخص ما بارتكابه لانتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني فإن ذلك لا يعفي الدولة من المسؤولية الدولية، فقد نصت الفقرة (٤) من المادة (٢٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه: «لا يؤثر أي حكم في هذا النظام الأساسي يتعلق بالمسؤولية الجنائية الفردية في مسؤولية الدول بموجب القانون الدولي»^(٢)، وقد أجازت الأمم المتحدة في ميثاقها لمجلس الأمن أن يقرر اللجوء إلى الاستخدام الجماعي للقوة رداً على تهديد السلم أو خرقها أو قيام دولة من الدول بأي عمل يعتبر من أعمال العدوان^(٣)، وقد تم إنشاء المركز العالمي لمسؤولية الحماية في عام ٢٠٠٨م والذي يهدف إلى ضمان عدم فشل المجتمع الدولي في مواجهة الإبادة الجماعية وانتهاك حقوق الإنسان وأن على الدول الالتزام بحماية مواطنيها من هذه الانتهاكات، وينبغي للمجتمع الدولي مساعدة الدول في ذلك، وإذا فشلت الدول في القيام بهذا الأمر فإن المسؤولية تقع على الدول، وأن هذا وعد رسمي يقطعه قادة كل بلد لحماية المجتمع الدولي من

(١) انظر: المادة (٢٦) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩م.

(٢) نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٣) لدى الأمم المتحدة عمليتان متعلقتان بالسلم، الأولى: عملية حفظ السلم، والثانية: عملية إنفاذ السلم، وهاتان العمليتان تقوم بهما قوات من الأمم المتحدة أو مجموعة من الدول يُؤذن لها باستخدام تدابير قسرية أو مهمات قتالية لإنفاذ السلم وذلك دون الحاجة إلى موافقة الأطراف، انظر: القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، ص ٩، ص ٣١.

الفظائع الجماعية حتى لو أدى ذلك إلى استخدام القوة ولكن بعد صدور إذن من مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، وبالتالي يجب على المجتمع الدولي ضمان احترام القانون الدولي الإنساني ومنع انتهاكات القانون الدولي الإنساني^(١).

إن مجلس الأمن في القرار رقم (١٨٦٤) لعام ٢٠٠٩م رأى أن الدول تتحمل المسؤولية الأساسية عن احترام وضمان حقوق الإنسان لمواطنيها ولجميع الأفراد داخل أقاليمها، وأكد كذلك على أن أطراف النزاع المسلح تتحمل المسؤولية الأساسية عن اتخاذ جميع الخطوات الممكنة لكفالة حماية المدنيين ويطالب أطراف النزاع المسلح بالامتناع الصارم بما عليها من التزامات بموجب القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان^(٢)، وأكدت قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة ولجنة حقوق الإنسان والسوابق القضائية للهيئات المنشأة بمعاهدات حقوق الإنسان أن من واجب الدول التحقيق في

(١) في مؤتمر القمة العالمي لعام ٢٠٠٥م أقر جميع رؤساء الدول والحكومات بمسؤولية حماية السكان من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، واعتماد هذا المبدأ يشكل التزاماً رسمياً من قِبل الدول، ويتضمن توقعات كبيرة لمستقبل خالٍ من هذه الجرائم. انظر: موقع الأمم المتحدة <https://www.un.org/ar/chronicle/article/20075>

(٢) الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، ص ٢٦.

انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني ومقاضاة مرتكبيها^(١).

فالدولة مسؤولة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني في النزاع المسلح إذا نُسب إليها الانتهاكات التي ترتكبها أجهزتها كقواتها المسلحة أو ارتكبها أشخاص ممثلون للدولة أو أشخاص تلقوا التعليمات والتوجيهات من الدولة، ويقر القضاء الدولي أن إثبات مسؤولية الدولة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني ينبغي أن يفضي إلى اتخاذ الدولة تدابير من أجل التعويض عن الضرر، وتتراوح هذه التدابير من دفع تعويضات للضحايا وأسرهم، وتقديم تأكيدات بعدم التكرار، بالإضافة إلى منع الانتهاكات في المستقبل^(٢).

ففي قضية البوسنة والهرسك ضد صربيا والجبل الأسود خلصت محكمة العدل الدولية إلى أن صربيا قد انتهكت التزاماتها بمنع ارتكاب أعمال الإبادة الجماعية ومحاكمة مرتكبيها، وقررت المحكمة أنه يتعين على صربيا أن تتخذ خطوات فعالة لكفالة الوفاء الكامل بالتزامها بموجب اتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، ونقل الأفراد المتهمين بارتكاب هذه الجرائم إلى المحكمة الجنائية الدولية تمهيداً لمحاكمتهم، وأن أي انتهاك لأي التزام دولي يسبب ضرراً فإن ذلك ينشأ

(١) المرجع السابق، ص ٨٥.

(٢) المرجع السابق، ص ٧٤-٧٥.

عنه واجب تقديم الجبر المناسب^(١)، وهذا ما أكدت عليه معاهدة الصلح التي تمت بعد الحرب العالمية الثانية والتي ألزمت الدول ألمانيا والنمسا والمجر بإعادة الممتلكات الفنية والثقافية التي استولت عليها أثناء الحرب من فرنسا وإيطاليا وصربيا^(٢).

لذا ينبغي أن يحصل الضحايا من جراء انتهاك القانون الدولي الإنساني على جبر يتناسب مع فداحة الانتهاكات والضرر الذي لحق بهم، ويكون الجبر كاللجوء إلى القضاء وجبر ما تكبده من ضرر ورد الحق إلى صاحبه والتعويض ورد الاعتبار والترضية وضمانات عدم التكرار، ويشمل رد الحق إلى صاحبه استرداد الحرية، والتمتع بحقوق الإنسان، واسترداد الهوية والحياة الأسرية والمواطنة، وعودة المرء إلى مكان إقامته، واسترداد وظيفته، واستعادة ممتلكاته^(٣).

وتنص المادة (٧٥) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في تحديد نطاق ومدى أي ضرر أو خسارة أو أذى يلحق بالمجني

(١) المرجع السابق، ص ٧٥، وانظر: المحكمة الجنائية الدولية والجرائم التي تختص بها وفقاً لأحكام ميثاق روما ١٩٨٨ م، أ. محمد أمين المهدي، ص ٢٨٢.

(٢) الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. بلال النسور، د. رضوان المجالي، ص ١٥٣.

(٣) انظر: المبادئ الأساسية والتوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، ٢٠٠٥ م. وانظر: المادة السادسة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة السادسة من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، والمادة الرابعة عشرة من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة

عليهم أو فيما يخصهم أن تصدر أمراً مباشراً ضد شخص مدان تحدد فيه أشكالاً ملائمة من أشكال جبر أضرار المجني عليهم أو فيما يخصهم بما في ذلك رد الحقوق والتعويض ورد الاعتبار^(١).

وقد قررت محكمة العدل الدولية في قضية تشييد الجدار في فلسطين أن بناء الجدار في الأرض الفلسطينية المحتلة قد استلزم مصادرة وهدم المنازل والمتاجر والأراضي الزراعية، وترى المحكمة أن إسرائيل ملزمة بتقديم تعويضات عن الأضرار التي لحقت جميع الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، وأن إسرائيل ملزمة بإعادة الأرض والبساتين وأشجار الزيتون وسائر الممتلكات غير المنقولة التي حجزتها من أي شخص طبيعي أو اعتباري لأغراض بناء الجدار في الأراضي الفلسطينية، وإذا تبين أن رد الممتلكات إلى أصحابها غير ممكن، تكون إسرائيل ملزمة بتقديم تعويضات عن الضرر والخسائر التي تكبدها، وترى المحكمة أن إسرائيل ملزمة أيضاً ووفقاً لقواعد القانون الدولي بالتعويض لجميع الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين الذين تكبدوا أي شكل من أشكال الضرر المادي نتيجة لبناء الجدار، واتخذت المحكمة كذلك قراراً آخر في قضية أوغندا التي ارتكبت قواتها أعمال القتل والتعذيب والمعاملة اللاإنسانية في مخالفة واضحة للقانون الدولي الإنساني حيث يقضي قرار

(١) نظام روما الأساسي السلطة للمحكمة الجنائية الدولية، وانظر: المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين الحرب البرية، ١٩٠٧ م.

المحكمة بإلزام جمهورية أوغندا بجبر كافة الأضرار التي ألحقها بجمهورية الكونغو الديمقراطية^(١).

لذا تتحمل الدولة مسؤولية تعويض الأضرار الناتجة عن مخالفة أفراد قواتها المسلحة لقواعد وأعراف الحرب أو أي قاعدة دولية تنتج عنها خسائر لطرف آخر، وبالتالي فإذا ثبتت المسؤولية الجنائية فإنه يترتب عليه تعويض المتضرر من الجريمة الدولية، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فثبوت المسؤولية وإيقاع العقوبة يؤدي إلى احترام حقوق الإنسان وترسيخ قيم السلام والإنسانية واستقرار العدالة الجنائية للمجتمع الدولي^(٢).

ويتبين مما سبق أن المسؤولية الجنائية الدولية يتحملها الفرد بالإضافة إلى دولته التي تتحمل المسؤولية الدولية المدنية عن الأضرار التي يسببها منسوبوها للغير، كما أن المحكمة الجنائية الدولية لها سلطة مدنية من خلال تعويض المدنيين المتضررين من الجريمة الدولية وذلك بفرض الغرامات ومصادرة الممتلكات وغيرها، إلا أن نص المادة (١٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أجاز للمحكمة التدخل

(١) الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، ص ٩٢-٩٣. وانظر: القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على النزاعات المسلحة في العراق، د. فتحي الحياي، ص ٢٤٩.

(٢) الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. بلال النصور، د. رضوان المجالي، ص ٢٩٥.

حصراً حينما لا تتوفر لدى الدول الرغبة في الاضطلاع بالتحقيق وبالمقاضاة أو القدرة على ذلك^(١)، فهنا نرى أن النظام الأساسي يشجع الدول على ممارسة سلطاتها القضائية على الجرائم ويدعم المنظومة العقابية الواردة في اتفاقيات جنيف الأربع والمتعلقة بملاحقة المجرمين ومحاكمتهم، وإذا لم ترغب الدول بتطبيق الملاحقة والمحاكمة أو لم تكن قادرة عليها فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة الجنائية الدولية، أي أن الدول لو طبقت الأحكام الواردة في اتفاقيات جنيف لما كانت هناك حاجة لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية^(٢).

وقد نصت اتفاقيات جنيف الأربع على أن الأطراف تتخذ أي إجراء تشريعي يلزم لفرض عقوبات جزائية فعالة على الأشخاص الذين يقتربون أو يأمرزون باقتراح إحدى المخالفات الجسيمة لهذه الاتفاقية، ونجد أن الاتفاقية نصت صراحة على قائمة بجرائم الحرب ولم تورد عقوبات لهذه الجرائم وإنما ألزمت بها كل مشروع وطني على صعيد الدولة نفسها بإدراج عقوبات جنائية لهذه الأفعال، وبالتالي عجزت الاتفاقية عن تطبيق عقوبات لمن ينتهك هذه القواعد وجعلت التنفيذ على الصعيد الوطني للدولة^(٣)، بالإضافة إلى ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة المشتركة في اتفاقيات جنيف فيما يتعلق بالمحاكمة

(١) المرجع السابق، ص ٢٩٧، وانظر: العقاب على جرائم الحرب بين الواقع والمأمول، د. شريف عتلم، ص ٢٤٣.

(٢) العقاب على جرائم الحرب بين الواقع والمأمول، د. شريف عتلم، ص ٢٤٣.

(٣) المرجع السابق، ص ٢٣٧.

والتسليم وكذلك الاختصاص الجنائي العالمي، حيث ألزمت الاتفاقية الدول بملاحقة المتهمين بارتكاب جرائم الحرب وتقديمهم للمحاكمة، وإن لم ترغب في المحاكمة فإنها ملزمة بتسليمه لأي دولة طرف أخرى ترغب في محاكمته، وأن تتم المحاكمة بغض النظر عن جنسية المتهم أو مكان ارتكاب الواقعة، ولكن هذا الأمر وللأسف لم يكتب له النجاح في مجال ملاحقة المجرم ومحاكمته حيث إن أغلب الدول لم تقم بإجراء التعديلات على تشريعاتها الداخلية بما يلزم لإنفاذه، كما أن الاعتبارات السياسية نالت من فاعلية هذا المبدأ، وبالتالي فهناك دول لم تقم بالتطبيق، وأخرى لم تقم بالتعديل، فإذا لم تتم هذه الأمور فإن توفير الضمانات القضائية الأساسية للمتهم لن تتم بناء على ذلك، وعليه نجد أن اتفاقيات جنيف الأربع والبرتوكول الإضافي الأول وجه أحكامه المتعلقة بالعقاب إلى القضاء والمشرع الوطني ولم تتضمن أي إشارة إلى القضاء الجنائي الدولي، بينما نجد أن اتفاقية إبادة الجنس البشري لعام ١٩٤٨م قد أشار صراحة إلى اللجوء إلى القضاء الجنائي الدولي^(١).

إن أغلب الأضرار من جراء الحرب تصيب الأفراد الذين يتعرضون إلى أضرار مادية كبيرة، فمنهم من يفقد منزله أو عمله أو يصاب بعجز دائم أو مؤقت، فمن العملي أن يتم تعويض هؤلاء بمقابل مالي يمكنهم من إعادة ممارسة نشاطهم، وإن كان هذا التعويض لا يعيد الأمر إلى ما

(١) المرجع السابق، ص ٢٣٨-٢٣٩.

كان عليه ولكن لا يمكن إغفال أهميته لمواصلة الحياة، والدولة هي المسؤولة عن هذه الانتهاكات وعن هذه التعويضات^(١).

ولكي تقوم المسؤولية على الدولة فلا بد من توفر عدة عناصر وهي: الفعل غير المشروع وهو الانتهاك للقانون الدولي الإنساني، بالإضافة إلى وجود الضرر، وأن يكون هذا الفعل غير المشروع منسوباً إلى الدولة والذي يتم عن طريق أجهزتها وأفرادها، لتحقيق وجود العلاقة السببية بين الفعل غير المشروع والضرر، وهذا ما أكدته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية رجل اسمه سلموني ضد فرنسا عام ١٩٩٩م حيث ذكرت المحكمة أنه مهما كانت نتيجة الإجراءات المحلية فإن إدانة ضباط الشرطة أو تبرئتهم لا يعفي الدولة المدعى عليها من مسؤوليتها، وهذا ما نصت عليه المادة (٩١) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقية جنيف عام ١٩٧٧م والمادة (٣) من اتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية ١٩٠٧م^(٢).

وجبر الضرر يكون إما بالتعويض العيني وهو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب الفعل غير المشروع أو التعويض النقدي وهو عبارة عن مبلغ من المال تدفعه الدولة التي صدر عنها الفعل غير

(١) القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على النزاعات المسلحة في العراق، د. فتحي الحياتي، ص ٢٣٢.

(٢) انظر: البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف ١٩٧٧م، وانظر: القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على النزاعات المسلحة في العراق، د. فتحي الحياتي، ص ٢٣٤.

المشروع إلى الدولة التي لحقها ضرر مباشر أو ضد أحد رعاياها، أو التعويض عن طريق الترضية كالاعتذار أو التعبير عن الأسف^(١).

التحليل والمناقشة:

وبناء على ما تم ذكره سابقاً فيما يتعلق بالعقوبات على الأفراد أو على الدول، فإني أرى وجود الكثير من الإشكالات في اتفاقيات جنيف الأربع والبرتوكولان الإضافيان لهما، بالإضافة إلى إشكاليات موجودة في نظام روما الأساسي وعمل المحكمة الجنائية الدولية في فرض العقوبات.

أما فيما يتعلق بالمحكمة الجنائية الدولية والنظام الخاص بها، فإن الكثير من فقهاء القانون الدولي المعاصر يرون بأن المساءلة الجنائية الدولية غير فعالة بسبب أن التطور الذي حدث للمحكمة الجنائية الدولية لم يكن حقيقياً إلا فيما يتعلق بالمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا ١٩٩٤م، والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة براوندا ١٩٩٥م، وإقرار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية عام ١٩٩٨م والذي دخل حيز التنفيذ عام ٢٠٠٢م، كما أن المساءلة الجنائية لا تزال غامضة وغير واضحة فيما يتعلق بالاختلاف في المخاطب بهذه المساءلة، والاختلاف في الأركان الواجب توفرها في الجرائم الدولية، والاختلاف في اختصاص المحاكم والاختلاف في توقيع العقوبات،

(١) القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على النزاعات المسلحة في العراق، د. فتحي الحياي، ص ٢٣٩-٢٤٠.

وبالتالي لا يمكن مساءلة الدول وإنما بالإمكان تطبيق ذلك على الأفراد الذين ارتكبوا هذه الجرائم^(١)، لذلك هناك فجوة كبيرة بين الإطار النظري والتطبيق في المساءلة الجنائية للجرائم الدولية حيث إن هناك الكثير من الجرائم تم ارتكابها دون وجود أي عقاب فعلي كارتكاب الولايات المتحدة الأمريكية لجرائم إبادة جماعية في فيتنام ضد قوات الفيت كونج، وارتكاب جرائم الإبادة الجماعية من قبل الخمير الحمر في كمبوديا ضد المعارضة السياسية فيها وقتل ما يقارب من مليوني شخص^(٢).

ثم إن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد دخل حيز التنفيذ في شهر يوليو لعام ٢٠٠٢م وحتى الآن لم يصدر عن المحكمة أية أحكام، إلا أنها قامت بالتحقيق في عدة حالات تتصل بدول الكونغو وأوغندا والسودان، ولم نسمع عن قيام المحكمة بالنظر في قضية من غير قارة أفريقيا، وهذا قد يخل بالثقة في هذه المحكمة على قيامها بانتقائية لا تتفق مع أبسط قواعد العدالة، حيث إنه يجب أن يطبق القانون على الجميع دون تمييز بين إنسان وإنسان ودولة ودولة أخرى لاسيما مع ما نراه من سكوت مجلس الأمن على بعض جرائم الحرب التي ترتكب ضد الإنسانية في لبنان وغيرها والتي تخل بالأمن

(١) الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. بلال النصور، د. رضوان المجالي، ص ١٨٢-١٨٣.

(٢) المرجع السابق، ص ١٨٨.

والسلم الدوليين والتي كان من المفترض على مجلس الأمن إحالة هذا الأمر إلى المحكمة الجنائية الدولية ليقوم بدوره في هذا الشأن، والمحكمة من المفترض أن تثبت أنها محكمة قانون وليست محكمة تخضع لاعتبارات سياسية أو اعتبارات أخرى وذلك حتى يسود الأمن والسلم في المجتمع الدولي كما ورد في نظامها الأساسي^(١)، فقد رفضت الولايات المتحدة الأمريكية إنشاء محاكم جنائية دولية خاصة لمحاكمة المسؤولين الإسرائيليين عن الجرائم الدولية في حق الشعب الفلسطيني واللبناني، وفي المقابل وافقت على إنشاء محكمة جنائية دولية خاصة لمحاكمة قتلة آخرين^(٢).

ذكر في ديباجة نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بأن الدول الأطراف يدركون أن ملايين الأطفال والنساء والرجال قد وقعوا ضحايا لفظائع لا يمكن تصورها هزت ضمير الإنسانية، وأن هذه الجرائم تهدد السلم والأمن والرفاه في العالم، وأن أخطر الجرائم التي تثير قلق المجتمع الدولي بأسره يجب ألا تمر دون عقاب، وأنه يجب مقاضاة مرتكبيها على نحو فعال من خلال تدابير تتخذ على الصعيد الوطني وتعزيز التعاون الدولي، وهذا المذكور في الديباجة إجراء غير سليم حيث إن التدابير لوقف الجرائم والفظائع التي هزت

(١) المحكمة الجنائية الدولية والجرائم التي تختص بها وفقاً لأحكام ميثاق روما ١٩٨٨ م، أ. محمد أمين المهدي، ص ٣٠٢.

(٢) الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. بلال النصور، د. رضوان المجالي، ص ٢٠٣.

الإنسانية لا بد أن تكون من خلال المحكمة الجنائية الدولية أو محكمة العدل الدولية وليس من قبل الدول؛ لأن هذه التدابير ستختلف إجراءاتها من دولة إلى أخرى، فقد تتخذ دولة إجراءات صارمة وتتخذ أخرى إجراءات يسيرة، فضلاً عما إذا قامت الدولة أساساً بأي إجراء لتفعيل هذا الأمر^(١)، لاسيما وأن ميثاق الأمم المتحدة قد أجاز لمجلس الأمن استخدام القوة العسكرية إذا كان هناك إخلال بالأمن والسلم الدولي، بالإضافة إلى أن ديباجة نظام روما الأساسي قد نص على عقد العزم على وضع حد لإفلات مرتكبي هذه الجرائم من العقاب والإسهام في منع هذه الجرائم، وعقد العزم ووضع الحد والمساهمة في منعها لا يكون إلا بإجراء صارم وفعال وموحد تتخذه المحكمة وتفرضه على بقية الدول لاسيما وأن الدولة قد رضيت من تلقاء نفسها بأن تكون عضوة في هذا النظام، ولا يوجد دولة في العالم إلا وهدفها إحلال الأمن والسلام في المجتمع، فلا يمكن لدولة أن ترفض

(١) المملكة العربية السعودية قد اتخذت خطوة جيدة وفعالة لتطبيق هذا الأمر حيث صدر الأمر السامي رقم (٧٧٥٣) وتاريخ ٢٩/١٠/١٤٢٩هـ بإنشاء اللجنة الدائمة المعنية بتطبيق قرارات مجلس الأمن الصادرة وفق الفصل السابع، وهدفها دراسة القرارات الصادرة من مجلس الأمن ومتابعة تنفيذ تلك القرارات من قبل الأجهزة الحكومية في المملكة، وهذا تطبيقاً لما نصت عليه المادة الحادية والثمانون من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٩٠) وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ، حيث نصت على أنه: «لا يخل تطبيق هذا النظام بما ارتبطت به المملكة العربية السعودية مع الدول والهيئات والمنظمات الدولية من معاهدات واتفاقيات».

أي إجراء معقول تتخذه المحكمة للمساهمة في منع الجرائم ومعاقبة المجرمين ونشر السلم والأمن في المجتمع.

بالإضافة إلى أن نظام روما الأساسي في المادة (٧٧) قد نص على عدة عقوبات واجبة التطبيق وهي السجن وجعل أقصاها ثلاثين سنة ولم يذكر الحد الأدنى، والسجن المؤبد، بالإضافة إلى فرض غرامات ومصادرة العائدات والممتلكات من جراء تلك الجريمة سواء بصورة مباشرة وغير مباشرة، ثم نصت المادة (٨٠) من ذات النظام على عدم وجود ما يمنع من توقيع العقوبات المنصوص عليها في القانون الوطني، بمعنى قد تكون هناك عقوبات لدولة ما لم تذكر في المادة (٧٧) كالإعدام مثلاً، بينما هذه العقوبة ليست موجودة في دولة أخرى، وقد يكون الجلد موجوداً في دولة وغير موجود في دولة أخرى مع التباين في عدد الجلادات، وقد تكون عقوبة الجريمة في دولة ما هي اللوم، بينما ذات الجريمة في دولة أخرى السجن أو الإعدام أو غيرها، وبالتالي فهذا الغموض وعدم الوضوح في إجراءات العقوبات وتطبيقها أدى إلى خلل في تطبيق العقوبات وعدم تفعيلها مما جعل العالم لا يزال يرى ويسمع الفظائع التي تهدد الأمن والسلم في المجتمع ولا يزال يرى مئات بل آلاف الضحايا من النساء والرجال والأطفال، ولم يضع وللأسف حداً لمنع هذه الجرائم كما ذكر في الديباجة.

ثم إن المادة السابعة من نظام روما الأساسي قد وضع قيداً غريباً للعقوبة فيما يتعلق بالجريمة ضد الإنسانية، حيث نصت المادة على أن

الجرائم ضد الإنسانية - أي جرائم: القتل العمد أو الإبادة أو الاسترقاق أو التعذيب أو الاضطهاد وغيرها - متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم، فهذا القيد عن علم بالهجوم قيد غريب، فكيف سيكون الهجوم المنهجي ضد مجموعة من السكان دون علم بالهجوم؟!، بل كيف يقوم الشخص بالقتل العمد دون علم بالهجوم؟!، وكيف سيقوم الفرد بالتعذيب أو الاضطهاد دون علم بذلك؟! هذا القيد يتنافى إطلاقاً مع المبادئ الإنسانية والأخلاقية، فهل يستطيع أن يقوم الشخص بالقتل عمداً أو الاغتصاب أو الاسترقاق أو التعذيب أو أي جريمة ضد الإنسانية التي وردت في المادة السابعة ثم يتذرع بأنه ليس على علم بالهجوم؟!، لاسيما وأن المادة الرابعة من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة قد نصت على أن تضمن الدولة أن تكون جميع أعمال التعذيب جرائم بموجب قانونها الجنائي وأن هذه الجرائم مستوجبة للعقاب، ففي نص هذه المادة وغيرها لم تقيد التعذيب على شرط علم بها أو توفر وجود العلم أو القصد لأن من يقوم بالتعذيب فهو بلا شك على علم به، وطبيعة النفس البشرية تعلم هذا، وبالتالي فهذا القيد المذكور في نظام روما سيفتح باباً واسعاً للجرائم لاسيما وأن العلم من عدمه يعتبر من الركن المعنوي الذي لا يمكن إثباته إلا بالقرائن المحيطة به،

ويكفي أن ارتكاب أي من هذه الجرائم تعتبر قرينة ودليلاً واضحاً على أن الشخص على علم ودراية به.

إن اتفاقيات جنيف الأربع ونظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تنادي بملاحقة الفرد مرتكب الجريمة ومحاكمته ومعاقبته، وتأخذ بمبدأ المسؤولية الجنائية الفردية بالإضافة إلى الولاية القضائية العالمية للدول، ولكن هذه المواد التي تنص على ذلك وهذا المبدأ وهذه الولاية يبطلها كلها ما ورد في المادتين (٣٠) و(٣٣) من نظام روما الأساسي حيث نصت المادة (٣٠) على أن الشخص لا يُسأل جنائياً عن ارتكاب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة ولا يكون عرضة للعقاب على هذه الجريمة إلا إذا تحققت الأركان المادية مع توفر القصد والعلم، ونصت المادة (٣٣) على أنه لا يعفى الشخص من المسؤولية الجنائية إذا كان ارتكابه لتلك الجريمة قد تم امتثالاً لأمر حكومة أو رئيس عسكرياً كان أو مدنياً عدا الحالات التالية: أ. إذا كان على الشخص التزام قانوني بإطاعة أوامر الحكومة أو الرئيس المعني، ب. إذا لم يكن الشخص على علم بأن الأمر غير مشروع، ففي المادة (٣٠) لا يعاقب الشخص عن ارتكابه لجريمة معينة إلا إذا تحققت الأركان المادية وتوفر القصد والعلم، فهل سيقوم الشخص بالقتل العمد أو التعذيب أو غيرها من الجرائم دون علم وقصد بأن هذه جريمة؟! وفي المادة (٣٣) تناقض صارخ حيث تذكر المادة عدم إعفاء الشخص من المسؤولية الجنائية إذا ارتكب الجريمة بناء لأمر حكومة أو رئيس ثم



تقول ويعفى من المسؤولية إذا كان الشخص على التزام قانوني بإطاعة أوامر الحكومة أو الرئيس المعني! وهل الجندي في المعركة سيكون على غير التزام قانوني بإطاعة أوامر الحكومة؟ بالطبع أنه لن يقوم بأي أمر إلا بناء على أوامر حكومته أو رئيسه، فلو تم ملاحقة الشخص ومحاكمته فإنه يستطيع هو أو دولته أن تتذرع بهذه الحجة بأنه ارتكب هذه الجريمة بناء على أمر حكومته أو رئيسه، وكأن هذه المادة تجيز ضمناً ارتكاب أحد الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إذا كان بناء على أوامر الحكومة أو الرئيس، فالمجتمع الدولي ينادي بعدم الخوض في الحرب، ولو تم خوض الحرب فيتم تقييده بعدم إلحاق الضرر بالمدنيين وعدم المشاركين في القتال، ثم تأتي هذه المادة وتناقضها، وبالتالي فإن هاتين المادتين حقيقة تهدم كل ما تم بناؤه في اتفاقيات جنيف الأربع ونظام روما الأساسي الذي ينادي بمعاقبة الجاني وحفظ ونشر الأمن والسلم في المجتمع الدولي.

أما فيما يتعلق باتفاقيات جنيف الأربع والبرتوكولان الإضافيان لهما، فإن المادة الأولى المشتركة في اتفاقيات جنيف الأربع قد نصت على أنه يجب على الدول ضمان واحترام هذه الاتفاقيات في جميع الظروف، ونصت كذلك على أنه يجب على الدولة البحث ومحاكمة ومعاقبة أي شخص ارتكب انتهاكاً للقانون الدولي الإنساني، وجعلت هذه الملاحقة والمحاكمة تكون لمن يرتكب المخالفات الجسيمة فقط، وجعلت في حالة من يرتكب أي مخالفة غير جسيمة أن يتم إيقاف هذه المخالفة،

وأرى أن هذا الإجراء غير سليم؛ لأن الفرد قد يتذرع بأنه فعل هذا الأمر تم بناء على توجيهات من دولته أو رؤسائه وهذا هو الغالب، وهو في هذه الحالة بين أمرين: إما أن يستجيب للأمر ويرتكب الجريمة ويخالف القانون الدولي الإنساني، وإما أن يرفض هذا الأمر وبالتالي سيكون معرضاً للعقاب من دولته، فهو سيعاقب في كلتا الحالتين ولكن أخفهما أن ينفذ توجيهات رؤسائه ويرتكب الجريمة وهو يعلم أن الدولة ستحميه ولن تتخلى عنه، وبالتالي فملاحقة الفرد الذي ارتكب الجريمة ومعاقبته لا يؤدي إلى نشر السلم والأمن في المجتمع الدولي، لا سيما إذا تذرعت الدولة بأنها قامت بهذا الأمر لأجل الضرورة العسكرية، أو رغبة منها لفرض قوتها دون أن تصرح بذلك.

لذا فلا أرى مناسبة ما ذكر في اتفاقيات جنيف الأربع من ملاحقة ومحاكمة ومعاقبة الفرد المجرم لغموضها وعدم وضوحها وعدم وجود آليات واضحة لتطبيقها لاسيما وأن ملاحقة الشخص ومعاقبته من غير مواطني الدولة حتى لو كان تطبيقاً للقانون الدولي الإنساني فإن هذا الأمر قد يضر بالمصالح المشتركة لكلتا الدولتين وقد تتفاقم المشكلة أكثر إذا تم تطبيقها، لذا فالدولة غالباً تحرص على تجسيد العلاقات الدولية بين الدول وبالتالي لن تقوم بتطبيق ما ورد في القانون الدولي الإنساني لأجل مصلحتها لاسيما عدم وجود عقوبة على عدم تنفيذ هذا الأمر، والقاعدة العامة تنص على أنه «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» واتفاقيات جنيف الأربع قد نصت على الجريمة ولم تنص

على العقوبة وهذا خلل، والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد نص على الجريمة والعقوبة ولكن جعلها في سلطة تقدير القانون الوطني وهذا خلل أيضاً.

لذا فإني أرى أن المحاكمة والعقوبة يجب أن تكون على مستوى الدول وليس الأفراد، والفرد الجندي كما ذكرنا لن يقوم غالباً بأي من الجرائم المذكورة في اتفاقيات جنيف الأربع أو نظام روما الأساسي إلا بناء على أوامر من دولته متمثلة في رؤسائه، فالعقوبة يجب أن توجه إلى الدول دون الأفراد إلا إذا ثبت بشكل واضح أن الفرد قد خالف القانون الدولي الإنساني فهنا تتم المحاكمة والعقوبة للفرد ودولته لأن الفرد تابع لدولته، ويكون من قبل المحكمة الجنائية الدولية أو محكمة العدل الدولية وليس من قبل القانون الوطني، لأنها بهذه الحالة تعتبر محكمة دولية وليست محكمة أجنبية هدفها حفظ الأمن ونشر السلم في المجتمع الدولي، كما يجب وضع عقوبات واضحة ومحددة لمن يرتكب أيًا من الجرائم الواردة في نظام روما الأساسي أو اتفاقيات جنيف الأربع.

أما الحديث عن العقوبة على مستوى الدول فإنه يجب أن يتم هذا الأمر، حيث يلاحظ أن اتفاقيات جنيف الأربع ونظام روما الأساسي قد ركزت على ملاحقة ومعاقبة الأفراد دون الدول^(١)، وهذا غير

(١) تم اعتماد اتفاقيات جنيف الأربع في عام ١٩٤٩م ومضت خمسون عاماً ولم يتم تطبيق الاتفاقية فيما يتعلق بالجرائم والعقاب إلا من خلال بعض الدول التي أوردت هذه الجرائم والعقوبات في قانون خاص مثل دولة بلجيكا وأسبانيا

سليم؛ لأنه كما ذكرنا أن عامة الناس لا يقومون بهذه الجرائم، وإنما يقوم بها الجندي في ساحة المعركة بناء على الأوامر، ولم يقيم الجندي كذلك بقيادة الدبابة أو التحليق بالطائرة العسكرية ورمي المتفجرات أو استخدام الرصاص إلا بناء على خلاف بين دولتين، وقام هذا الجندي بما تملي عليه الأوامر، فأساس مخالفة القانون الدولي الإنساني تم بناء على الدولة التي يجب عليها أن تتحلى بضبط النفس وعدم استخدام القوة والخوض في المعارك؛ لأن الحرب كما هو معلوم يذهب ضحيتها الأبرياء من النساء والأطفال والرجال وغيرهم، ولذا فالأولى أن تكون العقوبة موجهة إلى الدولة.

فالحرب هي علاقة دولة بدولة وليست علاقة إنسان بإنسان، والعداء بين الناس لا يكون إلا عرضاً كالجنود، والقانون الدولي الإنساني قانون يتعلق بالدولة والدول هي التي تبرمه وتطبقه، وإذا كان شن الحرب جريمة، فإن الحرب بطريقة غير إنسانية جريمة

والأردن واليمن، وبعض الدول وضعت في قانونها نصاً يحيل إلى اتفاقيات جنيف مثل كندا وسويسرا، وبعد اعتماد نظام روما قامت بعض الدول بتعديل تشريعاتها القائمة مثل بلجيكا، وهناك دول سنت تشريعات خاصة لمعاقبة من يرتكب الجرائم الواردة في نظام روما، مثل: ألمانيا وكندا وإنجلترا. انظر: العقاب على جرائم الحرب بين الواقع والمأمول، د. شريف عتلم، ص ٢٧٢-٢٧٥، اللجنة الدولية للصليب الأحمر. القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على النزاعات المسلحة في العراق، د. فتحي الحياتي، ص ١٨٣، وانظر: القانون الدولي الإنساني وقانون النزاعات المسلحة بين النظرية والواقع، د. أمل يازجي، ص ١٤٠، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٠، ٢٠٠٤ م.

مضاعفة^(١)، وبالتالي فشن الحرب لا يكون إلا من قبيل الدول ولا تستطيع دولة من الدول شن الحرب إلا عن طريق جنودها وبأوامر منها، فإذا ارتكبت هذه الدولة جريمة من الجرائم المذكورة في الاتفاقيات والنظام أعلاه وخالفت قواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني فلا بد أن تفرض عليها عقوبة صارمة، سواء كانت عقوبة اقتصادية أو سياسية أو غيرها دون أن يتضرر أفراد شعبها من هذه العقوبة، وذلك مثل العقوبة التي فرضت على العراق حيث صدر قرار مجلس الأمن رقم (٦٦٠) الذي أدان فيه احتلال العراق للكويت وطالب بانسحاب القوات العراقية فوراً وبعد أربعة أيام تم فرض حصار اقتصادي على العراق بحرمان العراق من استيراد وتصدير أي من السلع والمنتجات والمعاملات التجارية باستثناء الإمدادات الطبية والمواد الغذائية المقدمة لظروف إنسانية، كما حرم على جميع الدول تقديم أية تسهيلات مالية أو مادية اقتصادية للعراق، وتم هذا الحصار مدة ١٣ سنة، هذه العقوبة جعلت العراق في عزلة سياسية ودبلوماسية ودمرت بنيتها التحتية من مصانع ومحطات كهرباء ومحطات مياه الشرب وغيرها، وأودى بحياة نصف مليون طفل عراقي، وأكد

(١) العقد الاجتماعي، جان جاك روسو، ص ٣٣، مؤسسة هنداوي، القاهرة، وانظر: القانون الدولي الإنساني، تطوره ومبادئه، جان بكتيه، ص ٢٠-٢٤.

المجلس قراره رقم (٥٣) على مسؤولية العراق الدولية عن أية خسائر أو أضرار تعرضت لها الكويت ورعاياها من جراء الغزو^(١).

هذه العقوبة تمت على العراق بناء على غزوها للكويت ولكن تضرر منها الشعب العراقي كثيراً الذي أودى بحياة نصف مليون طفل عراقي ودمرت بنيتها التحتية وغيرها، فكان الأولى أن تتناسب العقوبة مع الجريمة التي تمت لا أن يتم الحصار لمدة ١٣ سنة بينما الغزو العراقي لم يدم لأكثر من عام واحد، فالعقوبة يجب أن توجه للدولة لكن أن تتناسب العقوبة مع الجريمة لا أن يتم الإفراط في العقوبة، فالهدف من العقوبة هو معاقبة الدولة على فعلها وعدم تكرار ذلك مستقبلاً لها ولغيرها، ولكن ما فائدة العقوبة إذا كان الأبرياء سيتضررون من هذه العقوبة، فالحرب تخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني، والإفراط في العقوبة يؤدي إلى نفس النتيجة وهو مخالفة مبادئ القانون الدولي الإنساني الذي ينادي إلى نشر السلم والأمن في المجتمع الدولي.

(١) كذلك صدر قرار مجلس الأمن رقم (٨٤١) عام ١٩٩٣م ضد وهاييتي لأجل إجبارها على تنفيذ القانون الدولي الإنساني، والقرار رقم (٧٩٤) عام ١٩٩٤م والمتعلق بالتدخل الإنساني في الصومال لوقف انتهاكات القانون الدولي الإنساني، انظر: القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على النزاعات المسلحة في العراق، د. فتحي الحياي، ص ٢٠٨، ص ٢٥٢، وانظر: القانون الدولي الإنساني وقانون النزاعات المسلحة بين النظرية والواقع، د. أمل يازجي، ص ١١٥.

لذا في النزاعات المسلحة التي تكون بين دولتين أو أكثر فإنه في حالة مخالفة مبادئ القانون الدولي الإنساني فإن العقوبة لا بد أن تكون ضد الدول وليس الأفراد؛ لأن الفرد من الجنود لن يقوم بأي مخالفة للقانون الدولي الإنساني إلا بناء على أوامر قادته، والعقوبة لا تكون إلا لردع الجاني، فكما أن جريمة القصاص تكون بين الجاني والمجني عليه، فالجاني هو الفاعل من تلقاء نفسه، ولو كان هناك من ساعده أو حرضه فإنه يعاقب كذلك لتحريضه الجاني على القتل، وكما أن المجني عليه وورثته هم المتضررون فإن الشريعة الإسلامية ألزمت بقتل الجاني قصاصاً عقوبة له على جريمته أو أن يقوم بدفع الدية لورثته تعويضاً عن فقدانهم لفرد من أفراد هذه الأسرة، ولو افترضنا عدم عقوبة الجاني على فعله لانتشر القتل وسيتم التساهل في إزهاق الأرواح وإراقة الدماء في المجتمع، ولذا حين قال الله سبحانه: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَأْتُوا إِلَى آلِ ثَلَبٍ لَعَدَكُم تَقْتُلُونَ﴾^(١)، فهنا العلاقة بين الجاني والمجني عليه وورثته وفي قتل الجاني فقدان لفرد من أفراد المجتمع ولكن مع ذلك سمى الله هذا الفقد لهذا الفرد «حياة»؛ لأن في تنفيذ العقوبة حياة للمجتمع، ولأن الجاني بفعله قد أدخل بميزان المجتمع فلم يتضرر المجني عليه وورثته فقط وإنما تضرر المجتمع من جراء هذا الفعل، وتنفيذ العقوبة فيه حياة للمجتمع من عدم قيام أي فرد بأن يجرؤ على القيام بهذا الفعل، ومثلها العقوبة ضد الدولة فإن فيها حياة للمجتمع

(١) سورة البقرة، آية ١٧٩.

الدولي، فلو أن جريمة من الجرائم الدولية وقعت على شعب دولة ما، فإن هذا يخل بميزان المجتمع الدولي فيتضرر من الألم الذي يحصل، ولو وقعت العقوبة على دولة ما من جراء قيامها بمخالفة القانون الدولي الإنساني فلن تتجراً دولة على القيام بذلك.

لذا لا بد من تفعيل تنفيذ العقاب على الدولة ووضع آلية دولية لملاحقة ومعاقبة متتهكي القانون الدولي الإنساني على مستوى الدول وليس الأفراد، وإذا طُبق القانون الدولي بواسطة المحاكم والهيئات الرقابية تساندها قوة دولية قادرة على فرض قراراتها، فإن هذا يقتضي تنظيمًا جديدًا للعالم على غرار التنظيمات الداخلية للأمم، وإذا تحقق هذا يستطيع المرء أن يتصور خلو العالم نهائياً من الحرب^(١)، لذا فإن الحماية المذكورة في الاتفاقيات الدولية، والعقوبات الواردة فيها تبقى بلا قيمة وحبراً على ورق ما لم تعزز برقابة ونظام رادع وفعال يضمن تطبيقها على نحو ينشر السلم والأمن في المجتمع الدولي.

(١) ذكر نائب رئيس اللجنة الدولية للصليب الأحمر والمحاضر في جامعة جنيف أن وضع القوانين في حد ذاته لا يكفي لفرض العقوبات، ولقد ظل قانون الحرب لزم من طويل خالياً من أسباب القوة، وإلى وقتنا هذا فإن خلو القانون الدولي من أحكام عقابية يعد نقطة ضعف فيه والسبب في ذلك هو أن الدول لا توافق على تسوية الخلافات أو الاعتراف بخطئها أو تعاقب المسؤولين من رجالها. انظر: القانون الدولي الإنساني، تطوره ومبادئه، جان بكتيه، ص ٢٣، ص ٥٠.

الخاتمة

وبعد الانتهاء من هذا البحث والذي تم فيه ذكر الأمور المتعلقة بالعقوبات لمن يخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني، فإني أخص ما تم ذكره في هذا البحث في عدة أمور:

- أن العقوبة هي ما يقدره القاضي أو ولي الأمر من العقوبات على جريمة لم يرد في الشرع عقوبة مقدرة عليها، والعقوبة الدولية هي إجراء قسري تتبناه عدة دول تعمل مع بعضها البعض ضد بلد آخر قام بخرق القانون الدولي، بينما المخالفة هي التصرف الذي يكون خلاف القانون ويصدر من الجاني مختاراً مع علمه بهذه المخالفة.

- القانون الدولي الإنساني هو: مجموعة من القواعد التي تهدف لأسباب إنسانية إلى الحد من آثار النزاع المسلح.

- أن الدول الأطراف المنضمة إلى اتفاقيات جنيف الأربع والبرتوكولات الإضافية لها، بالإضافة إلى نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية هم ملزمون بتنفيذ ما ورد في هذه الاتفاقيات والنظام وذلك لحماية المجتمع الدولي من ويلات الحرب وأضراره، ولنشر الأمن والسلم في المجتمع الدولي.

- اللجنة الدولية للصليب الأحمر تعتبر هي الحارس والمروج للقانون الدولي الإنساني وتتخذ كافة الإجراءات لضمان احترام وتنفيذ هذا القانون وتطويره، ومن المبادئ الأساسية لهذه اللجنة هي:

الإنسانية، وعدم التحيز، والحياد، والاستقلال، والخدمة التطوعية، والوحدة، والعالمية، وأن شعارها هو: «الرحمة في قلب المارك» و«الإنسانية طريق السلام»، وأنها تشجع على إقامة سلام دائم وتقوم جميع الدول والشعوب بالتعاون لاحترام الحرية والاستقلال والسيادة الوطنية والمساواة وحقوق الإنسان.

- من الآليات التي تتخذها اللجنة الدولية للصليب الأحمر لضمان الامتثال للقانون الدولي الإنساني وتنفيذه هو: نشر المعرفة بهذا القانون وتدريب الأفراد العسكريين لفهم هذا القانون وتنفيذه، بالإضافة إلى تقصي الحقائق واتخاذ كافة الإجراءات لحماية الأشخاص أثناء النزاع المسلح، والحد من الأضرار التي تكون جراء الحرب.

- من أهم الالتزامات التي تنشأ عن انتهاك القانون الدولي الإنساني هو الالتزام بمساءلة مرتكبي تلك الانتهاكات ومحاکمتهم ومعاقبتهم ويكون ذلك من خلال المحاكمات المحلية للدول، وهذا ما يسمى بالمسؤولية الجنائية الفردية، من خلال تطبيق مبدأ «الولاية القضائية العالمية».

- العقوبة التي تُطبق على الأفراد الذين يقومون بانتهاك مبادئ القانون الدولي الإنساني والتي نصت عليها المادة (٧٧) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية هي: السجن لعدد محدد من السنوات، وأقصاها ثلاثين سنة، والسجن المؤبد، وفرض غرامة،

بالإضافة إلى مصادرة العائدات والممتلكات والأصول المتأتية بصورة مباشرة أو غير مباشرة من جراء تلك الجريمة.

- العقوبة التي تُطبق على الدول من جراء قيام أفرادها بانتهاك مبادئ القانون الدولي الإنساني هي: جبر الضرر ورد الحقوق، ورد الاعتبار والتعويض.

التوصيات:

- أوصي من خلال هذا البحث بإبراز مبادئ القانون الدولي الإنساني من خلاله نشره وتعليمه في المدارس والجامعات وخصوصاً على الأفراد العسكريين وذلك في جميع الدول بلا استثناء.

- وجوب وضع آليات واضحة وفعالة لمنع الحرب، ومنع الانتهاكات الواضحة للقانون الدولي الإنساني.

- يجب أن يتم معاقبة الأفراد الذين يخالفون مبادئ القانون الدولي الإنساني، وكذلك معاقبة الدولة التي ينتمي إليها الفرد والتي تخالف القانون الدولي الإنساني من خلال أفرادها، ونشر ذلك أمام مرأى المجتمع الدولي؛ لكي يشعر بالأمان من جراء هذا التنفيذ.

- أرى ضرورة تعديل اتفاقيات جنيف الأربع والبرتوكولين الإضافيان لها وذلك بإضافة مواد تتعلق بالعقوبة على من يقوم بانتهاكها، وأن تكون هذه العقوبات مناسبة وموجهة إلى الدول، وأن يتم تنفيذ العقوبة فعلياً.

- أرى ضرورة تعديل نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وذلك بأن يتم معاقبة الدولة على انتهاكها لمبادئ القانون الدولي الإنساني دون اشتراط توفر العلم والقصد أو توفر شرط العلم بالهجوم؛ حيث أن من يقوم بهذا فهو على علم بها وقاصد لما يقوم به.

- أرى مناسبة ألا يتم تطبيق العقوبة الدولية على الأفراد والدولة من خلال المحاكم الوطنية إذا تمت خارج أراضيها، وإنما يتم تطبيق العقوبة على الأفراد والدولة التي تخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني من خلال المحكمة الجنائية الدولية أو محكمة العدل الدولية، وأن يتم تطبيق العقوبة وتفعيلها إذا تم ارتكاب المخالفة دون حاجة لموافقة الأمم المتحدة أو مجلس الأمن وغيره.

- أرى ضرورة إبراز مبادئ الشريعة الإسلامية الذي أسس مبادئ القانون الدولي الإنساني بشكل احترافي ودقيق وأتى بما لم تأت به القوانين والاتفاقيات والمعاهدات الدولية إلى يومنا هذا.

المراجع

١. القرآن الكريم.
٢. معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عبد الحميد، ط ١، عالم الكتب، ١٤٢٩ هـ.
٣. المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل المرسى، تحقيق: عبد الحميد هندأوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠ م.
٤. كتاب العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، تحقيق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار الهلال.
٥. مختار الصحاح، زين الدين محمد بن أبي بكر الرازي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت، ١٩٩٩ م.
٦. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الحموي، المكتبة العلمية، بيروت.
٧. معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس الرازي، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٩٧٩ م.
٨. القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٥ م.
٩. تاج العروس من جواهر القاموس، مرتضى الزبيدي محمد بن عبد الرزاق الحسيني، دار الهداية.
١٠. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة.
١١. التعريفات الفقهية، محمد عليم البركتي، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣ م.
١٢. القاموس الفقهي، د. سعدي أبو حبيب، دار الفكر، ط ٢، ١٩٨٨ م.

١٣. معجم لغة الفقهاء، محمد قلعجي وحامد قنيبي، دار النفائس، ط ٢، ١٩٨٨ م.
١٤. أساس البلاغة، أبو القاسم محمود الزمخشري، تحقيق: محمد باسل، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨ م.
١٥. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل الفارابي، تحقيق: أحمد عبد الغفور، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٧ م.
١٦. مجمل اللغة، أحمد بن فارس الرازي، ط ٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٦ م.
١٧. معجم لغة الفقهاء، محمد قلعجي وحامد قنيبي، دار النفائس، ط ٢، ١٩٨٨ م.
١٨. كتاب الذخيرة، لأبو العباس شهاب الدين أحمد المالكي، المعروف بالقرافي، ط ١، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤ م.
١٩. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين محمد الطرابلسي، ط ٣، دار الفكر، ١٩٩٢ م.
٢٠. الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الكفوي، مؤسسة الرسالة، بيروت.
٢١. كتاب التعريفات، علي بن محمد الجرجاني، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣ م.
٢٢. التوقيف على مهمات التعريف، عبد الرؤوف بن تاج العارفين الحدادي، ط ١، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٩٠ م.
٢٣. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد المنعم، دار الفضيلة.
٢٤. الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، جنيف، ٢٠١٢ م.

٢٥. القانون الدولي الإنساني والإرهاب، القاضي عمر مكّي، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.
٢٦. القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، د. مصعب التجاني، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والاقتصادية، ط ١، ٢٠١٩م، ألمانيا.
٢٧. القانون الدولي الإنساني وفتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، لويز دوسوالد بيك، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد ٣١٦، ١٩٩٧م.
٢٨. المبادئ الأساسية والتوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (١٤٧/٦٠) لعام ٢٠٠٥م.
٢٩. دراسات حول القانون الدولي الإنساني العرفي، جون ماري هنكرتس، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.
٣٠. الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. بلال النسور، د. رضوان المجالي، الأكاديميون للنشر والتوزيع، ط ١، عمان، ٢٠١٢م.
٣١. القانون الدولي الإنساني بين النظرية والتطبيق، د. أحمد الداودي، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.
٣٢. النظام الأساسي للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، جنيف، ٢٠٠٦م.
٣٣. الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. فليج غزالان، أ. سامر موسى، ٢٠١٩م.

٣٤. القانون الدولي الإنساني وقانون النزاعات المسلحة بين النظرية والواقع، د. أمل يازجي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٠، ٢٠٠٤م.
٣٥. القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، د. مصعب التجاني، المركز العربي للدراسات الاستراتيجية، برلين، ط ١، ٢٠١٩م.
٣٦. القانون الدولي الإنساني وتطبيقاته على النزاعات المسلحة في العراق، د. فتحي الحياي، جمعية الأمل، ٢٠٢٢م.
٣٧. القانون الدولي الإنساني، نيلس ميلتسر، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠١٦م.
٣٨. القانون الدولي الإنساني: تطوره ومبادئه، د. جان بكتيه.
٣٩. القانون الدولي الإنساني في النزاعات المعاصرة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.
٤٠. المحكمة الجنائية الدولية والجرائم التي تختص بها وفقاً لأحكام ميثاق روما ١٩٨٨م، أ. محمد أمين المهدي، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.
٤١. العقد الاجتماعي، جان جاك روسو، ترجمة: عادل زعيتر، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، ٢٠١٢م.
٤٢. التمييز بين النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، بن عيسى زايد، رسالة دكتوراه في كلية الحقوق بجامعة محمد خيضر، ٢٠١٦م.
٤٣. العقاب على جرائم الحرب بين الواقع والمأمول، د. شريف عتلم، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.
٤٤. القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

٤٥. النظام الأساسي للحكم، الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/ ٩٠) وتاريخ ٢٧/ ٨/ ١٤١٢ هـ.
٤٦. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ١٩٩٨ م.
٤٧. ميثاق الأمم المتحدة، ١٩٤٥ م.
٤٨. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ١٩٦٦ م.
٤٩. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والذي صدر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ١٩٤٨ م.
٥٠. اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة ١٩٨٤ م.
٥١. اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، ١٩٤٨ م.
٥٢. الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، ١٩٦٥ م.
٥٣. موقع وزارة الخارجية في المملكة العربية السعودية بشأن تطبيق قرار مجلس الأمن: <https://www.mofa.gov.sa/ar/ministry/SecurityCouncil/Pages/Mechanism.aspx>
٥٤. اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان، المؤرخة في ١٩٤٩ م.
٥٥. اتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار، المؤرخة في ١٩٤٩ م.
٥٦. اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب، المؤرخة في ١٩٤٩ م.
٥٧. اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، المؤرخة في ١٩٤٩ م.
٥٨. البروتوكول الأول التابع لاتفاقيات جنيف، الصادر في عام ١٩٤٩ م المتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة.

٥٩. البروتوكول الثاني التابع لاتفاقيات جنيف، الصادر في عام ١٩٤٩م المتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية.
٦٠. الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية، والمسماة باتفاقية لاهاي ١٩٠٧م.
٦١. اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، المؤرخة في ١٨ أبريل ١٩٦١م.
٦٢. إعلان سان بترسبورغ لخطر استعمال قذائف معينة في زمن الحرب، المؤرخ في ٢٩ نوفمبر ١٨٦٨م.
٦٣. الموقع الرسمي للأمم المتحدة: <http://www.un.org/ar/sections/un>
٦٤. الموقع الرسمي للجنة الدولية للصليب الأحمر: [https://www.icrc.org/ar/](https://www.icrc.org/ar/document/ihl-rules-of-war-FAQ-Geneva-Conventions)

