



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



قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الثاني والأربعون • رجب ١٤٤٧هـ • يناير ٢٠٢٦م

المسؤولية المدنية للطائرات
المسيرة في ظل نظام المعاملات
المدنية السعودي

آلاء بنت عبد الله بافراج،

مאתر بنت فواز المطيري،

يسرى بنت محمد الرياني

السلامة والصحة المهنية - دراسة
تحليلية للوقاية من إصابات العمل
والأمراض المهنية في نظام العمل
السعودي والأنظمة ذات العلاقة

د. عبد الوهاب محمد الخضير

التطور التاريخي والقانوني
لمبدأ التمييز في القانون الدولي
الإنساني من معاهدة لاهي إلى
البروتوكولات الإضافية

د. عبد الله علي العليان

مفاهيم قانونية في انتقال ملك
المبيع - عرض ونقد فقهي

د. عبد العزيز بن محمد الناصر

قاعدة: من أنفق عن غيره بغير إذنه، هل
يرجع؟ - دراسة تأصيلية تطبيقية (فقهية
وقضائية)

د. أسامة بن محمد الأحمد

ضابط الضعف الظاهر في الغبن
الاستغلالي - دراسة تحليلية لنظام
المعاملات المدنية واستقرائية للفقه
الإسلامي

د. محمد بن عبد المحسن السعوي

عمارة الوقف: حكمه - حالاته - الجهة
المسؤولة عنه - دراسة فقهية مقارنة مع
المبادئ والقرارات القضائية الصادرة من
وزارة العدل

د. عبد الله بن محمد اللاحم

رهن الأوقاف الاستثمارية

د. أحمد بن سعد الحيد

التكييف الفقهي والقانوني لشركة
المساهمة

د. تركي بن محمد اليحيى

قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الثاني والأربعون • رجب ١٤٤٧هـ • يناير ٢٠٢٦م

✉ info@qadha.org.sa

☎ 0112584996

☎ 0538999887

📷 qadha.ksa

✖ qdha



© الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) ١٤٤٧هـ (٢٠٢٦م)
تعتبر المواد المقدمة للنشر عن آراء مؤلفيها، ويتحمل أصحابها
مسؤولية صحة المعلومات والاستنتاجات ودقتها، وجميع الحقوق
محفوظة للجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)، وعند
قبول البحث للنشر تؤول ملكية النشر من المؤلف إلى المجلة.

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

هيئة التحرير

رئيس التحرير

فضيلة أ.د. 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

قاعدة: من أنفق عن غيره بغير إذنه، هل يرجع؟ - دراسة تأصيلية تطبيقية (فقهية وقضائية)

٩

د. أسامة بن محمد بن أحمد الأحمد

ضابط الضعف الظاهر في الغبن الاستغلالي - دراسة تحليلية لنظام المعاملات المدنية واستقرائية للفقه الإسلامي

١٢٧

د. محمد بن عبد المحسن بن محمد السعوي

عمارة الوقف: حكمه - حالاته - الجهة المسؤولة عنه - دراسة فقهية مقارنة مع المبادئ والقرارات القضائية الصادرة من وزارة العدل

١٨٩

د. عبد الله بن محمد اللاحم

٢٦٩

رهن الأوقاف الاستثمارية
د. أحمد بن سعد بن فهد الحيد

٣٤٧

التكييف الفقهي والقانوني لشركة المساهمة
د. تركي بن محمد اليحيى

المسؤولية المدنية للطائرات المسيرة في ظل نظام المعاملات المدنية السعودي

٤٦١

آلاء بنت عبد الله بافرج، مآثر بنت فواز المطيري، يسرى بنت محمد الرياني

السلامة والصحة المهنية - دراسة تحليلية للوقاية من إصابات العمل والأمراض المهنية في نظام العمل السعودي والأنظمة ذات العلاقة، مع الاطلاع على تجربة الولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة

٥٤٣

د. عبد الوهاب محمد الخضير

التطور التاريخي والقانوني لمبدأ التمييز في القانون الدولي الإنساني من معاهدة لاهاي إلى البروتوكولات الإضافية

٦٥٩

د. عبد الله علي العليان

٧٤٧

مفاهيم قانونية في انتقال ملك المبيع - عرض ونقد فقهي
د. عبد العزيز بن محمد بن عبد الله الناصر



كلمة التحرير

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن
والآله، وبعد،

فيسر الجمعية العلمية القضائية السعودية أن تقدم لكم العدد الثاني والأربعين من (مجلة قضاء)، تلك المجلة العريقة التي تحرص دوماً على إثراء الساحة الفقهية والنظامية القضائية بأبحاث متميزة ورصينة في مجالاتها، لتكون المجلة من أهم المجلات المتخصصة في بابها.

ويأتي هذا العدد مميزاً بمحتواه العلمي الغني بالدراسات القضائية الفقهية القانونية، متمثلاً في تسعة أبحاث محكمة ونوعية، تناولت مسائل دقيقة وإشكالات متجددة، فكان البحث الأول لدراسة قاعدة جواز الرجوع لمن أنفق عن غيره بغير إذنه، وجاء البحث الثاني في ضابط الضعف الظاهر في الغبن الاستغلالي، كما اشتمل العدد على بحثين متخصصين في الوقف بين عمارته ورهنه، وفي النظام التجاري جاء بحث التكييف الفقهي والقانوني للشركة المساهمة، كما تناول العدد بحثاً في المسؤولية المدنية للطائرات المسيرة، وبحثاً متخصصاً في نظام العمل السعودي يتعلق بالسلامة والصحة المهنية، وجاء البحث الثامن لبيان التطور التاريخي والقانوني لمبدأ التمييز، ليختم العدد ببحث مفاهيم قانونية في انتقال ملك المبيع، وقد تضمنت هذه الأبحاث مبادئ وقرارات 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 فقهي أو نظامي 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. حمد بن ناصر التريكي



قاعدة: من أنفق عن غيره بغير إذنه، هل يرجع؟

دراسة تأصيلية تطبيقية (فقهية وقضائية)

د. أسامة بن محمد بن أحمد الأحمد

أستاذ الفقه المساعد بقسم العلوم الإسلامية

كلية الملك عبد العزيز الحربية - الرياض

osamah.alahmad@gmail.com

المقدمة

الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله أجمعين نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن والاه، أما بعد:

فإن علم الفقه من أجل العلوم قدرًا؛ إذ به يعرف العبد مراد ربه جَلَّ وَعَلَا في عباداته ومعاملاته مع الناس، فيعينه ذلك على تحقيق المعنى الكامل للعبودية في أمور دينه ودنياه؛ لذا عُنِيَ العلماء رَحِمَهُمُ اللَّهُ بهذا العلم على مر العصور، وأفنوا فيه أوقاتهم وأعمارهم، تدريسيًا وتأليفًا وشرحًا وتعليقًا.

ومما يندرج تحت هذا العلم الشريف القواعد الفقهية، التي ترجع أهميتها إلى ما يترتب عليها من معرفة الأحكام، وإزالة الأوهام، وشحذ الأذهان، فدراسة تلك القواعد تساعد الفقيه على ربط أبواب الفقه بعضها ببعض؛ مما يساهم في ضبط الفروع الفقهية المتناثرة، ممن يحتاجون إليها من قضاة ومفتين ودارسين وغيرهم^(١).

من أجل ذلك وغيره تضافرت جهود طلاب العلم على دراسة هذه القواعد وبيان أثرها؛ فانتفع الناس بذلك انتفاعًا عظيمًا. لذلك أحببت أن أشارك بهذا البحث المختصر لدراسة إحدى هذه القواعد الفقهية وهي قاعدة: (من أنفق عن غيره بغير إذنه، هل يرجع؟)،

(١) انظر: الفروق للقرافي (١/٣)، وقواعد ابن رجب (١/٥٥).

وهي قاعدة جليلة يندرج تحتها فروع كثيرة في أبواب فقهية متعددة، وقد اخترت أن أجمع في دراستي لها بين الجانب التأصيلي والجانب التطبيقي بشقيه الفقهي والقضائي، مع بيان مواطن حضور هذه القاعدة في الأنظمة المرعية في بلادنا المباركة: المملكة العربية السعودية، راجياً من ربي عزَّوجلَّ أن يُمدَّني بعونه وتسديده.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تتلخص أهمية الموضوع وأسباب اختياره بما يأتي:

١- تشعب كلام أهل العلم عن هذه القاعدة لا سيما في باب الشروط، فهناك شروط يذكرها فقهاء مذهب في تطبيق فقهي من تطبيقات القاعدة دون غيرها من المسائل^(١)، وهذا يستدعي الدراسة التأصيلية للقاعدة؛ لتمييز ما يمكن اعتباره شرطاً مطرداً للقاعدة وما لم يكن كذلك.

٢- كثرة الفروع الفقهية المندرجة تحت هذه القاعدة وهي تزيد عبر الاستقراء على ثلاثين مسألة، جمع كثيراً منها الإمامان الجليلان:

(١) من الأمثلة على ذلك: اشتراط إذن الحاكم لرجوع المنفق على من أنفق، فنجد أن أكثر الحنابلة اعتبروا هذا الشرط في مسألة الإنفاق على الحيوان المستأجر، وفي الإنفاق على اللقطة، بخلاف الإنفاق على الرهن، وأيضاً: لم يشترطوا الإنفاق بنية الرجوع لرجوع الزوجة على زوجها بالنفقة الماضية، مع أنهم يشترطون هذا في المسائل الأخرى، وسيأتي بيان ذلك -إن شاء الله-.

الزركشي الشافعي^(١)، وابن رجب الحنبلي^(٢)، وكلما كان التقعيد للقاعدة الجامعة لهذه الفروع متيناً سهّل على الدارس لها الفهم الذي يقود إلى الترجيح السليم في هذه الفروع الفقهية.

٣- كثرة الدعاوى القضائية التي يكون عمادها هذه القاعدة، ويحكم أصحاب الفضيلة القضاة بناءً على القول المختار فيها؛ وذلك لدخولها في أبواب فقهية حيوية مما تكثر حاجة الناس إليه مثل: الشركة والرهن والإجارة والنفقات وأحكام الجوار وغيرها، وهي أبواب جلّ مسائلها من قبيل الحقوق بين الناس، وهي مبنية على المشاحة - كما هو معلوم - فوجب التدقيق فيها وضبط أحكامها.

٤- بما أن قيادتنا الرشيدة لم تهمل هذه القاعدة في تطوير منظومة التشريعات التي تمت مؤخراً في بلادنا، فقد ظهرت حاجة لتوضيح أسبقية الفقه الإسلامي ومواكبته لهذا التطور من خلال بيان العلاقة بين ما يذكره الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ حول هذه القاعدة والمصطلحات والصياغات النظامية الحديثة، ومن جهة أخرى بيان استمداد ما جاء في هذه الأنظمة الحديثة مما يخص هذه القاعدة وأنه مأخوذ من الشريعة الإسلامية.

(١) انظر: المنشور في القواعد الفقهية للزركشي (١/ ١٥٧) ذكر فيه أكثر من اثني عشر فرعاً فقهياً على مذهب الشافعية.

(٢) انظر: القواعد لابن رجب (١/ ٥٤٣) ذكر فيه أكثر من خمسة وعشرين فرعاً فقهياً على مذهب الحنابلة.

أهداف البحث:

يمكن إجمال أهم أهداف هذا البحث فيما يلي:

- ١- الإبانة عن معنى هذه القاعدة ونشأتها التاريخية.
- ٢- بناء تأصيل فقهي مقارنة بين المذاهب الأربعة لهذه القاعدة.
- ٣- تحرير الشروط المتفق عليها والمختلف فيها بين المذاهب لهذه القاعدة.
- ٤- إيضاح حضور هذه القاعدة في الأنظمة السعودية.
- ٥- ربط القاعدة بالواقع العملي من خلال التطبيقات الفقهية والقضائية.

حدود البحث:

هذا البحث منحصر في الدراسة التأصيلية للقاعدة مما يجري عادة في مثل هذه الأبحاث، ولا يدخل فيه استقصاء كافة التطبيقات الفقهية للقاعدة، ولا دراستها دراسة مستوفية للاستدلال والمناقشة والترجيح؛ إذ ليس هذا غرضي من البحث - كما تقدم -، وإنما اقتصر على التأصيل؛ لحاجته إلى مزيد تحرير وعناية، بخلاف دراسة الفروع الفقهية المدرجة تحت هذه القاعدة فمعظمها سبق أن درسها غيري، بل هي أكثر ما سطره فقهاؤنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ في كتبهم على مر العصور مما يتعلق بهذه القاعدة.

الدراسات السابقة:

بعد البحث عبر مواقع المعلومات وفي أوعية النشر المتعددة لم أجد فيما وقفت عليه من تناول هذه القاعدة أو الفروع الفقهية المندرجة تحتها إلا دراستين، وفيما يلي ذكرهما بحسب تاريخ نشرهما:

الدراسة الأولى:

عنوان الدراسة: استحقاق المنفق الرجوع بما أنفق (دراسة فقهية مقارنة).

نوع الدراسة: بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن من المعهد العالي للقضاء.

اسم الدارس: محمد بن عبد الرحمن الودعان.

العام الجامعي: ١٤٣٤ - ١٤٣٥ هـ.

عدد الصفحات: ١٣٠ صفحة.

أهداف الدراسة: تهدف هذه الدراسة إلى جمع عدد من المسائل الفقهية التي تجمعها هذه القاعدة ودراستها دراسة فقهية مقارنة، وقد قام الدارس فيها بجمع إحدى وعشرين مسألة ودراستها، وقد أحسن - وفقه الله - في استقصاء كثير من الفروع الفقهية وفاته بعضها مما يرجع إلى ذات القاعدة.

الفرق بين الدراسة وبين بحثي: الفرق بين هذه الدراسة وما سأقوم به ظاهر؛ لأن الدارس لم يتطرق للجانب التأصيلي للقاعدة مطلقاً، وإنما قام في بداية عمله بالتعريف بمفردات عنوانه ثم بدأ في دراسة المسائل الفقهية مباشرة حتى فرغ منها، أما بحثي هذا فالهدف الرئيسي منه هو: بناء تأصيل فقهي ونظامي متكامل للقاعدة المذكورة، وإضافتي لبعض التطبيقات الفقهية والقضائية إنما جاء لغرض تقوية هذا التأصيل وربطه بالواقع العملي، وليس هدفاً مقصوداً لذاته.

الدراسة الثانية:

عنوان الدراسة: قاعدة فقهية من أدى عن غيره حقاً فله الرجوع به عليه (دراسة تأصيلية تطبيقية).

نوع الدراسة: بحث محكم منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية العدد (١٩١) الجزء الثاني.

اسم الدارس: د. خالد بن صالح اللحيدان.

تاريخ النشر: ربيع الثاني ١٤٤١ هـ.

عدد الصفحات: ٦٠ صفحة.

أهداف الدراسة: تهدف هذه الدراسة وفق ما أوضحه الدارس إلى: «تحرير كلام أهل العلم في حجية العمل بالقاعدة، وتحرير ألفاظها، وتحديد شروط العمل فيها عند القائلين بها، وبيان أثر القاعدة على

الفروع الفقهية»، وقد جاءت هذه الدراسة على ثلاثة مباحث رئيسية هي:

المبحث الأول: حقيقة القاعدة.

المبحث الثاني: موقف العلماء من القاعدة.

المبحث الثالث: الفروع الفقهية المندرجة تحت القاعدة.

وقد بذل الدارس - وفقه الله - فيها جهداً كبيراً، فجمع فيها بين التأصيل والتطبيق، وتوسع في ذكر التطبيقات الفقهية فشغلت ما يزيد عن ثلث الدراسة، فقد درس ثلاثة عشر مسألة دراسة فقهية مستوفية، أما بحثي فقد أشرت في حدوده أنه منحصر في الدراسة التأصيلية للقاعدة، ولا يدخل فيه استقصاء التطبيقات الفقهية لها، ولا دراستها دراسة مستوفية للاستدلال والمناقشة والترجيح.

ومما يلاحظ على الدراسة أنها جمعت صيغاً للقاعدة مما يذكره الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ في كلامهم، وأدرجت فيها عبارات كثيرة لا يمكن - في نظري - اعتبارها صيغة للقاعدة؛ لأنها تتحدث عن حكم في مسألة فقهية معينة، ومعلوم أن صياغة القاعدة تختلف عن غيرها من المسائل الفقهية، وأن الصياغة الكلية صفة أصيلة في القواعد الفقهية^(١).

(١) انظر: الموافقات للشاطبي (٢/ ٨٤)، والقواعد الكلية والضوابط الفقهية لمحمد شبير (ص: ١٤).

إضافات في بحثي هذا ولم تتناولها الدراسة:

١- التمهيد لدراسة القاعدة وذلك بتعريف القواعد الفقهية وبيان عناية الشريعة بحفظ حقوق الناس وأموالهم، مع بيان بأن الأصل الذي جاءت به أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره من غير إذنه؛ ليكون منطلقاً لدراسة القاعدة محل البحث وتحرير أحكامها.

٢- ذكر ما يميز كل صيغة من الصيغ الواردة للقاعدة، وما يؤخذ عليها، مع بيان الصيغة المختارة مع التعليل لذلك.

٣- مجال إعمال القاعدة.

٤- تحرير محل النزاع في القاعدة وذلك ببيان الصور التي هي خارجة عن محل النزاع وهي سبع صور، وصورة واحدة هي التي داخل محل النزاع.

٥- سبب الخلاف في القاعدة.

٦- التوسع في تحرير شروط القاعدة، ثم تصنيفها إلى شروط متفق عليها بين المذاهب وشروط مختلف فيها، مع جمع الاشتراطات الواردة عن علماء كل مذهب فقهي على حده.

٧- القاعدة في الأنظمة السعودية^(١).

(١) يحسن هنا إيضاح أن النظامين اللذين ذكرا هذه القاعدة صدرا بعد تاريخ نشر الدراسة المشار إليها وهما: نظام الأحوال الشخصية في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/٧٣) وتاريخ ١٤٤٣/٨/٦هـ، ونظام =

٨- التطبيقات القضائية للقاعدة وقد ذكر الدارس - وفقه الله - في توصياته الختامية أنه يوصي بـ «دراسة أثر القاعدة على التطبيقات القضائية للوقوف على الجانب العملي فيها، والنظر في مدى اعتبارها وشرطه».

وهناك أيضاً موسوعات معاصرة تناولت هذه القاعدة بالدراسة كموسوعة القواعد الفقهية لمحمد آل بورنو، ومعلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، ودراسة هذه الموسوعات للقاعدة دراسة مقتضبة، تتناسب مع طبيعة هذه الموسوعات، فلم تستوعب صيغ القاعدة وشروطها وأدلتها وخلاف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ فيها.

وبناءً على ما تقدم؛ فإن الحاجة قائمة لوجود بحث يساهم في استكمال الجهود لإبراز هذه القاعدة الفقهية المهمة.

منهج البحث:

اخترت في هذا البحث أن أراوح بين منهج الاستقراء والتتبع الذي يُعنى بتتبع الجزئيات للوصول إلى النتائج، ومنهج الاستنباط والتحليل الذي يُعنى بالتأمل في الأمور الجزئية لاستنتاج الأحكام، وتكون هذه المزاوجة بين المنهجين بحسب الأنسب لكل هدف من أهداف هذا البحث، فمنهج الاستقراء يُستخدم في السعي للوصول لمعنى القاعدة

= المعاملات المدنية في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ.

ونشأتها التاريخية، وأهم صيغها الواردة في كتب الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ، ومنهج الاستنباط يُستخدم في السعي لبناء تأصيل فقهي متكامل لهذه القاعدة وربطها بالتطبيقات الفقهية والقضائية، مراعيًا في ذلك كله إجراءات كتابة البحوث المتعارف عليها، ومنها:

- ١- تصوير المسائل بما يكفي في إيضاح المراد منها.
- ٢- الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع ما أمكن.
- ٣- التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.
- ٤- عزو الآيات إلى سورها مع ذكر رقم الآية.
- ٥- تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية، وإثبات الكتاب والباب والجزء والصفحة ورقم الحديث، مع بيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما، فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذٍ بالتخريج منها.
- ٦- التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة.
- ٧- توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة وتكون الإحالة عليها بالمادة والجزء والصفحة.
- ٨- الترجمة بإيجاز للأعلام غير المشهورين.
- ٩- ختمت البحث بخاتمة ضممتها أهم النتائج والتوصيات.

١٠ - أتبت البحث بفهرس للمصادر والمراجع.

خطة البحث:

التمهيد:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف القواعد الفقهية.

المطلب الثاني: عناية الشريعة بحقوق الناس وحفظ أموالهم.

المبحث الأول: أصل قاعدة: (من أنفق عن غيره بغير إذنه، هل يرجع؟) وصيغها وبيان معناها:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أصل القاعدة وصيغها.

المطلب الثاني: معنى القاعدة:

وفيه فرعان:

- الفرع الأول: معاني ألفاظ القاعدة.

- الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة.

المبحث الثاني: دراسة قاعدة: (من أنفق عن غيره بغير إذنه، هل يرجع؟):

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مجال إعمال القاعدة:

المطلب الثاني: الخلاف في القاعدة:

وفيه خمسة فروع:

- الفرع الأول: تحرير محل النزاع في القاعدة.

- الفرع الثاني: الأقوال في القاعدة.

- الفرع الثالث: الاستدلال للقاعدة.

- الفرع الرابع: الترجيح في القاعدة.

- الفرع الخامس: سبب الخلاف في القاعدة.

المطلب الثالث: شروط إعمال القاعدة.

المطلب الرابع: القاعدة في الأنظمة السعودية.

المبحث الثالث: التطبيقات الفقهية والقضائية لقاعدة: (من أنفق

عن غيره بغير إذنه، هل يرجع؟):

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية للقاعدة:

وفيه فرعان:

- الفرع الأول: التطبيقات الفقهية للصورة الأولى من القاعدة وهي: من أنفق عن غيره بغير إذنه في أمر يجب على من أنفق عنه ولا يتعلق به حق المنفق، هل يرجع؟

- الفرع الثاني: التطبيقات الفقهية للصورة الثانية من القاعدة وهي: من أنفق عن غيره بغير إذنه في أمر يجب على من أنفق عنه، ويتعلق به حق المنفق، هل يرجع؟

المطلب الثاني: التطبيقات القضائية للقاعدة:

وفيه فرعان:

- الفرع الأول: التطبيق القضائي للصورة الأولى من القاعدة وهي: من أنفق عن غيره بغير إذنه في أمر يجب على من أنفق عنه ولا يتعلق به حق المنفق، هل يرجع؟

- الفرع الثاني: التطبيق القضائي للصورة الثانية من القاعدة وهي: من أنفق عن غيره بغير إذنه في أمر يجب على من أنفق عنه، ويتعلق به حق المنفق، هل يرجع؟

الخاتمة:

وفيهما أهم النتائج والتوصيات.

فهرس المصادر والمراجع.

هذا والله أسأله الهداية والسداد، وأن يجعل هذا العمل خالصاً
لوجهه الكريم، إنه هو البر الرحيم.



التمهيد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف القواعد الفقهية:

يظهر جلياً أن هذا اللفظ المركب يتكون من كلمتين: الأولى القواعد والأخرى الفقهية، وسأبين هنا معنى كل واحدة منهما قبل بيان معنى القواعد الفقهية باعتبارها لقباً على علم من العلوم، وبيان ذلك فيما يأتي:

أولاً: تعريف القواعد:

القاعدة في اللغة: من قعد وهي: أساس الشيء وأصله، سواء أكان معنوياً كقواعد الدين، أو حسياً كقواعد البيت^(١).

وهي في الاصطلاح: قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها^(٢)، وقد جرى هذا الاصطلاح في جميع العلوم؛ فإن لكل علم قواعد، فهناك قواعد فقهية وأصولية ونحوية وقانونية وغيرها^(٣).

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٥/ ١٠٩)، ولسان العرب لابن منظور (٣/ ٣٦١)، مادة (قعد).

(٢) انظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي (ص: ٥١٠)، والتعريفات للجرجاني (ص: ١٧١).

(٣) انظر: القواعد الفقهية لعلي الندوي (ص: ٤١).

ثانيًا: تعريف الفقهية:

الفقهية: نسبة إلى الفقه وهو في اللغة: العلم بالشيء والفهم له^(١).
وله في الاصطلاح تعريفات كثيرة، لعل من أشهرها أنه: «العلم
بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية»^(٢).

ثالثًا: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها لقبًا:

التعريف المختار للقواعد الفقهية أنها: «أصل فقهي كلي يتضمن
أحكامًا تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل
تحت موضوعه»^(٣).

وعرف الدكتور يعقوب الباحسين رحمه الله علم القواعد الفقهية
بأنه: «العلم الذي يُبحث فيه عن القضايا الكلية، التي جزئياتها قضايا
فقهية كلية، من حيث معناها وما له صلة به، ومن حيث بيان أركانها،
وشروطها، ومصدرها، وحجيتها، ونشأتها، وتطورها، وما تنطبق عليه
من الجزئيات، وما يستثنى منها»^(٤).

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٤/ ٤٤٢)، ولسان العرب لابن منظور
(١٣/ ٥٢٢)، مادة (فقه).

(٢) التعريفات للجرجاني (ص: ١٦٨).

(٣) القواعد الفقهية لعلي الندوي (ص: ٤٥).

(٤) القواعد الفقهية ليعقوب الباحسين (ص: ٥٦).

المطلب الثاني: عناية الشريعة بحقوق الناس وحفظ أموالهم:

جاءت الشريعة الإسلامية بمنهج متكامل قائم على حفظ الضرورات الخمس ومنها: حفظ المال^(١) الذي وصفه الله جلَّ وعَلَا بأنه زينة للحياة الدنيا في قوله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا...﴾^(٢)، ولذلك شرع الإسلام السعي في مناكب الأرض لتحصيل المال واكتسابه؛ إذ هو مقوم أساس من مقومات العيش في هذه الحياة، وفي مقابل ذلك منع الإسلام من الاعتداء على أموال الناس وشرع لذلك أحكامًا كثيرة، أهمها تحريم أكل أموال الناس بالباطل، ومنع الاعتداء عليها وإتلافها بغير وجه حق^(٣)، حتى تبقى حقوق الناس مصانة محفوظة فتتحقق آثار هذا المقصد الشرعي الضروري لدى الفرد والمجتمع، يقول الله عزَّ وجلَّ: ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ...﴾^(٤)، وقال رسول

(١) تحسن الإشارة هنا إلى أن للفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ اتجاهات كثيرة في تعريفهم للمال، المختار منها تعريف الموفق ابن قدامة رَحْمَهُمُ اللهُ، حيث ذكر بأن المال هو: «ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة» المقنع لابن قدامة (ص: ١٥٢).

(٢) انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (٣/ ٤٥٩).

(٣) سورة الكهف من الآية (٤٦).

(٤) انظر: الموافقات للشاطبي (٣/ ٢٣٨)، ومقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (٣/ ٣٨٤).

(٥) سورة النساء من الآية (٢٩).

الله ﷻ: «كل المسلم على المسلم حرام: دمه، وماله، وعرضه»^(١)، وقال ﷺ وهو على المنبر في حجة الوداع: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا...»^(٢)، وقد قرر الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ بأن من القواعد الفقهية المتبعة أنه «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه»^(٣)، مستدلين لذلك بما رواه جمع من الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أن النبي ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»^(٤)، فالحديث

- (١) صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تغليظ تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله (٨/ ١٠)، برقم: (٦٧٠٦).
- (٢) صحيح البخاري، كتاب العلم، باب قول النبي ﷺ رب مبلغ أوعى من سامع (١/ ٢٦)، برقم: (٦٧)، وصحيح مسلم، كتاب القسامة، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال (٥/ ١٠٧)، برقم: (٤٤٧٧).
- (٣) مجلة الأحكام العدلية لعدد من فقهاء الخلافة العثمانية (ص: ٢٧)، وهي قاعدة أصلها مسألة ذكرها كثير من فقهاء الحنفية والمالكية في كتبهم، انظر على سبيل المثال: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٨/ ٢٢) المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب (٢/ ١٢٠١)، وغيرها.
- (٤) سنن الدارقطني، كتاب البيوع (٣/ ٤٢٤)، برقم: (٢٨٨٦)، ومسند أبي يعلى، مسند عم أبي حرة الرقاشي (٣/ ١٤٠)، برقم: (١٥٧٠)، والسنن الكبرى للبيهقي، كتاب الغصب، باب من غصب لوحًا فأدخله في سفينة أو بنا عليه جدارًا (٦/ ١٠٠)، برقم: (١١٨٧٧). وقد صححه الألباني في إرواء الغليل (٥/ ٢٧٩)، وقال: «قد ورد عن جماعة من الصحابة منهم عم أبي حرة الرقاشي، وأبو حميد الساعدي، وعمرو بن يثربي، وعبد الله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ».

يدل على أن التصرف في مال الغير ما لم يكن بطيب النفس منه وهو ما يعبر عنه كثير من فقهاء الحنفية بـ «تمام الرضا»^(١) فإنه يكون حراماً^(٢).

ومتى خالف الإنسان هذا الأصل فإنه يكون في حكم الغاصب، وقد «أجمع المسلمون على تحريم الغصب»^(٣)، وأوجب الفقهاء منهم على مرتكبه الضمان بسبب تعديه على ما لا يملك، على خلاف وتفصيلات كثيرة ذكرها الفقهاء ليس هذا محل بسطها^(٤)؛ لتمثل هذه التشريعات نموذجاً للنظام الإسلامي الفريد القائم على حفظ حقوق الناس وإرساء قواعد العدالة فيما بينهم.

وقد اخترت أن أمهد للكتابة في القاعدة محل الدراسة؛ ليكون تقرير هذا الأصل العظيم منطلقاً أنطلق منه للخوض في دراسة هذه القاعدة وما يترتب عليها من فروع فقهية من حيث مشروعية رجوع المنفق عن غيره بغير إذنه من عدمها، كما سيأتي إيضاحه في ثانياً هذا البحث -إن شاء الله-.

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٤ / ١٤٤)، والعناية شرح الهداية للبابرتي (٩ / ٣٤٧).

(٢) انظر: الاستذكار لابن عبد البر (٧ / ١٤٥).

(٣) المغني لابن قدامة (٥ / ١٧٧)، والمجموع للنووي (١٤ / ٢٣٢).

(٤) للاستزادة في ذلك انظر: المغني لابن قدامة (٥ / ١٧٧) وما بعدها، والمجموع للنووي (١٤ / ٢٣٢) وما بعدها، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة لمحمد الزحيلي (١ / ٥٥١).

المبحث الأول

أصل قاعدة: (من أنفق عن غيره بغير إذنه، هل يرجع؟) وصيغها وبيان معناها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أصل القاعدة وصيغها:

بُنيت هذه القاعدة على أحكام جزئية كثيرة ذكرها الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ في كتبهم، وهذه الفروع الفقهية كانت ولا تزال مبثوثة في أبواب متعددة مثل: الشركة والرهن واللقطة وغيرها، وهي تدرس مسألة استحقاق المنفق الرجوع بما أنفق عن غيره في صورها المتعددة، إلى أن جاء من قعد لهذه الفروع قاعدة جامعة من خلال الاستقراء؛ لتكون -كغيرها من القواعد- ناظمة لكثير من الفروع الفقهية المنشورة في المدونات الفقهية، وفيما يلي سآبين من ذكر هذه القاعدة -فيما وقفت عليه- من كتب أهل العلم^(١)، والصيغة التي اختارها كل واحد منهم، وسأوردهم حسب تاريخ وفاتهم رَحِمَهُمُ اللَّهُ، ثم أبين بعد ذلك الصيغة المختارة لهذه القاعدة، وبيان ذلك على النحو الآتي:

(١) يلاحظ من خلال البحث: تنوع مذاهب الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ الذي ذكروا هذه القاعدة بين مالكي وشافعي وحنبلي، وهذا لا يعني بالضرورة أن الحنفية لا يقولون بهذه القاعدة، ولكن لم يقعد أحد منهم -حسب اطلاعي- لهذه القاعدة، مع ذكرهم لكثير من الفروع الفقهية التي تدخل تحتها كما سيأتي بيانه في التطبيقات الفقهية -إن شاء الله-.

أولاً: الإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المالكي رَحِمَهُ اللهُ
المتوفى سنة (٦٨٤هـ):

هو أول من ذكر هذه القاعدة بصيغة كلية لا اختصاص لها بمسألة
فقهية محددة فيما وقفت عليه، ونص القاعدة التي ذكرها رَحِمَهُ اللهُ
هو: «كل من عمل لغيره من مال أو غيره بأمره أو بغير أمره نفذ ذلك،
فإن كان متبرعاً لم يرجع به، أو غير متبرع وهو منفعة فله أجره مثله أو
مال فله أخذه ممن دفعه عنه بشرط أن يكون المعمول له لا بد له من
عمل ذلك..»^(١)، ووافقه في هذه الصيغة مع بعض الاختلافات اليسيرة
الإمام محمد بن أحمد المقرئ رَحِمَهُ اللهُ المتوفى سنة (٧٥٩هـ)^(٢).

وتتميز هذه الصيغة بما يلي:

(١) الفروق للقرافي (١٨٩/٣)، وقد ذكر هذه القاعدة في الذخيرة أيضاً، في أكثر من
موطن، بصيغ بينها اختلافات يسيرة، منها: قوله رَحِمَهُ اللهُ: «من أدى عن غيره
مالاً شأنه أن يعطيه، أو عمل لغيره عملاً شأنه أن يستأجر عليه، رجع بذلك
المال وبأجرة ذلك العمل». الذخيرة للقرافي (٩٣/٩).

(٢) ذكر رَحِمَهُ اللهُ في القاعدة رقم: (١٠٨١) ما نصه: «كل من عمل لغيره عملاً، أو
أوصل إليه نفعاً، من مال أو غيره، بأمره أو بغير أمره، وجب على الفاعل أو
المفعول له أو فيه أو لم يجب، فإن كان متبرعاً فلا يرجع بشيء، وإلا فعليه مثل
ذلك المال، وأجرة المثل في ذلك العمل، إن كان من الأعمال التي لا بد له من
الاستئجار عليها، أو من المال الذي لا بد له من إنفاقه». قواعد الفقه للمقرئ
(ص: ٤٩٣-٤٩٤).

١. التجريد، والمقصود به: «أن تكون القاعدة مبنية لأحكام أفعال الأشخاص بصفاتهم لا بأعيانهم فلا تتناول واقعة بعينها ولا شخصاً لذاته»^(١).

٢. وضوح الألفاظ وعدم غموض شيء منها، الذي بدوره يسهم في وضوح الأصل الفقهي الذي جاءت القاعدة لتقريره.

٣. أن صياغتها كلية، فهي تنطبق على فروع كثيرة متعددة^(٢).
ويؤخذ على هذه الصيغة ما يلي:

١. كثرة ألفاظها، والأصل في القواعد الاختصار وعدم الإطالة^(٣).
٢. أنها تضمنت شرطاً، وليس التقعيد محلاً للشروط والأركان ونحوها؛ إذ هي وظيفة كتب الفروع والتي يمكن أن يستفاد منها عند إرادة شرح القواعد^(٤).

(١) القواعد الفقهية ليعقوب الباسين (ص: ١٧١).

(٢) يحسن التنبيه هنا إلى أن القاعدة الكلية إذا ثبتت فتخلف بعض الفروع عن مقتضاها لا يخرجها عن كونها كلية؛ فهذا هو شأن الكليات الاستقرائية كما قرر ذلك الشاطبي رحمه الله بقوله: «الكلية في الاستقرائيات صحيحة، وإن تخلف عن مقتضاها بعض الجزئيات» الموافقات للشاطبي (٢/ ٨٤)، وانظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية لمحمد شير (ص: ١٤).

(٣) انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا (٢/ ٩٦٥).

(٤) انظر: نظرية التقعيد الفقهي لمحمد الروكي (ص: ٦٨).

ثانيًا: شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ المتوفى سنة (٧٢٨هـ):

ونص القاعدة التي ذكرها رَحِمَهُ اللهُ هو: «من أدى عن غيره واجبًا رجع عليه وإن فعله بغير إذن»^(١)، ووافقه في هذه الصيغة مع بعض الاختلافات اليسيرة الإمام محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية رَحِمَهُ اللهُ المتوفى سنة (٧٥١هـ)^(٢):

وتتميز هذه الصيغة بما يلي:

١. وضوح الألفاظ وعدم غموض شيء منها، الذي بدوره يسهم في وضوح الأصل الفقهي الذي جاءت القاعدة لتقريره.
 ٢. الإيجاز والاختصار.
 ٣. أن صياغتها صياغة مجردة.
 ٤. أن صياغتها كلية، فهي تنطبق على فروع كثيرة متعددة.
- ولم أجد ما يؤخذ على هذه الصيغة.

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٣٤ / ٣٤)، وانظر أيضًا: (٣٠ / ٣٤٨).
 (٢) ذكر رَحِمَهُ اللهُ ما نصه: «من أدى عن غيره واجبًا فإنه يرجع ببدله». إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٣ / ٢٢٨)، وانظر أيضًا: (٤ / ٣٢٢)، و(٤ / ٥٢١).

ثالثاً: الإمام بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي رَحِمَهُ اللهُ المتوفى سنة (٧٩٤هـ):

ونص القاعدة التي ذكرها رَحِمَهُ اللهُ هو: «إذا أنفق عن غيره بغير إذنه، هل يرجع؟»^(١).

وتتميز هذه الصيغة بما يلي:

١. وضوح الألفاظ وعدم غموض شيء منها، الذي بدوره يسهم في وضوح الأصل الفقهي الذي جاءت القاعدة لتقريره.
 ٢. الإيجاز والاختصار.
 ٣. أن صياغتها صياغة مجردة.
 ٤. أن صياغتها كلية، فهي تنطبق على فروع كثيرة متعددة.
 ٥. وجود ما يكشف أن القاعدة من القواعد الخلافية، وهو أسلوب الاستفهام الذي خُتمت به، لا سيما مع قوة الخلاف فيها كما سيأتي.
- ويؤخذ على هذه الصيغة:

(١) المنشور في القواعد الفقهية للزركشي (١/١٥٧)، واختار هذه الصيغة من المعاصرين محمد آل بورنو في كتابه موسوعة القواعد الفقهية (١/٢٦٦)، إلا أنه استبدل حرف (عن) بحرف (على) لتصبح الصيغة التي ذكرها: «إذا أنفق على غيره بغير إذنه، هل يرجع؟»، وهذه الصيغة محل نظر؛ لأن التغيير فيها أثر على معنى القاعدة، إذ من المعلوم بأن الإنفاق على الغير يختلف في معناه عن الإنفاق عن الغير، واختار صيغة الزركشي رَحِمَهُ اللهُ أيضاً مؤلفو معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية (١٣/٦٥٣).

أنها استفتحت بأداة الشرط (إذا) والأولى - في نظري - أن تستفتح بأداة الشرط (من)؛ لأن (إذا) ظرف لما يستقبل من الزمان أما (من) فهي أداة تختص بالعاقل وهي أنسب وأليق بسياق القاعدة^(١).

رابعاً: الإمام زين الدين عبد الرحمن بن رجب الحنبلي رَحِمَهُ اللهُ المتوفى سنة (٧٩٥هـ):

ونص القاعدة التي ذكرها رَحِمَهُ اللهُ هو: «فيمن يرجع بما أنفق على مال غيره بغير إذنه»^(٢).

وتتميز هذه الصيغة بما يلي:

١. الإيجاز والاختصار.

٢. أن صياغتها صياغة مجردة.

٣. أن صياغتها كلية: فهي تنطبق على فروع كثيرة متعددة.

ويؤخذ على هذه الصيغة:

(١) انظر: الباب في قواعد اللغة وآلات الأدب لحمد السراج (ص: ١٤١)، ومعاني النحو لفاضل السامرائي (٤ / ٧١ و ٨٧).

(٢) القواعد لابن رجب (١ / ٥٤٣)، وقد ذكر محققو طبعة دار ركايز بأنهم وجدوا في هامش إحدى النسخ الخطية ما نصه: «لو قيل: أنفق عن غيره كان أنسب»، وشرح تحفة أهل الطلب في تجريد أصول قواعد ابن رجب لخالد المشيخ (ص: ٣٢٩).

أنها تحتاج إلى مزيد إيضاح لألفاظها مع إعادة ترتيب لها، والصيغة المقترحة لها بعد إعادة ترتيبها أن يقال: (فيمن يرجع من أنفق عن غيره بغير إذنه).

خامساً: الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي رَحِمَهُ اللهُ المتوفى سنة (١٣٧٦هـ):

ونص القاعدة التي ذكرها رَحِمَهُ اللهُ هو: «من أدى عن غيره واجباً بنية الرجوع عليه رجع وإلا فلا»^(١).
وتتميز هذه الصيغة بما يلي:

١. وضوح الألفاظ وعدم غموض شيء منها، الذي بدوره يسهم في وضوح الأصل الفقهي الذي جاءت القاعدة لتقريره.
 ٢. الإيجاز والاختصار.
 ٣. أن صياغتها صياغة مجردة.
 ٤. أن صياغتها كلية، فهي تنطبق على فروع كثيرة متعددة.
- ولم أجد ما يؤخذ على هذه الصيغة.

سادساً: الشيخ محمد بن صالح العثيمين رَحِمَهُ اللهُ المتوفى سنة (١٤٢١هـ):

ونص القاعدة التي ذكرها رَحِمَهُ اللهُ هو: «من أدى عن غيره ديناً واجباً لا نحو زكاة، أو أنفق ما لنفسه فيه حق، رجع إن نوى

(١) القواعد والأصول الجامعة لعبد الرحمن السعدي (ص: ١٤٨).

الرجوع»^(١)، والملاحظ أن هذه الصيغة جُمع فيها صورتان من صور القاعدة وسيأتي بيانها - إن شاء الله -.

وتتميز هذه الصيغة بما يلي:

١. وضوح الألفاظ وعدم غموض شيء منها الذي بدوره يسهم في وضوح الأصل الفقهي الذي جاءت القاعدة لتقريره.
 ٢. أن صياغتها صياغة مجردة.
 ٣. أن صياغتها كلية، فهي تنطبق على فروع كثيرة متعددة.
- ويؤخذ على هذه الصيغة:

أنها احتوت استثناءً من القاعدة، ومعلوم بأن الاستثناء من القواعد يأتي على خلاف الأصل فيها، إذ إن تخلف بعض الفروع عن مقتضاها لا يخرجها عن هذا الأصل، فالإجمال في صيغة القاعدة هو الأولى والأقوى لها، ثم إن استثناء الزكاة ونحوها أمر بين لا يحتاج إلى ذكره في نص القاعدة؛ لأن العبادات ومنها الزكاة لا تصح إلا بنية إجماعاً^(٢)، فإذا أخرجها المنفق عن غيره بغير إذنه لم تتحقق نية المكلف بها قبل إخراجها.

(١) نيل الأرب من قواعد ابن رجب لابن عثيمين (ص: ٣٠)، وانظر: الشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين (٩/ ٢٠٠).

(٢) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (١/ ١٥)، ومجموع الفتاوى لابن تيمية (١٨/ ٢٥٨).

سابعاً: الصيغة المختارة:

الصيغة المختارة للقاعدة هي التي ذكرها الإمام الزركشي رَحِمَهُ اللهُ؛ لكثرة ما تميزت به، مع تعديل استفتاحها بأداة الشرط (من) بدلاً من (إذا)؛ لما تقدم، لتصبح الصيغة المختارة لهذه القاعدة: (من أنفق عن غيره بغير إذنه، هل يرجع؟).

ومما دفعني لاختيار هذه الصيغة أيضاً أنها جاءت بصيغة الاستفهام الذي يدل على الخلاف فيها، وصياغة القواعد بهذه الصيغة مهمة - في نظري - إذا كان الخلاف قوياً فيها كما هو الحال في القاعدة محل الدراسة، وبهذه الصيغة الدالة على الخلاف تصبح القاعدة مكونة من قاعدتين^(١)، كل واحدة منهما هي قاعدة عند من يقول بأحد الأقوال فيها، وهاتان القاعدتان اللتان تشملهما القاعدة التي بين يدي هما:

- إذا أنفق عن غيره بغير إذنه فله الرجوع عليه.

- إذا أنفق عن غيره بغير إذنه فليس له الرجوع عليه.

وعلاوة على ذلك فإن الخلاف الفقهي - لا سيما إذا كان قوياً - في قاعدة أو مسألة ما فإن من الأنسب - في نظري - ألا يشتمل العنوان على حكم مسبق؛ فلا يسوغ أن يحمل العنوان نتيجة البحث الرئيسة

(١) انظر: القواعد الفقهية ليعقوب الباحسين (ص: ١٧٥).

التي يسعى الباحث إليها؛ لأنه حينئذٍ يختزل بحثه؛ ويفقده عنصر التشويق والإثارة^(١).

المطلب الثاني: معنى القاعدة:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: معاني ألفاظ القاعدة:

من المعلوم بأن معرفة المعنى الإجمالي للقاعدة تتوقف في كثير من الأحيان على معرفة معاني أهم الألفاظ الواردة فيها؛ لذا سأبين معاني أهم ألفاظ القاعدة محل الدراسة وهي: النفقة، والإذن، والرجوع، وبيان ذلك فيما يأتي:

أولاً: النفقة:

النفقة في اللغة: لها أصلان الأقرب منهما لمقصود القاعدة هو: انقطاع الشيء وذهابه، يقال: نفقت الدراهم بمعنى: ذهبت وفنيت، ويقال: أنفق الرجل أي: ذهب ما عنده، والنفقة اسم لما يُنفق من المال أو غيره^(٢).

(١) انظر: الخلاصة في البحث العلمي وتحقيق المخطوطات لمحمد الحمد (ص: ٣٩ و ٤٠).

(٢) انظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٤/ ١٥٦٠)، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس (٥/ ٤٥٤)، مادة (نفق).

أما في الاصطلاح: فقد اختلفت تعريفات الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَبَعًا لاختلاف مذاهبهم الفقهية، ومجمل هذه التعريفات متوجهة إلى تعريف النفقة الواجبة على الإنسان لمن يمونه من زوجة وأبناء ونحو ذلك^(١)، وليس هذا هو المقصود في هذه القاعدة فقط، إذ المقصود فيها أعم من ذلك ليشمل مطلق إخراج وبذل المال عن الغير، ويظهر هذا جليًا من خلال النظر في الفروع الفقهية المبنية على هذه القاعدة^(٢)؛ لذلك فإن التعريف الاصطلاحي المختار للإنفاق الوارد في هذه القاعدة هو: «دفع ما يسمى نفقة لمن يستحقه»^(٣).

ثانيًا: الإذن:

الإذن في اللغة بمعنى: الإباحة ورفع المنع، يقال: أذن له في الشيء أي: أباحه له، وقيل: الإذن بالشيء بمعنى: الإعلام بإجازته والرخصة فيه، والاستئذان: طلب الإذن من الغير^(٤).

(١) منها على سبيل المثال: تعريف المالكية للنفقة على أنها: «ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف»، وتعريف الحنابلة للنفقة أنها: «كفاية من يمونه خبزًا وأدمًا وكسوةً ومسكنًا وتوابعها». شرح حدود ابن عرفة للرصاع (ص: ٢٢٧)، وكشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي (٥/ ٤٥٩).

(٢) من الأمثلة عليها: مسألة قضاء الإنسان دين غيره بغير إذنه، ومسألة فداء أسير عند العدو بغير إذنه، ومسألة إنفاق المستأجر على الدار المؤجرة دون إذن المؤجر وغيرها. انظر: المنتور للزركشي (١/ ١٥٧)، والقواعد لابن رجب (١/ ٥٤٣).

(٣) إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين للبكري (٤/ ٧٠).

(٤) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (١/ ٧٧)، ولسان العرب لابن منظور (١٣/ ١٠)، مادة (أذن).

وهو في الاصطلاح: «فك الحجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعاً شرعاً»^(١).

ثالثاً: الرجوع:

الرجوع في اللغة: مصدر للفعل رجع يرجع رجوعاً بمعنى: عاد يعود عوداً^(٢)، ومنه قوله عز وجل: ﴿وَيُنْقَلَبُ لَكُمْ أَرْجِعُوا فَأَرْجِعُوا﴾^(٣)، وقيل: «الرجوع: العود إلى ما كان عليه مكاناً أو صفةً أو حالاً»^(٤).

أما في الاصطلاح فلا يخرج معنى الرجوع عن معناه اللغوي^(٥)؛ لذا يمكن القول بأن الرجوع المقصود به في القاعدة محل الدراسة هو: عودة المنفق على المنفق عنه؛ للمطالبة بتعويض ما أنفق.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن الإنسان إذا قام بقضاء أو أداء أو دفع شيء مستحق عن غيره بغير إذن منه^(٦)، كإنفاق المرتهن على الرهن، والملتقط

(١) التعريفات للرجحاني (ص: ٣٠)، والتوقيف على مهمات التعاريف للمناوي (ص: ٤٤).

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٢/ ٤٩٠)، والقاموس المحيط للفيروزبادي (ص: ٧٢٠)، مادة (رجع).

(٣) سورة النور من الآية (٢٨).

(٤) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية للكفوي (ص: ٤٧٨).

(٥) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٢/ ١٢٧).

(٦) تعبر القوانين والأنظمة الحديثة عن هذا بالفعل النافع أو الإثراء بلا سبب أو الإثراء على حساب الغير، وهو أحد مصادر الالتزام، وبه يحصل اغتناء شخص =

على اللقيط أو اللقطة، والنفقة على الزوجة والأولاد إذا امتنع عن ذلك من يجب عليه الإنفاق، وغيرها من الفروع الفقهية وهي كثيرة، فهل له بعد هذا التصرف الرجوع على من تجب عليه النفقة ليأخذ ما دفع عنه منه؛ لأنه أعانه على ما يجب عليه، أو ليس له الرجوع؛ لأنه تصرف من تلقاء نفسه دون أخذ الإذن ممن يجب عليه الفعل، فهو كالمتبرع بفعله هذا، على خلاف بين الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ سيأتي بيانه - إن شاء الله -^(١).

= نتيجة لافتقار غيره دون أن يكون هناك سبب شرعي لهذا الاغتناء، وسأوضح ذلك بمزيد تفصيل في مطلب «القاعدة في الأنظمة السعودية» - إن شاء الله - .
انظر: معجم لغة الفقهاء لمحمد قلعجي (ص: ٤٢)، والفقهاء الإسلاميين وأدلتهم للزحيلي (٢٨٥٥ / ٤).

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٦ / ١٤٨)، ومعلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية (١٣ / ٦٥٣).



المبحث الثاني

دراسة قاعدة: (من أنفق عن غيره بغير إذنه، هل يرجع؟)

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مجال إعمال القاعدة:

لا ريب أن معرفة مجال إعمال القاعدة في الأحكام مفيد في تحقيق مفهوم القاعدة وحقيقتها ومؤثر في تطبيقاتها، فعدم وضوح مجال القاعدة قد يوهم دخول فرع فيها وهي ليست تتناولها وليست من فروعها، وأعني بمجال إعمال القاعدة هنا أي: محل تطبيق هذه القاعدة من الأحكام الشرعية؛ إذ القواعد متفاوتة في ذلك فمنها ما يعم تطبيقها وإعمالها في كل أحكام الشريعة حتى في العقائد كالقواعد الخمس الكلية الكبرى، ومنها ما لا يتناول في إعمالها إلا فقه الفروع فتأتي تطبيقاتها في كل أبواب الفقه، ومنها ما هو أخص من ذلك فلا تكون إلا في أبواب من الفقه دون غيرها^(١)، أما ما لا يكون له انطباق إلا على مسائل في باب واحد فهي ليست قاعدة فقهية وإنما اصطلاح كثير من العلماء على إطلاق الضابط الفقهي عليه^(٢).

(١) انظر: المنهج العلمي لبحث ودراسة القواعد الفقهية لعبد العزيز العويد (ص: ٣٥).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ١١)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ١٣٧).

إذا تمهّد هذا فلا جرم أنه ليس كل من أنفق عن غيره بغير إذنه يمكننا دراسة استحقاق رجوعه من عدمه على الخلاف الذي سيأتي ذكره، فمجال أعمال هذه القاعدة في الحقوق التي تدخلها النيابة وهي جميع ما يؤديه المرء عن الغير مما وجب عليهم ولا يفتقر أدائه إلى نية، كالقرض وأثمان السلع والنفقات الواجبة للزوجة والأبناء ونحو ذلك، أما ما يحتاج إلى نية كالزكاة^(١) والكفارات والنذور^(٢) فلا يؤدي عن غيره إلا بإذنه؛ لأن هذا الأداء لا يبرئ ذمة من أدّى عنه^(٣)، لما جاء في القاعدة الفقهية من أنه: «لا ثواب إلا بنية»^(٤)، بل نقل شيخ الإسلام ابن تيمية الإجماع على أن النية شرط لا تصح العبادات إلا بها^(٥).

(١) ذكر القرافي رحمه الله بأن هناك بعض المالكية قالوا: بعدم اشتراط النية في إخراج الزكاة، وقاسوها على قضاء الديون، وهو قول ضعيف يخالف ما عليه جماهير أهل العلم. انظر: الفروق للقرافي (٣/ ١٨٧).

(٢) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (٢/ ٤٠)، والمغني لابن قدامة (٢/ ٤٧٦)، والمجموع شرح المهذب للنووي (٥/ ٣٢٨)، والفروق للقرافي (٣/ ١٨٥).

(٣) انظر: المنتور في القواعد الفقهية للزركشي (١/ ١٥٧)، والقواعد لابن رجب (١/ ٥٤٣)، والقواعد والأصول الجامعة للسعدي (ص: ١٤٩)، ومعلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية (١٣/ ٦٥٧).

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ١٧)، وانظر: القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها لصالح السدلان (ص: ٦٩).

(٥) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (١٨/ ٢٥٧).

وخلاصة القول: أن من أدى عن غيره حقاً يفتقر إلى نية لا يحق له الرجوع عليه مطلقاً؛ لأن هذا الأداء لا يفيد المنفق عنه، ولا تزال ذمته مشغولة بما يجب عليه.

المطلب الثاني: الخلاف في القاعدة:

وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: تحرير محل النزاع في القاعدة:

أولاً: الصور التي هي خارج محل النزاع:

الصورة الأولى:

الذي يظهر من استقراء كلام الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ أنه لا خلاف بينهم في صحة تصرف المنفق عن من أنفق عليه إذا حصل الإنفاق في أمر يجب على المنفق عنه، ولا يجري في هذه المسألة الخلاف الذي ذكره أهل العلم رَحِمَهُمُ اللَّهُ في مسألة صحة تصرف الفضولي^(١) من عدمه^(٢)،

(١) الفضولي في اللغة هو: من يشتغل بما لا يعنيه، وهو مأخوذ من الفضول وهو: ما لا فائدة فيه. أما في الاصطلاح فالفضولي هو: من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي، وذلك لكون تصرفه صادرًا من غير ملك ولا وكالة ولا ولاية. انظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي (٢/ ٤٧٥)، والبنية شرح الهداية للعيني (٨/ ٣١١)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٦/ ١٦٠)، والمعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية (٢/ ٦٩٣).

(٢) اختلف الفقهاء في صحة تصرف الفضولي على قولين:

القول الأول: أن تصرف الفضولي غير صحيح، وهو قول: الشافعية، والمشهور عند الحنابلة، وهو اختيار ابن حزم.

=

وإنما النزاع الحاصل في استحقاق الرجوع من عدمه، يقول القرافي رَحِمَهُ اللهُ: «اتفق الناس على صحة فعل غير المأمور به عن المأمور وذلك كدفع المغصوب للمغصوب منه وإن لم يشعر الغاصب فإن ذلك يسد المسد ويزيل التكليف، ودفع النفقات للزوجات والأقارب والدواب، فإن دفعها غير من وجب عليه لمن وجبت له أجزاء وإن لم يشعر المأمور بها»^(١).

الصورة الثانية:

أجمع الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ على أن من أنفق عن غيره بإذنه أو أمر منه فإنه يكون وكيلاً عنه، وله أن يرجع على موكله ويكون الضمان لازماً على هذا الموكل؛ لأنه بمنزلة المستقرض منه^(٢)، فيعلم من هذا أن بحث مسألة رجوع المنفق من عدمه لا يجري في التصرفات التعاقدية

= القول الثاني: أن تصرف الفضولي صحيح بشرط إجازة المالك له، وهو قول: الحنفية، والمالكية، ورواية عند الحنابلة، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم.

انظر: المحلى لابن حزم (٤/٤٣٤)، والمبسوط للرخسي (١٣/٢٨٢)، والفروق للقرافي (٣/٢٤٠)، ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٢٤٩)، وإعلام الموقعين لابن القيم (٢/٣٥)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٤/٢٨٤)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشرييني (٢/٣٥١).

(١) الفروق للقرافي (٣/١٨٥).

(٢) انظر: الاجماع لابن المنذر (ص: ١١٢).

التي تكون بإرادة طرفي العقد؛ لأنه يجب حينئذ الوقوف عن العقد الذي تم بينهما وإنفاذ مقتضاه^(١).

الصورة الثالثة:

ينزل منزلة إذن المنفق عنه في الإنفاق عن الغير إذن الحاكم، فإن المنفق إذا أذن له الحاكم في الإنفاق استحق الرجوع على المنفق عنه إجماعاً^(٢)، مثل: ما لو أنفق المرتهن على الرهن بإذن الحاكم مع غيبة الراهن أو امتناعه فإنه له الرجوع على الراهن بما أنفق.

الصورة الرابعة:

لا خلاف بين الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ في أن من أنفق عن غيره وهو ينوي التبرع بما أنفق فإنه لا يرجع على من أنفق عنه^(٣)؛ لأن ذلك يعد

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٤١٠)، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر (٣/ ٦٢٦).

(٢) انظر: اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة (١/ ٤٢٠)، وتصحيح الفروع للمرداوي (٦/ ٣٧٦).

(٣) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣١/ ٣٣٤)، وكشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي (٣/ ٣٧١)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٦/ ٢٣)، وتجدر الإشارة هنا إلى: أن نفي النزاع لا يشمل مذهبي الحنفية والشافعية فهم خارج محل النزاع هنا؛ لأنهم يقولون: بأن من أنفق عن غيره بغير إذنه فإنه يعد متبرعاً سواءً نوى التبرع أو لم ينو؛ فلا يستحق الرجوع على من أنفق عنه، وسيأتي تفصيل ذلك عند ذكر الخلاف في القاعدة - إن شاء الله -.

رجوعاً عن هبة وهو محرم للزومها بالقبض على الصحيح^(١)، يقول

(١) اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ في حكم الرجوع عن الهبة بعد قبضها على قولين:

القول الأول: أن الرجوع عن الهبة بعد قبض الموهوب له غير جائز، وهذا هو قول جمهور الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ وهم: المالكية، والشافعية، والحنابلة، مستدلين لذلك بأدلة كثيرة منها: الحديث المتفق عليه الذي رواه ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النبي ﷺ قال: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»، وقالوا: بما أن أكل القيء حكمه التحريم، فإن فعل العائد في هبته يقتضي التحريم أيضاً، بدلالة القياس المذكور في هذا الحديث، وقد جاء في رواية الترمذي وابن ماجه وغيرهما قال ﷺ: «لا يحل للرجل أن يعطي عطية ثم يرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب، أكل حتى إذا شبع قاء ثم عاد في قيئه»، وقد حكى بعض أهل العلم إجماع الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أن الهبة تكون لازمة بالقبض والحيازة، وبالتالي لا يجوز الرجوع عنها، وهو مروي عن أبي بكر وعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، ولم يعرف لهما في الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ مخالف، قال ابن المنذر رَحِمَهُمُ اللَّهُ: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن الرجل إذا وهب لولده الطفل داراً بعينها، أو عبداً بعينه، وقبضه له من نفسه، وأشهد عليه، أن الهبة تامة».

القول الثاني: أن الرجوع عن الهبة بعد القبض جائز مع الكراهة، وهذا هو قول الحنفية، واشترط أكثرهم أن يكون الرجوع عن الهبة إما بحكم القاضي، أو بإذن الموهوب له، مع العلم أنهم يختلفون فيما بينهم هل الكراهة هنا: للتنزيه أم للتحريم. واستدلوا لذلك بأدلة منها: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ [النساء: ٨٦]، وجه الدلالة: أن التحية تستعمل في عدة معان مثل: السلام، والثناء، والهدية بالمال، وهذا المعنى الأخير هو المراد في الآية؛ لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأعراض، فهو عبارة عن إعادة شيء محسوس، ويجاب عنه: بعدم التسليم بأن هذا المعنى هو المراد، فإن الذي عليه عامة المفسرين أن المراد بالتحية في هذه الآية الكريمة هو: إلقاء السلام. واستدلوا أيضاً: بما أخرجه البخاري في الأدب المفرد والبيهقي في السنن الكبرى أن النبي ﷺ قال: «تمادوا تحابوا»، وجه الدلالة: أن التفاعل يقتضي الفعل من الجانبين، فكان له الرجوع إذا لم يحصل مقصوده، =

المرداوي رَحِمَهُ اللهُ في مسألة قضاء الإنسان دين غيره: «إن قضى الضامن الدين، فلا يخلو: إما أن يقضيه متبرعاً أو لا، فإن قضاها متبرعاً: لم يرجع بلا نزاع»^(١).

الصورة الخامسة:

لا خلاف بين الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ في أن من أنفق عن غيره بغير إذنه في شيء لا يلزم المنفق عنه النفقة فيه كأن ينفق على امرأة كانت زوجة له لكنه طلقها وانقضت عدتها ففي هذه الحالة لا يستحق المنفق

= كالمشتري إذا وجد بالمبيع عيباً يرجع بالثمن لفوات مقصوده، وهو صفة السلامة في المبيع، والمقصود من الهبة العوض، ويجاب عنه: بعدم التسليم بأن المقصود من الهبة هو العوض، ثم إن الحديث لا يدل على جواز الرجوع في الهبة لا بالمنطوق ولا بالمفهوم، وإنما المراد به الترغيب في التهادي.

والصحيح - والله أعلم - ما ذهب إليه الجمهور من تحريم الرجوع عن الهبة بعد قبضها من الموهوب له.

انظر: تفسير الطبري (٥٨٦/٨)، والإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٨٣/٧)، وشرح مختصر الطحاوي للجصاص (٢٨/٤)، والمبسوط للسرخسي (١٢/٥٤ و٨٢)، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (١٢٨/٦)، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (١١٧/٤)، والمغني لابن قدامة (٤١/٦)، والمجموع شرح المذهب للنووي (٣٨١/١٥)، والاختيار لتعليل المختار للموصلي (٥١/٣)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٩٧/٥)، وفتح الباري لابن حجر (٢٣٥/٥)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١١٠/٧)، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي (٤١٦/٥)، وكشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي (٣٠١/٤)، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي (١٥٤/٢).

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٢٠٤/٥).

الرجوع^(١)، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «وإذا عجز الأب عن النفقة فلا نفقة، ولا رجوع لمن أنفق في هذه المدة بغير إذنه بلا نزاع، وإنما تنازعوا فيما إذا أنفق منفق على ابنه بإذنه أو بدون إذنه مع وجوب النفقة على الأب»^(٢)، ويقول ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ: «وهكذا كل من أدى عن غيره واجباً بغير إذنه بشرط أن يكون واجباً»^(٣).

الصورة السادسة:

يخرج عن محل النزاع أيضًا في هذه القاعدة ما لو أنفق المنفق عن غيره مضطرًا إلى ذلك، فإن له الرجوع على المنفق عنه بما أنفق مثل: ما لو قضى الوارث دين مورثه قبل قسمة التركة فإن له أن يرجع على التركة بمقدار ما قضى من ذلك الدين وهذا هو مذهب الحنفية^(٤)، استثناءً من أصلهم في القاعدة كما سيأتي، وأوضح منه في ثبوت الاضطرار ما ذكره فيما لو انهدم ببيان أعلاه لمالك وأسفله لمالك آخر، وامتنع صاحب الدور السفلي عن إعادة بناء ما انهدم، فإن لصاحب الدور العلوي أن يبني الدورين معًا، وأن يرجع على مالك الدور السفلي بما أنفق^(٥).

(١) انظر: البهجة في شرح تحفة الحكام للتسولي (٢/ ٣٠٤).

(٢) مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية للبعلي (ص ٤٥٤)، وانظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٤/ ١٠٣).

(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٥/ ٣٤٨).

(٤) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (٦/ ١٧٢)، والمحيط البرهاني في الفقه النعماني لابن مازة (٧/ ١٢٢).

(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية لعلبي حيدر (٣/ ٣٢٣).

الصورة السابعة:

إذا ثبت أن من أنفق عن غيره قصد بذلك التضييق على المنفق عنه أو الإضرار به لعداوة بينهما أو نحو ذلك فلا رجوع له عليه مطلقاً^(١).

ثانياً: الصورة التي هي داخل محل النزاع:

الصورة التي هي داخل محل النزاع والتي سأقوم بدراسة فقهاء مستفيضة فيما يأتي هي: من أنفق عن غيره بغير إذنه فهل يحق له الرجوع أو لا؟، مع مراعاة إخراج كل ما يتعلق بالصورة السابقة التي هي خارجة عن محل النزاع.

الفرع الثاني: الأقوال في القاعدة:

اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ في الصورة التي هي داخل محل النزاع من القاعدة محل الدراسة على قولين هما:

القول الأول:

أن من أنفق عن غيره بغير إذنه فإنه يستحق الرجوع على من أنفق عنه، سواء نوى الرجوع أثناء الإنفاق أو ذهل عن نية الرجوع، وهو قول المالكية^(٢)، والمشهور من مذهب الحنابلة^(٣)، واختيار شيخ الإسلام

(١) انظر: شرح ميارة (١/١٢٣).

(٢) انظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل (٧/٢١٣)، ومنح الجليل شرح مختصر خليل لعليش (٥/٤٧٤).

(٣) فرق الحنابلة رَحِمَهُمُ اللَّهُ بين ما إذا نوى المنفق الرجوع أو ذهل عن النية عند الفعل، فالحالة الأولى: قالوا بالرجوع على المشهور من المذهب، وأما الحالة الثانية وهي: عدم وجود نية الرجوع من المنفق ففي هذه الحالة روايتان في المذهب، الأولى: ليس له الرجوع ويعد المنفق متبرعاً وهي المذهب، واختارها الشيخ السعدي =

ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ^(١)، وتلميذه ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ^(٢)، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «وقد تنازع الفقهاء فيمن أدى عن غيره واجباً بغير إذنه كالدين، فمذهب مالك وأحمد في المشهور عنه له أن يرجع به عليه، ومذهب أبي حنيفة والشافعي ليس له ذلك»^(٣).

القول الثاني:

أن من أنفق عن غيره بغير إذنه فإنه يعد متبرعاً وإن لم ينو التبرع؛ فلا يستحق الرجوع على من أنفق عنه، وهو قول الحنفية^(٤) والشافعية^(٥) ورواية عند الحنابلة^(٦)، وقيد بعض الشافعية قولهم بأن لا

= رَحِمَهُ اللهُ، والرواية الثانية: أن له الرجوع واختارها الشيخ ابن عثيمين رَحِمَهُ اللهُ؛ لأن المسقط للرجوع هو قصد التبرع وهو لم يحصل. انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (١٢١/٤)، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح (٢٤١/٤)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٢٠٤/٥ و ٢٠٥)، ومجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري (ص: ٣٦٢)، والقواعد والأصول الجامعة لعبد الرحمن السعدي (ص: ١٤٨)، والشرح المتمع لابن عثيمين (١٩٩/٩)، والقواعد الفقهية السعدية المنشورة والمنظومة لأحمد القعيمي (ص: ٣٢٤).

- (١) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٥٦١/٢٠) و (٣٤٩/٣٠).
- (٢) انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٣٢٠/٤).
- (٣) مجموع فتاوى ابن تيمية (٥٦٠/٢٠).
- (٤) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (١٣/٦)، ومجمع الضمانات للبغدادي (ص: ٢٠٩).
- (٥) انظر: المجموع شرح المذهب للنووي (٢٩/١٤)، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي (٤٥/٥).
- (٦) انظر: المبدع في شرح المقنع لابن مفلح (٢٤١/٤)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٢٠٥/٥).

يظن المنفق بأن الإنفاق واجب عليه، فإن أنفق عن الغير في حالة معينة وهو يرى وجوب إنفاقه فإن له الرجوع على من أنفق عنه؛ لانتفاء احتمال التبرع منه في هذه الحالة^(١).

الفرع الثالث: الاستدلال للقاعدة:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول القائلون بأن من أنفق عن غيره بغير إذنه فإنه يستحق الرجوع على من أنفق عنه، بما يلي:

الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾^(٢).

وقوله تعالى: ﴿وَالْوِلْدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣).

- (١) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي (٧٩ / ٩)، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي (٤٥ / ٥).
- (٢) سورة الطلاق من الآية (٦).
- (٣) سورة البقرة من الآية (٢٣٣).

وجه الدلالة:

أن الله عَزَّوَجَلَّ أمر بإعطاء الأجر بمجرد الإرضاع الذي حصل ولم يشترط عقدًا ولا إذناً^(١)، فهذه الآيات جاءت عامة لتشمل ما لو حصل الإرضاع بإذن الأب أو بدون إذنه^(٢).

وأجيب عنه:

بأن المراد بأجورهن في الآية الأولى ورزقهن وكسوتهن في الآية الثانية هو ما تم الاتفاق والتعاقد عليه بين الأب والمرضع قبل حصول الإرضاع، والأمر هنا إنما جاء لطلب وفاء ما تم الاتفاق عليه وليس أمرًا جديدًا بما لم يتم الاتفاق عليه، بدليل قوله تعالى في ختام الآية الأولى: ﴿وَلَنْ تَعْسَرَ لَهُ فَسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾^(٣)، فالتعاسر حصل لعدم القدرة على الاتفاق على الأجرة بينهما قبل الإرضاع^(٤).

ورُد عليه:

بعدم التسليم أن المقصود في الآيتين الأجر المسمى بين الأب والمرضع، إذ لا تلازم بين الأمر بإيتاء الأجر للمرضع وبين تقديم تسميته، والمعهود في كلام الله جَلَّ وَعَلَا تسمية ما يؤتى للعامل على عمله أجرًا وإن لم يسم قبل

(١) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٠ / ٥٦١) و (٣٠ / ٣٤٩)، وإعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٣ / ٢٢٩).

(٢) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤ / ١٢١)، والقواعد والأصول الجامعة للسعدي (ص: ١٤٨).

(٣) سورة الطلاق من الآية (٦).

(٤) انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٤ / ٣٢٠).

العمل، كما قال تعالى عن خليله إبراهيم عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿وَأَتَيْنَاهُ أَجْرَهُ فِي الدُّنْيَا وَإِنَّهُ فِي الْآخِرَةِ لَمِنَ الصَّالِحِينَ﴾^(١)، وقال تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْنُتْ مِنْكُمْ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ وَتَعَمَلَ صَالِحًا تُوْتَتْهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ﴾^(٢)، فالأجر هو: كل ما يعود إلى العامل عوضًا عن عمله، سواء سمي قبل العمل أم لم يسم^(٣).

الدليل الثاني:

قوله تعالى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَنِ إِلَّا الْإِحْسَنُ﴾^(٤).

وجه الدلالة:

فمن أتى بالفعل الحسن وهو الإنفاق عن الغير فينبغي أن يرد عليه هذا الإحسان بمثله، فإن لم يكن فلا أقل من إعطائه حقه الذي أنفقه وعدم إضاعته^(٥).

الدليل الثالث:

ما رواه عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ صَنَعَ إِلَيْكُمْ مَعْرُوفًا فَكَافَتْهُ»^(٦).

(١) سورة العنكبوت من الآية (٢٧).

(٢) سورة الأحزاب من الآية (٣١).

(٣) انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٤ / ٣٢١).

(٤) سورة الرحمن الآية (٦٠).

(٥) انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٤ / ٣٢٤).

(٦) سنن أبي داود، كتاب الزكاة، باب عطية من سأل بالله (٢ / ٥٢)، برقم: (١٦٧٤)،

وسنن النسائي، كتاب الزكاة، باب من سأل بالله عَزَّوَجَلَّ (٥ / ٨٢)، برقم: =

وجه الدلالة:

قال ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ تَعْلِيْقًا عَلَى الاستدلال بهذا الحديث في مسألة من قضى دين غيره الحال بغير إذنه وهي إحدى تطبيقات القاعدة محل الدراسة: «وأي معروف فوق معروف هذا الذي افتك أخاه من أسر الدين؟ وأي مكافأة أقبح من إضاعة ماله عليه وذهابه؟»^(١).

الدليل الرابع:

حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهونًا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونًا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»^(٢).

وجه الدلالة:

أن مقتضى العدل الذي جاءت به الشريعة في هذا الحديث وتحققت به مصلحة الراهن والمرتهن والحيوان المرهون أن يستوفي المرتهن منفعة الركوب والحلب مقابل النفقة على الحيوان؛ لأن نفقة الحيوان واجبة على صاحبه وهو الراهن، والمرتهن إذا أنفق عليه أدى عن الراهن هذا

= (٢٥٦٧)، ومسند الإمام أحمد، مسند عبد الله بن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ (٢/ ٦٨)، برقم: (٥٣٦٥)، باختلاف يسير فيما بينهم. وقد صحح هذا الحديث جمع من المحدثين منهم: العراقي في تحريج أحاديث إحياء علوم الدين (١/ ٣٠٠)، والألباني في إرواء الغليل (٦/ ٦٠).

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٤/ ٣٢٤ و ٣٢٥).

(٢) صحيح البخاري، كتاب الرهن، باب الرهن مركوب وحلوب (٣/ ١٨٧)، برقم: (٢٥١٢).

الواجب، فله أن يرجع ببذله، والبذل هنا هو: منفعة الركوب والحلب، ولو قيل للمرتهن: لا رجوع لك لكان ذلك إضراراً به، ولم تسمح نفسه بالنفقة على الحيوان بدون مقابل^(١).

الدليل الخامس:

قياس رجوع من أنفق عن غيره بغير إذنه على الهبة، فكما أن الهبة التي هي تبرع محض قد شرعت المكافأة عليها، فقد كان من هدي النبي ﷺ فعل ذلك^(٢)، فكيف تمنع الشريعة ترك إعطاء حق من أنفق عن غيره بغير إذنه في شيء يلزمه الإنفاق عليه، فهو أعظم معروفاً وأجدر بالمكافأة من الهبة المطلقة^(٣).

الدليل السادس:

قياس رجوع من أنفق عن غيره بغير إذنه على إذن الحاكم في الإنفاق أو إنفاقه هو في حال امتناع المنفق عنه^(٤)، ومعلوم أن للحاكم

(١) انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٣/ ٢٢٨).

(٢) عن أم المؤمنين عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: «كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها» صحيح البخاري، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب المكافأة في الهبة (٣/ ٢٠٦)، برقم: (٢٥٨٥). ومعنى يثيب عليها أي: يكافئ من أعطاه هدية مثلها أو خير منها من باب رد الحسنى بأحسن منها أو مثلها. انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر (٥/ ٢١٠).

(٣) انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٤/ ٣٢٥).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٤١١)، وكشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي (٣/ ٣٧١).

الرجوع في هذه الحالة إجماعاً^(١).

ويجاب عنه:

بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن للحاكم ولاية على غيره وليس للمنفق ولاية على من ينفق عنه.

الدليل السابع:

قياس رجوع من أنفق عن غيره بغير إذنه على الرجوع على المدين فلو أن إنساناً أقرض رب الدين قدر دينه وأحاله به على المدين ملك ذلك، وأي فرق شرعي أو معنوي بين أن يوفيه ويرجع به على المدين أو يقرضه ويحتال به على المدين^(٢).

ويجاب عنه:

أن هذا قياس مع الفارق فإن الحوالة ثابتة بالنص، وقبولها مستحب عند جمهور العلماء رَحِمَهُمُ اللَّهُ^(٣)؛ لقوله ﷺ في الحديث المتفق عليه: «مطل الغنى ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع»^(٤)، بخلاف القاعدة محل الدراسة.

(١) انظر: اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة (١/ ٤٢٠)، وتصحيح الفروع للمرداوي (٦/ ٣٧٦).

(٢) انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٤/ ٣٢٥).

(٣) انظر: شرح النووي على مسلم (١٠/ ٢٢٨).

(٤) صحيح البخاري، كتاب الحوالات، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة؟ (٣/ ١٢٣)، برقم: (٢٢٨٧)، وصحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل =

وفسدت أموال عظيمة، ومعلوم أن الشريعة منزهة عن الرضى بذلك، كيف لا وهي قد جعلت حفظ المال من الضرورات الخمس^(١).

ويجاب عنه:

بعدم التسليم بأن إحسان من أنفق عن غيره يضيع هباءً إذا لم يرجع عليه، فإنه بفعله هذا يكون متبرعاً، وله الأجر بذلك من الله عَزَّوَجَلَّ إن حسنت نيته، وهو خير من أجر الدنيا وأبقى.

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني القائلون بأن من أنفق عن غيره بغير إذنه فإنه يعد متبرعاً وإن لم ينو التبرع؛ فلا يستحق الرجوع على من أنفق عنه، بما يلي:

الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾^(٢).

وجه الدلالة:

أن الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى جَعَلَ كَسْبَ الْإِنْسَانِ لَهُ وَعَلَيْهِ وَمَنْعَ لَزُومِ غَيْرِهِ بفعله، فالذي أنفق عن غيره دون إذنه هو الذي قام بهذا الفعل، فلا يحق له حينئذ الرجوع على غيره^(٣).

(١) انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٤/ ٣١٩).

(٢) سورة البقرة من الآية (٢٨٦).

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص (١/ ٦٥٤).

ويُجاب عنه:

أن ما جاء في وجه الدلالة من الآية صحيح في حال لم يكن الإنفاق حصل عن الغير ابتداءً، أما إذا حصل عنهم ابتداءً وفي أمر يجب عليهم أدائه فإنه يدخل في كسب الإنسان؛ لأن ما قام به المنفق يكون في حكم الوكالة أو الولاية؛ إذ هو بذلك أعان من أنفق عنه على إبراء ذمته مما يجب عليه.

الدليل الثاني:

ما رواه سلمة بن الأكوع رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى بِجَنَازَةٍ لِيَصْلِيَ عَلَيْهَا، فَقَالَ: «هَلْ عَلَيْهِ مِنْ دِينَ؟»، قَالُوا: لَا، فَصَلَّى عَلَيْهِ، ثُمَّ أَتَى بِجَنَازَةٍ أُخْرَى، فَقَالَ: «هَلْ عَلَيْهِ مِنْ دِينَ؟»، قَالُوا: نَعَمْ، قَالَ: «صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ»، قَالَ أَبُو قَتَادَةَ: عَلَيَّ دِينُهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَصَلَّى عَلَيْهِ^(١).

وجه الدلالة:

أن أبا قتادة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَوْ اسْتَحَقَّ الرَّجُوعَ لَصَارَ لَهُ دِينَ عَلَى الْمَيِّتِ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ لَمَا صَلَّى عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ؛ لِأَنَّ ذِمَّةَ الْمَيِّتِ لَا تَزَالُ مَشْغُولَةً بِدَيْنِ^(٢).

(١) صحيح البخاري، كتاب الكفالة، باب من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع (٣/١٢٦)، برقم: (٢٢٩٥).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٤/٤١١)، والمجموع شرح المهذب للنووي (١٤/٢٩ و٣٠).

وأجيب عنه:

بأن الظاهر من حال أبي قتادة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه متبرع بالقضاء، فإنه قضى دين الميت قصداً لتبرئة ذمته؛ ليصلي عليه رسول الله ﷺ مع علمه بأنه لم يترك شيئاً يمكن الرجوع عليه^(١)، وقد تقرر أن من نوى التبرع بفعله لا يستحق الرجوع، وهي مسألة خارجة عن محل النزاع -كما تقدم-.

الدليل الثالث:

أن فعل من ينفق عن غيره بغير إذنه فعل غير مأذون فيه من المالك؛ لذا لا يستحق الرجوع^(٢)، لما جاء عن جمع من الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أن النبي ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»^(٣)، وقد قرر الفقهاء رَحْمَهُمُ اللَّهُ أنه: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه»^(٤)، وذكروا بأن «الأصل حرمة الانتفاع بمال الغير بغير إذنه»^(٥).

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٤١١).

(٢) انظر: المجموع شرح المذهب للنووي (١٤/ ٣٠)، والممتع في شرح المقنع لابن المنجي (٢/ ٥٨٧).

(٣) تقدم تخريجه في المطلب الثاني من التمهيد.

(٤) مجلة الأحكام العدلية لعدد من فقهاء الخلافة العثمانية (ص: ٢٧).

(٥) البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٣٤٢).

ويُجاب عنه:

بأن ما جاء في هذا الدليل صحيح فيما لو كان الإنفاق حصل في شيء لا يجب على المنفق عنه، والمقصود هنا: الإنفاق عن الغير بغير إذنه في شيء واجب عليه، وهذا لا يدخل في التعدي على مال الغير، بل هو من باب تحقيق التعاون على البر والتقوى الواجب بين المؤمنين؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(١)، فما أحوج كل مسلم إلى من يعينه على إبراء ذمته المشغولة.

الدليل الرابع:

أن من أدى عن غيره واجباً من دين أو نفقة على قريب أو زوجة فهو إما فضولي وهو جدير بأن يفوت عليه ما فوته على نفسه، أو متفضل فحوالته على الله عزَّوجلَّ دون من تفضل عليه؛ فلا يستحق مطالبته^(٢).

ويُجاب عنه:

بعدم التسليم بكل ما ورد في هذا الدليل توضح ذلك النقاط التالية:

١. أنه لا يصح إطلاق الفضولي على من أعان غيره على أداء ما وجب عليه؛ لأنه بذلك جعله يبادر لإبراء ذمته، فهو بهذا الفعل يستحق الثناء لا الذم.

(١) سورة المائدة من الآية (٢).

(٢) انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٤/ ٣٢٢).

٢. أن المشروع في حق المتفضل هو المكافأة؛ لحديث: «من صنع إليكم معروفاً فكافئوه..»^(١)، ولا أقل من مكافأة المنفق عن غيره بإعطائه حقه، والزيادة عليه هي الأفضل والأكمل.

٣. أن التعارض غير لازم بين أن يأخذ الإنسان حقه الذي غرمه لإعانة المنفق عنه في نفقة واجبة عليه، وبين أن ينال الأجر والثواب الآخروي من الله جَلَّ وَعَلَا إذا صحت نيته وقُبل منه هذا العمل.

الفرع الرابع: الترجيح في القاعدة:

الراجع - والله أعلم - في الصورة التي هي داخلة في محل النزاع من القاعدة محل الدراسة هو: القول الأول القائل بأن من أنفق عن غيره بغير إذنه فإنه يستحق الرجوع على من أنفق عنه؛ لقوة ما استدلوا به وحسن إجابتهم عن أدلة القول الآخر.

ويقوي ترجيح هذا القول أنه وإن جاء على خلاف الأصل، وهو: أن «الأصل في الأموال العصمة»^(٢)، ولكن ذلك أتى لمصلحة راجحة، وحاجة متحققة، وهي أن المنفق عنه يجب عليه الإنفاق ولا بد، وفي كثير من الأحيان يترتب على تأخره عن أداء هذا الواجب قدر زائد من المشقة عليه وعلى غيره، فالمنفق بذلك يعينه على إسقاط هذا

(١) تقدم تخريجه في أدلة القول الأول.

(٢) الذخيرة للقرافي (٦/ ٣٢٧).

الواجب عنه، ورفع الحرج عنه وعن غيره، وقد قرر جمع من الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ بأن «التصرف للحاجة يجوز في مال الغير»^(١).

وينبغي أن يقيد هذا الترجيح بأن يكون في حالة عدم وجود عرف بيّن في رجوع المنفق من عدمه في حال الإنفاق عن الغير^(٢)؛ فإن كان هناك عرف معتبر شرعاً، ولم يوجد تصريح بخلافه، فإن الواجب هو التحاكم إليه؛ لما تقرر شرعاً من أن «الثابت بالعرف كالثابت بالنص»^(٣)، و«المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»^(٤).

الفرع الخامس: سبب الخلاف في القاعدة:

هذه القاعدة ليست محل اتفاق بين الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ - كما تقدم -، والذي يظهر - والله أعلم - أن سبب اختلافهم فيها يرجع إلى الاختلاف في تكييف العلاقة الناشئة بين المنفق والمنفق عنه بغير إذنه، فمن كيف العلاقة التي نشأت أنها تبرع محض قال بعدم استحقاق رجوع المنفق على من أنفق عنه، ومن قال إنها ضمان قال باستحقاق الرجوع، وذلك لأن التبرع والضمان لا يتصور اجتماعهما في عقد واحد، وقد نص بعض

(١) التجريد للقُدوري (٨ / ٣٨٥٩)، وانظر: الفوائد في اختصار المقاصد للعز بن عبد السلام (ص: ٩٢).

(٢) انظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية (١٣ / ٦٥٨).

(٣) المبسوط للسرخسي (١٩ / ٤١)، ودرر الأحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر (١ / ٥١).

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٨٤)، ودرر الأحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر (١ / ٥١).

الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ على أن «التبرع لا يوجب ضمان حق»^(١)، فالتبرع عليه لا يحق له الرجوع ولا مطالبة المتبرع بشيء، لقوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾^(٢)؛ إذ إن المتبرع محسن بفعله وكل من كان محسناً في شيء فلا سبيل عليه ولا يلحقه ضمان^(٣)، والمتبرع أيضاً لا يحق له الرجوع ولا مطالبة المتبرع عليه بشيء متعلق بالهبة؛ لأن ذلك داخل في حكم الرجوع عن الهبة أو عن شيء منها، وهو محرم بعد القبض على الصحيح من أقوال الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ^(٤).

المطلب الثالث: شروط إعمال القاعدة:

من خلال استقراء كلام الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ تبين أنه يمكن تصنيف شروط هذه القاعدة إلى ثلاثة أنواع، بيانا على النحو الآتي:

النوع الأول: شروط رئيسية اشتراطها محل اتفاق بين فقهاء المذاهب الأربعة من حيث الجملة:

فلا بد من اعتبارها والتثبت من تحققها في الفرع الفقهي قبل إعمال القاعدة محل الدراسة فيه، لا سيما عند من يقول بالقول المختار في هذه

(١) البناية شرح الهداية للعيني (١٠/١٠٦)، وانظر: المبسوط للسرخسي (١١/١٩٧).

(٢) سورة التوبة من الآية (٩١).

(٣) أحكام القرآن للجصاص (٤/٣٥٢).

(٤) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (٤/١١٧)، والمغني لابن قدامة (٦/٤١)، والمجموع للنووي (١٥/٣٨١).

القاعدة وهو: أن من أنفق عن غيره بغير إذنه فإنه يستحق الرجوع على من أنفق عنه، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول:

أن يكون الإنفاق حصل في شيء من الحقوق التي تدخلها النيابة، وهي جميع ما يؤديه المرء عن الغير ولا يفتقر أدائه إلى نية، أما ما يحتاج إلى نية كالزكاة والكفارات والنذور فلا تؤدي عن أحد إلا بإذنه؛ ليكون بذلك وكيلاً عنه فتبرأ ذمة المؤدى عنه بفعل المؤدي^(١).

الشرط الثاني:

ألا ينوي المنفق التبرع بفعله، فإن كان ينوي التبرع بما أنفق فلا يستحق الرجوع، وهذا الشرط محل اتفاق بين فقهاء المالكية والحنابلة رَحِمَهُمُ اللَّهُ^(٢)، أما الحنفية والشافعية رَحِمَهُمُ اللَّهُ فإنهم يقولون بالتبرع على كل حال، سواء نواه المنفق أم لم ينوه - كما تقدم عند ذكر الأقوال -.

(١) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (٢/ ٤٠)، والمغني لابن قدامة (٢/ ٤٧٦)، والمجموع شرح المهذب للنووي (٥/ ٣٢٨)، والفروق للقرافي (٣/ ١٨٥)، والمنثور في القواعد الفقهية للزركشي (١/ ١٥٧)، والقواعد لابن رجب (١/ ٥٤٣)، والقواعد والأصول الجامعة للسعدي (ص: ١٤٩).

(٢) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣١/ ٣٣٤)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٥/ ٢٠٤)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٦/ ٢٣).

الشرط الثالث:

ألا يقوم المنفق عن غيره بغير إذنه بالإنفاق في أمر غير لازم على المنفق عنه، وقد نفى شيخ الإسلام ابن تيمية رَحْمَةُ اللَّهِ وجود الخلاف بين الفقهاء رَحْمَهُمُ اللَّهُ في هذا الشرط^(١)، ونص على اشتراطه ابن القيم رَحْمَةُ اللَّهِ حيث قال: «وهكذا كل من أدى عن غيره واجباً بغير إذنه بشرط أن يكون واجباً»^(٢).

الشرط الرابع:

ألا يقصد المنفق الإضرار بالمنفق عنه أو التضييق عليه، فإذا ثبت ذلك فلا يستحق الرجوع عليه بما أنفق والحالة هذه^(٣)؛ لقوله رَحْمَةُ اللَّهِ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٤).

(١) انظر: مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية للبعلي (ص ٤٥٤).

(٢) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٥/٣٤٨).

(٣) انظر: شرح ميارة (١/١٢٣).

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، (٢/٧٨٤)، برقم: (٢٣٤١)، والدارقطني في سننه، كتاب البيوع، (٤/٥١)، برقم: (٣٠٧٩)، وكتاب عمر رَحْمَةُ اللَّهِ عَنْهُ إِلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ رَحْمَةُ اللَّهِ عَنْهُ، فِي الْمَرْأَةِ تَقْتُلُ إِذَا ارْتَدَّتْ، (٥/٤٠٧)، برقم: (٤٥٣٩)، والحاكم في المستدرک علی الصحیحین، کتاب البيوع، (٢/٦٦)، برقم: (٢٣٤٥). وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه»، والحديث صححه الألباني في إرواء الغلیل، (٣/٤٠٨).

النوع الثاني: شروط فرعية اشتراطها هو محل خلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة:

وفي كثير من الأحيان لا يقول بهذه الشروط إلا فقهاء مذهب معين دون غيرهم، وسأذكر هذه الشروط بحسب الترتيب الزمني للمذاهب الأربعة؛ ليتسنى تصور كافة القيود التي يقول بها فقهاء كل مذهب فقهي على حدة، فيكون الاعتماد عليها والمقارنة معها أيسر عند دراسة التطبيقات الفقهية والقضائية لهذه القاعدة، وبيان ذلك فيما يأتي:

أولاً: مذهب الحنفية:

١. اشترط الحنفية رَحْمَهُمُ اللَّهُ وجود الاضطرار لجواز رجوع المنفق على من أنفق عنه، وهذا الشرط يأتي استثناءً من أصلهم في هذه القاعدة - كما تقدم -؛ لذا يمكن أن يقال: بأن الحنفية رَحْمَهُمُ اللَّهُ يرون في هذه القاعدة: أن من أنفق عن غيره بغير إذنه فإنه يعد متبرعاً؛ فلا يستحق الرجوع على من أنفق عنه ما لم يكن المنفق مضطراً لذلك^(١)، وقد قعدوا لذلك بقولهم: «كل من أدى حقاً عن الغير بلا إذن أو ولاية فهو متبرع، ما لم يكن مضطراً»^(٢).

(١) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (٦/ ١٧٢)، والمحيط البرهاني في الفقه النعماني لابن مازة (٧/ ١٢٢).

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقاء (ص: ٤٨٥)، وانظر: الفرائد البهية في القواعد الفقهية لمحمود الحمزاوي (ص: ٢٩٧).

٢. اشترط بعض الحنفية رَحْمَهُمُ اللَّهُ امتناع المنفق عنه عن أداء النفقة الواجبة عليه لجواز رجوع المنفق بما أنفق، وهذا الشرط يأتي استثناءً من أصلهم في هذه القاعدة وهو: عدم الرجوع^(١).

ثانيًا: مذهب المالكية:

اشترط بعض المالكية رَحْمَهُمُ اللَّهُ لرجوع المنفق أن يكون المنفق عنه لا يؤدي الفعل الذي أنفق عنه بسببه بنفسه عادةً، وإنما ينفق على من يعمل له، سواءً أكان أجيرًا خاصًا به أو مشتركًا مع غيره، يقول القرافي رَحْمَهُ اللَّهُ: «كل من عمل لغيره من مال أو غيره بأمره أو بغير أمره نفذ ذلك، فإن كان متبرعًا لم يرجع به، أو غير متبرع وهو منفعة فله أجره مثله، أو مال فله أخذه ممن دفعه عنه، بشرط أن يكون المعمول له لا بد له من عمل ذلك بالاستئجار أو إنفاق ذلك المال، أما إن كان شأنه فعله إياه بغير استئجار لنفسه أو لغيره وتحصل تلك المصلحة بغير مال فلا غرم عليه»^(٢).

ثالثًا: مذهب الشافعية:

١. اشترط الشافعية رَحْمَهُمُ اللَّهُ ألا يظن المنفق بأن الإنفاق واجب عليه، فإن أنفق عن الغير في حالة معينة وهو يرى وجوب إنفاقه فإن له الرجوع على من أنفق عنه؛ لانتفاء احتمال التبرع منه في هذه الحالة،

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر (٢/ ١٣٩).

(٢) الفروق للقرافي (٣/ ١٨٩).

وهذا الشرط يأتي استثناءً من أصلهم في هذه القاعدة - كما تقدم - وهو عدم الرجوع^(١).

٢. اشترط بعض الشافعية رَحْمَهُمُ اللَّهُ إِذْنِ الْمُنْفِقِ عَنْهُ بِالضَّمَانِ لَا مَجْرَدِ إِذْنِهِ بِالْأَدَاءِ عَنْهُ، فَقَالُوا: مَنْ ضَمَّنَ عَنْ غَيْرِهِ شَيْئاً فَأَدَاهُ بِإِذْنِهِ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَلَهُ حَقُّ الرَّجُوعِ بِالْمُؤَدَى عَلَى الْأَصِيلِ، أَمَا إِنْ لَمْ يَضْمَنْ وَأَدَى وَلَوْ بِالْإِذْنِ فَلَا حَقَّ لَهُ بِالرَّجُوعِ وَيَعْتَبَرُ مُتَبَرِّعاً فِي الْحَالَةِ^(٢)، وَقَدْ قَعَدُوا لِذَلِكَ بِقَوْلِهِمْ: «مَنْ ضَمَّنَ بِالْإِذْنِ رَجَعَ وَإِنْ أَدَى بِلا إِذْنٍ، وَمَنْ لَا فَلَا وَإِنْ أَدَى بِإِذْنٍ»^(٣).

رابعاً: مذهب الحنابلة:

١. اشترط الحنابلة رَحْمَهُمُ اللَّهُ أَنْ يَنْوِيَ الْمُنْفِقُ الرَّجُوعَ عَلَى مَنْ أَنْفَقَ عَنْهُ، فَلَوْ أَنْفَقَ وَأَطْلَقَ النِّيةَ أَوْ ذَهَلَ عَنْهَا فَلَا يَسْتَحِقُّ الرَّجُوعَ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ وَاخْتِيَارُ الْقَاضِي أَبِي يَعْلَى رَحْمَهُمُ اللَّهُ، وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ: أَنَّهُ لَا يَشْتَرُطُ أَنْ يَنْوِيَ الْمُنْفِقُ الرَّجُوعَ، وَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ مَا دَامَ أَنَّهُ لَمْ يَنْوِ التَّبَرُّعَ بِفَعْلِهِ وَاخْتَارَهَا الْخَرَقِيُّ رَحْمَهُمُ اللَّهُ^(٤).

(١) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي (٧٩ / ٩)، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي (٤٥ / ٥).

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية لمحمد آل برونو (١٠٢٧ / ١١).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٤٦٢).

(٤) انظر: القواعد لابن رجب (٥٤٣ / ١)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٢٠٥ / ٥)، ومجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري (ص: ٣٦٢).

٢. اشترط بعض من يقول باشتراط أن ينوي المنفق الرجوع على من أنفق عنه أن يُشهد على نية الرجوع عند أداء النفقة^(١)، والصحيح عدم اعتبار ذلك وهو: اختيار ابن قدامة^(٢) والمرداوي^(٣) رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

٣. اشترط بعض الحنابلة رَحِمَهُمُ اللَّهُ امتناع المنفق عنه عن أداء النفقة الواجبة عليه لجواز رجوع المنفق بما أنفق، وهو اختيار القاضي أبي يعلى رَحِمَهُ اللَّهُ وفاقاً للحنفية - كما تقدم -، وخالف في هذا الشرط من الحنابلة ابن قدامة^(٤) والمجد ابن تيمية^(٥) رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وهو ظاهر إطلاق أكثر الأصحاب^(٦).

النوع الثالث: شروط يذكرها بعض فقهاء المذاهب في فروع من تطبيقات القاعدة ولا يقولون بها في فروع أخرى:

وهذه لا يمكن اعتبارها شرطاً للقاعدة، وإنما تبقى شرطاً للحكم في مسألة فقهية معينة دون غيرها، مع مراعاة السياق الذي وردت فيه،

(١) انظر: القواعد لابن رجب (١/٥٤٣)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٥/٢٠٥).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٥/٣٨٤).

(٣) انظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٥/١٧٧).

(٤) ذكر ذلك ابن رجب والمرداوي وغيرهم، ولم أقف على هذا الشرط في المغني ولا في غيره من كتب ابن قدامة.

(٥) ذكر ذلك ابن رجب والمرداوي وغيرهم، ولم أقف على هذا الشرط في المحرر، ولعله مذكور في شرحه للهداية، وهو غير مطبوع بل مفقود - والله أعلم -.

(٦) انظر: القواعد لابن رجب (١/٥٤٣)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٥/٢٠٥).

ومن الأمثلة على ذلك: اشتراط إذن الحاكم لرجوع المنفق على من أنفق، فنجد أن أكثر الحنابلة اعتبروا هذا الشرط في مسألة الإنفاق على الحيوان المستأجر، وفي الإنفاق على اللقطة، بخلاف الإنفاق على الرهن^(١)، لذا لا يمكن القول بأن هذا الشرط شرط للقاعدة عند الحنابلة رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

ومما تحسن الإشارة إليه هنا: أنه في بعض الأحيان يكون هناك فرع فقهي لا يعمل فيه الفقيه القاعدة التي يقول بها، والسبب في ذلك يكون لأحد احتمالات وقعت في نفسه جعلته يقول بالقاعدة في فروع فقهية ولا يقول بها في فرع فقهي آخر رغم وجود التشابه بينها، فمن هذه الاحتمالات^(٢):

١. عدم تحقق أحد شروط القاعدة عند الفقيه في الفرع الفقهي الذي أعرض عن إعمال القاعدة فيه.
٢. وقوف الفقيه على نص شرعي يقتضي استثناء فرع فقهي من القاعدة التي يقول بها؛ فمع قيام القاعدة عنده وصحتها، يرى أن هذا الفرع قد خصص منها بدليل شرعي.
٣. تخصيص الفرع من الدخول في عموم القاعدة بالمصلحة الشرعية التي يراها الفقيه.

(١) انظر: القواعد لابن رجب (١/ ٥٥٤)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١٧٧/ ٥).

(٢) انظر: المنهج العلمي لبحث ودراسة القواعد الفقهية لعبد العزيز العويد (ص: ٨٦ و ٨٧).

٤. أن الفرع وإن كان داخلاً في القاعدة إلا أنه تجاذبته هذه وقاعدة أخرى، فرأى الفقيه أنه بالأخرى أليق وألصق. وبالجملة فالقواعد الفقهية مثلها مثل الأدلة والقواعد الأصولية يتناول عمومها التخصيص، ولا ينقض كليتها وعمومها ورود المخصصات والاستثناءات، كما يتناولها التعارض ثم الترجيح بينهما على أيهما يحمل الفرع الفقهي.

المطلب الرابع: القاعدة في الأنظمة السعودية:

من نعم الله علينا في هذه البلاد المباركة أن جميع الأنظمة فيها تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية، يؤكد هذا ما جاء في المادة (٧) من النظام الأساسي للحكم^(١): أنه «يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى، وسنة رسوله، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة»؛ ولذا لا غرابة من ظهور كثير مما جاءت به أحكام الشريعة وما قرره الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ في مدوناتهم من قواعد ومسائل في أنظمة الدولة المختلفة، ويدخل في هذا القاعدة محل الدراسة فمن خلال البحث واستقراء الأنظمة المرعية تبين لي حضورها حضوراً بيناً في الأنظمة الآتية:

(١) صدر النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية بالأمر الملكي رقم: (٩٠/أ) وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ.

أولاً: نظام المعاملات المدنية^(١):

في البداية ينبغي أن يُعلم بأن مصطلح الإثراء بلا سبب هو أحد مصادر الالتزامات المالية^(٢) التي نظم أحكامها نظام المعاملات المدنية

(١) صدر نظام المعاملات المدنية في المملكة العربية السعودية بالمرسوم الملكي رقم: (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ، وهو نظام متقن، يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، ويرفع الخلاف في كل ما جاء به من أحكام فقهية، وينظم الحقوق والالتزامات والعلاقة التعاقدية بين الأشخاص، وقد جاء هذا النظام في (٧٢١) مادة، موزعة على باب تمهيدي، وثلاثة أقسام رئيسية، تناول الباب التمهيدي في تسعة وعشرين مادة أحكاماً تأسيسية تتعلق بالأشخاص والأشياء والأموال والحق بأنواعه واستعماله، ثم جاء القسم الأول في مائتين وسبعة وسبعين مادة، بعنوان: الحقوق الشخصية (الالتزامات)، ثم تبعه القسم الثاني في ثلاثمائة وواحد مادة، بعنوان: العقود المسماة، ثم جاء القسم الثالث في مائة واثنى عشرة مادة، بعنوان: الحقوق العينية، وختم النظام بالأحكام الختامية، وفيها مادتان، احتوت الأولى منهما على واحد وأربعين قاعدة من القواعد الكلية للفقه الإسلامي، هذا وإن من أبرز ما تميز به هذا النظام ما يلي:

١. استعمال المصطلحات الشرعية التي تدل على أصالة المصدرية الشرعية له.
٢. اشتماله على القواعد النظامية الحاكمة على النظام.
٣. إقرار النظام مبدأ حسن النية وتطبيقاته لكونه من المبادئ العادلة والمهمة.
٤. معالجة المواد المتشابهة في موطن واحد.
٥. وضع تعريف لكل عقد من العقود المسماة.
٦. استيعاب النظام للعقود المسماة وغير المسماة.
٧. استبعاد العقود المخالفة للشريعة الإسلامية الموجودة في غيره من الأنظمة والقوانين المدنية.

انظر: نظام المعاملات المدنية لعبد الرحمن المخضوب، مجلة الجمعية الفقهية السعودية العدد (٦٩) (ص: ٦٠٩ وما بعدها).

(٢) عرف مصطفى الزرقا رَحْمَةُ اللَّهِ الْإِزْمَارِ الالتزام بقوله: «كون شخص مكلفاً شرعاً بعمل أو بامتناع عن عمل لمصلحة غيره»، فهو في حقيقته علاقة قانونية نشأت بين =

السعودي، ويعبر فقهاء القانون عن هذا المصطلح بتعبيرات أخرى منها: الفعل النافع، أو الإثراء على حساب الغير، ويمكن توضيح هذا المصطلح بأنه يدل على: واقعة نظامية مؤداها أن يثري شخص -يسمى المثرى- على حساب شخص آخر -يسمى المفتقر- دون سبب مشروع، كعقد هبة أو غيره، فإذا حدثت هذه الواقعة نشأ عنها التزام في ذمة من أثرى، بأن يعرض من افتقر بسبب هذا الإثراء في حدود ما أصابه من افتقار^(١).

ويظهر مما سبق أن الركن الركين لهذه الواقعة النظامية: أن يكون الإثراء إثراءً يترتب عليه خسارة لشخص ما بعلاقة سببية، مثل ما لو اكتسب الشخص منفعة مادية، أو معنوية، أو تجنب خسارة محققة، أو انقضى دينه أو سدت حاجته، سواءً أكان ذلك بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وفي مقابل ذلك حصل نتيجة للإثراء افتقار تحققت فيه خسارة مباشرة أو غير مباشرة على شخص آخر^(٢).

= شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو: المدين بالقيام بأداء مالي لمصلحة الآخر وهو: الدائن، ولهذا الالتزام مصادر ينشأ الالتزام بسببها كالالتزام البائع بدفع المبيع للمشتري، والتزام المشتري بدفع الثمن للبائع، فإن مصدر ذلك هو: عقد البيع الذي وقع بينهما، وقد عد المنظم السعودي وغيره خمسة مصادر للالتزام هي: ١/ العقد. ٢/ التصرف بإرادة منفردة. ٣/ الفعل الضار. ٤/ الإثراء بلا سبب. ٥/ النظام. انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي لمصطفى الزرقا (ص: ٩٣ و ٩٧)، وأحكام الالتزام لأيمن سليم (ص: ٧).

- (١) انظر: معجم لغة الفقهاء لمحمد قلعجي (ص: ٤٢)، والإثراء على حساب الغير بلا سبب في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون لعائش الكبيسي (ص: ٨).
- (٢) انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي لمصطفى الزرقا (ص: ٦٤)، ومصادر الالتزام في القانون المدني لمحمد شريف أحمد (ص: ٢٦٠).

وهذا المصطلح لم يُعهد استخدامه في أدبيات الفقه الإسلامي، ولا يعني هذا أن الفقه لم يعمل أحكامه، بل إن تطبيقاته ماثلة في كثير من الفروع المحررة في المدونات الفقهية، وما القاعدة التي يقوم الباحث بدراساتها في هذا البحث إلا دليل على حضور هذا المفهوم في الفقه الإسلامي؛ إذ يمكنني القول بأن هذه القاعدة داخلية في مصطلح الإثراء بلا سبب دخولاً مباشراً وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي وضوابطه، فمن أنفق عن غيره فأحدث له منفعة فقد افتقر المنفق وأثرى المنفق عنه بلا سبب، وبذلك يصبح المثرى ملزماً بأداء أو ضمان ما أنفق عنه غيره^(١).

إذا تقرر هذا فإن حضور القاعدة محل الدراسة بهذا المصطلح القانوني ظهر في عدد من مواد نظام المعاملات المدنية، بيانا فيما يلي:

- جاء في المادة (١٤٤) من نظام المعاملات المدنية: «كل شخص - ولو غير مميز - يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلزمه في حدود ما أثرى به تعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد».

وتأسيساً على هذه المادة يمكن القول بأن هذه المادة تمثل القاعدة العامة التي أخذ بها المنظم السعودي في كل واقعة يحصل فيها الإثراء على حساب الغير دون مبرر نظامي، والذي يتضح من صياغة المادة

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٦/ ١٤٨)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة لمحمد الزحيلي (٢/ ٨٣١).

أنفة الذكر أنها موافقة للقول المختار في القاعدة محل الدراسة وهو: أن من أنفق عن غيره بغير إذنه فإنه يستحق الرجوع على من أنفق عنه، فالشخص الذي أثرى دون سبب هو المنفق عنه وقد حصل الإثراء على حساب المنفق، وقد قررت هذا المادة وجوب تعويض المنفق عنه للمنفق بكلمة «يلزمه»، وهو قدر زائد عن القول المختار الذي قرره الفقهاء رَحْمَهُمُ اللَّهُ من استحقاق المنفق للرجوع على من أنفق عنه، وليس وجوب ابتدائه هو بالتعويض للمنفق كما يظهر من سياق هذه المادة.

ووفقاً لأحكام المادة أعلاه فإن مقدار التعويض الذي يلتزم به المثرى يتحدد بمقدار قيمة الافتقار على ألا يتجاوز مقداره مقدار الإثراء، فإن تجاوزها فالواجب عندئذ التعويض بمقدار قيمة الإثراء فقط^(١).

وإذا لم يقبل المنفق عنه بتعويض المنفق جاز للثاني رفع دعوى عليه خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات من تاريخ علم صاحب الحق بحقه، وفي كل الأحوال لا تُسمع الدعوى بانقضاء عشر سنوات من تاريخ نشوء الحق^(٢).

- جاء في المادة (٢٦١) من نظام المعاملات المدنية: «من وفى دين غيره ولم يكن متبرعاً كان له الرجوع على المدين بقدر ما دفعه، ما لم

(١) انظر: تقدير التعويض الناشئ عن الإثراء بلا سبب في نظام المعاملات المدنية السعودي لمحمد الأحمدى (ص: ٢٠).

(٢) انظر: المادة (١٥٩) من نظام المعاملات المدنية.

يكن الوفاء بغير إذن المدين وأثبت أن له أي مصلحة في الاعتراض على الوفاء».

من خلال تحليل هذه المادة تبين أنها جاءت لتقرير حكم في مسألة هي إحدى تطبيقات القاعدة محل الدراسة، ويتضح منها أن المنظم السعودي اتخذ موقفاً وسطاً بين القولين في هذه القاعدة، فلم يجز للمنفق الرجوع على المنفق عنه مطلقاً سواء أذن له في الإنفاق أم لم يأذن، كما هو القول الأول، ولم يمنع المنفق مطلقاً من الرجوع إذا كان الإنفاق حصل بغير إذنه، سواء استطاع أن يثبت مصلحة في الاعتراض على الإنفاق أم لا، بل يكون متبرعاً كما هو القول الثاني في القاعدة، بل قرر معالجة تشريعية متوازنة، مضمونها أن الأصل هو جواز رجوع المنفق على المنفق عنه، طالما لم يكن المنفق متبرعاً، حتى وإن كان الإنفاق حصل بغير إذن المنفق عنه، إلا إذا استطاع المنفق عنه في حال عدم أخذ إذنه في الإنفاق أن يثبت مصلحة في الاعتراض على الإنفاق، فعندئذ لا يحق للمنفق الرجوع عليه^(١).

- جاء في المادة (٦٧٧) من نظام المعاملات المدنية فقرة (١): «يلزم المالك الذي يرد إليه الشيء أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من نفقات ضرورية».

(١) انظر: تقدير التعويض الناشئ عن الإثراء بلا سبب في نظام المعاملات المدنية السعودي لمحمد الأحمد (ص: ٣٧ و ٣٨).

ويلحظ أن هذه المادة قررت الحكم في مسألة حيازة أموال الغير والإنفاق عليها ولم تقيّد ذلك بإذن المالك وإنما أطلقت الحكم وهو جواز الرجوع ما دامت هذه النفقات ضرورية؛ لأن المالك أثرى على حساب الحائز دون سبب نظامي يقتضي هذا الإثراء؛ لذلك وجب التعويض، ومن الأمثلة على هذا: النفقة الضرورية على اللقطة فإن للملتقط حق الرجوع بما أنفق عليها من نفقة ضرورية على مالکها، ولا بد من التأكيد أن هذا الحكم لا يسري على النفقات الكمالية، وهذا هو مقتضى العدل الذي قرره المادة ذاتها في الفقرة (٣) منها حيث نصت على أنه: «لا يلزم المالك أداء النفقات الكمالية...».

ثانيًا: نظام الأحوال الشخصية^(١):

- جاء في المادة (٥٩) من نظام الأحوال الشخصية: «في حال عدم إنفاق الأب المוסر أو غيابه ولم يكن له مال يمكن الإنفاق منه على

(١) صدر نظام الأحوال الشخصية في المملكة العربية السعودية بالمرسوم الملكي رقم: (٧٣/م) وتاريخ ١٤٤٣/٨/٦هـ، وهو نظام متقن، يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، ويرفع الخلاف في كل ما جاء به من أحكام فقهية، وينظم العلاقات بين أفراد الأسرة في الحياة وبعد الممات. وقد جاء هذا النظام في (٢٥٢) مادة موزعة على أبواب هي: (الباب الأول: الزواج، والباب الثاني: آثار عقد الزواج، الباب الثالث: الفرقة بين الزوجين، الباب الرابع: آثار الفرقة بين الزوجين، الباب الخامس: الوصاية والولاية، الباب السادس: الوصية، والباب السابع: التركة والإرث، الباب الثامن: أحكام ختامية). هذا وإن من أبرز ما تميز به هذا النظام ما يلي:

١. مراعاة المقاصد الشرعية في كافة أبواب النظام ومواده.

الولد؛ تنفق الأم على الولد إن كانت موسرة، وإن كانت معسرة فينفق من تجب عليه النفقة، في حالة عدم الأب، وتكون ديناً على الأب يرجع بها من أنفق إن كان قد نوى الرجوع على الأب حين إنفاقه، ولا تسمع دعوى الرجوع بنفقة تزيد على سنة سابقة لتاريخ إقامة الدعوى».

وقد بين المنظم في هذه المادة أن نفقة الولد التي يقدمها غير الأب تعتبر ديناً على الأب، وبالتالي يجوز الرجوع عليه من المنفق بشرط أن يكون الإنفاق حصل بنية الرجوع، وهذا يوافق القول المختار في القاعدة محل الدراسة - كما تقدم -، وقد أضاف المنظم معه الشرط الذي اشترطه الحنابلة رَحِمَهُمُ اللَّهُ في إحدى الروايتين عندهم وهي المذهب وهو: أن ينوي المنفق الرجوع على الأب عند الإنفاق على ولده^(١).

ومما يلحظ في هذا السياق أن المنظم قام بتحديد مدة زمنية محددة لسماع مثل هذه الدعوى لأن الإنفاق مدة زمنية طويلة على الولد مع السكوت عن المطالبة قرينة على عدم نية الرجوع، ثم إن إقامة دعوى

= ٢. تحقيق مقصد العدل.

٣. ضبط وتقييد السلطة التقديرية للقضاة.

٤. الحرص على تحقيق الاستقرار الأسري.

٥. حماية حقوق المرأة والطفل.

انظر: نظام الأحوال الشخصية (تاريخه وملاحه) لعبد الرحمن المخضوب، لقاء علمي نظمته الجمعية الفقهية السعودية وهو منشور على صفحة الجمعية على موقع (اليوتيوب).

(١) انظر: القواعد لابن رجب (١/٥٤٣)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٥/٢٠٥)، ومجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري (ص: ٣٦٢).

الرجوع في النفقة خلال أقل من سنة يترتب عليه مصلحة ظاهرة هي: عودة الأب إلى الإنفاق على ولده، ودفع مفسدة ظاهرة هي: عدم مطالبة الأب نفقة مدد طويلة يعجز عن أدائها^(١).

- جاء في المادة (٦٣) من نظام الأحوال الشخصية: «إذا أنفق أحد الأولاد على والديه أو أحدهما ولم ينو الرجوع على إخوته فليس له مطالبتهم، فإن نوى حين إنفاقه الرجوع عليهم - فيما زاد على نصيبه - فله ذلك، على ألا تسمع الدعوى بها عن مدة سابقة تزيد على مائة وثمانين يوماً من تاريخ إقامة الدعوى».

وإن ما يحسن التنبيه عليه أن المادة (٦٢) قررت وجوب نفقة الأبوين غير الموسرين على جميع الأولاد الموسرين، فجاءت المادة (٦٣) لتبين حق الولد في الرجوع على إخوته بما أنفقه على والديه أو أحدهما، وهذا القول مع اشتراط نية المنفق الرجوع اطرده في المنظم مع اختياره في مسألة نفقة الولد التي تحصل من غير الأب الواردة في المادة (٥٩)؛ وذلك لكي لا ينقطع بر الأولاد لآبائهم بسبب انتظار الأولاد مشاركة إخوتهم في النفقة بقدر أنصبتهم من الميراث، بل يبادر الولد لسد حاجة والديه غير الموسرين، ويرجع على إخوته بما زاد عن نصيبه من النفقة، فبهذا تتحقق مصلحة الوالدين، ويحفظ حق الابن المنفق من الضياع.

(١) انظر: التقادم في دعاوى الأحوال الشخصية لمنيرة المطلق، مجلة قضاء العدد (٣٠) (ص: ١٧٤).

- جاء في المادة (٦٦) من نظام الأحوال الشخصية: «مع مراعاة ما تقضي به المادة (٥٩) من هذا النظام، تسقط نفقة القريب بمضي المدة ما لم ينفق عليه غير من وجبت عليه بنية الرجوع، ولا تُسمع دعوى الرجوع بنفقة تزيد على مائة وثمانين يوماً من تاريخ إقامة الدعوى».

يظهر من النظر في هذه المادة أن المنظم أخذ في مسألة النفقة على القريب بذات القول الذي أخذ به في مسألتي النفقة على الولد والنفقة على الوالدين، فبينت المادة أن للمنفق على القريب الرجوع على من تجب عليه النفقة، شريطة أن يكون قد نوى الرجوع حين الإنفاق، وهو القول المختار في القاعدة محل الدراسة - كما تقدم -، مع ملاحظة أنه لا تقبل الدعوى في نفقة القريب عن مدة تسبق تاريخ إقامة الدعوى بمائة وثمانين يوماً، وقد نص الفقهاء رَحْمَهُمُ اللَّهُ على سقوط نفقة القرابة بمضي وقتها^(١)، فإذا مضت مدة ولم ينفق من وجبت عليه النفقة على قريبه المستحق فإنها تسقط، ولا يحق له المطالبة بها؛ وعللوا ذلك: بأن نفقة القرابة تجب من باب البر والصلة، وكفاية المنفق عليه حاجته، فإذا مضى وقت الحاجة زال سبب وجوبها^(٢).

(١) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي (٩/ ٨٥)، وفتح القدير لابن الهمام (٤/ ٤٢٥)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٩/ ٤٠٣)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٥٢٤).
(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام (٤/ ٤٢٥).



المبحث الثالث

التطبيقات الفقهية والقضائية لقاعدة: (من أنفق عن غيره بغير إذنه، هل يرجع؟) وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية للقاعدة:

وفيه فرعان:

بادئ ذي بدء يحسن بيان أن التطبيقات هي أهم الثمرات العملية لدراسة أي قاعدة فقهية، وحيث إن القاعدة التي بين أيدينا تزخر بعدد كبير من التطبيقات الفقهية فإن الأنسب تناولها بحسب الصور التي تدرج تحتها تطبيقات هذه القاعدة.

إذا عُلِمَ هذا فإن الزركشي رَحِمَهُ اللهُ عَد في مشوره صورتين لهذه القاعدة هما:

الصورة الأولى: من أنفق عن غيره بغير إذنه في أمر يجب على من أنفق عنه.

الصورة الثانية: من أنفق عن غيره بغير إذنه في أمر يتعلق به حق المنفق^(١).

وذكر هاتين الصورتين أيضًا ابن رجب رَحِمَهُ اللهُ وزاد عليها صورة ثالثة وهي في حقيقتها تجمع بين الصورتين السابقتين، وهي: من أنفق

(١) انظر: المشور في القواعد الفقهية للزركشي (١/١٥٧).

عن غيره بغير إذنه في أمر يجب على من أنفق عنه، وهو في ذات الوقت يتعلق به حق المنفق^(١).

والمختار أن الصورة الثانية لا اعتبار لذكرها ولا للتفريع عليها؛ لأن الأمر الذي أنفق عليه المنفق وهو يتعلق بحق المنفق إن لم يكن واجباً على المنفق عنه فهو خارج محل النزاع، وقد تقدم بأنه لا خلاف بين الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ في أن من أنفق عن غيره بغير إذنه في شيء لا يلزم المنفق عنه النفقة فيه فلا يستحق المنفق الرجوع بما أنفق^(٢)، أما إن كان الأمر الذي أنفق بسببه المنفق عن غيره واجباً على المنفق عنه، وهو في ذات الوقت يتعلق به حق المنفق، فهو عين الصورة الثالثة فلا داعي حينئذٍ لذكر الصورة الثانية.

ونتيجة لذلك يمكنني القول بأن للقاعدة محل الدراسة صورتين هما:

الصورة الأولى: من أنفق عن غيره بغير إذنه في أمر يجب على من أنفق عنه ولا يتعلق به حق المنفق، هل يرجع؟

الصورة الثانية: من أنفق عن غيره بغير إذنه في أمر يجب على من أنفق عنه، ويتعلق به حق المنفق، هل يرجع؟

(١) انظر: القواعد لابن رجب (١/٥٤٣ و ٥٥٢).

(٢) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٤/١٠٣)، وإعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٥/٣٤٨).

وفيما يلي سأذكر تطبيقين فقهيين لكل صورة من هاتين الصورتين، مع إبراز لأهم نصوص المذاهب الأربعة في هذه المسائل؛ ليتسنى للقارئ الكريم فهم أقوال المذاهب الأربعة في هذه الفروع الفقهية، ومقارنتها بما تم تقريره عند دراسة القاعدة محل البحث، وسأعرض عن التوسع في دراسة هذه التطبيقات؛ لأن المقام هنا مقام تطبيق وتمثيل، وليس مقام تأسيس وتأصيل، ولكل مقام مقال.

الفرع الأول: التطبيقات الفقهية للصورة الأولى من القاعدة:

وهي: من أنفق عن غيره بغير إذنه في أمر يجب على من أنفق عنه ولا يتعلق به حق المنفق، هل يرجع؟

التطبيق الفقهي الأول: مسألة قضاء الدين الواجب بغير إذن المدين:

اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ في ثبوت حق الرجوع من عدمه في قضاء المرء دين غيره دون إذنه إلى مذاهب:

فذهب الحنفية رَحِمَهُمُ اللَّهُ إلى أن من أدى دين غيره دون إذنه فلا يحق له الرجوع بما أدى؛ لأن الكفالة بغير أمر المدين تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع.

جاء في بدائع الصنائع «منها أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه؛ لأن معنى الاستقراض لا يتحقق بدونه ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء، وقال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ يرجع، والصحيح قول

العامّة؛ لأن الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع»^(١).

وذهب المالكية رَحْمَةُ اللَّهِ إِلَى أَنَّهُ يَثْبُت لَهُ حَقُّ الرَّجُوعِ؛ لَصِحَّةِ الْأَدَاءِ دُونَ إِذْنِ الْمَدِينِ، وَهَذَا إِذَا أَدَّى عَلَى سَبِيلِ الرِّفْقِ بِالْمَدِينِ، أَمَا إِنْ كَانَ الْغَرَضُ الْإِضْرَارَ فَلَا رَجُوعَ لَهُ عَلَى الْمَدِينِ، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَى رَبِّ الدِّينِ الَّذِي أَدَاهُ لَهُ.

جاء في الشرح الكبير: «يصح لشخص أن يؤدي ديناً عن آخر بغير إذنه رفقاً بالمؤدي عنه، ويلزم رب الدين قبوله، لا عتاً أي: لأجل العنت والضرر بالمدين، فيرد ما أداه لرب الدين وليس له على المدين مطالبة»^(٢).

وذهب الشافعية رَحْمَةُ اللَّهِ إِلَى أَنَّهُ إِنْ انْتَفَى الْإِذْنُ فِي الْأَدَاءِ فَلَا رَجُوعَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَتَّبِعٌ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ، وَإِنْ أَذِنَ الْمَدِينُ فِي الضَّمَانِ فَقَطْ وَسَكَتَ عَنِ الْأَدَاءِ رَجَعَ فِي الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّهُ أَذِنَ فِي سَبَبِ الْأَدَاءِ، وَالثَّانِي: لَا يَرْجِعُ لانتفاء الإذن في الأداء.

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (١٣/٦)، وانظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٣/٣٠٥).

(٢) الشرح الكبير للدردير (٣/٣٣٤)، وانظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل (٤٧/٦).

جاء في المنهاج: «ومن أدى دين غيره بلا ضمان ولا إذن فلا رجوع، وإن أذن بشرط الرجوع رجع، وكذا إن أذن مطلقاً في الأصح»^(١).
أما الحنابلة رَحِمَهُمُ اللَّهُ فقد بنوا ثبوت حق الرجوع من عدمه في هذه المسألة على النية.

جاء في شرح منتهى الإرادات: «وكل مؤد عن غيره ديناً واجباً فيرجع إن نوى الرجوع وإلا فلا»^(٢).
التطبيق الفقهي الثاني: مسألة شراء الأسير المسلم الحر لتخليصه من الأسر:

اتفق الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ على أن الأسير المسلم في أيدي الكفار يجب فداؤه من ماله، أو من بيت مال المسلمين، أو من مال آحاد المسلمين بقدر الوسع، وهو فرض على الكفاية^(٣)، وقد نقل الإجماع على هذا ابن حزم رَحِمَهُ اللَّهُ حيث قال: «واتفقوا أنه إن لم يقدر على فك المسلم المأسور إلا بمال يعطاه أهل الحرب، أن إعطاءهم ذلك المال حتى يفك ذلك الأسير واجب»^(٤).

- (١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشريبي (٣/ ٢١٩).
(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ١٢٨)، وانظر: كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي (٣/ ٣٧١).
(٣) انظر: الأم للشافعي (٤/ ٢٦٧)، والنوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات لابن أبي زيد القيرواني (٣/ ٣٠١)، والمبسوط للسرخسي (٣٠/ ٢٧١)، والمغني لابن قدامة (٩/ ٢٨٤).
(٤) مراتب الإجماع لابن حزم (ص: ١٢٢).

هذا وقد اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ في رجوع من فدى الأسير عليه فيما دفعه عنه إلى مذاهب:

فذهب الحنفية رَحِمَهُمُ اللَّهُ إلى أنه يرجع بلا شرط، وفي قول عندهم: إن أمره بتخليصه وإلا كان متطوعاً.

جاء في البحر الرائق: «أو أمر الأسير رجلاً ليشتريه ويخلصه أو ليدفع الفداء ويأخذ منه فإنه يرجع وإن لم يشترط الرجوع»^(١).

وفي الدر المختار: «قال لرجل خلصني من مصادرة الوالي أو قال الأسير ذلك فخلصه رجوع بلا شرط على الصحيح»^(٢).

وفي النهر الفائق: «المسلم الأسير إذا اشتراه رجل بغير أمره يكون متطوعاً وبأمره كذلك في القياس، وفي الاستحسان يرجع، وإن لم يقل على أن ترجع علي»^(٣).

وذهب المالكية رَحِمَهُمُ اللَّهُ إلى أنه له الرجوع عليه مطلقاً، شاء أو أبى؛ لأنه فداء ويتبعه به في ذمته إن لم يكن له شيء، وهو أحق به من غرمائه إن كان عليه دين، وإن قصد التبرع فلا يرجع عليه.

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٧/ ٢٩٣).

(٢) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار للحصكفي (ص: ٤٥٨).

(٣) النهر الفائق شرح كنز الدقائق لسراج الدين عمر ابن نجيم الحنفي (٣/ ٥٦٣).

جاء في الذخيرة: «وأكثر العلماء على أن من فدى أسيراً بغير أمره وله مال يرجع عليه»^(١).

وفي القوانين الفقهية: «ومن فدى أسيراً بأمره رجع عليه بالفدية اتفاقاً فإن فداه بغير أمره ولا علمه رجع أيضاً عليه»^(٢).

وفي التاج والإكليل: «إن اشترت حرّاً مسلماً من أيدي العدو بأمره أو بغير أمره فلترجع عليه بما اشترته به على ما أحب أو كره؛ لأنه فداء. قال في العتبية: يؤخذ بذلك وإن كثر وإن كان أضعاف قيمته شاء أو أبى»^(٣).

وذهب الشافعية رَحِمَهُمُ اللَّهُ إلى أن من فدى أسيراً بمال بغير سؤال الأسير لم يرجع عليه به، ورجع عليه إن أمره.

جاء في الأم: «إذا دخل الرجل بلاد الحرب فوجد في أيديهم أسيراً أو أسارى رجالاً ونساءً من المسلمين فاشتراهم وأخرجهم من بلاد الحرب فأراد أن يرجع عليهم بما أعطى فيهم لم يكن ذلك له وكان متطوعاً بالشراء وزائداً أن اشترى ما ليس يباع من الأحرار، فإن كان بأمرهم اشتراهم رجع عليهم بما أعطى فيهم من قبل أنه أعطى بأمرهم»^(٤).

(١) الذخيرة للقرافي (٣/٣٨٩).

(٢) القوانين الفقهية لابن جزي (ص: ١٠٢).

(٣) التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق (٤/٦٠٥).

(٤) الأم للشافعي (٤/٢٦٢).

وفي روضة الطالبين: «ومتى فدى أسيراً بهال بغير سؤال الأسير، لم يرجع عليه به، ولو قال الأسير: افدني بكذا على أن ترجع علي، ففعل، رجع عليه، وكذا لو لم يشرط الرجوع على الأصح»^(١).

وذهب الحنابلة رَحِمَهُمُ اللَّهُ إِلَى أَنْ لَهُ الرُّجُوعُ مَطْلَقًا.

جاء في مختصر الخرقى: «وإذا اشترى المسلم أسيراً من أيدي العدو لزم الأسير أن يؤدي ما اشتراه به»^(٢).

وشرح صاحب المغني عبارة الخرقى بقوله: «لا يخلو هذا من حالين؛ أحدهما، أن يشتريه بإذنه، فهذا يلزمه أن يؤدي إلى المشتري ما أداه فيه، بغير خلاف نعلمه، إذا وزن بإذنه؛ لأنه إذا أذن فيه، كان نائبه في شراء نفسه، فكان الثمن على الأمر، كالوكيل. والثاني، أن يشتريه بغير إذنه، فيلزم الأسير الثمن أيضًا عند أحمد»^(٣).

الفرع الثاني: التطبيقات الفقهية للصورة الثانية من القاعدة:

وهي: من أنفق عن غيره بغير إذنه في أمر يجب على من أنفق عنه، ويتعلق به حق المنفق، هل يرجع؟

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي (١٠/ ٢٩٥).

(٢) المغني لابن قدامة (٩/ ٢٨٣).

(٣) المغني لابن قدامة (٩/ ٢٨٣).

التطبيق الفقهي الأول: مسألة إنفاق المرتهن على الرهن:

اتفق الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ على أن منافع الرهن تكون للراهن وعليه بذلك النفقة، فله غنم الرهن وعليه غرمه^(١).

إذا تقرر هذا فإن الخلاف قد وقع فيما لو أنفق المرتهن على الرهن بغير إذن الراهن هل له الرجوع بما أنفق:

فذهب الحنفية رَحِمَهُمُ اللَّهُ في هذه المسألة إلى أنه إن أنفق المرتهن على الرهن فلا يرجع به على الراهن، إلا إن أذن له الراهن، أو كان الإنفاق بأمر القاضي.

جاء في المبسوط: «وما أنفق المرتهن على الرهن، والراهن غائب فهو منه تطوع؛ لأنه تبرع بالإنفاق على ملك الغير بغير أمره، فإن أمره القاضي أن ينفق، ويجعله على الرهن فهو دين على الرهن؛ لأن الإنفاق بأمر القاضي كالإنفاق بأمر الراهن»^(٢).

وفي مجمع الأنهر: «وما أداه أحدهما، أي الراهن والمرتهن، مما وجب على صاحبه بلا أمر، أي: بغير أمر القاضي، فهو تبرع فيما أداه كما إذا قضى دين غيره بغير أمره، وما أداه مما وجب على صاحبه بأمر القاضي يرجع المؤدي به، أي بما أداه»^(٣).

(١) انظر: اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة (١/٤١٧).

(٢) المبسوط للسرخسي (٢١/١١١).

(٣) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخ زاده (٢/٥٩٠).

وذهب المالكية رَحْمَهُمُ اللَّهُ إلى أنه إن أنفق المرتهن على الرهن، رجع به على الراهن، سواء كان بأمر الراهن أو بغير أمره، ولو لم يكن ذلك أيضًا بأمر القاضي.

جاء في التهذيب: «وإن أنفق المرتهن على الرهن بأمر ربه أو بغير أمره، رجع بما أنفق على الراهن»^(١).

وفي جامع الأمهات: «ويرجع المرتهن بنفقة الرهن أذن أو لم يأذن»^(٢). أما الشافعية رَحْمَهُمُ اللَّهُ وإن كانوا أثبتوا النفقة على الراهن إلا أنهم منعوا أن يرجع المرتهن بالنفقة سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا، إلا أن يكون أنفق بأمره، أو أذن الحاكم عند غيبة الراهن.

جاء في البيان: «فإن أنفق المرتهن بغير إذنه كان متطوعا، وإن أنفق بإذن الراهن ليرجع به عليه رجع به عليه إذا أيسر...، وإن كان الراهن غائبا رفع الأمر إلى الحاكم، فإن كان للراهن مال أنفق عليه من ماله، وإن لم يكن له مال، فإن أنفق المرتهن بإذن الحاكم رجع به على الراهن، وإن أنفق عليه بغير إذن الحاكم مع القدرة عليه كان متطوعا، ولم يرجع»^(٣).

(١) التهذيب في اختصار المدونة للبراذعي (٦٠ / ٤).

(٢) جامع الأمهات لابن الحاجب (ص: ٣٧٩).

(٣) البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمري (٩٢ / ٦).

وأما الحنابلة رَحِمَهُمُ اللَّهُ فقالوا: إذا أنفق المرتهن على الرهن، متبرعاً لم يرجع بشيء؛ لأنه تصدق به، وأما إن نوى الرجوع على الراهن، فإن كان ذلك بإذنه رجع عليه؛ وإن كان بغير إذنه، فلهم روايتان في ذلك.

جاء في الكافي: «وإن أنفق المرتهن على الرهن متبرعاً، لم يرجع، وإن أنفق بإذن الراهن بنية الرجوع، رجع بما أنفق؛ لأنه نائب عنه، فأشبهه الوكيل، وإن أنفق بغير إذنه معتقداً للرجوع نظرنا، فإن كان مما لا يلزم الراهن، كعمارة الدار، لم يرجع بشيء؛ لأنه تبرع بما لا يلزمه، فلم يرجع به كغير المرتهن، وإن كان مما يلزمه، كنفقة الحيوان، وكفن العبد، فهل يرجع به؟ على روايتين»^(١).

وفي منار السبيل: «وإن أنفق المرتهن على الرهن بلا إذن الراهن مع قدرته على استئذانه فمتبرع حكماً؛ لتصدق به، فلم يرجع بعوضه ولو نوى الرجوع، كالصدقة على مسكين، ولتفريطه بعدم الاستئذان، وإن أنفق بإذنه بنية الرجوع رجع؛ لأنه نائب أشبه الوكيل، وإن تعذر استئذانه وأنفق بنية الرجوع رجع، ولو لم يستأذن الحاكم، لاحتياجه لحراسة حقه»^(٢).

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة (٢/ ٨٤).

(٢) منار السبيل في شرح الدليل لابن ضويان (١/ ٣٥٧).

التطبيق الفقهي الثاني: مسألة إنفاق أحد الشريكين على المال المشترك بينهما:

الشركة مشروعة بإجماع الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ^(١)، والأصل أن الإنفاق على المال المشترك بين الشريكين يكون من مسؤولية الشريكين معاً.

وقد اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ فيما إذا أنفق أحد الشريكين على المال المشترك بينهما في حال غيبة شريكه أو امتناعه، هل له أن يرجع عليه بما أنفق؟ على مذاهب:

فذهب الحنفية رَحِمَهُمُ اللَّهُ إلى التفرقة بين إنفاق أحد الشريكين فيما ينقسم وما لا ينقسم، وذهبوا إلى أنه إن أنفق أحد الشريكين فيما ينقسم، دون إذن شريكه، فهو متبرع لا رجوع له على شريكه بما أنفق؛ لأن له بالقسمة مندوحة عن ذلك، واستثنوا المال المشترك في مكان مخوف، فإنه ينفق على نقله وتأمينه، ويرجع المنفق بما أنفق على شريكه، أما فيما لا ينقسم: فإنه يرجع المنفق بإذن القاضي، على شريكه بما أنفق.

جاء في المبسوط: «ولو كان بيت بين رجلين أو دار فانهدمت لم يكن لأحدهما أن يجبر صاحبه على البناء؛ لأن تمييز نصيب أحدهما من نصيب الآخر بقسمة الساحة ممكن فإن بناها أحدهما لم يرجع على شريكه بشيء؛ لأنه غير مضطر في هذا البناء فإنه يتمكن من مطالبة صاحبه بالقسمة لينبغي في نصيب نفسه بخلاف العلو والسفل، وكذلك

(١) انظر: الإقناع لابن المنذر (١/٢٦٨).

الحائط إن لم يكن عليه جذوع؛ لأن أس الحائط محتمل للقسمة بينهما إلا أن يكون بحيث لا يحتمل القسمة نحو الحائط المبني بالخشبة فحينئذ يجبر أحدهما على بنائه، وإذا بناه أحدهما مع صاحبه منع من الانتفاع به حتى يردّ عليه قيمة نصيبه»^(١).

وفي البحر الرائق: «إذا أنفق على العبد في غيبة شريكه بغير إذن القاضي وبغير إذن صاحبه، وكذا النخل والزرع، وكذا المودع والمثلث إذا أنفق على الوديعة واللقطة، وكذا في الدار المشتركة إذا اشترت فأنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وبغير أمر القاضي فهو متطوع»^(٢).

وعند المالكية رَحِمَهُمُ اللَّهُ يرجع المنفق على شريكه بما أنفق، إما في حصته من الغلة، أو أجرة ما أنفق، على خلاف عندهم.

جاء في التوضيح: «إذا انهدمت الرحى المشتركة فأقامها أحدهم إذا أبى الباقيون فعن ابن القاسم»^(٣): الغلة كلها لمقيمها وعليه أجرة نصيبهم خراباً، وعنه أيضاً: يكون شريكاً في الغلة بما زاد بعمارته، فإذا

(١) المبسوط للسرخسي (٩٢/١٧).

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٢٣٧/٤).

(٣) هو: عبد الرحمن بن القاسم العُتُقِي، يكنى بأبي عبد الله، ولد سنة: ١٢٨ هـ، فقيه مالكي، وهو من أثبت الناس في فقه الإمام مالك وأعلمهم بأقواله؛ لأنه صحبه نحو عشرين سنة وروى عنه الموطأ، وقد خرج عنه البخاري في صحيحه، من تلاميذه: يحيى بن دينار، ويحيى بن يحيى الأندلسي، وأسد بن الفرات، وسحنون، توفي بمصر سنة ١٩١ هـ. انظر في ترجمته: ترتيب المدارك وتقريب المسالك للقاضي عياض (٢٤٤/٣)، والديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون (٤٦٥/١).

كانت قيمتها عشرة وبعد العمارة خمسة عشر فله ثلث الغلة بعمارته، والباقي بينهم ثم من أراد أن يدخل معه دفع ما ينوبه من قيمة ذلك يوم دفعه، وقيل: الغلة بينهم ويستوفي منها ما أنفق»^(١).

وذهب الشافعية رَحِمَهُمُ اللَّهُ إلى أنه لا يرجع الشريك المنفق دون إذن شريكه أو بأمر الحاكم بشيء مما أنفق على شريكه، وهو متبرع.

جاء في البيان في مسألة انهدام جدار مشترك بين جارين: «وإن بناه الشريك بإذن الممتنع أو بإذن الحاكم كان الحائط ملكاً بينهما كما كان، ويرجع الذي بناه على شريكه بحصته من النفقة، وإن بناه بغير إذن شريكه، ولا إذن الحاكم لم يرجع بما أنفق؛ لأنه متطوع بالإنفاق»^(٢).

أما الحنابلة فالصحيح من مذهبهم أن الشريك يجبر على العمارة مع شريكه، فإن امتنع أخذ الحاكم من ماله، وإن أنفق الشريك بإذن شريكه أو إذن الحاكم، أو بغير إذنها على الصحيح لكن بنية الرجوع فله أن يرجع.

جاء في الإنصاف: «إذا قلنا يجبر على بنائه معه وهو المذهب، وامتنع: أجبره الحاكم على ذلك، فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه، فإن لم يكن له عين مال باع من عروضه، فإن تعذر اقترض عليه، وإن عمره شريكه بإذنه أو إذن حاكم رجع عليه، وإن أراد بناءه

(١) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب لخليل (٦/ ٣٧٠).

(٢) البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٦/ ٢٦٩)، وانظر: الشرح الكبير للرافعي (٥/ ١١٠).

لم يملك الشريك منعه، وما أنفق إن تبرع به لم يكن له الرجوع، وإن نوى الرجوع به فهل له الرجوع؟ قال في الشرح: يحتمل وجهين، بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه^(١).

وفي شرح منتهى الإرادات: «إن بناه شريك بإذن شريكه أو بإذن حاكم أو بدون إذنها ليرجع على شريكه وبناه شركة رجع لرجوعه على المنفق عنه فقد قام عنه بواجب»^(٢).

المطلب الثاني: التطبيقات القضائية للقاعدة:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: التطبيق القضائي للصورة الأولى من القاعدة:

وهي: من أنفق عن غيره بغير إذنه في أمر يجب على من أنفق عنه ولا يتعلق به حق المنفق، هل يرجع؟

تتضمن دراسة التطبيق القضائي ما يأتي:

أولاً: موضوع القضية:

الرجوع بنفقة طفلة على والدها^(٣).

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٥/٢٦٨).

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/١٥٢).

(٣) تم نشر هذه القضية في مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤ هـ الصادرة عن مركز البحوث بوزارة العدل (١٢/٥ وما بعدها).

ثانيًا: رقم القضية وتاريخها:

رقم الدعوى: (٣٣٣٣٦٢١)، رقم الصك: (٣٤٧٢٦١) في ١٠ / ١ / ١٤٣٤ هـ.

ثالثًا: جهة الإصدار:

المحكمة العامة بنجران.

رابعًا: الدعوى:

ادعت المدعية في هذه القضية بالآتي:

- أن المدعى عليه تزوجها ثم طلقها بعد أن أنجبت منه طفلة.
- منذ ولادة الطفلة حتى أخذها والدها لم ينفق عليها سوى مبلغ وقدره (١٢٥٠ ريال).
- تطلب إلزامه بدفع نفقة ابنتها عن المدة الماضية كاملة.

خامسًا: الإجابة:

أجاب المدعى عليه في هذه القضية بالآتي:

- صادق المدعى عليه على ما جاء في الدعوى.
- دفع بأن سبب امتناعه عن النفقة هو منعه من زيارة ابنته، وأنه ليس لديه بيئة على منعه من الزيارة إلا شاهدًا واحدًا فقط.

سادساً: التسبيب:

استند فضيلة القاضي في حكمه على ما يلي:

- إقرار المدعى عليه بما ذكرته المدعية من عدم قيامه بالنفقة.
- إقرار المدعية أن ما أنفقته على ابنتها طيلة المدة الماضية بغير نية الرجوع على الأب سوى شهر واحد فقط مما مضى نوت فيه الرجوع.
- ما قرره الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ من ثبوت حق الرجوع إذا كان المنفق ينوي الرجوع على من تجب عليه النفقة^(١).
- تقدير هيئة النظر لنفقة البنت أنها تساوي (٦٠٠ ريال) شهرياً.

سابعاً: الحكم:

- إلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية نفقة شهر واحد فقط وقدرها (٦٠٠ ريال).
- صرف النظر عما زاد عن ذلك مما تطلبه المدعية في دعواها.

(١) يقول الحجاوي رَحِمَهُ اللَّهُ: «لو غاب زوج فاستدانت لها ولأولدها الصغار رجعت ولو امتنع زوج أو قريب من نفقة واجبة بأن تطلب منه فيمتنع رجع عليه منفق عليه بنية الرجوع». الإقناع في فقه الإمام أحمد (٤/ ١٥٠). وقال البهوتي رَحِمَهُ اللَّهُ: «(ولو امتنع منها) أي: النفقة (زوج أو قريب) فأنفق عليهما غيره (رجع عليه منفق) على زوجة أو قريب (بنية رجوع)؛ لأن الامتناع قد يكون لضعف من وجبت له، وقوة من وجبت عليه، فلو لم يملك المنفق الرجوع لضاع الضعيف». شرح منتهى الإرادات (٣/ ٢٤٢).

ثامناً: التصديق:

صُديق الحكم من دائرة الأحوال الشخصية بمحكمة الاستئناف بمنطقة عسير بالقرار رقم: (٣٤٢٧٧٤٢٨) وتاريخ ٢٤ / ٧ / ١٤٣٤ هـ.

تاسعاً: التحليل:

يظهر من هذا الحكم أن فضيلة ناظر القضية أخذ بالقول القائل بأن النفقة على الأبناء تعد ديناً في ذمة الأب بمجرد وجوبها عليه وامتناعه عن أدائها، وللمنفق حينئذ الرجوع عليه بما أنفق، وهذا هو قول المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، من حيث الجملة، ونص فضيلته في حكمه على اشتراط ما اشترطه الحنابلة رَحِمَهُمُ اللَّهُ وهو: أن ينوي المنفق الرجوع على من أنفق عنه حين الإنفاق؛ لذا لم يحكم للمدعية بالرجوع بما أنفقت إلا في شهر واحد فقط؛ لأنها أنفقت فيه

(١) ذهب المالكية إلى أن المنفق غير المتبرع يرجع على من تجب عليه النفقة إذا كان موسراً، بل قالوا: له أن يرجع على الطفل إن كان للطفل مال حينما أنفق عليه. انظر: المدونة للإمام مالك (١/٣٢٨)، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب (٤/١٩٣).

(٢) ذهب الشافعية إلى اشتراط إذن الحاكم في الإنفاق؛ ليرجع المنفق على من تجب عليه النفقة. انظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي (٢/٤٦٢)، وحاشية الجمل (٤/٥١٤).

(٣) ذهب الحنابلة إلى أنه إذا أنفق غير من تجب عليه النفقة بنية الرجوع فله الرجوع على من تلزمه النفقة. انظر: الإقناع في فقه الإمام أحمد للحجاوي (٤/١٥٠)، وكشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي (٥/٤٨٦).

بنية الرجوع، أما باقي المدة فقد أنفقت فيها من غير نية الرجوع حسب إقرارها هي بذلك.

ثم إن هذا الحكم وإن كان قد صدر في وقت سابق لصدور نظام الأحوال الشخصية إلا أنه موافق لما جاء فيه، حيث نصت المادة (٥٩) منه على أنه: «في حال عدم إنفاق الأب المוסر أو غيابه ولم يكن له مال يمكن الإنفاق منه على الولد؛ تنفق الأم على الولد إن كانت موسرة، وإن كانت معسرة فينفق من تجب عليه النفقة، في حالة عدم الأب، وتكون ديناً على الأب يرجع بها من أنفق إن كان قد نوى الرجوع على الأب حين إنفاقه...».

ولعل من المفيد أن أبين هنا وجه العلاقة بين هذا التطبيق القضائي والصورة التي يندرج تحتها من صور القاعدة محل الدراسة، ووجه ذلك: أن المدعية أنفقت على طفلتها بغير إذن من زوجها كما يظهر من وقائع الدعوى، وحصل ذلك في أمر واجب عليه وهو إنفاقه على ابنته، وهذا الإنفاق الذي قامت به المدعية متعلق بحق الطفل وليس لها حق فيه؛ لأنها مطلقة ولا حق للمطلقة البائن في النفقة إذ كانت حائلاً على الصحيح^(١).

(١) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (٣/ ١١٣)، والمغني لابن قدامة (٨/ ٢٢٥).

الفرع الثاني: التطبيق القضائي للصورة الثانية من القاعدة:

وهي: من أنفق عن غيره بغير إذنه في أمر يجب على من أنفق عنه، ويتعلق به حق المنفق، هل يرجع؟

تتضمن دراسة التطبيق القضائي ما يأتي:

أولاً: موضوع القضية:

رجوع زوجة على زوجها الذي لم ينفق عليها في مدة مضت^(١).

ثانياً: رقم القضية وتاريخها:

رقم الدعوى: (٣٣١٥٢٦٢)، رقم الصك: (٣٣٣٤٥٥٤٨) في ١٦/٧/١٤٣٣هـ.

ثالثاً: جهة الإصدار:

المحكمة العامة بالرياض.

رابعاً: الدعوى:

ادعت المدعية في هذه القضية بالآتي:

- أن المدعى عليه تزوجها ومكثت عنده شهرين ونصف، ولما طالبت بتنفيد شروطها المتفق عليها في عقد الزواج ذهب بها إلى بيت أهلها وتوقف عن النفقة عليها.

(١) تم نشر هذه القضية في مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ الصادرة عن مركز البحوث بوزارة العدل (١٢/٧٨ وما بعدها).

- أن المدعى عليه لم ينفق عليها خلال المدة الماضية كاملة، وقد حلفت اليمين على ذلك.

- أن المدعى عليه أقام عليها دعوى يطالب فيها بانقيادها لبيت الزوجية، فصدر حكم مكتسب القطعية يقضي بعدم استحقاقه لذلك لعدم وفائه بالشروط المذكورة في عقد النكاح.

- أن المدعى عليه طلقها بعد إقامتها لهذه الدعوى.

- تطلب إلزام المدعى عليه بدفع نفقتها الواجبة عن كامل المدة الماضية، وكذلك النفقة المستقبلية لحين انتهاء عدتها.

خامساً: الإجابة:

أجاب المدعى عليه في هذه القضية بالآتي:

- أقرّ المدعى عليه بالزواج من المدعية.

- أن المدعية بقيت عند أهلها لمدة أربعة أشهر ورفضت أن تعود معه إلى بيت الزوجية.

- أن سبب امتناعه عن الإنفاق عليها هو: رفضها الرجوع إليه رغم محاولاته المتكررة.

سادساً: التسبيب:

استند فضيلة القاضي في حكمه على ما يلي:

- قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾^(١).
- قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾^(٢).

- قول النبي ﷺ: «خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك وولدك»^(٣).
- إجماع العلماء رَحِمَهُمُ اللَّهُ على أن الزوج يجب عليه أن ينفق على زوجته بالمعروف^(٤).
- ما ترجح من أقوال الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ أن نفقة الزوجة لا تسقط بمضي الزمان، بل تعد ديناً على الزوج؛ لأنها تجب على سبيل البدل في عقد معاوضة جزاء الاحتباس فلا تسقط بمضي الزمان^(٥).
- يمين المدعية على أنها لم تستلم من المدعى عليه نفقة منذ إخراجها من المنزل إلى الآن.

(١) سورة النساء من الآية (٣٤).

(٢) سورة الطلاق من الآية (٧).

(٣) صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف (٧/ ٨٥)، برقم: (٥٣٦٤)، وصحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب قضية هند رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا (٥/ ١٢٩)، برقم: (٤٥٧٤).

(٤) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٥/ ١٥٧)، ومراتب الإجماع لابن حزم (ص: ٧٩).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٢٣٤)، والمجموع شرح المهذب للنووي (١٨/ ٢٧٤ و ٢٧٥)، والقوانين الفقهية لابن جزي (ص: ١٤٨).

- تقدير هيئة النظر لنفقة الزوجة في المدة السابقة واللاحقة بمبلغ وقدره (٨٠٠ ريال) عن كل شهر.

سابعاً: الحكم:

إلزام المدعى عليه بدفع نفقة المدعية عن المدة السابقة كاملة، مع دفع نفقتها المستقبلية إلى حين انقضاء عدتها.

ثامناً: التصديق:

صُديق الحكم من دائرة الأحوال الشخصية الأولى بمحكمة الاستئناف بمنطقة الرياض بالقرار رقم: (٣٤١٦٦٩٩١) وتاريخ ٢١/٣/١٤٣٤هـ.

تاسعاً: التحليل:

يظهر من هذا الحكم أن فضيلة ناظر القضية ألزم الزوج بالنفقة عن المدة الماضية، ولم يُعد بقاء المرأة في بيت أهلها نشوزاً رغم امتناعها عن العودة إلى بيت الزوجية؛ لأن الزوج خالف الشروط التي اتفقا عليها في عقد النكاح، وبناء عليه لم تسقط عنه نفقة زوجته طيلة المدة السابقة لرفع الدعوى؛ فحكم القاضي لها بالرجوع عليه بما أنفقته على نفسها.

ومما تحسن ملاحظته في هذا الحكم أن فضيلة القاضي لم يشترط لرجوع الزوجة على زوجها أي شرط مما يشترطه الفقهاء رَحْمَهُمُ اللَّهُ في

مثل هذه المسائل، وهذا هو مذهب المالكية^(١)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٢)؛ وذلك لأن أهل العلم فرقوا بين نفقة الزوجة وبين نفقة غيرها من الأبناء والأقارب، فذكروا أن نفقة الزوجة حق يجب باليسار والإعسار، ولا يسقط بمضي الزمان كأجرة العقار ونحوه^(٣).

ولعل من المفيد أن أبين هنا وجه العلاقة بين هذا التطبيق القضائي والصورة التي يندرج تحتها من صور القاعدة محل الدراسة، ووجه ذلك: أن المدعية أنفقت على نفسها طيلة الفترة التي منع عنها زوجها النفقة كما يظهر من وقائع الدعوى، وحصل الإنفاق منها وعليها في أمر هو في حقيقته واجب على الزوج، وهو في ذات الوقت يتعلق به حق المنفق وهي الزوجة التي أنفقت على نفسها وسدت حاجتها طيلة المدة السابقة لرفع الدعوى.

(١) انظر: التهذيب في اختصار المدونة للبراذعي (٣/٤٠٣)، والبيان والتحصيل لابن رشد (٥/٣٥٨).

(٢) انظر: الروض المربع شرح زاد المستقنع للبهوتي (ص: ٦٢١)، ونيل المأرب بشرح دليل الطالب للشيباني (٢/٢٩٤).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٨/٢٠٨)، والمجموع شرح المهذب للنووي (١٨/٢٧٤)، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل للخطاب (٤/٢١٢).

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، أحمدوه وأشكروه على ما منّ به عليّ من إتمام دراسة هذه القاعدة الفقهية المهمة، وفي ختام هذا العمل أشير هنا إلى أهم النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

- الأصل العام الذي جاءت به الشريعة أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره من غير إذنه، وهو المنطلق الذي يبنى عليه النظر في القاعدة محل البحث.

- الصيغة المختارة لهذه القاعدة هي: (من أنفق عن غيره بغير إذنه، هل يرجع؟)؛ ومما دفعني لاختيار هذه الصيغة أنها جاءت بصيغة الاستفهام الذي يدل على الخلاف القوي فيها.

- مجال إعمال هذه القاعدة في الحقوق التي تدخلها النيابة وهي جميع ما يؤديه المرء عن الغير مما وجب عليهم ولا يفتقر أدائه إلى نية.

- الراجع - والله أعلم - في القاعدة محل الدراسة هو القول الأول القائل بأن من أنفق عن غيره بغير إذنه فإنه يستحق الرجوع على من أنفق عنه، مع مراعاة الشروط والضوابط المذكورة في ثنايا هذا البحث.

- سبب الخلاف في هذه القاعدة راجع إلى الاختلاف في تكييف العلاقة الناشئة بين المنفق والمنفق عنه بغير إذنه، فمن كيف العلاقة التي نشأت أنها تبرع محض قال بعدم استحقاق رجوع المنفق على من

أنفق عنه، ومن قال إنها ضمان قال باستحقاق الرجوع، وذلك لأن التبرع والضمان لا يتصور اجتماعهما في عقد واحد.

- من خلال استقراء كلام الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ تبين أنه يمكن تصنيف شروط هذه القاعدة إلى ثلاثة أنواع، هي: شروط رئيسية اشتراطها هو محل اتفاق بين فقهاء المذاهب الأربعة، وشروط فرعية اشتراطها هو محل خلاف بينهم، وشروط يذكرها بعض فقهاء المذاهب في فروع من تطبيقات القاعدة ولا يقولون بها في فروع أخرى، وهذه لا يمكن اعتبارها شرطاً للقاعدة، وإنما تبقى شرطاً للحكم في المسألة التي وردت فيها.

- هذه القاعدة حاضرة في نظام المعاملات المدنية السعودي بمصطلح الإثراء بلا سبب، وهو: كل واقعة نظامية مؤداها أن يثري شخص -يسمى المثرى- على حساب شخص آخر -يسمى المفتقر- دون سبب مشروع، فإذا حدثت هذه الواقعة نشأ عنها التزام في ذمة من أثرى، بأن يعوض من افتقر بسبب هذا الإثراء في حدود ما أصابه من افتقار.

- هذه القاعدة حاضرة أيضاً في نظام الأحوال الشخصية السعودي، وقد اختار المنظم فيه القول المختار في هذا البحث، من أن من أنفق عن غيره بغير إذنه فإنه يستحق الرجوع على من أنفق عنه.

- المختار أن للقاعدة محل الدراسة صورتين:



الأولى: من أنفق عن غيره بغير إذنه في أمر يجب على من أنفق عنه ولا يتعلق به حق المنفق، هل يرجع؟

الثانية: من أنفق عن غيره بغير إذنه في أمر يجب على من أنفق عنه، ويتعلق به حق المنفق، هل يرجع؟

ثانيًا: التوصيات:

- أوصي الباحثين في الفقه الإسلامي بالعناية بتتبع القواعد الفقهية لا سيما غير المشتهرة ودراستها دراسة تأصيلية تطبيقية.

- تطوير النشر العلمي الرقمي للأحكام القضائية؛ ليكون أشمل من جهة، وأيسر في البحث من جهة أخرى، فقد ظهرت لي صعوبة البحث الدقيق وعدم فاعلية الأدوات التي أطلقتها وزارة العدل مؤخرًا، مما يؤدي إلى ضرورة القراءة الموسعة في مدونات الأحكام القضائية المطبوعة للوصول إلى المطلوب، وهذا يتطلب وقتًا أطول.

وأخيرًا: أدعو الله سبحانه وتعالى أن يغفر لي ما بدر من زلل أو تقصير، وأن ينفع بهذا العمل، وأن يجعله خالصًا لوجهه الكريم، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

فهرس المصادر والمراجع

١. الإثراء على حساب الغير بلا سبب في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون، تأليف: د. عايش بن رجب الكيسي، ١٤٠٦هـ.
٢. الإجماع، تأليف: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الناشر: دار الآثار للنشر والتوزيع بالقاهرة، الطبعة: الأولى ١٤٢٥هـ، تحقيق: أبو عبد الأعلى خالد محمد عثمان.
٣. أحكام الالتزام دراسة مقارنة، تأليف: أ.د. أيمن بن سعد سليم، الناشر: دار حافظ للنشر والتوزيع بجدة.
٤. أحكام القرآن، تأليف: أحمد بن علي الجصاص الحنفي، الناشر: دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة: الأولى ١٤١٥هـ، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين.
٥. اختلاف الأئمة العلماء، تأليف: يحيى بن هبيرة بن محمد بن هبيرة الذهلي الشيباني، الناشر: دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة: الأولى ١٤٢٣هـ، تحقيق: السيد يوسف أحمد.
٦. الاختيار لتعليل المختار، تأليف: عبد الله بن محمود الموصللي البلدحي الحنفي، الناشر: مطبعة الحلبي بالقاهرة ١٣٥٦هـ، تحقيق: محمود أبو دقيقة.
٧. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، تأليف: محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي ببيروت، الطبعة: الثانية ١٤٠٥هـ، تحقيق: زهير الشاويش.
٨. الاستذكار، تأليف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، الناشر: دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة: الأولى ١٤٢١هـ، تحقيق: سالم محمد عطا و محمد علي معوض.

٩. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تأليف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة: الأولى ١٤١٩هـ، تحقيق: زكريا عميرات.
١٠. الأشباه والنظائر، تأليف: تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة: الأولى ١٤١١هـ.
١١. الأشباه والنظائر، تأليف: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة: الأولى ١٤١١هـ.
١٢. الإشراف على مذاهب العلماء، تأليف: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الناشر: مكتبة مكة الثقافية برأس الخيمة، الطبعة: الأولى ١٤٢٥هـ، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري.
١٣. إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، تأليف: أبو بكر عثمان بن محمد الدمياطي الشافعي المشهور بالبكري، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الأولى ١٤١٨هـ.
١٤. إعلام الموقعين عن رب العالمين، تأليف: محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، الناشر: دار ابن الجوزي بالدمام، الطبعة: الأولى ١٤٢٣هـ، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان.
١٥. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي، الناشر: دار المعرفة بيروت، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي.
١٦. الإقناع، تأليف: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الطبعة: الأولى ١٤٠٨هـ، تحقيق: د. عبد الله بن عبد العزيز الجبرين.
١٧. الأم، تأليف: أبو عبد الله محمد بن إدريس المطلبي القرشي المكي، الناشر: دار المعرفة بيروت ١٤١٠هـ.



١٨. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تأليف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، وفي آخره تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي، وبالحاشية منحة الخالق لابن عابدين.
١٩. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الناشر: دار الحديث بالقاهرة ١٤٢٥هـ.
٢٠. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة: الثانية ١٤٠٦هـ.
٢١. البناية شرح الهداية، تأليف: محمود بن أحمد بن موسى الحنفي المعروف ببدر الدين العيني، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ.
٢٢. البهجة في شرح تحفة الحكام، تأليف: علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة: الأولى ١٤١٨هـ، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين.
٢٣. البيان في مذهب الإمام الشافعي، تأليف: أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، الناشر: دار المنهاج بجدة، الطبعة: الأولى ١٤٢١هـ، تحقيق: قاسم محمد النوري.
٢٤. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تأليف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الناشر: دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة: الثانية ١٤٠٨هـ، تحقيق: د. محمد حجي وآخرون.

٢٥. التاج والإكليل لمختصر خليل، تأليف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم الغرناطي المعروف بالمواق، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة: الأولى ١٤١٦هـ.
٢٦. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، تأليف: عثمان بن علي البارعي الزيلعي الحنفي، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية بالقاهرة، الطبعة: الأولى ١٣١٣هـ.
٢٧. التجريد، تأليف: أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري، الناشر: دار السلام بالقاهرة، الطبعة الثانية ١٤٢٧هـ، تحقيق: أ.د. محمد سراج و أ.د. علي جمعة.
٢٨. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، تأليف: أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر ١٣٥٧هـ، تحقيق: لجنة من العلماء.
٢٩. تخريج أحاديث إحياء علوم الدين، تأليف: الأئمة العراقي وابن السبكي والزبيدي، استخراج: محمود بن محمد الحداد، الناشر: دار العاصمة بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.
٣٠. ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تأليف: أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي، الناشر: مطبعة فضالة بالمغرب، الطبعة الأولى، تحقيق: مجموعة من المحققين.
٣١. تصحيح الفروع، تأليف: علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى ١٤٢٤هـ، تحقيق: معالي د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، وهو مطبوع مع الفروع لابن مفلح.
٣٢. التعريفات، تأليف: علي بن محمد الجرجاني، الناشر: دار الكتاب العربي بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٠٥هـ، تحقيق: إبراهيم الأبياري.



٣٣. تفسير الطبري المسمى بجامع البيان في تأويل القرآن، تأليف: محمد بن جرير الآملي الطبري، الناشر: مؤسسة الرسالة بالرياض، الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ، تحقيق: أحمد محمد شاكر.
٣٤. التقادم في دعاوى الأحوال الشخصية، تأليف: د. منيرة بنت حمود المطلق، بحث محكم، الناشر: مجلة قضاء العدد (٣٠) رجب ١٤٤٤هـ.
٣٥. تقدير التعويض الناشئ عن الإثراء بلا سبب في نظام المعاملات المدنية السعودي، تأليف: أ.د. محمد بن عواد الأحدي، الناشر: الجمعية العلمية القضائية السعودية، ١٤٤٥هـ.
٣٦. التهذيب في اختصار المدونة، تأليف: خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي، الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث بدبي، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ، تحقيق: د. محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ.
٣٧. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تأليف: خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي المصري، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى ١٤٢٩هـ، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب.
٣٨. التوقيف على مهمات التعاريف، تأليف: عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي المناوي، الناشر: دار عالم الكتب بالقاهرة، الطبعة: الأولى ١٤١٠هـ.
٣٩. جامع الأمهات، تأليف: عثمان بن عمر بن أبي بكر ابن الحاجب الكردي المالكي، الناشر: اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية ١٤٢١هـ، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر.

٤٠. حاشية الجمل المسمى بفتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، تأليف: سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجمل، الناشر: دار الفكر.
٤١. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، تأليف: محمد بن أحمد الدسوقي المالكي، الناشر: دار الفكر ببيروت.
٤٢. الخلاصة في البحث العلمي وتحقيق المخطوطات، تأليف: أ.د. محمد بن إبراهيم الحمد، الناشر: دار الحضارة للنشر والتوزيع بالرياض، الطبعة: الأولى ١٤٤٠هـ.
٤٣. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تأليف: محمد بن علي الحصني المعروف بالحصكفي، الناشر: دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة: الأولى ١٤٢٣هـ، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم.
٤٤. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تأليف: علي حيدر خواجه أمين أفندي، الناشر: دار الجيل، الطبعة: الأولى ١٤١١هـ.
٤٥. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تأليف: إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون، الناشر: دار التراث بالقاهرة، تحقيق: د. محمد الأحمدي.
٤٦. الذخيرة، تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي المعروف بالقراقي، الناشر: دار الغرب الإسلامي ببيروت، الطبعة: الأولى ١٤١٥هـ، تحقيق: محمد حجي وسعيد أعراب و محمد بو خبزة.
٤٧. روضة الطالبين وعمدة المفتين، تأليف: يحيى بن شرف النووي، الناشر: المكتب الإسلامي ببيروت، الطبعة: الثالثة ١٤١٢هـ، تحقيق: زهير الشاويش.

٤٨. سنن ابن ماجة، تأليف: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني المعروف بابن ماجة، الناشر: مكتبة أبي المعاطي، تحقيق: محمود خليل.
٤٩. سنن أبي داود، تأليف: سليمان بن الأشعث السجستاني المعروف بأبي داود، الناشر: دار الكتاب العربي بيروت.
٥٠. سنن الدارقطني، تأليف: علي بن عمر بن أحمد البغدادي الدارقطني، الناشر: مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٢٤هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وحسن عبد المنعم شلبي وعبد اللطيف حرز الله وأحمد برهوم.
٥١. سنن النسائي المسمى بالمجتبى من السنن، تأليف: أحمد بن شعيب النسائي، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب، الطبعة: الثانية ١٤٠٦هـ، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة.
٥٢. شرح الزرقاني على مختصر خليل، تأليف: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٢٢هـ، تحقيق: عبد السلام محمد أمين.
٥٣. شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تأليف: محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، الناشر: دار العبيكان، الطبعة: الأولى ١٤١٣هـ.
٥٤. شرح القواعد الفقهية، تأليف: أحمد بن محمد الزرقا، الناشر: دار القلم بدمشق، الطبعة: الثانية ١٤٠٩هـ.
٥٥. الشرح الكبير للرافعي، تأليف: عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، الناشر: دار الفكر.
٥٦. الشرح الممتع على زاد المستقنع، تأليف: سماحة الشيخ محمد بن صالح العثيمين، الناشر: دار ابن الجوزي بالدمام، الطبعة: الأولى ١٤٢٢هـ.

٥٧. شرح النووي على صحيح مسلم المسمى بالمنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، تأليف: يحيى بن شرف النووي، الناشر: دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة: الثانية ١٣٩٢ هـ.
٥٨. شرح حدود ابن عرفة، تأليف: محمد بن قاسم الأنصاري المالكي المعروف بالرصاع، الناشر: المكتبة العلمية، الطبعة: الأولى ١٣٥٠ هـ.
٥٩. شرح مختصر الطحاوي، تأليف: أحمد بن علي الرازي الحنفي المعروف بالخصاص، الناشر: دار البشائر الإسلامية، الطبعة: الأولى ١٤٣١ هـ، تحقيق: د. عصمة الله عناية الله محمد وآخرون.
٦٠. شرح مختصر خليل، تأليف: محمد بن عبد الله الخرشبي المالكي، الناشر: دار الفكر بيروت.
٦١. شرح منتهى الإرادات، تأليف: منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، الناشر: دار عالم الكتب، الطبعة: الأولى ١٤١٤ هـ.
٦٢. شرح ميارة المسمى بالإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، تأليف: محمد بن أحمد بن محمد الفاسي (ميارة)، الناشر: دار المعرفة.
٦٣. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تأليف: إسماعيل بن حماد الجوهري، الناشر: دار العالم للملايين بيروت، الطبعة: الرابعة ١٤٠٧ هـ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار.
٦٤. صحيح البخاري، تأليف: محمد بن إسماعيل بن المغيرة البخاري، الناشر: دار الشعب بالقاهرة، الطبعة: الأولى ١٤٠٧ هـ.
٦٥. صحيح مسلم، تأليف: مسلم بن الحجاج النيسابوري، الناشر: دار الجيل بيروت.
٦٦. العناية شرح الهداية، تأليف: محمد بن محمد الرومي البارق، الناشر: دار الفكر بيروت.

٦٧. فتح الباري شرح صحيح البخاري، تأليف: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي، الناشر: دار المعرفة بيروت ١٣٧٩هـ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.
٦٨. فتح القدير، تأليف: محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، الناشر: دار الفكر.
٦٩. الفرائد البهية في القواعد الفقهية، تأليف: محمود افندي الحمزاوي الحنفي، الناشر دار الكتب العلمية بيروت، تحقيق: محمد العزاوي.
٧٠. الفروق، تأليف: أحمد بن إدريس المالكي المعروف بالقرافي، الناشر: دار عالم الكتب.
٧١. الفقه الإسلامي وأدلته، تأليف: أ.د. وهبة مصطفى الزحيلي، الناشر: دار الفكر بدمشق، الطبعة: الرابعة.
٧٢. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، تأليف: أحمد بن غانم بن سالم النفراوي المالكي، الناشر: دار الفكر ١٤١٥هـ.
٧٣. الفوائد في اختصار المقاصد، تأليف: عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الناشر: دار الفكر بدمشق، الطبعة: الأولى ١٤١٦هـ، تحقيق: إياد خالد الطباع.
٧٤. القاموس المحيط، تأليف: محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، الناشر: مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة: الثامنة ١٤٢٦هـ، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي.
٧٥. قواعد ابن رجب المسمى بتقرير القواعد وتحرير الفوائد، تأليف: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغداد الحنبلي، الناشر: دار ركائز للنشر والتوزيع بالكويت، الطبعة الأولى ١٤٤٠هـ، تحقيق: د. خالد المشيقح ود. عبد العزيز العيدان ود. أنس اليتامي.

٧٦. قواعد الفقه، تأليف: محمد بن أحمد المقرئ، الناشر: دار الأمان بالرباط، ١٤٣٢هـ، تحقيق: د. محمد الدردابي.
٧٧. القواعد الفقهية السعدية المنشورة والمنظومة، تأليف: أحمد بن ناصر القعيمي، الناشر: دار ابن الجوزي بالدمام، الطبعة: الأولى ١٤٤١هـ.
٧٨. القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، تأليف: أ.د. صالح بن غانم السدلان، الناشر: دار بلنسية بالرياض، الطبعة: الثانية ١٤٢٠هـ.
٧٩. القواعد الفقهية، تأليف: أ.د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، الناشر: مكتبة الرشد بالرياض، الطبعة: الخامسة ١٤٢٨هـ.
٨٠. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، تأليف: د. محمد الزحيلي، الناشر: دار الفكر بدمشق، الطبعة: الأولى ١٤٢٧هـ.
٨١. القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، تأليف: أ.د. محمد عثمان شبير، الناشر: دار النفائس بعمان الأردن، الطبعة: الأولى ١٤٢٦هـ.
٨٢. القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة، تأليف: الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، الناشر: مكتبة السنة، تحقيق: أيمن الدمشقي وصباحي رمضان.
٨٣. القوانين الفقهية، تأليف: محمد بن أحمد ابن جزي الكلبي الغرناطي.
٨٤. الكافي في فقه الإمام أحمد، تأليف: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامه الدمشقي الحنبلي، الناشر: دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة: الأولى ١٤١٤هـ.
٨٥. كشف القناع عن متن الإقناع، تأليف: منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، الناشر: دار الكتب العلمية ببيروت.



٨٦. الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ، تأليف: أيوب بن موسى الكفوي أبو البقاء الحنفي، الناشر: مؤسسة الرسالة بيروت، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري.
٨٧. اللباب في قواعد اللغة وآلات الأدب، تأليف: محمد علي السراج، الناشر: دار الفكر بدمشق، الطبعة: الأولى ١٤٠٣ هـ، تحقيق: خير الدين شمس باشا.
٨٨. لسان العرب، تأليف: محمد بن مكرم بن علي ابن منظور الأنصاري الإفريقي، الناشر: دار صادر بيروت، الطبعة: لثالثة ١٤١٤ هـ.
٨٩. المبدع في شرح المقنع، تأليف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة: الأولى ١٤١٨ هـ.
٩٠. المبسوط، تأليف: شمس الدين محمد بن أبي سهل السرخسي، الناشر: دار الفكر بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٢١ هـ.
٩١. مجلة الأحكام الشرعية، تأليف: أحمد بن عبد الله القاري، الناشر: مكتبة تهامة، الطبعة: الأولى ١٤٠١ هـ، تحقيق: معالي د. عبد الوهاب أبو سليمان و د. محمد إبراهيم علي.
٩٢. مجلة الأحكام العدلية، تأليف: لجنة مكونة من عدد من العلماء إبان الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هوايني.
٩٣. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تأليف: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بشيخي زاده، الناشر: دار إحياء التراث العربي بيروت.
٩٤. مجمع الضمانات، تأليف: غانم بن محمد البغدادي الحنفي، الناشر: دار الكتاب الإسلامي.

٩٥. مجموع الفتاوى ، تأليف: تقي الدين أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة المنورة، ١٤١٦هـ، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم.
٩٦. مجموع فتاوى الشيخ عبد العزيز بن باز، تأليف: سماحة الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، أشرف على جمعه وطابعته: محمد بن سعد الشويعر.
٩٧. المجموع شرح المذهب، مع تكملة السبكي والمطيعي، تأليف: يحيى بن شرف النووي، الناشر: دار الفكر.
٩٨. مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، إعداد: لجان علمية مختصة، الناشر: مركز البحوث بوزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، ١٤٣٦هـ.
٩٩. المحلى بالآثار، تأليف: محمد بن علي بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، الناشر: دار الفكر بيروت.
١٠٠. المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تأليف: أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٢٤هـ، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي.
١٠١. مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، تأليف: محمد بن علي بن أحمد بن عمر بن يعلى، أبو عبد الله، بدر الدين البعلبي، الناشر: مطبعة السنة المحمدية، تحقيق: عبد المجيد سليم ومحمد حامد الفقي.
١٠٢. المدخل الفقهي العام، إخراج جديد بتطوير في الترتيب والتبويب وزيادات، تأليف: مصطفى أحمد الزرقا، الناشر: دار القلم بدمشق، الطبعة: الثانية ١٤٢٥هـ.

١٠٣. المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، إخراج جديد مع صياغة كاملة لنصوص تلك النظرية، تأليف: مصطفى أحمد الزرقا، الناشر: دار القلم بدمشق، الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ.
١٠٤. المدونة، تأليف: مالك بن أنس بن مالك الأصبحي المدني، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة: الأولى ١٤١٥هـ.
١٠٥. مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقاد، تأليف: علي بن أحمد ابن حزم الأندلسي القرطبي الظهري، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت.
١٠٦. المستدرك على الصحيحين، تأليف: الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد النيسابوري، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة: الأولى ١٤١١هـ، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا.
١٠٧. مسند الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: أحمد بن حنبل الشيباني، الناشر: مؤسسة قرطبة بالقاهرة.
١٠٨. مصادر الالتزام في القانون المدني، تأليف: د. محمد شريف أحمد، الناشر: مكتبة دار الثقافة بعمان الأردن، الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ.
١٠٩. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تأليف: أحمد بن محمد الفيومي الحموي، الناشر: المكتبة العلمية بيروت.
١١٠. معاني النحو، تأليف: د. فاضل صالح السامرائي، الناشر: دار الفكر بعمان الأردن، الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ.
١١١. المعجم الوسيط، تأليف: مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الناشر: دار الدعوة بالقاهرة.
١١٢. معجم لغة الفقهاء، تأليف: محمد قلعجي و حامد قنيبي، الناشر: دار النفائس بعمّان، الطبعة: الثانية ١٤٠٨هـ.

١١٣. معجم مقاييس اللغة، تأليف: أحمد بن فارس بن زكريا، الناشر: دار الفكر بيروت ١٣٩٩هـ، تحقيق: عبد السلام هارون.
١١٤. معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، تأليف: مجموعة من المختصين، الناشر: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية وجمع الفقه الإسلامي الدولي، الطبعة: الأولى ١٤٣٤هـ.
١١٥. المعونة على مذهب عالم المدينة، تأليف: عبد الوهاب بن علي الثعلبي البغدادي المالكي، الناشر: مكتبة مصطفى أحمد بمكة المكرمة، تحقيق: حميش عبد الحق.
١١٦. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تأليف: محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، الناشر: دار الكتب العربية بيروت، الطبعة: الأولى ١٤١٥هـ.
١١٧. المغني، تأليف: موفق لدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، الناشر: مكتبة القاهرة ١٣٨٨هـ.
١١٨. مقاصد الشريعة الإسلامية، تأليف: محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، ١٤٢٥هـ، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة.
١١٩. المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الناشر: مكتبة السوادى بجدة، الطبعة: الأولى ١٤٢١هـ، تحقيق: محمود الأرناؤوط وياسين الخطيب.
١٢٠. الممتع في شرح المقنع، تأليف: زين الدين المنجي بن عثمان بن أسعد ابن المنجي التنوخي الحنبلي، الناشر: مكتبة الأسدى بمكة المكرمة، الطبعة: الثالثة ١٤٢٤هـ، تحقيق: عبد الملك بن دهيش.

١٢١. منار السبيل في شرح الدليل، تأليف: إبراهيم بن محمد بن ضويان، الناشر: المكتب الإسلامي، الطبعة: السابعة ١٤٠٩ هـ، تحقيق: زهير الشاويش.

١٢٢. المنشور في القواعد الفقهية، تأليف: بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية ١٤٠٥ هـ.

١٢٣. منح الجليل شرح مختصر خليل، تأليف: محمد بن أحمد عيش المالكي، الناشر: دار الفكر بيروت ١٤٠٩ هـ.

١٢٤. المنهج العلمي لبحث ودراسة القواعد الفقهية، تأليف: أ.د. عبد العزيز بن محمد العويد، الناشر: دار التحرير من إصدارات الجمعية الفقهية السعودية، الطبعة: الأولى ١٤٤٢ هـ.

١٢٥. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، تأليف: محمد بن محمد الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب، الناشر: دار الفكر بيروت، الطبعة: الثانية ١٤١٢ هـ.

١٢٦. الموسوعة الفقهية الكويتية، تأليف: مجموعة من المتخصصين، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت.

١٢٧. موسوعة القواعد الفقهية، تأليف: د. محمد صدقي بن أحمد آل بورنو، الناشر: مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٢٤ هـ.

١٢٨. الموافقات، تأليف: إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المعروف بالشاطبي، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة: الأولى ١٤١٧ هـ، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان.

١٢٩. نظام الأحوال الشخصية في المملكة العربية السعودية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/٧٣) وتاريخ ٦/٨/١٤٤٣ هـ.



١٣٠. نظام المعاملات المدنية في المملكة العربية السعودية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ.

١٣١. نظام المعاملات المدنية: ملامحه - تأريخه - دراسة تأصيلية، تأليف: د. عبد الرحمن بن عبد الله المخضوب، بحث محكم، الناشر: مجلة الجمعية الفقهية السعودية العدد (٦٩).

١٣٢. نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، تأليف: د. محمد المروكي، الناشر: كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالرباط، الطبعة: الأولى ١٤١٤هـ.

١٣٣. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، تأليف: محمد بن أبي العباس الرملي، الناشر: دار الفكر بيروت ١٤٠٤هـ.

١٣٤. النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تأليف: سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ، تحقيق: أحمد عزو عناية.

١٣٥. النوارد والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تأليف: عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي، الناشر: دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ، تحقيق: مجموعة من المحققين.

١٣٦. نيل الأرب من قواعد ابن رجب، تأليف: سماحة الشيخ محمد بن صالح العثيمين، الناشر: مؤسسة الشيخ محمد بن صالح العثيمين، الطبعة: الأولى ١٤٣٤هـ.

١٣٧. نيل المأرب بشرح دليل الطالب، تأليف: عبد القادر بن عمر بن عبد القادر التغلبي الشيباني، الناشر: مكتبة الفلاح بالكويت، الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ، تحقيق: د. محمد سليمان الأشقر.





ضابط الضعف الظاهر في الغبن الاستغلالي

دراسة تحليلية لنظام المعاملات المدنية
واستقرائية للفقہ الإسلامي

د. محمد بن عبد المحسن بن محمد السعوي

أستاذ القانون المدني المشارك

قسم القانون، كلية الشريعة، جامعة القصيم

m.alsawi@qu.edu.sa

Associate Prof. of Law

Mohammed Abdulmohsen Mohammed Alsawi

Department of Law, College of Sharia, Qassim University

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد،

إشكال البحث الرئيس:

لا تخلو الأنظمة - ولا يفترض أن تخلو - من معايير فيها من العموم والمرونة، لتترك للاجتهاد القضائي مساحته الكافية، لا لشيء، إلا لتحقيق العدالة، وذلك لعدم إمكان الإحاطة بصور الوقائع المحتملة، بعواملها المختلفة التي لا تحصر. لكن تلك المساحة من الاجتهاد لا بد لها من ضبط، لتحجيم التفاوت غير المبرر وذلك للاقتراب من العدالة أقصى ما يمكن، وهنا يأتي دور الفقه في دراسة تلك المعايير، لتحليلها، وبيان معالم نطاقها، واستشراف الصور الداخلة فيها من غيرها، ليكون عوناً للقضاء في ذلك.

ومن تلك المعايير: الضعف الظاهر، والوارد في المادة (٦٨) من نظام المعاملات المدنية السعودي، فقد جاء فيها: «إذا استغل أحد المتعاقدين ضعفاً ظاهراً... في المتعاقد الآخر، لإبرام عقد لحقه منه غبن، فللمحكمة بناء على طلب المتعاقد المغبون ومراعاة ظروف الحال أن تنقص من التزاماته أو تزيد من التزامات المتعاقد الآخر أو تبطل العقد...»، فالغبن لا يؤثر في العقد وفق النظام، إلا في حالات محددة، منها الغبن الاستغلالي بشروطه، ومن صورته استغلال أحد

المتعاقدين ضعفاً ظاهراً في التعاقد الآخر لإبرام عقد لحقه منه غبن. والإشكال الرئيس الذي يهدف هذا البحث التعامل معه: عدم وضوح طبيعة هذا الضعف الظاهر، فضلاً عن أن نطاقه وحدوده غير مرسومة في نص المنظم.

أهمية تناول الإشكال والدراسات السابقة فيه:

وتناول هذا الإشكال في غاية الأهمية لعدة أسباب. منها، أهميته العملية للقضاء للمساعدة في تحليل ما يدخل وما لا يدخل من صور في الضعف الظاهر، وبالتالي المساهمة في تحقيق العدالة من خلال بيان المعاملات المستحقة للتدخل، من غيرها.

كذلك، عند النظر في الدراسات السابقة، فهناك العديد من البحوث في الغبن الاستغلالي، لكن غالبها يبحث الغبن الاستغلالي وفق نصوص أنظمة غير نظام المعاملات المدنية السعودي، وذلك نظراً لحداثة النظام، وهناك القلة من البحوث التي تناولت الغبن الاستغلالي وفق نص النظام السعودي لكنها تناولته بشكل عام، فلم أقف على أي دراسة خصصت لتحليل مقصود المنظم بالضعف الظاهر.

ويزيد الأمر إلحاحاً إذا ما عرفنا مدى التباين الموجود بين الأنظمة العربية في الغبن الاستغلالي، وأن مصطلح الضعف الظاهر غير شائع

في أغلبها^(١). هذا فضلاً عن خصوصية النظام السعودي في قواعد تفسيره، وتراتبية مراجعه التي نص عليها.

أهداف البحث:

إذن، الهدف الرئيس للبحث: تحرير ضابط الضعف الظاهر، من حيث بيان طبيعته، ونطاقه وما يدخل فيه من صور وما لا يدخل. (الفرع الثاني من المطلب الثاني).

وعند الرجوع لتراث الفقه الإسلامي للبحث عن التفسير والمعنى الأكثر ملائمة للضعف الظاهر، نجد أن الفقهاء لم يستخدموا مصطلح الضعف الظاهر في الغبن، فكان لزاماً استقراء كل الحالات التي قالوا

(١) بعض الأنظمة ضيقت من صور الغبن الاستغلالي فذكرت الهوى والطيش فقط، وذلك كالقانون المدني المصري (م١٢٩)، والسوري (م١٣٠)، والليبي (م١٢٩)، والجزائري (م٩٠)، والقطري (م١٢٢)، وهناك أنظمة زادت عليها بعض الصور، فزاد العراقي مثلاً الحاجة وعدم الخبرة وضعف الإدراك (م١٢٥)، وزاد الكويتي الحاجة الملجئة والضعف الظاهر والسطوة الأدبية (م١٥٩). أما نظام المعاملات المدنية السعودي فتميز بذكر الضعف الظاهر والحاجة الملحة فقط (م٦٨).

بينما هناك أنظمة لم تنص على الغبن الاستغلالي كمؤثر عام أصلاً، بل صرحت بعدم تأثير الغبن إذا لم يقترن به تغرير، وذلك كالقانون المدني التونسي (م٦٠)، والأردني (م١٤٧)، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي (م١٨٩)، والسوداني (م٧٦)، ووثيقة الكويت (م١٩٠)، وإلى حد ما قانون الالتزامات المغربي (م٥٥)، وقلنا لحد ما لضبابية المادة (٥٤) منه والتي فسرت بالغبن الاستغلالي. وأخيراً، أنبه أن بعض هذه الأنظمة التي لم تذكر الغبن الاستغلالي كقاعدة عامة، ذكرته كمؤثر خاص ببعض العقود، فانظر مثلاً: المادة (٥٣٨) من القانون المدني الأردني، والتي تقرر تأثير الغبن الاستغلالي في عقد السلم الزراعي بالتحديد.

بتأثير الغبن فيها على العقد إذا ما اقترن بأمر يمكن أن نكيفه كضعف بالم التعاقد الآخر، فكان هذا هو الهدف الثاني لهذا البحث (المطلب الأول). لنكون، بعد رصد تلك الحالات، قادرين على تحديد الملائم منها لتفسير مفهوم نظام المعاملات المدنية للضعف الظاهر. (الفرع الأول من المطلب الثاني).

ولأن المنظم قد اشترط في دعوى الغبن الاستغلالي للضعف الظاهر ثبوت إرادة المتعاقد الآخر استغلال ذلك الضعف، فكان من أهداف هذا البحث دراسة هذا الشرط، من حيث النظر في عبء إثباته (الفرع الأول من المطلب الثالث)، ثم بحث موقف الفقه الإسلامي منه (الفرع الثاني من المطلب الثالث)، وأخيراً، دراسة مبررات اشتراطه (الفرع الثالث من المطلب الثالث).

أسئلة البحث:

فيتبين مما سبق، أننا أمام عدد من الأسئلة، أما السؤال الرئيس لهذا البحث: فما المقصود بالضعف الظاهر الوارد في المادة (٦٨) من نظام المعاملات المدنية السعودي، وما أبرز ما يمكن أن يدخل فيه من صور؟

أما السؤال الثاني: ما أبرز الحالات التي أثبت الفقهاء فيها الحماية للمغبون، والتي اقترن الغبن فيها بأمر يمكن أن نكيفه كضعف فيه، وما الملائم منها لتفسير ضابط الضعف الظاهر الوارد في النظام؟

أما السؤال الثالث: فما كيفية إثبات إرادة المتعاقد استغلال المغبون، وما موقف الفقه الإسلامي من اشتراط ثبوت تلك الإرادة لثبوت أثر الغبن في العقد، وما مبررات اشتراطه المحتملة؟

نطاق البحث:

البحث يتناول فقط الغبن المقترن باستغلال لضعف ظاهر في المتعاقد، وفي نطاق الأسئلة الثلاثة المذكورة آنفاً، سواء في نظام المعاملات أو في تراث الفقه الإسلامي، دون ما سواها.

فلا يتناول البحث الغبن المقترن بتغيير كالنحش، أو بإكراه، أو باحتكار، أو الغبن الذي يلحق مال عديم الأهلية أو ناقصها، أو الغبن المقترن باستغلال حاجة ملحة عند المتعاقد، ونحو ذلك، إنما يتناول الغبن المجرد من ذلك كله، لكن اقترن باستغلال لضعف ظاهر بالمعاقدين كامل الأهلية.

كذلك، لا يتناول البحث نوعية الأثر السلبي للغبن الاستغلالي للضعف الظاهر على العقد، من حيث حق طلب الإبطال، أو حق الإنقاص أو الزيادة، أو حق الفسخ، أو البطلان، أو غير ذلك.

قيمة البحث:

أولاً، لأن في هذا البحث بيان لطبيعة الضعف، وبسط لأشكال ظهوره المحتملة، وتفصيل حول عبء إثبات الغبن الاستغلالي للضعف الظاهر عموماً، فأرجو أن يكون فيه عوناً مهماً للقضاة

والمحاميين والمترافعين في هذه المسائل العملية الدقيقة، مما يساهم في تحقيق العدالة بإذن الله تعالى.

ثانياً، أرجو أن يكون في البحث فائدة للمنظم، فقد تضمنت خاتمه توصيات مبنية على نتائجه، خصوصاً ما يتعلق باشتراط ثبوت إرادة الاستغلال، وتكييف عيب الغبن الاستغلالي عموماً.

ثالثاً، لأن في البحث استقراء لموقف تراث الفقه الإسلامي من الغبن، وتحليل لمفهوم الضعف الظاهر الوراد في النظام والذي لم أقف على أي دراسة خاصة فيه، وغير ذلك، فأرجو أن يكون فيه إضافة للمكتبة العربية، وإثراء للفقهاء والباحثين.

أقول هذا خصوصاً في مسألة موقف الفقه الإسلامي من الغبن، فرغم القدر الجيد من البحوث الفقهية في المسألة، تبقى مسألة استقراء موقف الفقهاء من الغبن بحاجة لمزيد عناية ودقة وحذر، وذلك لعدة أسباب، أسوق منها اثنين، على سبيل الاختصار:

الأول، أن تأثير الغبن على العقد يدور بين عدة اعتبارات مختلفة، من أهمها اعتبارين متميزين عن بعضهما تماماً في الجوهر، وبالتالي في مدى تأثيرهما على العقد، وهما حماية المصلحة الخاصة للمغبون والتحقيق من رضاه، وحماية المصلحة العامة ومنع ما يخل بالآداب العامة، فالغالب توقف عند الغبن للاعتبار الأول، والبعض توقف عنده للاعتبار الثاني.

والثاني، وهو الأهم، أن الوقائع التي تتضمن غبناً في الواقع، غالباً يجتمع فيها مع الغبن عدة معانٍ أخرى، وهذه المعاني قد تكون مؤثرة بذاتها في حكم العقد، كالغش، والإكراه، والاحتكار، ونقص أهلية المتعاقد أو عدمها، فالغبن معها زائد، وقد تكون غير مؤثرة مطلقاً، فالغبن لوحده هو المؤثر، وقد تكون مؤثرة باقترانها بالغبن فقط، فلا يؤثران في العقد إلا باجتماعهما. فإذا قال الفقيه بأن العقد في الصورة الفلانية غير مستقر، وكانت الصورة تتضمن غبناً لكنها أيضاً تتضمن معنى آخر، اختلط الأمر، فلم يعلم مدى تأثير الغبن في التسبب بذلك الحكم السلبي للعقد. فقد تجد باحثاً، مثلاً، ينسب لمذهب معين القول بتأثير الغبن المجرد على العقد سلبياً، وعند مراجعة النصوص التي استند عليها نجد أنها تذكر ذلك لكن مع ذكر أن البائع قد أكد على المشتري أن الثمن هو ثمن السوق، وهذا معنى مهم ومؤثر، ينقل المسألة من كونها مسألة خيار غبن مجرد إلى مسألة خيار شرط، أو تغش، على حسب الصورة، وهكذا.

منهجية البحث:

نلتزم في هذا البحث بالقواعد العامة والمعروفة للبحث العلمي، فلا حاجة لسردها، لكن مما يجدر التنبيه إليه بهذا الخصوص ما يلي:

- المطلب الثاني من هذا البحث جاء لتحليل مفهوم الضعف الظاهر في نظام المعاملات، أما المطلب الأول فجاء لاستقراء تراث

الفقه الإسلامي في نفس المسألة، وذلك لخدمة المطلب الثاني، وأما المطلب الثالث فجمع بين الأمرين بالنسبة لشرط قصد الاستغلال.

- لأن الهدف الرئيس للبحث تفسير نص المنظم، فإن الرجوع للفقه الإسلامي سيكون من باب أنه المرجع لتفسير النظام لكونه العلم الذي ييسط الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية، والتي بدورها هي الحاكمة على النظام والمفسرة له - حال الحاجة^(١). ولأن المنظم قد بين موقفه من تأثير الغبن على العقد، فإن البحث في الفقه الإسلامي سيقصر على استقراء آراء الفقهاء في الغبن وذلك لتحديد الأحكام والآراء الأكثر ملائمة لتفسير النظام في هذه المسألة بالتحديد، وذلك لتبين معنى الضعف المقصود. وعليه، لن أفصل في المتن في تفاصيل الخلاف حول كل مسألة، أو بيان أدلة كل فريق، بقدر ما سأحرص على رصد كل الآراء القائلة بتأثير الغبن في حالات يمكن أن تفسر بها حالة الغبن الاستغلالي للضعف الظاهر الواردة في النظام، ثم مناقشة مدى ملاءمتها لذلك. وعليه أيضاً، لن أعتمد على صور الغبن الاستغلالي الواردة في شروح القوانين المقارنة، وذلك لتمييز نص المنظم

(١) انظر: المواد (٨) و(٤٨) من النظام الأساسي للحكم. وجاء في المادة الأولى من نظام المعاملات المدنية: «تطبق نصوص هذا النظام على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها، فإن لم يوجد نص يمكن تطبيقه طبقت القواعد الكلية الواردة في الأحكام الختامية، فإن لم توجد قاعدة يمكن تطبيقها طبقت الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لهذا النظام».

السعودي عن نصوص تلك الأنظمة^(١)، ثم الأهم من ذلك أن النظام السعودي متميز عنها بمراجع تفسيره، وتراتبيتها.

خطة البحث:

تكون خطة البحث من هذه المقدمة وتمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة، بالشكل التالي:

المقدمة: وتحتوي إشكالية البحث وأهميته والدراسات السابقة فيه وأهداف البحث وأسئلته ونطاقه وقيمه ومنهجيته وخطته.

التمهيد: وفيه بيان لمفهوم الغبن الاستغلالي.

المبحث الأول: استقراء صور الغبن المقترن بضعف في المغبون والمؤثر على العقد في الفقه الإسلامي:

وفيه:

المطلب الأول: تأثير الغبن المجرد في الأصل.

المطلب الثاني: تأثير الغبن المقترن بمجرد الجهل.

المطلب الثالث: تأثير الغبن المقترن بالجهل مع معنى آخر.

(١) وذلك كما بسطت في الهامش آنفاً، وسأبين في نهاية المطلب الثاني أن غالب الصور التي يذكرها شراح القانون لا تدخل في مفهوم النظام السعودي للضعف الظاهر.

المبحث الثاني: مفهوم الضعف الظاهر في نظام المعاملات المدنية:

وفيه:

المطلب الأول: مدى ملائمة الاستثناءات الفقهية لتفسير مفهوم النظام للضعف الظاهر.

المطلب الثاني: ضابط الضعف الظاهر في نظام المعاملات المدنية.

المبحث الثالث: قصد المتعاقد استغلال المغبون:

وفيه:

المطلب الأول: عبء إثبات قصد الاستغلال في الغبن الاستغلالي للضعف الظاهر في نظام المعاملات.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من اشتراط قصد الاستغلال.

المطلب الثالث: مبررات اشتراط قصد الاستغلال وظهور الجهل.

الخاتمة:

وفيها تلخيص لأبرز النتائج والتوصيات.

ثم فهرس المراجع والمصادر.

التمهيد

قبل الشروع في مطالب البحث الرئيسية، يلزم تعريف الغبن، وبيان مقومات الغبن الاستغلالي للضعف الظاهر في التعاقد وفق ما جاء به النظام، وذلك لتمييز محل البحث عن غيره من المفاهيم.

ويتحقق الغبن الاستغلالي للضعف الظاهر، وفق نص المادة (٦٨) من نظام المعاملات المدنية الآنفة ذكرها، بتوافر ثلاثة مقومات:

أحدها، أن أحد المتعاقدين فيه ضعف ظاهر عند التعاقد، فلا يتأثر العقد في هذه الحالة دون التحقق من وجود ذلك الضعف في أحد المتعاقدين، وبكونه ظاهراً عند التعاقد، ودراسة ذلك الضعف هدف البحث الرئيس.

الثاني، إرادة المتعاقد الآخر استغلال ذلك الضعف الظاهر في التعاقد، وإبرامه العقد معه بناء على تلك الإرادة، فلا يكفي اقتران الضعف بالغبن، بل لا بد من توافر قصد الاستغلال، وهذا ما سأتناوله في المطلب الثالث.

الثالث، أن يلحق المتعاقد الذي فيه ضعف غبن من ذلك العقد، وقد اختلف الفقهاء والأنظمة في حد الغبن الفاحش والمؤثر، وليس هذا البحث مجال بسط هذا الخلاف^(١)، ولكن نكتفي بالإشارة إلى أن

(١) لم أتطرق لهذا الخلاف مطلقاً لأنه موضوع واسع، ومن أكثر مواضيع الغبن طرقاتاً عند الباحثين، ففيه العديد من البحوث الجيدة، وتحقيق موقف الفقهاء فيه ليس بعسير، ولأن النظام حسم الخلاف بتبني أحد المعايير المشهورة في الفقه.

المنظم اختار بأنه زيادة العوض أو نقصه قدرأ خارجاً عن المعتاد عرفاً^(١). وعندما أطلق مصطلح الغبن في البحث، فأقصد به هذا المعنى.



(١) جاء في المادة (٦٩) من نظام المعاملات المدنية: «الغبن زيادة العوض أو نقصه قدرأ خارجاً عن المعتاد، ويرجع في تحديد الغبن إلى الغرف».

المبحث الأول

استقراء صور الغبن المقترن بضعف في المغبون والمؤثر على العقد في الفقه الإسلامي

لأن الفقهاء لم يستخدموا عبارة الضعف الظاهر بالتحديد، فيلزم أولاً بحث موقفهم من أثر الغبن المجرد على العقد في الأصل، ثم استقراء تلك الحالات التي قالوا بتأثير الغبن فيها على العقد إذا ما اقترن بأمر يمكن أن نكيفه كضعف بالمتعاقدين الآخر، دون غيرها.

المطلب الأول: تأثير الغبن المجرد على العقد:

قبل بيان موقف الفقهاء من أثر الغبن المجرد على العقد، يجب تحديد مفهوم الغبن المجرد^(١). حيث يطلق كثير من الفقهاء المصطلح على عدم التناسب المعتبر بين العوضين بلا تغيير، حتى لو اقترن بالتفاوت توهم المغبون أن هذه هي القيمة المعتادة للسلعة. غير أن هذا محل نظر، فهذا التفاوت غير مجرد، فقد اقترن به معنى آخر مستقل، وهو توهم أمر غير حقيقي حول المعقود عليه (غلط في القيمة)، فالأدق أن يوصف الغبن بأنه مجرد حال التفاوت الخارج عن المعتاد الذي لم يقترن بأي معنى آخر مؤثر، سواء كان ذلك جهل المغبون بالقيمة، أو غيره.

(١) بينما استخدام مصطلح الغبن المجرد دارج في مراجع الفقه الإسلامي، خصوصاً في البحوث المعاصرة، لم أفق على تعريف له في مراجع المصطلحات الفقهية.

وإذا كان الغبن كذلك، أي كان المغبون عالماً وراض بالغبن عند التعاقد، ولم يقترن بالغبن أي مؤثر آخر، فقد نقل ابن عبد البر والقرطبي رَحِمَهُمَا اللَّهُ الإجماع على عدم تأثيره على حكم العقد^(١)، «كما لو اشترى شخص شيئاً أعجبه بثمن يعادل ضعف قيمته من شخص لا يقبل أن يبيعه إلا بهذا الثمن. وذلك لأن الغبن قد رضي به المشتري ولم يقع تحت تغير البائع... والبائع لم يفكر في البيع إلا مع كون البيع فيه غبطة كبيرة له؛ ولأن المشتري إذا كان عالماً بثمن السلعة، وزاد البائع على قيمتها فهو كالواهب لما زاد، وهذا لا يبطل البيع، وقد حكى القرطبي الإجماع على جواز مثل ذلك»^(٢).

فالأصل إذن أن الغبن المجرد ليس له أثر على حكم العقد عند عامة الفقهاء، وهذا فيه إشارة إلى أن الاعتبار المؤثر في مسألة منع الغبن المجرد عندهم ليس أمراً يتعلق بالمصلحة العامة، إنما يتعلق بسلامة الرضا، فالعالم الراضي بالغبن لا خيار له، وإن كان جاء عن بعض الظاهرية قولهم بتأثر حكم العقد بالغبن ولو تراضى عليه الطرفان من باب أنه إضاعة للمال^(٣).

وقد جاء نظام المعاملات المدنية مقررراً لهذا الأصل، فنص على أن الأصل بالغبن المجرد أنه لا يعطي المتعاقد حق طلب إبطال العقد،

(١) التمهيد، ابن عبد البر، ٦ / ٢١٥. الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ٥ / ١٥٢

(٢) المعاملات المالية، ديبان الديبان، ٧ / ٢٧.

(٣) انظر: المحلى بالآثار، ابن حزم، ٧ / ٣٦٤. يفهم قولهم إنه إضاعة للمال إذا غاب قصد الإحسان، ولا مصلحة مشروعة - ولو شخصية - تبرر بذل الزائد فتقابلة.

فجاء في المادة التاسعة والستين منه: «ليس للمتعاقد طلب إبطال العقد لمجرد الغبن إلا...».

لكن، يذكر الفقهاء عدداً من الحالات التي يكون فيها الغبن مؤثراً، على اختلاف بينهم في ذلك. من هذه الحالات القول بتأثير الغبن في تصرفات محددة، كالقسمة^(١)، وهذه الحالات تخرج عن نطاق

(١) جاء في تبين الحقائق: «قال رَحِمَهُ اللهُ (ولو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ) وهذا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي فظاهر... وأما إذا كانت بالتراضي فقد قيل: لا يلتفت إلى قول من يدعيه... وقيل تفسخ هو الصحيح...». تبين الحقائق، الزيلعي، ٥ / ٢٧٣. وعند المالكية، جاء في الشرح الصغير: «(و) القسم الثاني: (مراضاة)... (فكاليق)... لا رد فيها بالغبن إلا إذا أدخلها مقوما... وقسمة القرعة... يرد فيها بالغبن...». الشرح الصغير، الدردير، ٣ / ٦٦٢-٦٦٤. وجاء في نهاية المحتاج: «(ولو ادعاه في قسمة تراض)... بأن نصبا لهما قاسماً أو اقتسما بأنفسهما ورضيا بعد القسمة... (فالأصح أنه لا أثر للغلط فلا فائدة لهذه الدعوى) وإن تحقق الغبن لرضا صاحب الحق بتركه فصار كما لو اشترى شيئاً وغبن فيه، والثاني أنها تنقض لأنهما تراضيا لاعتقادهما أنها قسمة عدل...». نهاية المحتاج، الرملي، ٨ / ٢٩١. وجاء في منتهى الإرادات: «ومتى ظهر... [في قسمة الإجماع] غبن فاحش بطلت». منتهى الإرادات، ابن النجار الفتوحي، ٥ / ٣١٩، أما قسمة التراضي عند الحنابلة فبيع، فتأخذ أحكام البيع، فالغبن يؤثر فيها في الثلاث الصور المشار إليها لاحقاً. انظر: مطالب أولي النهى، الرحيباني، ٥٥٠ / ٦.

وقد أخذ نظام المعاملات بتأثير الغبن في قسمة التراضي، فجاء في المادة (٦٣١) منه: «يجوز نقض القسمة الاتفاقية إذا أثبت المتقاسم أنه قد لحقه منها غبن...». كذلك من العقود التي يؤثر فيها الغبن في النظام بيوع الأمانة إذا لم يكن رأس المال محدداً عند العقد. انظر: المادة (٣١٦) من النظام.

البحث لأننا معنيون بالبحث عن حالة يمكن تفسيرها بالضعف في المتعاقد لا عن الغبن في عقود مخصوصة.

وهناك حالات غبن يتأثر فيها حكم العقد سلبياً ولكن الغبن فيها مقترن بمعنى آخر، وهذا المعنى الآخر مؤثر بذاته سلبياً على حكم العقد، كالغبن في التعامل المباشر مع ناقص الأهلية، أو الغبن المقترن بتغيير أو غلط مشترك^(١)، وهذه الحالات أيضاً خارجة عن نطاق البحث لأن الحكم السلبي متقرر فيها وفق النظام لذلك المعنى الآخر دون اشتراط الغبن، فالغبن فيها زائد^(٢).

(١) على سبيل المثال، جاء في تبين الحقائق: «والصحيح أن يفتى بالرد إن غره وإلا فلا». تبين الحقائق، الزيلعي، ٧٩ / ٤. ويدخل في التغيير حالة المستسلم عند المالكية، جاء في الشرح الصغير للرددير: «(ولا) رد (بغبن)... (إلا أن يستسلم)... كأن يقول المشتري: أنا لا أعلم قيمة هذه السلعة فبغني كما تباع الناس فقال البائع: هي في العرف بعشرة فإذا هي بأقل... فللمغبون الرد على المعتمد بل باتفاق». الشرح الصغير، الرددير، ١٩٠ / ٣. كذلك يدخل في التغيير الغبن المقترن بالنجش، جاء في الإقناع: «خيار الغبن... ويثبت في ثلاث صور... الثانية في النجش: وهو أن يزيد السلعة من لا يريد شراءها وهو حرام لما فيه من تغيير المشتري وخديعته...». الإقناع، الحجاوي، ٩١ / ٢. قال النووي رَحِمَهُ اللهُ: الخيار في النجش - إن أثبتناه - مستنده التغيير. بتصرف من روضة الطالبين، النووي، ٤٧٢ / ٣. كذلك الغبن المقترن بالخيانة في بيع الأمانة لأن الخيانة تغيير، وغير ذلك من الصور.

(٢) فنظام المعاملات أكد التأثير السلبي لنقص الأهلية بعيداً عن توافر الغبن أو عدمه، وذلك في المواد: ١٢-١٦ و ٤٧-٥٦ منه. كذلك أكد النظام التأثير السلبي للتغيير والغلط كعيوب مستقلة على العقد بعيداً عن توافر الغبن، وذلك في المواد: ٥٧-٦٣.

ومنها أيضاً، حالات يتأثر فيها حكم العقد وقد اقترن الغبن فيها بمعنى آخر، وهذا المعنى، مثله مثل الغبن المجرد، غير مؤثر بذاته سلباً على حكم العقد، إنما حصل التأثير عندما اقترن بالغبن. وهذه الفئة الأخيرة هي التي تعيننا في هذا البحث، ويعيننا منها بالتحديد تلك الحالات التي يمكن تفسير المعنى الآخر فيها بضعف في المتعاقد، وفي نفس الوقت لم يفرداها أو يصرح بها النظام، وقد وقفت على أربعة حالات فقط ينطبق عليها ذلك، أسوقها في الفرعين التاليين.

ويخرج عن نطاق البحث ما سواها من الحالات التي يبعد تفسير المعنى الآخر فيها بضعف في المتعاقد، أو أفرداها المنظم بالنص، كأن يكون الغبن مقترناً بحقيقة أن المباشر للمتعاقد من طرف المغبون نائب عن معدوم الأهلية أو ناقصها، من أب، أو جد، أو وصي^(١)، أو أنه ناظر

(١) جمهور الفقهاء على تأثر حكم العقد بالغبن إذا كان المال مال معدوم الأهلية أو ناقصها، جاء في البحر الرائق: «وحاصل مسائل الغبن أن منها ما يعفى فيه يسير الغبن دون فاحشه وهو تصرف الأب والجد والوصي والمتولي...». البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، ٧/ ١٦٩. وفي تبين الحقائق: «لأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا... لا يملكه الأب والوصي...». تبين الحقائق، الزيلعي، ٤/ ٢٧٠. وجاء في حاشية الدسوقي: «قوله ولا يرد المبيع (بغبن) أي ما لم يكن البائع بالغبن، أو المشتري به... وصيا...». حاشية الدسوقي، محمد الدسوقي، ٣/ ١٤٠. وجاء في المبدع في العقار: «وحاصله أنه لا يباع [عقار الصبي والمجنون] إلا بثمن المثل، فلو نقص منه لم يصح، ذكره في المغني والشرح». المبدع شرح المقنع، ابن مفلح، ٤/ ٣١٣.

وقف، أو مضارب، أو وكيل عن غيره عمومًا^(١)، أو أن المعنى أقرب لمفهوم الحاجة الملحة منه للضعف الظاهر، كييع المضطر^(٢)، ونحو ذلك.

= وقد ذهب نظام المعاملات مع هذا إذا ما كان المال مال معدوم الأهلية أو ناقصها وعلى سبيل الاستثناء من الأصل، فجاء في المادة (٦٩): «ليس للمتعاقد طلب إبطال العقد لمجرد الغبن إلا في مال عديم الأهلية وناقصها...».

(١) جمهور الفقهاء على تأثر حكم العقد بالغبن إذا كان المغبون موكلًا لم يباشر التعاقد، جاء في البحر الرائق: «وحاصل مسائل الغبن أن منها ما يعفى فيه يسير الغبن دون فاحشه وهو تصرف... المضارب ووكيل بشراء شيء بغير عينه... وما يعفى فيه يسيره وفاحشه في تصرف الوكيل بالبيع وبشراء شيء بعينه... وما لا يعفى فيه يسيره وفاحشه في تصرف الوكيل بالبيع ممن لا تقبل شهادته...». البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، ٧/ ١٦٩. وفي حاشية الدسوقي: «(قوله ولا يرد المبيع بغبن) أي ما لم يكن البائع بالغبن، أو المشتري به وكيلا...». حاشية الدسوقي، محمد الدسوقي، ٣/ ١٤٠. وجاء في روضة الطالبين: «لو باع الوكيل بغبن فاحش، لا يصح في شيء». روضة الطالبين، النووي، ٤/ ٥٢. أما المذهب عند الحنابلة، فعلى أن الغبن حال التوكيل يؤثر على علاقة الموكل بالوكيل (عقد الوكالة) لا على العقد الذي تضمن الغبن نفسه. جاء في الإنصاف: «قوله (وإن باع بدون ثمن المثل، أو بأنقص مما قدره: صح وضمن النقص). وهو المذهب. نص عليه. وعليه أكثر الأصحاب...». الإنصاف، المرداوي، ١٣/ ٤٩٣.

وموقف النظام أقرب لهذا الاتجاه، فجاء في المادة (٤٩٢) من نظام المعاملات المدنية: «إذا اشترى الوكيل بغبن... انصرف العقد إذا لم يُجزه الموكل إلى الوكيل، وإذا أجازته الموكل نفذ في حقه وله مطالبة الوكيل بالتعويض».

(٢) على سبيل المثال، جاء في التنف في الفتاوى: «وأما البيوع الفاسدة فهي على ثلاثين وجهًا... والثاني عشر بيع المضطر وهو أن يضطر الرجل إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيره ولا يبيعه البائع إلا بأكثر من ثمنه بكثير وكذلك في الشراء منه». التنف في الفتاوى، السغدري، ١/ ٤٦١-٤٦٨. وقد نقل ذلك صاحب الدر المختار، وعلق عليه ابن عابدين في حاشيته. رد المحتار، =

المطلب الثاني: تأثير الغبن المقترن بمجرد الجهل:

جاء عن عدد من الفقهاء من مختلف المذاهب أن للمغبون الخيار إذا كان جاهلاً^(١)، وعند تأمل نصوصهم أجد الجهل فيها على درجتين مختلفتين، أبينها فيما يلي.

= ابن عابدين، ٧ / ٢٤٧. وفي الفروع لابن مفلح رَحِمَهُ اللهُ: «إن أكره على وزن مال فباع ملكه كره الشراء، ويصح على الأصح وهو بيع المضطر، ونقل حرب تحريمه وكراهته، وفسره في روايته فقال: يبيئك محتاج فتبيعه ما يساوي عشرة بعشرين». الفروع، ابن مفلح، ٦ / ١٢٤.

(١) أنه أن جماهير الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على أن الغبن لا يؤثر على حكم العقد ولو كان المغبون جاهلاً في الأصل، فاقتران مجرد الجهل بالغبن لا يغير من الحكم عندهم. لموقف الحنفية انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، ٦ / ١٢٥؛ تبيين الحقائق، ٤ / ٧٩ و ٥ / ٢٧٣، ٢٨٢. ولموقف المالكية انظر: الشرح الصغير، الدردير، ٣ / ١٩٠؛ الشرح الكبير، الدردير، ٣ / ١٤٠. ولموقف الشافعية انظر: روضة الطالبين، النووي، ٣ / ٤٧٢؛ العزيز في شرح الوجيز، الرافعي، ٦ / ١٨٠؛ كذلك يذكر الحنابلة أن خيار الغبن لا يثبت للمغبون إلا في ثلاث صور يفصلونها، وستأتي معنا في مواضعها وما قد يقاس عليها، أما في غيرها فنبقى على الأصل من حيث لزوم العقد. انظر: الإقناع، الحجاوي، ٢ / ٩١. انظر أيضاً: منتهى الإرادات، ابن النجار الفتوح، ٢ / ٣٠٥. وأخيراً أنه أن بعض الباحثين والموسوعات الفقهية يشيرون إلى أن المذهب عند الحنابلة هو القول بتأثير الغبن الفاحش في الأصل، ويستندون في ذلك على مثل هذه المواضع المشار إليها، وهذا محل نظر لأسباب. أولاً، سبق معنا أن الغبن المجرد هو التفاوت مع علم المغبون بالغبن، وهذا لا يثبت الخيار عندهم. ثانياً، لو تجاوزنا وقلنا إن الغبن المقترن بمطلق الجهل غبن مجرد، فإن المعتمد عند الحنابلة، كما تفيد هذه النصوص بالذات، على أن تأثير الغبن محصور في الصور الثلاثة، وما قد يقاس عليها، مما يعني أن الأصل عدم تأثيره في غيرها، والاسترسال على المشهور في المذهب ليس مطلق الجهل، وسيأتي معنا ذلك.

أولاً: ثبوت الأثر للغبن المقترن بجهل المغبون بالغبن عند التعاقد (السهو والاستعجال):

بعض تلك النصوص تشترط فقط جهل المغبون بالغبن عند التعاقد، ولو سهواً، أي حتى ولو كان عالماً بالقيم من حيث الأصل. جاء في البحر الرائق: «...وفي الصيرفية اختار عماد الدين الرد بالغبن الفاحش إذا لم يعلم به المشتري...»^(١)، وفي الشرح الصغير للدردير: «حكاية الشيخ فيه التردد من السهو البين...»^(٢).

وجاء في الإنصاف: «وقال في المذهب: لو جهل الغبن فيما اشتراه لعجلته، وهو لا يجهل القيمة، ثبت له الخيار أيضاً. وجزم به في النظم»^(٣).

ثانياً: ثبوت الأثر للغبن المقترن بجهل المغبون بالقيم عموماً:

أما الفريق الآخر من النصوص فيشترط جهل المغبون ليس بالغبن فقط (سهو)، بل بالقيم عموماً (الغلط في القيمة). جاء في المعونة على مذهب عالم المدينة: «اختلف أصحابنا في بيع السلعة بما لا يتغابن الناس بمثله... فمنهم من نفى... ومنهم من قال: لا خيار إذا كانا من أهل الرشاد والبصر بتلك السلع، وإن كان أو أحدهما بخلاف ذلك

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، ٦/ ١٢٥.

(٢) الشرح الصغير، الدردير، ٣/ ١٩١.

(٣) الإنصاف، المرداوي، ١١/ ٣٤٤.

فللمغبون الخيار»^(١). وفي التاج والإكليل: «ابن عرفة: الغبن في البيع إن كان بسبب الجهل بقيمة المبيع ففيه طرق... انظر من هذا المعنى فتيا الإمام المازري قال: حكى ابن القصار أن مذهب مالك للمغبون الرد إذا كان فاحشاً، وهذا إذا كان المغبون جاهلاً بالقيم»^(٢). وفي حاشية البناني: «قال المتيطي قال بعض البغداديين إن زاد المشتري في المبيع على قيمته الثلث فأكثر فسخ البيع...»^(٣).

كذلك الحنابلة يستثنون غبن المسترسل - كما سيأتي معنا-، وهو عند بعضهم مجرد الجاهل بالقيمة. قال ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ: «وفي تفسيره قولان: أحدهما: أنه الذي لا يعرف قيمة السلعة...»^(٤).

ومن قال بالخيار في الحالة الأولى (السهو والاستعجال) فيقول به في الحالة الثانية (الجهل بالقيم) من باب أولى؛ لأنه جهل بالغبن وغلط في قيمة المعقود عليه.

-
- (١) المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب، ٢ / ١٠٤٩.
 (٢) التاج والإكليل، أبو عبد الله المواق، ٦ / ٣٩٥-٣٩٩. انظر كذلك: حاشية الدسوقي، محمد الدسوقي، ٣ / ١٤٠؛ بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي)، أحمد الصاوي، ٣ / ١١٧؛ البهجة في شرح التحفة، التسولي، ٢ / ١٧٥.
 (٣) الفتح الرباني (حاشية البناني)، محمد البناني، ٥ / ٢٧٣.
 (٤) الطرق الحكيمة، ابن القيم، ١ / ٢٠٤.

المطلب الثالث: تأثير الغبن المقترن بمعنى آخر فوق الجهل:

أولاً: الغبن المقترن بجهل المغبون وعدم إحسانه المماكسة (المسترسل):

من أشهر حالات الغبن المؤثر عند الحنابلة، غبن المسترسل، والمسترسل على المشهور عندهم، الجاهل بالقيمة غير المحسن للمماكسة، فالاسترسال على هذا الرأي ليس مجرد الجهل بالغبن، أو بالقيم كما هو الرأي في الفرع السابق، إنما الجهل المقرون بعدم إحسان المماكسة^(١).

جاء في منتهى الإرادات: «الثالث خيار غبن يخرج عن عادة ويثبت للمسترسل» وهو من جهل القيمة ولا يحسن يماكس من بائع

(١) أنه أن هناك معنى ثالث للمسترسل عند المالكية، فمفهوم الاسترسال أو الاستسلام أو الاستئمان المشهور عند المالكية متميز عن مفهوم الاسترسال المشهور عند الحنابلة، ولذلك لم أورد نصوصه هنا، ولا حتى تحت الحالة الأولى أو الثانية؛ لأن موضعه خيار التغرير، أو خيار الغلط أو خيار الشرط، على حسب الصورة واللفظ، وذلك بسبب تصريح المغبون أو اشتراطه سعر السوق مع موافقة المتعاقد الآخر. جاء في المقدمات الممهّدات: «وأما بيع الاستئمان والاسترسال، فهو أن يقول الرجل: اشتر مني سلعتي كما تشتري من الناس، فإني لا أعلم القيمة... وقال ابن حبيب: إن الاسترسال إنما يكون في البيع أن يقول الرجل للرجل: بع مني كما تباع من الناس...». المقدمات الممهّدات، ابن رشد الجلد، ٢ / ١٣٩. وعند الدردير: «(ولا) يرد المبيع (بغبن)... (إلا أن يستسلم)... بأن يقول المشتري للبائع بعني كما تباع للناس فإني لا أعلم القيمة... (أو يستأمنه)... والمؤدى واحد فله الرد حيثنّ قطعاً». الشرح الكبير، الدردير، ٣ / ١٤٠. فإذن، للمسترسل عند الفقهاء ثلاث معان مختلفة، ويخطئ البعض حينما يسرد أقوال الفقهاء في المسترسل كأقوال في مفهوم واحد.

ومشتر»^(١). وفي الإقناع: «الثالث خيار الغبن ويثبت في ثلاث صور... الثالثة المسترسل: وهو الجاهل بالقيمة من بائع ومشتر ولا يحسن يماكس... وأما من له خبرة بسعر المبيع ويدخل على بصيرة بالغبن ومن غبن لاستعجاله في البيع ولو توقف ولم يستعجل لم يغبن فلا خيار لهما...»^(٢). وفي المغني: «في لفظ الذي لا يماكس»^(٣).

ثانياً: الغبن المقترن بتلقي الركبان:

من الحالات القريبة من غبن المسترسل، والمثبتة الخيار للمغبون عند الشافعية والحنابلة، أن يكون المغبون قادماً من خارج البلد للسوق ليشتري أو يبيع، فتلقاه المتعاقد الآخر قبل هبوط السوق ومعرفته بالقيم^(٤). جاء في روضة الطالبين: «يحرم تلقي الركبان... فلو خالف فتلقى واشترى، أثم، وصح البيع، ولا خيار لهم قبل أن يقدموا ويعلموا السعر، وبعده يثبت لهم الخيار إن كان الشراء بأرخص من سعر

(١) منتهى الإرادات، ابن النجار الفتوحى، ٢ / ٣٠٥.

(٢) الإقناع، الحجاوي، ٢ / ٩١.

(٣) المغني، ابن قدامة، ٦ / ٣٦. وهناك فرق بين عدم إحسان الماكسة ومجرد عدم الماكسة للثقة أو نحوه، وإن كانت علتها واحدة كما سيأتي معنا.

(٤) ذكرنا هذه الحالة هنا بناء على أن التلقي لا يؤثر في العقد إلا إذا اقترن بغبن، وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة، كما تشير النصوص في المتن. لكن بعض الفقهاء قال بثبوت الخيار للقادم في هذه الحالة ولو لم يغبن، إنما لمجرد التلقي لعموم الحديث، وهذا القول رواية عند الشافعية والحنابلة. انظر: روضة الطالبين، النووي، ٣ / ٤١٥؛ الكافي، ابن قدامة، ٢ / ١٥.

البلد...»^(١)، وفي منتهى الإرادات: «الثالث خيار غبن يخرج عن عادة ويثبت لركبان تلقوا ولو بلا قصد إذا باعوا أو اشتروا وغبنوا...»^(٢).

إذن باختصار، المعاني الواردة في الفقه الإسلامي والتي يمكن تفسيرها بالضعف في التعاقد، والتي لا تؤثر في حكم العقد إلا إذا ما اقترن بها غبن، أربعة: ١. جهل المتعاقد أنه مغبون، ولو كان ذلك استعجالاً منه لا نقص عن خبرة، ٢. جهله بالغبن إذا كان ذلك بسبب جهله بقيمة السوق عموماً، ٣. جهله بالغبن إذا كان ذلك بسبب جهله بقيمة السوق عموماً واقترن ذلك بعدم إحسانه للمماكسة، ٤. وحقيقة أنه من غير أهل البلد وقد تلقى قبل دخوله للسوق ومعرفته بالأسعار.

(١) روضة الطالبين، النووي، ٣/ ٤١٥.

(٢) منتهى الإرادات، ابن النجار الفتوح، ٢/ ٣٠٦.

المبحث الثاني الضعف الظاهر في المتعاقد في نظام المعاملات المدنية

المطلب الأول: مدى ملائمة الاستثناءات الفقهية لتفسير مفهوم النظام للضعف الظاهر:

مر معنا أربع حالات من الغبن المؤثر في الفقه الإسلامي يحتمل تضمنها لمعنى الضعف في المتعاقد، والضعف في كلها نقص في المعرفة والخبرة، لكن أنظر هنا مدى ملائمة كل منها لتفسير مفهوم نظام المعاملات المدنية للضعف الظاهر.

أما بالنسبة للحالتين الأولى والثانية، وهما السهو والجهل بالقيم، فقد يقول قائل إنهما ملائمتان لتفسير مفهوم النظام للضعف الظاهر، خصوصاً الثانية منهما، وذلك باعتبار أن السهو أو الجهل ذاته ضعف في المتعاقد، وفي قبوله بالعقد رغم الغبن إظهار لذلك الجهل.

ولكن ذلك بعيد لعدة أسباب منها، أن كثيراً من حالات الجهل سهو مبني على إهمال واستعجال لا نقص معرفة، وذاك أقرب أن يوصف بالتقصير والخطأ من أن يوصف بالضعف في المتعاقد. كذلك، وصف الظهور غير متحقق، فالسهو والجهل باطن، والقبول بالغبن قرينة، لكنها غير كافية لوحدها، فقد يكون القبول لأي سبب غير الجهل بالغبن.

علاوة على ذلك، القول بمجمله فيه تكلف، فمفهوم المادة أن المغبون فيه ضعف ظاهر أثناء التعاقد، وأن التعاقد الآخر لما لاحظ هذا الضعف الظاهر، استغله، فأبرم معه عقداً نتج عنه غبن، لا أن الغبن بذاته أظهر الضعف.

أما بالنسبة للحالتين الثالثة والرابعة، فهما الأقرب لمراد المنظم بالضعف الظاهر، فالمغبون فيه ضعف ما، وهذا الضعف ظاهر أثناء التعاقد عادة. فالضعف جهله بالأسعار ونقص خبرته عموماً، وظهور ذلك من خلال عدم إحسانه المماكسة، أو من خلال أنه غريب عن البلد لا يعرف أحوال السوق وتلقي خارجه.

إذن، الحالات الواردة في الفقه الإسلامي والتي يلائم أن يفسر بها مفهوم نظام المعاملات للضعف الظاهر، هي أن المغبون مسترسل، فيجهل الأسعار ولا يحسن المماكسة، وأن المغبون غريب قادم قد تُلقى قبل دخول السوق ومعرفة الأسعار.

المطلب الثاني: ضابط الضعف الظاهر في نظام المعاملات المدنية:

أولاً: تحرير ضابط الضعف الظاهر في نظام المعاملات المدنية:

حالة الجهل بالقيم مع عدم إحسان المماكسة - أو عدم المماكسة كما في بعض الصيغ - لم يفرق بينها ومجرد الجهل ونقص الخبرة إلا لعلّة، ولا أجد معنى يبرر التفرقة إلا أن عدم إحسان المماكسة - أو عدم المماكسة رغم الزيادة الفاحشة - وصف يُظهر الجهل للخارج، فيدل

-أو يفترض أن يدل - المتعاقد الآخر عند التعاقد على نقص معرفة الطرف الآخر^(١).

ومما يقوي هذا الاستنتاج، أن تلك العلة تنطبق على حالة تلقي الركبان أيضاً^(٢)، فالمتلقى جاهل بسعر السوق أيضاً، لكنه يزيد بأنه قادم من خارج البلد، فليس من أهله القريين من أحوال السوق، مما

(١) اشتراطهم ظهور الجهل له مبررات محتملة، ستأتي معنا وسناقشها، من أهمها، منع تسهيل الاحتيال على العقد بمجرد ادعاء الجهل، الذي هو أصل، فيحمل المتعاقد الآخر عبء إثباته علمه، وكذلك حماية للمتعاقد الآخر من نقض العقد لأمر لم يتسبب به، ولم يعلم أو يفترض أنه يعلم بوجوده. وهذا الاعتبار حاضر عند المنظم في كل عيوب الإرادة دون استثناء، فيشترط في الغلط والتغير والإكراه لتكون عيوباً معتبرة اتصالها بالمتعاقد الآخر، أي كان شكل الاتصال. انظر: المواد (٥٨) و(٦٣) و(٦٧) من نظام المعاملات المدنية.

(٢) اختلف في علة النهي عن التلقي هل هي تعبدية لا يقاس عليها أم علة معقولة، والأغلب على أن النهي لعلة معقولة، وقد تعددت العلل التي أشار إليها الفقهاء في النهي عن تلقي الركبان، لكنها بمجملها تدور إما حول مصلحة المغبون الخاصة، أو حول مصلحة الناس والسوق عموماً. انظر: أحكام بيع تلقي الركبان، يوسف أحمد عمر سعيد، ٢٧٦؛ المعاملات المالية، ديان الديان، ٥/ ٢٠. أما مصلحة المغبون فتبرر إعطاء الخيار له مع الحكم بصحة العقد، أما مصلحة السوق والاقتصاد فتبرر بطلان العقد أو إعطاء أهل السوق الخيار، كما قال بذلك بعض الفقهاء. انظر مثلاً: الشرح الكبير، الدردير، ٧٠/ ٣. والكلام في المتن مبني على الرأي القائل إن العلة المؤثرة في المقام الأول هي مصلحة المتلقى، ولذلك جاء الحكم في الحديث بإعطائه هو الخيار دون غيره، ودون إبطال العقد. جاء في المغني: «قال الليث بن سعد... جعل النبي ﷺ الخيار له يدل على أن النهي عن تلقي الركبان لحقه، لا لحق غيره...». المغني، ابن قدامة، ٣١٤/ ٦.

يظهر جهله للخارج عادة. وبهذا يكون خيار المتلقى قريباً من خيار المسترسل في العلة، ولذلك قال البهوتي في المسترسل: «حصل له الغبن لجهله بالبيع أشبه القادم من سفر...»^(١). وقد جاء عند بعض المالكية الذين أثبتوا الخيار للمغبون الجاهل بالقيمة النص على كونه معروفاً بذلك، فجاء في المختصر الفقهي لابن عرفة: «... والأصل في ذلك أن ينظر إلى مدعي الجهل، فإن كان معروفاً بذلك اجتهد الحاكم...»^(٢)، وبهذا تفهم زيادة المنظم وصف (الظاهر) على الضعف.

إذن يفسر الضعف الظاهر في المتعاقد والوارد في نظام المعاملات المدنية بأنه: نقص خبرة المتعاقد وجهله بالقيمة، والظاهر أثناء التعاقد^(٣).

(١) شرح منتهى الإرادات (دقائق أولى النهي)، البهوتي، ٢ / ٤١.

(٢) المختصر الفقهي، ابن عرفة، ٦ / ٩.

(٣) من المعايير الشائعة للمسترسل أنه «من يخدع مثله» أو «مثله يغبن». جاء في النوازل الصغرى للوزاني: «اختار بعض المتأخرين أن يثبت المغبون في نفسه أنه ممن يخدع مثله... فإن ثبت له ذلك رجوع وإلا فلا». النوازل الصغرى، محمد المهدي الوزاني، ٣ / ٦٠. وقد جاء في تقارير محكمة التمييز: «إذا غبن المشتري وكان مثله يغبن ثبت له الخيار...». التقرير مادة (٣٣ / ٥)، من تقارير محكمة التمييز، الإصدار الأول، المجلد الأول. وهذا المعيار جيد من حيث إعطاء القاضي المساحة الكافية للاجتهاد في تحديد الجهالة المؤثرة من عدمها، لكنه معيار فيه نوع من العموم، فتقل فائدته في الضبط، فقد يدخل فيه ما هو أقرب لحالات أخرى كنقص الأهلية أو السفه، وغير ذلك كثير.

ثانياً: ما يدخل وما لا يدخل من صور في ضابط الضعف الظاهر:

لا يدخل في الضعف الظاهر إلا ما يندرج تحت النقص الظاهر في الخبرة والمعرفة دون ما سواه، وهذا النقص في الخبرة قد يكون عاماً يشمل مختلف الأعيان والأعمال والعقود.

وقد يكون النقص في الخبرة والمعرفة محدوداً بنوع معين من الأعيان أو الأعمال^(١)، كأن يشتري جهازاً طبياً مَنْ لا معرفة له بالأجهزة الطبية سابقاً، أو يشتري عقاراً مَنْ لا خبرة له في العقارات رغم أن له خبرة في المركبات والسلع عموماً ويحسن الشراء والبيع فيها. وقد جاء في المبادئ القضائية التفرقة بين من يعمل في العقار وله خبرة به وبأسعاره عمن لا يمتثل ذلك إذا ما غبنوا في تعامل عقاري^(٢).

وقد يكون النقص في الخبرة والمعرفة محدوداً من حيث المكان، فالشخص قد يكون له الخبرة الكافية بالسلع في مكان ما، لكنه ليس لديه أدنى فكرة عنها في مكان آخر تختلف فيها العوامل والمؤثرات بشكل جوهري.

(١) مر معنا ما في المعونة: «منهم من قال: لا خيار إذا كانا من أهل الرشاد والبصر بتلك السلع...». المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب، ١٠٤٩ / ٢.

(٢) جاء في المبدأ مادة (٨١) من المبادئ القضائية: «غير المسترسل الذي يحسن البيع، والشراء، والمماكسة، إذا استعجل في البيع فلا خيار له، فالذي يعمل في العقار له خبرة بالأسعار، ويحسن المماكسة، ولو فرض أنه فرط في ذلك فلا خيار له». انظر: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، إصدار مركز البحوث بوزارة العدل، ١٤٣٨هـ، ٥٥.

وقد يكون النقص في المعرفة طارئاً، كأن يجهل الغبن رغم خبرته ومعرفته، لا لغفلة منه أو خطأ إنما لوقوع أمر يخفى، كجهله «بالسعر لكون الأسعار هبطت بسرعة»^(١) لحدث ما، وهكذا.

أما ظهور ذلك الجهل، فلا شكل معين له، فقد يكون من خلال سلوكه، أو صفة فيه، أو حاله، أو الظروف المحيطة، وفي الغالب اجتماع أكثر من شيء.

فقد يظهر الجهل من خلال الحديث المتبادل حال التعاقد، وما قد يتبدى فيه من جهل وقله خبرة، أو من خلال عدم المماكسة مطلقاً رغم الزيادة الفاحشة ثقة به وللتعامل الدائم معه، كما أشارت النصوص آنفاً.

وقد يظهر النقص في المعرفة من خلال صفة أو حالة ظاهرة في المتعاقد، كأن يدل شكله مثلاً، أو مركبته، أو كلامه، أو مكان عبوره على أنه غريب عن البلد، وبالتالي سيغلب أنه لا يعرف أحوال السوق فيه، فقد يكون الشخص لديه الخبرة الكافية في بلده لكنها لا تخدمه في بلد آخر^(٢). أو كأن يتضح من مظهره وحديثه أنه شاب

(١) فتح ذي الجلال والإكرام، ابن عثيمين، ٤ / ٥٨٥.

(٢) جاء في فتح ذي الجلال والإكرام: «مثال آخر: قدم مسافر إلى بلد ووقف على صاحب بقالة وقال: أطلب منك خبزاً بريال فأعطاه خبزتين، وأطلب منك مربى طماطم لأجل أن يكون إداماً للخبز، فأعطاه القوت هذا بريالين، إذن أعطاه خبزتين بريال وكوب طماطم بريالين هو مسافر وجيد في البيع والشراء لكن لا يعرف السعر في هذا البلد، فالصحيح: أن له الخيار...». فتح ذي الجلال والإكرام، ابن عثيمين، ٤ / ٥٨٢.

تنقصه التجربة والمعرفة، أو امرأة ليس من عاداتها دخول الأسواق، فضلاً عن معرفة الأسعار^(١).

كذلك، قد يظهر النقص من خلال أن أهل سوق معين، كمعارض للسيارات، يعرف بعضهم بعضاً ويميزون المتردد على السوق العارف بأحواله من غيره، فيخرج بعضهم لتلقي الجالب الذي لا يميزونه من العارفين بالسوق وقبل دخوله للسوق، وهكذا دون حصر لشكل الظهور.

أما ما لا يدخل في مفهوم النظام للضعف الظاهر من صور، فكثير، لكن سأؤكد على بعض الصور التي هي من الغبن الاستغلالي وفق نصوص بعض الأنظمة الأجنبية، لكن ليس وفق النظام السعودي، وقد ذكرها بعض الشراح عند شرح النظام السعودي نقلاً عن شروح تلك الأنظمة، رغم تميز نص المنظم السعودي الأنف ذكره، فضلاً عن تميزه بمراجع تفسيره وتراتبيتها^(٢).

(١) في الشرح الممتع: «ويوجد - أيضاً - بعض الناس إذا جاءه الرجل المحنك الجيد في الماكسة أعلمه بالثمن فوراً، وإذا جاءه الرجل الذي يكون سليم الصدر، ولا يعرف أو امرأة أو... شاب لا يعرف الأمور زاد عليهم في الثمن، فهذا لا يجوز؛ لأنه أخذ للناس بالغرات، فالإنسان الغرير له عنده ثمن، والذكي الجيد له ثمن فهذا حرام...». الشرح الممتع، ابن عثيمين، ٨ / ٣٠٣.

(٢) أنه أن بعض الصور التي سوف أسوقها قد يتأثر فيها حكم العقد في النظام السعودي لكن ليس من باب الغبن المقترب باستغلال ضعف ظاهر، إنما بدعوى أخرى، كدعوى الإكراه أو الغلط إذا توافرت شروطهما، أو بدعوى السفه إذا ما تحققت شروطه، وغير ذلك.

منها، أن يكون المغبون قد رضي بالعقد نظراً لتعلق قلبه المفرط والعارم بالمتعاقدين الآخر، فيريد إرضاءه بأي ثمن مهما كان، لا عن جهالة أو نقص خبرة ظاهرين، فهذه الصورة قد تدخل في الغبن الاستغلالي في بعض الأنظمة تحت ما أسمته باستغلال الهوى الجامح إذا ما اكتملت مقوماته^(١).

منها كذلك، أن يعرض على شاب غني مشروع استثماري ليشترك فيه على وجه السرعة، فيبادر بتهور واستعجال واستهانة في بيع شيء من ماله بغبن ظاهر معلوم له، لا عن جهالة بقيمته أو نقص خبرة ظاهرين، إنما عن مشاعر غير منضبطة لإظهار الجرأة في اتخاذ القرار أو نحو ذلك، فهذه الصورة قد تدخل في الغبن الاستغلالي في بعض الأنظمة تحت ما أسمته باستغلال الطيش البين إذا ما اكتملت مقوماته^(٢).

(١) انظر مثلاً: المادة (١٢٩) من القانون المدني المصري، والمادة (١٣٠) من القانون المدني السوري، والمادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٢٩) من القانون المدني الليبي، والمادة (٩٠) (معدلة) من القانون المدني الجزائري، والمادة (١٥٩) من القانون المدني الكويتي، والمادة (١٢٢) من القانون المدني القطري.

(٢) انظر مثلاً: المادة (٢١٤) من قانون الموجبات اللبناني، والمادة (١٢٩) من القانون المدني المصري، والمادة (١٣٠) من القانون المدني السوري، والمادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٢٩) من القانون المدني الليبي، والمادة (٩٠) (معدلة) من القانون المدني الجزائري، والمادة (١٥٩) من القانون المدني الكويتي، والمادة (١٢٢) من القانون المدني القطري. ولمزيد من الصور الداخلة في الطيش البين والهوى الجامح، ينظر الوسيط، السنهوري، ١ / ٣٦٦؛ نظرية العقد والإرادة المنفردة، عبد الفتاح عبد الباقي، ١ / ٣٨٦؛ مصادر الالتزام، محمد لبيب شنب، ١٨٢.

أخيراً، من صور الغبن الاستغلالي الواردة في بعض الأنظمة المقارنة أيضاً استغلال ما يسمى بالسطوة الأدبية^(١)، كالرئيس على مرؤوسه أو المعلم على تلميذه.

إذن باختصار، الضعف الظاهر في نظام المعاملات المدنية السعودي يقصد به النقص في الخبرة والمعرفة الظاهر عند التعاقد، سواء أكان ذلك النقص عاماً أم خاصاً بنوع معين من السلع، وسواء أكان قديماً أم طارئاً، وأياً كان شكل ظهوره عند التعاقد. وبالمقابل ليس من الضعف الظاهر في النظام السعودي مجرد أن المتعاقد تربطه علاقة ترابية معينة بالمتعاقد الآخر، أو يملكه تعلق به، ولا أنه متهور في قراراته.

= وأنبه أنه إذا كان في المتعاقد سفه عام، فإن المنظم السعودي، كغيره من الأنظمة، قد عالج أحكام السفه تحت أحكام نقص الأهلية، فنص على أن تصرفات السفه صحيحة في الأصل، لكنها تأخذ حكم تصرفات الصبي المميز إذا كانت بعد الحجر عليه، أو كان التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ، ودون أن يشترط أن ينتج عن الاستغلال غبن. انظر: المادة (٥٣) من نظام المعاملات المدنية السعودي.

(١) انظر مثلاً: المادة (١٥٩) من القانون المدني الكويتي.

المبحث الثالث

قصد المتعاقد استغلال المغبون

المقوم الثالث لدعوى الغبن الاستغلالي للضعف الظاهر في نظام المعاملات أن يكون إبرام العقد جاء نتيجة استغلال المتعاقد الآخر لذلك الضعف في المغبون، فجاء هذا المطلب لدراسة هذا المقوم من حيث عبء وآلية إثباته، ثم النظر في موقف تراث الفقه الإسلامي منه، ثم مناقشة مبررات اشتراطه.

المطلب الأول: عبء إثبات قصد الاستغلال في الغبن الاستغلالي للضعف الظاهر:

نص نظام المعاملات على شرط إرادة المتعاقد الآخر استغلال الضعف الظاهر في المغبون^(١)، فالسؤال هنا حول طريقة إثباته.

الأصل صحة العقد وسلامته، فلا إشكال في أن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الأصل - أي: على من يدعي وجود الغبن الاستغلالي (المغبون) - لكن، ماذا يكفي لذلك في الأصل؟

على مدعي تحقق الغبن الاستغلالي، أولاً، إثبات وجود التفاوت الخارج عن المعتاد (الغبن)، أو ما يسميه القانونيون بالعنصر المادي، وهذا أمر متيسر لأنه أمر مادي ظاهر.

(١) المادة (٦٨) من نظام المعاملات المدنية.

وعليه أيضاً، إثبات وجود الضعف، الذي هو جهله بالقيم، وأن هذا الضعف كان ظاهراً عند التعاقد. ولأن الجهل باطن، فيكفي لإثباته القرينة التي تدل عليه وعلى أنه ظاهر عند التعاقد، وقد أشرت لعدد من القرائن في المطلب السابق، سواء في سلوكه أو صفته أو حاله أو الظروف المحيطة.

كذلك، على المدعي إثبات قصد المتعاقد الآخر استغلال ذلك الضعف، والقصد أمر باطن في نفس المتعاقد الآخر، وهو أمر مبني على علمه بالضعف، والعلم أيضاً أمر باطن في النفس. فعليه، يكفي لإثباته القرينة الخارجية التي تدل عليه.

واجتماع الغبن الفاحش، مع حقيقة أن المغبون ناقص خبرة وجاهل بالقيمة، وأن جهله هذا كان ظاهراً عند التعاقد، كاف لجعل وجود الاستغلال هو الظاهر. فعندها، لو ادعى الغابن غياب القصد، فيتقل عبء الإثبات إليه، لأن ظهور الجهل عند التعاقد قرينة علم المتعاقد الآخر به، واقتران علم المتعاقد بجهل المغبون مع تحقق الغبن الفاحش قرينة الاستغلال^(١).

(١) «ومتى ثبت علم المتعاقد بحالة المتعاقد المغبون، فإن هذا العلم يقوم قرينة على قصد استغلال هذه الحالة، فلا يلتزم المغبون بإثبات هذا القصد لدى المتعاقد معه، لأنها مسألة نفسية داخلية لا يمكن إثباتها إلا بأمر خارجي». مصادر الالتزام، محمد ليب شنب، ١٨٣-١٨٤.

إذن، على مدعي وجود الغبن الاستغلالي للضعف إثبات وقوع التفاوت الخارج عن المعتاد (العنصر المادي) مع إثبات أن جهله بالقيمة كان ظاهراً عند التعاقد، فإذا ما ادعى المتعاقد الآخر عدم تحقق مقومات الغبن الاستغلالي حينها، فإنما يدعي خلاف الظاهر، فينتقل عبء الإثبات إليه.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من اشتراط قصد الاستغلال:

سبق وأن اتضح معنا أن المعنى الوارد في الفقه الإسلامي والذي يلائم أن يفسر به مفهوم نظام المعاملات للضعف الظاهر، هو الجهل الظاهر، وذلك من خلال حالة تلقي الركبان عند كل من الشافعية والحنابلة وحالة المسترسل عند الحنابلة. ومما يميز ظهور الجهل عن مجرد وجوده أن في ذلك استجلاباً للاستغلال والتغير^(١). فالسؤال هنا: هل ثبوت قصد الاستغلال شرط عندهم لثبوت خيار المسترسل أو المتلقى؟ فقد يثبت الغبن مع الاسترسال أو التلقي مع غياب قصد الاستغلال في جانب المتعاقد الآخر الذي قد يكون حسن النية، فذلك غير ممتنع عقلاً وإن لم يكن الغالب واقعاً، فهل يبقى الخيار للمغبون في تلك الحالة عند من قال به من الفقهاء؟

(١) أقصد بالتغير هنا الخديعة والاحتيال، بما في ذلك تعمد السكوت للإخفاء (التدليس)، وهو المفهوم النظامي وفق المادة (٦١) من نظام المعاملات المدنية: «التغير أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بطرق احتيالية تحمله على إبرام عقد...».

رغم أن من الوارد عند الفقهاء الإشارة لحضور التغيرير وضرورة منع الخديعة كحكمة من الحكم عند تناول خيار المسترسل والتلقي، وذلك بحكم ارتباطهم في الواقع غالباً، إلا أنني لم أقف على من ينص على قصد الاستغلال أو التغيرير في حالة المسترسل كشرط لثبوت الخيار، إنما يكتفون بثبوت الغبن مع الجهل وعدم إحسان الماكسة^(١).

كذلك، فالمعتمد عند الشافعية والحنابلة عدم التفرقة بين حضور قصد التغيرير أو الاستغلال وعدمه في حالة تلقي الركبان. وقد مر معنا ما جاء في المنتهى: «ويثبت لركبان تلقوا ولو بلا قصد...»، وجاء في شرح المنتهى لابن النجار رَحْمَةُ اللَّهِ: «(ولو) كان التلقي (بلا قصد) نصاً؛ لأن مشروعية الخيار لهم إنما ثبت لإزالة ضررهم بالغبن، وقد يوجد مع عدم القصد»^(٢). وفي روضة الطالبين: «لو لم يقصد التلقي،

(١) جاء عند البهوتي رَحْمَةُ اللَّهِ: «والمسترسل... الذي يجهل القيمة ولا يحسن ياكس. فأما من له خبرة... فلا خيار له لعدم التغيرير». المنح الشافيات، البهوتي، ١/ ٤١٠. هذا النص قد يفهم منه عكس ما ذكر في المتن، لكن هذا الفهم خلاف ما عليه عموم نصوصهم بمختلف صياغاتها، فهي تشترط فقط ثبوت الغبن مع الجهل وعدم إحسان الماكسة، ولم أقف على من ينقل قولاً في اشتراط ثبوت قصد الاستغلال في حالة المسترسل. والمتبع لكلام الفقهاء، يجد أن الفقيه عندما ينص على التغيرير في حالة المسترسل فقد يقصد به الإشارة إلى أن منع التغيرير حكمة من الحكم كما ذكرنا، وقد يقصد نتيجة التغيرير (الغبن المقترن بالجهل بالقيمة) لا فعل التغيرير (السلوك الاحتيالي)، وهذا ما يترجح بالنسبة لهذا النص، ولا يتبين هذا إلا عند مقارنة نصوصهم ببعضها.

(٢) معونة أولي النهى، ابن النجار الفتوحى، ٥/ ٨٨. وفي دقائق أولي النهى: «لأنه شرع لإزالة ضررهم بالغبن. ولا أثر للقصد فيه...». شرح منتهى الإرادات (دقائق أولي النهى)، البهوتي، ٢/ ٤١.

بل خرج لشغل من اصطياد وغيره، فرآهم فاشتري منهم، فوجهان. أحدهما: لا يعصي؛ لعدم التلقي، وأصحهما عند الأكثرين: يعصي؛ لشمول المعنى فعلى الأول: لا خيار لهم، وإن كانوا مغبونين»^(١).

إذن، منع إرادة الاستغلال والخديعة في الحالتين حكمة من الحكم، لكنها ليست علة الحكم، فليست بشرط لثبوت الخيار عندهم، إنما اشترطوا الغبن مع الجهل والتلقي أو عدم إحسان الماكسة. فلو ثبت أن المتعاقد الآخر لم يصدر منه أي سلوك مخادع، وأنه باع هذا المسترسل أو المتلقى بحسن نية وكما يبيع على غيره بفرق فاحش عن المعتاد في السوق، فلا تأثير لذلك وفق نصوصهم، فيبقى للمغبون الخيار ما دام جاهلاً مسترسلاً أو متلقى.

لكن في حالة التلقي، هناك قول آخر في المسألة كما يشير النص الآنف في روضة الطالبين^(٢)، وهذا القول الثاني هو الأقرب لموقف نظام المعاملات المدنية.

(١) روضة الطالبين، النووي، ٣/ ٤١٥. انظر كذلك: طرح الشريب في شرح التقريب، العراقي، ٦/ ٦٥.

(٢) انظر كذلك: شرح الزركشي على مختصر الخرقي، شمس الدين الزركشي، ٣/ ٦٥٣.

ورغم ما ذكرنا في المتن والهامش، فإن بعض المعاصرين يعمم على أن استثناء الفقهاء للغبن في المسترسل والمتلقى معتمد على حضور عنصر التغيرير بمفهومه النظامي اليوم، وبالتالي فإن الاستثناء بثبوت الخيار للمتلقى -عند الشافعية والحنابلة- والمسترسل -عند الحنابلة- لا يخرج عن الاستثناء العام للغبن المقترن بتغيرير -الثابت عند جماهير الفقهاء-. انظر مثلاً: الغبن والتغيرير في الشريعة =

المطلب الثالث: مبررات اشتراط قصد الاستغلال وظهور الجهل:

سبق معنا في المطلب الأول أن كثيراً من الفقهاء لا يشترطون لثبوت خيار الغبن للمغبون إلا جهله، ثم جاء معنا من يزيد شرط ظهور ذلك الجهل عند التعاقد، وذلك من خلال دراستنا لحالتي المسترسل والمتلقى، ثم في هذا المطلب عرجنا على من يرى اشتراط القصد في المتعاقد الآخر أيضاً، وأن النظام ذهب مع تقرير هذه الشروط الثلاثة كلها.

والغبن الاستغلالي عيب من عيوب الإرادة، فالمقوم الجوهري من المقومات الثلاثة هو الغلط في القيمة، لأنه هو المؤثر في العلم، وبالتالي المؤثر في رضا المتعاقد، فأردت هنا مناقشة مبررات زيادة شرطي الظهور وقصد الاستغلال.

أولاً: مناقشة مبررات اشتراط قصد الاستغلال وظهور الجهل:

عند النظر في زيادة شرط الظهور لا أجد إلا مبررين اثنين محتملين: الأول، تجنب سهولة الاحتيال بمجرد ادعاء الجهل والبحث عن استقرار التعامل، فمن يدعي الجهل معه الأصل، فلا يتحمل عبء الإثبات وفق القواعد العامة للإثبات، إنما الإثبات على من يدعي

= والقانون، عبد الله محمد آدم، ٢٠٥. وقد ألمح لذلك السنهوري، انظر: مصادر الحق، السنهوري، ٩٦ / ٢، وجرى على ذلك عدد من الباحثين المعاصرين. وهذا محل نظر لما في المتن.

خلاف الأصل: علم المغبون بالأسعار، وهذا يؤدي إلى سهولة الاحتيال، فاشتروا ظهور الجهل عند التعاقد منعاً لذلك.

المبرر الثاني، أنه حتى ولو ثبت لاحقاً جهله قطعاً، ففسخ العقد أو إبطاله سيضر بالمتعاقد الآخر حسن النية الذي كان يظن المغبون عالماً بالقيم، فلا يتاح الفسخ إلا إذا كان الجهل ظاهراً عند التعاقد، فيسوغ عندها فرض الفسخ أو الإبطال على المتعاقد الآخر إذا ما طالب به المغبون.

ولا أجد في المبررين ما يكفي لاشتراط ظهور الجهل. أما مشاكل الإثبات فيمكن تجاوزها من خلال تحميل الإثبات من يدعي خلاف الظاهر لا الأصل لتعارضهما، فالظاهر علم المتعاقد الخبير بما يشتري أو يبيع، وذلك بحكم العرف والغالب، وبذلك نقطع سهولة الاحتيال، خصوصاً مع قيام القضاء بدوره في فرز ما يقبل وما لا يقبل في إثبات الجهل من الأدلة، ولا يخفى مدى صعوبة إثبات الجهل من حيث الأصل. جاء في كشف القناع: «وقال ابن نصر الله: الأظهر احتياجه، يعني في دعوى الجهل بالقيمة إلى بينة؛ لأنه لبس، مما تتعذر إقامة البينة به»^(١).

أما بخصوص القول بأن اشتراط الظهور جاء لحماية المتعاقد الغابن حسن النية من ضرر الفسخ، فأقول أولاً، إن توافر حسن النية

(١) كشف القناع، البهوتي، ٧ / ٤٣٥.

في المتعاقد، مع غبنه الفاحش للمتعاقد الآخر الجاهل بالقيم، ليس الأمر الغالب. وأهم من ذلك، أن طريق حماية المتعاقد الغابن حسن النية ليس من خلال الحكم بسلامة العقد رغم تحققنا من عدم سلامة الرضا فيه، إنما من خلال إتاحة دعوى التعويض عن الفعل الضار إذا ما فسخ العقد، وكان الغبن مبنياً على جهل راجع لتقصير أو استعجال أو إهمال من المغبون^(١).

أما بخصوص زيادة شرط ثبوت قصد الاستغلال، فإن كانت مبررات اشتراط مجرد ظهور الجهل غير كافية لاشتراطه، فعدم اشتراط ثبوت قصد الاستغلال من باب أولى^(٢). والمنظم السعودي، كغالب الأنظمة العربية، قرر القابلية للإبطال أو إمكانية التعديل كأثر للغبن الاستغلالي، لا البطان، وهذا يدل على أن المؤثر في الغبن الاستغلالي هو تعيب الرضا، لا حماية المصلحة العامة أو منع ما يخل بالآداب كقصد الاستغلال، ولذلك تناوله ضمن عيوب الرضا^(٣).

(١) الغالب في المشتري السؤال والتبصر والتفاوض، وبالتالي العلم، فإذا ما ادعى الجهل فيفترض أن ذلك تقصير من جانبه، فيتحمل الضرر الناتج عن الفسخ -إذا ما طالب به- ما لم يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد، أو أن الجهل راجع لأمر خارج عنه، كتغدير أو ظروف تبرره، ونحو ذلك.

(٢) أتكلم هنا عنه كشرط وضعي لثبوت خيار الغبن فقط، وإن كان من المفهوم اشتراط بعض الفقهاء له للإثم.

(٣) التوجه نحو اعتبار منع ما يخل بالآداب وبالتالي لبطان عقد الغبن الفاحش موجود في تراث الفقه الإسلامي وإن لم يكن سائداً، سواء في مطلق الغبن، كما نقل عن بعض الظاهرية، انظر: المحلى بالآثار، ابن حزم، ٧ / ٣٦٤، أو في بعض =

فإذا كان العامل المؤثر هو تعيب الرضا، فإن رضا المتعاقد المغبون لجهله بالقيم معيب، فالمفترض عدم سلامة العقد، ودون زيادة في الشروط، فإذا تجاوزنا واشترطنا ظهور الجهل حتى لا نقع في إشكالات الإثبات أو حتى لا نضر بالمتعاقد الآخر، فلا وجه لاشتراط ثبوت قصد الاستغلال لأنه خارج عن ذلك كله^(١). قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «نهى عن التلقي دفعاً للخديعة والغبن عنهم، وهذا متحقق، سواء قصد التلقي، أو لم يقصده، فوجب المنع منه، كما لو قصد»^(٢).

= صور الغبن المستثناة، كتلقي الركبان وغيرها. انظر: معونة أولي النهى، ابن النجار الفتوحى، ٨٨ / ٥. ومن الأنظمة القليلة التي ذهبت باتجاه بطلان العقد في الغبن الاستغلالي: القانون المدني الألماني، وذلك باعتبار القصد السيئ محلاً بالآداب العامة. انظر: المادة (١٣٨) من النظام. أما غالب الأنظمة اللاحقة للنظام الألماني، فتعاملت مع الغبن الاستغلالي كعيب من عيوب الرضا، فأثّره منح المغبون حق إزالة الضرر، كما هو الشائع في تراث الفقه الإسلامي عند من يثبت الأثر - كما مر معنا في نصوصهم -.

(١) رغم أني لا أرى اشتراط ثبوت قصد الاستغلال لثبوت الخيار للمغبون، إلا أن ثبوت إرادة الاستغلال قد يترتب عليها بعض الآثار، لكن ليس على مستوى تأثر حكم العقد، فثبوت الاستغلال يعطي المغبون - بجانب الحق بالمطالبة بالإبطال - الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن استغلاله، وذلك من خلال توافر أركان المسؤولية التقصيرية.

(٢) المغني، ابن قدامة، ٣١٥ / ٦. بعض المعاصرين الذين يرجحون عدم تأثير الغبن الفاحش ولو كان المغبون جاهلاً، يبررون ذلك بأنه الموافق للمبادئ العامة والتي على رأسها حرية التعاقدين وسلطان الإرادة وإلزامية الرضا، وهذا محل نظر كبير، فكيف نعتبر ذلك إنفاذاً لإرادة المتعاقدين بينما الإرادة معيبة بالجهل واختلال العلم؟!

ثانيًا: ترجيح القول بعدم اشتراط القصد وظهور الجهل:

إذن، موقف من لم يشترط لثبوت الخيار للمغبون ظهور الجهل ولا قصد الاستغلال، وإنما اكتفى بشرط ثبوت الغلط بالقيمة، أقوى، فهو الموافق للقواعد العامة، ومن أهمها، أنه إذا تعيب العلم، تعيب الرضا، وإذا تعيب الرضا تأثر حكم العقد، أو كما يقول شيخ الإسلام: «البيع يعتبر فيه الرضا، والرضا يتبع العلم، ومن لم يعلم أنه غبن فقد يرضى وقد لا يرضى...»^(١)، بل قيمة الشيء في السوق من أهم عوامل اتخاذ القرار وحمل المتعاقد على إرادة التعاقد، وثبوت التوهم في ذلك كاف للقول بعدم سلامة العلم، وبالتالي عدم سلامة الرضا، الذي هو قوام العقد.

كذلك، من المعلوم أنه إذا تبين عيب في السلعة فإن ذلك يؤثر في حكم العقد، حتى ولو لم يتم اشتراط السلامة عند التعاقد، وكان العيب مجهولاً لكلا المتعاقدين، وما ذاك إلا أن السلامة مفترضة، ورضا المشتري بالعقد مبني على صحة ذلك الافتراض. في نفس الوقت، الغبن الفاحش هو الزيادة أو النقص في الثمن الخارج عن المعتاد عرفاً، فالبقاء ضمن نطاق التربح المعتاد مفترض عند التعاقد لأنه عرف معتاد، والمعروف كالمشروط، فإذا تبين أن هذا الافتراض قد خولف، وأنه تربح بما لا يتربح به عادة، فالرضا معيب، فيفترض تأثر حكم العقد، ما لم يبين أو يشترط عند التعاقد. جاء في المحلى: «قال أبو

(١) مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ٢٨ / ١٠٣.

محمد: والعجب كله من أقوال الحاضرين من خصومنا فإنهم يردون البيع من العيب يحط من الثمن يوجد فيه... ثم يجيزون البيع وقد... أخذ فيه منه، أكثر من ثمنه، هذا عجب جداً وتناقض سمج^(١).

ومن القواعد العامة كذلك، أنه إذا تسبب أحد (المغبون هنا) بضرر فينشئ عليه التزام بتعويض المتضرر بقدر الضرر^(٢)، لا أن يحكم بسلامة عقد ثبت تعيب الرضا فيه.

ومن جانب آخر، هذا القول هو الأظهر من حيث المساهمة في تحقيق العدالة، فإثبات الخيار فيه تقوية لجانب المغبون الذي تنقصه المعلومة، والذي هو في الواقع غالباً مستهلك يقابل طرفاً محترفاً أقوى منه في جوانب شتى، لا على مستوى توفر الوقت، أو القدرة على الحصول على المعلومة، أو تعدد الخيارات. والعجب، أن تجد اليوم من يرجح القول القائل بعدم تأثير الغبن ولو فحش وتجاوز المعتاد عرفاً، وكان المغبون ناقص خبرة جاهلاً به، لا من باب ترجح الأدلة الشرعية، أو القناعة بحجج الفقهاء المتقدمين القائلين بعدم تأثير الغبن، إنما من باب التوافق مع الفكر الاقتصادي السائد اليوم، وتشجيع الاستثمار بحماية الأطراف المحترفة للتجارة من خلال إطلاق التربح وتعظيمه

(١) المحلى بالآثار، ابن حزم، ٧/ ٣٦٣.

(٢) جاء في المادة (١٢٠) من نظام المعاملات المدنية: «كل خطأ سبب ضرراً يلزم من ارتكبه بالتعويض».

ولو على حساب المغبون الذي يفتقد المعلومة، مع تحجيم المخاطر
عليه بمنع احتمالية الرجوع.



الخاتمة

إذن، من أبرز ما مر معنا من نتائج خلال البحث، ما يلي:

١. لا يتحقق الغبن الاستغلالي للضعف الظاهر وفق نظام المعاملات المدنية السعودي إلا بتوافر ثلاثة مقومات: ضعف في أحد المتعاقدين ظاهر عند التعاقد، وإرادة المتعاقد الآخر استغلال ذلك الضعف الظاهر وإبرامه العقد بناء على ذلك، وغبن يلحق المتعاقد الذي فيه ضعف من ذلك العقد.

٢. استقرار موقف الفقهاء من الغبن مسألة دقيقة بحاجة لحذر وعناية في تناولها، وذلك لأن مسائل الغبن في الواقع يجتمع فيها مع الغبن معنى آخر، قد يكون ذلك المعنى مؤثراً بذاته في حكم العقد، فالغبن معه زائد، وقد يكون غير مؤثر مطلقاً، فالغبن وحده المؤثر، وقد يكون مؤثراً باقترانه بالغبن فقط، فلا يؤثران في العقد إلا باجتماعهما. فإذا حكم الفقيه بأن العقد معيب في صورة معينة تتضمن غبناً مع معنى آخر، احتاجت المسألة لتتبع ومقارنة لتحديد مدى التأثير.

٣. الأدق أن يوصف الغبن بأنه مجرد عند توافر التفاوت الخارج عن المعتاد فقط، ودون اقتران أي معنى آخر مؤثر به، سواء كان ذلك جهل المغبون بالقيمة أو غيره.

٤. إذا كان الغبن مجرداً، فالمغبون عالم وراض بالغبن عند التعاقد، ولم يقترن بذلك أي مؤثر آخر، فعامة الفقهاء على عدم تأثيره على العقد، وفي ذلك إشارة إلى أن إشكالية الغبن عندهم تتعلق بسلامة الرضا أكثر من غيره.

٥. ذكر الفقهاء العديد من الحالات التي يكون فيها الغبن مؤثراً على العقد، على اختلاف بينهم فيها.

٦. جاء عن عدد من فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة أن الغبن يؤثر في العقد إذا اقترن بجهل المغبون، وبعض هؤلاء قال يكفي جهله بالغبن، أي ولو سهواً أو استعجالاً، والبعض الآخر اشترط جهله بالقيم عموماً.

٧. من أشهر الحالات التي يكون فيها الغبن مؤثراً عند الحنابلة، الاسترسال، وهو الجهل بالقيمة المقرون بعدم إحسان المماكسة.

٨. كذلك من حالات الغبن المؤثر عند الشافعية والحنابلة، تلقي الركبان، وهو الجهل بالقيمة المقرون بحقيقة أن المغبون ليس من أهل البلد العارفين بأحوال سوقه، وتلقاه المتعاقد الآخر قبل هبوط السوق.

٩. حالات الغبن المؤثر الواردة في الفقه الإسلامي والأقرب لأن يفسر بها مفهوم نظام المعاملات للضعف الظاهر، هي حالتا المسترسل وتلقي الركبان.

١٠. المقصود بمصطلح الضعف الظاهر الوارد في نظام المعاملات المدنية: نقص خبرة المتعاقد وجهله بالقيمة، والظاهر أثناء التعاقد.

١١. نقص الخبرة والمعرفة قد يكون خاصاً من حيث المكان، أو بنوع معين من السلع، وقد يكون طارئاً لتغير مفاجئ، فلا يشترط أن يكون الجهل عاماً أو قديماً.

١٢. لا شكل معين لظهور الجهل أثناء التعاقد، فقد يظهر من خلال سلوك المغبون، كحديثه أثناء التعاقد، أو من صفة فيه أو من حاله، كأن يظهر من شكله أنه غريب عن البلد، أو الظروف المحيطة.

١٣. ليس من الضعف الظاهر في النظام السعودي مجرد أن المتعاقد تربطه علاقة ترابية معينة بالمتعاقد الآخر، أو يملكه تعلق به، ولا أنه متهور في قراراته.

١٤. لم أقف على من ينص على قصد الاستغلال أو التفرير في حالة المسترسل كشرط لثبوت الخيار عند من قال به من الفقهاء. وفي تلقي الركبان، فالمعتمد عند الشافعية والحنابلة عدم اشتراط القصد لثبوت الخيار، إلا أن هناك قولاً آخر في المسألة، وهو الأقرب لموقف نظام المعاملات المدنية، حيث نص على شرط إرادة المتعاقد الآخر استغلال الضعف الظاهر في المغبون.

١٥. يكفي مدعي الغبن الاستغلالي للضعف إثبات وقوع التفاوت الخارج عن المعتاد (العنصر المادي) مع إثبات أن جهله بالقيمة كان

ظاهراً عند التعاقد، فإذا ما ادعى المتعاقد الآخر عدم تحقق مقومات الغبن الاستغلالي حينها، فإنما يدعي خلاف الظاهر، فينتقل عبء الإثبات إليه.

١٦. قول من قال باشتراط ثبوت جهل المغبون فقط (الغلط في القيمة) أقوى من القول بزيادة شرط ظهور الجهل، فضلاً عن زيادة شرط ثبوت قصد الاستغلال، وذلك لأن الاكتفاء بشرط ثبوت الجهل هو المتوافق مع القواعد العامة: «إذا تعيب العلم، تعيب الرضا، وإذا تعيب الرضا تأثر حكم العقد. وإذا تسبب أحد بضرر فينشئ عليه التزام بالتعويض، لا الحكم بصحة عقد ثبت تعيب الرضا فيه». أما اشتراط ظهور ذلك الغلط واشتراط قصد الاستغلال فليس هناك ما يبرره، فمشاكل الإثبات يمكن تجاوزها من خلال ضبط قواعد تحميل الإثبات وفق ما ذكر. وأما حماية المتعاقد الغابن حسن النية من ضرر الفسخ، فحسن النية مع تحقق الغبن وجهل الطرف المقابل ليس المعتاد على الأقل، وأهم من ذلك، أن حمايته تكون عن طريق دعوى التعويض وفق ما ذكر، لا من خلال الحكم بسلامة العقد رغم تحققنا من عدم سلامة الرضا فيه.

أما أبرز ما أوصي به من توصيات بناء على ما مر معنا من نتائج خلال البحث، فما يلي:

١. أوصي الباحثين بمزيد العناية بنظرية الغبن وما يتعلق بها من نظريات، فما زال الموضوع بحاجة لمزيد بسط وتحقيق وضبط.

٢. أوصي الباحثين بمزيد العناية بالدراسات الاستقرائية التي تعنى باستنباط وضبط المعاني المؤثرة والاعتبارات التي بنيت عليها التطبيقات المختلفة.

٣. أوصي المنظم بإعادة النظر في اشتراط ثبوت ظهور الجهل، واشتراط ثبوت إرادة الاستغلال لثبوت الحق للمغبون بطلب الإبطال، والاكتفاء بشرط ثبوت الغلط في القيمة، وبالتالي جعل غبن الجاهل شكلاً من أشكال الغلط (غلطاً في القيمة)، لا عيباً مستقلاً بذاته، وفي حال ثبوت الاستغلال فله تأثير التغير، من حيث حق المغبون بالمطالبة بالتعويض عن الضرر بجانب المطالبة بالإبطال أو التعديل.

٤. أوصي الباحثين بتحرير ضابط الصورة الأخرى للغبن الاستغلالي: استغلال الحاجة الملحة، وذلك من خلال استقراء صور الغبن المؤثر عند الفقهاء، وخصوصاً ما يسمى ببيع المضطر عندهم.

المراجع والمصادر

الكتب:

١. أثر الغبن على العقود وفقاً لنظام المعاملات المدنية السعودي، سليمان بن عبد المحسن السعوي، مجلة جامعة تبوك للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة تبوك، العدد (٤)، الجزء ٢، ١٤٤٥ هـ، ٥٤٧-٥٦٩.
٢. أحكام بيع تلقي الركبان، يوسف أحمد عمر سعيد، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، جامعة الأزهر، المجلد (٣٢)، العدد (٥)، ٢٠١٦ م، ٢٥٨-٣٠٤.
٣. الإقناع في فقه الإمام أحمد، موسى الحجاوي، تصحيح وتعليق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت.
٤. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين المرداوي، بمعية كتابي المقنع والشرح الكبير، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر، الجيزة، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ.
٥. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم المصري، وبهامشه منحة الخالق وفي آخره تكملة الطوري، د.ن.، تصوير شركة علاء الدين، بيروت، د.ت.
٦. البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن التسولي، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ.

٧. التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف المواق، مطبوع بهامش مواهب الجليل، ضبطه: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ.

٨. الشريب في شرح التقريب، زين الدين العراقي، نشر دار إحياء التراث العربي على الطبعة المصرية القديمة، بيروت، د.ت.

٩. التمهيد، ابن عبد البر، تحقيق: بشار عواد معروف وآخرون، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، لندن، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ.

١٠. التوازن العقدي، درماش بن عزوز، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٤م.

١١. الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٧٢هـ.

الرسائل والأبحاث:

١٢. الشرح الصغير على أقرب المسالك، أحمد بن محمد الدردير، خرج أحاديثه وفهرسه: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، ١٩٨٦م.

١٣. الشرح الكبير، أحمد بن محمد الدردير، بهامش حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.ط، د.ت.

١٤. الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح العثيمين، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.
١٥. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، تحقيق: بشير محمد عون، مكتبة المؤيد، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.
١٦. العزيز في شرح الوجيز (الشرح الكبير)، عبد الكريم الرافعي، تحقيق: إسماعيل بن إبراهيم يوكسك، جائزة دبي الدولية للقرآن الكريم، دبي، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ.
١٧. الغبن في العقود، علي الخفيف، مجلة البحوث والدراسات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، مصر، العدد (١٠)، ١٩٨٠م، ٣-١٩.
١٨. الغبن في الفقه الإسلامي، صالح أحمد العلي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، المجلد (٣٣) العدد (١١٢)، ٢٠١٨م، ٥٣٤-٥٧٠.
١٩. الغبن والاستغلال في نطاق عيوب الإرادة وفقاً للقانون الأردني، محمد قاط بديوي أبو دلو، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، الأردن، ٢٠٠٦م.
٢٠. الغبن والتغريب في الشريعة والقانون، عبد الله محمد آدم، رسالة دكتوراه، جامعة الزيتونة المعهد الأعلى للشريعة، ١٩٩٣م.

٢١. الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني (حاشية البناني)، محمد البناني، مع شرح الزرقاني على مختصر خليل، ضبط: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٢٢. الفروع، ابن مفلح المقدسي، ومعه تصحيح الفروع للمرداوي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ودار المؤيد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

٢٣. الكافي، ابن قدامة المقدسي، تحقيق: محمد فارس ومسعد عبد الحميد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.

٢٤. المبادئ والقرارات، الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١هـ - ١٤٣٧هـ، إصدار مركز البحوث بوزارة العدل، ١٤٣٨هـ.

٢٥. المبدع شرح المقنع، ابن مفلح، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

٢٦. المحلى بالآثار، ابن حزم، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

٢٧. المختصر الفقهي، محمد ابن عرفة، تصحيح: حافظ عبد الرحمن محمد خير، مسجد ومركز الفاروق عمر بن الخطاب، دبي، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ.

٢٨. المعاملات المالية: أصالة ومعاصرة، ديان بن محمد الديان، طبعة المؤلف، الطبعة الثانية. ١٤٣٤هـ.
٢٩. المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، د.ت.
٣٠. المغني، ابن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ.
٣١. المقدمات الممهّدات، أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد (الجد)، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.
٣٢. المنح الشافيات، منصور البهوتي، تحقيق: عبد الله بن محمد المطلق، كنوز إشبيلية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.
٣٣. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الأجزاء ١ - ٢٣: الطبعة الثانية، ذات السلاسل - الكويت/ الأجزاء ٢٤ - ٣٨: الطبعة الأولى، إعادة طبع مطابع دار الصفوة - مصر/ الأجزاء ٣٩ - ٤٥: الطبعة الثانية، طبع الوزارة، ١٤٠٤ - ١٤٢٧هـ.

٣٤. التف في الفتاوى، أبو الحسن السغدّي، تحقيق: صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، عمان، ومؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ.

٣٥. النوازل الصغرى (المنح السامية)، محمد المهدي الوزاني، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، ١٤١٣هـ.

٣٦. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ت.

٣٧. بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، أحمد الصاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

٣٨. بيع المسترسل: مفهومه وأحكامه، منير عبد الله خضير، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد (٣٨)، ٢٠١٧م، ٢٧٧ - ٣٣٦.

٣٩. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين الزيلعي، وبهامشه حاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة الأولى، ١٣١٤هـ.

٤٠. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدسوقي، وبهامشه الشرح الكبير للدردير، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د. ط، د. ت.

٤١. خيار الغبن في الفقه الإسلامي، رياض بن عبد اللطيف المهيدب، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، الرياض، ١٤٠٤هـ.

٤٢. خيار الغبن في المعاوضات المالية، علي بن عبد الرحمن الحسون، مجلة الدراسات العربية، جامعة المينا، كلية دار العلوم، العدد (٢)، المجلد (٢)، ٢٦٣-٢٢٩.

٤٣. خيار الغبن وتطبيقاته المعاصرة، فهد بن عبد العزيز بن محمد الداود، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، العدد (١١٤)، ١٤٣٩هـ، ٣٥٤-٤٢٢.

٤٤. خيار غبن المسترسل بين خيارات الأمانة وخيارات التروي، تيسير عبد الله الناعس، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، المجلد (٣٤)، العدد (١١٦)، ٢٠١٩م، ٣٦٩-٣٨٨.

٤٥. رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، ابن عابدين الدمشقي، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ.

٤٦. روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.

٤٧. شرح الزركشي على مختصر الخرقي، شمس الدين الزركشي، تحقيق: عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.

٤٨. شرح منتهى الإرادات (دقائق أولي النهى)، منصور البهوتي، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.

٤٩. عيب الاستغلال في القانون المدني الأردني، علي يوسف عوض العبابنة، مجلة رماح للبحوث والدراسات، مركز البحث وتطوير الموارد، رماح الأردن، العدد (٣٩)، ٢٠٢٠م، ١٢٢-١٥٣.

٥٠. فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، محمد بن صالح العثيمين، تحقيق: صبحي بن محمد رمضان وأم إسماء بنت عرفة بيومي، المكتبة الإسلامية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.

٥١. كشف القناع عن متن الإقناع، منصور البهوتي، تحقيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

٥٢. مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وابنه عبد الرحمن، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، ١٤٢٥هـ.

٥٣. مصادر الالتزام (من دروس في نظرية الالتزام)، محمد ليب شنب، دار النهضة العربية، ١٩٧٦م.

٥٤. مصادر الحق، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ب. ت.

٥٥. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى السيوطي الرحيباني، المكتب الإسلامي، دمشق، ١٣٨١هـ.
٥٦. معونة أولي النهى، ابن النجار الفتوحي، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله دهيش، توزيع مكتبة الأسد، مكة المكرمة، الطبعة الخامسة، ١٤٢٩هـ.
٥٧. منتهى الإرادات، ابن النجار تقي الدين الفتوحي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
٥٨. نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، توفيق حسن فرج، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية، ١٩٥٧م.
٥٩. نظرية العقد والإرادة المنفردة (موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الأول والثاني)، عبد الفتاح عبد الباقي، د. ن.، ١٩٨٤م.
٦٠. نظرية الغبن بين الشريعة والقانون، السعيد بوركبه، مجلة دار الحديث الحسنية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب، العدد (٤)، ١٩٨٤م، ٢١٨-٢٥٠.
٦١. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين الرملي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ.

الأنظمة:

٦٢. القانون المدني الأردني مادة (٤٣) لسنة ١٩٧٦م.

٦٣. القانون المدني الألماني الصادر سنة ١٩٠٠م والمعدل سنة ٢٠٠٢م.
٦٤. القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر مادة (٧٥-٥٨) وبتاريخ ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥م.
٦٥. القانون المدني السوري مادة (٨٤) لسنة ١٩٤٩م.
٦٦. القانون المدني العراقي مادة (٤٠) لسنة ١٩٥١م.
٦٧. القانون المدني القطري مادة (٢٢) لسنة ٢٠٠٤م.
٦٨. القانون المدني الكويتي مادة (٦٧) لسنة ١٩٨٠م.
٦٩. القانون المدني الليبي إصدار ١ لسنة ١٩٥٤م.
٧٠. القانون المدني المصري مادة (١٣١) لسنة ١٩٤٨م.
٧١. قانون الالتزامات والعقود المغربي الصادر ١٢ أغسطس ١٩١٣م وفق النسخة المعربة، والمحدثة بتاريخ ١٨ فبراير ٢٠١٦م، والمنشورة من قبل مديرية التشريع في وزارة العدل المغربية.
٧٢. قانون المعاملات المدنية الإماراتي مادة (١) لسنة ١٩٨٧م.
٧٣. قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م.
٧٤. قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر بتاريخ ٣ مارس ١٩٣٢م.
٧٥. مجلة الالتزامات والعقود التونسية الصادرة بالأمر المؤرخ ب ١٥ ديسمبر ١٩٠٦م، والمعاد تنظيم أحكامها بقانون مادة (٨٧) لسنة ٢٠٠٥م.

٧٦. نظام المعاملات المدنية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي م/١٩١، ٢٩ / ١١ / ١٤٤٤هـ.

٧٧. وثيقة الكويت للنظام المدني الموحد لدول مجلس التعاون الموافق عليه من المجلس الأعلى في دورته الثامنة عشرة في دولة الكويت بتاريخ ٢٢ ديسمبر ١٩٩٧م.

المنافذ الإلكترونية:

تراث: <https://app.turath.io>





عمارة الوقف

حكمه - حالاته - الجهة المسؤولة عنه

دراسة فقهية مقارنة مع المبادئ والقرارات القضائية
الصادرة من وزارة العدل

د. عبد الله بن محمد الاحم

الأستاذ المشارك في المعهد العالي للقضاء

تمهيد

الحمد لله حمداً طيباً كثيراً مباركاً كما يحب ربنا ويرضى، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، النبي المصطفى والرسول المجتبي، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان وسار على نهجهم إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى، لما شرع لعباده طريق الهدى، وهياً لهم من الوسائل ما فيه صلاح دنياهم وآخرتهم، وجههم إلى حسن الاتباع، وحثهم على فهم مقاصد التشريع، ليكونوا على بصيرة في العمل. وقد بين تعالى أن مقاصد الشريعة ومنافعها تشمل الفرد والمجتمع، والخاص والعام، فجاءت أحكامها مترابطة، ومقاصدها شاملة، وخيرها متصل من بدايتها إلى نهايتها.

ومن رحمته سبحانه، ما شرعه لعباده من أعمال صالحة تبقى آثارها، ويستمر أجرها، كالعلم والدعوة، والوصايا، والأوقاف، وغيرها من أبواب الخير التي يظل نفعها ممتداً في الحياة وبعد الممات.

ولأهمية هذا الأمر، كان الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أوائل من سأل واستفسر عن مصارف الأموال، وطرق توجيهها، لما نزل قوله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾^(١)، فبادروا بالسؤال عن مواضع الإنفاق

(١) سورة آل عمران، الآية (٩٢).

وكيفيته، فجاء التوجيه النبوي: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث...»^(١). وذكر منها: «صدقة جارية».

ومن هنا، تولى العلماء بيان أحكام هذا الباب العظيم، وتفصيل مسأله، وتوضيح ما استجد فيه من نوازل. وبما أن هذا المجال يشهد تغيرات مستمرة، وتتعدد فيه الحالات بحسب الأحوال، وجدت من المناسب أن أشارك في الكتابة والبحث حول «باب الأوقاف»، لما له من أثر كبير في النفع العام، ولا سيما في ظل ما يطرأ عليه من تطورات.

وقد لاحظت أن من أبرز المسائل التي تحتاج إلى دراسة وبحث: «عمارة الوقف» من حيث الحكم والجهة المسؤولة عنها، لاسيما وأن لهذه المسألة صلة وثيقة بمن يتعامل معها عملياً، كالقضاة والنظار، وأصحاب الأوقاف. فرغبت في تناول هذه المسألة بما يسهم - بإذن الله - في إحياء الأوقاف المهجورة، وتحفيز المحسنين على بذل المزيد منها، وتثبيت النظر على أداء واجباتهم في عمارتها.

الدراسات السابقة:

بعد الرجوع إلى قواعد البيانات العلمية، واستقراء ما توفر من نتائج عبر محركات البحث في الشبكة العنكبوتية، لم أقف على بحث علمي متخصص - فقهي أو قضائي - تناول هذه المسألة بتفصيل يُبرز

(١) رواه البخاري (٢٣١٨)، ومسلم (١٦٣١).

الجهة المسؤولة عن عمارة الوقف، ويبين أحوال العمارة وأحكامها، ويوضح مسالك العلماء في ذلك.

فما وجدته لا يتعدى إشارات عارضة في بعض الأبحاث العلمية، دون بسط لأقوال الفقهاء أو تحرير لمناطات الخلاف والترجيح بينها، كما وردت إشارات مختصرة في بعض الموسوعات والمدونات الفقهية، لكنها تقتصر غالباً على عرض الأقوال دون تتبع لمناهج العلماء في بناء الأحكام، وغالباً ما لا تتجاوز المسألة فيها صفحة أو صفحتين، من غير استيعاب للآثار، ولا إيراد للأدلة، ولا مناقشة علمية وافية للأقوال.

كما لم أعر على دراسة تجمع بين النظر الفقهي والاجتهاد القضائي، تبين من خلالها ما استقر عليه العمل القضائي في هذه المسألة، مما يُبنى عليه الحكم وتُربط به المسؤولية.

وانطلاقاً من هذا النقص، رأيت أن من الأهمية تناول هذه المسألة بالدراسة والتحقيق، مع العناية بالتفصيل في الأقوال ومناقشتها، ومقابلتها بما استقر عليه القضاء من المبادئ القضائية، إذ إن مثل هذه المسائل يُرجَّح فيها القول الفقهي من قبل جهة القضاء بما يحقق المصلحة، ويتوافق مع مقاصد الشريعة، ويُراعي تغير الأحوال، دون الإخلال بما قرره الفقهاء، فكان من المهم تتبع هذا المسار في الاختيار الفقهي والقضائي.

أسباب اختيار موضوع البحث:

١- كثرة الأوقاف المندثرة في الواقع، دون وجود جهد ملموس في عمارتها أو السعي إلى إحيائها، مما يؤدي إلى ضياع منافعها وتعطيل مقاصد الواقفين.

٢- وجود عدد كبير من الأوقاف التي هي بحاجة ماسة إلى الصيانة والرعاية، ومع ذلك يُلاحظ تقاعس بعض النظار عن القيام بواجب العمارة، مما يؤثر سلباً على استمرار نفع الوقف.

٣- قلة المعرفة بالطرق المشروعة والمتنوعة التي يمكن من خلالها عمارة الأوقاف، وحصرها غالباً في وسائل محدودة، الأمر الذي يُضيق سبل الانتفاع ويحد من مرونة التعامل مع الواقع.

٣- جهل بعض النظار بحقيقة مسؤولياتهم وواجباتهم في النظارة، ومن ذلك ما يتعلق بعمارة الوقف، باعتبارها من أبرز وظائف الناظر.

٤- شيوع اعتقاد لدى البعض بأن مسؤولية العمارة تقع على عاتق الناظر فقط، دون إدراك لمساهمة أطراف أخرى قد تُعنى بها شرعاً أو نظاماً.

٥- تقصير عدد من الواقفين عند تحرير وثائق أوقافهم، بعدم النص على أحكام العمارة أو آلياتها، مما يعرض تلك الأوقاف للتعطيل أو التعدي أو الإهمال.

أهداف البحث:

- ١- إبراز دور العلماء في خدمة الأمة، من خلال بيانهم لمسائل الشريعة وأحكامها، وقيامهم بتوضيح الرأي الشرعي في النوازل والمستجدات.
 - ٢- توعية العاملين في مجال الأوقاف بسبل حفظها، وضمان استمرار نفعها، وتحقيق مقاصد الواقفين من ورائها.
 - ٣- إرشاد أصحاب الأموال إلى الوسائل الشرعية التي تحفظ بها أوقافهم، بما يعينهم على زيادة الإسهام في الأوقاف العامة، التي تعود بالنفع على المجتمعات.
 - ٤- التذكير بسعة الشريعة الإسلامية وشمولها، وبيان تفوقها على الأنظمة الوضعية في تحقيق المصالح العامة، وحفظ الحقوق.
 - ٥- تسليط الضوء على حسن تعامل فقهاء الأمة مع المتغيرات، ومراعاتهم لمقاصد الشريعة في حفظ الحقوق الشرعية في ظل تغير الأحوال.
 - ٦- تيسير السبل أمام النُّظار للقيام بمسؤولياتهم، من خلال بيان المسالك المتاحة والميسرة لعمارة الأوقاف.
- وإنني لأرجو من الله عَزَّوَجَلَّ أن يبارك في هذا الجهد، وأن يكتب له القبول، وأن يجعل لي فيه نصيباً من الخير في الدنيا والآخرة.

منهج البحث:

سلكْتُ في هذا البحث - بحمد الله وتوفيقه - المنهج الاستقرائي التحليلي، وذلك من خلال تتبُّع كتب الفقه المعتمدة في المذاهب الأربعة، وتحليل أقوال العلماء فيها، وجمعها في سياقٍ واحدٍ منتظم، حيث عرضتُ رأي كل مذهبٍ على حدةٍ بحسب التسلسل العملي في الجهات المسؤولة عن عمارة الوقف، مبيناً وجهة نظرهم في تقديم بعض الجهات أو تأخيرها.

وقد حرصت على ذلك قدر الوسع والطاقة، مستنداً إلى ما وقفت عليه من أدلتهم وتعليلاتهم.

وهذا الأسلوب - وإن لم يكن شائعاً بين الباحثين - فقد اخترته رغبةً في جمع جميع الجهات التي نصَّ فقهاء المذاهب على ارتباطها بعمارة الوقف، ليكون الناظر أو القاضي على بينة من التدرج العملي في الحكم، ولتكون الجهات الرسمية العاملة في شؤون الأوقاف أقدر على اختيار ما هو أقرب إلى المصلحة الشرعية واعتماده نظاماً لها.

كما أن هذا المسلك البحثي ليس جديداً في ذاته، إذ نجد كثيراً من الدراسات العلمية تسوق آراء المذاهب على نحوٍ مستقلٍّ، لا سيما في المسائل التي تحتاج إلى بيانٍ واضحٍ لتدرج الأحكام والالتزامات في كل مذهب، كمسألتنا هذه المتعلقة بعمارة الوقف.

إجراءات البحث:

اتبعت في هذا البحث الإجراءات الآتية:

- ١- استقراء جملة من كتب الفقه المعتمدة في كل مذهب، لاستخراج آرائهم في حكم عمارة الوقف، وصورها، والجهات المسؤولة عنها.
- ٢- بيان معنى المسألة وشرح المقصود منها عند الحاجة.
- ٣- توضيح المصطلحات الفقهية واللغوية ذات الصلة بالبحث.
- ٤- ذكر الإجماع إن وُجد، مع الإشارة إلى قائله ودليلهم، دون إلزام بعرض الدليل تفصيلاً، إذ الإجماع حجةٌ بنفسه.
- ٥- عند وجود الخلاف، أذكر الأقوال الفقهية المعتبرة دون التعرض للمذاهب غير المعتبرة أو الأقوال الشاذة.
- ٦- توثيق كل قولٍ فقهي من مصادره الأصلية قدر المستطاع، وقد بذلت في ذلك جهداً كبيراً.
- ٧- عرض أدلة الأقوال بقدرٍ معتدلٍ، وفق ترتيب قوتها، دون إطالةٍ تخلّ بمقصد البحث.
- ٨- أذكر ما ذكره الفقهاء من أدلة المسألة، وإذا لم أجد فإني أذكر ما يمكن أن يستدل به حسب الوسع، حيث إن كثيراً من كتب الفقهاء لا تورّد الأدلة.

٩- مناقشة الأدلة والرد عليها من كلام العلماء، دون التزام بالتفصيل في كل موضع، بل بحسب الحاجة والوسع.

١٠- الاقتصار في المسائل الفرعية على الإشارة الموجزة، والتوسع في المسائل الأصولية المرتبطة بموضوع البحث، مما قد يُظهر تفاوتاً بين المسائل.

١١- ذكر القول الراجح بما ترجح لديّ مع ذكر دليله وتوجيهه وأقوال العلماء المؤيدين له.

١٢- عند الاستدلال بالآيات القرآنية، أذكر وجه الدلالة منها وما ورد عن العلماء في تفسيرها.

١٣- عند الاستدلال بالأحاديث النبوية، أخرج الحديث من مصدره، وأبين درجته إن لم يكن في الصحيحين.

١٤- الحرص على نقل نصوص الفقهاء من المذاهب الأربعة مباشرة، واقتصار النقل على موضع الشاهد.

١٥- تجنبت الاستطراد إلا حيث تدعو الحاجة، كالمسائل ذات الوقائع المتكررة أو الأهمية التطبيقية، حرصاً على شمول البحث دون إطالة.

١٦- لم أذكر تراجم الأعلام لشهرتها، ولأن المقصد الأساس هو الجانب الفقهي التحليلي.

١٧- اعتنيت بقواعد اللغة والإملاء، وكتبت الآيات القرآنية بالرسم العثماني وفق المصحف الشريف.

١٨- ألحقت بكل مسألة ما يناسبها من العمل القضائي المستقر في المملكة العربية السعودية المتمثل في المبادئ والقرارات القضائية.

١٩- ختمت البحث بخاتمة تضمنت خلاصة النتائج وأبرز التوصيات، وألحقت به فهارس تفصيلية لمسائل البحث.

الإضافة المرجوة من هذا البحث:

شهدت الأوقاف في الآونة الأخيرة نمواً ملحوظاً، وظهرت بحمد الله بوادر طيبة لرغبة عدد من أصحاب الأموال في إنفاق أموالهم في هذا الباب المبارك. إلا أن البعض منهم لا يزال متردداً في الإقدام على الوقف، خشية اندثاره أو تعطل منافعه أو تعرضه للخراب، فينقطع بذلك ما أنشئ الوقف من أجله، مما يؤدي إلى ضعف في الإقبال على الوقف، رغم ما فيه من نفع عظيم، ومصالح عامة حث الشارع الحكيم على تحقيقها.

فإذا اطمأن أصحاب الأموال إلى أن فقهاء الشريعة وقضاة المسلمين لن يفرطوا في إحياء الأوقاف، ولو بعد انقطاع طويل، فإن ذلك - بإذن الله - سيكون دافعاً كبيراً ومحفزاً نحو التوسع في إنشاء الأوقاف، وزيادة الإقبال عليها.

كما أن هذا البحث، بإذن الله، يسهم في التحفيز على إحياء الأوقاف المعطلة، وعمارة ما خرب منها، سواء على مستوى الجهات الرسمية المسؤولة عن رعاية الأوقاف والإشراف عليها، أو على مستوى القضاء الذي يُبين من هي الجهة الأقرب التي يلزمها القيام بعمارة الوقف، ويحكم على من يجب عليه النهوض بهذه المسؤولية.

وبذلك، نرجو - بمشيئة الله - ألا يبقى وقف معطل أو مصلحة مهدرة، فتعم بذلك البركة، وتتحقق المصلحة العامة، وينتشر الخير بين الناس.

خطة البحث:

وقد رتبت البحث على النحو التالي:

التمهيد:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف عمارة الوقف.

المطلب الثاني: مشروعية الوقف.

المبحث الأول: عمارة الوقف:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حالات عمارة الوقف.

المطلب الثاني: حكم عمارة الوقف.

المبحث الثاني: الجهة المسؤولة عن عمارة الوقف:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إذا كان للوقف ريع.

المطلب الثاني: إذا لم يكن له ريع.

وقد استقصيت قدر وسعي أقوال الفقهاء في هذه المسألة، ثم قارنت أقوالهم مع المبادئ والقرارات القضائية التي صدرت من وزارة العدل، والتي استقر العمل عليها هنا في المملكة العربية السعودية. أسأل الله تعالى أن ينفع بهذا العمل، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وأن يوفقني للصواب، إنه سميع مجيب.



التمهيد

المطلب الأول: تعريف عمارة الوقف لغة واصطلاحاً:

أولاً: تعريف العمارة:

تعريف العمارة لغة:

قال في المخصص: «فَعَلَ يَفْعُلُ فِعَالَةً، عَمَرَ الْمَنْزِلَ يَعْمُرُ عِمَارَةً»^(١).

وقال: «عَمَرَ يَعْمُرُ وَيَعْمِرُ، وَعَمَّرَهُ اللهُ: أَبْقَاهُ، وَعَمَرَ اللهُ بِكَ مَنْزِلَكَ يَعْمُرُهُ عِمَارَةً، وَأَعْمَرَهُ وَعَمَرَ الرَّجُلُ مَالَهُ يَعْمُرُهُ عِمَارَةً وَعُمُوراً وَعُمُرَاناً، وَكَذَلِكَ عَمَرَتِ الْبَيْتَ أَعْمَرَهُ عِمَارَةً إِذَا وَلِيَتْ عِمَارَتَهُ، وَعَمَرَتِ الْأَرْضَ أَعْمَرَهَا عِمَارَةً، فَهِيَ مَعْمُورَةٌ وَعَامِرَةٌ، وَمِنْهُ الْعُمُرَانُ: نَقِيضُ الْخَرَابِ، وَأَعْمَرَ اللهُ الدُّنْيَا جَعَلَهَا تُعْمَرُ، وَأَعْمَرَتِ الْأَرْضُ، وَجَدْتُهَا عَامِرَةً، وَالْعِمَارَةُ أَجْرُ الْعِمَارَةِ»^(٢).

وفي معجم اللغة العربية المعاصرة: «عَمَّرَ يَعْمُرُ، تَعْمِيرًا، فَهُوَ مُعَمَّرٌ، وَالْمَفْعُولُ: مُعَمَّرٌ لِلْمَتَعَدِّي»^(٣).

والمراد به: البناء والإنشاء وجعله صالحاً للاستعمال، ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿وَعِمَارَةَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾^(٤).

ويقال: «عَمَّرَ الْمَكَانَ: أَصْلَحَهُ، بَنَاهُ، جَعَلَهُ أَهْلاً، بَيْتٌ مُعَمَّرٌ»^(٥).

(١) المخصص (٤/ ٢٨١).

(٢) المخصص (١/ ١٨٠).

(٣) معجم اللغة العربية المعاصرة (٢/ ١٥٥١).

(٤) سورة التوبة، آية: ١٩. وانظر: معجم اللغة العربية (٢/ ١٥٥٢).

(٥) معجم اللغة العربية المعاصرة (٢/ ١٥٥١).

ثانيًا: تعريف الوقف:

تعريف الوقف لغة:

الوقف في اللغة: مصدر وَقَفْتُ الدابة أَقْفَه وَقَفًا، وكذلك كل شيء حبسته^(١).

وقد اشتهر المصدر وهو الوقف في الموقوف، ف قيل: هذه الدار وقف، أي: موقوفة^(٢).

جاء في التعريفات الفقهية: الْوَقْفُ: لغةً الحبسُ^(٣).

والوقف والتحبيس والتسييل بمعنى. قال الأزهرى: يقال: حبست الأرض ووقفتها، وحبست أكثر استعمالاً. قال أهل اللغة: يقال: وقفت الأرض وغيرها أَقْفَهَا وَقَفًا، وهذه اللغة الفصيحة المشهورة^(٤).

تعريف الوقف اصطلاحًا:

الْوَقْفُ: تحبيس مَالٍ يُمكن الإِنْتِفَاعُ بِهِ، مَعَ بَقَاءِ عينه^(٥).

(١) انظر: جهمرة اللغة (٩٦٨/٢).

(٢) انظر: تهذيب اللغة (٣٣٣/٩).

(٣) التعريفات الفقهية (ص: ٢٣٩).

(٤) تحرير ألفاظ التنبيه (ص: ٢٣٧).

(٥) تحرير ألفاظ التنبيه (ص: ٢٣٧).

وفي المطلع على ألفاظ المقنع: هو تحييس مالك مطلق التصرف ماله المتفع به مع بقاء عينه، يقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته، يصرف ريعه إلى جهة بر تقرباً إلى الله تعالى^(١).

وفي كشف اصطلاحات الفنون والعلوم: الحبس والمنع كما في شرح الشاطبي. وهو عند الفقهاء حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة كالعارية هذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ. وعندهما هو حبس العين على ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى خاصة على وجه تعود منفعته إلى العباد^(٢).

وجاء في التعريفات الفقهية: الوقف حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة، وعندهما حبس العين على ملك الله تعالى، فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد^(٣).

وفي شرح حدود ابن عرفة: كتاب الحبس: الفقهاء بعضهم يعبر بالحبس، وبعضهم يعبر بالوقف، والوقف عندهم أقوى في التحييس، وهما في اللغة لفظان مترادفان، يقال: وقفته وأوقفته، ويقال: حبسته، والحبس يطلق على ما وقف، ويطلق على المصدر، وهو الإعطاء، وكذلك في العرف الشرعي^(٤).

(١) المطلع على ألفاظ المقنع (ص: ٣٤٤).

(٢) كشف اصطلاحات الفنون والعلوم (٢/ ١٨٠٢).

(٣) التعريفات الفقهية (ص: ٢٣٩).

(٤) شرح حدود ابن عرفة (ص: ٤١٠).

والتعريف المختار:

حبس العين على ملك الله، والتصرف بثمرتها على وجه القرية.
وهذا التعريف يتوافق مع قول النبي ﷺ: «أحبس أصلها وسبل ثمرتها»^(١).

والمراد: منع التصرف في العين الموقوفة وإبقاء ملكها لله، والتصدق بثمرتها ومنفعتيها على وجه القرية.

المطلب الثاني: مشروعية الوقف:

من نظر في نصوص الكتاب والسنة وجد الأدلة المتكاثرة في الحث على الصدقات، ولا شك في دخول الوقف في ذلك دخولاً أولياً، ومن الأدلة:

- ١- من الكتاب، قوله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾^(٢).
- ٢- من السنة، ما رواه البخاري ومسلم عن أنس رضي الله عنه قال: «كان أبو طلحة رضي الله عنه أكثر الأنصار بالمدينة مالاً من نخل، وكان أحب أمواله إليه بيړحاء، وكانت مستقبلة المسجد، وكان رسول الله ﷺ يدخلها ويشرب من ماء فيها طيب. قال أنس: فلما نزلت هذه الآية: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾، قام أبو طلحة إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، إن الله تعالى أنزل عليك: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا

(١) أخرجه النسائي (٣٦٠٣)، وهو بمعناه عند البخاري (٢٧٦٤)، ومسلم (١٦٣٢).

(٢) سورة آل عمران [آية: ٩٢].

مِمَّا تُحِبُّونَ ﴿١﴾، وَإِنْ أَحَبَّ مَالِي إِلَيَّ بَرِحَ حَاءً، وَإِنَّمَا صَدَقَ اللَّهُ تَعَالَى أَرْجُو بَرِّهَا وَذَخَرَهَا عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى، فَضَعُهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ حَيْثُ أَرَاكَ اللَّهُ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «بَخ! ذَلِكَ مَالٌ رَابِحٌ، ذَلِكَ مَالٌ رَابِحٌ، وَقَدْ سَمِعْتُ مَا قُلْتَ، وَإِنِّي أَرَى أَنْ تَجْعَلَهَا فِي الْأَقْرَبِينَ»، فَقَالَ أَبُو طَلْحَةَ: أَفْعَلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَكَسَمَهَا أَبُو طَلْحَةَ فِي أَقَارِبِهِ، وَبَنِي عَمِّهِ»^(١).

٣- وَمِنْ ذَلِكَ: مَا رَوَاهُ نَافِعٌ عَنْ ابْنِ عُمَرَ: أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَصَابَ أَرْضًا بِخَيْرٍ، فَاتَى النَّبِيَّ ﷺ يَسْتَأْذِنُهُ فِيهَا، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْرٍ لَمْ أَصِبْ مَالًا قَطُّ أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ، فَمَا تَأْمُرُ بِهِ؟ قَالَ: «إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا» قَالَ: فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ، أَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ، وَتَصَدَّقَ بِهَا فِي الْفُقَرَاءِ، وَفِي الْقُرْبَى وَفِي الرِّقَابِ، وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَابْنِ السَّبِيلِ، وَالضَّيْفِ لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ، وَيُطْعِمَ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ^(٢).

قال ابن حجر: وَحَدِيثُ عُمَرَ هَذَا أَصْلٌ فِي مَشْرُوعِيَّةِ الْوَقْفِ^(٣).

وقد أجمع الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ عَلَى مَشْرُوعِيَّةِ الْوَقْفِ:

(١) رواه البخاري (٢٧٦٩)، ومسلم (٩٩٨).

(٢) رواه البخاري (٢٧٣٧) ومسلم (١٦٣٢).

(٣) فتح الباري، لابن حجر (٥/ ٤٠٢).

قَالَ التِّرْمِذِيُّ: لَا نَعْلَمُ بَيْنَ الصَّحَابَةِ وَالْمُتَقَدِّمِينَ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا فِي جَوَازِ وَقْفِ الْأَرْضِينَ^(١).

وروى أحمد بإسناده عن ابن عمر: أول صدقة - أي موقوفة - كانت في الإسلام: صدقة عمر^(٢).

وروى عمر بن شبة عن عمرو بن سعد بن معاذ قال: سألنا عن أول حبس في الإسلام، فقال المهاجرون: صدقة عمر. وقال الأنصار: صدقة رسول الله ﷺ^(٣).

وقال الشافعي: ولم يحبس أهل الجاهلية علمته دارًا ولا أرضًا تبرًا بحبسها، وإنما حبس أهل الإسلام^(٤).

وقال ابن بطال في شرحه على البخاري: وقال أنس: لما قَدِمَ النبي ﷺ الْمَدِينَةَ، أَمَرَ بِبِنَاءِ الْمَسْجِدِ، وَقَالَ: يَا بَنِي النَّجَّارِ، ثَامِنُونِي بِحَائِطِكُمْ هَذَا، قَالُوا: لَا، وَاللَّهِ لَا نَطْلُبُ ثَمَنَهُ إِلَّا إِلَى اللَّهِ. وترجم له - أي: البخاري - باب: إذا قال الواقف: لا نطلب ثمنه إلا إلى الله. في هذا الحديث حجة على أبي حنيفة في إبطاله الأوقاف والأحباس؛ لأن الأمة مجمعة أن من

(١) سنن الترمذي (٦٥١/٣) كتاب الأحكام، باب: الوقف.

(٢) رواه أحمد في مسنده (٦٤٦٠)، وابن خزيمة في صحيحه (٢٤٨٣)، والدارقطني في سننه (٤٤٠٢)، وهو حديث صحيح. انظر: البدر التمام شرح بلوغ المرام (٤٠٧/٦).

(٣) انظر: فتح الباري (٤٠٢/٥).

(٤) الأم، للشافعي (٢٢٠/٤).

جعل أرضاً له مسجداً للمسلمين في صحته أنه ليس لورثته ردها ميراثاً بينهم. وقال أبو حنيفة في الرجل يجبس داره على المساكين يسكنونها: أنها ترجع ميراثاً بين ورثته^(١).

وقال ابن الأثير في الشافي في شرح مسند الشافعي: قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: والصدقات المحرمات التي يقول لها بعض الناس: توقف عند... بالمدينة ومكة من الأمور المشهورة العامة التي لا يُحتاج فيها إلى نقل خبر الخاصة، وصدقة رسول الله ﷺ بأبي وأمي قائمة^(٢).

وقال ابن الأثير: وما لا أحصي من الصدقات المحرمات لا تبعن ولا توهبن بمكة والمدينة، وقد بلغني أن أكثر من ثمانين رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ من الأنصار تصدقوا بصدقات محرمات موقوفات^(٣).

(١) انظر: شرح صحيح البخاري، لابن بطال (٨ / ١٩٢).

(٢) الشافي في شرح مسند الشافعي (٤ / ٢١٧).

(٣) انظر: الشافي في شرح مسند الشافعي، لابن الأثير (٤ / ٢١٧).

المبحث الأول عمارة الوقف

المطلب الأول: حالات العمارة:

لما تكلم العلماء في كتبهم عن أحكام الوقف وبينوا مسائله: ذكروا مسألة العمارة للوقف لو تعطلت منفعته، وبينوا أن العمارة لها أحوال: الحال الأولى: يراد بها الصيانة والرعاية التي تمنع عن الوقف الهلكة والخراب:

فيقصد منه تطويل أمد الوقف وعمره، ليحصل بذلك مقصود الوقف من دوام الانتفاع من الوقف. وهذه الحال هي التي ذكرها العلماء أنها من واجبات الناظر، ولو أخل بشيء من ذلك، فإنه يأثم ويلزمه العلماء بالضمان على حسب تفريطه.

قال في البحر الرائق: «إلا إذا كان في تأخير العمارة ضرر بين بالوقف فحينئذ تقدم العمارة لئلا يؤدي إلى إبطال مقصود الوقف»^(١). وهذه هي وظيفة الناظر والقائم على الوقف حيث يجب عليه صيانة الوقف وعمارة المتضرر لتحفظ عين الوقف ولو تأخر عليه ظن ذلك.

(١) انظر: البحر الرائق ٥/ ٢٢٥ و ٥/ ٢٣٠.

الحال الثانية: ويراد منها إعادة عمارة الوقف بعد خرابه وذهاب منفعته:

سواء كان الخراب لكليته أو لبعضه، فإن أكثر العلماء على العمل على عمارته لإدامة منفعته وإحياء أصله^(١)، ولم يخالف في هذا أحد سوى قول لبعض المالكية^(٢). فهم يرون أنه إذا خرب الوقف، فإنهم لا يرون إعادته ولا يوجبون عمارته، بل يستحبون ترك ذلك.

وهم يستدلون بواقع عمل السلف رضوان الله تعالى عليهم بأوقاف من سبقهم من الصحابة ومن بعدهم، فإنها قد خربت وزال نفعها، وانقطعت مصلحتها، ولم يوجد أحد من السلف أوجب عمارتها.

ولا يناقل بالعقار ولو دثر وخرب ما حوله، وبقاء أحباس السلف دائرة تدل على منع بيعها وميراثها^(٣).

وسبب ميل بعض المالكية إلى هذا الرأي نظرًا لأنه إذا تعطل الوقف بسبب غير مضمون، فإنه ينقطع الوقف وينقلب ملكًا للواقف^(٤). وهذا قول لبعض الحنفية^(٥).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٢١/٦، والمحيط البرهاني ٢٢٥/٦، ونهاية المطلب ٣٩٥/٨، وأسنى المطالب ٤٧٦/٣، والشرح الكبير ٢١٤/٦، وشرح منتهى الإرادات ٤١٧/٢، مغني المحتاج ٥٥١/٣، الانصاف ٦٧/٧.

(٢) انظر: التاج والإكليل شرح مختصر خليل ٦٦٨/٦ المختصر الفقهي، لابن عرفة ٥٠٦/٨.

(٣) انظر: جامع الأمهات ص ٤٥٢.

(٤) انظر: الذخيرة للقرافي ٣٤٨/٦، وحاشية الدسوقي ٨٨/٤.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين ٣٢٤/٦ نهاية المحتاج ٣٩٢/٥.

ولكن الصحيح من أقوال العلماء: أن الوقف محبس الأصل مسبل المنفعة دائم الملك لله^(١).

وعلى هذا فالصحيح أن هذه الحال تجب فيها العمارة والبناء والسعي في بقاء أصل الوقف، وعليه فإنها من العمارة الواجبة.

قال في الهداية: «وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه، وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته، فيصرفه فيها»^(٢).

وقال في الذخيرة: «والبداية بالإصلاح من الريع حفظاً لأصل الوقف، بل لو شرط خلاف ذلك بطل؛ لأنه خلاف سنة الوقف»^(٣).

وقال في المبدع: «وتقدم عمارته على أرباب الوظائف»^(٤).

وقال في نهاية المحتاج: «وعمارة الوقف مقدمة على الموقوف عليه»^(٥).

ففي هذا دلالة صحيحة على أن هذه الحال من حالات الإعمار مما استقر عليه رأي عامة العلماء عملاً بالنصوص الشرعية التي يفهم منها وجوب حفظ الوقف ورعايته التي من لازمها العمارة والبناء.

(١) انظر: الحاوي الكبير ١٧ / ٨٨ المجموع شرح المذهب ١٥ / ٣٤٤ المغني لابن قدامة ٦ / ٦.

(٢) انظر: الهداية في شرح بداية المبتدئ ٣ / ١٩.

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي ٦ / ٣٢٩.

(٤) انظر: المبدع في شرح المقنع ٥ / ١٧٢.

(٥) انظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٥ / ٣٩٦.

ودليل هذا الحديث الأصل في باب الوقف من حديث ابن عمر، قال: «أصاب عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أرضاً بخيبر... وفيه قال له النبي ﷺ: «إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا»»^(١).

وهذا العمل إدامة منفعة الوقف، قال في المذهب: «يجوز وقف كل عين ينتفع بها على الدوام»، ثم قال: «وأما ما لا ينتفع به على الدوام، كالطعام، وما يشم من الريحان، وما تحطم وتكسر من الحيوان، فلا يجوز وقفه».

واستدل لذلك كغيره من العلماء بحديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه: «فأما خالد؛ فإنكم تظلمون خالداً، إن خالداً قد حبس أدرعه وأعتده في سبيل الله...»^(٢).

وسياتي بمشيئة الله تفصيل أقوال العلماء في هذه الحال في المطلب الثاني من الفصل الثاني، لأنها مدار البحث.

ويدخل في حكم هذه الحال: لو أن الواقف أوقف أرضاً ولم يعمرها. فتأخذ حكم هذه المسألة، لأن خراب الوقف وتعطل المنفعة داخل في مثل هذه الصورة.

(١) تقدم تخريجه ص ٢٠٥.

(٢) انظر: المذهب في فقه الإمام الشافعي ٢ / ٣٢٢ وانظر: ٢ / ٣٢٥ والحديث أخرجه البخاري (١٣٩٩) ومسلم (٩٨٣).

الحال الثالثة: حالة العمارة المكتملة للوقف، والزيادة المتصلة به، والتي تعد من باب الإضافات والملحقات على أصل الوقف:

فهذه تطرق إليها العلماء من باب الاستحباب، لا من باب الوجوب واللزوم، وإنما تكون في حال كمال عمارة الوقف وتتمام منفعته، فهذه من باب الكمالات له، فهي غير داخلية في المسألة، وإنما ذكرها العلماء تبعاً لهذه المسألة، وهي على باب الاستحباب لا الوجوب، سواء كانت من الواقف أو من غيره، ما لم ينص الواقف على المنع من ذلك. قال في التاج والإكليل: «لو خرب الوقف فأراد غير الواقف إعادته، فلواقف أو وارثه منعه»^(١).

وسبب منع المالكية التعمير لغير الواقف؛ لأن الوقف - كما تقدّم ذكره - ملك للواقف والصحيح خلافه.

والمسألة عند جمهور العلماء: أن الوقف ملك لله، ولذا فإنهم يرون العمل بهذه الحالة؛ وهي تجويز العمل على تكميل عمارة الوقف مما يحتاج إليه، ولكنهم يجعلون ذلك عند مزيد الريع والدر للوقف وعدم حاجة أصله للعمارة، فإنهم يقولون بجواز العمل على مكملاته.

مع أنهم مختلفون في قدر الزيادة التي تجوز، سواء كانت على أصل الوقف أو ملحقاته التي يحتاج إليها^(٢).

(١) انظر: التاج والإكليل لمختصر خليل ٦٦٨ / ٧.

(٢) انظر: السراج الوهاج ص ٤٧٧ الإنصاف لمعرفة الراجح من الخلاف ٧ / ٧٣.

قال في كشف القناع: «وإن وقف على مسجد أو مصالحه جاز صرفه في نوع العمارة، وفي مكانس وحصر»^(١).

بل إن بعض علماء الحنفية جعل حكم هذه الحالة في عداد حالات الوجوب، فيؤجر الوقف عندهم إذا لم يكن له ريع لعمارة المكملات والملحقات^(٢).

وهذه المسألة ليست هي مدار البحث، لأنها على الاستحباب، وكذلك لا تنقطع منفعة الوقف بتركه، ولذا فإن الأقرب ما عليه جمهور العلماء أن الوجوب إنما يتعين في عمارة أصل الوقف.

هذه الحالات التي ترد في مسألة العمارة في كلام الفقهاء والتي تنوعت مسالك العلماء في بيان على من تجب عند حصول الخراب أو النقص على ما سيرد ذكره إن شاء الله تعالى في الفصل الذي يليه.

أما الحال الثالثة: فإنها من باب الزيادة على الوقف، وهي من باب الاستحباب وليس الوجوب. وكذلك هي في حال توفر ريع الوقف ومزيد دره، فتكون العمارة منه وليست واجبة على جهة من الجهات. لأن كلام الفقهاء في زيادة ريع الوقف يجب أن تصرف في مصالحه التي تكون قريبة من شرط الواقف، وفي مصلحة الوقف^(٣).

(١) كشف القناع ٤ / ٢٦٧.

(٢) انظر: المحيط البرهاني ٦ / ١٣٧ حاشية بن عابدين ٤ / ٣٦٧.

(٣) انظر: الفروع ٤ / ٦٣١.

المطلب الثاني: حكم العمارة:

يذكر الفقهاء قبل بيان الجهة المسؤولة عن عماره الوقف مسألة: «حكم عمارة الوقف»، وقد تكلم علماء المذاهب عن هذه المسألة. وعامة العلماء يرون وجوب عمارة الوقف.

وهذا الوجوب مقصود به إذا تعطلت منافع الوقف، فإنه تتعين عماره الوقف.

بخلاف الحال الأولى والثالثة، فإنهم يختلفون في ذلك، كما سيأتي إيراده في المطلب القادم بمشيئه الله.

والمقصود هنا ذكر كلام العلماء في أصل المسألة؛ وهي أن العمارة واجبة.

ويأتي بمشيئة الله عند ذكر المذاهب أدلة القائلين بالوجوب.

جاء في المحيط البرهاني قوله: «مقصود الواقف إدراار الغلة مؤبداً على المساكين، وهذا المقصود إنما يحصل بإصلاحها وعمارتها، فهي معنى قولنا: إن العمارة مشروطة اقتضاء ثابت بطريق الضرورة»^(١).

وفي الهداية: «لابد من العمارة؛ ليقى على التأيد، فيحصل مقصود الواقف»^(٢).

(١) انظر: المحيط البرهاني ٦/ ١٣٦.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/ ١٩.

وفي البحر الرائق شرح كنز الدقائق: «إذا كان في تأخير العمارة ضرر بين بالوقف، فحينئذ تقدم العمارة؛ لئلا يؤدي إلى إبطال مقصود الواقف»^(١).

وفي أسنى المطالب: «وإن انقلعت أشجاره - أي: أشجار الوقف - أو انهدم بناؤه؛ أجزت، بمعنى: أو أجزت أرضه»^(٢). والمراد بذلك لأجل العمارة.

وفي كشف القناع: «في عمارة الوقف تجب إبقاء للأصل، ليحصل دوام الصدقة»^(٣).

وفي شرح مختصر خليل: «يبدأ بمرمة الوقف وإصلاحه»^(٤). بل إن العلماء جعلوا من وظيفة الناظر الواجبة عليه: حفظ الوقف، ورعايته، وصيانته، والقيام عليه بعمارته.

قال في كشف القناع: «ووظيفة الناظر: حفظ الوقف وعمارته وإجارته وزرعه ومخاصمة فيه وتحصيل ريعه من أجرة أو زرع أو ثمر، والاجتهاد في تنميته وصرفه في جهاته من عمارة وإصلاح وإعطاء مستحق»^(٥).

(١) انظر: البحر الرائق ٥ / ٢٣٠.

(٢) انظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب ٢ / ٤٧٦.

(٣) انظر: كشف القناع عن متن الإقناع ٤ / ٢٦٨.

(٤) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٧ / ٩٣.

(٥) انظر: كشف القناع ٤ / ٢٨٦.

وجاء في الإقناع للشافعية: «ووظيفته: عمارة وإجارة وحفظ أصل»^(١).

فهذه نصوص من كلام فقهاء المذاهب وعلمائهم على وجوب عمارة الوقف، وهذا في أصل المسألة غير أنهم يختلفون في هذا الوجوب، هل هو في كل أحوال العمارة أم هي في حال دون حال؟ سيأتي بيانه إن شاء الله.

ولذا نص المبدأ (٤٣٦) على العمل بالقول الأول، فقد جاء فيه: «الوقف هو المقدم في غلة العقار، فإن المستحق لا يستحق من غلة العقار إلا الفاضل من الوقف، وبهذا يغلب جانب الوقف»^(٢).

(١) انظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢ / ٣٦٤.

(٢) المبادئ والقرارات (ص ١٥٣).

المبحث الثاني

الجهة المسؤولة عن عمارة الوقف

المطلب الأول: الجهة المسؤولة عن عمارة الوقف إذا كان للوقف ريع:

قبل الدخول في بيان حكم المسألة، أبين المراد من قول الفقهاء «الريع»:

المعنى اللغوي:

الريع: فضل كل شيء على أصله^(١).

وَأَرَاعَ الطَّعَامُ: مِنَ الرَّيْعِ. وَأَرَاعَتِ الْإِبِلُ: إِذَا كَثُرَ أَوْلَادُهَا. وَأَرَاعَتِ الْحِنْطَةُ: زَكَتَ^(٢).

وهو النماء والزيادة. ويقال إن ريع الدروع: فضول أكمامها وأراعت الإبل: نمت وكثر أولادها وراعت الحنطة: زكت^(٣).

وأما ريع الوقف فهو ما يخرج منه من أجرة وغيرها^(٤).

(١) العين (٢/ ٢٤٣).

(٢) معجم ديوان الأدب (٣/ ٤٢٣)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٣/ ١٢٢٣).

(٣) مقاييس اللغة (٢/ ٤٦٨).

(٤) قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار (٨/ ٣٣٦).

المعنى الاصطلاحي:

المراد الغلة الناتجة من العين الموقوفة، وإذا أخرجت الأرض المرهونة ريعاً أي غلة^(١).

قال في مختصر المزني: «قال الشافعي: فما حدث في ملك المشتري من غلة، ونتاج ماشية، وولد أمة، فكله في معنى الغلة»^(٢).

- ومعنى غلة الوقف هي فائدة ومحصول الوقف كربح النقود الموقوفة وبدل إيجار العقار الموقوف ومحصول المزرعة الموقوفة وثمر الروضة الموقوفة^(٣).

فالمراد من الريع: هو التناج الذي ينتجه الوقف، والدر الذي يخرج من الوقف من المال والنقود وغيرها من المنافع.

فالوقف إذا كان له ريع، فإنه ينقسم إلى حالين:

الحال الأولي: إذا كان له ريع، وشرط الواقف أن يعمر من هذا الريع:

تكلم العلماء عن هذه المسألة، ولم يختلفوا في أنه إذا كان له ريع وشرط الواقف عمارة الوقف، فإن الوقف يعمر منه. وتقدم العمارة

(١) طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية (ص: ١٤٧).

(٢) مختصر المزني للإمام إسماعيل بن يحيى المزني (ت ٢٦٤هـ)، تحقيق: عبد الله الداغستاني، طبعة دار مدارج، ١٤٤٠هـ.

(٣) درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام (٤ / ٣٠١).

على كل المصارف، لأن المنفعة ظاهرة، والمصلحة قائمة، لأنه اجتمع الشرط والمصلحة.

وهذا مما لا ينبغي أن يختلف فيه؛ لأن الله جلَّ وعلا قال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

وعن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»^(٢).

ولأن النبي ﷺ أقر عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على شرطه في وقفه. وقد استقر قول العلماء على أن نص الواقف كنص الشارع، من حيث الفهم والدلالة^(٣).

لكنهم في هذه الحال اختلفوا: هل تقدم العمارة على المصارف التي نصها الواقف أم يبدأ بالمصرف فما فضل يجعل في العمارة؟

والذي تلخص لي من كلامهم: أن الوقف إذا كان محتاجاً إلى العمارة حاجة ضرورية، فإنه لا يقدم شيء على العمارة، لأن قصد الواقف

(١) سورة المائدة: آية ١.

(٢) رواه أبو داود (٣٥٩٤)، ورواه الترمذي (١٣٥٢) من حديث عمرو بن عوف. وقال: حديث حسن صحيح. ورواه الحاكم (٢٣٠٩) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وقال: رواة هذا الحديث مديون ولم يخرجاه، وقال الألباني: «الحديث بمجموع الطرق يرتقي إلى درجة الصحيح لغيره» انتهى من إرواء الغليل (٥ / ١٤٥).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم ١ / ٩٢، أسهل المدارك ٣ / ١٠٩، إعانة الطالبين ٣ / ٢٠٠.

صرف الغلة مؤبداً، ولا يكون إلا بعمارته، فما بقي من العمارة يصرف في المصارف^(١).

قال في الدر المختار: «مطلب في قطع الجهات، لأجل العمارة (قوله: وتقطع الجهات) أي تمنع من الصرف إليها»^(٢).

وقال في الإنصاف: «عمارته لا تخلو من أحوال: أحدها أن يشترط البداءة بها، كما هو المعتاد، فلا إشكال في تقديمها»^(٣).

وقال في كشف القناع: «ويرجع إلى شرطه في الإنفاق عليه إذا كان حيواناً أو غيره وخرب بأن يقول: ينفق عليه، أو يعمر من جهة كذا»^(٤).

بل إن الحنفية نصوا على أنه لو جعل من شرط الوقف عمارته، ثم الفاضل منه لسائر المستحقين؛ لزم الناظر أن يمسك شيئاً من الربيع، ولا يصرفه ولو لم يحتج إليه، لجواز أن يطرأ على الوقف الحاجة إلى العمارة أو الصيانة فيتعذر عليه.

لكن هذا متعلق بوجود الشرط ونص الواقف.

(١) انظر: مغني المحتاج ٢ / ٣٩٣، حاشية ابن عابدين ٤ / ٣٧٠، الفروع ٤ / ٦٠٠، الشرح الكبير ٤ / ٨٩، شرح النووي على صحيح مسلم ١١ / ٨٦، فتح الباري ٥ / ٤٠٤، البحر الرائق ٥ / ٢٢٠.

(٢) انظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٤ / ٣٦٨.

(٣) انظر: الإنصاف ٧ / ٧٢.

(٤) كشف القناع ٤ / ٢٦٥.

قال في الهداية: «وإن استغنى عنه، أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيهما، لأنه لا بد من العمارة ليبقى على التأيد، فيحصل مقصود الواقف»^(١).

فدل هذا على أن تقديم العمارة أولى وأوجب؛ لأنها عمل بالشرط الشرعي، وفيها إدامة لعين الوقف، وأنفع للجهة الموقوف عليها، ولذا لا يصح القول بغير هذه النصوص التي ذكرها الفقهاء، وهي تقديم جهة العمارة على غيرها.

جاء في المبدأ رقم (٤١٨): «الدخولية المدفوعة في التحكير تعتبر من رقبة الوقف ولا توزع على المستحقين مع الغلة، وإنما تصرف في تعمير الوقف أو يشتري به عقاراً ويكون وقفاً ويضم مع أصل الوقف»^(٢).

الحال الثانية: إذا كان للوقف غلة، وريع يدر عليه ولم يشترط الواقف عمارة الوقف:

فهذه الحال اختلف فيها العلماء على قولين:

القول الأول: أنه تقدم العمارة على سائر المستحقين من الغلة:

وهذا قول عامة الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة^(٣).

(١) انظر: الهداية في شرح بداية المبتدي ٣ / ١٩ فتح القدير ٦ / ٢٢٤.

(٢) المبادئ والقرارات (ص ١٥٠).

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦ / ٢٢١ البحر الرائق ٥ / ٢٣٠ الذخيرة للقرافي ٦ / ٣٢٩ نهاية المحتاج ٦ / ٣٩٦ الإنصاف ١٦ / ٤٦٠.

واستدلوا بحديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ»^(١). وقد علّق بعض العلماء على هذا الحديث، فقال: «كل ما خرج من شيء فهو خراج، فخراج الشجرة ثمره، وخراج الحيوان دره ونسله»^(٢). واستدلوا كذلك بأن منفعة الوقف الأصل فيها أنها على التأييد والدوام، ولا يتحقق ذلك إلا بالعمارة. وكذلك مقصود الواقف بقاء العين الموقوفة، ولا يلزم من ذلك اشتراط العمارة، لأن هذا معروف بطريق الضرورة. قال في المحيط البرهاني: «والعمارة وإن لم تكن مشروطة في الوقف نصّاً فهي مشروطة اقتضاءً، لأن مقصود الواقف إدراار الغلة مؤبداً على المساكين، وهذا المقصود إنما يحصل بإصلاحها وعمارته»^(٣). وقال في شرح الخرشي: «لا يتبع شرط الواقف عدم البدء بإصلاح ما انثلم من الوقف فلا يجوز اتباعه، لأنه يؤدي إلى بطلان الوقف من أصله؛ بل يبدأ بمرمة الوقف وإصلاحه، لأن في ذلك البقاء لعينه والدوام لمنفعته»^(٤).

(١) انظر: سنن أبي داود (٣٥٠٨) والترمذي (١٢٨٥) قال عنه الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم. وقال عنه الذهبي في تعليقه على مستدرك الحاكم عند الحديث (٢١٧٦): حديث صحيح وهذا الحديث قاعدة مشهورة بالاتفاق.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم ١/ ١٢٧.

(٣) انظر: المحيط البرهاني ٦/ ١٣٦.

(٤) انظر: شرح الخرشي ٧/ ٩٣.

وقال في مغني المحتاج: «تقدم عمارة الموقوف على حق الموقوف عليهم، لما في ذلك من حفظ الوقف»^(١).

وقال في الفروع: «وتقدم عمارته على أرباب الوظائف»^(٢).

بل ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه لو اشترط الواقف تقديم صرف غلة الوقف للمشروط لهم على عمارة الوقف، فإن الشرط باطل، قال في الذخيرة: «بل لو شرط خلاف ذلك بطل، لأنه خلاف سنة الوقف»^(٣).

القول الثاني: أن يجمع بين العمارة مع شرط الواقف في المتفعين من الوقف:

وهذا هو قول لبعض الحنابلة^(٤)، واختاره ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ، كما في الفتاوى الكبرى: «ويجب عمارة الوقف بحسب البطون، والجمع بين عمارة الوقف وأرباب الوظائف حسب الإمكان أولى، بل قد يجب»^(٥).

وذكر ابن تيمية أنه ظاهر مذهب أحمد.

واستدل أصحاب هذا القول بالجمع بين الأدلة. فالأول: عمل بأصل الوقف الذي دلت عليه النصوص الشرعية أنه على الدوام والتأييد. والثاني: عمل بنص الواقف الذي أوجب العلماء العمل به

(١) انظر: مغني المحتاج ٢ / ٣٩٣.

(٢) انظر: الفروع ٤ / ٦٠٠.

(٣) انظر: الذخيرة ٦ / ٣٢٩، وبدائع الصنائع ٦ / ٢٢١، والعناية شرح الهداية ٦ / ٢٢٤.

(٤) انظر: كشاف القناع ٤ / ٢٦٦، شرح المنتهى ٢ / ٥٠٧.

(٥) انظر: الفتاوى الكبرى ٥ / ٤٢٩.

بغير خلاف، كما وقع لعمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في بيان شرطه في الوقف بتقرير النبي ﷺ وإجماع الصحابة^(١).

ويستدل لهذا القول بحديث: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»^(٢). ولأن الأخذ بأحد المصرفين إضرار بالآخر^(٣).

ولذا يقال: إن هذا القول وجيه حسن في حال عدم حاجة العمارة إلى تمام الريع.

وقد أشار ابن تيمية إلى هذا المعنى في موطن آخر فقال: «ونفقه الوقف من غلته، لأن القصد الانتفاع به مع بقاء عينه، وهذا لا يمكن إلا بالإنفاق عليه، فكان إبقاؤه يتضمن الإنفاق عليه، وما يبقى للموقوف عليه»^(٤).

وقال في كشف القناع: «فيجمع بينهما حسب الإمكان»^(٥).

فأشار إلى تقديم العمارة ووجوب العناية بها.

(١) انظر: الشافعي في شرح مسند الشافعي ٤ / ٢١٣.

(٢) رواه مالك في الموطأ (٢٧٥٨)، والشافعي في مسنده (٥٧٥)، وابن ماجه (٢٣٤١)، والحاكم في المستدرک (٢٣٤٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٣٨٤)، وصححه ابن رجب في جامع العلوم والحكم (٢ / ٢١٠).

(٣) انظر: البحر الرائق ٥ / ٢٢٥.

(٤) انظر: مجموع الفتاوى ٣١ / ٢١٤.

(٥) انظر: كشف القناع ٤ / ٢٦٦.

القول الثالث: التفريق بين العمارة الضرورية والعمارة غير الضرورية:

وهذا قول للحنفية، فإنهم يرون تقديم ما كان ضرورياً على غيره، لأن المراد بالوقف دوامه.

واستدلوا بحديث: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»^(١).

قال في حاشية ابن عابدين: «فَيَقْدَمُ أَوَّلًا الْعِمَارَةُ الضَّرُورِيَّةَ، ثُمَّ الْأَهَمَّ فَلَا أَهَمَّ مِنَ الْمَصَالِحِ وَالشَّعَائِرِ بِقَدْرِ مَا يَقُومُ بِهِ الْحَالُ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ يُعْطَى لِبَقِيَّةِ الْمُسْتَحِقِّينَ إِذْ لَا شَكَّ أَنَّ مُرَادَ الْوَاقِفِ انْتِظَامَ حَالِ مَسْجِدِهِ أَوْ مَدْرَسَتِهِ لَا مَجْرَدُ انْتِفَاعِ أَهْلِ الْوَقْفِ».

وقال: «أَوْ يُرَادَ بِالْعِمَارَةِ فِيمَا مَرَّ الضَّرُورِيَّةُ كَرَفْعِ سَقْفٍ أَوْ جِدَارٍ، فَيُضَرَفُ الرِّيعُ إِلَيْهَا أَوَّلًا، كَمَا هُوَ مُفَادُ الْمُتُونِ»^(٢).

والذي يظهر - والله أعلم - أن هذا القول لا يتعارض مع ما سلف من الأقوال، لكنه من باب التأكيد على العناية بأمر العمارة وتقديمها عند الحاجة؛ لأن الظاهر من القول الأول أنه يراد به العمارة الضرورية، فيكون قول الحنفية هذا كالتفصيل لما سلف.

ولذا قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «وَإِنْ تَأَخَّرَ بَعْضُ الْعِمَارَةِ قَدْرًا لَا يَضُرُّ تَأَخُّرُهُ؛ فَإِنَّ الْعِمَارَةَ وَاجِبَةٌ وَالْأَعْمَالُ الَّتِي لَا تَقُومُ إِلَّا بِالرِّزْقِ وَاجِبَةٌ وَسَدُّ الْفَاقَاتِ وَاجِبَةٌ، فَإِذَا أُقِيمَتِ الْوَاجِبَاتُ كَانَ أَوْلَى مِنْ تَرْكِ

(١) تقدم تخريجه. وانظر: البحر الرائق ٥/ ٢٢٥.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٦٨.

بَعْضُهَا. وَأَمَّا مَنْ لَا تَقُومُ الْعِمَارَةُ إِلَّا بِهِمْ: مِنَ الْعَمَالِ وَالْحِسَابِ فَهُمْ مِنْ الْعِمَارَةِ»^(١).

فيكون الحال هنا أنه لو لم تكن ضرورة فتحصل المقاسمة في الأصل ما لم يكن ثم حاجة لأحد المصارف.

القول الرابع: التفريق بين الأوقاف:

فإن كان وقفًا عامًا كمسجد ومدرسة، فإنه تقدم العمارة؛ لأن الضرر الحاصل بترك عمارة الوقف العام أشد ضررًا من ترك عمارة الوقف الخاص، وعليه فإنه يجب البداءة بعمارة الوقف العام، ولو ترتب على ذلك ترك إعطاء المستحقين من الوقف.

وهذا قول لبعض الحنابلة^(٢).

والذي يظهر - والله أعلم - أنه إذا تعذر العمل بالقول الثاني - وهو الجمع بين العمارة وإعطاء المستحقين بشرط الواقف - فإنه تقدم العمارة؛ لأنه بتركها يتعذر دوام الوقف، وهو حق الواقف في نفع المستحقين من البطون اللاحقة.

والواقف - كما تقدم - لا يريد في غالب الأمر إلا دوام العين. الموقوفة. ولأن البداءة بالعمارة لا تعني إبطال شرط الواقف. وهذا هو القول الراجح.

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٣١ / ٢١٠.

(٢) انظر: المغني ٦ / ٢٨، الهداية على مذهب الإمام أحمد ١ / ٣٣٧.

قال في فتح القدير: «ولا تؤخر العمارة إذا احتج إليها».

وقال: «ولا يجوز صرف شيء من الغلة قبل إكماله»^(١).

جاء في المبادئ والقرارات القضائية المبدأ (٤١٧): «المصادقة على حكم تضمن أن ما يحتاجه الوقف من إصلاح يكون من الغلة ما دام أن له غلة، ويتعين شراء عقار بتلك المبالغ يضم إلى رقبة الوقف»^(٢).

المطلب الثاني: إذا لم يكن للوقف ريع:

قرر العلماء وجوب عمارة الوقف، وأنه يلزم السعي في حفظه وإدامة منفعته، وذكروا من واجبات الناظر العمل على إصلاح الوقف، وحرمة التهاون فيه، لأن الحقوق تشترك فيه؛ حق الله، وحق الواقف، وحق الموقوف عليه.

قال في روضة الطالبين: «وظيفة المتولي العمارة، والإجارة، وتحصيل الغلة، وقسمتها على المستحقين، وحفظ الأصول والغلات»^(٣).

وجاء في الإسعاف: «أول ما يفعله القيم في غلة الوقف البداءة بعمارته، وأجرة القوام وإن لم يشترطها»^(٤).

(١) انظر: فتح القدير ٦ / ٢٢٢.

(٢) المبادئ والقرارات (ص ١٤٩).

(٣) انظر: روضة الطالبين ٥ / ٣٤٨.

(٤) انظر: الإسعاف في أحكام الأوقاف ٦٠.

بل إن بعض العلماء أوجب الضمان على المفرط^(١).

وبعض فقهاء الحنفية نصوا على أنه لو خرج ريع من الوقف وهو محتاج إلى الترميم من غير ضرورة، ولكنه أخره إلى ريع الغلة الثانية، لربما خرب فإنه تجب المبادرة إلى الترميم^(٢).

ويستدل لهذا القول بما يأتي:

١- قول أبي بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي صَدَقَةِ النَّبِيِّ ﷺ: «لَسْتُ تَارِكاً شَيْئاً كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَعْمَلُ بِهِ إِلَّا عَمَلْتُ، فَإِنِّي أَخْشَى أَنْ تَرَكْتُ شَيْئاً مِنْ أَمْرِهِ أَنْ أَزِيعَ»^(٣).

وهذا يدل دلالة واضحة على وجوب عمل الناظر بأمر المتصدق، والمحافظة عليه.

٢- قوله ﷺ: «كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ»^(٤).

فالناظر مطالب برعاية الوقف وصيانته وحفظه، ليبقى على الدوام، متوافقاً مع قول ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «فَتَصَدَّقْ بِهَا عُمْرُ، أَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ»^(٥).

(١) انظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج ٦ / ١٨٩، البحر الرائق ٥ / ٢٥٥.

(٢) انظر: المحيط البرهاني ٦ / ٣٢٥.

(٣) رواه البخاري في صحيحه (٣٠٩٣).

(٤) رواه البخاري في صحيحه (٨٩٣).

(٥) تقدم تخرجه ص ١٦.

وقد قال الفقهاء: ما قارب الشيء أخذ حكمه^(١).

٣- تقرير النبي ﷺ لقول عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول فيه». وفي رواية: غير متائل مالا، أي: غير جامع لنفسه مالا^(٢).

٤- قول عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة»^(٣).

فإذا كانت التجارة في أموال اليتامى مشروعة لحفظ أصل المال وتنميته، فإن عمارة الوقف أولى بذلك، لأنها تحفظ أصله وتديم نفعه^(٤).

٥- ويقاس الوقف على الوصية في هذا المعنى، إذ قال في الشرح الكبير: «لأن الوقف اقتضى تحييس أصله وتسهيل نفعه، ولا يحصل ذلك إلا بالإنفاق عليه، فهو من ضرورته، وكذلك عمارة الوقف قياساً على نفقته»^(٥).

فإذا تقرر هذا، فإن العلماء ذكروا الجهة التي يجب أن تتولى عمارة الوقف وتنفق عليه^(٦).

(١) انظر: المشور في القواعد، لبدر الدين محمد الزركشي ٣ / ١٤٤.

(٢) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ١١ / ٨٦.

(٣) انظر: موطأ الإمام مالك ٦٦٠.

(٤) انظر: المنتقى شرح الموطأ، للباقي ٢ / ١١١.

(٥) انظر: الشرح الكبير (٦ / ٢١٤).

(٦) جاء في المبادئ والقرارات القضائية، المبدأ رقم (٤٧٨) النص على لزوم عناية الناظر بالوقف والمحافظة عليه.

ولقد تنوعت مسالك العلماء في بيان هذه الجهة، ولذا رغبت أن أورد رأي كل مذهب على حدة، مع بيان شيء من الأدلة أو التعليقات.
أولاً: مذهب الحنفية:

فإنه إن خرب الوقف، فإن كان الواقف حياً رجع حق البناء والعمارة إليه، أو إلى ورثته إن كان ميتاً.

وعندهم أنه يجوز للواقف أو وارثه منع من أراد البناء من غيرهم، لأن الحق لهم.

ثم إن الحنفية يفرقون بين المساجد وسائر الأوقاف، فإن خرب المسجد وليس له ما يعمر به. أو انصرف الناس عنه وصار خراباً لا يستفاد منه، فإنهم على قولين:

القول الأول: يكون المسجد وما معه ميراثاً يعود إلى واقفه أو ورثته^(١).

والقول الثاني: وهو الصواب عند الحنفية، وعليه أكثرهم؛ أنه لا يكون ميراثاً^(٢).

واستدلوا لهذا القول بأن الصدقة عند الإطلاق تقع على تمليك الرقبة^(٣).

(١) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٣/ ٤٥.

(٢) انظر: المحيط البرهاني ٦/ ٢٢٥.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٣٧٩.

وعللوا كذلك بأن الوقفية لا تبطل بالخراب^(١).

فإذا كان كذلك وهو أنه لا يعود ميراثاً - وهو الصواب - فإن للقيم عند تعذر العمارة أن يستقرض لمصالح المسجد ولا يستدين إلا بأمر القاضي، وللقيم أن ينفق من ماله في عمارة الوقف ويرجع في غلته. لكن المعتمد في مذهبهم أن تكون بإذن القاضي^(٢).

فإن تعذرت الاستدانة، فإنه عندئذ يبيع الحاكم المسجد «أرضه وبنائه» وينقله في مكان آخر ويكون وقفاً.

قال في بدائع الصنائع: «ولو جعل داره مسجداً فخرّب جوار المسجد أو استغنى عنه، لا يعود إلى ملكه ويكون مسجداً أبداً عند أبي يوسف، وعند محمد يعود إلى ملكه»^(٣).

وقال في الهداية: «وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعه، يبيع وصرّف ثمنه إلى المرمّة صرفاً للبدل إلى مصرف المبدل»^(٤).

أما ما سوى المساجد، فإنه عند خرابها وحاجتها إلى العمارة، فإنهم يسلكون في ذلك ثلاثة مسالك:

(١) انظر: البحر الرائق ٥/ ٢٢٣.

(٢) انظر: البحر الرائق ٥/ ٢٢٨ حاشية ابن عابدين ٤/ ٤٩٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣/ ١٩.

(٤) انظر: الهداية ٣/ ١٩ الباب في شرح الكتاب ٢/ ١٨٥. وذكر هذا الترتيب صاحب البحر الرائق في مكان واحد في جملة مترتبة. انظر: البحر الرائق ٥/ ٢٢٢.



المسلك الأول: أنها تكون على الموقوف عليه:

- واستدلوا بحديث: «الخارج بالضم»^(١).

- واستدلوا كذلك بقاعدة: «الغنم بالغرم»^(٢).

- وقالوا: إذا كان هو المنتفع من الوقف، فعليه بناؤه.

قال في حاشية ابن عابدين: «عمارة الوقف على الصفة التي وقفه لو كان الوقف على معين؛ فالعمارة في ماله، كما سيأتي بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه»^(٣).

وقال في بدائع الصنائع: «ولو وقف داره على سكنى ولده، فالعمارة على من له السكنى؛ لأن المنفعة له، فكانت المؤونة عليه، لقوله عليه الصلاة والسلام: الخارج بالضم»^(٤).

لكن هذا المسلك يتعذر في أكثر الأحيان، لأن الوقف في غالب أحواله للمحتاج، فكيف يلزم بالعمار وهو غير قادر، والفقير في غالب أحواله معسر؟

وقد رد بعض الحنفية هذا القول^(٥).

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر: فتح القدير ٦ / ٢٢٤.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٤ / ٣٦٧.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦ / ٢٢١.

(٥) انظر: فتح القدير ٦ / ٢٢٢.



قال في درر الحكام: «ولا يجبر الآبي عليها- أي: العمارة- لأن فيها إتلاف ماله، ولا يجبر الإنسان عليه، ما لا يجبر صاحب البدر في المزارعة»^(١).

وبعض علماء الحنفية يفرق بين الساكنين والمتفعين بالوقف. فإن كان على غني، أمره الحاكم بالعمارة، وإن كان فقيرًا لم يلزم بذلك^(٢).

ولكن من خلال النظر في قصد الواقف ووجوب العمل بشرطه، لا يصح العمل بهذا القول، لأن المقصود نفعه، وإيصال البر إليه، أيًا كان فقيرًا أو غنيًا.

فلا يسوغ الإلزام بالعمارة للمتفع من الوقف. ولو قيل ذلك لجرى على أهل المنافع العامة، كجيران المسجد. والله أعلم.

المسلك الثاني: أنها تؤجر، حتى يتمكن الحاكم أو الناظر، ومن في حكمهما من البناء والعمارة:

قال في بدائع الصنائع: «فإن امتنع من العمارة، ولم يقدر عليها بأن كان فقيرًا؛ أجرها القاضي وعمرها بالأجرة، لأن استيفاء الوقف واجب، ولا يبقى إلا بالعمارة»^(٣).

(١) انظر: درر الحكام شرح غرر الاحكام ٣/ ١٣٧.

(٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٣/ ٤٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٢١.

وعندهم أنه لابد أن تكون الأجرة المثل، ولا يصح أن يقع في شيء من الغبن، لكن لو كان الغبن يسيراً، حيث يتمكن من التأجير، فإنه يجوز له ذلك^(١).

قال في حاشية ابن عابدين: «ولا يؤجر الوقف إلا بأجرة المثل إلا بنقصان يسير، أو إذا لم يرغب فيه إلا بالأقل»^(٢).

المسلك الثالث: أن يبيع الحاكم الوقف ويصرفه في مثله، أو يضمه في وقف مثله:

ولا يجوز أن يقال - على القول الراجح من أقوال الحنفية - إنه يعود إلى ملك الواقف، لأن الجمهور العلماء جوزوا البيع عند تعطل المنافع، وتعدر الاستفادة منه على أي وجه، لكن لا يبيعه إلا القاضي.

قال في المحيط البرهاني: «الوقف إذا صار بحيث لا يتفع به المساكين، فللقاضي أن يبيعه ويشترى بثمنه آخر، ولا يجوز بيعه إلا للقاضي في قول محمد»^(٣).

(١) انظر: المحيط البرهاني ٦ / ١٤٣.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦. وقد أطال الفقهاء القول في مسألة إجارة الوقف بتغيير أجرة المثل، وتطويل مدة الإجارة وأحكامها من أجل تحصيل قيمة عمارة الوقف. ولها مسائل وفروع منتشرة في كتب الفقهاء.

(٣) انظر: المحيط البرهاني ٦ / ٢٠٨ لسان الحكم ١ / ٢٩٦.

وتعليل بيع القاضي له: أنه أوثق في معرفة البيع، وكذلك أضمن في تقدير سعر المبيع، وأقطع للخلاف في توثيق بيع الوقف^(١).

وفي هذه الحال لا يجوز أن يقسم النقص بين مستحقي الوقف، لأنه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه، وإنما حقهم في المنافع، والعين حق الله تعالى، فلا يصرف إليهم غير حقهم^(٢).

ومثل ذلك لو كان الهدم يسيراً، فإن آتته وخشبه وما سقط منه يحفظ لبنائه محتاجة إليه، وإن استغنى عنه باعه وادخر ثمنه لحاجة الوقف^(٣).

ثانياً مذهب المالكية:

أما مذهب المالكية في عمارة الوقف، فإنهم يسلكون بذلك ثلاثة مسالك:

المسلك الأول: أن ينفق عليها من بيت المال:

ودليلهم في ذلك: أنها من المصالح العامة، وبيت المال إنما جعل للمصالح العامة، وهذا يكون فيما يحتاج إلى نفقة، كفرس في سبيل الله وغيره^(٤).

(١) انظر: درر الحكام ٢ / ١٣٧.

(٢) انظر: العناية شرح الهداية ٦ / ٢٢٤ الجوهرة النيرة ١ / ٣٣٧.

(٣) انظر: الجوهرة النيرة ١ / ٣٣٧.

(٤) انظر: منح الجليل شرح مختصر خليل ٨ / ١٥٠.

المسلك الثاني: إذا كانت الأوقاف للسكنى؛ فإنه يؤمر الساكن، وهو الموقوف عليه بين أن يعمر الوقف، أو يخرج فتؤجر بما تصلح به^(١):

قال في الشرح الكبير: «إن كانت الديار للسكنى خير المحبس عليه بين أن يصلح أو يخرج، فتكرى بما تصلح به، ثم يعود»^(٢).

المسلك الثالث: في حال تعذر ما سلف من المسالك، فإنه يترك الوقف على خرابه ولا يعمر:

وهذا قول بعض المالكية، بل إنهم أجازوا للواقف منع من أراد عمارة الوقف.

قال في التاج والإكليل: «لو خرب الوقف، فأراد غير الواقف إعادته، فللواقف أو وارثه منعه، لأن الحبس مملوك لمحبسه، وكل مملوك لشخص لا يجوز تصرف غيره فيه بغير إذنه بوجه»^(٣).

واستدل أصحاب هذا القول بحديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في قصة وقف عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وفيه: «لا يباع ولا يوهب ولا يورث»^(٤).

(١) انظر: منح الجليل ٨ / ١٥١.

(٢) انظر: الشرح الكبير للشيخ الدردير ٤ / ٩٠، وانظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤ / ١٢٤.

(٣) انظر: التاج والإكليل ٧ / ٦٦٨.

(٤) تقدم تخريجه.

ويجاب عن هذا الحديث - كما أجاب الجمهور من العلماء - أن هذا في حال قيام الوقف وسلامته. ويدل على هذا اتفاق الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ على ما صنعه عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في نقل المسجد الذي في الكوفة، وكان بمشهد من الصحابة، ولم يظهر خلافه، فكان إجماعاً^(١).

الدليل الثاني: استدل به الإمام مالك - في رواية عنه - أن أوقاف السلف وأحباسهم لا زالت خراباً، ولو كان البيع جائزاً لفعله السلف. قال في شرح الرسالة: «الجمهور على منع بيع الحبس، واستدل له سحنون ببقاء أحباس السلف خراباً»^(٢).

والجواب عن هذا: أن تركها من غير عمارة لا يدل على المنع، بل قد يكون ثمت عذر دعى إلى خرابها. بدليل إجماع الصحابة، الذي ذكره ابن قدامة آنفاً.

ولذا، فإن الرواية الأخرى - وهي المشهورة في مذهب الإمام مالك - جواز بيع الحبس والأوقاف، حتى وإن كانت في المساجد. قال في الفروق: «يجوز للإمام أن ينقل ما يدفعه لهم إذا تعطلت المساجد، أو وجدت جهة هي أولى بمصلحة المسلمين من جهتها»^(٣).

(١) انظر: المغني، لابن قدامة ٦ / ٢٨.

(٢) انظر: شرح زروق على متن الرسالة ٢ / ٨٢١.

(٣) انظر: الفروق ٣ / ٥.

وهذه هي الرواية المشهورة في مذهب المتأخرين من المالكية، وهي التي تتوافق مع رأي الجمهور، ويدل عليها الدليل الصحيح^(١).
وبعض المالكية ذهب إلى رأي الإمام مالك الأول بمنع البيع. إلا أن يكون قد شرط الإذن بالبيع^(٢).

ولكن الذي يظهر: أن الرواية الأولى هي الأصح، والله أعلم.
ثالثاً: مذهب الشافعية:

سلك الشافعية عدة مسالك في عمارة الوقف بعد خرابه، وقبل بيان هذه المسالك نلمح إلى أنهم مختلفون فيما إذا خرب الوقف، فمنهم من يقول: يبطل الوقف وينقلب أصله إلى ملك الواقف. ومنهم من يقول: لا يبطل الوقف، ولا يرجع في ملك الواقف^(٣).

والذين يقولون: لا يبطل الوقف لا يلزمون بالعمارة أحداً، لا على الموقوف عليه - حتى وإن نسب إليه ملك الوقف - ولا في مال الله - على قول إضافة الملك لله - ولا على الواقف - على قول إن الملك له.

والتعليل في ذلك: أن عمارة الأوقاف ينحى بها منحى الأملاك، ولا يجب على المالك أن يعمر ملكه^(٤).

(١) انظر: التبصرة ٧ / ٣٤٣٦ الذخيرة للقرافي ٦ / ٣٤٦ المختصر الفقهي، لابن عرفة ٥٠٦ / ٨.

(٢) انظر: التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب ٧ / ٣١٠.

(٣) انظر: نهاية المطلب ٨ / ٣٩٥.

(٤) المصدر السابق.

والآن بيان هذه المسالك:

المسلك الأول: أن الوقف إذا خرب، فإنه يؤجر البناء أو الأرض، لما يفى بعمارتها^(١):

قال في أسنى المطالب: «وعمارته من حيث شرطت. ثم قال: وإلا فمن منفعه، أي: الموقوف، ككسب العبد وغلة العقار»^(٢).
وجاء في فتاوى ابن الصلاح: «فإنه مأمور بأن يبني فيها من أجرة الموقوف»^(٣).

المسلك الثاني: أن يستدين له من بيت المال:

لأنه من المصالح العامة، وبيت المال إنما جعل للمصالح العامة^(٤).
وبعضهم يشترط أن تكون الاستدانة بإذن الحاكم، لكن هذا يكون إذا لم يكن قد شرط الواقف الاستقراض.
والتحقيق أنه لا يلزم - لا سيما في المسجد - لأن الناظر مؤتمن^(٥).

(١) انظر: مغني المحتاج ٣ / ٥٥٧.

(٢) انظر: أسنى المطالب ٢ / ٤٧٣، وانظر: نهاية المحتاج مع حواشيه ٥ / ٢٨٥.

(٣) فتاوى ابن الصلاح ٢ / ٦٣٦.

(٤) مغني المحتاج ٣ / ٥٥٦.

(٥) انظر: أسنى المطالب ٢ / ٤٧٦.

قال في العزيز شرح الوجيز: «ويجوز أن يقرض الإمام المتولي من بيت المال، أو يأذن له في الاستقراض أو الإنفاق على العمارة من مال نفسه بشرط الرجوع، وليس له الاستقراض دون إذن الإمام»^(١).

لكن الاستدانة التي ذكروها هنا هي للنفقة والتجهيز والحوائج التي دون العمارة التامة، لأنهم يرون أن العقار إذا انهدم، فإنه لا يبنى، لأن العمارة لا تجب على أحد، كالمملك المطلق بخلاف الحيوان لصيانة روحه وحرمة.

المسلك الثالث: وهو بيع الموقوف عند تعذر ما سلف:

فأما المساجد: فالمعتمد عند الشافعية أنه لا يجوز بيعها إذا انهدمت.

واستدلوا بحديث: «لا تباع ولا توهب ولا تورث»^(٢).

ولهم تعليل في ذلك، وهو أن منع البيع إدامة للوقف، ويمكن الانتفاع بالأرض بالصلاة والاعتكاف وغيرها^(٣).

قال في النجم الوهاج: «ولو انهدم مسجد وتعذرت إعادته، لم يبيع بحال»^(٤).

(١) انظر: العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ٦ / ٣٠٣.

(٢) تقدم تخرجه.

(٣) انظر: المجموع شرح المذهب ١ / ٢٧٢.

(٤) النجم الوهاج ٥ / ٥١٧ جواهر العقود ١ / ٢٥٤.

وقد تقدمت الإجابة عن هذا القول، وأن المنع إنما يكون في حال قيام الوقف بمنافعه.

أما عند تعطله أو خرابه فقد أجاز الصحابة التغيير والنقل، ومن ثم أخذ الفقهاء من هذا القول بجواز البيع عند الحاجة للمصلحة الظاهرة.

أما ملحقات المسجد وحوائجه التابعة له، فإنه يجوز بيعها.

قال في مغني المحتاج: «أما الحصر الموهوبة أو المشتراة للمسجد، فإنها تباع للحاجة»^(١).

وعندهم كذلك أيضًا يجوز نقل آلة المسجد إذا انهدم إلى مسجد آخر، أو إذا نقضه الإمام إذا خاف عليه، فإنه يصح نقل آله إلى مسجد آخر^(٢).

ونص الشافعية على أنه إذا بيع العقار الموقوف، فإنه يصرف ثمنه في مثله، ولا يجوز قسمته بين الموقوف عليهم، لأنه تغيير لشرط الواقف، وإبطال لحقه^(٣).

وكذلك يرى بعض الشافعية أنه لا يجوز لغير الواقف أن يتبرع ببناء ما انهدم من الوقف، لأنه حق للواقف لا يجوز التعدي عليه؛ بل

(١) انظر: مغني المحتاج ٣/ ٥٥١.

(٢) انظر: تحفة المحتاج ٦/ ٢٨٣.

(٣) انظر: الوجيز شرح العزيز ٦/ ٣٠٣.

إن بعضهم منع حتى شراء المكملات كالدلو وغيره، لما فيه من تعطيل غرض الواقف في تحصيل الأجر^(١).

رابعاً: مذهب الحنابلة:

اتجه الحنابلة في نفقة الوقف وعمارته إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: من يرى أن الأوقاف حكمها جملة واحدة، فلا يفرق بينها، وأن ملك الوقف للموقوف عليه.

فسلكوا في ذلك أربعة مسالك.

المسلك الأول: أن نفقة الوقف على الموقوف عليه، لأنه ملك له:

واستدلوا بحديث: «الخَرَجُ بِالضَّمانِ»^(٢).

قال في الشرح الكبير: «وكذلك عمارة الوقف قياساً على نفقته، فإن تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه، لأنه ملكه»^(٣).

بل عندهم أنه له الخيار في النفقة عليه والبيع.

قال في الفروع: «فإن تعطلت منفعة، فالموقوف عليه بالخيار بين النفقة عليه، وبين بيعه وصرفه في مثله»^(٤).

(١) انظر: النجم الوهاج ٥ / ٥١٧.

(٢) تقدم تحريره.

(٣) انظر: الشرح الكبير ٦ / ٢١٤.

(٤) انظر: الفروع ٧ / ٣٩٠.

ونقل صاحب الإنصاف - إشارة عن بعض علماء الحنابلة - أنه إذا أوقف العمارة على جهة أو شخص فإنها تكون عليه، ولعل هذا - والله أعلم - في الموقوف عليه أقرب^(١).

المسلك الثاني: أن يؤخذ له من بيت المال وجوباً^(٢).

المسلك الثالث: يؤجر الوقف بقدر ما يفي بحاجة العمارة:

حتى ولو زادت مدة الإجارة عن المدة المشروطة جاز، لأن العمارة واجبة، واستدلوا بقاعدة: «ما لا يتم الواجب إلا به فلا بد من فعله»، وهذا واجب بالشرع^(٣).

المسلك الرابع: أن يباع ويصرف ثمنه في مثله:

ولم يتردد الحنابلة رَحِمَهُمُ اللَّهُ في جواز البيع، عند خراب الوقف وتعطل منفعته، كما تقدم عن الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ^(٤).

وأصحاب هذا الاتجاه يرون أن البيع من حق الموقوف عليه، فله أن يبيع وله أن يبقيه، خصوصاً أنهم يقولون: إنه يملك الموقوف.

(١) انظر: الإنصاف ٧ / ٧٣.

(٢) انظر: كشف القناع ٤ / ٢٦٦. لكن لم يصرح علماء الحنابلة هل الأخذ من بيت المال على سبيل الاستدانة، أم على سبيل اللزوم؟ لأن الإنفاق هنا من المصالح العامة فتجب في بيت المال، ولانتفاء المالك المعين، ولأنه لا يجوز تعطيل الوقف.. انظر: شرح منتهى الإرادات ٢ / ٤١٧.

(٣) انظر: مطالب أولي النهى ٤ / ٣١٦.

(٤) انظر: الشرح الكبير ٦ / ٢١٤ كشف القناع ٤ / ٢٦٦.

قال في الفروع: «فلناظره الخاص ببيع، ومع عدمه يفعل ذلك الموقوف عليه، قلت إن قلنا يملكه»^(١).

الاتجاه الثاني: أصحاب هذا الرأي في مذهب الحنابلة، يفرقون في الأوقاف - بين العقار وغيره - وسلکوا في ذلك ثلاثة مسالك.

المسلك الأول: إذا كان الوقف ذا روح كخیل وعبد رقيق، ولم تكن له غلة، فتكون على الموقوف عليه إذا كان معیناً:

أما إذا كان الموقوف عليه غير معين، فإن نفقته من بيت المال، لأنه من المصالح العامة، ولأنه واجب النفقة عليه^(٢).

أما العقار: فإنه لا تجب عمارته على أحد، وعليه فمن أراد أن يعمره لأجل الانتفاع به وحصول الثواب فله ذلك^(٣).

وبعض أصحاب هذا الاتجاه يفرق في العقارات ما بين المصالح العامة كالمساجد، فإنه يعمر، ولو لم يشرط الواقف.

قال في الحاشية: «والأظهر أن محل الخلاف في غير المساجد والمدارس، أما هذه فتجب عمارتها مطلقاً شرطها الواقف أو لم يشرطها»^(٤).

(١) انظر: الفروع ٧ / ٣٩٠.

(٢) انظر: كشف القناع ٤ / ٢٦٦.

(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢ / ٤١٧.

(٤) انظر: حاشية الخلوقي على منتهى الإرادات ٣ / ٤٩٥.

المسلك الثاني: أنه إذا كان الموقوف ذا روح فإنه يباع، ويصرف ثمنه في مثله، وإن أمكن تأجيريه فإنه يؤجر. لكن المتجه أنه يباع ويصرف ثمنه في مثله:

أما العقار: فإنه يستسلف له ليعمر، وبلا إذن الحاكم لأن هذا الحق ثابت شرعاً، والناظر مؤتمن، فإن تعذر فإنه يؤجر^(١).

المسلك الثالث: إن تعذرت العمارة والصيانة فإنه يباع (أرضه أو بناؤه) ويجعل ثمنه في مثله:

قال في الفروع: «وإذا خرب الوقف ولم يرد شيئاً، أو خرب المسجد وما حوله، ولم ينتفع به فللإمام بيعه وصرف ثمنه في مثله»^(٢).

وعندهم أنه لو انهدم المسجد، وخرب الوقف، ويمكن عمارة بعضه فيجعل فيه، فإنه يباع المنهدم ليعمر بقيته، وقد ذكر صاحب المغني أن هذا نص الإمام أحمد^(٣).

وذكر صاحب المغني عن بعض الحنابلة، أنه إذا بيع الوقف، فأى شيء اشتري بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه، لأن المقصود المنفعة، لا الجنس، لكن تكون مصروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها^(٤).

(١) انظر: مطالب أولي النهى ٤ / ٣١٦ كشف القناع ٤ / ٢٦٧.

(٢) انظر: الفروع ٧ / ٣٩٢.

(٣) انظر: المغني ٦ / ٢٨ شرح الزركشي ٤ / ٢٨٨.

(٤) انظر: المغني ٦ / ٢٩.

لكن الذي يظهر - والله أعلم - أنه لا يصح إطلاق هذا القول إلا بشرط تعذر الجنس الأول، لأن شرط الواقف كذلك مقدم مع المنفعة. وعلى كلا الاتجاهين عند الحنابلة: أن الوقف لا يعود إلى ملك الواقف أبداً، والأصل عندهم وجوب العمارة. على الخلاف المتقدم. وسلك شيخ الإسلام ابن تيمية مسلكاً آخر، فجعل العمارة على التخيير، لا على الترتيب كما صنع الفقهاء.

فقال: «وهذان طريقتان يكونان للناس إذا خرب الوقف: تارة يؤجرون الأرض وتبقى حكرًا، وتارة يستسلفون من الأجرة ما يعمر به، وتكون تلك الأجرة أقل منها لو لم تكن سلفاً. وعامة ما يخرب من الوقف يمكن فيه هذا. ومع هذا فقد جوزوا بيعه والتعويض بثمنه، لأن ذلك أصلح لأهل الوقف؛ لا للضرورة ولا لتعطل الانتفاع بالكلية»^(١). فجوز البيع للوقف مباشرة عند خرابه وتعطل منافعه. الترجيح في هذه المسألة:

يقال: هذه المسألة على الترتيب، فإن خرب الوقف وتعطل، سواء ضعفت المنفعة ضعفاً شديداً، أو خرب ولم يعد ينتفع به. فإما أن يعمر من الواقف أو من غيره، ولا يقال بمنع غير الواقف بعمارتها، إلا بنص صريح منه، لأن الحق في الوقف مشترك، فإن منع فقد سد على نفسه دوام الأجر.

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٣١ / ٢٢٥.

فإن لم يعمر، فإنه يطلب من بيت المال عمارته خصوصاً الأوقاف العامة، كالمساجد وغيرها - كما نص عليه الحنابلة.

فإن تعذر: فإنه يؤجر حتى يُتَحصَل على قيمته.

فإن تعذر: فإنه يباع ويشترى بثمنه مثله، فإن قصرت قيمته عن مثله، فيضم إلى وقف آخر. ولم أر رأي الاستدانة لأنه قد يتعذر الوفاء، أو يكون فيه إلزام للبطون اللاحقة بغير حق. وكذلك لا يتصور مطالبة الفقراء^(١).

هذا ما توصلت إليه في هذه المسألة، بعد تقليب أقوال الفقهاء والنظر فيها. واستمداد المعونة من البارئ تعالى وتقدس.

وبعد إتمام الكتابة في هذه المسألة، والرجوع إلى أقوال العلماء نظرت في المبادئ والقرارات القضائية فإذا هي متقاربة مع الترجيح والاختيار الذي أخذت به، والحمد لله.

جاء في المبدأ رقم (٤٣٧): «إذا كان الوقف متعطّل المنافع فيباع بعد ثبوت الغبطة، ويضم إليه قيمة ما اقتطع منه ويشترى بدل يُغَلّ...»^(٢).

(١) ويدخل في ذلك: أن تعطى أرض الوقف للشركات المتخصصة بالبناء أو العمارة (المقاوالات) فتنشئ الوقف، ثم يكون لها جزء من الربيع مشاركة حتى تستوفي ما أنفقته، وهذا وجه حسن لاسيما في وقتنا المعاصر.

(٢) المبادئ والقرارات (ص ١٥٤).

وفي المبدأ رقم (٤٤٢): «إذا أمكن عمارة المسجد فلا يصار إلى الهدم والإزالة»^(١).

وفي المبدأ رقم (٤٤٣): «توضع قيمة مانزع من رقبة الوقف في وقف يعود ريعه لأهل الوقف، ويعطى ورثة المتصبر الباقي بقسطه من الأجرة»^(٢).

أسأل الله العظيم أن أكون قد أصبت الحق وكتبت الصواب،
والحمد لله رب العالمين، وصلوات الله وسلامه على خاتم النبيين.

(١) المبادئ والقرارات (ص ١٥٥).

(٢) المبادئ والقرارات (ص ١٥٥).

الخاتمة

بعد هذا العرض المفصل لما يتعلق بمسألة عمارة الوقف، من حيث مشروعيتهما، وأحكامها، وصورها، والجهة المسؤولة عنها، يتضح بجلاء أن عمارة الوقف ليست أمراً فرعياً أو تابعاً، بل هي لبّ نظام الوقف وروحه، وشرط أساس في تحقيق مقصوده ودوام أثره. فالوقف في جوهره مبني على استمرار النفع؛ ولا يتحقق هذا المقصد إلا بصيانة العين الموقوفة، وحمايتها من التلف، وإعادة إعمارها إن خربت، وتطويرها إن استدعت الحاجة. ولذا، فإن إهمال عمارة الوقف يُعدّ تفريطاً في الأمانة، واعتداءً على مقصد الواقف، ومخالفةً لأحكام الشرع، التي جاءت بالمحافظة على الأموال، وتحقيق مصالح العباد.

وقد تبين أن الفقهاء، على اختلاف مذاهبهم، يقررون أن العمارة واجبة في الجملة، وأنها مقدمة على سائر المصارف، إذا كان الوقف ذا ريع، وأنها تُطلب من الجهات المناسبة بحسب الحال، إذا لم يكن له دخل، سواء من الواقف أو ورثته، أو من المستفيدين، أو من جهة عامة بإذن القاضي. وهذا التنوع في آراء الفقهاء لا يُضعف أصل الحكم، بل يدل على سعة الفقه وقدرته على استيعاب الحالات المختلفة والظروف المتغيرة.

وإن واقع الأوقاف في كثير من البلاد الإسلامية اليوم، بما يشهده من تعطيل وهدم واندثار، يدعو إلى إعادة النظر في إدارة الوقف، وفي مقدمة ذلك العناية بأمر العمارة. وهذا يوجب على الواقفين أن يكونوا

على وعي بأهمية النص على من يتولى عمارة الوقف وآلياتها ومصدر تمويلها، كما يوجب على النظار أن يتقوا الله في الأمانة التي بأيديهم، وأن يبادروا إلى العمارة متى ظهرت الحاجة، دون تسويف أو تقاعس. كما أن على الجهات المختصة وضع آليات واضحة لتسهيل عمارة الأوقاف، وتوفير مصادر تمويل عند تعذر وجود ريع كاف، سواء عبر صناديق مخصصة أو عبر تنظيم تبرعات تطوعية، بما لا يخل بشرط الواقف.

فالوقف لا يؤدي رسالته الحضارية والاجتماعية إلا إذا اقترن بحُسن الإدارة ورعاية العين والمحافظة على الأصل، ولا يتحقق هذا إلا بعمارة واعية، منضبطة بالشرع، متفاعلة مع الواقع، متحركة حين تقتضي الحاجة، ساكنة حين يكون السكون حفظاً للمصلحة. ومن هنا، فإن عمارة الوقف تظل مسؤولية مشتركة، لا تقع على فرد دون غيره، بل هي أمانة جماعية، تتطلب وعياً شرعياً، وإرادة إدارية، وتخطيطاً واقعياً، وإحساساً بأن هذه الأوقاف ليست مجرد مبانٍ أو عقارات، بل هي شواهد على بر سلف الأمة، ووسيلة لخدمة حاضرها ومستقبلها.

أهم النتائج:

- ١ - ثبتت مشروعية الوقف بدلالة الكتاب والسنة وإجماع العلماء.
- ٢ - بين الشارع الحكيم أن مقصود مشروعية الوقف هو استدامة نفعه واستمراره.

٣- قرر العلماء أن عمارة الوقف ليست على حال واحدة، بل تتنوع أحوالها، وأعلاها شأنًا إذا انهدم الوقف وتعطلت منافعه بالكامل.

٤- دلت نتائج البحث على أن جمهور العلماء يرون وجوب عمارة الوقف إذا تعطلت منافعه، بأي صورة من صور العمارة، وأن تركه دون عمارة قول مرجوح، تخالفه الأدلة.

٥- المقصود بالريع: الغلة والثمرة التي يدرها الوقف وتنتج عنه.

٦- إذا كان الوقف ذا ريع، وقد اشترط الواقف عمارته منه، فقد اتفق العلماء على وجوب صرف هذا الريع في عمارته.

٧- وإن كان الوقف ذا ريع، ولم ينص الواقف على عمارته منه، فإن عامة العلماء يرون وجوب عمارة الوقف من هذا الريع، ولو لم يُشترط ذلك صراحة.

٨- لما تقرر عند العلماء - باختلاف مذاهبهم - وجوب العمارة، فقد سلك كل مذهب مسلكًا في تحديد الجهة المسؤولة عنها. إلا أنهم اتفقوا على أنه إذا تعذر إصلاح الوقف، فإنه يُباع، ويُشترى بثلثه وقف مثله، أو يُضم إلى وقف آخر، وهذا هو القول الصحيح الموافق لمقاصد الشريعة، وتدل عليه ظواهر النصوص، وهو مدعوم بأقوال جماهير العلماء المتواترة في هذا الباب.

أهم التوصيات:

- ١- حث الباحثين والجهات العلمية على بذل مزيد من الجهد في دراسة مسائل الوقف، والعمل على تحرير أقوال الفقهاء بما يتلاءم مع واقع الأوقاف المعاصرة، ومراعاة طبيعة الزمان والمكان.
- ٢- توصية القضاة باختيار الأقوال الفقهية التي تتسق مع مقاصد الشريعة في مجال الوقف، بما يحقق المقصد العام من استمرارية النفع وحفظ المال.
- ٣- دعوة الجهات الراعية للأوقاف إلى تكثيف جهود التوعية والإرشاد لأصحاب الأموال، والتنبية على أهمية العناية بالوثائق والنصوص الوقفية لحفظ أوقافهم وضمان ديمومة نفعها.
- ٤- الاهتمام بإنشاء أوقاف ذات ريع مخصص لدعم الأوقاف المتعطلة، ليُكتب للواقف أجر وقفه وأجر إحياء وقف غيره، ويكون ذلك من التعاون على البر والنفع العام.
- ٥- توجيه النظر والقائمين على الأوقاف إلى المسارعة في صيانة الوقف ورعايته ما دام قائماً، قبل أن تتعطل منافعه، فتعذر إعادته إلى حال الانتفاع لاحقاً.
- ٦- التمييز بين المصلحة المؤقتة والمصلحة الدائمة، حيث يُقدّم في الحكم الشرعي ما كان دائم النفع على ما كان مؤقتاً، فإن تعذر انتفاع

المستحقين مدة يسيرة من أجل عمارة الوقف، لم يكن ذلك مضرًا بل هو من إعمال أرجح المصلحتين.

٧- توعية النظار بأن الاستدانة لأجل عمارة الوقف جائزة عند الحاجة، وأنها مشروعة إذا تعذر الإحياء بغيرها، وعلى أهل اليسار المبادرة لدعم هذا المجال لما فيه من مصلحة شرعية معتبرة.

٨- دعوة أهل الخبرة إلى توجيه العاملين في الأوقاف نحو أفضل الوسائل الاستثمارية والخيارات الاقتصادية التي تحفظ عوائد الوقف وتزيدها وتسهم في استدامة نفعه.

٩- التأكيد على أهمية إقامة الندوات والمحاضرات العلمية التي تُعنى ببيان حقوق الأوقاف وحقوق الواقفين، ويُدعى إليها المختصون من الفقهاء وأهل المال والنظار والمشرفين على الجهات الوقفية.

١٠- العناية ببيان الأحكام الشرعية والأقوال الفقهية التي تُعزز من مكانة الوقف، وتبرز آثاره الإيجابية في تنمية المجتمع وتحقيق المصالح العامة.

مصادر البحث

١. الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: ٦٨٣هـ)، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقا)، الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها)، تاريخ النشر: ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م.
٢. الاختيارات الفقهية، لتقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني، جمعه: ابن اللحام، علاء الدين أبي الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٨م.
٣. الإسعاف في أحكام الأوقاف، إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ علي الطرابلسي، الحنفي (المتوفى: ٩٢٢هـ)، طبع بمطبعة هندية بشارع المهدي بالأزبكية بمصر المحمية، ط (٢)، ١٣٢٠هـ - ١٩٠٢م.
٤. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، د.ت.
٥. أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك، لشهاب الدين عبد الرحمن بن حمد بن عسكر المالكي البغدادي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ط (١).
٦. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، للشيخ زين العابدين إبراهيم بن نجيم، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٧. إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، لأبي بكر بن محمد شطا الدمياطي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط (١)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٨. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب ابن القيم، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجليل، بيروت، ١٩٧٣م.
٩. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ.
١٠. الأم، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، دار المعرفة - بيروت، د.ط، ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.
١١. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعلي بن سليمان المرادوي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
١٢. أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، عالم الكتب.
١٣. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، ابن نجيم المصري، دار الكتاب الإسلامي، ط (٢)، د.ت.
١٤. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢م.
١٥. البدر التمام شرح بلوغ المرام، الحسين بن محمد بن سعيد اللاعي، المعروف بالمغربي (المتوفى: ١١١٩هـ)، المحقق: علي بن عبد الله الزبن، دار هجر، ط (١).



١٦. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ).
١٧. البناية شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
١٨. البيان والتحصيل، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط (٢)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
١٩. التاج والإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبي عبد الله، دار الفكر، بيروت، ط (٢)، ١٣٩٨هـ.
٢٠. التبصرة، علي بن محمد الربعي، أبو الحسن، المعروف باللخمي (المتوفى: ٤٧٨هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط (١)، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
٢١. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، لعثمان بن علي بن محجن الزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط (١)، ١٣١٣هـ.
٢٢. تحرير ألفاظ التنبيه، يحيى بن شرف النووي، تحقيق: فايز ورضوان الداية، دار الفكر، بيروت، ط (١)، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
٢٣. تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م.

٢٤. تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لابن حجر الهيتمي أحمد بن محمد بن بدر الدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٢٥. التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م)، ط (١)، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٢٦. التعريفات، لعلي بن محمد الجرجاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م.
٢٧. تهذيب اللغة، لمحمد بن أحمد الهروي الأزهري، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط (١)، ٢٠٠١م.
٢٨. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، لخليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط (١)، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
٢٩. جامع الأمهات، عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب الكردي المالكي (المتوفى: ٦٤٦هـ)، المحقق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، اليامة للطباعة والنشر والتوزيع، ط (٢)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
٣٠. الجامع الصحيح «سنن الترمذي»، محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، تحقيق: أحمد شاكر، مصطفى الباي الحلبي، القاهرة، ط (٢)، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
٣١. جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، لمحمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي، تحقيق: مسعد عبد الحميد

- محمد السعدني، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
٣٢. الجوهرة النيرة، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيديّ اليمني الحنفي (المتوفى: ٨٠٠هـ)، المطبعة الخيرية، ط (١)، ١٣٢٢هـ.
٣٣. حاشية ابن عابدين، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين الدمشقي، المسماة رد المختار على الدر المختار، شرح متن تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، ط (٢)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
٣٤. حاشية الخلوتي على منتهى الإرادات، محمد بن أحمد بن علي البهوتي الخلوتي (المتوفى: ١٠٨٨هـ)، تحقيق: الدكتور سامي بن محمد بن عبد الله الصقير والدكتور محمد بن عبد الله بن صالح اللحيدان، أصل الكتاب: أطروحتا دكتوراة للمحققين، دار النوادر، سوريا.
٣٥. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد عرفة الدسوقي، تحقيق: محمد عlish، دار الفكر، بيروت.
٣٦. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي الشافعي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
٣٧. الحاوي للفتاوي في الفقه وعلوم التفسير والحديث والأصول والنحو والإعراب وسائر الفنون، لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
٣٨. درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو (المتوفى: ٨٨٥هـ)، دار إحياء الكتب العربية.

٣٩. الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، ١٩٩٤م.
٤٠. روضة الطالبين وعمدة المفتين، يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ط (٣)، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
٤١. السراج الوهاج على متن المنهاج، محمد الزهري الغمراوي (المتوفى: بعد ١٣٣٧هـ)، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.
٤٢. سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث، دار الجنان، بيروت، ط (١)، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.
٤٣. سنن الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني (المتوفى: ٣٨٥هـ)، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط (١)، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
٤٤. الشافي في شرح مسند الشافعي، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: ٦٠٦هـ)، المحقق: أحمد بن سليمان - أبي تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط (١)، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
٤٥. شرح الخرشي على مختصر خليل، محمد أبي عبد الله الخرشي، المطبعة العامرة الشرقية، ط (١)، ١٣٠٦هـ.
٤٦. شرح الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى: ٧٧٢هـ)، دار العبيكان، ط (١)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

٤٧. الشرح الصغير على أقرب المسالك، للعلامة أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، وبالهامش حاشية الشيخ أحمد بن محمد الصاوي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة.
٤٨. الشرح الكبير على متن المقنع، لعبد الرحمن بن محمد ابن قدامة المقدسي الجماعلي الحنبلي، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت.
٤٩. شرح حدود الإمام الأكبر، لأبي عبد الله بن عرفة للرصاع، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٣م.
٥٠. شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي، المعروف بـ زروق (المتوفى: ٨٩٩هـ)، اعتنى به: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط (١)، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
٥١. شرح صحيح البخاري لابن بطلال، ابن بطلال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (المتوفى: ٤٤٩هـ)، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، ط (٢)، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٥٢. شرح صحيح مسلم، لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: د. عبد المعطي أمين قلعجي، دار الغد العربي، ط (١)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
٥٣. شرح فتح القدير، لكمال الدين ابن الهمام الحنفي، محمد بن عبد الواحد السيواسي، دار الفكر، بيروت، ط (٢)، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.
٥٤. شرح مختصر خليل، لمحمد بن عبد الله الخرشبي المالكي أبو عبد الله، دار الفكر للطباعة، بيروت، د.ت.
٥٥. شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، ط (٢)، ١٩٩٦م.

٥٦. الصحاح، لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: إميل بديع يعقوب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١) ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
٥٧. صحيح ابن خزيمة، محمد بن إسحاق بن خزيمة، تحقيق: د. محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت، ١٣٩٠ - ١٩٧٠م.
٥٨. صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل البخاري، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م. ط (١)، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
٥٩. طلبة الطلبة، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي (المتوفى: ٥٣٧هـ)، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، ب. ط، ١٣١١هـ.
٦٠. العزيز شرح الوجيز، للإمام عبد الكريم بن محمد الرافعي، تحقيق: الشيخ علي معوض وآخرين، دار الكتب العلمية، ط (١)، ٢٠٠٠م.
٦١. العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين البابري، دار الفكر، د. ت.
٦٢. فتاوى ابن الصلاح، عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين المعروف بابن الصلاح (المتوفى: ٦٤٣هـ)، المحقق: د. موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم، عالم الكتب - بيروت، ط (١)، ١٤٠٧هـ.
٦٣. الفتاوى الكبرى، لشيخ الإسلام أبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، تحقيق: قدم له حسنين محمد مخلوف، دار المعرفة، بيروت.
٦٤. فتح الباري شرح صحيح البخاري، المؤلف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ، 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.
٦٥. فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ)، دار الفكر.
٦٦. الفروع، لمحمد بن مفلح، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط (١)، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٦٧. الفروق، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، عالم الكتب.
٦٨. قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي «الدر المختار شرح تنوير الأبصار» (مطبوع بآخر رد المحتار)، علاء الدين محمد بن (محمد أمين المعروف بابن عابدين) بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي (المتوفى: ١٣٠٦هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان.
٦٩. القواعد الفقهية، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب، دار الكتب العلمية، بيروت.
٧٠. الكافي في فقه الإمام أحمد، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٧١. كتاب الأم، للشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلب القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، دار المعرفة - بيروت، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
٧٢. كتاب العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ)، المحقق: د. مهدي الخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.

٧٣. كتاب الوقف، أحمد إبراهيم بك، المطبعة السلفية ومكتبتها، ١٩٣٧ م.
٧٤. كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، لمحمد علي الفاروقي التهانوي، تحقيق: د. لطفي عبد البديع، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، المؤسسة المصرية العامة، ١٣٨٢ هـ - ١٩٦٣ م.
٧٥. كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م.
٧٦. الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، لأبي البقاء الكفوي، تحقيق: عدنان درويش، ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت.
٧٧. اللباب في شرح الكتاب، عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (المتوفى: ١٢٩٨ هـ)، حققه، وفصله، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان.
٧٨. لسان الحكام في معرفة الأحكام، أحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الدين ابن الشَّحَّة الثَّقفي الحلبي (المتوفى: ٨٨٢ هـ)، البابي الحلبي - القاهرة، ط (٢)، ١٣٩٣ - ١٩٧٣.
٧٩. لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، بتحقيق: عبد الله علي الكبير وآخرين، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٠ م.
٨٠. المبادئ والقرارات القضائية طبعة وزارة العدل ١٤٣٨ هـ.
٨١. المبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠ هـ.
٨٢. المبسوط، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م.

٨٣. مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، لأبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، دار الكتاب الإسلامي، ط (١)، ١٣٠٨ هـ.
٨٤. مجموع الفتاوى، لشيخ الإسلام أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس، تحقيق عبد الرحمن محمد قاسم العاصمي النجدي، مكتبة ابن تيمية، ط (٢).
٨٥. المجموع شرح المذهب، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت.
٨٦. مجموع فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، جمع وترتيب: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، مطبعة الحكومة بمكة المكرمة، ١٣٠٠ هـ.
٨٧. المحيط البرهاني في الفقه النعماني، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة البخاري، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.
٨٨. مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط. جديدة، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م.
٨٩. مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، لبدر الدين أبو عبد الله محمد بن علي الحنبلي البعلبي، تحقيق: محمد حامد الفقهي، دار ابن القيم، الدمام، السعودية، ط (٢)، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
٩٠. المخصص، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (المتوفى: ٤٥٨ هـ)، تحقيق: خليل إبراهيم جفال، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط (١)، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م.
٩١. المدخل، لأبي عبد الله محمد بن محمد ابن الحاج، دار التراث، د.ت.

٩٢. المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس الأصبحي، برواية سحنون أبي سعيد التنوخي، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
٩٣. المستدرك على الصحيحين، لمحمد بن عبد الله أبي عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
٩٤. مسند الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: أحمد محمد شاكر، دار الحديث - القاهرة، ط (١)، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
٩٥. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
٩٦. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى السيوطي الرحباني، المكتب الإسلامي، دمشق، ١٩٦١م.
٩٧. المطالع على ألفاظ المقنع، محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، أبو عبد الله، شمس الدين (المتوفى: ٧٠٩هـ)، تحقيق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادى للتوزيع، ط (١)، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٩٨. معجم اللغة العربية المعاصرة، د أحمد مختار عبد الحميد عمر، عالم الكتب، ط (١)، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
٩٩. معجم ديوان الأدب، أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم بن الحسين الفارابي، (المتوفى: ٣٥٠هـ)، تحقيق: دكتور أحمد مختار عمر، مراجعة: د. إبراهيم أنيس، مؤسسة دار الشعب للطباعة والنشر، القاهرة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

١٠٠. معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
١٠١. المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب المالكي البغدادي، تحقيق: حميش عبد الحق، مكتبة نزار مصطفى الباز، بمكة.
١٠٢. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
١٠٣. المغني لابن قدامة، لعبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
١٠٤. المنتقى شرح الموطأ، سليمان بن خلف القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: ٤٧٤هـ)، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، ط (١)، ١٣٣٢هـ.
١٠٥. المنشور في القواعد، بدر الدين محمد الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت ١٤٠٥هـ.
١٠٦. منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، دار الفكر - بيروت، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.
١٠٧. المهذب في فقه الإمام الشافعي، لإبراهيم بن علي بن يوسف أبي إسحاق الشيرازي، دار الفكر، بيروت.
١٠٨. الموافقات في أصول الشريعة، لإبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، طبع دار المعرفة، تعليق الشيخ: عبد الله دراز، دار المعرفة.
١٠٩. مواهب الجليل شرح المختصر، لأبي عبد الله محمد بن محمد الخطاب، دار الفكر، ط (٣)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
١١٠. موطأ الإمام مالك، مالك بن أنس الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، تحقيق بشار عواد ومحمود خليل، مؤسسة الرسالة، ١٤١٢هـ.

١١١. النجم الوهاج في شرح المنهاج، لكمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري أبو البقاء الشافعي، تحقيق: لجنة علمية، دار المنهاج جدة، ط (١)، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

١١٢. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٧٦م.

١١٣. نهاية المطلب في دراية المذهب، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، تحقيق: أ. د: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، ط (١)، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

١١٤. الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني، المحقق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط (١)، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.





رهن الأوقاف الاستثمارية

د. أحمد بن سعد بن فهد الحيد

عضو هيئة التدريس في قسم الفقه

بكلية الشريعة في جامعة الإمام محمد سعود الإسلامية

المقدمة

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

فلما كانت الأوقاف من أفضل الصدقات؛ لاستمرار ثوابها وتتابع خيرها ما بقيت، وكان من أبرز خصائصها دوام أعيانها واستمرار نفعها، وفي المقابل فإن الاستثمار يحتاج في كثير من الأحوال والظروف إلى الحصول على تمويلات؛ لتنمية المشاريع الاستثمارية، وتوسيع الأعمال، وتطوير النشاط، ولا يمكن للجهة المستثمرة أن تحصل على هذه التمويلات إلا برهن شيء من أصولها، ظهرت لنا نازلة فقهية متعلقة بالأوقاف: وهي حكم رهن الأوقاف الاستثمارية، والتي برزت في وقتنا الحاضر وتشكلت في عدد من الأنماط، فربما احتاجت بعض الشركات والمؤسسات الوقفية في تمويل استثماراتها إلى رهن شيء من أصولها أو إيراداتها أو رهن بعض المشاريع المقامة على أراضيها، والحكم في هذه النازلة يحتاج إلى دراسة وبحث متعمق؛ لتردده بين أصليين؛ الأول: أن الأصل في أعيان الوقف الدوام والاستمرار، وفي رهنها خطورة عليها؛ لاحتمال زوال هذه الأوقاف بالتنفيذ عليها وبيعها عند العجز عن الوفاء، والثاني: أن التمويل جزء مهم في عملية الاستثمار، وهو أداة قوية لنمو المشاريع الاستثمارية وتطويرها في وقتنا الحاضر، والذي لا يتيسر غالباً إلا برهن شيء من الأصول، ولذا أوصى المشاركون في منتدى قضايا الوقف الفقهية الثامن بعد دراستهم لتمويل

الأوقاف عن طريق الاكتتاب العام بـ «ضرورة تعميق الدراسات الشرعية في كثير من المسائل التفصيلية للشركة الوقفية»^(١).

ومن هنا جاء هذا البحث الموسوم بـ: رهن الأوقاف الاستثمارية، سائلا الله الإعانة والتوفيق، والإخلاص والقبول، إنه سميع مجيب.

أهمية الموضوع:

تظهر أهمية الموضوع في النقاط الآتية:

١ - فضل الوقف ومكانته في الشريعة الإسلامية، ودوره العظيم في نهضة المسلمين وتقديمهم.

٢ - حاجة القائمين على الأوقاف الاستثمارية إلى معرفة الأحكام التفصيلية للأوقاف الاستثمارية، ومنها: حكم رهن هذه الأوقاف أو رهن شيء منها؛ لأجل تمويل الاستثمار.

٣ - الحاجة المستمرة إلى تطوير الأوقاف، وتنمية استثماراتها، وتوسيع أعمالها، وزيادة عوائدها بما يتلاءم مع طبيعة الوقف وأحكامه، ويحقق مقاصده.

أسباب اختيار الموضوع:

تظهر أسباب اختيار الموضوع في النقاط الآتية:

(١) قرارات وتوصيات منتدى قضايا الوقف الفقهية الثامن ص ٥٧٥.

١- ما تقدم في بيان أهمية الموضوع، والفائدة العلمية والعملية المترتبة على بحثه.

٢- ظهور بعض الاستشكالات والتساؤلات عن حكم هذه المسألة أثناء بحثي في الصيغ التمويلية لتعمير الأوقاف في رسالة الدكتوراه، والرغبة في دراسة هذه المسألة، وتحرير أقوال أهل العلم فيها.

٣- قلة البحوث والدراسات الفقهية المتعلقة بهذه المسألة مع أهميتها وتعدد صورها، مما أحدث شحاً في المراجع التي يرجع إليها الباحثون والمتخصصون عن هذه المسألة.

أهداف الموضوع:

يهدف البحث في هذا الموضوع إلى ما يأتي:

- ١- بيان حقيقة رهن الأوقاف الاستثمارية.
- ٢- تحرير أقوال أهل العلم في حكم رهن أصول الأوقاف العينية والاستثمارية، والخلوص إلى الرأي المترجح فيها.
- ٣- بيان حكم رهن ريع الأوقاف الاستثمارية.
- ٤- تحرير أقوال أهل العلم في حكم رهن ما يبنى على أراضي الأوقاف الاستثمارية، وصولاً إلى الرأي المترجح فيها.

الدراسات السابقة:

بعد البحث حول ما كتب في هذا الموضوع لم أقف على أطروحة علمية استقلت ببحث مسائل هذا الموضوع، ولكن هناك رسائل علمية لها صلة بالموضوع، وهي:

- ١- أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، للدكتور محمد عبيد الكيسي، وهي رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الأزهر، عام ١٣٩٧هـ.
- ٢- التصرف في الوقف، للدكتور إبراهيم بن عبد العزيز الغصن، وهي رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عام ١٤٠٩هـ.
- ٣- الشركة الوقفية، للدكتور خالد بن عبد الرحمن الراجحي، وهي رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عام ١٤٤٠هـ.

والدراسة الأولى والثانية أشارتا إلى كلام الفقهاء في حكم رهن الأوقاف عمومًا، ولم تتعرضا إلى رهن الأوقاف الاستثمارية، وأما الدراسة الثالثة فأشارت بشكل مختصر إلى حكم رهن الأوقاف الاستثمارية من دون توسع أو بسط للاجتهادات الفقهية والمآخذ فيها؛ إذ ليست هي محل البحث ولا من صلبه في تلك الدراسة، بخلاف هذا البحث فهو مختص بدراسة هذه المسألة، متوسع في بيان صورها، باسط لأقوال الفقهاء المتقدمين والمعاصرين فيها وما أخذهم وما يرد عليها.

ويأتي هذا البحث تمييزاً لجميع الجهود الفقهية المبذولة في هذه النازلة الفقهية، وهي جهود نافعة مشكورة، تستدعي الإشارة إليها والاستفادة منها في تحرير دراسة يُرجى أن تساهم في إثراء المكتبة الوقفية عموماً، وما كتب في هذه النازلة خصوصاً.

منهج البحث:

سرت في إعداد البحث على المنهج الآتي:

أولاً: أصوّر المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها، ليتضح المقصود من دراستها.

ثانياً: إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق، فأذكر حكمها بدليلها، مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتمدة.

ثالثاً: إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف، فأتبع ما يأتي:

(١) تحرير محل الخلاف، إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.

(٢) ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.

(٣) الاختصار على المذاهب الفقهية المعتمدة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما، فأسلك بها مسلك التخريج.

(٤) توثيق الأقوال من كتب أهل المذهب نفسه.

(٥) استقصاء أدلة الأقوال، مع بيان وجه الدلالة إن لم يكن وجه الدلالة واضحاً، وذكر ما يرد على الأدلة من مناقشات، وما يجاب به عنها إن كانت.

(٦) الترجيح، مع بيان سببه وذكر ثمرة الخلاف إن احتيج إلى هذا. رابعاً: الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصيلة في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.

خامساً: التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.

سادساً: العناية بضرب الأمثلة؛ وخاصة الواقعية.

سابعاً: تجنب ذكر الأقوال الشاذة.

ثامناً: العناية بدراسة ما جد من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث.

تاسعاً: ترقيم الآيات، وبيان سورها.

عاشراً: تخريج الأحاديث وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها - إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما - فإن كانت كذلك فأكثفي حينئذٍ بتخريجها.

الحادي عشر: تخريج الآثار من مصادرها الأصيلة، والحكم عليها.

الثاني عشر: التعريف بالمصطلحات، وشرح الغريب الوارد في صلب الموضوع.

الثالث عشر: العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم.

الرابع عشر: الترجمة للأعلام غير المشهورين عند أول ورودٍ له.

الخامس عشر: خاتمة البحث عبارة عن ملخص للرسالة، يعطي فكرة واضحة عما تضمنه البحث، مع إبراز أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال هذا البحث.

السادس عشر: أتبع البحث بفهرس للمراجع والمصادر.

تقسيمات البحث:

يشتمل البحث على مقدمة، وتمهيد، ومبحثين، وخاتمة، وفهارس.

المقدمة:

وفيها أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، وأهدافه، ومنهج البحث، وتقسيماته.

التمهيد: حقيقة الوقف:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الوقف.

المطلب الثاني: أنواع الوقف.

المبحث الأول: حقيقة رهن الأوقاف الاستثمارية وأسبابه:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الرهن.

المطلب الثاني: تعريف الأوقاف الاستثمارية.

المطلب الثالث: الأسباب الباعثة على رهن الأوقاف الاستثمارية.

المبحث الثاني: حكم رهن الأوقاف الاستثمارية:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم رهن أعيان الأوقاف الاستثمارية.

المطلب الثاني: حكم رهن ريع الأوقاف الاستثمارية.

المطلب الثالث: حكم رهن ما يبنى على أراضي الأوقاف الاستثمارية.

الخاتمة:

وتشتمل على أهم النتائج.

الفهارس:

وتشتمل على:

أ- فهرس المصادر والمراجع.

ب- فهرس الموضوعات.

والله أسأل أن يوفقنا للعلم النافع والعمل الصالح، وصلى الله

وسلم على نبينا محمد.

التمهيد حقيقة الوقف وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الوقف:

الوقف في اللغة:

الوقف لغةً: مَنْ وَقَفَ يَقِفُ وَقْفًا وَوُقُوفًا فَهُوَ وَقِفٌ، والفعل (وَقَفَ) ثلاثي يأتي متعدياً، كقولك: وَقَفْتُ الدَّابَّةَ، ومصدره: وَقْفًا، ويأتي لازماً، كقولك: وَقَفْتُ، ومصدره: وُقُوفًا^(١).

وأصل مادتها دال على المكث والحبس، قال ابن فارس رَحِمَهُ اللَّهُ^(٢): «الواو والقاف والفاء: أصل واحد يدل على تَمَكُّثٍ في شيء، ثم يقاس عليه»^(٣).

(١) انظر: العين ٥/ ٢٢٣، تهذيب اللغة ٩/ ٣٣٣، الصحاح ٤/ ١٤٤٠، مقاييس اللغة ٦/ ١٣٥، لسان العرب ١٠/ ٢٧٥، المصباح المنير ٢/ ٦٦٩ مادة (وقف) في الجمع، القاموس المحيط ٣/ ١٩٩ مادة (الوقف).

(٢) هو أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، أبو الحسين، اللغوي، المحدث، ولد بقزوين سنة ٣٢٩ هـ، وكان إماماً في اللغة والأدب، بصيراً بفقهِ مالك، ومذهبه في النحو على طريقة الكوفيين، له عدد من المصنفات، من أشهرها: «جامع التأويل في تفسير القرآن» و«مقاييس اللغة» و«المجمل في اللغة» و«غريب إعراب القرآن»، وتوفي بالري سنة ٣٩٥ هـ. انظر: سير أعلام النبلاء ١٧/ ١٠٣، البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة ص ٨٠، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة ١/ ٣٥٢.

(٣) مقاييس اللغة ٦/ ١٣٥. وانظر: طلبة الطلبة ص ١٠٥، لسان العرب ١٠/ ٢٧٦، المغرب في ترتيب المعرب ص ٤٩٢، المصباح المنير ٢/ ٦٦٩ مادة (وقف) في الجمع.

ومنه قولك: وَقَفْتُ الدار على المساكين: أي حبستها في سبيل الله عليهم^(١).

وأما لفظ (أَوْقَف) بالألف فعدها كثير من أئمة اللغة لغة رديئة، ولا تستعمل في لسان العرب إلا بمعنى: أمسك عن الشيء وأقلع عنه، فتقول: أوقفت عن الأمر الذي كنت فيه: أي أقلعت عنه وأمسكت، وكلمتهم ثم أوقفت: أي سَكْتُ^(٢).

والْوَقْفُ: اسم للشيء الموقوف تسمية له بالمصدر، كقولك: الكتاب، أي: المكتوب، والجمع أوقاف، مثل وقت وأوقات، وثوب وأثواب^(٣).

الوقف في الاصطلاح:

تعددت تعريفات الفقهاء للوقف؛ تبعاً لخلافهم في جملة من شروطه ومسائله، وفيما يأتي شيء من تعريفاتهم على سبيل الاختصار:

(١) انظر: الصحاح ٤/ ١٤٤٠، طلبة الطلبة ص ١٠٥، لسان العرب ١٠/ ٢٧٦، المغرب في ترتيب المغرب ص ٤٩٢، المصباح المنير ٢/ ٦٦٩ مادة (وقف) في الجميع.

(٢) انظر: العين ٥/ ٢٢٣، تهذيب اللغة ٩/ ٣٣٣، الصحاح ٤/ ١٤٤٠، مقاييس اللغة ٦/ ١٣٥، المخصص ٣/ ٣٣٦، النهاية في غريب الحديث والأثر ٥/ ٢١٦، لسان العرب ١٠/ ٢٧٦، المصباح المنير ٢/ ٦٦٩، القاموس المحيط ٣/ ١٩٩ مادة (وقف) في الجميع.

(٣) انظر: المغرب في ترتيب المغرب ص ٤٩٢، المطلع على أبواب المقنع ص ٣٤٤ مادة (وقف) فيها، المصباح المنير ٢/ ٦٦٩ مادة (وقف) في الجميع.

أولاً: تعريف الحنفية للوقف:

لوقف تعريفان مشهوران عند الحنفية:

التعريف الأول: عند الإمام أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: هو «حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة»^(١).

التعريف الثاني: عند صاحب أبي حنيفة: هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى، وصرف منفعتها على من أحب^(٢).

والفرق بينهما أن الوقف عند أبي حنيفة لا يزال ملكاً للواقف، فيجوز له بيعه، ويورث عنه إذا مات، وأما عند صاحبين لا يكون ملكاً لأحد^(٣).

ثانياً: تعريف المالكية للوقف:

عرف المالكية الوقف بعدد من التعريفات، أشهرها أنه: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقدير^(٤).

(١) كنز الدقائق ٣/ ٣٢٥، فتح القدير ٥/ ٣٧، البحر الرائق ٥/ ٢٠٢، الدر المختار ٥١٩/ ٦.

(٢) انظر: تبين الحقائق ٣/ ٣٢٥، فتح القدير ٥/ ٣٧، البحر الرائق ٥/ ٢٠٢، الدر المختار ٥٢٠/ ٦.

(٣) انظر: العناية شرح الهداية ٦/ ٢٠٣، فتح القدير ٥/ ٤٥، البحر الرائق ٥/ ٢١٢، حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٢٠.

(٤) انظر: شرح حدود ابن عرفة ٤١١، مواهب الجليل ٦/ ١٨، شرح الخرشي ٧/ ٧٨.

ثالثاً: تعريف الشافعية للوقف:

للوقف تعريفات متقاربة عند الشافعية، ومن أشهرها أنه: «حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته، على مصرف مباح»^(١).

رابعاً: تعريف الحنابلة للوقف:

عرف الحنابلة الوقف بتعريفات متعددة، وأشهرها أنه: «تحييس الأصل، وتسييل المنفعة»^(٢).

والتعريف الأخير هو أجودها؛ وذلك لما يأتي:

١- أن في ألفاظ التعريف قرباً ظاهراً من قول النبي ﷺ لعمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا»^(٣).

٢- اقتصار التعريف على بيان حقيقة الوقف وماهيته دون الدخول في تفاصيل أحكامه وشروطه، وهذا أولى؛ فإن التعرض لشروط الوقف

(١) أسنى المطالب ٢/ ٤٥٧، تحفة المحتاج ٦/ ٢٣٥، حاشيتا قليوبي وعميرة ٣/ ٩٨. وانظر: كفاية الأخيار ١١٤، مغني المحتاج ٣/ ٥٢٢، نهاية المحتاج ٥/ ٣٥٨.

(٢) الهداية لأبي الخطاب ٣٣٤، المستوعب ٢/ ١٣٣، المقنع ١٦/ ٣٦١، شرح الزركشي ٤/ ٢٦٨، الإنصاف ١٦/ ٣٦١. وانظر بنحوه: المغني ٨/ ١٨٤.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف، رقم الحديث: (٢٧٣٧)، ومسلم، كتاب الوصية، باب بيع الوقف، رقم الحديث (١٦٣٢)، من حديث عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، واللفظ للبخاري.

ومسائله في التعريف يُطيل التعريف، ويخرجه عن الغرض الذي يُراد منه.

٣- اختصار ألفاظه وسهولة عبارته، وهذا مما يطلب في التعريف.

المطلب الثاني: أنواع الوقف:

ينقسم الوقف باعتبارات متعددة، ولعل أهمها مما له صلة بمحل البحث ما يأتي:

أولاً: تقسيم الوقف باعتبار الموقوف عليه:

ينقسم الوقف باعتبار الموقوف عليه إلى ثلاثة أقسام^(١):

القسم الأول: الوقف الخيري:

وهو ما جعل ريعه أو منفعته على جهة خير وبر، سواء أكانت جهة عامة كالوقف على المساجد والمدارس والمستشفيات وجنس الفقراء والمساكين، أو كانت على أشخاص معينين، كالوقف على فقراء أو طلبة علمٍ معينين. وهذا القسم هو الغالب في الأوقاف.

القسم الثاني: الوقف الذري أو الأهلي:

وهو ما جعل ريعه أو منفعته على ذرية الواقف ومن بعدهم.

(١) انظر في هذا التقسيم: المعايير الشرعية معيار الوقف رقم (٦٠) ص ١١١٥، قرارات منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني في موضوع الوقف الذري ص ٤٠٣، أحكام الوصايا والأوقاف لمحمد مصطفى شلبي ص ٣٣٩، أحكام الوقف على الذرية للدكتور محمد الخالد ص ٢٣٢.

القسم الثالث: الوقف المشترك:

وهو ما اشترك في ريعه ومنفعته ذرية الواقف وغيرهم من وجوه الخير والبر، كأن يجعل نصف الوقف على أولاده، ونصفه الآخر على الفقراء.

والعبرة في اعتبار الوقف وقفاً خيرياً أو أهلياً بأول ما يكون عليه الوقف، فلو وقف على ذريته وأهله ثم جعل الوقف بعدهم على جهة خيرٍ وبرٍ، فهو وقف ذُرِّي، ولو وقف على جهة خيرٍ وبرٍ، ثم يكون على ذريته، فهو وقف خيري^(١).

ثانياً: تقسيم الوقف باعتبار الموقوف:

ينقسم الوقف باعتبار الموقوف إلى قسمين^(٢):

القسم الأول: الوقف العيني:

وهو الذي اتجهت فيه نية الواقف إلى تحبيس أصل بعينه؛ إما لأجل أن يتنفع منه بذاته، كوقف المسجد للصلاة، والمدرسة للتعليم،

(١) انظر: أحكام الوصايا والأوقاف لمحمد مصطفى شلبي ص ٣٣٩، الأوقاف فقهاً واقتصاداً للدكتور رفيق المصري ص ٢٩، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ص ١٤٠.

(٢) انظر في هذا التقسيم: المعايير الشرعية معيار الوقف رقم (٦٠) ص ١١١٥، قرارات وفتاوى وتوصيات منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول ص ٤١٤، الوقف الإسلامي للدكتور منذر قحف ص ١٥٩، النوازل في الأوقاف للدكتور خالد المشيقح ص ٨٨، استثمار الأوقاف للدكتور أحمد الصقيه ص ٥١.

والمستشفى للعلاج، والدار لسكنى الذرية ونحو هذا، أو ينتفع منه بريعه كوقف الأرض لتأجيرها وصرف ريعها على الموقوف عليه.

القسم الثاني: الوقف الاستثماري:

وهو الذي اتجهت فيه نية الواقف لجعل الوقف أصلاً ينمى بالتقليب والاستغلال بحسب مقتضيات التجارية، لا إلى تحبسه بعينه، وإنما غرضه استدامة الوقف بتلك الأصول أو بدائلها، وهذا القسم هو محل البحث هنا، ويأتي قريباً مزيد توضيح له^(١).

(١) انظر: ص ٢٨٩.

المبحث الأول

حقيقة رهن الأوقاف الاستثمارية وأسبابه

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الرهن:

الرهن في اللغة:

الرهن لغة: من رَهَنَ يَرَهَنُ رَهْنًا، فهو رَاهِنٌ، والمفعول: مَرْهُونٌ ورَهِينٌ، ويتعدى بالألِف، فيقال: أَرَهَنْتُ فلاناً ثوباً: إذا دفعته إليه لِيَرَهَنَهُ، وأَرَهَنَهُ فلان: إذا أخذه رهناً، ثم أُطْلِقَ الرَّهْنُ على المرْهُونِ، وَجَمَعَهُ رِهَانٌ، مثل حَبْلٍ وَحِبَالٍ، ويجمع كذلك على رُهُونٍ ورُهُنٍ، والأُنثى رَهِيْنَةٌ، وجمعها رَهَائِنٌ^(١).

وأصل مادتها دال على الثبوت والدوام، قال ابن فارس رَحِمَهُ اللهُ:

«الراء والهاء والنون أصل يدل على ثبات شيء يمسك بحق أو غيره»^(٢).

(١) انظر: تهذيب اللغة ٦/ ١٤٧، الصحاح ٥/ ٢١٢٨، المصباح المنير ١/ ٢٤٢ مادة (رهن) في الجميع، القاموس المحيط ص ١٢٠٢ مادة (الرهن).

(٢) مقاييس اللغة ٢/ ٤٥٢ مادة (رهن).

يقال: أَرْهَنْتُ لَهُمُ الطَّعَامَ وَالشَّرَابَ، أَي: أَدَمْتُهُ لَهُمْ، وَهُوَ طَعَامٌ رَاهِنٌ، أَي: دَائِمٌ، وَمَاءٌ رَاهِنٌ، أَي: رَاكِدٌ، وَنِعْمَةٌ رَاهِنَةٌ، أَي: ثَابِتَةٌ دَائِمَةٌ^(١).

الرهن في الاصطلاح:

تعددت تعريفات الفقهاء للرهن، وأبرز تعريفاتهم ما يأتي:

أولاً: تعريف الحنفية:

«جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون»^(٢).

ثانياً: تعريف المالكية:

«مال قبض توثقاً به في دين»^(٣).

ثالثاً: تعريف الشافعية:

«جعل عين مال وثيقة بدين، يستوفي منها عند تعذر وفائه»^(٤).

(١) انظر: تهذيب اللغة ٦/ ١٤٧، الصحاح ٥/ ٢١٢٨ مادة (رهن) فيها، المطلع على ألفاظ المقنع ص ٢٩٦.

(٢) الهداية في شرح البداية ٨/ ١٨٩، الجوهرة النيرة ١/ ٢٢٥، الفتاوى الهندية ٥/ ٤٣١.

(٣) مواهب الجليل ٥/ ٣، شرح الخرشي ٥/ ٢٣٦، الفواكه الدواني ٢/ ١٦٦.

(٤) أسنى المطالب ٢/ ١٤٤، تحفة المحتاج ٥/ ٥٠، مغني المحتاج ٣/ ٣٨.

رابعاً: تعريف الحنابلة:

«توثقة دين بعين يمكن استيفاءه منها أو من ثمنها»^(١).

وتعريف الحنابلة وقريب منه تعريف الشافعية هو أجودها؛ وذلك لما يأتي:

١- أنه يشمل الرهن المقبوض وغير المقبوض خلافاً لتعريف المالكية الذي قيده بالقبض؛ وذلك أن قبض الرهن ليس شرطاً لصحة الرهن، ولا يعد جزاء من ماهيته.

٢- أنه جامع للرهن اللازم الذي يكون محبوساً بيد المرتهن، والرهن الجائز الذي يكون بيد الراهن وينتفع به بعد إذن المرتهن، خلافاً لتعريف الحنفية الذي قصره على ما كان محبوساً بيد المرتهن ولا يستطيع الراهن أن ينتفع به ولو أذن له المرتهن.

٣- أنه أسهل في العبارة، وأوضح في الدلالة على ماهية الرهن ومقصوده.

المطلب الثاني: تعريف الأوقاف الاستثمارية:

أولاً: الأوقاف:

جمع وقف، وتقدم تعريفه^(٢).

(١) الروض المربع ٢ / ٨٤١. وانظر بنحوه: شرح الزركشي ٤ / ٢٥، المبدع ٤ / ٢٠٣.

(٢) انظر: ص ٢٧٨.

ثانياً: الاستشارية:

من الاستثمار، وهو في اللغة: طلب الثَّمَر، وواحدها ثَمَرَة، وأصل مادتها «الشاء والميم والراء أصل واحد، وهو شيء يتولد عن شيء متجمعاً، ثم يحمل عليه غيره استعارة»^(١).

ومنه الثمر: وهو حمل الشجرة، ويقع على كل الثمار سواء أكان يؤكل أم لا، لكن يغلب على ثمر النخل. والثمر أيضاً: أنواع المال. ويقال: أثمر الشجر: أي طلع ثمره. وشجر ثامر، إذا أدرك ثمره. وشجرة ثمراء: أي ذات ثمر.

ومن هذا: تثير المال، يقال: ثَمَّر الرجل ماله تثيراً: أي أحسن القيام عليه ونمّاه وكثره. وأثمر الرجل: إذا كثر ماله وزاد. ويقال في الدعاء: ثَمَّر الله ماله: أي نمّاه وكثره^(٢).

وأما في اصطلاح الفقهاء:

فإن معنى الاستثمار عند الفقهاء لا يخرج عن معناه اللغوي^(٣)، ومن شواهد هذا ما جاء في مناهج التحصيل عند المالكية: «السيد

(١) مقاييس اللغة ١/ ٣٨٨ مادة (ثمر).

(٢) انظر: الصحاح ٢/ ٦٠٦ مادة (ثمر)، مقاييس اللغة ١/ ٣٨٨ مادة (ثمر)، المخصص ٣/ ١٥١، القاموس المحيط ١/ ٣٨٠ مادة (الثمر).

(٣) انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ١/ ٢٢١، المصباح المنير ١/ ٨٤ مادة (ثمر) فيها.

إنما قصد بالإذن في التجارة: الإكثار، وعرض ماله للاستثمار بالأرباح الغزار»^(١).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «إكراء الشجر للاستثمار يجري مجرى إكراء الأرض للازدراع واستئجار الظئر للرضاع»^(٢).

إلا أن استعمال هذا اللفظ على لسان الفقهاء قليل، والأكثر عندهم التعبير عن معناه بلفظ تثمير المال^(٣)، أو تنميته^(٤)، أو نحوه من الألفاظ^(٥).

وعليه فإن المراد بالأوقاف الاستثمارية: الأوقاف التي اتجهت فيها نية الواقف لجعلها أصلاً ينمى بالتقليب والاستغلال بحسب

(١) ٢٠٤/٥.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٩٠.

(٣) انظر: العناية شرح الهداية ٨/٤٧٥، بداية المجتهد ٤/١٤٤٧، العزيز شرح الوجيز ٩٢/٦.

(٤) انظر: الذخيرة ٤/٣٥٤، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٦/١٩٩، الإنصاف ٤٥٤/١٦.

(٥) جزم بعض الباحثين أن لفظ الاستثمار بمعنى تكثير المال وتنميته لم يرد عند المتقدمين، وإنما يرد عندهم بمعنى طلب الحصول على الثمرة. انظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص ٥١، استثمار أموال الزكاة للدكتور صالح الفوزان ص ٤٥، استثمار أموال الوقف للدكتور عبد الله العمار ص ٢٠٣، البنك الوقفي للدكتور فهد اليحيى ص ٦٤. إلا أن هذا الجزم محل النظر؛ فقد وقفت على من استعمله من الفقهاء بمعنى تكثير المال وتنميته، ومن ذلك النقل المتقدم من مناهج التحصيل للرجراجي، وهو يبين في إرادة هذا المعنى.

المقتضيات التجارية، لا إلى تحبيسها بأعيانها، وإنما غرضه استدامة الوقف بتلك الأصول أو بدائلها^(١).

ومن أمثلتها: المؤسسات الوقفية التي تنشأ لإدارة ممتلكات الوقف والإشراف عليها وتنميتها بعد استخراج الوقف للسجل التجاري الذي يؤهله لممارسة الأعمال التجارية، وكذلك الشركات الوقفية، ولها صور متعددة، منها:

١- أن توجد شركة مساهمة مغلقة، أو شركة ذات مسؤولية محدودة^(٢) بصورتها التجارية المعروفة، ثم يوقف مالكةا -إذا كان شخصاً واحداً- أو ملاكها -إذا كانوا أكثر- جميع حصصهم في الشركة، فتتحول هذه الشركة التجارية القائمة إلى شركة وقفية من غير أن تفقد الشركة طبيعتها التجارية.

٢- أن ينشأ الوقف أو الواقفون ابتداء سجلاً تجارياً لشركة مساهمة وقفية مغلقة، أو شركة ذات مسؤولية محدودة، ويوقف سجلها

(١) انظر: المعايير الشرعية معيار الوقف رقم (٦٠) ص ١١١٥، الوقف الإسلامي للدكتور منذر قحف ص ١٥٩.

(٢) الشركة ذات المسؤولية المحدودة: هي شركة يؤسسها شخص واحد أو أكثر من ذوي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية، وتعد ذمتها مستقلة عن الذمة المالية لكل شريك فيها أو المالك لها، وتكون الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة عليها أو الناشئة عن نشاطها، ولا يكون المالك لها ولا الشريك مسؤولاً عن هذه الديون والالتزامات إلا بقدر حصته في رأس المال. انظر: نظام الشركات السعودي الصادر بتاريخ ١٢/١/١٤٤٣هـ، المادة السادسة والخمسون بعد المائة، ص ٦٨.

التجاري، لتكون بذلك شركة وقفية مستقلة بالكامل من ابتدائها، لها شخصيتها الاعتبارية، وكيانها النظامي المستقل.

٣- أن تؤسس الشركة الوقفية عن طريق الوقف العيني، بأن يكون الواقف قد أوقف عقاراً أو أكثر، ثم يؤسس بذلك الوقف العيني شركة تجارية، وتكون كل أصولها وموجوداتها مملوكة للوقف^(١).

المطلب الثالث: الأسباب الباعثة على رهن الأوقاف الاستثمارية:

الأسباب التي قد تدعو إلى رهن الأوقاف الاستثمارية متعددة، ومنها:

١- تمويل المشاريع الاستثمارية: فكثير من الأوقاف الاستثمارية تحتاج إلى تمويل لاستمرار نشاطها وتوسعه، ولا يمكن لها الحصول على هذه التمويلات إلا برهن شيء من أصولها الموقوفة.

٢- الاقتراض لأجل تعمیر الوقف: فقد تضعف الأوقاف الاستثمارية وتحتاج أعيانها إلى تعمیر وإصلاح، وليس لها مال أو غلة ينفق عليه منها، ولا يمكن إجارتها، فيقترض على الوقف ويرهن عينه؛ لأجل إصلاحه وتجديد بنائه، ثم يوفى الدين الذي على الوقف

(١) انظر: المعايير الشرعية معيار الوقف رقم (٦٠) ص ١١١٥، قرارات وتوصيات منتدى قضايا الوقف الفقهية الثامن ص ٥٧٤، تمويل الأوقاف عن طريق الاكتساب العام للدكتور سامي الصلاحيات ص ٤١٥، تأسيس الشركات الوقفية للدكتور محمد الفزيع ص ٣٧٨، الشركات الوقفية للدكتور خالد المهنا ص ٢٩، رهن الوقف لتمويل الاستثمار للدكتور يوسف الشبيلي ص ٤٣، الشركة الوقفية للدكتور خالد الراجحي ص ٤٩.

من غلته بعدما صار صالحاً للتأجير والاستثمار، إلى أن يوفى الدين الذي على الوقف، ثم يفك الرهن.

٣- زيادة أعيان الوقف: فربما كان الوقف الاستثماري قائماً ويدر عائداً، لكن قد تظهر مصلحة الوقف في توسعته وتحسينه وإضافة أبنية عليه، على أن ترهن عين الوقف عند الاستدانة على الوقف.

٤- إنشاء أصول جديدة تابعة للوقف: فقد تكون للأوقاف الاستثمارية أراضٍ أو عقارات قديمة، فيمول الوقف بصيغ تمويلية مناسبة كعقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T)^(١)، أو المشاركة المتناقصة^(٢) أو غيرها، وتبنى مشاريع استثمارية مكان هذه الأراضي أو الأبنية، وترهن أرض الوقف ضمن بنود هذا العقد.

(١) عقد (B.O.T) اختصاراً لثلاث كلمات انجليزية هي: (Build Operate Transfer) أي: البناء والتشغيل والإعادة، والمراد به: عقد بين مالكٍ ومُؤلٍ على أن يقوم ببناء مشروع للمالك، وتشغيله، وقبض العائد منه مدة متفقاً عليها، ثم تسليمه إلى المالك وهو صالحٌ للانتفاع. انظر في حقيقته وحكم تعميم الوقف به: تعميم الأوقاف والصيغ التمويلية له للباحث ص ٣٦٥.

(٢) المراد بها: شركة يتعهد فيها أحد الشركاء بشراء حصة الآخر تدريجياً إلى أن يتملك المشتري المشروع بكامله. انظر في حقيقتها وحكم تعميم الوقف بها: تعميم الأوقاف والصيغ التمويلية له للباحث ص ٤٤٥.

المبحث الثاني

حكم رهن الأوقاف الاستثمارية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم رهن أعيان الأوقاف الاستثمارية:

قبل بيان حكم رهن أعيان الأوقاف الاستثمارية لا بد من بيان حكم رهن الأوقاف العينية ؛ فالقول بالمنع هو عمدة من يرى عدم جواز رهن أعيان الأوقاف الاستثمارية.

حكم رهن الأوقاف العينية:

ذهب عامة الفقهاء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، إلى تحريم رهن عين الوقف وعدم صحته، بل عدّ الحنفية رهن الوقف خيانة من متولي الوقف توجب عزله أو ضم ثقة إليه^(٥).

-
- (١) انظر: المحيط البرهاني ١٤٨/٦، البحر الرائق ٢٢١/٥، الفتاوى الهندية ٤٢٠/٢.
- (٢) انظر: الذخيرة ٤٢٤/١٠، شرح الخرشي مع حاشية العدوي ٢٣٧/٥، حاشية الدسوقي ٢٣٣/٣.
- (٣) انظر: روضة الطالبين ٤٠/٤، أسنى المطالب ١٤٥/٢، تحفة المحتاج ٥٥/٥.
- (٤) انظر: المغني ٤٦٦/٦، الإقناع ٣١٤/٢، الروض المربع ٨٤٤/٢.
- (٥) انظر: الفتاوى الهندية ٤١٣/٢.

والقول بمنع رهن الأوقاف العينية هو ما جاء في قرارات منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول^(١)، واختاره المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في المعايير الشرعية^(٢).

جاء في الفتاوى الهندية: «متولي الوقف باع شيئاً منه أو رهن فهو خيانة فيعزل أو يضم إليه ثقة... المتولي إذا رهن الوقف بدين لا يصح، وكذا أهل الجماعة إذا رهنوا وقف المسجد أو واحد منهم فلو سكن المرتهن عليه أجر المثل بالغاً ما بلغ مدة كانت للاستغلال أو لم تكن»^(٣).

وفي بلغة السالك: «ظهور حبس دار رهن رقبته على أنها ملك لراهنها وثبت حبسها عليه، فهل ينتقل الراهن لمنفعتها؛ لأن المنفعة كجزء منها، وظاهر كلامهم أنه الراجح، أو يبطل الرهن ولا يعود لمنفعتها؟ وأما إن ظهرت حبساً على غير الراهن أو انتقل الحق لغيره بموت أو بانقضاء مدة معينة شرطها له الواقف فلا ينتقل الرهن لمنفعتها قطعاً»^(٤).

(١) انظر: قرارات وفتاوى وتوصيات منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول ص ٤١٣، فجاء فيه: «الأصل عدم جواز رهن الأصول الموقوفة في ديون الوقف أو غيرها».

(٢) انظر: المعايير الشرعية معيار الوقف رقم (٦٠) ص ١١٢٦، فجاء فيه: «لا يجوز رهن الأصول الموقوفة بأعيانها حتى في الأحوال التي يجوز فيها الاستدانة على الوقف».

(٣) ٤١٣/٢ - ٤٢٠.

(٤) ١٠٩/٢.

وفي روضة الطالبين: «الشرط الثالث: كون العين قابلة للبيع عند حلول الدين، فلا يصح رهن أم الولد، والمكاتب، والوقف، وسائر ما لا يصح بيعه»^(١).

وفي المغني: «ولا يصح رهن ما لا يصح بيعه، كأم الولد والوقف»^(٢).

الأدلة:

استدل الفقهاء على تحريم رهن عين الوقف وعدم صحته، بأدلة، منها:

الدليل الأول: حديث عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أن عمر بن الخطاب أصاب أرضاً بخيبر، فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب ما لا قط أنفـس عندي منه، فما تأمرني به؟ قال: «إن شئت حبست أصلها، وتصدق بها»، قال: فتصدق بها عمر، أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول^(٣).

(١) ٤٠ / ٤.

(٢) ٤٦٦ / ٦.

(٣) تقدم تخريجه ص ٢٨١.

وجه الدلالة: الحديث دال على لزوم الوقف وعدم الرجوع فيه، ورهن عين الوقف يؤدي إلى إبطال الوقف والرجوع عنه عند تعذر الوفاء^(١).

الدليل الثاني: أن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه عند التعذر، وما لا يصح بيعه لا يمكن فيه ذلك، فلا يصح رهنه؛ لعدم حصول مقصود الرهن منه^(٢).

الدليل الثالث: أن عين الوقف لا تملك؛ لأنها قد خرجت عن ملك الواقف، وإذا كانت بلا ملك امتنع رهنها وتمليكها^(٣).

الدليل الرابع: أنه يلزم من رهن الوقف تعطيل منافعه، وهذا خلاف المقصود من الوقف بتسبيل منفعة^(٤).

وبناء على ما سبق فالرأي المقرر عند فقهاء المذاهب الفقهية الأربعة على اختلافها المنع من رهن أعيان الأوقاف العينية، ولم أقف على من صرح منهم بجوازه، وهذا يتفق مع حقيقة الوقف في تحييس الأصل ورهن الأصول الموقوفة ينفيه، ومع تسبيل المنفعة والرهن كذلك ينفيه، كما أنه يتفق مع الأصول الشرعية التي تقتضي حفظ أعيان الوقف وحمايتها، واستدامة نفعها.

(١) انظر: العناية شرح الهداية ٦/ ٢٢٠، البحر الرائق ٥/ ٢٢١.

(٢) انظر: أسنى المطالب ٢/ ١٤٥، المغني ٦/ ٤٦٦، كشاف القناع ٣/ ٣٢٧.

(٣) انظر: تبين الحقائق ٣/ ٣٢٧، البحر الرائق ٥/ ٢٢١.

(٤) انظر: المحيط البرهاني ٦/ ١٤٨، الإسعاف في أحكام الأوقاف ص ١٧٧.

حكم رهن أعيان الأوقاف الاستثمارية:

إذا تبين حكم رهن الأصول الموقوفة بأعيانها فهل يشمل هذا الحكم رهن الأصول الموقوفة للاستثمار، أو أنها مستثناة من المنع؟

تحرير محل الخلاف:

أولاً: لا يجوز رهن الأصول الموقوفة للاستثمار من غير حاجة أو مصلحة بلا خلاف؛ وذلك لأن رهن الوقف فرع عن الاستدانة عليه، وقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز الاستدانة على الوقف بلا حاجة أو مصلحة^(١).

ثانياً: إن ظهرت حاجة أو مصلحة في رهن الأوقاف الاستثمارية فاختلف المعاصرون في حكم رهنها على قولين:

القول الأول: تحريم رهن الأوقاف الاستثمارية، وأنها كالأوقاف العينية في المنع، وهذا القول منسوب إلى عامة الفقهاء الذين ذهبوا إلى منع رهن أعيان الأوقاف بعمومها من غير تفريق بينها^(٢)، واختاره بعض الباحثين^(٣).

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٦٢، مواهب الجليل ٦/ ٨٩، فتاوى ابن الصلاح ص ٣٩٠، الإنصاف ١٦/ ٤٦٠.

(٢) ويأتي ص ٣٠٣.

(٣) انظر: تمويل الأوقاف عن طريق الاكتتاب العام للدكتور عبد القادر بن عزوز ص ٣٥٣، الشركة المساهمة الوقفية للدكتور هيثم خزنة ص ٤٩٤، التعقيبات على =

القول الثاني: جواز رهن الأوقاف الاستشارية، وهو رأي المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في المعايير الشرعية^(١)، واختاره بعض الباحثين^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

يُستدل لأصحاب القول الأول على عدم جواز رهن الأوقاف الاستشارية بجملة من الأدلة، منها:

الدليل الأول: حديث عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في وقف عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -، وفيه قال النبي ﷺ: «إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا»، قال: فتصدق بها عمر، أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث... الحديث^(٣).

= أبحاث تمويل الأوقاف عن طريق الاكتتاب العام ضمن موضوعات متدى قضايا الوقف الفقهية الثامن ص ٥٥٥.

(١) انظر: المعايير الشرعية معيار الوقف رقم (٦٠) ص ١١٢٦، فجاء فيه: «يجوز رهن الأوقاف الاستشارية متى جازت الاستدانة عليها».

(٢) انظر: النوازل في الأوقاف للدكتور خالد المشيقح ص ٤٥٩، تأسيس الشركات الوقفية للدكتور محمد الفزيع ص ٣٩٦، رهن الوقف لتمويل الاستثمار للدكتور يوسف الشبيلي ص ٣٤، رهن الوقف لتمويل الاستثمار للدكتور العياشي فداد ص ٨٢، الشركة الوقفية للدكتور خالد الراجحي ص ٣٥٥.

(٣) تقدم تخرجه ص ٢٨١.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ قال لعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا»، وفي رواية قال: «تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث»، وهي أتم الروايات وأصرحها في المقصود كما قال ابن حجر^(١)، وفي هذا دلالة على حكم الوقف: وهو أن الوقف لازم، وأن أصوله وأعيانه تحبس، فلا تباع ولا توهب ولا تورث، فهذا هو معنى الوقف، ورهن أعيان الوقف يتعارض مع تحييس الأصل الذي هو معنى الوقف وحكمه.

ويمكن أن يناقش من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: عدم التسليم بأن حكم الوقف هو اللزوم، بل هو بمنزلة العارية، فله أن يرجع فيه أي وقت شاء، كما هو قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ^(٢).

ويمكن أن يجاب عنه: بأن الحديث صريح في لزوم الوقف، وأن الأصل في أعيانها أنها تحبس فلا تباع ولا توهب ولا تورث، وأما ما جاء عن أبي حنيفة فأحسن ما يجاب عنه بما نقله الحافظ ابن حجر رَحِمَهُ اللَّهُ قال: «كان أبو يوسف يميز بيع الوقف، فبلغه حديث عمر هذا... فقال: هذا لا يسع أحداً خلافه، ولو بلغ أبا حنيفة لقال به، فرجع عن بيع الوقف، حتى صار كأنه لا خلاف فيه بين أحد... قال

(١) انظر: فتح الباري ٤٠١/٥.

(٢) انظر: الحجة على أهل المدينة ٥٦/٣، المبسوط ٢٧/١٢، البحر الرائق ٢٠٩/٥.

القرطبي: رد الوقف مخالف للإجماع فلا يلتفت إليه، وأحسن ما يعتذر به عمن رده ما قال أبو يوسف؛ فإنه أعلم بأبي حنيفة من غيره»^(١).

الوجه الثاني: على التسليم بأن حكم الوقف هو اللزوم، فإن اللزوم والتأييد لا يقومان بعين معينة إذا زالت زال حكم الوقف، وإنما يقوم بمنفعته وغلته وإن انتقلت إلى عين أخرى، فما دامت غلة الوقف تصرف على التأييد في مصارفه، وما دامت منفعته مستمرة للمستحقين فهو لازم أبدي وإن تغيرت عينه؛ إذ العبرة في الوقف بالاستمرار في الصرف على أوجه البر التي عينها الواقف، فما دام ذلك مستمراً فالوقف مستمر ولم يطل^(٢).

ويمكن أن يجاب عنه: بأن قول النبي ﷺ: «تصدق بأصله» دال على أن اللزوم يقوم بعين معينة، وهي العين التي نص الواقف على تحبيسها، ولو كان اللزوم لا يقوم بعين معينة للزم منه جواز نقل الوقف من عين إلى أخرى مطلقاً ولو لم تتعطل منافعه أو ظهرت مصلحة في استبداله، بل يكفي أن تتساوى المصلحة في استبدال الوقف وعدمه، ولم يقل أحد بهذا من أهل العلم، كما قال الإمام أحمد: «كل وقف يكون فيه بيع فليس بوقف؛ وذلك أن أصحاب رسول الله ﷺ أوقفوا

(١) فتح الباري ٤٠٣/٥.

(٢) انظر: أحكام الوقف لهلال البصري ص ٩١، الإسعاف في أحكام الأوقاف ص ١١٢، أحكام الوقف للدكتور محمد الكبسي ١٤/٢.

بته بتلة، والشرط فيها أن لا تباع ولا توهب فإذا دخلها بيع فسد ذلك، ولم يصح الوقف»^(١).

الوجه الثالث: على التسليم بأن اللزوم والتأييد يقوم بعين معينة، وهي الأصول الموقوفة التي حبسها الواقف، فهذا إنما يصح في رهن الأصول الموقوفة بأعيانها، والتي قصد الواقف تحبسها بأعيانها، فهذا النوع من الأوقاف الأصل فيه التأييد وبقاء عينه، ولا يجوز بيعه ولا استبداله إلا بشروط ضيقة، وأما الأوقاف الاستثمارية فلا ينطبق عليها هذا المعنى؛ وذلك أن الواقف إنما قصد أن تمتد بالتقليب والاستثمار بحسب مقتضيات التجارية، ولم يقصد تحبسها بأعيانها، بل غرضه استدامة منفعة الوقف بتلك الأصول أو بدائلها، فما دامت منفعتها مستمرة للمستحقين، فمقصود الواقف متحقق فيها.

وهذا الوجه الأخير هو أصح الأوجه عندي وأسلمها في مناقشة هذا الدليل.

الدليل الثاني: حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»^(٢).

- (١) الوقوف من الجامع لمسائل الإمام أحمد لأبي بكر الخلال ٣٠ / ١.
(٢) أخرجه مسلم، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، رقم الحديث (١٦٣١).

وجه الدلالة: دلّ الحديث على أن المقصود من الوقف هو استدامة عينها وجريان ثوابها، ورهن أعيان الوقف يخالف هذا المقصود.

ونوقش: بأن الاستدامة متحققة في الأوقاف الاستثمارية؛ لأن الاستدامة أعم من أن تكون مرتبطة بعين بذاتها؛ لأن البدل يقوم مقام المبدل فلا ينقطع الوقف، ويبقى ريع الوقف جارياً ولو مع تقلب هذه الأصول بالطرق التجارية^(١).

الدليل الثالث: أن رهن أصول الأوقاف الاستثمارية ينطوي على مخاطرة بالوقف، وتعريض أصوله للضياع، وذلك عند عدم سداد الدين، ومن ثم التنفيذ على هذه الأصول المرهونة ببيعها لسداد الدين^(٢).

ونوقش: بأن هذه المخاطر أمر لا ينفك عن تعاملات الناس وتجاراتهم، وهي موجودة في التجارة والاستثمار قديماً وحديثاً، واستثمار الأصول الوقفية يقتضي تعريضها لبعض المخاطر، وإن كانت تزيد نسبتها بالرهن، ولذا ينبغي على إدارة الوقف التوازن بين درجة المخاطر ومنافع الوقف وعوائده المتوقعة، والتحوط لعدم التنفيذ على الوقف، ومراعاة تنوع مجالات الاستثمار واختيار أكثرها أماناً؛ لتقليل المخاطر على الوقف^(٣).

(١) انظر: رهن الوقف لتمويل الاستثمار للدكتور يوسف الشيلي ص ٣٤.

(٢) انظر: الشركة المساهمة الوقفية للدكتور هيثم خزنة ص ٤٩٤.

(٣) انظر: رهن الوقف لتمويل الاستثمار للدكتور العياشي فداد ص ١١٥.

الدليل الرابع: أن رهن الأوقاف الاستثمارية مخالف لاتفاق المذاهب الفقهية الأربعة على عدم جواز رهن الأوقاف؛ وذلك أن الرأي المقرر عند فقهاء المذاهب الفقهية الأربعة على اختلافها المنع من رهن أعيان الوقف كما تقدم^(١)، ولا يعلم أن أحداً من الفقهاء المتقدمين صرح بجوازه، بل تابعوا على القول بتحريمه من غير تفريق بين الأصول الموقوفة بأعيانها أو لاستثمارها، مع وجود تطبيقات قديمة لاستثمار الأوقاف، ومما يؤيد هذا ما جاء في الفتاوى الهندية: «المتولي إذا رهن الوقف بدين لا يصح، وكذا أهل الجماعة إذا رهنوا وقف المسجد أو واحد منهم فلو سكن المرتهن عليه أجر المثل بالغاً ما بلغ، معدة كانت للاستغلال أو لم تكن»^(٢).

ويمكن أن يناقش: بأن محل اتفاق الفقهاء في المنع هو في الوقف العيني، سواء أكان هذا الوقف مما قصد أن ينتفع منه بذاته أم بريعه، فهذا النوع من الأوقاف هو الذي منع الفقهاء من رهنه، ومن الخلل إجراء الضوابط التي ذكرها الفقهاء في بيع الأوقاف العينية أو رهنها أو غيرها من التصرفات على الأوقاف الاستثمارية؛ وذلك لاختلاف طبيعتهما، ونية الواقف فيهما، وكيفية الانتفاع بهما، فربما لا يتحقق الانتفاع بموجودات هذا الوقف وتحصل منها الغلة إلا بالتقليب بيعاً وشراء واستدانة ورهننا ونحو ذلك من التعاملات التجارية، فهذه

(١) انظر: ص ٢٩٣.

(٢) ٤٢٠/٢.

التعاملات التجارية هي الأصل في هذه الأعيان، وليست تصرفات عارضة تطرأ على عين الوقف.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على جواز رهن الأوقاف الاستثمارية بجملة من الأدلة، منها:

الدليل الأول: حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»^(١).

وجه الدلالة: الحديث دليل على أن الأصل في العقود والشروط الصحة واللزوم، فمن وقف مالا واشترط أن ينمى هذا الوقف بالبيع والشراء والاستدانة والارتهان وغير ذلك من مقتضيات الاستثمار ويتصدق بربحه، فشرطه صحيح ولازم ما دام أن هذا الشرط لا يحل حراماً، ولا يجرم حلالاً، ولا ينافي مقصود العقد^(٢).

(١) أخرجه أبو داود، كتاب الأقضية، باب في الصلح، رقم الحديث: (٣٥٩٤) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وأخرجه الترمذي، كتاب الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، رقم الحديث: (١٣٥٢)، من حديث عمرو بن عوف المزني، وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، قال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام (ص ٢٥٨): «وكأنه اعتبره بكثرة طرقه»، وكذا قوّه شيخ الإسلام ابن تيمية كما في مجموع الفتاوى (١٤٧/٢٩).

(٢) انظر: رهن الوقف لتمويل الاستثمار للدكتور يوسف الشبيلي ص ٣٥، رهن الوقف لتمويل الاستثمار للدكتور العياشي فداد ص ٩٧.

ويمكن أن يناقش: بأنه لا يسلم أن هذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد، بل اشتراط بيع الوقف ورهنه ونحوه من التصرفات في رقبة الوقف تنافي مقتضى الوقف من تحييس الأصل، والواقف ليس له أن يشترط ما ينافي مقتضى العقد، ولو اشترط ما لا يصح له اشتراطه فشرطه باطل ولا يجوز اتباعه ولا العمل به باتفاق أهل العلم^(١)، فلا يصح التمسك بشرط الواقف؛ لتصحيح رهن أعيان الأوقاف الاستثمارية.

وأجيب: بأن مقصود الوقف هو الاستدامة لا تحييس أصل بعينه، وهذا المعنى متحقق هنا، وفرق بين الشروط التي قد تخالف بعض ما يقتضيه العقد ولا تنافي مقصوده، والشروط التي تنافيه بالكلية، فإن كل الشروط تنافي مقتضى العقد المطلق، وإنما المحذور أن ينافي الشرط مقتضى العقد مطلقاً^(٢).

الدليل الثاني: تخريج الأوقاف الاستثمارية على مسألة وقف النقود عند من يرى صحة وقفها، والقول بصحة وقفها هو المفتى به عند متأخري الحنفية^(٣)، ومذهب المالكية^(٤)، ووجهه عند الشافعية^(٥)، ورواية

(١) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٨ / ٣١.

(٢) انظر: رهن الوقف لتمويل الاستثمار للدكتور يوسف الشبيلي ص ٣٥.

(٣) انظر: البحر الرائق ٥ / ٢١٩، مجمع الأنهر ١ / ٧٣٩، حاشية ابن عابدين ٤ / ٣٦٣.

(٤) انظر: التوضيح ٧ / ٢٨١، شرح الخرشي ٧ / ٨٠، الشرح الكبير للدردير ٤ / ٧٧.

(٥) انظر: البيان ٨ / ٦٢، روضة الطالبين ٥ / ٣١٥.

عند الحنابلة^(١)، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية رَحْمَةُ اللَّهِ^(٢)، وصدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الخامسة عشرة^(٣)، وقرار منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني^(٤)، واختاره المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في المعايير الشرعية^(٥).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحْمَةُ اللَّهِ: «قد نص أحمد على أبلغ من ذلك وهو وقف ما لا ينتفع به إلا مع إبدال عينه فقال أبو بكر عبد العزيز في الشافي: نقل الميموني عن أحمد: أن الدراهم إذا كانت موقوفة على أهل بيته ففيها الصدقة وإذا كانت على المساكين فليس فيها صدقة... قال أبو البركات: وظاهر هذا جواز وقف الأثمان لغرض القرض أو التنمية والتصدق بالربح»^(٦).

(١) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٣١ / ٢٣٤، الإنصاف ١٦ / ٣٧٧.

(٢) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٣١ / ٢٣٤.

(٣) انظر: قرار رقم (١٤٠) لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الخامسة عشرة بشأن الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعه ٣ / ٥٢٥، فجاء فيه: «وقف النقود جائز شرعاً؛ لأن المقصد الشرعي من الوقف وهو حبس الأصل وتسهيل المنفعة متحقق فيها، ولأن النقود لا تتعين بالتعيين وإنما تقوم أبدالها مقامها».

(٤) انظر: قرارات وتوصيات منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني ص ٤٠١، فجاء فيه: «قرار ٢: يجوز وقف النقود والأسهم والصكوك...».

(٥) انظر: المعايير الشرعية معيار الوقف رقم (٦٠) ص ١١٩، فجاء فيه: «يجوز وقف النقود ولو كانت ديناً في الذمة، مثل: أرصدة الحسابات الجارية، ويكون الانتفاع بها إما بالإقراض المشروع، أو استثمارها بالطرق المشروعة، وما زاد من النقد عن المبلغ الموقوف فهو الغلة تصرف على الموقوف عليهم».

(٦) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣١ / ٢٣٤.

ووقف النقود وقف لقيمتها لا لعينها؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا بإبدال عينها، إما بإقراضها للمحتاجين ويردون بدلها، ويقوم البدل مقامها، أو تنميتها بالمضاربة بها والصدقة بربحها، وهذا لا يحصل إلا بتقليبها إلى سلع ثم نقود ثم سلع وهكذا، وما حصل من ربح زائد على قيمتها فهو الغلة التي توزع على مصارف الوقف، فحقيقة وقف النقود أنه وقف لقيمتها لا لعينها، ولو كان وقف النقود وقفاً لعينها لتعذرت الاستفادة منها بإقراضها أو استثمارها^(١).

ونوقش: بأن تخريجها على وقف النقود محل نظر؛ وذلك أن العين الموقوفة في وقف النقود هي ذات النقود، وأما الأصول والأعيان التي اشترت بهذه النقود لأجل استثمارها بحسب شرط الواقف فلا تعد وقفاً، وإنما هي مملوكة للوقف تباع وتشترى، والأصل الموقوف هو أصل المبلغ النقدي^(٢).

ويمكن أن يجاب: بأن هذا ما يقول به المجيزون لرهن الأوقاف الاستثمارية كذلك عن هذه الأوقاف، وأن موجوداتها تعد أصولاً وقفية لكن ليس بأعيانها، وإنما بقيمتها عند الوقف ابتداءً أو عند الاستبدال أو البيع، والواقف لما أوقف هذه الأصول فإنما قصد وقف قيمتها بحيث لا يتعلق الوقف بالأعيان القائمة عند إنشاء الوقف،

(١) انظر: مشروع بحث رهن الوقف لتمويل الاستثمار ص ٧.

(٢) انظر: رهن الوقف لتمويل الاستثمار للدكتور العياشي فداد ص ١٢٢.

فحقيقة الأوقاف الاستثمارية أنها أصول موقوفة بقيمتها لا بأعيانها، فصح تخريجها على وقف النقود.

الدليل الثالث: تخريج مسألة رهن الأوقاف الاستثمارية على مسألة بيع الأوقاف إذا كان في بيعها مصلحة راجحة، وهي مسألة خلافية مشهورة، والقول بجواز البيع في هذه الحال هو اختيار أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ وبعض الحنفية^(١)، ورواية عند الحنابلة^(٢)، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ^(٣)، وابن القيم رَحِمَهُ اللهُ^(٤)، وهو ما أفتت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء^(٥)، وصدر به قرار منتدى قضايا الوقف الفقهي الرابع^(٦)، واختاره المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في المعايير الشرعية^(٧).

- (١) انظر: لسان الحكام ٢٩٦، البحر الرائق ٥/ ٢٢٣، قانون العدل والإنصاف ص ١٠٠.
- (٢) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٣١/ ٢١٥، المناقلة والاستبدال بالأوقاف لابن قاضي الجبل ص ٨٦، الإنصاف ١٦/ ٥٢٣.
- (٣) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٣١/ ٢١٥، ٢٥٣، الفروع ٧/ ٣٨٤.
- (٤) انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين ٣/ ٦٢، الإنصاف ١٦/ ٥٢٥.
- (٥) انظر: فتاوى اللجنة الدائمة ١٦/ ٤١.
- (٦) انظر: أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهي الرابع ص ٣٨٩، فجاء في القرار: «الحالات التي يجوز فيها الاستبدال... إذا كان في استبدال الوقف ريع يزيد على ريعه زيادة معتبرة».
- (٧) انظر: المعايير الشرعية معيار الوقف رقم (٦٠) ص ١١٣٠، فجاء فيه: «إذا كان في الاستبدال مصلحة شرعية ظاهرة للوقف لا يمكن تحقيقها إلا بالاستبدال فيجوز الاستبدال بأفضل منه من جنسه».

فإذا قيل بجواز بيع الوقف عند وجود مصلحة راجحة فكذا يجوز رهن الأوقاف الاستثمارية عند وجود المصلحة؛ لأن ما لا يصح بيعه لا يصح رهنه في الجملة، وما يصح بيعه يصح رهنه^(١).

ويمكن أن يناقش: بأن هذا التخريج لا يصح من وجوه:

الوجه الأول: أن بيع الوقف عند من يقول بجوازه إنما يكون إلى بدل، وأما رهن الوقف فإنه في حال التنفيذ عليه سيزول إلى غير بدل، فلا يصح هذا القياس^(٢).

الوجه الثاني: أن القائلين بجواز بيع الأوقاف عند الضرورة أو المصلحة قد صرحوا بالمنع من رهن الأوقاف، مما يدل على عدم صحة هذا البناء.

الوجه الثالث: أن هذا المعنى لا يختص بالأوقاف الاستثمارية، فلو صح هذا التخريج للزم منه القول بجواز رهن الأصول الموقوفة بأعيانها، ولم أقف على من قال بهذا من الفقهاء المتقدمين.

الدليل الرابع: أن نية الواقف ومقصده معتبر في الشريعة، ونية الواقف في الأوقاف الاستثمارية جعلها أصلاً ينمى بالاستبدال والاستغلال وتقليب هذه الأصول بحسب مقتضيات التجارية، ولم

(١) انظر: رهن الوقف لتمويل الاستثمار للدكتور يوسف الشبيلي ص ٢٨، رهن الوقف لتمويل الاستثمار للدكتور العياشي فداد ص ١٠٨.

(٢) انظر: مناقشة الدكتور فهد اليحيى لمشروع بحث رهن الوقف لتمويل الاستثمار ص ٧.

يقصد الواقف تحبیس هذه الأوقاف بأعيانها؛ لأن الواقف لما اختار أن يكون وقفه استثمارياً فإنه يعلم بأن من طبيعة المنشآت التجارية تقلب الأصول واستبدالها وتحويلها ونقلها والاستدانة عليها ورهنها، وقد أوقفها على هذا الوجه وأذن به^(١).

الدليل الخامس: أن إجراء حكم الأصل وهو الإباحة على ما يجد من معاملات في حياة الناس لا سيما في التبرعات التي يتشوف الشارع إلى التوسع فيها من سماحة هذه الشريعة وصلاحياتها لكل زمان ومكان، فصور المعاملات لا تقف عند حد، وتضييق مجال الوقف على صور بعينها مما يحد من توسع الناس فيه وإقبالهم عليه، وهو خلاف مقصود الشارع في التبرعات التي مبناها على التوسعة والتيسير^(٢).

ويمكن أن يناقش: بأن تشوف الشارع إلى الوقف والتوسع في أحكام التبرعات لا يعني الخروج عن حقيقته الوقف وأحكامه حتى يتساوى مع أحكام الصدقة، بل للوقف حقيقة شرعية مستقلة عن حقيقة الصدقة، فإذا لم يرد المتبرع شيئاً من أحكام الوقف فليجعل تبرعه صدقة عامة وله ثوابها، وأما الخروج عن أحكام الوقف بحجة

(١) انظر: المعايير الشرعية معيار الوقف رقم (٦٠) ص ١١٤٣، رهن الوقف لتمويل الاستثمار للدكتور يوسف الشبيلي ص ٣٣، الشركة الوقفية للدكتور خالد الراجحي ص ١٣٩.

(٢) انظر: رهن الوقف لتمويل الاستثمار للدكتور يوسف الشبيلي ص ٣٧.

تشوف الشارع للوقف فمقتضاه إلغاء الوقف من أصله بحيث لا يميز بين الوقف وبين غيره من التبرعات.

الدليل السادس: حاجة المؤسسات والشركات التجارية الوقفية إلى رهن شيء من أصولها لتمويل الاستثمار؛ فهذا يعد من الأولويات الاقتصادية في العصر الحديث، وعدم الأخذ به قد يتسبب بانخفاض العائد المادي على أصول الوقف، مما يؤدي إلى انخفاض الأرباح وما يصرف في أعمال الخير^(١).

ويمكن أن يناقش: بأن حاجة المؤسسات الخيرية والشركات الوقفية إلى تعظيم أرباحها لا يلزم منه القول بجواز رهن أصولها، ولا يعد من جنس الحاجات التي تسوغ الخروج عن أحكام الوقف، وإنما لا بد من البحث عن مخارج شرعية وحلول عملية لا تخالف أحكام الوقف، كرهن الأصول الأخرى غير الموقوفة التي تملكها المؤسسة أو الشركة الوقفية، أو رهن إيرادات الأوقاف وبيعها دون أعيانها - إن قيل بصحة هذا على ما سيأتي بحثه في المطلب الآتي إن شاء الله -.

فالحاصل أن هذا الاستدلال يمكن الاستئناس به للقول بالجواز، لكن لا يصح الاعتماد عليه في تصحيح رهن أعيان الأوقاف الاستثمارية.

(١) انظر: مشروع بحث رهن الوقف لتمويل الاستثمار ص ٦.

الدليل السابع: أن الاستدانة على الوقف لمصلحة الوقف جائزة عند جمهور الفقهاء، وإذا جازت الاستدانة فيصح الرهن تبعاً؛ لأنه فرع لصحة الاستدانة التي هي الأصل^(١).

ويمكن أن يناقش: بأنه لا تلازم بين الاستدانة على الوقف وبين رهن أعيانه؛ بدليل أن كل من أجاز الاستدانة على الوقف منع من رهن أعيانه كما تقدم^(٢)، فلا يصح بناء هذه المسألة على تلك.

الترجيح:

بعد عرض الأقوال في المسألة، وما استدل به أصحاب كل قول، وما يمكن أن يرد على كل دليل من مناقشة، يظهر - والله أعلم - رجحان القول الثاني، وهو جواز رهن الأوقاف الاستثمارية؛ وذلك لما يأتي:

١ - قوة أدلة هذا القول، وسلامة مجموعها من المناقشة المؤثرة، وضعف أدلة القول الآخر كما يظهر ذلك من المناقشات التي ترد عليها.

٢ - أن هذا القول هو أقرب إلى مقاصد الواقفين؛ فإن الظاهر من حال الواقف للوقف الاستثماري أنه يعلم بحقيقة الوقف العيني، وأنه تحييس للأصل بعينه، بحيث يكون بيع هذه الأصول وتقليبها من العوارض الطارئة عليها، لكنه لم يرد هذا النوع من الوقف، بل اختار

(١) انظر: النوازل في الأوقاف للدكتور خالد المشيخ ص ٤٥٩.

(٢) انظر: ص ٢٩٣.

أن يكون وقفه استثمارياً قائماً على استغلال هذه الأصول وتقليبها بحسب التعاملات التجارية المعهودة للأصول الاستثمارية، ومنها: رهن أعيانها، وهذه المقاصد لا بد أن تراعى عند تقرير الأحكام الشرعية المتعلقة بالأوقاف الاستثمارية؛ لأن الوقف إنما نشأ من قبله، وقد رضي بحبس ماله وإخراجه من ملكه على وجه معين، فيراعى هذا المقصد عند تقرير أحكام هذا النوع من الأوقاف.

٣- أن الأوقاف الاستثمارية لما كان المقصود منها جعلها أصولاً تنمى بالاستبدال والتقليب صارت ملحقة بالنقود كعروض التجارة، فتكون أوقافاً بقيمتها لا بعينها ويقوم بدلها مقامها؛ لأن التجارة قائمة على التقليب والاستبدال بين الأعيان والأثمان، ومما يقوي هذا: ما ذكره الفقهاء في زكاة عروض التجارة، أن من اشترى عروضاً بنقود فإنه يبني على حولها في الزكاة ولا يستأنف لها حولاً، وإلا بطلت زكاة عروض التجارة، قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «لأن مال التجارة إنما تتعلق الزكاة بقيمته، وقيمته هي الأثمان نفسها»^(١). فتخريج الأوقاف الاستثمارية على وقف النقود تخريج وجيه، ومن أغراض وقف النقود: المضاربة والاتجار بها - كما تقدم -، والرهن من توابع التجارة.

٤- تعدد صور الأوقاف الاستثمارية، وعظيم نفعها، وكثرة الريع الناتج منها مما يحقق مقصود الوقف، لا سيما في وقتنا الحاضر والذي

(١) المغني ٤/ ٢٥٤. وانظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي عليه ١/ ٤٧٣، كشاف القناع ٢/ ٨٨٦.

تطورت فيه إدارة الأوقاف كثيراً، وظهرت فيه النظارة المؤسسية على الأوقاف، مع وجود التدقيق والرقابة والحرص على تطبيق معايير الحوكمة^(١) في المؤسسات والشركات الوقفية، يضاف إلى هذا ازدهار الصناعة المالية الإسلامية، والقدرة على خفض المخاطر على أعيان الوقف والتحوط لعدم التنفيذ عليها، بجملة من الوسائل المعلومة والمتبعة لدى المؤسسات المالية الإسلامية، مما يحد من خطر التنفيذ على الوقف وزهابه عند العجز عن السداد، والذي يعد المانع الرئيس من رهن أعيان الأوقاف.

ضوابط رهن أعيان الأوقاف الاستثمارية:

إذا تقرر جواز رهن أعيان الأوقاف الاستثمارية، فلا بد من مراعاة الضوابط الآتية:

(١) مصطلح الحوكمة من المصطلحات التي تطورت إلى أن صارت تستخدم حديثاً في واقع المؤسسات لحفظ ورفع أداء وقدرة المؤسسة على النهوض وتجاوز العقوبات والتحديات، وتعني في الأوقاف: مجموعة من القواعد والمبادئ والإجراءات التي تحكم العلاقات بين الأطراف المؤثرة في أداء المؤسسة، والتي تهدف إلى تحقيق الجودة والتميز في الأداء، عن طريق اختيار الأساليب المناسبة والفعالة؛ لتحقيق خطط المؤسسة وأهدافها في إطار من الشفافية والعدالة والمساءلة والمسؤولية. انظر: الرقابة الداخلية والخارجية للمؤسسات الوقفية للدكتور فؤاد العمر وباسمة المعود ص ٢٠، حوكمة الأوقاف وإدارة عملياتها الرئيسة للدكتور سامي الصلحات ص ٤٠.

الضابط الأول: أن توجد حاجة أو مصلحة راجحة لرهن أعيان الأوقاف الاستثمارية^(١)، ويتبين هذا بإعداد دراسة الجدوى الاقتصادية من خلال لجنة ذات خبرة وأمانة؛ فإن هذا من وسائل العلم أو غلبة الظن بتحقيق المصلحة من عدمها في وقتنا، ومن المقرر عند أهل العلم أن جميع التصرفات التي تجري على الوقف منوطة بالمصلحة، وأن على ناظر الوقف أن يتصرف بالأصلح فالأصلح للوقف، كما قال الإمام العزُّ بن عبد السلام رَحِمَهُ اللهُ: «يتصرف الولاة ونوابهم بما ذكرنا من التصرفات بما هو الأصلح للمولى عليه درءاً للضرر والفساد، وجلباً للنفع والرشاد، ولا يقتصر أحدهم على الصلاح مع القدرة على الأصلح إلا أن يؤدي إلى مشقة شديدة، ولا يتخيرّون في التصرف حسب تخيرهم في حقوق أنفسهم»^(٢).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «وقد أجمع المسلمون على معنى هذا، فإن وصي اليتيم، وناظر الوقف، ووكيل الرجل في ماله، عليه أن يتصرف له بالأصلح فالأصلح»^(٣).

الضابط الثاني: أن يوجد ما يدل على إذن الواقف برهن أعيان الوقف الاستثماري عند ظهور حاجة أو مصلحة من رهنها، بأن يصرح

(١) انظر: المعايير الشرعية معيار الوقف رقم (٦٠) ص ١١٢٦، مشروع بحث رهن الوقف لتمويل الاستثمار ص ٢٠.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنعام ٨٩/٢.

(٣) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية ص ١٠.

في وثيقة الوقف على شرط رهن أصول الوقف عند المصلحة ونحوه، أو يبين أن وقفه يُعد وقفاً استثمارياً يجوز فيه استغلال أصوله وتقليبها بجميع التعاملات التجارية المعهودة للاستثمار.

فإذا وجد منه تصريح بشرط رهن الوقف عند المصلحة - وهذا هو الأولى -، أو وجد منه ما يدل على إذنه في رهن الوقف، وأنه كان مستحضرًا لجميع التعاملات الاستثمارية ومنها رهن الأصول وإن لم يصرح به، انتفى احتمال عدم رضاه برهن الوقف، وإلا فيبقى الحكم على الأصل، وهو المنع من رهن الوقف.

الضابط الثالث: أن يراعى عند رهن أعيان الوقف مقدرة الوقف على تحمل عبء هذا التمويل، وكفاية غلته لسداده؛ لئلا يعجز الوقف عن سداد تلك الالتزامات فينفذ على أعيانه^(١).

الضابط الرابع: أن يكون التمويل بصيغة تمويلية مباحة، وبهامش ربح غير مجحف؛ لعموم النصوص الشرعية الدالة على تحريم تلك المعاملات، ولمنافاة الصيغ غير المشروعة مقصد الواقف من إرادة الأجر والثواب من الله تعالى، وعملاً بالأصلح وما فيه غبطة للوقف^(٢).

الضابط الخامس: أن يتضمن العقد الشروط والضمانات التي تحفظ الوقف، وتحفظ مصالحه وحقوقه، ومن ذلك: بقاء أعيان الوقف في يد

(١) انظر: المعايير الشرعية معيار الوقف رقم (٦٠) ص ١١٢٦.

(٢) انظر: مشروع بحث رهن الوقف لتمويل الاستثمار ص ٢٠.

الوقف مدة الرهن، ولا تنتقل إلى يد الجهة الممولة أو إلى طرف ثالث ما دام أنه لم ينفذ على الوقف؛ وذلك لأن الأصل في الرهن قبض المرتهن له، كما قال الله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٣]، لكن إن اشترط الراهن بقاء الرهن في يده، وامتنع عن تسليم الرهن للمرتهن، ورضي المرتهن بهذا صح الشرط ولم يجبر الراهن على تقيضه بإجماع الفقهاء؛ لأن الحق لا يعدوهما، قال ابن المنذر رحمه الله: «وأجمعوا أن الرهن لا يكون إلا مقبوضاً؛ فإن امتنع الراهن أن يقبض المرتهن الرهن لم يجبر على ذلك»^(١).

الضابط السادس: أن يتضمن العقد اشتراط تمكين الوقف أو من يمثله من النظار أو مجلس الإدارة من الانتفاع بالعين المرهونة التي هي أعيان الوقف الاستثماري طوال مدة التمويل؛ وذلك لأن الغرض من الوقف تسهيل منفعته وإطلاقها، وفي رهن أعيان الوقف مع عدم اشتراط الانتفاع بها تعطيل لمنفعتيها؛ لأن الراهن ليس له الانتفاع بالرهن باستخدام ولا إجارة ولا غيرهما إلا برضا المرتهن، قال ابن قدامة: «فإن المترهنين إذا لم يتفقا على الانتفاع بها، لم يجز الانتفاع بها، وكانت منافعتها معطلة، فإن كانت داراً أغلقت، وإن كان عبداً أو غيره تعطلت منافعه حتى يفك الرهن»^(٢).

(١) الإجماع لابن المنذر ص ١٠١. وانظر: الإقناع في مسائل الإجماع لابن القطان ١٩٢/٢.

(٢) المغني ٥١٤/٦. وانظر: بدائع الصنائع ١٤٥/٦، درر الحكام ٢٥٠/٢ كشف القناع ١٥٦٦/٣.

المطلب الثاني: حكم رهن الأوقاف الاستثمارية:

الأصل في ريع الوقف أنه لا يكون وقفاً، ولا تجري عليه أحكام الوقف، بل هو مخالف لحقيقة الوقف وأحكامه؛ فإن الوقف تحبّس للأصل، وإطلاق وانتفاع بغلته، كما قال النبي ﷺ قال لعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها»^(١)، ففرّق ﷺ بين الأصل الموقوف وبين ثمرته وريعه، وفي رواية قال: «تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث»، ومفهوم المخالفة أن ريعه يجوز بيعه وهبته ورهنه ونحوها من التصرفات، وإذا انتقلت إلى المستحقين فإنها تورث عنها.

وهذا هو مقتضى كلام الفقهاء، فظاهر كلامهم أن ريع الوقف لا يكون وقفاً إلا إذا اشترط الواقف حبس الريع أو حبس شيء منه، أما إذا أطلق ولم يشترط فإنه يُنفق ويُستهلك ولا يُحبس، فيبدأ أولاً بتعمير الوقف وإصلاح ما يحتاج إلى إصلاح، وإعطاء الناظر أجرته ونحوه مما فيه مصلحة للوقف واستبقاء له ولنفعه، ثم يقسم باقي الريع على المستحقين على سبيل التملك لهم:

فجاء في البحر الرائق: «أول ما يفعله القيم في غلة الوقف: البداية بالعمارة، وأجرة القوام وإن لم يشترطها الواقف، ويتحرى في تصرفاته النظر للوقف والغبطة»^(٢).

(١) تقدم تخرجه ص ٢٨١.

(٢) ٢٥٤ / ٥. وانظر: بدائع الصنائع ٨ / ٤٠٧، الهداية في شرح البداية ٦ / ٥٣.

وفي الذخيرة: «وتتولى العمارة والإجارة وتحصيل الريع وصرفه بعد إصلاح ما يحتاج إلى الإصلاح، والبداية بالإصلاح من الريع؛ حفظاً لأصل الوقف، بل لو شرط خلاف ذلك بطل؛ لأنه خلاف سنة الوقف»^(١).

وفي روضة الطالبين صرح بأن ريع الوقف وثمرته تكون ملكاً للموقوف عليهم، فقال: «فوائد الوقف ومنافعه للموقوف عليه، يتصرف فيها تصرف الملاك في الأملاك، فإن كان شجرة ملك الموقوف عليه ثمارها، ولا يملك أغصانها إلا فيما يعتاد قطعه كشجر الخلاف، فأغصانها كثمر غيرها، وإن كان الموقوف بهيمة، ملك صوفها ووبرها، ولبنها قطعاً، ويملك نتاجها أيضاً على الأصح كالثمرة»^(٢)، ثم قال: «وظيفة المتولي: العمارة، والإجارة، وتحصيل الغلة، وقسمتها على المستحقين، وحفظ الأصول والغلات على الاحتياط»^(٣).

وحكى ابن أبي عمر ابن قدامة في الشرح الكبير الاتفاق على هذا فقال: «ويملك صوفه ولبنه وثمرته ونفعه؛ لأنه نماء ملكه، ولا نعلم في ذلك خلافاً»^(٤)، وكذا جاء في الإقناع: «ويملك الموقوف عليه نفعه

(١) ٣٢٩/٦. وانظر: عقد الجواهر الثمينة ٣/ ٩٧٣، التوضيح ٧/ ٣١٢.

(٢) ٣٤٢/٥.

(٣) ٣٤٨/٥. وانظر: أسنى المطالب ٢/ ٤٧١، تحفة المحتاج ٦/ ٢٨٨.

(٤) ٤٢٢/١٦.

وصوفه ونحوه وغلته وكسبه ولبنه وثمرته»^(١)، وقال «ووظيفة الناظر: حفظ الوقف، وعمارته، وإيجاره، وزرعه، ومخاصمة فيه، وتحصيل ريعه من أجرة أو زرع أو ثمر، والاجتهاد في تنميته، وصرفه في جهاته من عمارة وإصلاح وإعطاء مستحق ونحوه»^(٢).

واتفاق الفقهاء على أن الريع يصرف في إصلاح الوقف وإعطاء الناظر أجرته وقسمته على المستحقين ونحوه من أوجه صرف الريع دالٌّ على أن الريع لا يعد عندهم مالا موقوفاً ولا يأخذ حكم الوقف، فما أرصد لتعمير الوقف وإصلاحه ومصالحه صرف في مصالحه وما أرصد له، وما شرط للناظر فإنه يملكه مقابل نظارته، وما قبضه الموقوف عليه من الريع فإنه يملكه ويتصرف فيه تصرفات الملاك من الشراء والبيع والرهن وغيره، فأخذه لهذا الريع على سبيل التملك لا أخذاً مراعى، ولم أقف في كلام الفقهاء على من اعتبر هذا الريع وقفاً، أو قيد تصرفات الموقوف عليه، أو منعه من استبدال الريع أو رهنه أو غيره من أوجه التصرف، وحكي الاتفاق على هذا كما تقدم.

إذا تقرر أن ريع الوقف لا يعد وقفاً، ولا تجري عليه أحكام الوقف، فالذي يظهر - والله أعلم - جواز رهن الأوقاف عموماً، سواء

(١) ٧١ / ٣. وانظر: الإنصاف ١٦ / ٤٥٤، منتهى الإرادات ٣ / ٣٦٣.

(٢) ٧٩ / ٣.

أكان ريعاً لأوقاف عينية أم لأوقاف استثمارية^(١)، إذا روعيت الضوابط الآتية:

الضابط الأول: أن توجد حاجة أو مصلحة راجحة للاستدانة على الوقف ورهن ريعه، بعد دراسة الجدوى الاقتصادية، من خلال لجنة ذات خبرة وأمانة، كما تقدم في رهن أعيان الأوقاف الاستثمارية^(٢).

الضابط الثاني: ألا يكون الوقف محتاجاً إلى التعمير والإصلاح، فإن كان الوقف بحاجة إلى هذا لم يجوز رهن الريع، ووجب صرف ريعه في إصلاح عين الوقف أولاً؛ لأن الريع هي الجهة التي يعمر منها الوقف، والواجب عند صرف الريع أن يبدأ في إصلاح الموقوف وصيانته وإصلاح ما يحتاج إلى إصلاح منه قبل توزيعه على المستحقين، أو صرفه في غيرها من أوجه الصرف^(٣).

الضابط الثالث: ألا يرهن جميع الريع، بل يجب مراعاة مصارف الوقف بعدم الإجحاف بها مع حاجتها لهذا الريع، فيصرف على الموقوف عليهم بعض الريع، ويرهن بعضه عند الحاجة أو المصلحة الراجحة على ما تقدم؛ وأما رهن جميع الريع ففيه تعطيل لمنفعة

(١) بعد أن خلصت إلى هذا الرأي وجدت أن مشروع بحث رهن الوقف لتمويل الاستثمار قد خلص إلى هذا كذلك. انظر: مشروع بحث رهن الوقف لتمويل الاستثمار ص ٢٠.

(٢) انظر: ص ٣١٥.

(٣) انظر: تعميم الأوقاف والصيغ التمويلية له للباحث ص ٧٥.

الوقف، وحرمان للموقوف عليهم من حقهم من الريع، والأصل في الوقف الاستفادة من ريعه والتصدق به؛ كما قال النبي ﷺ قال لعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا»^(١)، لا مجرد تنميته واستثماره.

الضابط الرابع: أن يبرم تمويل الوقف بصيغة تمويلية جائزة شرعاً، وبهامش ربح مقبول في المعايير الاقتصادية، وغير مححف بأموال الوقف، مع الأخذ بالاعتبار مقدرة الوقف على تحمل عبء هذا التمويل وكفاية غلته لسداده، على ما تقدم في ضوابط رهن أعيان الأوقاف الاستثمارية^(٢).

المطلب الثالث: حكم رهن ما يبني على أراضي الأوقاف الاستثمارية:

إذا كانت الأرض مملوكة للوقف الاستثماري عند وقفها، أو كانت الأرض وقفاً استثمارياً مستقلاً، ثم أحدث الناظر أبنية وإنشاءات على هذه الأرض الموقوفة بعد وقفها، فهل يصح رهن هذه الأصول الجديدة التي استحدثت بعد الوقف؟

قبل بيان حكم رهن هذه الأصول تحسن الإشارة إلى أن المعاصرين قد اختلفوا في وقفية هذه الأصول التي لم تكن موجودة عند الوقف، ثم أنشئت بعد الوقف على قولين:

(١) تقدم تخرجه ص ٢٨١.

(٢) انظر: ص ٣١٦.

القول الأول: أنها لا تكون وقفاً بمجرد إنشائها، وهذا ما جاء في

قرار المجلس الأعلى للقضاء في المملكة العربية السعودية؛ حيث أجاز الاقتراض من بنك التنمية العقاري؛ لعمارة أرض الوقف بقدر الحاجة،

ورهن ما أقيم من منشآت على أرض الوقف بعد اكتمالها^(١).

(١) فجاء في القرار رقم (١٥٩)، بتاريخ ١٥ / ٧ / ١٣٩٦ هـ بشأن إقراض المواطنين على أراضي الوقف والحكر وأن الأمر يستلزم رهن المنشآت التي ستقام على هذه الأراضي: «... فإن مجلس القضاء الأعلى المنعقد بهيئته الدائمة رغبة منه في حفظ عين الوقف من ناحية، ورغبته في العمل على إصلاح الأوقاف وتنمية مواردها من ناحية أخرى، يقرر ما يلي:

١- جواز الاقتراض من بنك التنمية العقارية لعمارة الوقف بعد إذن القاضي، وإصداره صكاً بذلك يتضمن الإذن بالاقتراض للوقف بقدر ما تحتاجه عمارته، والإذن للناظر برهن الأنقاض المنشأة على أرض الوقف بعد تحقق إنفاق كامل المبلغ المقترض في عمارة الوقف.

٢- جواز رهن ما أقيم على أرض الوقف من أنقاض بعد إكمال العمارة وبعد تعميم المحكمة رجلاً من أهل الخبرة يقفون على عين الوقف لبيان ما إذا كان البناء موافقاً لما تضمنته المواصفات التي صدر الإذن من القاضي بموجبها وأن نفقة البناء بقدر المبلغ المقترض من البنك.

٣- بعد ذلك يصدر إذن خطي من القاضي موجه لكاتب العدل لتسجيل إقرار الناظر برهن الأنقاض للبنك على وفق ما يتضمنه صك الإذن ليستوفي البنك أمواله في المواقيت المتفق عليها وأذن فيها القاضي أما البنك العقاري فيمكن محافظته على ضمان إنهاء العمارة وإنفاق الأقساط على البناء وذلك باشتراكه في الإشراف مع الناظر على إنشاء البناء وإنفاق الأقساط في حينها». التصنيف الموضوعي لتعاميم وزارة العدل ٧٣٣ / ٣.

وانظر: ضبط تصرفات نظار الأوقاف من قبل القضاء للشيخ عبد الله آل خنين ص ٤٥، الوقف ومبادئ الإجراءات القضائية للدكتور واصل المذن ص ١٤٣.

القول الثاني: أنها تكون وقفاً، وهو ما جاء في قرارات متدى قضايا الوقف الفقهية السابع؛ حيث أجاز تخصيص جزء من ريع الوقف لشراء أصول جديدة للوقف، على أن تكون هذه الأصول الجديدة وقفاً^(١).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

يمكن الاستدلال لأصحاب القول الأول على أن الأصول المستحدثة على أراضي الوقف لا تكون وقفاً بجملة من الأدلة، منها:

الدليل الأول: أن الصيغة في الوقف ركن من أركان الوقف باتفاق الفقهاء^(٢)، فلا ينعقد الوقف إلا بصيغة دالة عليه، وهذه الأصول المستحدثة على أرض الوقف لم تكن موجودة عند انعقاد الوقف، ولم

(١) فجاء في قرارات الموضوع الثالث (تأصيل ريع الوقف) ضمن قرارات متدى قضايا الوقف الفقهية السابع ص ٤٥٧: «أولاً: المقصود بتأصيل ريع الوقف: هو تخصيص جزء من ريع الوقف المخصص لعامة أصل الوقف، أو زيادة أصول متصلة به من أبنية أو غراس، اقتضتها مصلحة الوقف الموجود مع مراعاة شرط الواقف، أو قد يكون بإنشاء أصول جديدة وإعطائها حكم الوقف... د. تخصيص نسبة لشراء أصول جديدة للوقف أو لغيره، وتصبح وقفاً».

(٢) انظر: البحر الرائق ٥/ ٢٠٥، حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٢٢، الذخيرة ٦/ ٣٠١، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٧٧، روضة الطالبين ٥/ ٣١٤، تحفة المحتاج ٦/ ٢٣٦، المبدع ٥/ ١٥٢، شرح منتهى الإرادات ٤/ ٣٣٠.

يصدر من الواقف قول أو فعل يدل على وقفها، فهي باقية على الأصل من عدم وقفيتها.

الدليل الثاني: أن عامة الفقهاء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) قد أجازوا عقد الحكر على أراضي الأوقاف عند الضرورة، بأن يعقد ناظر الوقف عقد إجارة طويلة غير محددة بمدة، مع من يريد البناء أو الغراس في أرض الوقف، مقابل مبلغ معجل يدفعه لجهة الوقف يقارب قيمة الأرض؛ ليكون له حق القرار الدائم ما دام يدفع أجرة المثل، وما بناه أو غرسه يكون له ملكاً، ويدفع أيضاً أجرة قليلة في كل سنة تسمى: حكراً^(٥).

(١) انظر: الإسعاف في أحكام الأوقاف ص ١٩٤، الفتاوى الهندية ٢/ ٤١٩، حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٨٧.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٣/ ٤٣٣، بلغة السالك ٣/ ٦٢٣، فتح العلي المالك ٢/ ٢٤٣.

(٣) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٥/ ١٩٦، حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/ ٤٩٩، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٦/ ٥٥.

(٤) انظر: الفروع ٧/ ٣٨٥، الإنصاف ١٤/ ٣٥٤، القواعد الحنبلية في التصرفات العقارية ص ٢.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٩٢، حاشية الدسوقي ٣/ ٤٣٣، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٥/ ١٩٦، القواعد الحنبلية في التصرفات العقارية ص ٦، المعايير الشرعية ص ٨٤٦، تعمير الأوقاف والصيغ التمويلية له للباحث ص ٣٧٠.

فأجاز الفقهاء في هذا العقد أن يبنى المستحكر أو يغرس في أرض الوقف، وجعلوا البناء أو الغراس الذي أقيم على أرض الوقف ملكاً للمستحكر مما يدل على أن الأصول المستحدثة على أراضي الأوقاف لا تكون وقفاً عندهم إلا إذا أوقفها مالکها.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على أن الأصول الجديدة التي أقيمت على أرض الوقف تكون وقفاً: بالقاعدة الفقهية المقررة عند أهل العلم من أن «التابع تابع»^(١)، أي: أن الشيء التابع لغيره في الوجود يتبعه في الحكم، فيسري عليه ما يسري على متبوعه، وعليه فإن الأبنية والإنشاءات التي تستحدث على أرض الوقف تصبح وقفاً تبعاً للأرض؛ إعمالاً لقاعدة التبعية^(٢).

ويمكن أن يناقش: بأنه لا يسلم أن هذه الأبنية تابعة لأرض الوقف بل هي أصول مقصودة بذاتها، يمكن بيعها منفردة، وكذا يجوز رهنها أو وقفها منفردة، فتفرد بالحكم، فلا يحكم بوقفيتها إلا بصيغة دالة على الوقف من مالکها.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٢، مجلة الأحكام العدلية ص ٢١.

(٢) انظر: قرارات منتدى قضايا الوقف الفقهية السابع ص ٤٥٧.

الترجيح:

بعد عرض الأقوال في المسألة، وما استدل به أو ما يمكن أن يُستدل به لكل قول، وما يمكن أن يرد عليها من مناقشة، يظهر -والله أعلم- رجحان القول الأول، وهو أن الأصول والإنشاءات المستحدثة على أراضي الوقف لا تكون وقفاً بمجرد إنشائها؛ وذلك لقوة ما يُستدل به لهذا القول، وضعف دليل القول الآخر كما يظهر ذلك من المناقشة الواردة عليها.

وبناء على هذا فإنه يجوز رهن ما يحدثه الناظر من أبنية وإنشاءات على أراضي الأوقاف الاستثمارية والتي لم تكن موجودة وقت الوقف، ورهنها أيسر وأخف حكماً من رهن أعيان الأوقاف الاستثمارية؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: أن هذه الأصول المستحدثة لا تعتبر وقفاً بمجرد إنشائها إلا بصيغة دالة عليه على ما تقدم ترجيحه، فهي غيرها من الأملاك التي يصح بيعها ورهنها.

ثانياً: لو سلم بأن هذه الأصول تكون وقفاً، فإنها حكم بوقفيتها عند أصحاب هذا القول عملاً بقاعدة التبعية، وقد تقدم بحث رهن أعيان الأوقاف الاستثمارية، وترجح جوازه بضوابط قد تقدمت، فكذا يجوز رهن ما يبنى على أعيان هذه الأوقاف، بل إذا جاز رهن هذه الأصول الموقوفة ابتداءً، فجواز رهن الفرع الذي استحدث بعد الوقف ولم يكن موجوداً وقت الوقف من باب أولى.

الخاتمة

في ختام هذا البحث أحمد الله تعالى بمحامده التي هو لها أهل، وأشكره سبحانه على ما أعان ووفق حتى تم هذا البحث، وختاماً لهذا البحث أوجز أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها في الفقرات الآتية:

١- للوقف تعريفات متعددة، من أشهرها: أنه تحييس الأصل، وتسهيل المنفعة.

٢- ينقسم الوقف باعتبارات متعددة، وأهمها مما له صلة بمحل البحث: تقسيم الوقف باعتبار الموقوف، وينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين: الوقف العيني، والوقف الاستثنائي وهو محل البحث.

٣- المراد بالأوقاف الاستثمارية: الأوقاف التي اتجهت فيها نية الواقف لجعلها أصلاً ينمى بالتقليب والاستغلال بحسب مقتضيات التجارية، لا إلى تحييسها بأعيانها، وإنما غرضه استدامة الوقف بتلك الأصول أو بدائلها.

٤- لا يجوز رهن أصول الأوقاف العينية في قول عامة الفقهاء، ولم أقف على من صرح منهم بجوازه، وهو الذي تؤيده الأدلة.

٥- لا يجوز رهن أعيان الأوقاف الاستثمارية من غير حاجة أو مصلحة، فإن ظهرت حاجة أو مصلحة في رهنها فهي نازلة تختلف المعاصرون فيها على قولين، أرجحها الجواز إذا وجد ما يدل على إذن

الوقف برهن أعيان الوقف الاستثماري، مع وجود الحاجة أو ظهور المصلحة من رهنها، بعد دراسة الجدوى الاقتصادية من خلال لجنة ذات خبرة وأمانة، تراعي مقدرة الوقف على تحمل عبء هذا التمويل وكفاية غلته لسداده، وكان بصيغة تمويلية مباحة، وبهامش ربح غير مجحف، وتضمن العقد الشروط والضمانات التي تحفظ الوقف، وتحفظ مصالحه وحقوقه.

٦- ريع الوقف لا يعد وقفاً، ولا تجري عليه أحكام الوقف، فلا يظهر مانع من رهن ريع الوقف أو رهن شيء منه، سواء أكان وقفاً عينياً أم وقفاً استثمارياً، متى ما وجدت حاجة أو مصلحة راجحة للاستدانة على الوقف ورهن شيء من ريعه، ولم يكن الوقف محتاجاً إلى التعمير والإصلاح، مع مراعاة مصارف الوقف فيجمع بين الرهن والصرف على الموقوف عليهم ولا يرهن جميع الريع، وأبرم تمويل الوقف بصيغة تمويلية جائزة شرعاً، وبهامش ربح مقبول في المعايير الاقتصادية، وغير مجحف بأموال الوقف، مع الأخذ بالاعتبار مقدرة الوقف على تحمل عبء هذا التمويل وكفاية غلته لسداده.

٧- اختلف المعاصرون في وقفية الأصول والإنشاءات المستحدثة على أراضي الوقف، والأقرب أنها لا تكون وقفاً بمجرد إنشائها بل لا بد لها من صيغة، وعليه فلا يظهر مانع من رهن ما استحدثت من أبنية وإنشاءات على أراضي الأوقاف الاستثمارية، متى ما روعيت الضوابط المتقدمة.

وأخيراً فإني أوصي بتكثيف الجهود العلمية لدراسة الأحكام التفصيلية المتعلقة بأموال الوقف المعاصرة، ولا سيما في الجوانب التطبيقية التي تتعلق بتعميرها، وطرق استثمارها، وإدارتها، وتنميتها، وما يتبع ذلك من تصرفات؛ فإن الدراسات الفقهية التي تناول حكم وقف هذه الأموال من حيث الأصل قد نالت نصيباً وافراً من البحث، غير أن ما يتصل بتفاصيل تنزيل أحكام الوقف عليها لا يزال بحاجة إلى دراسات معمقة تجتهد في تحقيق التوازن بين المحافظة على أعيان الأوقاف واستمرار نفعها، وبين متطلبات الاجتهاد الفقهي الذي يراعي طبيعة هذه الأموال المعاصرة وخصائصها، والجمع بين هذين المقصدين فقه دقيق ينبغي للباحث أن يجتهد في الوقوف عليه؛ تحقيقاً لمقصود الوقف في الاستدامة والنماء، وتجنباً لمسلك الجمود الذي يعطل مصالحه، أو مسلك التوسع غير المنضبط الذي يفضي إلى الإخلال بأحكامه.

أسأل الله أن ينفع بهذا البحث، وأن يبارك فيه، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه وأتباعه إلى يوم الدين.

فهرس المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم.
٢. الإجماع لابن المنذر، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، الناشر: دار المسلم، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.
٣. أحكام الأوقاف، لمصطفى أحمد الزرقا، الناشر: دار عمار، الطبعة الثانية، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
٤. أحكام الوصايا والأوقاف، لمحمد مصطفى شلبي، الناشر: مطبعة دار التأليف، مصر، ١٣٨١هـ-١٩٦٢م.
٥. أحكام الوقف، لهلال بن يحيى بن مسلم البصري، الناشر: مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الهند، ١٣٥٥هـ.
٦. أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، للدكتور محمد عبيد عبد الله الكبسي، الناشر: مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.
٧. أحكام الوقف على الذرية في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع التطبيق القضائي في المملكة العربية السعودية، للدكتور محمد الخالد، الناشر: المؤلف، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.
٨. إدارة وتثمين ممتلكات الأوقاف، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
٩. استثمار الأوقاف، للدكتور أحمد الصقيه، الناشر: دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ.
١٠. استثمار أموال الزكاة، للدكتور صالح بن محمد الفوزان، الناشر: دار كنوز أشبيليا، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.

١١. استثمار أموال الوقف، للدكتور عبد الله العمار، ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، تنظيم: الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
١٢. الإسعاف في أحكام الأوقاف، لبرهان الدين إبراهيم بن موسى الطرابلسي الحنفي، الناشر: مؤسسة الريان، بيروت، ١٤٣٦هـ.
١٣. أسنى المطالب شرح روض الطالب، لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، الناشر: المطبعة الميمنية، ١٣١٣هـ، ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي.
١٤. الأشباه والنظائر، لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩٠م.
١٥. الأشباه والنظائر، لزين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
١٦. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية، تحقيق: مشهور آل سلمان، الناشر: دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
١٧. الإقناع في مسائل الإجماع، لأبي الحسن بن القطان، تحقيق: حسن الصعيدي، الناشر: الفاروق الحديثة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
١٨. الإقناع لطالب الانتفاع، لشرف الدين موسى بن أحمد الحجاوي، تحقيق: د. عبد الله التركي، الناشر: دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ.
١٩. الأم، لمحمد بن إدريس الشافعي، تحقيق: رفعت فوزي، الناشر: دار الوفاء، الطبعة الرابعة، ١٤٣٢هـ.
٢٠. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، مطبوع مع المقنع والشرح الكبير، تحقيق: د. عبد الله التركي،

الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في المملكة العربية السعودية.

٢١. الأوقاف فقها واقتصاداً، للأستاذ الدكتور رفيق يونس المصري، الناشر: دار المكتبي، دمشق، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.

٢٢. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.

٢٣. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد القرطبي المعروف بابن رشد الحفيد، تحقيق: ماجد الحموي، الناشر: دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.

٢٤. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكاساني، تحقيق: محمد محمد تامر، الناشر: دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.

٢٥. بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، لجلال الدين السيوطي، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

٢٦. بلغة السالك لأقرب المسالك أو حاشية الصاوي على الشرح الصغير، لأحمد الصاوي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

٢٧. البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، تحقيق: محمد المصري، الناشر: دار سعد الدين، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

٢٨. بلوغ المرام من أدلة الأحكام، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: سمير الزهري، الناشر: دار الفلق، الرياض، الطبعة السابعة، ١٤٢٤هـ.

٢٩. البنك الوقفي، للدكتور فهد اليحيى، الناشر: كرسي الشيخ راشد بن دايل لدراسات الأوقاف، ١٤٣٦هـ.
٣٠. البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، الناشر: دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
٣١. التاج والإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف العبدري المعروف بابن المواق، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م.
٣٢. تحفة المحتاج شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ١٣٥٧هـ - ١٩٨٣م، ثم صورتها دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٣٣. تعمير الأوقاف والصيغ التمويلية له، للدكتور أحمد بن سعد الحيد، الناشر: الهيئة العامة للأوقاف، المملكة العربية السعودية، الرياض، ١٤٤٦هـ - ٢٠٢٤م.
٣٤. تمويل الأوقاف عن طريق الاكتتاب العام، للدكتور عبد القادر بن عزوز، ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثامن، تنظيم: الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م.
٣٥. تهذيب اللغة، لمحمد بن أحمد الأزهرى، تحقيق: عبد السلام هارون، الناشر: الدار المصرية.
٣٦. التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، لخليل بن إسحاق المالكي، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
٣٧. الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، للدكتور خالد المشيقح، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.

٣٨. الجوهرة النيرة، لأبي بكر محمد بن علي الحدادي العبادي، الناشر: المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى، ١٣٢٢هـ.
٣٩. حاشية ابن عابدين المسمى برد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عمر بن عابدين، الناشر: دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ.
٤٠. حاشية الجمل على شرح المنهج المسمى بفتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي المعروف بالجمل، الناشر: دار الفكر.
٤١. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، مطبوع مع الشرح الكبير، الناشر: دار الفكر.
٤٢. حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، مطبوع مع نهاية المحتاج، لأبي الضياء نور الدين بن علي الشبراملسي، الناشر: دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ.
٤٣. حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، لعبد الحميد الشرواني، مطبوع مع تحفة المحتاج، الناشر: دار إحياء التراث العربي.
٤٤. حاشية العدوي على شرح الخرشي، لعلي بن أحمد العدوي، مطبوع مع شرح الخرشي، الناشر: دار الفكر.
٤٥. حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على المنهاج، لأحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، الناشر: دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
٤٦. الحجة على أهل المدينة، لمحمد بن الحسن الشيباني، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني، الناشر: دار عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ.
٤٧. حوكمة الأوقاف وإدارة عملياتها الرئيسية، للدكتور سامي الصلاحيات، الناشر: مؤسسة ساعي لتطوير الأوقاف، ١٤٣٩هـ.

٤٨. الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لمحمد علاء الدين بن علي الحصني الحصكفي، مطبوع مع حاشية ابن عابدين، الناشر: دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ.
٤٩. درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرموزا المعروف بمنلا خسرو، الناشر: دار إحياء الكتب العربية.
٥٠. ديون الوقف، للدكتور ناصر الميمان، ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، تنظيم: الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
٥١. الذخيرة في فروع المالكية، لأبي العباس أحمد بن إدريس المالكي المعروف بالقرافي، تحقيق: محمد حجي وسعيد أعراب ومحمد بوخبزة، الناشر: دار الغرب الإسلامي، تونس، الطبعة الرابعة، ٢٠١٢م.
٥٢. الرقابة الداخلية والخارجية للمؤسسات الوقفية، للدكتور فؤاد العمر وأ. باسمه المعود، ضمن أبحاث مجلة أوقاف العدد (٣١)، الناشر: الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، ١٤٣٨هـ-٢٠١٦م.
٥٣. رهن الوقف لتمويل الاستثمار، للدكتور يوسف بن عبد الله الشبيلي، ضمن مشروع بحث مقدم إلى شركة عبد الرحمن بن صالح الراجحي وأولاده للاستثمار، ١٤٣٨هـ.
٥٤. رهن الوقف لتمويل الاستثمار للدكتور العياشي الصادق فداد، ضمن مشروع بحث مقدم إلى شركة عبد الرحمن بن صالح الراجحي وأولاده للاستثمار، ١٤٣٨هـ.
٥٥. الروض المربع بشرح زاد المستقنع، لمنصور بن يونس البهوتي، تحقيق وعناية: شركة إثراء المتون، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٣٩هـ.

٥٦. روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩١م.
٥٧. سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، اعتنى به: مشهور آل سلمان، الناشر: مكتبة المعارف، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٧م.
٥٨. سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، اعتنى به: مشهور آل سلمان، الناشر: مكتبة المعارف، الطبعة الأولى.
٥٩. السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن تيمية الحراني، الناشر: مكتبة ابن تيمية.
٦٠. سير أعلام النبلاء، للحافظ محمد بن أحمد بن عثمان المعروف بالذهبي، الناشر: مؤسسة الرسالة.
٦١. شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، لمحمد بن عبد الله الخرشي، الناشر: دار الفكر.
٦٢. الشرح الكبير على مختصر خليل، لأحمد بن محمد الدردير، مطبوع مع حاشية الدسوقي، الناشر: دار الفكر.
٦٣. الشرح الكبير، لشمس الدين عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي، مطبوع مع المقنع والإنصاف، تحقيق: د. عبد الله التركي، الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في المملكة العربية السعودية.
٦٤. شرح حدود ابن عرفة، لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، الناشر: المكتبة العلمية، الطبعة الأولى، ١٣٥٠هـ.
٦٥. شرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس البهوتي، تحقيق: د. عبد الله التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى.

٦٦. الشركات الوقفية من خلال نظام الشركات السعودي، للدكتور خالد بن عبد الرحمن المهنا، الناشر: كرسي ابن دايل لدراسات الأوقاف، الرياض، ١٤٣٦هـ.
٦٧. الشركة المساهمة الوقفية للدكتور هيثم عبد الحميد خزنة، ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثامن، تنظيم: الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م.
٦٨. الشركة الوقفية، للدكتور خالد بن عبد الرحمن الراجحي، الناشر: دار التحرير، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٤٠هـ.
٦٩. الصحاح، لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور، الناشر: دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
٧٠. صحيح البخاري المسمى بالجامع الصحيح، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن الطبعة السلطانية وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، ١٤٢٢هـ.
٧١. صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: أبوقتيبة نظر محمد الفارياي، الناشر: دار طيبة، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
٧٢. ضبط تصرفات نظار الأوقاف، للشيخ عبد الله آل خنين، الناشر: كرسي الشيخ راشد بن دايل لدراسات الأوقاف، ١٤٣٥هـ.
٧٣. طلبة الطلبة، لنجم الدين عمر بن محمد بن أحمد النسفي، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثنى، بغداد، ١٣١١هـ.
٧٤. العزيز شرح الوجيز، والمعروف بالشرح الكبير أو فتح العزيز، لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، تحقيق: عادل عبد



الموجود وعلي معوض، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

٧٥. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لجلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، تحقيق: د. محمد أبو الأجفان وعبد الحفيظ منصور، الناشر: دار الغرب، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.

٧٦. العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمد بن محمود البابرقي، الناشر: دار الفكر.

٧٧. العين، للخليل بن أحمد الفراهيدي، تحقيق: د. مهدي المخزومي ود. إبراهيم السامرائي، دار الهلال.

٧٨. فتاوى ابن الصلاح، لتقي الدين عثمان بن عبد الرحمن المعروف بابن الصلاح، تحقيق: موفق عبد الله عبد القادر، الناشر: مكتبة العلوم والحكم وعالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ.

٧٩. فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالملكة العربية السعودية، جمع وترتيب: أحمد الدويش، الناشر: الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، الطبعة الخامسة، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.

٨٠. الفتاوى الهندية، لمجموعة من علماء الهند برئاسة نظام الدين البلخي، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣١٠هـ.

٨١. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: أبوقتيبة الفاريابي، الناشر: دار طيبة، الطبعة الثانية، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

٨٢. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، لأبي عبد الله محمد بن أحمد عlish المالك، الناشر: دار المعرفة.

٨٣. فتح القدير شرح كتاب الهداية في شرح البداية، للكمال ابن الهمام الحنفي، الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في المملكة العربية السعودية.
٨٤. الفروع، لشمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، تحقيق: د. عبد الله التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى.
٨٥. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي، الناشر: دار الفكر، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
٨٦. القاموس المحيط، لمحمد بن يعقوب الفيروزبادي، الناشر، المطبعة الأميرية، الطبعة الثالثة، ١٣٠١هـ.
٨٧. قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف، لمحمد قدرى باشا، الناشر: مؤسسة الريان، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
٨٨. قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، من الدورة الأولى إلى السابعة عشرة، الناشر: رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة.
٨٩. قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، لأبي محمد العز ابن عبد السلام، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٤١٤هـ.
٩٠. القواعد الحنبلية في التصرفات العقارية، لمحمد بن حسن الشطي، الناشر: مطبعة الترقى، ١٣٤٧هـ - ١٩٢٩م.
٩١. كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي، الناشر: دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٩٢. كفاية الأخيار في حل الاختصار لأبي بكر بن محمد الحسيني الحصني، تحقيق: كامل عويضة، الناشر: دار الخير، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

٩٣. كنز الدقائق، لأبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي، مطبوع مع شرحه تبين الحقائق، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
٩٤. لسان الحكام في معرفة الأحكام، للسان الدين أحمد بن محمد ابن الشحنة، الناشر: البابي الحلبي، القاهرة الطبعة الثانية، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.
٩٥. لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور، الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في المملكة العربية السعودية.
٩٦. المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٩٧. المبسوط، لأبي بكر محمد بن أحمد السرخسي، الناشر: مطبعة السعادة، ١٣١١هـ.
٩٨. مجلة الأحكام العدلية، للجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، كراتشي.
٩٩. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد شيخي زاده داماد، الناشر: دار إحياء التراث العربي.
١٠٠. مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن تيمية الحراني، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي، مطبوع بأمر خادام الحرمين الشريفين الملك فهد.
١٠١. مجموع في المناقلة والاستبدال بالأوقاف، فيه ثلاث رسائل، تحقيق: د. محمد بن سليمان الأشقر، الناشر: مؤسسة الرسالة، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

١٠٢. المحيط البرهاني في الفقه النعماني، لأبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن مازة البخاري، تحقيق: عبد الكريم الجندي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
١٠٣. المختصر في فروع الفقه المالكي، لخليل بن إسحاق بن موسى المعروف بالجندي، مطبوع مع مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
١٠٤. المخصص، لعلي بن إسماعيل المعروف بابن سيدة، تحقيق: خليل إبراهيم جفال، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.
١٠٥. المستوعب لنصر الدين محمد بن عبد الله السامري الحنبلي، تحقيق: د. عبد الملك بن دهيش، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
١٠٦. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت.
١٠٧. المطلع على أبواب المقنع، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، تحقيق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، الناشر: مكتبة السواددي، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
١٠٨. المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، الناشر: دار الميمان، الرياض، ١٤٣٧هـ.
١٠٩. معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، للدكتور نزيه حماد، الناشر: دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
١١٠. المغرب في ترتيب المعرب، لناصر بن عبد السيد أبو المكارم، الناشر: دار الكتاب العربي.
١١١. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد بن أحمد الشرييني الخطيب، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

١١٢. المغني، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د. عبد الله التركي ود. عبد الفتاح الحلو، الناشر: دار عالم الكتب، الطبعة السادسة، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.

١١٣. مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام هارون، الناشر: دار الفكر.

١١٤. المقنع، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مطبوع مع الشرح الكبير والإنصاف، تحقيق: د. عبد الله التركي، الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في المملكة العربية السعودية.

١١٥. المناقلة والاستبدال بالأوقاف، لابن قاضي الجبل الحنبلي، مطبوع ضمن مجموع في المناقلة والاستبدال بالأوقاف فيه ثلاث رسائل، تحقيق: د. محمد بن سليمان الأشقر، الناشر: مؤسسة الرسالة، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

١١٦. مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، لأبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.

١١٧. منتهى الإرادات في الجمع بين المقنع مع التنقيح وزيادات، لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي المعروف بابن النجار، مطبوع مع حاشية المنتهى لعثمان بن أحمد النجدي المشهور بابن قائد، تحقيق: د. عبد الله التركي، الناشر: دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ.

١١٨. مواهب الجليل شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالخطاب، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

١١٩. نظام الشركات في المملكة العربية السعودية، الناشر: هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، ١٤٤٣هـ.

١٢٠. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، الناشر: دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ.

١٢١. النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين أبي السعد المبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير، تحقيق: طاهر الزاوي ومحمود الطناحي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.

١٢٢. النوازل الوقفية، للدكتور ناصر بن عبد الله الميمان، الناشر: دار ابن الجوزي، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ.

١٢٣. النوازل في الأوقاف، للدكتور خالد المشيقح، الناشر: كرسي الشيخ راشد بن دايل لدراسات الأوقاف، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.

١٢٤. الهداية على مذهب الإمام أحمد، لأبي الخطاب محفوظ بن أحمد الكلوزاني الحنبلي، تحقيق: د. عبد اللطيف هميم ود. ماهر ياسين، الناشر: شركة غراس، الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

١٢٥. الهداية في شرح البداية، لأبي الحسن علي بن أبي بكر المرغياني، مطبوع مع شرحه فتح القدير، الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في المملكة العربية السعودية.

١٢٦. الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، للدكتور وهبة الزحيلي، الناشر: دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.

١٢٧. الوقف الإسلامي تطوره وإدارته وتنميته، للدكتور منذر قحف، الناشر: دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.

١٢٨. الوقف ومبادئ الإجراءات القضائية، للدكتور واصل بن داود المذن، الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في المملكة العربية السعودية، ١٤٢٧هـ.

١٢٩. الوقوف من الجامع لمسائل الإمام أحمد، لأبي بكر أحمد بن محمد الخلال، وهو قطعة من كتابه الجامع لمسائل الإمام أحمد، تحقيق: سيد كروي حسن، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٠٤م.





التكييف الفقهي والقانوني لشركة المساهمة

The Jurisprudential and Legal Characterization of
the Joint Stock Company

د. تركي بن محمد اليحيى

أستاذ مشارك - عضو هيئة التدريس بقسم السياسة الشرعية
في المعهد العالي للقضاء

بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض

By: Dr. Turki bin Mohammed Al-Yahya

Associate Professor - Faculty Member, Department of Sharia Policy
Higher Judicial Institute,
Imam Mohammad Ibn Saud Islamic University, Riyadh

المقدمة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وبعد:

فإن شركة المساهمة من الشركات التجارية المهمة ذات الانتشار الواسع في العالم لما تتمتع به من مزايا مهمة ودور بارز في المجال التجاري والاستثماري، وفي ظل التطوير الكبير الذي تشهده المملكة العربية السعودية في مجالات الأنظمة والاستثمار تبرز أهمية بحث المسائل المتعلقة بشركة المساهمة من الناحية الفقهية والنظامية-القانونية، وقد صدر في عام ١٤٤٣هـ نظام الشركات الجديد الذي يُعد نقلة كبيرة في تنظيم الشركات وتطوير بنيتها وأحكامها النظامية-القانونية، وقد روعي في هذا النظام أحدث الأنظمة التجارية العالمية وأفضل الممارسات القانونية في الشركات الحديثة، وحظيت شركة المساهمة بقدر كبير من الاهتمام على وجه الخصوص، حيث إن المواد النظامية الخاصة بها لوحدتها تقارب الثمانين مادة، مما يعكس أهميتها النظامية وكثرة الأحكام المتعلقة بها.

ومن الموضوعات ذات الأهمية عند الحديث عن شركة المساهمة وأحكامها الفقهية والنظامية موضوع (تكييف شركة المساهمة) وحقيقتها، وهل هي من جنس عقود الشركات؟ أم لها خصائص وأحكام تخرجها عن طبيعتها التعاقدية إلى تكييف آخر يتناسب معها ومع خصائصها وأحكامها؟ لاسيما وأن النظام الجديد قد تغير تعريفه

للشركات بشكل عام، وأفرد الشخصية الاعتبارية بأحكام خاصة في الباب الأول منه.

وقد عرف نظام الشركات الجديد الشركة بأنها «كيان قانوني يؤسس وفقاً لأحكام النظام بناء على عقد تأسيس أو نظام أساس يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل أو منهما معاً لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة، واستثناء من ذلك، يجوز -وفقاً لأحكام النظام- أن تؤسس الشركة بالإرادة المنفردة لشخص واحد، ويجوز تأسيس شركات غير ربحية وفقاً لما ورد في الباب (السابع) من النظام»^(١).

وهذا التعريف يختلف عن التعريف السابق للشركة الوارد في نظام الشركات الصادر عام ١٤٣٧هـ، والذي قرر أن الشركة «عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل أو منهما معاً لاقتسام ما ينشأ من هذا المشروع من ربح أو خسارة».

والفرق المهم بينهما هو في كون التعريف في النظام السابق يقتصر فقط على كون الشركة (عقداً) ولم يتطرق لأي احتمال أو خيار آخر،

(١) المادة الثانية من نظام الشركات السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١٤٤٣/١٢/١هـ.

وهذا مهم ومؤثر في تكييف الشركات التجارية، ومنها (شركة المساهمة) والتكييف الفقهي والنظامي - القانوني هو مدار هذا البحث.

وللأهمية الكبيرة لتكييف العقود والمعاملات وأثر هذا التكييف على الأحكام الشرعية والنظامية والقضائية، ولكون التكييف يؤثر بشكل كبير على الحقوق والالتزامات بين الأطراف، فقد جاء هذا البحث ليساهم في خدمة هذا الموضوع تحديداً، وليكون إضافة علمية متواضعة للمكتبة الشرعية والقانونية في المملكة العربية السعودية، وفيما يلي عناصر هذا البحث ومكوناته:

أولاً: مشكلة البحث:

تبرز الإشكالية الأهم للبحث في تكييف شركة المساهمة فقهيًا وقانونيًا، وبحث أثر خصائص ومزايا شركة المساهمة على تكييفها وحقيقتها، وتحديد التكييف الفقهي والنظامي للمساهم ومركزه القانوني، وأثر ذلك التكييف على الأحكام الفقهية والنظامية للشركة والمساهمين.

ثانيًا: تساؤلات البحث:

أبرز تساؤلات البحث هي ما يلي:

١. ما حقيقة شركة المساهمة؟ وما أثر تعريف النظام الجديد للشركات عليها؟

٢. ما أبرز خصائص شركة المساهمة ومزاياها التي قد تؤثر على التكييف الفقهي والنظامي؟ وهل هي مزايا تختص بها شركة المساهمة عن غيرها؟ وهل لها أثر على تكييفها؟

٣. ما الاتجاهات الفقهية والقانونية في تكييف شركة المساهمة وتحديد المركز القانوني للمساهم؟ وما الاتجاه الراجح منها؟

٤. ما التكييف الفقهي والقانوني الأقرب لأحكام شركة المساهمة في النظام السعودي؟

ثالثاً: أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث فيما يلي:

١. أن التكييف الفقهي والنظامي هو الأساس الذي يبنى عليه الكثير من الأحكام الشرعية والنظامية.

٢. أن التكييف الفقهي والنظامي هو الأساس الذي ينظم العلاقة بين المساهمين، وفيما بينهم وبين الشركة، والأساس الذي تبنى عليه الحقوق والالتزامات.

٣. أن التكييف الفقهي والنظامي محل نقاش وجدل علمي، وقد زادت الحاجة لبحثه بعد صدور نظام الشركات الجديد وما طرأ عليه من تعديلات على تعريف الشركة في النظام السابق، وظهور شركة الشخص الواحد بشكل أكثر تنظيماً.

٤. أن شركة المساهمة بتنوع صورها وحالاتها وكثرة الأحكام النظامية المتعلقة بها قد تثير اللبس في مدى قربها وبعدها من عقود الشركات التجارية والمدنية، وأثر تلك الخصائص على حقيقتها وتكييفها الفقهي والنظامي.

رابعاً: أهداف البحث:

أرجو من خلال هذا البحث تحقيق عدد من الأهداف، والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

(١) إثراء المجال القانوني والنظامي والقضائي ببحث أحد الموضوعات المهمة والتي لها ارتباط بالواقع العملي والتطبيق القضائي.

(٢) مناقشة ما يتم طرحه في الوسط العلمي من خصائص شركة المساهمة وأثرها على التكييف، والتحقق من طبيعة تلك الخصائص فقهيًا ونظاميًا، ومناقشة حقيقتها وأثرها.

(٣) إثراء موضوع البحث وإضافة ما يسد من الثغرات التي ظهرت لي عند الاطلاع على البحوث القيمة التي تناولت الموضوع، بحيث أحاول من خلال هذا البحث تغطية الجوانب التي لم يتطرق لها الكثير من الباحثين.

(٤) مناقشة ما ورد في نظام الشركات الجديد من ألفاظ وعبارات قد يتم فهمها بشكل غير دقيق فيما يظهر للباحث، وإبراز مراد المنظم من تلك العبارات والألفاظ المهمة بما يتوافق مع بقية المواد النظامية التي

تقرر أحكام شركة المساهمة وحقيقتها القانونية وطبيعة العلاقة بينها وبين المساهمين.

خامساً: الدراسات السابقة:

هناك عدد من البحوث والأوراق العلمية المقدمة في ندوات ومؤتمرات علمية أو منشورة في مجالات علمية محكمة تحدثت عن تكييف (أسهم شركات المساهمة)، وهي بحوث قيمة لها أهميتها العلمية بلا شك، ولكن بالاطلاع عليها قبل البحث وفي أثنائه تبين لي عدداً من الجوانب العلمية المهمة التي يمكن أن أضيفها إلى تلك الدراسات السابقة من خلال هذا البحث، وسأذكر هاهنا عدداً من تلك البحوث ثم أعقب على ذلك بما سيضيفه هذا البحث المتواضع من جوانب علمية عليها:

١. شركة المساهمة في النظام السعودي، للدكتور صالح بن زابن المرزوقي البقمي، وهي رسالة دكتوراه، طبعت سنة ١٤٠٦ هـ.
٢. التكييف الفقهي للسهم وأثره، للدكتور فهد بن عبد الرحمن اليحيى، الناشر: كنوز إشبيلية، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٧ م.
٣. بحوث في التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة وأوراق علمية مقدمة ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس لأصحاب الفضيلة: الأستاذ الدكتور يوسف الشبيلي، والأستاذ الدكتور صالح العلي،

والدكتور محمد القري، والدكتور حسين حامد، والدكتور نزيه حماد، والدكتور عبد الناصر أبو البصل.

ومع أهمية تلك الرسائل والبحوث وقيمتها العلمية إلا إنها لم تناقش الجوانب النظامية التي برزت من خلال أنظمة الشركات في المملكة العربية السعودية، بسبب المدة الزمنية التي مرت عليها والتي صدر في أثنائها نظام الشركات لعام ١٤٣٧هـ ونظام الشركات الجديد عام ١٤٤٣هـ، بالإضافة إلى ما ظهر في أثناء تلك المدة من البحوث والدراسات، كما أن البحوث المذكورة لم تناقش الإشكالات الفقهية والقانونية التي ظهرت بعد صدور النظام وتفصيله لأحكام الشخصية الاعتبارية وبقيّة الخصائص.

كما أنني سعيت في هذا البحث لإبراز ما لم تتناوله البحوث المذكورة من إشكالات تخص شركة المساهمة وخصائصها والجوانب التي تستند إليها بعض البحوث والآراء الفقهية والقانونية في تكييفها لشركة المساهمة وخصائصها وأثر تلك الخصائص على حقيقتها وتكييفها.

كما أن تركيز تلك البحوث وغيرها على بحث (الأسهم) وتكييفها بمعزلٍ عن تكييف شركة المساهمة والوقوف على حقيقتها النظامية والقانونية وأثر ذلك على تكييفها، وعدم مناقشة دور المساهمين في الشركة، وحقوقهم وصلاحياتهم والنصوص النظامية الخاصة بهم والمؤثرة في تكييف مركزهم القانوني والنظامي يجعل من الأهمية بمكان تغطية هذه الجوانب المهمة وبحثها ومناقشتها من خلال بحثٍ علمي

أكاديمي، يركز على الجوانب التي لم يسبق بحثها ومناقشتها، ويناقش الخصائص التي يكثر الحديث عنها عند التكييف ومدى تأثيرها أو اختصاص شركة المساهمة بها دون سائر الشركات.

سادسًا: منهج البحث:

سأتبع في كتابة هذا البحث المنهج المتبع في كتابة البحوث العلمية في مجال الأنظمة، والمتمثلة بما يلي:

١- أبدأ في كل مسألة بدراستها في النظام السعودي واللوائح التنفيذية ذات العلاقة، والتعاميم الوزارية الصادرة في الموضوع.

٢- عند عرض المسألة نظامًا، أتبع الآتي:

أ- البدء بدراسة الأنظمة في المملكة العربية السعودية واللوائح والقواعد ذات العلاقة.

ب- دراسة آراء شراح الأنظمة والقوانين حول المسألة.

ج- المقارنة بين الآراء، والترجيح بحسب ما يظهر للباحث.

٣- عند عرض المسألة في الفقه الإسلامي، أتبع الآتي:

أ- إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق، أذكر حكمها بدليله الشرعي مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتمدة.

ب- إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف، أتبع الآتي:

أولاً: أحرر محل النزاع إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.

ثانياً: أذكر الأقوال الفقهية بأدلتها، وأبين من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية المعتمدة، مع بيان الراجح بحسب ما يظهر للباحث.

ثالثاً: أقتصر على المذاهب الفقهية المعتمدة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ -، وأتجنب ذكر الأقوال الشاذة، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما فأسلك بها مسلك التخييع، وأوثق الأقوال من مصادرها الأصلية، بأن أعتمد على أمهات المصادر الأصلية النظامية والفقهية.

٤- التطبيقات القضائية: أورد ما تيسر لي الحصول عليه من التطبيقات القضائية عند تناولي للمسألة محل البحث، فأذكر رقم الحكم وتاريخه وجهة إصداره، ثم ألخصه أو أنقل موضع الاستشهاد منه، مع التعليق على الحكم من خلال تحليله.

٥- أعتني بضرب الأمثلة خاصة الواقعية.

٦- أعتني بدراسة ما جد من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث.

٧- أركز على موضوع البحث، وأتجنب الاستطراد.

٨- كتابة الآية القرآنية بالرسم العثماني، والإحالة عليها بذكر اسم السورة ورقم الآية.

٩- أخرج الحديث من مصادره الأصلية، مع إثبات الكتاب،
والباب، والجزء والصفحة، ورقم الحديث، وبيان ما ذكره المحدثون في
درجته إن لم يكن في الصحيحين أو أحدهما، فإذا كان فيهما، أو في أحدهما
فأكتفي حينئذ بتخرجه منهما أو من أحدهما.

١٠- أخرج الأثر من مصادره الأصلية، وأنقل ما ذكره المحدثون
في الحكم عليه.

١١- أوثق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة، وأحيل عليها بالمادة،
والجزء، والصفحة.

١٢- أعرف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو
من كتب المصطلحات المعتمدة قدر الإمكان.

١٣- عند الإحالة على المرجع في الحاشية فالتزم بذكر اسم المؤلف،
ثم اسم المرجع، ثم الجزء والصفحة، وأقوم باستيفاء باقي البيانات
المتعلقة بالمرجع عند ذكر اسم المرجع في فهرس المصادر والمراجع.

١٤- أعتني بقواعد اللغة العربية، والإملاء، وعلامات الترقيم،
ومنها علامات التنصيص للآيات الكريمة، والأحاديث الشريفة،
وللآثار، ولأقوال العلماء، وأميزها بالعلامات أو الأقواس، فيكون
لكل منها علامته الخاصة.

١٥- أترجم للأعلام غير المشهورين بإيجاز، وذلك بذكر اسم
العلم، ونسبه، وتاريخ وفاته، وأهم مؤلفاته، ومصادر ترجمته.

١٦- أختتم الرسالة بخاتمة متضمنة لأهم النتائج، وأعطي فكرة واضحة عما تضمنته الرسالة.

١٧- ثم أختتم بقائمة المصادر والمراجع.

سابعاً: خطة البحث:

يحتوي البحث على هذه المقدمة، ثم تمهيد وأربعة مباحث وخاتمة، على النحو التالي:

التمهيد:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الشركة في اللغة والفقه والنظام:

ويشتمل على ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الشركة في اللغة.

الفرع الثاني: تعريف الشركة في الفقه.

الفرع الثالث: تعريف الشركة في النظام.

المطلب الثاني: تعريف شركة المساهمة في النظام والقانون المقارن:

المبحث الأول: خصائص شركة المساهمة وحكمها وأثرها

على التكييف:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الشخصية الاعتبارية.

المطلب الثاني: المسؤولية المحدودة للمساهم.

المطلب الثالث: التأسيس والقيود المتعلقة بالإدارة والتصرف.

المبحث الثاني: تكييف شركة المساهمة بأنها عقد وآثاره.

المبحث الثالث: تكييف شركة المساهمة بأنها تنظيم وآثاره.

المبحث الرابع: المقارنة والترجيح بين التكييف العقدي والتنظيمي لشركة المساهمة.

الخاتمة:

وتشتمل على أبرز النتائج والتوصيات.

ثم فهرس المصادر والمراجع.

وختاماً.. أسأل الله التوفيق والإعانة والسداد، وصلى الله وسلم

وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

التمهيد

المطلب الأول: تعريف الشركة في اللغة والفقه والنظام:

الفرع الأول: تعريف الشركة في اللغة:

الشركات جمع «شركة» و«شركة»، وأصلها من الشَّرك، والفعل منها: شَرِك.

والشَّرك: النصيب، والشَّركة والشَّركة: مخالطة الشريكين، وشركته في الأمر أشركه شريكاً وشركةً: إذا صرت له شريكاً، وشركتُ بينهما في المال تشريكاً، وأشركته في الأمر والبيع: جعلته شريكاً.

ويُجمع الشريك على: أشراك وشركاء^(١).

والشين والراء والكاف أصلان، أحدهما يدل على مقارنة وخلاف انفرد، والآخر يدل على امتداد واستقامة، فالأول: الشركة، وهو أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما، ويقال: شاركت فلاناً في الشيء إذا صرت شريكه، وأشركت فلاناً إذا جعلته شريكاً لك^(٢).

والاستعمال الفقهي والنظامي لمصطلح الشركات مأخوذ من هذا المعنى اللغوي، وهو الاجتماع وعدم الانفراد.

(١) لسان العرب (١٠/٤٤٨)، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير (١/٣١١)، وتاج العروس (٢٧/٢٢٤)، ومختار الصحاح ص (٣٥٤).

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٣/٢٦٥).

الفرع الثاني: تعريف الشركة في الفقه:

عرفها الحنفية بأنها: «عقد بين المتشاركين في رأس المال والربح»^(١).
وعرفها بعضهم بأنها: «اختصاص اثنين فأكثر بمحل واحد»،
والمحل الواحد شامل لكل المحال فقد يكون عيناً أو ديناً أو عملاً أو
مالاً أو جاهاً، فهو يشمل شركة الإباحة والملك والعنان^(٢).
وعرفها المالكية بأنها: «إذن في التصرف لهما مع أنفسهما بأن يأذن
كل واحد من الشريكين لصاحبه في أن يتصرف في مال لهما مع إبقاء
حق التصرف لكل منهما»^(٣).
فنصّوا على اشتراط أن يكون الاشتراك في شيء له قيمة مالية بين
مالكين فأكثر، فلكل واحد أن يتصرف تصرف المالك، ويخرج من
ذلك شركة الوجوه، وكذلك الولاية بين اثنين على مملوك، فإن ذلك
لا يكون شركة لعدم الملك^(٤).
وعرفها الشافعية بأنها: «ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على
جهة الشيوع»^(٥).

(١) رد المحتار: (٣/٣٦٤).

(٢) انظر: الشركات في ضوء الإسلام لعبد العزيز خياط ص (٧-٨).

(٣) منح الجليل (٦/٢٤٨).

(٤) انظر: شركة المساهمة لعبد الوهاب السحيمي ص (٣).

(٥) شرح المذهب للمطيعي (١٣/٥٠٥)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/٣١٦)،
ويُنظر: تحفة الحبيب على شرح الخطيب (٣/١٢٤)، والسراج الوهاج (١/٢٤٤)،
وبداية المحتاج (٢/٢٣٩).

وهو يقارب تعريف الحنفية إلا أنهم اشترطوا الشيوع بناء على اشتراط الخلطة لديهم^(١)، ولذلك لم يروا صحة شركة الوجوه والأبدان^(٢)، وتعريف الشافعية لا يفترق كثيرًا عن تعريف الحنفية. وعرفها الحنابلة بأنها: «اجتماع في استحقاق أو تصرف»^(٣).

وتعريف الحنابلة هو أشملها لكونه يشمل جميع أنواع الشركات في الفقه؛ لأن قولهم: «اجتماع في استحقاق» يشمل جميع أنواع الملك، سواء كان التملك بالشراء أو بالإرث أو بالهبة أو الوصية، وهو الملكية المشتركة على وجه الشيوع دون تعاقد أو إذن في التصرف، وقولهم: «أو تصرف» يشمل المشاركة مع الإذن في التصرف فتشمل جميع أنواع شركة العقد، سواء كان محل التصرف هو الأموال أو الأبدان أو الأعمال أو الجاه والذمة أو التقبل، فهي كلها مبنية على الاجتماع في التصرف والإذن فيه.

الفرع الثالث: تعريف الشركة في النظام:

عرف نظام الشركات الجديد الشركة بأنها «كيان قانوني يؤسس وفقًا لأحكام النظام بناء على عقد تأسيس أو نظام أساس يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف

(١) انظر: الوسيط للغزالي (٣/ ٢٦١).

(٢) انظر: حاشية البجيرمي على التحفة (٣/ ١٠٧).

(٣) المغني: (١/ ٥)، والشرح الكبير (٥/ ١٠٩)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٠٧)، والممتع في شرح المقنع (٢/ ٦٩٥).

الربح بتقديم حصة من مال أو عمل أو منهما معاً لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة، واستثناء من ذلك، يجوز -وفقاً لأحكام النظام- أن تؤسس الشركة بالإرادة المنفردة لشخص واحد، ويجوز تأسيس شركات غير ربحية وفقاً لما ورد في الباب (السابع) من النظام^(١).

وهذا التعريف يختلف عن التعريف السابق للشركة الوارد في نظام الشركات الصادر عام ١٤٣٧ هـ، والذي قرر أن الشركة «عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل أو منهما معاً لاقتسام ما ينشأ من هذا المشروع من ربح أو خسارة».

والفرق المهم بينهما هو في كون التعريف في النظام السابق يقتصر فقط على كون الشركة (عقد) ولم يتطرق لأي احتمال أو خيار آخر، وهذا مهم ومؤثر في تكييف الشركات التجارية، ومنها (شركة المساهمة) والتكييف الفقهي والنظامي - القانوني هو مدار هذا البحث.

وأما تعريف الشركة في نظام الشركات الجديد فقد قرر بأن الشركة «كيان قانوني يؤسس وفقاً لأحكام النظام بناءً على عقد تأسيس أو نظام أساس يلتزم بمقتضاه شخصان... إلخ».

(١) المادة الثانية من نظام الشركات السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١٤٤٣/١٢/١ هـ.

وقد يُشكل هذا التغير في التعريف وأثره على حقيقة الشركة وتكييفها، وهل هذا انتقالٌ من النظرة العقدية السابقة التي كان النظام يقررها صراحةً للشركات التجارية؟ وأن حقيقتها تقوم على كونها (عقدًا) من العقود؟ على اختلاف أنواعها وأشكالها النظامية، أو أن حقيقة الشركة وتكييفها لم يتغير وأنّ هذا التغير في التعريف له أساس نظامي مهم ولا يغيّر من حقيقة الشركة وتكييفها؟.

ولعل في ثنايا البحث ما يجيب على هذا التساؤل بشكل أكثر وضوحًا وتفصيلًا، مع بيان أثر كل تكييفٍ ولوازمه إن شاء الله، ولكن من المهم هنا أن أستعرض سبب هذا التغير ومعناه بما يتناسب مع سياق التمهيد والهدف منه وهو شرح التعريف بإيجاز.

وأما شرح التعريف على وجه الاختصار والإيجاز فهو كما يأتي:

«كيان قانوني يؤسس وفقًا لأحكام النظام»: تُظهر هذه الجملة من التعريف أثر تأسيس الشركة، وهو وجود (كيان قانوني) مستقل عن الشركاء والمساهمين، بحيث يكتسب هذا الكيان الشخصية الاعتبارية الخاصة به، وما يترتب على ذلك من وجود الذمة المالية المستقلة، والعقود والحقوق والالتزامات الخاصة بها، ووجود من يمثلها ويتصرف باسمها، وسائر آثار الشخصية الاعتبارية التي تنشأ للشركة بسبب كونها (كيانًا قانونيًا)، فهذه العبارة لا تغيّر من حقيقة الشركة شيئًا، وإنما تُظهر الشخصية الاعتبارية للشركة وأن الشركة ليست هي (العقد) نفسه، وإنما هي (الكيان القانوني) الذي ينشأ بسبب العقد.

«بناءً على عقد تأسيسٍ أو نظامٍ أساس»: هذه الجملة توضح حقيقة الشركة بشكل صريح، وأن الكيان القانوني ينشأ بموجب (عقد تأسيس) أو (نظام أساس)، وذلك أن النظام الجديد قد وسّع في طرق تأسيس الشركات لتشمل تأسيس الشركة من طرفٍ واحد فقط بدون وجود طرف آخر يشاركه ويتعاقد معه، وذلك لأسباب سيأتي ذكرها باختصار.

فالشركة التي تنشأ بين طرفين فأكثر تنشأ بموجب (عقد تأسيس)، وأما (شركة الشخص الواحد) التي تنشأ بإرادة منفردة لطرفٍ واحد فهي كيان قانوني ينشأ بموجب (نظام أساس) وليس ثمة عقد لعدم وجود طرفٍ آخر يتعاقد معه، ولذا لم تظهر هذه العبارة إلا عندما تبنى النظام (شركة الشخص الواحد) التي تنشأ بدون عقد، ولكن لا بد لها من أساس يبيّن شكلها ونوعها ورأس مالها وغرضها ومن يمثلها وسائر التفاصيل المهمة لمن يعمل في هذه الشركة أو يتعامل معها، وهذه تكون في النظام الأساس عند عدم وجود عقد تأسيس ينظمها ويفصّل أحكامها.

وبالتالي فإن المبرر لإضافة (أو نظام أساس) هو وجود شركات تنشأ بدون عقد، وإنما بنظام أساس فقط، وهي شركات لا يوجد فيها أشخاص أو أطراف يتعاقدون، وإنما شخص واحد أو طرف واحد يقرر تأسيس الشركة، ويكون نظامها الأساس بديلاً عن عقد التأسيس

الذي يستلزمه وجود أطراف أو أشخاص لابد من وجود عقد ينظم العلاقة بينهم.

«يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر»: هذا قيد تقتضيه طبيعة الشركة لكون الشركة تقتضي في الأصل وجود (شركاء)، وهذا أحد الأركان الموضوعية الخاصة للشركة في القانون، وهو (تعدد الشركاء)، ولكن النظام مع تقريره لهذا الركن فإنه قد قرر الاستثناء منه في نظام الشركات الجديد، حيث قرر في نفس المادة ما يلي: «واستثناءً من ذلك، يجوز -وفقاً لأحكام النظام- أن تؤسس الشركة بالإرادة المنفردة لشخص واحد»، فالأصل أن الشركة (عقدٌ) يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر... إلخ، واستثناءً من ذلك يجوز أن تؤسس الشركة بناءً على (نظام أساس) بإرادة منفردة لشخص واحد، بدون عقد مع طرفٍ آخر.

«بأن يساهم كل منهم في مشروع»: هذا يبيّن الركن الثاني من الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة في القانون، وهو (نية المشاركة)، بأن تتجه نية الشركاء إلى المساهمة والتعاون في مشروع استثماري، فلاشتراك بينهم ليس مجرد تملك المال على وجه الشيوخ، وإنما تم بنية المشاركة بينهما والمساهمة في الاستثمار والمتاجرة في مشروع، ويشترط القانونيون عددًا من الشروط في هذا المشروع الذي يسمّى عندهم (المحل).

«يستهدف الربح» و«لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة»: هذا يبين الغرض الذي من أجله أنشئت الشركة، وهو تحقيق

الربح، وهذا هو الركن الثالث من الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة في القانون، ولكن -كما هو الحال في ركن تعدد الشركاء- قرر النظام الجديد الاستثناء من هذا القيد والركن (استهداف الربح) ويجوز تأسيس شركات غير ربحية وفقاً لما ورد في الباب (السابع) من النظام.

«بتقديم حصة من مال أو عمل أو منهما معاً»: هذا هو الركن الرابع من الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة في القانون، وهو (تقديم الحصص)، والذي يُعد شرطاً مهماً وجوهرياً في تأسيس الشركة التجارية؛ لأنها بجميع أنواعها لابد فيها من (مال)، ولا يسمح النظام بتأسيس الشركة التجارية بالأعمال فقط بدون رأس مال، مع كونه يسمح بأن تكون حصة بعض الشركاء عملاً فقط، ولكن مع وجود أموال من شريك أو أكثر بحيث يكون هناك رأس مال للشركة، سواءً كانت هذه الحصة أو رأس المال مكوناً من الأموال النقدية أو العينية.

المطلب الثاني: تعريف شركة المساهمة في النظام والقانون المقارن:

عرّف النظام السعودي شركة المساهمة بأنها «شركة يؤسسها شخص واحد أو أكثر، من ذوي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية، ويكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم قابلة للتداول، وتكون الشركة وحدها، مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة عليها أو الناشئة عن نشاطها، وتقتصر مسؤولية المساهم على أداء قيمة الأسهم التي اكتتب فيها».

وعرفها بعض علماء القانون بأنها: «الشركة التي يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة»^(١).

وأضاف بعضهم قيد: «ولا يكون كل شريك فيها مسؤولاً إلا بمقدار رأس المال»^(٢).

وعرفها بعضهم بأنها: «شركة تنشأ من خلال العقد أو من خلال القرار الفردي حيث يتم تقسيم رأس المال إلى أسهم قابلة للتداول تتمتع بحقوق وامتيازات مختلفة عن بعضها البعض وتكون مسؤولية المساهم فيها محدودة بمقدار مساهمته في رأس المال»^(٣).

وعرفها بعضهم بأنها: «شركة تتألف من شخصين أو أكثر تكون مسؤولية كل الشركاء فيها محدودة بمقدار أسهمهم في رأس مال الشركة المكون من أسهم قابلة للتداول ويسمح القانون في حالات استثنائية أن تؤسس من شخص واحد، أو أن تؤول ملكيتها إلى شخص واحد»^(٤).

ومن خلال التعريف النظامي وتعريفات الشراح يمكن ملاحظة أن التركيز في التعريف على خصائص شركة المساهمة، وأن حقيقة الشركة

(١) أساسيات القانون التجاري (ص ٤٢٨)، الوجيز في النظام التجاري السعودي (ص ٢٠٠).

(٢) الوجيز في القانون التجاري (١/ ٢٥٩).

(٣) خصوصية الشركة المساهمة الخاصة ص ٧.

(٤) شرح القانون التجاري - الشركات التجارية ص (٣٠٧) دار الثقافة للنشر، الطبعة الثالثة، ٢٠١٢م، تأليف: الدكتور باسم محمد ملحم والدكتور بسام حمد الطراونة، وأحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة (١/ ١٨٨).

وتكييفها ظهر بشكل بارز في عدد من التعريفات القانونية، حيث تنص على وصف المساهم بأنه شريك، وأن الشركة عقدٌ، ونحو ذلك.

أما النظام السعودي في تعريفه لشركة المساهمة فلم يبرز حقيقة الشركة وتكييفها لكونه قد سبق وأن عرّف الشركة وأركانها في تعريفه للشركة، وذلك في المادة الثانية من النظام، وأما ما يقرره في بداية الحديث عن كل شركة من الشركات النظامية فينصبّ على خصائص كل شركة وما يميزها عن غيرها من الشركات، وقد ظهر ذلك بتركيز النظام على كون الشركة (شركة أموال) وإن كان يتم تأسيسها من شخصٍ أو أشخاص، حيث «يكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم قابلة للتداول»، وهذه الخاصية تظهر أهمية الجانب المالي في شركة المساهمة، وأنه أهم من الجانب الشخصي أو الاعتبار الشخصي في الشركة، وهذا ما يميزها عن بقية الشركات التي يكون للجانب الشخصي وشخصية الشريك أهمية كبيرة فيها، في حين أن شركة المساهمة ينقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول، مما يجعل الأهمية للسهم نفسه وقيّمته المالية وما يمثله في الشركة، ويجعل الحقوق والصلاحيات تتعلق بحامل هذا السهم أيّاً كان، وليس لشخصيته أهمية كبيرة غالباً، بل قد تتلاشى أهميته بشكل كبير في شركات المساهمة العامة أو المدرجة، ما عدا المساهم الذي يملك نسبةً مؤثرة في قرارات الشركة، لما تمثله الأسهم التي يملكها من أثر على الشركة وقراراتها وحجم التصويت الذي يملكه وغير ذلك.

ثم بعد ذلك قرر النظام خاصية (المسؤولية المحدودة للمساهم) وأن الشركة هي المسؤولة عن الديون والالتزامات بالكامل، ولأهمية خصائص شركة المساهمة وأثرها على التكييف الفقهي والقانوني على شركة المساهمة؛ فسوف يستعرض البحث في المبحث الأول منه خصائص شركة المساهمة، وأثرها على التكييف.



المبحث الأول

خصائص شركة المساهمة وحكمها وأثرها على التكليف

المطلب الأول: الشخصية الاعتبارية:

تتمتع الشركات الحديثة بشخصية اعتبارية مستقلة عن المساهمين، ويقصد بالشركة ذات الشخصية الاعتبارية أو المعنوية: «الجهة التي تُمنَح شخصية قانونية تجعل لها صلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات تحقيقاً لمصلحة مشروعة»^(١).

فالشركة تُعدُّ شخصاً معنوياً مستقلاً عن الشركاء، له ذمته المالية الخاصة به والمستقلة عن المؤسسين والشركاء والمساهمين، وبذلك تكون الشركة كياناً قانونياً مستقلاً عن ملاكها وشخصياتهم وذممهم^(٢).

فالأهلية - بأنواعها - تثبت على وجه الحقيقة للإنسان بحسب درجاتها، أما اكتسابها لغيره فلا تزال التكييفات القانونية متفاوتة ومتباينة فيها، ولكن المهم من الناحية العملية أنها تكتسب الصلاحية لأن تكون محلاً للحقوق والالتزامات إجمالاً.

والشخصية الاعتبارية لغير الإنسان ثابتة إجمالاً في الشريعة الإسلامية، ولدى الفقهاء المتقدمين، ومن شواهدنا: ثبوت الذمة المالية المستقلة للدولة، ولبيت المال، والمسجد، والوقف، ونحو ذلك.

(١) الشخصية الحكيمة وتطبيقاتها ص (٦).

(٢) الشركة القابضة وأحكامها في الفقه الإسلامي لعبد الله الصيفي ص ٧٧.

قال الماوردي رَحِمَهُ اللهُ فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ: «لَوْ لِيَ الْأَمْرُ إِذَا خَافَ الْفُسَادَ أَنْ يَقْتَرِضَ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ وَكَانَ مِنْ حَدَثٍ مِنَ الْوَلَاةِ بَعْدَهُ مَا خُوذَا بِقَضَائِهِ»^(١)، فَبَيْتُ الْمَالِ شَخْصِيَّةٌ مُسْتَقْلَةٌ عَنْ شَخْصِيَّةِ وَلِيِّ الْأَمْرِ وَذِمَّتُهُ الْمَالِيَّةُ، وَلَبَيْتُ الْمَالِ أَنْ يَقْتَرِضَ، وَيَكُونُ الدِّينُ فِي ذِمَّةِ بَيْتِ الْمَالِ وَلَيْسَ وَلِيُّ الْأَمْرِ أَوْ الْخَازِنُ أَوْ غَيْرُهُمَا مَنْ يَقُومُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ.

وَذَلِكَ أَنَّ الدِّينَ مَنَاطٌ تَعْلُقُهُ هُوَ الذِّمَّةُ، فَلَمَّا لَمْ يَتَقَيَّدْ بِذِمَّةِ الْوَالِي، وَإِنَّمَا تَعْلُقُ بِبَيْتِ الْمَالِ، تَبَيَّنَ أَنَّ بَيْتَ الْمَالِ لَهُ ذِمَّةٌ مُسْتَقْلَةٌ عَنِ الْوَالِي^(٢).

وَقَدْ نَصَّ الْفُقَهَاءُ عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ لِلنَّازِرِ أَنْ يَسْتَدِينَ عَلَى الْوَقْفِ لِإِصْلَاحِهِ وَمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ، وَأَنَّ ذِمَّةَ الْوَقْفِ مُنْفَكَةٌ عَنْ ذِمَّةِ الْوَاقِفِ وَالنَّازِرِ لَهُ^(٣).

وَقَدْ قَرَّرَ الْفُقَهَاءُ أَحْكَامًا تَعْلُقُ بِالْمَسْجِدِ تَدُلُّ عَلَى وَجُودِ الشَّخْصِيَّةِ الْإِعْتِبَارِيَّةِ الْمُسْتَقْلَةِ لَهُ، فَجَعَلُوهُ أَهْلًا لِلْمَلِكِ، وَأَنَّهُ يَجُوزُ لِنَازِرِهِ أَنْ يَأْخُذَ لَهُ بِالْشَّفْعَةِ، وَلِذَلِكَ يَقُولُ الشَّرِيبِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: «وَلَوْ كَانَ لِلْمَسْجِدِ شَقْصٌ مِنْ دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ، ثُمَّ بَاعَ الشَّرِيكَ نَصِيبَهُ كَانَ لِلْقَيْمِ أَنْ يَأْخُذَ لَهُ بِالْشَّفْعَةِ إِنْ رَأَى لَهُ فِيهِ مَصْلَحَةٌ»^(٤).

(١) ص: (٢٦٨).

(٢) انظر: قواعد الفقه، لمحمد عَمِيم الإحسان، ص (٢٩٦).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين (٤ / ٤٠٥)، البحر الرائق (٥ / ٢٢٩).

(٤) مغني المحتاج (٢ / ٢٩٨).

فهذه الأمثلة تثبت أن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ قد قرروا لها إمكانية الاقتراض والتملك وسائر العقود، وما يبذله المتبرع أو يسلمه البائع لهذه الجهات يخرج من ملكه ويدخل في ملكها ولا علاقة له بذمة من يقوم عليها، كولي الأمر وإمام المسجد وناظر الوقف ونحوهم، ولها ذمة مالية مستقلة عن هؤلاء^(١).

وقد قرر نظام الشركات السعودي الجديد الشخصية الاعتبارية للشركة في أكثر من موضع، فقرر لعموم الشركات وجود هذه الخاصية وليس لشركة المساهمة فقط.

ففي تعريف الشركة في المادة الثانية قرر أنها (كيان قانوني) فجميع الشركات تُعد (كياناً قانونياً) وليست هذه خاصية لنوع واحد من الشركات كما قد يظن البعض بأنها من خصائص شركة المساهمة فقط، بل جميع الشركات تُعد كياناً قانونياً مستقلاً، والمادة الثانية تتكلم عن تعريف جميع الشركات وليس شركة المساهمة فقط.

(١) انظر: حول الشخصية المعنوية ومشروعيتها: نظرية الشخصية الاعتبارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي للدكتور أحمد محمود الخولي، والمدخل لنظرية الالتزام العامة للشيخ مصطفى الزرقا ص (٢٦٩)، والشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور عبد العزيز الحياط (١/٢٠٨)، وبحث: «الشخصية الاعتبارية» خالد الجريد منشور في مجلة العدل العدد (٢٩) السنة الثامنة محرم-١٤٢٧هـ ص (٦٢-١٠٠)، وفقه المعاملات المالية للدكتور رفيق يونس المصري ص (٢٧١).

ثم في المادة التاسعة من النظام قرر اكتساب الشخصية الاعتبارية لجميع الشركات بشكل عام، وقرر في الفقرة (١) أنه «تكتسب الشركة الشخصية الاعتبارية بعد قيدها لدى السجل التجاري، ومع ذلك تكون للشركة خلال مدة التأسيس شخصية اعتبارية بالقدر اللازم لتأسيسها، بشرط إتمام عملية التأسيس».

ثم في الفقرة الثانية قرر النظام أنه «يترتب على قيد الشركة لدى السجل التجاري، انتقال جميع العقود والأعمال التي أجراها المؤسسون لحسابها إلى ذمتها وتحمل الشركة جميع المصروفات التي أنفقوها في سبيل تأسيس الشركة».

فالشخصية الاعتبارية ضرورية ومهمة لجميع أنواع الشركات، وليس لشركة المساهمة فقط، ولذلك فإن أي أثر لهذه الخاصية في التكييف الفقهي أو القانوني سيكون مؤثراً على تكييف جميع الشركات وليس شركة المساهمة فقط.

وقد اختلف الفقهاء والباحثون في أثر الشخصية الاعتبارية ووجودها القانوني على ملاك شركة المساهمة وطبيعة ملكيتهم للشركة، على أقوال:

القول الأول: أن ملكية المساهم تمثل حصة شائعة في الشركة وموجوداتها، وأن العلاقة بين المساهمين تكيف على أنها شركة

عنان^(١)، فالسهم يمثل حصة مشاعة في الشركة، وما يمثله السهم من الشركة يشمل كل ما فيها من أموالٍ وديونٍ وأعيانٍ وحقوقٍ وامتيازاتٍ وغيرها، وهذا هو قول كثير من المجامع الفقهية^(٢) وقول جماهير المعاصرين^(٣).

واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: أن قيمة السهم الحقيقية مبنية على قيمة موجودات الشركة، وتقييمها عند الشراء والبيع يعتمد في الأصل على واقع الشركة المالي وما تشتمل عليه من موجودات وأصول وديون وعقود وعلامات تجارية وغير ذلك، وهذه هي التي تمثل مالاً حقيقياً في عرف الشارع، وتتوافر فيها شروط محل التملك.

(١) انظر: الشركة المساهمة في النظام السعودي ص (٢٣٠)، والشركات للخياط (٢/٢١٥).

(٢) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٦٣) (١/٧) في دورته السابعة بشأن الأسواق المالية، والمعايير الشرعية، المعيار (٢١)، ص (٣٥٥).

(٣) انظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي لابن منيع ص (٢٢١)، والتطبيقات المعاصرة للتعاملات الواردة على الأسهم للأستاذ الدكتور صالح اللحيدان، ضمن أبحاث الندوة العاشرة المتعلقة بأحكام نوازل المعاملات المالية، ص (٢١٣)، زكاة الأسهم في الشركات للشيخ الصديق الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، (٥٣٦/٤)، بحث بعنوان: «التكييف الفقهي للسهم وأثره» للدكتور فهد بن عبد الرحمن اليحيى.

وهي بذلك من جنس الشركات التي تكلم عنها الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ؛
لاشتراك المساهمين بأموالهم في تأسيس الشركة واشتراكهم في ربحها
وخسارتها، فيشتركون في ملكيتها وملكية جميع أصولها وموجوداتها.

وهي من جنس الشركات الفقهية؛ لكونها داخلية ضمن تعريف
الشركة «اجتماع في استحقاق أو تصرف»، ولا يشكل على هذا عدم
ذكر الفقهاء لها، لأن الصور التي ذكرها الفقهاء للشركات ذكرت على
سبيل التمثيل لا الحصر، ويبقى تعريف الشركة شاملاً لكل ما استحدث
من صور^(١).

وقد ناقش من يرى عدم ملكية المساهمين للموجودات هذا
الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: بأن السهم لو كان يمثل موجودات الشركة حقيقةً
لكانت قيمته السوقية مرتبطة بقيمة تلك الموجودات في حالتها الارتفاع
والهبوط، ولما تغيرت قيمته السوقية إلا بحسب تغير قيم الموجودات،
لا سيما وأن المساهمين لا ينظرون إلى الموجودات، وإنما ينظرون
لقيمة السهم^(٢).

-
- (١) انظر: زكاة الأسهم للأستاذ الدكتور يوسف الشبلي ص(٤)، والتطبيقات
المعاصرة للتعاملات الواردة على الأسهم، أبحاث الندوة العاشرة المتعلقة
بأحكام نوازل المعاملات المالية للأستاذ الدكتور صالح اللحيدان ص(٢٠٩).
(٢) انظر: أحكام الاكتتاب في الشركات المساهمة للسيف ص(١١٦)، والتكييف
الفقهي لأسهم الشركات المساهمة ص(٢٠٤).

الوجه الثاني: أن قياس الشركة المساهمة على شركة العنان قياس مع الفارق من وجهين:

الأول: أن شركة العنان قائمة على الاعتبار الشخصي، فهي مبنية على اعتبار شخصية الشريك، والثقة المتبادلة بين الشركاء، بينما تقوم الشركة المساهمة على الاعتبار المالي، حتى إن خروج المساهم ودخول غيره لا يؤثر في استمرارها من عدمه.

الثاني: أن ملكية السهم منفصلة عن ملكية الموجودات، ولهذا لا يحق لحملة الأسهم المطالبة بالموجودات، ولا يحق لهم التصرف فيها، أو تصفية نصيبهم بأخذ ما يقابل النصيب من الموجودات، بخلاف شركة العنان، مما يؤكد وجود فارق بينهما، وأن شركة العنان لا يصح قياس شركة المساهمة عليها^(١).

ويجاء عن هذا من أوجه:

الوجه الأول: أن قيمة السهم كما أنها ترتبط بالموجودات، فذلك لها ارتباط في غير الموجودات، كارتباطها بالتراخيص والامتيازات والتصاريح، وكذلك السمعة التي تمتلكها الشركة، والتوقعات المستقبلية لأنشطتها ومنافسيها، وغير ذلك من الاعتبارات التي لا تقتضي أن يكون وجود الشخصية الاعتبارية للشركة مانعاً من ملكية

(١) انظر: سوق الأوراق المالية خورشيد ص (١٧٤)، التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس لد. نزيه حماد، ص (٢٠٤).

المساهم لموجودات الشركات، وكل ما يتبعها من أصول أو ديون أو غير ذلك، فالشخصية الاعتبارية هي التي تمثل الشركة وكل ما يخصها من حقوق والتزامات، ومن يملكها يملك ما تحتها وما تشتمل عليه، وهذا له أثر على قيمة السهم قد تجعله أعلى من قيمة الموجودات.

وكذلك حصة المساهم في الشركة تتميز بسهولة بيعها وتسييلها، فيكون للدخول في الشركة زيادة في الطلب ورغبة من المستثمرين، بخلاف حصة الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فإنها تخضع للتقييم وموافقة الشركاء وتوثيق انتقال الحصص وتغيير سجل الشركة بطريقة أكثر تعقيداً وأطول زمناً من انتقال الأسهم وتداولها، وهذا ما يزيد من قيمة السهم عادةً لسهولة تداوله والتخارج منه غالباً.

فاختلاف قيمة السهم عن قيمة الشركة الحقيقية لا يقتضي عدم الملكية لها، وإنما يدل على حالة العرض والطلب وسهولة التداول والانتقال، ولذا تجد أن الأسهم في شركات المساهمة المقفلة لا تختلف قيمتها كثيراً كما هو الحال في أسهم الشركات المدرجة.

ومما يؤكد الارتباط الوثيق بين الأسهم ورأس مال شركة المساهمة وموجوداتها أن الشركة تظلّ تلجأ إلى زيادة الأسهم كلما أرادت أن تزيد رأس مالها، سواءً بزيادة رأس المال من خلال اكتتاب جديد، أو من خلال منح أسهم مجانية بتحويل جزء من أرباحها واحتياطياتها المالية إلى أسهم، وكذلك العكس عندما ترغب الشركة في خفض رأس مالها

تلجأ إلى تقليل عدد تلك الأسهم؛ لما تمثله تلك الأسهم في الشركة، وذلك من خلال طرق معينة حددها نظام الشركات.

فلو كان وجود (الشخصية الاعتبارية) منفكاً أو مقتضياً لقطع الصلة بين الأسهم وموجودات الشركة لما حصل هذا التلازم، فالعلاقة ما بين أسهم الشركة ورأس مالها علاقة مطردة، وجوداً وعدماً، وزيادةً ونقصاً؛ إذ إنها هي رأس المال مجزئاً إلى أجزاء سُميت «أسهمًا» وصار من السهل تداولها وانتقالها بين الراغبين بها، وهذا لا يخرجها عن حقيقتها، ولا يجعلها مرتبطةً بالشخصية الاعتبارية فقط دون رأس مال الشركة وأصولها وموجوداتها.

ثم إن (الشخصية الاعتبارية) ثابتة لجميع أنواع الشركات كما تقدم، وقد أكد النظام ذلك وقرر أحكام الشخصية الاعتبارية في الباب الأول، وهو الذي يتناول (الأحكام العامة) للشركات، ولا تختص بها شركة المساهمة دون غيرها، فهل وجود الشخصية الاعتبارية سيغير من حقيقة ملكية الشركاء في سائر الشركات كذلك؟! وهذا اللازم لا يقول به أحد.

وكذلك الحال في المجال المالي والمحاسبي، فإن جميع الإجراءات المحاسبية تقوم على أساس أن السهم يمثل جزءاً مشاعاً من الشركة، وأن المساهم شريكٌ فيها، وأن أموال الشركة وموجوداتها مخصوماً منها

ديونها تُعدُّ حقوقاً للمساهمين، وتسمَّى بهذا الاسم بالتحديد -أي: حقوق المساهمين^(١).

أما الجواب على الإشكال الثاني وهو «أن ملكية السهم منفصلة عن ملكية الموجودات، ولهذا لا يحق لحملة الأسهم المطالبة بالموجودات، ولا يحق لهم التصرف فيها، أو تصفية نصيبهم بأخذ ما يقابل النصيب من الموجودات» فيجيب عنه بأن ملكية مالٍ معين لا يلزم منه حرية التصرف فيه بكل أنواع التصرف، ولا يمنع من وجود قيود على تصرفات المالك لوجود حالات أو أوصاف تقتضي ذلك، ومن أمثلة ذلك منع الراهن من التصرف في الرهن مع ملكه له، كما أن بعض العقود قد تجعل حق التصرف لغير المالك كما في المضاربة، ولا يستطيع رب المال التصرف في المال.

ثم إن (المنع من التصرف في الموجودات) لا يعدو أن يكون شرطاً يقيّد الملكية، وهو اشتراطٌ تقتضيه طبيعة الشركة ومصلحة الشركاء والمساهمين، وقد وافق عليه ورضي به المساهم حين شرائه للسهم،

(١) انظر مثلاً حديثهم عن القيمة الدفترية للسهم: المحاسبة في شركات الأموال من الناحيتين العلمية والعملية للدكتور محمود أحمد إبراهيم ص (٤٩-٥٠)، والإدارة التمويلية في الشركات للدكتور محمد أيمن عزت الميداني ص (٧٠٧-٧٠٨)، وأساسيات الاستثمار العيني والمالي للدكتور ناظم محمد نوري الشمري والدكتور طاهر فاضل البياتي وأحمد زكريا صيام ص (٢١٢-٢١٣).

وهذا التقييد للملكية معهود في عرف الشارع^(١)، ولا يقتضي تغيير حكم الشركة أو تكييفها.

وكذلك فإن المنع من التصرف واقتصار حق التصرف في أموال الشركة على الشخصية الاعتبارية ومن يمثلها لا يخص شركة المساهمة فقط، بل إن جميع الشركات كذلك، فلا يحق للشركاء في شركات التضامن أو المسؤولية المحدودة أن يتصرفوا بأموال الشركة وموجوداتها، ويقتصر حق التصرف على من يمثل الشخصية الاعتبارية للشركة، ولم يقتض ذلك فصل العلاقة بين الشركاء وأموال الشركة، وإنما قيّد التصرف بقيود تقتضيها طبيعة الشركات ومصلحة الشركاء والمساهمين فيها.

الوجه الثالث: أن قياس الشركة المساهمة -مع وجود الشخصية الاعتبارية المستقلة لها- على شركة العنان، ليس المراد به القياس مع نفي الفارق بينهما، بل يكفي فيه اجتماعهما في معنى الاشتراك، وليس المراد أنها تماثل شركة العنان وتأخذ أحكامها من كل وجه، وإنما المراد أنها من جنس الشركات التي تجتمع فيها الأموال بموجب العقد والأصل في الشركات أن من يمتلك جزءاً منها يعد شريكاً فيها^(٢).

(١) انظر: التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة للدكتور حسين حامد، بحث مقدم في مؤتمر شورى الفقهي السادس ص (١٤٦).

(٢) انظر: الأسهم والسندات لد. حسن العرياني ص (١٤).

الدليل الثاني: أن هذا القول يمثل حقيقة السهم، لأن المساهم يأخذ وثيقة السهم لتكون دليلاً له على ملكه مقداراً محدداً من موجودات الشركة والمشاركة فيها^(١)، فملكية السهم ليس للشخصية الاعتبارية بلا موجودات ولا أموال، بل يملك جزءاً مشاعاً من أموال ونشاط الشركة، ولذا من يملك أسهم شركة عقارية يعلم أنه يملك في العقار وليس في الصناعة، ومن يملك أسهماً في شركة سائبك يعلم أنه يملك في مصانعها وشركاتها التابعة ومنتجاتها البتروكيمياوية وليس في مزارع ومنتجات غذائية، ومن يشتري أسهماً في مصرف الإنماء فهو يملك في النشاط المصرفي والتمويل وليس في الاسمنت، وهكذا فإن شراء هذه الأسهم لا يقتصر على شخصية اعتبارية دون اعتبار أو ملكية لما تمثله وتشتمل عليه.

نوقش: بعدم التسليم، وذلك لأن مما يفيد عدم ملك المساهم لموجودات الشركة، عدم اشتراط علمه بموجوداتها، وعدم استحقاق الشريك للشفعة في نصيب شريكه^(٢)، فهو إنما يملك أسهم الشركة بشخصيتها الاعتبارية، وليس له علاقة بها تحتها.

(١) انظر: فقه البيوع على المذاهب الأربع (١/٣٦٧)، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي للخليل ص (١٨٩).

(٢) انظر: التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس لمحمد القري ص (٢١٩).

ويجاب: بأن العلم بالموجودات ليس شرطاً لصحة انعقاد الشركة ولا استمرارها، فالأصل في رب المال في المضاربة عدم علمه بموجودات المضاربة، وأنه يسلم رأس المال للعامل ويمكنه من المتاجرة والمضاربة، ولا يلزم ولا يُشترط أن يعلم بموجودات الشركة وأعمالها وتصرفاتها، وأما عدم استحقاق الشفعة فهو من إسقاط الشريك لحقه الثابت له بالشرط والموافقة على ذلك والالتزام به.

القول الثاني: أن وجود الشخصية الاعتبارية له أثر على تكييف الشركة وعلى أحكامها، وأن ملكية المساهم تمثل حصة شائعة في ملكية الشركة بشخصيتها الاعتبارية، والشركة بشخصيتها الاعتبارية هي من تملك الموجودات التي تكون في الشركة دون أن يملك المساهم شيئاً منها، فملك المساهم مقتصر على ما يمثله سهمه من نسبة في (الشخصية الاعتبارية) فقط، وبناء على ذلك يعد السهم من الأموال المنقولة وإن كانت جميع موجودات الشركة من العقارات، وهو قول بعض الفقهاء المعاصرين^(١).

(١) انظر: الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة للقري ص (٤٨-٥٠)، التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس للعلي (١٩٢)، التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس للدكتور عبد الناصر أبو البصل ص (٢٦٢)، التوصيف الشرعي للأسهم والآثار المترتبة عليه ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس للأستاذ الدكتور يوسف الشبيلي ص (٢١٢).

واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: أن الذمة المالية لشركة المساهمة منفصلة عن المساهمين، وأن للشركة ذمة مالية مستقلة بسبب وجود (الشخصية الاعتبارية) المستقلة، وقالوا بأنّ القول باعتبار الشركة وكيله عنهم، وأن يدها على الموجودات كيدهم عليها فيه تكلف ظاهر فإن ما على الشركة من حقوق، وما عليها من التزامات لا تنتقل إليهم، فهي التي تملك وتقاضي وغير ذلك^(١)، ومما يؤكد هذا أن السهم إذا اشترى بقصد التجارة فإنه يزكى بقيمته السوقية، وإن كانت مغايرة لقيمة الموجودات، فالحكم كما أنه رُبط بالسهم بذاته دون نظر إلى الموجودات في باب الزكاة، فكذا هنا.

نوقش: بأن الذمة المالية المستقلة والشخصية الاعتبارية لا تمنع من حقيقة التملك ولا تنقل ملكية الشريك والمساهم عن أمواله التي وضعها في الشركة، والتي ستؤول إليه عند التصفية، وأن الذمة المالية المستقلة والشخصية الاعتبارية المستقلة تقتضيها طبيعة وجود الشركة والأموال المشتركة وضرورة أن يكون هناك من ينوب عن الشركاء والمساهمين في التصرف وتمثيلهم وحفظ أموالهم ومصالحهم، ووجودها نشأ لحفظ أموالهم وليس قطع ملكيتهم لها وفصلها عنهم.

(١) انظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١٣/ ١٨٣)، التوصيف الشرعي للأسهم للشبيلي ص (٢١٤)، التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس لحسين حامد ص (١٤٩).

ثم إن وجود هذه الشخصية المستقلة عن ذمم الشركاء والمساهمين إنما هو إجراء نظامي قانوني لتنظيم العلاقة بين الشركاء أو المساهمين وبين كيان الشركة وما تمثله من الأموال المشتركة فيها، وتنظيم العلاقة بين هذا الكيان والمتعاملين معه، ولكي يكون له تصرفات تخص هذه الأموال المشتركة وتحفظ مصالح الشركاء والمساهمين.

وأما انتقال الالتزامات إليهم وعدمه فسوف يأتي عند الحديث عن المسؤولية المحدودة لشركة المساهمة، ولكن فيما يخص (الشخصية الاعتبارية) فإنها ثابتة للشركة التضامنية كذلك مع كونها تنتقل الالتزامات فيها إلى الشركاء، فوجود الشخصية الاعتبارية لا يقطع ملكية الشريك والمساهم عن أمواله.

وأما اختلاف القيمة السوقية فقد سبق الإجابة عنه، وأما أثرها على الزكاة، فيجاء بأن المساهم الذي يشتري الأسهم بقصد بيعها والمتاجرة فيها فإن نيته هذه موجبة للزكاة في هذا المال لكونه أصبح من عروض التجارة واختلفت نية تملكه عن بقية المساهمين أو الشركاء، وليس لكونه تملك جزءاً من الشخصية الاعتبارية دون أموالها وأصولها.

فإذا كانت أصولها غير زكوية ولكنه تملكها بقصد المتاجرة والتقليب فإنه تلزمه زكاتها لوجود نية التجارة فيما تملكه من هذه الأموال ولو كانت في الأصل غير زكوية، وليس لكونه يملك (الشخصية الاعتبارية) دون أموالها، وهذا موجود وثابت في غير الشركات وما فيها من شخصية اعتبارية، ومن أمثلته: لو أن عقاراً

تملكه اثنان وكان قصد أحدهما الإجارة أو الانتفاع وقصد الآخر البيع والمتاجرة فإن الزكاة تلزم الثاني دون الأول، مع كون المال المشترك واحد، وكونه في الأصل غير زكوي لكونه معداً للإجارة، ولكن نية الثاني بأن يشتري نصيباً من هذا العقار لبيعه أوجبت عليه الزكاة، وليس لهذا الأمر ارتباط بالشخصية الاعتبارية ولا تلازم بينهما.

ولذا فإن الحصة الشائعة من الشركة إذا تملكها المساهم بنية المتاجرة بها وجب أن يزكياها زكاة عروض التجارة من غير أن تخرج عن كونها جزءاً مشاعاً، فإن هذا الجزء المشاع الذي لا تجب فيه الزكاة في الأصل يلزم المالك أن يزكيه بسبب نية التجارة به، كمن يملك جزءاً مشاعاً من سيارة أو نحوها بنية أن يبيع نصيبه ويتاجر به، فيلزمه هنا أن يزكي حصته من هذه السيارة زكاة عروض التجارة من غير أن تخرج حصته هذه من كونها جزءاً مشاعاً من السيارة، ولعل بعض من نسب إليه القول بأن الأسهم «عروض» إنما أراد هذا المعنى^(١).

الدليل الثاني: قياس الشركة المساهمة على الأحكام الفقهية لمعاملة العبيد، وهي التي تقضي بأن العبد يصح تملكه الأموال التي يهبها له سيده أو غيره، مع كونه مملوكاً لسيده، فكذلك الشخصية الاعتبارية في

(١) وقد نبّه إلى ذلك أيضاً الدكتور فهد بن عبد الرحمن اليحيى في بحثه: «التكليف الفقهي للسهم»، وشكك في ص (١١) نسبة هذا القول للشيخ حسن مأمون والشيخ جاد الحق؛ لهذا السبب المذكور.

الشركة المساهمة^(١)، فالشخصية الاعتبارية للشركة تملك الأموال ملكاً حقيقياً ومستقلاً مع كونها مملوكة للشركاء والمساهمين، كما يملك العبد الأموال مع كونه مملوكاً لسيده، وملكية السيد للعبد لا تشمل ما يملكه العبد من أموال.

نوقش: بأن العبد وما يملك ملكٌ لسيده، وقد نص أهل العلم الذين قالوا بأن العبد يملك على أن ملكه هذا ناقص غير مستقر له؛ لأن سيده يملك انتزاعه منه، فليس للقياس هنا أثر؛ لأن ملكية المساهمين لممتلكات الشركة لم ترتفع كما هو مقصود القياس على ملكية العبد^(٢)، وكأنها تفويضٌ وتوكيلٌ باليد والتصرف فقط وليست ملكاً حقيقياً، فالسيد عندما يترك المال في يد مملوكه فإنه يدل على إذنه له

(١) انظر: الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة للقري ص (٤٨-٥٠)، التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس لنزیه حماد ص (١٩٧).

(٢) ففي المدونة: «أرأيت المدبرة لمن غلتها وعقلها و عملها ولمن مهرها إن زوجها سيدها في قول مالك؟، قال: قال مالك: أما غلتها وعقلها فلسيدها، وأما مالها ففي يديها إلا أن يتزعه السيد منها في صحةٍ منه فيجوز ذلك له، ومهرها بمنزلة مالها، قال: فإن أخذه السيد جاز ذلك له، وإن لم يأخذ منها حتى مرض كان بمنزلة سائر مالها، وكذلك قال مالك.

قال: وقال مالك في مهرها: أنه بمنزلة سائر مالها، قلت: أرأيت إن لم يتزعه السيد شيئاً من هذا حتى مات، أتقوم الجارية ومالها في ثلث مال الميت في قول مالك؟ قال: نعم» المدونة (٥١٦/٢).

وفي التلقين: «والعبد يملك ملكاً ناقصاً، يتزعه سيده إذا شاء» التلقين للقاضي عبد الوهاب المالكي ص (٣٩٢).

بالتصرف فيه، مع حقه في منعه من التصرف وحقه في استرداده من يده، فالمال لم يخرج عن ملك السيد في هذه الحال، وهكذا في الشركة فإن الشخصية الاعتبارية للشركة ومن يمثلها إنما تتصرف في الأموال بإذن الشركاء والمساهمين، وهذا الإذن لا يُخرج المساهم والشريك عن أمواله وملكيته في الشركة.

الموازنة والترجيح:

الراجع - والله أعلم - هو القول الأول، وهو أن الشخصية الاعتبارية للشركة ليس لها أثر على تكييف الشركة وحقيقتها وحكمها، وأنها لا تُخرج الشركة عن حقيقتها ولا الشركاء عن ملكيتهم للشركة وما تشتمل عليه من أصول وديون وحقوق وغير ذلك، وأن آثارها القانونية والنظامية إنما هي في وجود كيان مستقل يتولى التصرف بالأموال المشتركة، وأن هذا الكيان وما يشتمل عليه من أصول وديون وحقوق وغير ذلك لا يخرج عن ملكية الشركاء والمساهمين الذين نشأت الشركة بأموالهم، والذين يملكونها بما فيها، وذلك لقوة ما علل به القول الأول وإجابته على ما أورده القول الثاني من تعليقات، ويمكن أن يضاف إلى ذلك ما يلي:

= وفي الفواكه الدواني: «ولما كان العبد يملك عندنا بَيِّن غاية ملكه بقوله: (ومال العبد) الفن (له، إلا أن ينتزعه السيد) فيصير ملكاً له» الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني (٢/ ١٤٠).

(١) أن الشخصية الاعتبارية ثابتة لجميع أنواع الشركات المذكورة في النظام، سواءً شركات الأموال أو شركات الأشخاص، وأنها لا تختص بشركة المساهمة، وهي ثابتة للشركة المكونة من شريك واحد كما هي ثابتة للشركات التي يساهم فيها مئات الآلاف من الأشخاص، فهي بحد ذاتها غير مؤثرة في حقيقة الشركة وتكييفها، وهي ثابتة للشركات التضامنية التي يتحمل فيها الشركاء كامل ديون الشركة والتزاماتها كما هي ثابتة لشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة التي لا يتحمل فيها الشركاء والمساهمون أي التزامات أو ديون إلا في حدود حصصهم وأسهمهم، وبالتالي فإن وجود الشخصية الاعتبارية غير مؤثر إطلاقاً، ولا يُخرج الشركة عن حقيقتها.

(٢) أن الشخصية المعنوية للشركة تابعة تبعية مطلقة للشركاء أو المساهمين، وأنها تابعة لهم ومملوكة لهم لوحدهم، وهم الذين ينشئونها ويؤسسونها ابتداءً، ثم هم الذين يديرونها ويتصرفون فيها ويقررون من يمثلها ويتصرف باسمها، ثم هم من يقرر تصفيتها وحلّها، وهذا كله يؤكد أنها مملوكة لهم وليست كياناً خرج من ملكهم.

(٣) أن الشركة وشخصيتها الاعتبارية إنما نشأت بأموال الشركاء والمساهمين، وما تحت يدها من الأموال هي أموالهم ولم تخرج عن ملكهم، ثم هم فقط الذين يقتسمون موجوداتها وأموالها عند التصفية وانتهاء الشركة وشخصيتها الاعتبارية، وفي أثناء مدة الشركة ووجود شخصيتها الاعتبارية فإن الشركاء والمساهمين هم من يجني الأرباح

ويستلمها، فجميع التصرفات المالية تعود إليهم، سواءً في الابتداء والتأسيس أو عند الأرباح والتوزيعات أو عند الحل والتصفية، ولا يملك هذه الأموال غيرهم.

(٤) أن الشركة وشخصيتها الاعتبارية إنما تتصرف بأموال الشركاء والمساهمين بالنيابة عنهم، وهم من يقرر نوع النشاط ومجال الاستثمار، ويحدد أغراض الشركة وطبيعتها، وهم من يعين من ينوب عنهم في تلك التصرفات، وإذا كان اكتساب الشركة للشخصية الاعتبارية يلغي أثر تصرفاتها المحرمة على الشركاء والمساهمين، فلماذا يلزم التفريق بين ارتكابها للمحرم القليل والكثير؟! وكيف يقال بتحريم بعض الشركات دون بعض؟! مع أنها كلها شخصيات اعتبارية؟! إذا قيل بأنه لا علاقة للشركاء والمساهمين بما تجريه الشركة وترتكبه من المحرمات، وهذا لا يقول به أحد.

(٥) أن من حقوق المساهم الثابتة في نظام الشركات: حق التصويت على ميزانيات الشركة وتعيين مجلس إدارتها وتحديد أغراضها وتعديل عقد تأسيسها وتوزيع أرباحها وغير ذلك، وإذا لم يكن الشريك أو المساهم مالكاً لشيء من الشركة فكيف يجوز له شرعاً أو يسوغ له نظاماً أن يتدخل في أموال الغير؟! وأن يحدد من يتصرف فيها ومن يتولى تمثيلها ويحدد مكافآتهم وصلاحياتهم ويحاسبهم؟! وغير ذلك من

التصرفات التي لا يتولاها إلا من يملك الأموال حقيقة ويملك التصرف فيها وتعين من ينوب عنه في التصرفات^(١).

(٦) إذا ثبتت ملكية الشريك أو المساهم لجزء من الشركة في مرحلة ما من مراحل الشركة، كمرحلة التأسيس أو الاكتتاب، فالأصل بقاء هذا الملك واستمراره، ولا يمكن أن يُنزع منه هذا الملك ولا يزول إلا بدليل، وإذا كان الشريك أو المساهم يملك الشخصية الاعتبارية ويتصرف فيها وفي أموالها في جميع مراحل الشركة فإنه لا يوجد ما يقتضي زوال الملكية وانتقالها منه، وبالتالي لا يوجد ما يغير حقيقة الشركة أو تكييفها أو زوال ملكيته فيها وتكييفه بغير ذلك.

(٧) أن الشخصية الاعتبارية للشركة -أيًا كان نوعها- يقتضيها وجود أموال مشتركة مستقلة عن أموال كل شريك، بل إن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ كثيرًا ما يفرقون بين تصرفات الشريك بأمواله الخاصة وبين تصرفه في أموال الشركة، وهذا يؤكد استقلال التصرفات التي للشركة

(١) ومن ذلك ما نصت عليه المادة (٨٧) المتعلقة باختصاصات الجمعية العامة للمساهمين، حيث تنص على أنه «فيما عدا ما تختص به الجمعية العامة غير العادية، تختص الجمعية العامة العادية بجميع الأمور المتعلقة بالشركة، وعلى الأخص ما يأتي: أ- انتخاب أعضاء مجلس الإدارة، وعزلهم. ب- تعيين مراجع حسابات أو أكثر للشركة، وفقًا لما يقتضيه النظام، وتحديد أتعابه، وإعادة تعيينه، وعزله. ج- الاطلاع على تقرير مجلس الإدارة ومناقشته. د- الاطلاع على القوائم المالية للشركة ومناقشتها. هـ- مناقشة تقرير مراجع الحسابات -إن وجد- واتخاذ قرار بشأنه. و- البت في اقتراحات مجلس الإدارة بشأن طريقة توزيع الأرباح. ز- تكوين احتياطات الشركة وتحديد استخداماتها».

والمال المشترك عن التصرفات المتعلقة بأموال الشركاء الخاصة، ومن ذلك ما ذكره الكاساني رَحِمَهُ اللهُ: «فأما إذا لم يكن في يده دراهم ولا دنانير، فاشترى بدراهم أو دنانير شيئاً، كان المشتري له خاصة دون شريكه؛ لأننا لو جعلنا شراءه على الشركة لصار مستديناً على مال الشركة، والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بذلك كالمضارب؛ لأنه يصير مال الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه، فلا يجوز من غير رضاه، وكذلك لو كان عنده عروض فاشترى بالدراهم والدنانير نسيئة لأن العروض لا تصلح رأس مال الشركة فكان الشراء بالأثمان استدانة بخلاف ما إذا اشترى بها وفي يده مثلها...»^(١)، وقد أطل في تفصيل تصرفات الشريك عند الحنفية ومتى تكون لنفسه ومتى تكون للشركة، مما يدل على أن للشركة وتصرفاتها أحكام تخصها تختلف عن تصرفات الشريك بنفسه.

وكذلك عند الحنابلة، قال في الشرح الكبير: «كان عنده عرض فاستدان عرضاً، فالشراء له خاصة، وربحه له، وضمانه عليه؛ لأنه استدان على مال الشركة، وليس له ذلك...»^(٢)، وغير ذلك من النصوص الواضحة في التفريق بين تصرفات الشركة وتصرفات الشريك لنفسه، وهذا أساس الشخصية الاعتبارية التي يراد منها شرعاً ونظاماً أن تكون تصرفاتها مستقلة ومبنية على عقد الشركة

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٦٨).

(٢) انظر: الشرح الكبير (١٤/ ٣٣).

ونظامها، دون أن يكون ذلك مخرجاً لها عن ملكية الشركاء وحقيقتها وتكييفها.

المطلب الثاني: المسؤولية المحدودة للمساهم:

من خصائص شركة المساهمة ومزاياها التي قد تثير الإشكال في حقيقتها أو قد تؤثر في تكييفها خاصية (المسؤولية المحدودة) للمساهم، وأنه غير مسؤول عن التزامات الشركة وديونها، ولعلي أستعرض في هذا المطلب -على وجه الاختصار- حقيقة هذا المصطلح وأثره على التكييف.

فمصطلح المسؤولية المحدودة في الشركات من المصطلحات التي جاءت به القوانين والأنظمة التجارية لأنواع محددة من الشركات، ويقصد به: أن تكون مسؤولية الشريك عن ديون الشركة مقتصرة على نصيبه وحصته فيها فقط، وأنه لا يتحمل في أمواله الخاصة ما زاد من ديون الشركة عن موجوداتها، وينبني على ذلك أن إفلاس الشركة لا يتبعه إفلاس الشريك^(١).

وكثيراً ما يتم الربط بين كون شركة المساهمة مسؤوليتها محدودة بقدر رأس مالها وبين الشخصية الاعتبارية للشركة، حيث يقرر بعض القانونيين أن المسؤولية المحدودة مبنية على الانفصال بين الذمة المالية

(١) انظر: القانون التجاري السعودي للجبر ص (٢٢٥)، القانون التجاري للشريف والقرشي ص (٢٢٤).

للشركة والذمة المالية للمساهمين، وأنه إذا ما كان للشركة شخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية المساهمين استطعنا أن نجعل الديون التي على الشركة محددة بقدر رأس مال الشركة^(١)، وهذا غير مسلم؛ لأن الشخصية الاعتبارية للشركة ثابتة لجميع أنواع الشركات بما فيها التضامنية والتوصية البسيطة، مع كون المسؤولية فيها محدودة، ولذا فإنه لا ترابط بين الأمرين، وقد سبق الإشارة إلى ذلك في المطلب السابق.

ويراعى أن قصر الديون على رأس مال الشركة دون الرجوع على أموال ملاكها ليس على إطلاقه، بل مشروط بعدم وجود تعد أو تفريط منهم، وفي حالة ثبوت تقصير منهم فإنه يرجع عليهم بأموالهم الخاصة^(٢).

وقد قرر نظام الشركات السعودي المسؤولية المحدودة للشريك والمساهم في الشركة ذات المسؤولية المحدودة وفي شركة المساهمة وشركة المساهمة المبسطة، وأنه لا يمكن الرجوع على أمواله الخاصة بما يزيد عن مقدار أسهمه.

وقد تناول الفقهاء مسألة تحمل الديون التي تطرأ على الشركة، وهل يتحملها الشركاء بأموالهم الخاصة أو لا، والأصل عند الفقهاء

(١) انظر: الشركات لأكرم باملكي ص (٤٠)، إدارة الشركة المساهمة لأحلام أكرم، رسالة ماجستير ص (٩)، والشركات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (٨٦/٢).

(٢) انظر: التنظيم القانوني لانقضاء الشركة ذات المسؤولية المحدودة ص (٢٤٦).

رَحِمَهُمُ اللَّهُ هو تحميل الشريك كافة الديون التي تطرأ على الشركة من جميع ماله بقدر حصته من الشركة، فيكون تعلق ذمة الدين على الشركة مرتبطاً ارتباطاً مباشراً بذمة الشركاء^(١)، فقد جاء في المبسوط: «فإن عملاً على هذا فوضعا؛ فالوضيعة على قدر رءوس أموالهما في الشركة»^(٢)، وقال في الشرح الصغير: «والربح والخسر يكون بينهما بقدر المالين مناصفة وغيرها»^(٣)، وقال في أسنى المطالب: «فصل الربح والخسران فيها على قدر المالين»^(٤)، وقال في شرح منتهى الإرادات: «والوضيعة أي: الخسران بتلف، أو بيع ينقصان عما اشترى به على قدر الملك»^(٥).

فظاهر كلام الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ في باب الشركات هو تحميل الشركاء مطلق الخسارة، بدون تقييد لها بقدر رأس المال، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من التقييد لمجرد عدم ذكرهم لهذه الصورة، ولذا فإنها من المسائل المستجدة والنوازل الفقهية المهمة، ومن ثم فقد اختلف الفقهاء المعاصرون فيها على قولين:

- (١) البحث المنشور في مجلة العدل، المسؤولية المحدودة في الشركات للشيخ أ.د. مساعد الحقييل ص (٣٣٩).
- (٢) المبسوط (١١/١٥٨).
- (٣) الشرح الصغير (٣/٤٦٨).
- (٤) أسنى المطالب (٢/٢٥٨).
- (٥) شرح منتهى الإرادات (٢/٢٢٩).

القول الأول: صحة اشتراط محدودية المسؤولية في الشركات، وهو القول المستقر لدى كثير من المجمع الفقهي^(١)، وهو ما عليه جمهور المعاصرين^(٢).

فقد جاء ضمن قرار المجمع ما يلي: «لا مانع شرعاً من إنشاء شركة مساهمة ذات مسؤولية محدودة برأس مالها؛ لأن ذلك معلوم للمتعاملين مع الشركة، وبحصول العلم ينتفي الغرر عمن يتعامل مع الشركة...»^(٣).

وجاء في المعايير الشرعية: «ولا يكون كل شريك فيها مسؤولاً إلا بمقدار حصته في رأس المال»^(٤).

وأما أدلة هذا القول:

الدليل الأول: أن الأصل في العقود والشروط الصحة والجواز، ولم يقم دليل ينقل هذا الأصل، بل هي تدخل ضمن الشروط التي يشترطها الشريك على من يتعامل مع الشركة، وهو بهذا التعامل مع

(١) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم (٦٣ / ١ / ٧) المعايير الشرعية، معيار الشركات والشركات الحديثة، ص (٣٣٧).

(٢) انظر: أسواق الأوراق المالية، آثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي (ص ١٧٢)، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (٢ / ٢١٨)، سوق الأوراق المالية بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية - خورشيد إقبال (ص ١٠٤).

(٣) قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم (٦٣ / ١ / ٧).

(٤) المعايير الشرعية، معيار الشركات والشركات الحديثة، ص (٣٣٧).

الشركة مع علمه بمحدودية مسؤوليتها قد حصل الرضا منه والإقرار بذلك.

وأن اشتراط هذا الشرط على القول بأن الأصل جواز الشروط وصحتها - وهو الراجح والله أعلم - يجعله من الشروط اللازمة على المتعاملين مع الشركة والمتعاقدين معها، ويزول بالاشتراط وبعلم المتعاملين مع الشركة ونوعها إشكال الغرر والغش؛ لكون من يتعامل مع الشركة قد رضي بهذا الشرط وقبل به، ولذا فإن جهات التمويل مثلاً إذا أرادت المزيد من الاحتياط لأموالها فإنها تشترط المزيد من الضمانات على الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة؛ لكونها لا تقبل بالمخاطرة ولا ترضى بالشرط، فمن أسقط حقه في الحصول على الضمانات فإنه قد رضي بالشرط ووافق عليه.

الدليل الثاني: أن قصر الديون على مقدار رأس مال الشركة، دون العود على أموال الشركاء الخاصة هو في حقيقته إبراء معلق من دين مجهول^(١).

والإبراء في حقيقته إسقاط، والإسقاط لا يشترط فيه التنجيز، بل يصح فيه التعليق على حصول الدين، ولا يشترط فيه العلم بقدر الدين، بل يصح الإسقاط مع الجهل بقدره^(٢)، ولكونه

(١) انظر: الخدمات الاستشارية في المصارف (١/ ٢٢٧).

(٢) انظر: حاشية الخرشي (٦/ ٦٩).

من عقود التبرعات فصحت الجهالة فيه كاهبة^(١)، ويغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات^(٢)، وهو مذهب الجماهير من الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والحنابلة^(٥).

الدليل الثالث: القياس على عقد المضاربة، إذ لا يُسأل رب المال فيها عن ديون العامل إلا بمقدار المال الذي قدمه للشركة^(٦).

الدليل الرابع: أن القول بأن مسؤولية الشركاء مسؤولية محدودة في غاية الأهمية؛ لأن تبني هذا القول هو الذي أدى إلى تطوير الشركات، ودفعت الناس إلى الدخول في هذه الشركات، وتوفرت رؤوس الأموال لقيام الشركات العملاقة بينما لو كانت المسؤولية غير محدودة لا يمكن أن يقدم الناس في الدخول إلى مثل هذه الشركات خوفاً من سوء التصرف الذي سوف يعود إلى جميع المساهمين، وربما عاد بالكوارث إلى مدخراتهم وأموالهم الخاصة؛ إذ كيف يمكن أن يكتب المساهم في سهم أو سهمين، ثم يتحمل في كل أمواله أخطاء يقوم بها أعضاء مجلس الإدارة؟^(٧).

(١) إعلام الموقعين (٣/ ٣٩٩).

(٢) انظر: المنشور في القواعد (١/ ٨١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٢).

(٣) البحر الرائق (٦/ ١٩٤) شرح الهداية (٦/ ٣٩٧).

(٤) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: (٩٩/ ٤)، والفروق: (١١١/ ٢).

(٥) كشف القناع: (٣/ ٣٧٩) و(٤/ ٣٣٦)، والمغني: (٤٨٣/ ٤) و(٤٤١/ ٦).

(٦) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١٣/ ١٢٥).

(٧) الرجوع السابق (١٣/ ١٢٥).

وجاء في المعايير الشرعية لصيغ التمويل اللاربوي: «ولا نعلم بلدًا مسلمًا معاصرًا رأى من المصلحة أو بالإمكان إلغاء فكرة محدودية المسؤولية في الشركات الكبرى ذات المالكين الكثير، والقول بمنع ذلك يعني القول بوجوب تفكيك الشركات الكبرى المساهمة»^(١).

الدليل الخامس: قياس المسؤولية المحدودة لدى الشركاء على ديون العبد لدى سيده.

ووجه ذلك: أن العبد في حالة استدانته مع إذن سيده له بالتجارة، فإن الديون التي يغرّمها العبد يكون وفاؤها بقدر المال الذي يتاجر به العبد دون رجوع الدائنين على السيد بأمواله الخاصة، فإذا قيل بذلك في السيد مع عبده، فتقاس عليها الشركة مع مالكيها^(٢)، والقول بعدم رجوع الدائنين على السيد هو قول الجماهير من الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، وهو قول عند الحنابلة^(٦).

قال في البحر الرائق: «فإن لم يكن له كسب تعلق الدين برقبته وقيل: وديونه متعلقة بكسبه ورقبته لكان أولى وأكثر فائدة»^(٧).

(١) المرجع السابق (ص ٢٣٠).

(٢) المسؤولية المحدودة في الشركات ص (٣٤٣).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٣/٧)، الجوهرة النيرة (١/٣٦٧).

(٤) انظر: منح الجليل (١٢٣/٦)، حاشية الدسوقي (٣/٣٠٦).

(٥) انظر: نهاية المحتاج (٤/١٨٠)، أسنى المطالب (٢/١١٣).

(٦) انظر: الإنصاف (١٣/٤٢٠)، شرح مختصر الخرقى للزركشي (٣/٦٦٥).

(٧) البحر الرائق (٨/١٠٦).

وقال في الفواكه الدواني «ولا تباع رقبة المأذون له في التجارة فيما عليه من الديون عند تفليسه ولا يتبع به سيده وإنما يقضى الدين الذي عليه مما له سلاطة عليه كان بيده أم لا»^(١).

وقال في الحاوي الكبير: «فأما إن عجز ما بيد العبد عن ديونه إما لوضيعة أو جائحة كان ما في ذمته في ذمته يؤديه إذا أيسر بعد عتقه ولا يتعلق برقبته ولا بذمة سيده»^(٢).

وجاء في شرح الزركشي: «للعبد في استدانته ونحوها حالتان: إحداهما: أن يكون مأذوناً له في التجارة، فهذا ما استدانه كبيع أو قرض ونحوهما فهذا يتعلق برقبة العبد لأنه القابض للمال، المتصرف فيه، أشبه غير المأذون له»^(٣).

القول الثاني: إن الشريك يجب أن يكون مسؤولاً عن ديون الشركة في جميع أمواله الخاصة بنسبة مساهمته في رأس المال، وهو قول بعض المعاصرين^(٤).

(١) الفواكه الدواني (٢/ ٢٤١).

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٧١).

(٣) شرح الزركشي (٣/ ٦٦٥).

(٤) انظر: الشركات الحديثة، والشركات القابضة، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٤/ ٢ / ص ٤٦٤)، والشركة المساهمة في النظام السعودي للمرزوقي ص (٢٧٥).

الدليل الأول: أن الله نهى عن أكل أموال الناس بالباطل حيث قال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(١).

وجه الاستدلال: أن مال الدائن مال معصوم، لا يجوز أن يذهب عليه بلا مقابل، وإن عدم سداد الشركاء الأغنياء لما لحق شركتهم من ديون إذا لم تكف أصولها (أي ممتلكاتها) للوفاء بديونها يعتبر من أكل أموال الناس بالباطل^(٢).

ويناقش بأن حرمة ذهاب المال بلا مقابل إنما يصح في حالة أخذه بلا إذن صاحبه، وعدم إسقاطه لحقه، أما إن أسقط حقه وكان ذلك بلا غش ولا غرر، فإنه إبراء برضا وعلم، وإسقاط الدائن حقاً من حقوقه جائز، ويعضده القول المتقرر في صحة تعليق الإبراء من الدين.

الدليل الثاني: أن القول بتحديد مسؤولية الشركاء له أضرار تعود على المساهمين، وأضرار تعود على الشركة، فهو يحمل المديرين على التهادي في زيادة نسبة الديون، والقروض التي تتحملها الشركة، كما أنه يحمل المساهمين إلى عدم الاهتمام بتطور الأحوال الإدارية، والمالية للشركة بصفة عامة، نتيجة محدودية مسؤوليتهم، كما أن الأخذ بالمسؤولية غير المحدودة سيحارب حالات عدم الأمانة، والخيانة من

(١) سورة النساء، الآية (٢٩).

(٢) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١٣/١٢٦).

جانب بعض الشركاء خاصة في مثل هذا العصر الذي تعددت فيه أسباب الانحراف، وانتشار الفساد، وضيعت الأمانة^(١).

ويناقش من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: بأن ما وضعته الدولة من تنظيمات والتزامات على الشركة تقيّد تمادي الشركة في مجال الديون وإخفاء واقعها المالي، وتمنع إلى حدّ كبير من قدرة الشركة والقائمين عليها على التلاعب بمركزها المالي وتجعلهم مسؤولين شخصياً وبالتضامن عن أي تلاعبٍ أو تضليل.

الوجه الثاني: أن دائني الشركات ذات المسؤولية المحدودة هم أشدّ حيطة وحذراً من دائني الشركات التضامنية، فيجعلون لكل دين ضمانات تضمن حقوقهم فيها.

الوجه الثالث: أن محدودية المسؤولية في الشركات مشروطة بعدم حصول تعدد أو تفريط من ملاكها، وإلا فتقلب المسؤولية تضامنية، ولا يرد هذا الإشكال^(٢).

الدليل الثالث: أن مبدأ المسؤولية المحدودة مخالف لمقتضى عقد الشركة، حيث إن مقتضى عقد الشركة أن يتحمل الشريك ما يحصل للشركة من ربح أو خسارة، ويكون الربح والخسارة بمقدار رأس

(١) انظر: الشركات الحديثة، والشركات القابضة، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٤ / ٢ / ص ٤٦٤).

(٢) انظر: التنظيم القانوني لانقضاء الشركة ذات المسؤولية المحدودة، ص (٢٤٦).

المال، فإذا ما اشترط أن تكون مسؤوليته محدودة بقدر نصيبه، فإن نسبة سداده للدين، تغاير نسبة نصيبه إلى رأس مال الشركة^(١).

نوقش: بأن مخالفة مقتضى عقد الشركة هو في تفاوت الشركاء في تحمل المسؤولية، وأما في الحال التي يستوي فيها مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة فلا يصح فيها هذا الاستدلال، وخسارة الشريك لنصيبه من الشركة كاملاً عند خسارة الشركة كاف لموافقة مقتضى عقد الشركة ولا يلزم من ذلك الرجوع عليه بأمواله الخاصة^(٢).

الدليل الرابع: ما روى أبو داود والترمذي عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»^(٣).

- (١) انظر: مسؤولية الشركاء في الشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة في النظام والفقهاء الاسلامي، للدكتور عبد المحسن زكري (ص ١٩٦، ١٨٤).
- (٢) المسؤولية المحدودة في الشركات للشيخ مساعد الحقيّل ص (٣٥١).
- (٣) رواه أبو داود في كتاب «اليوع»، باب «في الرجل يبيع ما ليس عنده» (٢٨٣/٣) حديث رقم (٣٥٠٤)، والنسائي في كتاب «اليوع»، باب «بيع ما ليس عندك» (٣٩/٤) حديث رقم (٦٢٠٤)، والترمذي في كتاب «اليوع»، باب «ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك» (٥٣٥/٣) حديث رقم (١٢٣٤)، والإمام أحمد في المسند (١٧٨/٢) حديث رقم (٦٦٧١)، وابن حبان في صحيحه في كتاب «العتق»، باب «الكتابة» (١٦١/١٠) حديث رقم (٤٣٢١)، والحاكم في المستدرک في كتاب «اليوع» (٢١/٢) حديث رقم (٢١٨٥)، وابن الجارود في المنتقى باب المبيعات المنهي عنها من الغرر وغيره (١٥٤/١) حديث رقم (٦٠١)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب «اليوع»، باب «المبيعات المنهي عنها من الغرر وغيره» (٢٦٧/٥) حديث رقم (١٠١٩٩)، والدارقطني في السنن في كتاب =

وجه الدلالة: أن الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة سيربح من استثمار الشركة لأموالها رغم أنها مشتملة على ديون لا يضمنها الشريك ، وهذا من ربح ما لم يضمن.

ويناقش: بأن لازم هذا الاستدلال هو أن كل تاجر مدين ربح ما لم يضمن، لأنه في حالة إفلاسه لن يطالب بالدين الذي عليه فيكون ما يقابل الدين من ربح، ربحه بغير ضمانه، في حين أنه لا يُسَلَّم بكونه ربح ما لم يضمن؛ لأنه سيخسر كامل أمواله في الشركة عند إفلاسها، ويخسر وجود الشركة التي يملكها، والدين الذي تعلق في ذمة الشركة قد لا يكون مالا مقبوضاً تستثمره في أعمالها.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول وذلك لسلامة أدلته من المناقشة، ولكون أدلة القول الثاني لم يخل شيء منها من مناقشة ونقد، مع ما عضد القول الأول من التمسك بالأصل في المعاملات والعقود

= «الببوع» (٧٤ / ٣) حديث رقم (٢٨٢)، والحديث في سنن ابن ماجه بدون «ولا شرطان في بيع» مع أنه عادة ما يُنسب الحديث لأصحاب السنن مجتمعين، انظر: سنن ابن ماجه كتاب «التجارات»، باب «النهى عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن» (٧٣٧ / ٢) حديث رقم (٢١٨٨).
والحديث قال عنه الترمذي: حسنٌ صحيح، وقال ابن عبد البر: «وهو حديث صحيح، رواه الثقات عن عمرو بن شعيب، وعمرو بن شعيب ثقة إذا حدث عنه ثقة» التمهيد (٣٨٤ / ٢٤).

من الحل والإباحة، ولكون القول الأول مخرجاً على عدد من الأصول الشرعية المعتمدة لدى الفقهاء الأوائل تقدم ذكرها بشيء من التفصيل.

ومن أسباب الخلاف في هذه المسألة الخلاف في حقيقة الإبراء من الدين، هل هو تمليك أو إسقاط، فمن رأى من العلماء أنه تمليك اشترط تنجيز الإبراء والعلم به، فلم ير صحة الشركة ذات المسؤولية المحدودة، ومن رأى أنه إبراء لم يشترط تنجيز العقد ولا العلم به، فصح لديه أن تكون الشركة ذات مسؤولية محدودة^(١).

ويتحصل بذلك أن (المسؤولية المحدودة) لشركة المساهمة لا تعدو أن تكون شرطاً صحيحاً ضمن عقد الشركة يعلم به من يتعامل معها ويقبل بمقتضاه أن تقتصر حقوقه على أموال الشركة وموجوداتها دون أي ضمان من الشركاء أو المساهمين، وهذا لا أثر له على تكليف الشركة ولا يخرجها من حقيقتها، وهي خاصية لا تختص بها شركة المساهمة، وإنما تشترك معها الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وشركات الشخص الواحد التي قرر النظام لها خاصية المسؤولية المحدودة، دون أن يترتب على ذلك أن تكون هذه الخاصية مخرجةً للشركة عن حقيقتها أو تكيفها، ولا ملكية مالها أو الشركاء والمساهمين.

فاشترط هذا الشرط على القول بأن الأصل جواز الشروط وصحتها - وهو الراجح والله أعلم - يجعله من الشروط اللازمة على

(١) انظر: مذكرة في المعاملات المالية المعاصرة للأستاذ الدكتور يوسف الشبيلي ص(١٥).

المتعاملين مع الشركة والمتعاقدين معها، ولا يلزم منه تغيير حقيقة الشركة وتكييفها، ولا أثر له، ولا يمكن القول بأن أي شرط يصح اشتراطه في الشركة له أثر على حقيقتها وتكييفها.

المطلب الثالث: التأسيس والقيود المتعلقة بالإدارة والتصرف:

من الخصائص التي تشتهر بها الشركات التجارية بما فيها شركة المساهمة وجود طرق وأساليب محددة نظاماً لتأسيس كل شركة من الشركات، وطرق إدارتها والتصرف فيها وفي قراراتها وأموالها وسائر شؤونها، من حين التأسيس إلى التصفية، وما بين ذلك من قرارات الشركة وتسيير أعمالها، وعدم قدرة المساهم على التصرف في أموال الشركة وحياسة بعض أموالها وموجوداتها ولو بقدر نسبته أو أسهمه في الشركة.

وتختلف كل شركة عن الأخرى في تفاصيل تلك الإجراءات والأحكام النظامية لطرق التأسيس والإدارة وقيود التصرف في الأموال وحقوق الشركاء والمساهمين، ونظراً لطبيعة شركة المساهمة وظهور الجانب المالي فيها بشكل واضح، وضعف الاعتبار الشخصي للمساهم، ولوجود تفاصيل كثيرة قررها النظام لتنظيم العلاقة بين المساهمين فيما بينهم، وطرق ممارسة حقوقهم المتصلة بالأسهم المملوكة لهم؛ فقد ظهرت الحاجة لبحث أثر تلك الطرق والإجراءات على تكييف شركة المساهمة وحقيقتها.

وذلك أن تقييد دور المساهم وطرق ممارسة حقوقه في الشركة قد يضعف معها أثر الملكية في ظاهر الأمر، كما أن كثرة الجوانب النظامية والإجرائية وتدخل النظام في تفاصيل الشركة وطرق تأسيسها وإدارتها قد يضعف معه أثر العقد والعلاقة التعاقدية للشركة والمساهمين.

كما أن طرق الاكتتاب العام لشركة المساهمة في بعض أنواعها وأحكام ذلك الاكتتاب وإجراءاته قد تضعف معه حقيقة العلاقة التعاقدية وأثر عقد الشركة على تلك العلاقة، لاسيما مع وجود النظام الأساس الذي ينظم كثيرًا من الجوانب التي تحتاجها الشركة والمساهمون.

ولكيلا أطيل في تفاصيل الأحكام النظامية المتعلقة بالتأسيس والإدارة والتصرف في الأموال فإنني سأكتفي في ثانيا عرض الموضوع على جزئية مهمة ومحددة، وهي: أثر الأحكام النظامية للتأسيس والإدارة والتصرف في أموال الشركة على تكييف شركة المساهمة وحقيقتها، وهل لها أثر يخرجها من الأصل المستقر للشركات بشكل عام وهو أنها عقد من العقود كسائر الشركات أم لا؟

حيث إن عددًا من الباحثين قد استدل بعدم قدرة المساهم على التصرف في قرارات الشركة أو أموالها على كون المساهم ليس شريكًا وأنه لا يملك جزءًا مشاعًا من شركة المساهمة، وأن هذه القيود لها أثر على تكييف الشركة أو السهم أو المساهم.

وأصحاب هذا الرأي من أهل العلم والباحثين يرون أن السهم هو مجرد حق مجمل في الشركة لا في شيء من موجوداتها، يُثبت لمالك

السهم حقاً في الأرباح، وأضاف بعضهم بأن المساهم يملك موجودات الشركة على سبيل التبعية، وأنها ملكية ناقصة أو مقيدة أو تابعة، فلا يملك التصرف في شيء منها، ولا يملك هذه الموجودات ملكاً مباشراً، وأن الشركة ليست يدها يد وكالة عن المساهمين^(١).

ومن المهم أن يشار إلى أمور مهمة تتعلق في أثر التأسيس والقيود النظامية والتعاقدية التي تقيّد وتنظّم حق الإدارة والتصرف في أموال الشركة أو قراراتها على تكييف شركة المساهمة وحقيقتها الفقهية والنظامية أو القانونية، ومدى تأثير الأحكام الخاصة بالتأسيس والإدارة على التكييف الفقهي والنظامي أو القانوني، وهي كما يأتي:

أولاً: تنوع طرق تأسيس شركة المساهمة وطرق إدارتها:

إنّ طرق التأسيس والاككتاب بأسهم شركة المساهمة ليست على طريقة واحدة وليست محصورةً بالصورة التي تثار عند الحديث عن تكييف شركة المساهمة، وهي طريقة الاككتاب العام الذي يتم طرحة للجمهور ليكتتب به من يرغب في المشاركة والمساهمة في الشركة، فهذه الطريقة هي طريقة الاككتاب في نوع واحد أو حالة واحدة من حالات

(١) وممن طرح هذا الرأي: الأستاذ الدكتور يوسف الشبيلي، والأستاذ الدكتور صالح العلي، والدكتور محمد القري، والدكتور خالد السيار، والدكتور نزيه حماد، انظر: بحوث في (التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة) وأوراق علمية مقدمة ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس لأصحاب الفضيلة: الأستاذ الدكتور يوسف الشبيلي، والأستاذ الدكتور صالح العلي، والدكتور محمد القري، وأحكام المثل والقيمي وعلاقتها بالأسهم للدكتور خالد السيار.

شركة المساهمة وهي شركة المساهمة العامة أو المدرجة أو المطروحة للاكتتاب، في حين أن شركة المساهمة لا يلزم أن تكون كذلك، وقد تكون من شريكين فقط يكتبان بكامل الأسهم ويقرران جميع تفاصيل الشركة وعقدها ونظامها.

والأحكام الرئيسة لشركة المساهمة من الناحية النظامية والقانونية لا تختلف بين شركة مساهمة مغلقة ليس فيها إلا عدد محدود من المساهمين وشركة مساهمة مفتوحة يساهم فيها مئات الآلاف من المساهمين، ما عدا الأحكام الخاصة بالشركات المدرجة، وهي أحكام محددة يتم ذكرها في مواضعها من النظام أو من نظام هيئة السوق المالية، ولذا فإن الأحكام العامة لشركة المساهمة لا تختلف بين هذه الأنواع والحالات، ولا تجد أن النظام يستخدم كثيراً مصطلحات (العامة أو المغلقة أو المدرجة) إلا في حالات محددة تقتضيها طبيعة شركة المساهمة المدرجة ووجود جهة إشرافية مستقلة، وارتباطها بطرق التداول النظامية.

أما الأحكام العامة للأسهم وحقوق المساهمين والجمعيات العامة العادية وغير العادية ومجلس الإدارة والالتزامات المحاسبية وغيرها فهي في الأصل واحدة.

وغالباً ما يحصل اللبس في التكييف الفقهي والنظامي أو القانوني عند حصر النظر على صورة شركة المساهمة المدرجة، وعدم مراعاة أن تلك الأحكام تنطبق على أي شركة مساهمة، سواء كانت مفتوحة

ومدرجة أو مغلقة ومحدودة في عدد المساهمين أو رأس المال، في حين أنها في الحالتين تخضع لذات الأحكام المتعلقة بأحكام التأسيس والاككتاب بالأسهم والوفاء بقيمتها وممارسة المساهم لحقوقه المتصلة بالأسهم، والتي لم يفرق النظام فيها بين الحالتين إلا في صور محدودة، كما سأذكر أمثلةً على ذلك في هذا المطلب، يتضح من خلالها أن الأحكام واحدة.

ومن ذلك أن المادة (٦٢) من نظام الشركات قررت أنه «إذا لم يقصر المؤسسون خلال مرحلة التأسيس الاككتاب بجميع الأسهم على أنفسهم، وجب عليهم طرح الأسهم التي لم يكتبوها بها للاككتاب وفقاً لنظام السوق المالية»، فالاككتاب إما أن يقتصر على المؤسسين فقط ويقوموا بالاككتاب بكامل الأسهم وبالتالي يتم تكوين رأس المال من أموالهم فقط، أو أن يتم طرح بقية الأسهم ليكتب بها عامة الناس، وفي هذه الحالة تكون هيئة السوق المالية ذات الاختصاص الإشرافي والرقابي على الاككتاب ومراقبة التزام الشركة بالأنظمة.

وقد رأى بعض القانونيين أن عقد التأسيس في حالة (الاككتاب العام) هو عقدٌ بين المكتب والشركة بوصفها شخصاً معنوياً^(١)، وهذا بعيد عن حقيقة الشركة وأحكام التأسيس في نظام الشركات السعودي؛ حيث إن الشخصية الاعتبارية لا تنشأ ولا تترتب على وجودها الآثار

(١) انظر: القانون التجاري للعريني ص(٤٥)، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (٩٣/١٣).

النظامية والقانونية إلا بعد إتمام عملية الاكتتاب وقيدها في السجل التجاري، وذلك في حالة تأسيسها ابتداءً عن طريق الاكتتاب، وهذا ما تقرره مجموعة من الأحكام النظامية، منها ما قرره المادة (٩) من نظام الشركات، حيث نصت الفقرة (١) على أنه «تكتسب الشركة الشخصية الاعتبارية بعد قيدها لدى السجل التجاري، ومع ذلك تكون للشركة خلال مدة التأسيس شخصية اعتبارية بالقدر اللازم لتأسيسها، بشرط إتمام عملية التأسيس»، فهي قبل إتمام عملية التأسيس من مسؤولية وضمنان المؤسسين إلى حين إتمام التأسيس أيًا كان نوع الشركة، وليس شركة المساهمة فقط، وبالتالي فإن الاكتتاب مرحلة سابقة لنشوء الشخصية الاعتبارية الكاملة للشركة، فلا يسوغ أن يكون الاكتتاب تعاقداً بين المكتتبين والشخصية الاعتبارية التي لم تنشأ بعد.

كما أن الاكتتاب قد يحصل بين المؤسسين بشكل كامل دون طرحه للجمهور كما قررت ذلك المادة (٦٢) من النظام، ولذا فإن حقيقة الاكتتاب أنه عقد بين المكتتبين والمؤسسين^(١)، وأن عقد التأسيس وجميع إجراءات التأسيس والتزاماته من مسؤولية المؤسسين إلى أن يتم الاكتتاب ويتم قيدها في السجل التجاري وتنشأ الشخصية الاعتبارية للشركة وتنتقل إليها التصرفات السابقة، وهذا ما يؤكد النظام، حيث قرر في المادة (٦٤) من نظام الشركات، في الفقرة (٢) أنه: «إذا لم تقيد

(١) انظر: القانون التجاري السعودي ص (٢٥٢).

الشركة لدى السجل التجاري، فللمكتتبين أن يستردوا المبالغ التي دفعوها، وعلى البنوك التي اكتب فيها أن ترد -بصورة عاجلة- لكل مكتب المبلغ الذي دفعه، ويكون المؤسسون مسؤولين بالتضامن عن الوفاء بهذا الالتزام وعن التعويض عند الاقتضاء في مواجهة المكتتبين، ويتحمل المؤسسون جميع المصروفات التي أنفقت في سبيل تأسيس الشركة، ويكونون مسؤولين بالتضامن في مواجهة الغير عن الأفعال والتصرفات التي صدرت منهم خلال مدة التأسيس».

فإذا تم التأسيس ونشأت الشخصية الاعتبارية انتقلت كل التصرفات والإجراءات والالتزامات إلى الشركة بشخصيتها الاعتبارية القانونية التي يملكها جميع المساهمين.

فالمساهم المؤسس أو المكتتب يقدم حصةً مالية لشارك بها بقية المساهمين في تأسيس شركة تجتمع فيها أموالهم بقصد الربح وتنمية المال ويملكون مقابل ذلك حصةً شائعةً في الشركة ويتعاقدون على شروط واضحة ومحددة تحفظ مصالحهم وأموالهم، ومما تشتمله تلك الشروط: القيود المتعلقة بالإدارة والتصرف في أموال الشركة وموجوداتها ونشاطها وتوزيع أرباحها وتعيين مجلس إدارتها وتفويضه بالصلاحيات وعزله ومحاسبته... إلخ.

وهذا يتحقق في كل أنواع شركات المساهمة، سواءً كانت مكونة من اثنين أو أكثر، وسواءً كانت أسهمها متداولة في السوق المالية أو لا، وسواءً كان رأس مالها قليلاً أو كثيراً، فالحقيقة النظامية والقانونية واحدة.

ثانيًا: حقوق المساهم أو الحقوق المتصلة بالأسهم:

إن حقوق المساهم أو الحقوق المتصلة بالأسهم تجعله هو اليد العليا في إدارة الشركة والتصرف فيها وتعديل عقدها ونظامها الأساس، وأنه هو الذي يختار أعضاء مجلس الإدارة، وهو الذي يقرر عزلهم أو محاسبتهم أو إبراء ذمتهم، وكافة الحقوق التي يملكها المالك في ملكه والشريك في شركته، وغاية ما قيده به المنظم هو تنظيم ممارسة المساهم لتلك الحقوق، فهي حقوق ثابتة له بقوة النظام ولا يمكن حرمانه منها، ويستمددها من كونه مالكا وشريكا ولا يملك غيره الاعتداء على حقوقه وأمواله وحقه في التصرف فيها وفق النظام.

وهذه الحقوق والصلاحيات التي يملكها بقوة النظام والتي لا يمكن منعه من ممارستها تدل على أن القيود على الإدارة والتصرف في الأموال إنما هو (تقييد وتنظيم) تقتضيه طبيعة الأموال المشتركة وحفظ مصالح الشركاء، وليس منعًا مطلقًا من كل وجه.

ومن تلك الحقوق التي قررها نظام الشركات للمساهمين ما نصت عليه المادة (١٠٧) والتي بعنوان (الحقوق المتصلة بالأسهم)، حيث نصت على أنه «تثبت للمساهم الحقوق المتصلة بالسهم، وتشمل حق التصرف فيه، وحق حضور جمعيات المساهمين، والاشتراك في مداوراتها، والتصويت على قراراتها، والحق في الحصول على نصيب من صافي الأرباح التي يتقرر توزيعها، وحق انتخاب أعضاء مجلس الإدارة، وحق الاطلاع على سجلات الشركة ووثائقها بما لا يخل بسرية

المعلومات، ومراقبة أعمال مجلس الإدارة، ورفع دعوى المسؤولية على أعضاء المجلس، والطعن بالبطالان في قرارات جمعيات المساهمين، والحق في الحصول على نصيب من أصول الشركة عند التصفية، وذلك بالشروط والقيود الواردة في النظام أو في نظام الشركة الأساس، فالمساهم يتولى الإدارة والتصرف وفقاً للنظام من خلال تعيين مجلس إدارة ينوب عنه في تفاصيل الأعمال والقرارات، حيث إنه لا يمكن أن يتولى ذلك كل مساهم في الشركة مهما كان عدد المساهمين فيها، وهذا ما تقتضيه طبيعة الشركات بشكل عام؛ لأنه لا يمكن أن يكون لجميع الشركاء حق التصرف في أموال الشركة، حتى في شركات المضاربة والشركات الصغيرة من حيث عدد الشركاء أو حجم رأس المال، فالتصرف يكون وفقاً لما يتفقون عليه في العقد ولمن يتوافقون على الإذن له.

فالحقوق المذكورة في المادة (١٠٧) تقرر بشكل واضح أن المساهم يتمتع بكامل الحقوق التي تمكنه من التحكم بالشركة والتصرف فيها وتعيين إدارتها وعزلهم ومحاسبتهم والاطلاع على وثائق الشركة ومستنداتها، والحصول على الأرباح، وعلى نصيبه من موجودات الشركة عند تصفيتها، وهذا كله لا مستند له إلا كونه هو المالك الحقيقي للشركة والمتصرف بشؤونها وفق الإجراءات المحددة لهذا التصرف في النظام وفي نظام الشركة وعقد تأسيسها.

وفي المواد النظامية التي تتحدث عن صلاحيات الجمعية العامة العادية وغير العادية للشركة فإنه تتضح سلطات المساهم وصلاحياته وحقوقه بشكل أكثر تفصيلاً، وهي حقوق يستمدّها من كونه مساهماً في الشركة، ولكون الشركة تأسست بأمواله وأنه هو من يربح ويخسر من أعمالها، وأنه هو من تؤول إليه أموال الشركة وموجوداتها عند تصفيتها.

وهذا ما قرره النظام في عدد من المواد التي فصلت في صلاحيات الجمعيات العامة للمساهمين، والتي رغم سعتها فإنها لا تملك أن تلغي حقوق المساهم أو صلاحياته بأي شكل من الأشكال، حيث نصت المادة (٨٥) من نظام الشركات على أنه «تختص الجمعية العامة غير العادية بالآتي:

١. تعديل نظام الشركة الأساس، إلا ما يتعلق بما يأتي:

أ- حرمان المساهم أو تعديل أي من حقوقه الأساسية التي يستمدّها بصفته مساهماً، وذلك مع مراعاة طبيعة الحقوق المتعلقة بنوع أو فئة الأسهم التي يمتلكها المساهم، وبخاصة ما يأتي:

(١) الحصول على نصيب من الأرباح التي يتقرر توزيعها، سواء أكان التوزيع نقداً أم من خلال إصدار أسهم مجانية لغير عاملي الشركة والشركات التابعة لها.

(٢) الحصول على نصيب من صافي أصول الشركة عند التصفية.

٣) حضور جمعيات المساهمين العامة أو الخاصة، والاشتراك في مداولاتها، والتصويت على قراراتها.

٤) التصرف في أسهمه، إلا وفقاً لأحكام النظام.

٥) طلب الاطلاع على سجلات الشركة ووثائقها، ومراقبة أعمال مجلس الإدارة، ورفع دعوى المسؤولية على أعضاء المجلس، والطعن ببطلان قرارات جمعيات المساهمين العامة والخاصة.

ب- التعديلات التي من شأنها زيادة الأعباء المالية للمساهمين، ما لم يوافق على ذلك جميع المساهمين.

٢. تقرير استمرار الشركة أو حلها.

٣. الموافقة على شراء الشركة لأسهمها».

فالجمعية العامة غير العادية التي لها صلاحيات واسعة تصل إلى حق اتخاذ القرار في تعديل نظام الشركة أو قرار استمرار الشركة أو حلها لا يمكنها أن تتجاوز حقوق المساهم أو تقرر منعه أو حرمانه منها، مما يؤكد أن حقوق المساهم في التصويت والترشح والترشيح والاطلاع والحصول على نصيبه من الأرباح والتصفية وغير ذلك حقوق أصيلة يحميها النظام ولا تملك أي جهة في الشركة أن تحرمه منها.

وهكذا بقية المواد التي تقرر صلاحيات وحقوق المساهم وجمعيات المساهمين، وغاية ما فيها أنها نظمت طريقة ممارسة المساهم لتلك

الحقوق واستخدامها، بحيث يكون استخدامه لها لا يؤثر على حقوق بقية المساهمين ومصالحهم.

ثالثاً: أن طرق الإدارة والقيود على تصرفات المساهمين من الشروط الجعلية:

إن ما يقرره نظام الشركات وعقد الشركة ونظامها من طرق الإدارة والقيود على التصرفات المباشرة وغير المباشرة في الشركة هو في حقيقته من الشروط الجعلية، التي وافق عليها الشريك والمساهم عندما دخل في عقد الشركة والتزم بنظامها ونوعها وقدم أمواله مقابل الحصول على حصة فيها، وإن هذه الإجراءات والاشتراطات التي تكون في شركة المساهمة سواء كان من التنظيمات والاشتراطات التي وضعها المنظم، أو كانت باتفاق الشركاء والمساهمين، هي من باب الشروط الجعلية التي لا تؤثر على حقيقة الشركة وتكييفها، ومن الوارد أن تكون في أي نوع من أنواع الشركات، بل قد تكون في الشركات الفقهية المعروفة، كالمضاربة مثلاً، حيث يتفق الشركاء ويتعاقدون على تقييد التصرفات أو حصرها في بعضهم دون بعض أو نحو ذلك من الشروط والقيود التي يرضونها ويرون أنها تحفظ أموالهم وتحقق مصالحهم.

وقد قررت المادة (١٠٤) من نظام الشركات السعودي هذا الأمر بشكل صريح، حيث نصت على أن «الاكتتاب في الأسهم أو تملكها يفيد بقبول المساهم بنظام الشركة الأساس والتزامه بالقرارات التي تصدرها جمعيات المساهمين وفقاً لأحكام النظام ونظام الشركة

الأساس، سواء أكان حاضراً أم غائباً، وسواء أكان موافقاً على هذه القرارات أم معارضاً لها»، حيث إن تملك الأسهم يفيد الرضا والقبول والالتزام بما ورد في نظام الشركة وعقدها من القيود والإجراءات والصلاحيات ونحوها، وبما يصدر عن الشركة من قرارات الأغلبية التي تصدر وفق النظام.

وأما كون المساهمين لا يتصرفون في الأموال طيلة مدة الشركة فهذا لا يعني أنها قد خرجت عن ملكهم، بل مرد ذلك إلى العرف الذي هو كالشرط، والمسلمون على شروطهم، وله نظير في الشرع، وهو المال المرتهن حيث يبقى على ملك الراهن، ولا يخرج عن ملكه، وليس له أن يتصرف فيه بالبيع مدة الرهن على القول الصحيح، وهو قول جماهير أهل العلم، فامتناع التصرف من أجل حق الغير لا يمنع ثبوت الملك لأصحابها^(١).

ويتحصل مما سبق من النصوص النظامية المتعلقة بالتأسيس والإدارة وحقوق المساهم فيها أنه لا أثر لهذه الخصائص في تكييف شركة المساهمة ولا في حقيقتها، وأنها قيود تنظيمية وتعاقدية تم التوافق عليها لحفظ حقوق ومصالح المساهمين والشركات والمتعاملين معها بشكل عام، وأنها كبقية الشروط الجعلية التي يتفق فيها الشركاء على تقييد حقوقهم في التصرف أو تنظيم شؤونهم وقراراتهم دون أن تتأثر حقوقهم المتصلة بأسهمهم وحصصهم وملكيتهم لها، وهي الحقوق

(١) انظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١٣/ ١٨٩).

الأساسية للشريك، كالتصويت والترشح والترشيح والاطلاع وتعيين الإدارة وعزلها ومحاسبتها وتعديل عقد التأسيس وإنهاء الشركة وحلها والحصول على الأرباح أو على نصيبه من التصفية، وهي الحقوق التي يملكها أي شريك في أي نوع من أنواع الشركات.

كما أن القيود الواردة على التصرف بالأموال والقرارات يمكن أن تقع في كل أنواع الشركات التجارية والمدنية بلا فرق، ولا يترتب على اتفاق الشركاء في أي نوع من أنواع الشركات على تقييد التصرف في أموال الشركة أو تقييد طرق الإدارة فيها أن تنتقل من كونها عقد شركة إلى علاقة مختلفة ليس لها تكييف واضح منضبط يمكن التحاكم إليه واستمداد الأحكام منه.

فمجرد وجود القيود على التصرف لا يعني انتفاء الملك أو تغيير تكييف المركز النظامي والقانوني للمالك والشريك، حتى في شركة الملك التي لا تعاقد فيها ولا تفويض ولا إذن بالتصرف فإن كل مالك أو شريك لا يملك أن يتصرف في نصيبه من المال المشاع أو المشترك بأي تصرف قد يؤثر على غيره من الملاك والشركاء، ولا يستطيع أن يسترد نصيبه ويعزله عن بقية الأنصبة في كل الأحوال، فإذا ثبت ذلك هنا فثبوته في شركة العقد من باب أولى، حيث رضي كل شريك ومساهم بما ورد في عقد الشركة أو نظامها أو نظام الشركات حين قرر بذل أمواله في مقابل تملكه نسبة من الشركة.

المبحث الثاني تكييف شركة المساهمة بأنها عقد وآثاره

نظراً لطبيعة شركة المساهمة وتعدد صورها وحجمها وعدد مساهميها فقد اتجه الباحثون من الفقهاء والقانونيين إلى اتجاهاين رئيسين في تكييف شركة المساهمة وأثر كل تكييف على عدد من أحكام الشركة والمساهمين، وفي هذا المبحث سأستعرض الاتجاه الذي يرى أن تكييف شركة المساهمة لا يخرج عن كونها (عقداً) من عقود الشركات، ونوعاً من أنواعها، وأن ما ظهر من خصائصها وطرق تأسيسها وإدارتها لا تخرج عن كونها شروطاً بين المساهمين الذين هم (شركاء) في تأسيس الشركة وفي ملكيتها.

ومرتكز ذلك على أمور مهمة، منها ما يلي:

أولاً: أن حقيقة عقد الشركة متحقق في شركة المساهمة، وأنها شركة تنشأ بإرادة كل مساهم ورضاه وقبوله بأن يشارك غيره في أمواله رغبة في الربح، مع تفويض غيره وتوكيله وإذنه له بالتصرف، وأن هذه الحقيقة التعاقدية متحققة في شركة المساهمة، ويتحقق بها الإيجاب والقبول الذي تنعقد به العقود.

ثانياً: أن الشخصية الاعتبارية للشركة لا تفعل ولا تعقد ولا تصرف ولا تستثمر ولا تتخذ قراراً ولا غير ذلك، لا في الحلال ولا في الحرام، إلا من خلال من يمثلها، ووفقاً للقيود الواردة في نظامها وعقد

تأسيسها، وهذه الأمور كلها إنما يقوم بها المساهمون وهم من يعين أعضاء مجلس الإدارة ويعزلهم ويحاسبهم، وهم الشركاء الحقيقيون والملاك الطبيعيون لكل ما تملكه الشركة وما تقوم به من الربح والخسارة ومن الحلال والحرام.

ثالثاً: أن الفروق بين الشركات الحديثة وبين الشركات في الفقه الإسلامي، فروق لا ترقى لأن تغير تكييف الشركات الحديثة، لأن ما في الشركات الحديثة من القيود والخصائص والإجراءات المختلفة عن الشركات في الفقه، ما هي إلا شروط ارتضاها المتعاقدان أو المتعاقدون، وحكمها حكم الشروط في العقد، ولا يوجد من تلك الخصائص التي في الشركات التجارية الحديثة ما يؤثر على حقيقتها أو على حكمها، ولا بد أن يُعلم أن الفصل بين المساهم أو الشريك وبين ممتلكات الشركة وموجوداتها، وكونه لا يملك حقاً عينياً على حصته أو ما يساوي حصته في الشركة، سببه أن حصّة الشريك في الشركات على اختلافها -حتى الشركات قديماً وليست هذه نازلة- أصبحت ملكاً شائعاً لعموم الشركاء، ولا يملك الواحد منهم أن ينفرد بالتصرف إلا أن يكون مأذوناً له، فإذا نص عقد الشركة على أنه لا يحق لأحد الشركاء أن يتصرف في أموال الشركة، أو أن لا يبيع نصيبه إلا على الشركاء، أو نحو ذلك، فإن هذه الأحكام المنصوصة في العقد أو في العرف ونحوه من قبيل الشروط الجعلية، التي يجب التزامها والوفاء بها.

رابعًا: أن تأسيس شركة المساهمة أو الاكتتاب بها إنما يتم بين أطراف يبذلون أموالهم بإيجاب وقبول يُشترط له ما يُشترط للعقود من الأركان والشروط المتعلقة بالأهلية والرضا والمحل، وتنتقل بذلك الأموال من ملكيتهم الخاصة إلى الوعاء الذي يجمع أموالهم ولا يتم التصرف فيها إلا وفق ما أذنوا به وتعاقدوا عليه من أحكام وشروط تحدد نوع الشركة ونشاطها ومدتها ومن يمثلها وحقوقهم فيها.

وهذه هي حقيقة العقود وطبيعتها، ولا تخرج شركة المساهمة عن ذلك.

خامسًا: أن رأس مال الشركة كله إنما نشأ واجتمع من قيمة الأسهم التي اكتتب بها المساهمون، فكلُّ جزءٍ من الشركة قد وجد من حيث الأصل مقابل سهمٍ من تلك الأسهم، والأموال التي دفعها المساهمون هي التي كوّنت رأس المال، وتحديد رأس مال الشركة وما يتبعها من الحقوق العينية والمعنوية مبنيٌّ على مقدار الأسهم التي تمَّ الاكتتاب بها والأموال التي تحصّلت من عملية الاكتتاب.

وإذا ثبتت ملكية المساهم لجزءٍ من الشركة في مرحلةٍ ما كالتأسيس أو الاكتتاب، فالأصل بقاء هذا الملك واستمراره، ولا يمكن أن يُنزع منه حقيقة هذا الملك، ولا أن يُقال بتحويل تلك الملكية إلى ملكية اسم ورقة مالية لا تمثل شيئاً من أموال الشركة وأصولها وحقوقها، ودون أن يكون ذلك السهم ممثلًا لتلك الحصة المملوكة له سابقًا.

كما أنَّ المساهم لكونه شريكاً في الشركة، ومالكاً لجزءٍ مشاعٍ منها، فإنَّ ما يحصل عليه من الأرباح هو في الحقيقة نماء ماله، وما نشأ من الأرباح بسبب أعمال الشركة فإنه من عمل الأجراء في الشركة التي يملك نصيباً منها، والذين يملك -بمقتضى عقد الإجارة- منافع أبدانهم في حدود ما تعاقدت عليه الشركة معهم، وهو الذي عيّن مجلس الإدارة وقرر له صلاحياته.

فالأرباح المتحققة للشركة هي من نتاج مجموع ما تمثله أسهم المساهمين في الشركة، وبذلك استحقوا نصيبهم من تلك الأرباح، استحقاق المالك لربح ملكه.

ولو لم يكن المساهم شريكاً لما أمكن أن يكون له أدنى حقٍّ في تلك الأرباح.

سادساً: أن جميع ما يخص الشركة من أموال وأصول وحقوق تؤوّل عند التصفية إلى المساهمين، ويقتسمونها كما يقتسم الشركاء أموال الشركة عند التصفية.

فالشركة تنشأ بأموالهم ثم تؤوّل إليهم، وما بين التأسيس والتصفية يملكون أرباحها والمعاوضة على نصيبهم فيها، وهذا لا يكون إلا لمن يملك الشركة حقيقةً، كما يملك الشركاء الشركة في سائر أنواع الشركات الفقهية والتجارية.

وبناءً على تكييف العلاقة بين المساهمين بأنها علاقة عقدية، وأن المساهمين هم شركاء في هذه الشركة وهم المالكون لها والمتصرفون فيها بأنفسهم أو بمن ينوب عنهم، فقد قرر أهل العلم تحريم الشركات التي تأسست من أجل الحرام أو التي أغلب أموالها ونشاطها في الحرام؛ لكون الشريك والمساهم يُعدّ شريكاً فيما تقوم به الشركة من أعمال محرمة، كما ذهب كثير من أهل العلم إلى حرمة الاستثمار في الشركات ذات الأنشطة المختلطة، وهي الشركات التي يكون أصل نشاطها مباحاً، إلا أن لها تعاملات محرمة لا تزيد عن نسبة معينة، وقرروا التحريم بناءً على أن المساهم مالك لجزء من هذه الشركة بموجوداتها بمقدار أسهمه، فحرم عليه المشاركة والمساهمة فيها، ولكونه شريكاً حقيقياً كالشركاء في سائر عقود الشركات، والذين قرر الفقهاء تحريم أن يتولى الكافر فيها التصرف بأموال الشركة لكونه لا يتورع عن الحرام.

وقد قرر تحريم الشركات ذات الأنشطة المحرمة مهما كان مقدار الحرام فيها كثير من أهل العلم والباحثين^(١)، وذلك لكون المساهم شريكاً في الشركة.

كما أن عدداً من الأحكام المتعلقة بالشركة قد بناها أهل العلم والمجامع الفقهية واللجان الشرعية على اعتبار أنها عقد وأن المساهم يملك الشركة وموجودتها وأن السهم يمثل حصةً شائعةً فيها، ومن

(١) انظر: المعايير الشرعية، ص(٢٤٩)، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء (١٣/٤٠٧)، مجلة المجمع (٧/١/٧١٢).

تلك الأحكام الأخذ بمبدأ الغلبة في تداول أسهم الشركات المشتملة على نقود وديون، فإنه بناءً على أن المالك للسهم هو مالك للموجودات، وأن السهم يمثل حصة مشاعة من موجودات الشركة، فإن كانت الموجودات نقوداً أو ديوناً هي الأغلب في موجودات الشركة، وجب مراعاة أحكام الصرف في تداول السهم في حالة كانت غالب الموجودات نقوداً، وحرّم تداول السهم في حالة كون غالب الموجودات ديوناً^(١).

وكذلك في أحكام زكاة الأسهم فإنه بناءً على كون مالك السهم هو مالك للموجودات، وأن العلاقة بين المساهمين علاقة تشاركية في ملك الموجودات، فقد قرر عدد من الباحثين أن مالك السهم يزكي ما يقابل السهم من الموجودات الزكوية، كالنقود وعروض التجارة ونحوها، بخلاف الأصول التي تظهر في القوائم المالية للشركة مما لم يعد للبيع كالسيارات والعقارات التي هي ملك الشركة مما أعد للاستخدام^(٢).

فهذه الأمثلة من الأحكام والمسائل التي يقررها أهل العلم والباحثون في عدد من المسائل المتعلقة بشركة المساهمة وطبيعة الأسهم والمساهمين فيها تتفرع من تكييفهم بأن الشركة عقد وأن المساهم مالكٌ لجزءٍ مشاعٍ من الشركة في حقيقة الأمر.

(١) انظر: مجلة المجمع (٢١٦٣/٣/٤)، التوصيف الفقهي للسهم للشيبلي ص (٢٢١).

(٢) انظر: قرار الندوة الحادية عشرة لبيت الزكاة بشأن زكاة الأسهم (١/١٨٤).

المبحث الثالث

تكييف شركة المساهمة بأنها تنظيم وآثاره

ذهب بعض الباحثين إلى القول بأن العلاقة بين المساهمين هي مجرد علاقة تنظيمية، وأن مالك السهم ليس شريكاً لبقية حملة الأسهم، وأنه لا يملك موجودات الشركة، وأن السهم إنما هو عرض تجاري يقصد لذاته، وأن شركة المساهمة ليست عقداً من عقود الشركات.

ولم يتحرر هذا القول بشكل واضح في جميع جوانبه فيما وقفت عليه، وإنما يفهم هذا من تقارير متفرقة تتحدث عن مسألة هنا أو هناك من مسائل شركة المساهمة وحقيقة الأسهم وما تمثله في الشركة، ولذا فإن التكييف لا يمكن نسبه بكل جوانبه أو لوازمه إلى جميع من تكلم في المسألة وتكييف الشركة أو الأسهم، وأنها ليست عقداً أو أن الأسهم ليست جزءاً مشاعاً من الشركة.

وممن طرح إشارات إلى هذا التكييف الدكتور محمد الجبر، حيث عرض «الفكرة التنظيمية» لطبيعة شركة المساهمة وحقيقتها وتكييفها ومال إليها^(١)، وقال إنها بدأت تتغلب على الفكرة التعاقدية للشركة، وعلل لها بتعليلات لا تخلو من إشكال، منها: أنه «تقوم العقود عادةً على التوفيق بين مصالح متعارضة لأطرافها كما هو الحال في معظم

(١) جرى الدكتور الجبر في جميع الأحكام المتعلقة بالسهم -بما في ذلك تعريفه للسهم- على اعتبار السهم حصة مشاعة، وإنما طرح هذا الرأي في بداية حديثه عن طبيعة الشركات.

عقود المعاوضة، كعقد البيع أو عقد الإيجار، بينما ينتفي هذا التعارض في الشركة التي يسعى الشركاء فيها إلى تحقيق هدفٍ مشتركٍ هو الحصول على الربح»^(١)، وهذا التعليل ينطبق على جميع أنواع الشركات، ويلزم من ذلك إخراجها من كونها عقوداً ودخولها في هذه «الفكرة التنظيمية»؛ لأن الشركاء في جميع أنواع الشركات يسعون لتحقيق هدفٍ مشتركٍ هو الحصول على الربح.

وعلّل للفكرة التنظيمية كذلك بكثرة تدخّل المنظم في أحكام الشركات، وهذا الأمر في الحقيقة هو من باب السياسة الشرعية إذا كانت تلك التنظيمات تحقق المصالح العامة، ولا تختص بها الشركات، فإن الأنظمة في هذا العصر أصبحت تتعلق بكافة المعاملات، وضبط الأنظمة لها لا يخرجها عن حقيقتها، ويتدخل المنظم كثيراً لتحقيق مصالح معينة للمتعاقدین وللمجتمع وللنظام العام، ولا يلزم أن تتغير بذلك حقائق العقود والمعاملات وتكييفاتها إذا ورد عليها نظام يضبط أو ينظم أحكامها.

وعلّل كذلك بأنه «يصعب القول بوجود عقدٍ بين أشخاصٍ، لا يعرف بعضهم بعضاً، ولا يستطيعون مناقشة الشروط التي يتم على أساسها مساهمتهم في المشروع»^(٢).

(١) القانون التجاري السعودي للدكتور الجبر ص (١٣٦).

(٢) المرجع السابق.

ومثل هذا التعليل لا يُغيّر حقيقة الشركة، ولا يمنع صحة التعاقد شرعاً، ولا حتى قانوناً، فليس من شروط صحة العقود أن يعرف المتعاقدون بعضهم بعضاً، ولا أن يتناقشوا في الشروط، فالشروط هنا معلنة ومن قبلها من جمهور الناس دخل في العقد وأصبح شريكاً، ومن لم يقبل بتلك الشروط فله الحق بأن لا يشترك ولا يساهم.

ثم إن الدكتور الجبر في الوقت نفسه يصف هذه «الفكرة التنظيمية» بأنها تفتقر إلى التحديد^(١)، وهذه الضبابية في المصطلحات والألفاظ وعدم دقة المفاهيم عند القانونيين لا تختص بهذه المسألة فقط، ولا يسوغ للفقهاء أن يبنوا أحكامهم على مثل تلك المصطلحات والألفاظ القانونية التي تفتقر إلى الدقة والتحرير، ولا تطرّد في مدلولها ولوازمها.

وفي الوقت نفسه فإن الدكتور الجبر عرّف السهم في نهاية الأمر بأنه «صك يمثل حصة في رأس مال شركة الأموال، ويقابل حصة الشريك في شركة الأشخاص»^(٢)، فهو يقرر بشكل صريح وواضح أنه السهم يمثل حصة في الشركة كحصة الشريك في شركات الأشخاص.

وقد قرر بعض الباحثين بأن عدم قدرة المساهم على استرداد نصيبه أو عدم قدرته على تصفيته، يؤثر في التكييف الفقهي، وقالوا بأن كون المساهم قادراً على بيع أسهمه فإن ذلك لا يعد استرداداً لماله ولا تصفيةً لنصيبه من موجودات الشركة، وينبني على ذلك عدم استحقاقه

(١) المرجع السابق ص (١٣٧).

(٢) المرجع السابق ص (٢٥٩).

لفرق القيمة بين الموجودات والقيمة السوقية، ولو كانت قيمة الموجودات أكبر، وقالوا بأن الشريك في شركات الأشخاص إذا طلب تصفية نصيبه لزمّت التصفية، وقالوا بأن مما يؤكد الانفكاك بين السهم وبين موجودات الشركة: التفاوت الحاصل بين القيمة السوقية للسهم وما يقابلها من موجودات في الشركة ففي كثير من الأحيان تنخفض القيمة السوقية للأسهم في الوقت الذي تكون الشركة قد حققت أرباحاً، والعكس بالعكس^(١).

ومما يدل على أن شركة المساهمة ليست عقداً أن السهم لا يمثل حصة شائعة في الشركة وذلك بالنظر إلى قصد المشتري من الشراء فإن القصد الموجود لدى المشتري هو الحصول على الربح عند بيع السهم دون النظر للموجودات، حتى أن كثيراً من المشتريين لا يعلمون عن نشاط الشركة ولا موجوداتها، لأن مقصودهم هو قيمة السهم السوقية وما تحققه من أرباح، إذا تقرر هذا مع اشتراط العلم بالمبيع لزم اعتبار أن السهم ذو قيمة مالية مقصودة بذاته، وأن السهم هو السلعة المباعة، وأنه لا يمثل جزءاً مشاعاً من الشركة^(٢)، وأن شركة المساهمة ليست عقداً من عقود الشركات.

(١) انظر: الاستثمار في الأسهم والصناديق الاستثمارية ص (٣٧)، التوصيف الشرعي للأسهم والآثار المترتبة عليه ص (٢١٤).

(٢) انظر: الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي د. حسن العرياني ص (١٣).

المبحث الرابع المقارنة والترجيح بين التكييف العقدي والتنظيمي لشركة المساهمة

بالنظر إلى تعريفات شركة المساهمة والسهم في النظام السعودي وعند الباحثين من الفقهاء والقانونيين وبعد النظر فيما تقدم من خصائص شركة المساهمة وأثرها على التكييف الفقهي والنظامي لشركة المساهمة، وما سبق عرضه من الاتجاهات المعاصرة في تكييف شركة المساهمة والأسهم؛ فإن الذي يظهر رجحانه -والله أعلم- أن شركة المساهمة عقد من العقود، وأنها من جنس عقود الشركات، وأن السهم يمثل حصةً شائعةً من الشركة، بحيث يكون صاحب السهم مالكاً لجزءٍ مشاعٍ من الشركة يماثل نسبة أسهمه إلى مجموع أسهم الشركة، وهذا الجزء المشاع يتعلق بكل ما تشتمل عليه الشركة، فيشمل اسمها التجاري، وأموالها، والديون التي لها أو عليها، وأصولها وموجوداتها، وما تملكه من امتيازاتٍ أو حقوق، وغير ذلك.

ولعل من المهم الإشارة إلى التلازم بين حقيقة السهم وحقيقة شركة المساهمة، فإن رأس مال شركة المساهمة ينقسم إلى أجزاء وحصص تسمى (أسهمًا)، فإذا كانت الشركة عقدًا والمساهمون فيها شركاء يملكون جزءًا مشاعًا من الشركة فإن هذه الأوصاف والعلائق المترابطة تؤثر في التكييف وحقيقة كلٍّ منها، ولا يمكن أن تكون الشركة عقدًا ولا يكون السهم فيها جزءًا مشاعًا من الشركة، كما لا يمكن أن

يكون المساهم شريكاً وما يملكه من أسهم لا تمثل حصةً من الشركة، وهكذا إذا قيل بأن الشركة تنظيمٌ وليس عقداً، فيلزم عليه أن العلاقة بين المساهمين ليست تعاقدية، وأن السهم لا يمثل جزءاً من الشركة، وأن من يملك السهم لا يملك جزءاً منها.

ولذا فإنَّ تعريف الفقهاء والقانونيين والاقتصاديين للسهم مهم ومؤثر في تكييف شركة المساهمة والعلاقة بين المساهمين وحقيقة السهم وتكييفه، ولذا سأذكر على وجه الاختصار عدداً من التعريفات الفقهية والقانونية للسهم، والتي تدل على حقيقة شركة المساهمة وتكييفها.

فمن تعريفات القانونيين للسهم، أنه «صك أو مستند يمثل النصيب الذي يشترك به المساهم في الشركة، وهو يقابل حصة الشريك في شركات الأشخاص، بمعنى أن السهم هو وثيقة تثبت حق المساهم في الشركة»^(١).

أو هو «عبارة عن الصك الذي يعطى للمساهم في شركة المساهمة لكي يمثل مقدار الحصة أو الحصص التي يشترك بها في رأس مال الشركة»^(٢).

(١) النظام القانوني للشركات المساهمة في دول مجلس التعاون الخليجي العربية - دراسة مقارنة، للدكتور إبراهيم بن عبد الله الزامل والدكتور ولاء رفعت ص (٨٨).

(٢) الشركات التجارية في القوانين الوضعية والشرعية الإسلامية للأستاذ الدكتور فوزي عطوي ص (١٣٧)، وقد نسب هذا التعريف إلى غالبية المتخصصين في القانون التجاري.

وقال بعضهم: «السهم هو حصة المساهم في شركة الأموال، ويقابل حصة الشريك في شركة الأشخاص، كما يُقصد بالسهم أيضاً: الصك الذي تصدره الشركة ويمثل حق المساهم فيها»^(١).

أو هو «صك يمثل حصة في رأس مال شركة الأموال، ويقابل حصة الشريك في شركة الأشخاص»^(٢).

أو هو «صك أو مستند يعطى إلى مالك جزء من رأس مال شركة ما يثبت حقوقه كشريك»^(٣).

وعُرفت الأسهم كذلك بأنها «صكوك متساوية القيمة، وقابلة للتداول بالطرق التجارية، والتي يتمثل فيها حق المساهم في الشركة، لاسيما حقه في الحصول على الأرباح»^(٤).

وقد عرّفها الباحثون من الفقهاء بمثل التعريفات السابقة، حيث يقول الدكتور عبد العزيز الخياط: «تحمل كلمة السهم في اصطلاح الشركات معنيين: معنى حصة الشريك في شركة الأشخاص، ومعنى الصك الذي يعطى للشريك إثباتاً لحقه، وهو بالمعنى الثاني دالٌّ على

(١) الشركات التجارية في القانون المصري للدكتور محمود سمير الشرقاوي ص (١٦٧).

(٢) القانون التجاري السعودي للدكتور الجبر ص (٢٥٩).

(٣) قاموس التعابير الاقتصادية والمالية لإيف برنار وجان كلود كولي - ترجمة لجنة تحت إشراف كمال الخولي - ص (٣١٢).

(٤) شركات المساهمة للدكتور أبو زيد رضوان ص (١٠٨).

المعنى الأول، أي: دالٌّ على حصة الشريك في الشركة، وحصته في الشركة تشمل رأس المال المدفوع، ونصيبه من موجودات الشركة، ورأس المال الاحتياطي، والأرباح المجمدة لغرضٍ ما^(١).

واختار الدكتور صالح البقمي تعريف السهم بأنه «الجزء الذي ينقسم على قيمته مجموع رأس مال الشركة، المثبت في صكٍّ له قيمة اسمية، وتمثل الأسهم في مجموعها رأس مال الشركة وتكون متساوية القيمة»^(٢).

وقال الدكتور خورشيد أشرف إقبال بأن «السهم: هو النصيب، أو الحصة للمساهم في شركة الأموال، وهذه الحصة تمثل جزءاً مشاعاً وليس مالاً مفرزاً، كما أن السهم يعني الوثيقة أو الصك الذي يُعطى للمساهم من قبل الشركة ويمثل حق المساهم في موجودات الشركة أو خصومها بقدر حصته المدونة في هذا الصك»^(٣).

وقال الدكتور مبارك بن سليمان آل سليمان بأن «السهم في حقيقته جزءٌ من رأس مال شركة المساهمة، حيث يُقسم رأس مال الشركة عند

(١) الشركات في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد العزيز الخياط (٢/ ٢١٢)، وقد تبنى هذا التعريف أيضاً علي نديم الحمصي في كتابه «الشركات المساهمة في ضوء القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي» ص (٢٦٠).

(٢) شركة المساهمة في النظام السعودي ص (٣٣٣).

(٣) سوق الأوراق المالية بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية ص (٩٣-٩٤).

تأسيسها إلى أجزاء متساوية، يمثل كل جزءٍ منها سهماً، ويمثل هذا السهم بصكٍ يثبت ملكية المساهم له»^(١).

وعرّف الدكتور محمد صبري هارون السهم كذلك بأنه هو «الحصة أو النصيب للمساهم في شركة من شركات الأموال، وهذه الحصة تمثل جزءاً من رأس مال الشركة، ويتمثل السهم في صك يعطى للمساهم، ويكون وسيلةً إلى إثبات حقوقه في الشركة»^(٢).

وعرف الدكتور وهبة الزحيلي الأسهم كذلك بأنها «حصص الشركاء في الشركات المساهمة، فيقسم رأس مال الشركة إلى أجزاء متساوية، يسمّى كلٌّ منها سهماً، والسهم: جزءٌ من رأس مال الشركة المساهمة، وهو يمثل حق المساهم مقدراً بالنقد»^(٣).

فجميع التعريفات تدل على تقريرهم لحقيقة السهم وشركة المساهمة وعلاقة المساهم بها، بل إنهم لا يذكرون معنىً آخر للسهم غير هذا المعنى الذي يقرر أن السهم جزء مشاع من الشركة، وأن المساهم شريكٌ يملك جزءاً مشاعاً من الشركة بقدر أسهمه، وما يستلزم ذلك من أن العلاقة بين المساهمين هي علاقة تعاقدية، يجمعهم فيها عقد الشركة وينظم ملكيتهم للشركة وإدارتها وحقوقهم فيها.

(١) أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة (١ / ١١٤).

(٢) أحكام الأسواق المالية ص (٣٠).

(٣) بحث بعنوان: «السوق المالية»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السادس / الجزء الثاني / ص (١٣٢٢).

وقد قررت المجامع الفقهية هذا الأمر، حيث نص مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة في القرار مادة (٦٣) (٧/١) في دورته السابعة على أن «المحل المتعاقد عليه في بيع السهم هو الحصة الشائعة من أصول الشركة، وشهادة السهم عبارة عن وثيقة للحق في تلك الحصة»^(١).

ومما يؤكد هذا التكييف وأنه هو المتوافق مع حقيقة الشركة ونشأتها وتأسيسها وأحكامها الفقهية والنظامية، أن رأس مال الشركة كله إنما نشأ واجتمع من قيمة الأسهم التي اكتتب بها المساهمون، فكل جزء من الشركة قد وجد من حيث الأصل مقابل سهم من تلك الأسهم، والأموال التي دفعها المساهمون هي التي كوّنت رأس المال هذا، وتحديد رأس مال الشركة وما يتبعها من الحقوق العينية والمعنوية مبني على مقدار الأسهم التي تمّ الاكتتاب بها والأموال التي تحصلت من عملية الاكتتاب.

وكذلك فإنّ الشركة تظلّ تلجأ إلى زيادة الأسهم كلما أرادت أن تزيد رأس مالها، سواءً بزيادة رأس المال من خلال اكتتاب جديد، أو من خلال منح أسهم مجانية بتحويل جزء من أرباحها واحتياطياتها المالية إلى أسهم، وكذلك عندما ترغب الشركة في خفض رأس مالها تلجأ إلى تقليل عدد تلك الأسهم؛ لما تمثّله تلك الأسهم في الشركة، وذلك من خلال طرق معينة حددها نظام الشركات، وتظلّ تلك

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي للدورات (١-١٠) ص (١٣٦).

الأسهم تمثل مقدار رأس مال الشركة طوال حياة الشركة، زيادةً أو نقصاً، فالعلاقة ما بين أسهم الشركة ورأس مالها علاقة مطردة، وجوداً وعدمًا، وزيادةً ونقصاً؛ إذ إنها هي رأس المال مجزئاً إلى أجزاء سميت «أسهمًا» وصار من السهل تداولها وانتقالها بين الراغبين بها، وهذا لا يخرجها عن حقيقتها.

كما أن النظام الذي أنشأ هذه الأسهم وقرر خصائصها وحقوقها وكافة أحكامها قد بنى جميع أحكامه على أساس كون السهم يمثل حصةً مشاعةً من الشركة، وأن المساهم شريك فيها.

وكذلك الحال في المجال المالي والمحاسبي، فإن جميع الإجراءات المحاسبية تقوم على أساس أن السهم يمثل جزءاً مشاعاً من الشركة، وأن المساهم شريك فيها، وأن أموال الشركة وموجوداتها مخصومةً منها ديونها تُعدُّ حقوقاً للمساهمين، وتسمى بهذا الاسم بالتحديد -أي: حقوق المساهمين-^(١).

كما أن الشركة عند التصفية تُقسم جميع أموالها وموجوداتها وأصولها على المساهمين فحسب؛ وذلك لاعتبارهم ملائكةً للشركة، فتؤول أموال

(١) انظر مثلاً: حديثهم عن القيمة الدفترية للسهم: المحاسبة في شركات الأموال من الناحيتين العلمية والعملية للدكتور محمود أحمد إبراهيم ص (٤٩-٥٠)، والإدارة التمويلية في الشركات للدكتور محمد أيمن عزت الميداني ص (٧٠٧-٧٠٨)، وأساسيات الاستثمار العيني والمالي للدكتور ناظم محمد نوري الشمري والدكتور طاهر فاضل البياتي وأحمد زكريا صيام ص (٢١٢-٢١٣).

الشركة إليهم بعد حلّها وتصفيّتها، كما تؤوّل الأموال والممتلكات إلى ملائكتها وأصحابها.

وكل مساهم من المساهمين يستحق من تلك الموجودات بقدر نسبة أسهمه في رأس مال الشركة، ولو لم يكن المساهم شريكاً لما استحق شيئاً، فإن من يتعاملون مع الشركة ويشترون سلعها من سنين، أو من يعملون فيها سنين طويلة، أو من يمتلك سندات أو غير ذلك، لا يملك هؤلاء جميعاً شيئاً من الشركة إلا ما يتعلق بوفاء عقودهم من السلع أو الرواتب أو الديون المتمثلة بالسندات، أما الزيادة أو النقص فهي للمساهم أو عليه؛ لأنه المالك لا غير.

ولو قيل بأن السهم سلعة مستقلة فإن مالكة قد استوفى سلعته -وهي السهم- عند شرائه أو الاكتتاب به، ولا نصيب له من أموال الشركة أو موجوداتها فوق ذلك.

ومما يُشكل شرعاً على القول بأن الشركة ليست عقداً وأن المساهم ليس شريكاً وأنه لا يملك شيئاً من الشركة أنه لو قيل بأن السهم سلعة مستقلة، وأنه لا يمثل جزءاً مشاعاً من الشركة، فإنه يلزم على ذلك لوازم متناقضة.

من ذلك أنه يلزم على هذا الرأي إباحة جميع الأسهم بما فيها أسهم البنوك الربوية وجميع الشركات المحرمة بلا استثناء؛ لكونها سلعة كبقية السلع التي تباع وتشتري من البنوك ومن غيرها، وهذا لا يقول به أحد.

وكذلك يلزم نقيض ذلك وهو تحريم شركات المساهمة والأسهم جميعاً من غير استثناء من وجهٍ آخر؛ لأن الأسهم على هذا القول لا تمثل جزءاً من الشركة ولا تُعدّ سلعةً حقيقيةً يمكن الانتفاع بها إلا مجرد المقامرة وتوقع بيعها بأعلى من ثمن الشراء، وهذه هي حقيقة اليانصيب والمقامرة.

ومما يُشكل على القول بأن السهم لا يمثل جزءاً مشاعاً من الشركة أن شراؤه بقصد الحصول على الأرباح المتوقعة التي توزّع على الأسهم مشتملٌ على الربا والغرر.

أما وجود الغرر في هذه الصورة فهو أن المشتري قد دفع مالاً مقابل أرباح قد تحصل وقد لا تحصل، وما دفعه إنما هو مقابل هذا الغرر والمخاطرة، وأما وقوع الربا في هذه الصورة -صورة أن يكون القصد هو الحصول على الأرباح-، فهو أن المساهم قد دفع أموالاً من أجل أن يحصل على أموالٍ مقابلها توزّع كلّ عام، دون أن يكون مقابل المال الذي دفعه عيناً يمكن أن تنمى بالعمل إذا لم يكن ما اشتراه يمثل جزءاً مشاعاً.

والأظهر حينئذٍ في الأرباح الموزعة أنها فوائد ربوية غير محددة، فإنه إذا تمّ الفصل بين الأسهم والشركة وما تشتمل عليه من الأنشطة والأصول فإنّ أرباح الشركة لا علاقة لها في الحقيقة بالسهم، وكيف تكون أرباح الشركة أرباحاً للسهم مع كون السهم ليس جزءاً منها؟.

فالأرباح بالنسبة للشركة تُعدُّ أرباحاً؛ لأنها نماء أموالها ومنافعها، أما بالنسبة للسهم فهي فوائد تمنحها الشركة لمن قَدَّم لها أموالاً عند الاكتتاب وحصل في مقابل أمواله على سلعةٍ من الشركة اسمها «سهم»، بحيث لا تمثل هذه السلعة إلا ورقة مالية فقط، ولا علاقة لها بشيء من أصول الشركة ولا نشاطاتها.

وقد يقال أيضاً في صورة حصول المساهم على الأرباح رغم عدم كونه شريكاً في الشركة: أيُّ فرقٍ بين هذه الصورة وبين أن يدفع المستثمر أمواله مقابل سنداتٍ ليحصل من ورائها على فوائد سنوية؟! فإن قيل: إنه حصل في حالة الأسهم على وثيقة أو صك مالي يمكن تداوله، فهو كالسلعة تماماً.

فيقال: وكذلك السندات وشهادات الاستثمار الربوية هي صكوكٌ مالية يمكن تداولها كالأسهم تماماً، فهل إمكانية التداول وقابلية الورقة المالية له تغييرٌ حقيقتها؟! بل إنَّ هناك مَنْ علَّل لجواز السندات بهذا، حيث يقول بعضهم بـ«أنَّ السند ليس قرضاً، وإنما هو مالٌ لا ربا فيه»، وبأن «السندات سلعٌ تباع كما تباع أي سلعةً بالنقد -ريالاً أو دولاراً أو استرلينياً- تنقص أسعارها اليوم وتزيد غداً»^(١)، ولا شك أنَّ ذلك من المغالطة الواضحة لحقيقة السندات وخصائصها.

(١) الاستثمار المصري - شركات المساهمة في التشريع الإسلامي للأستاذ أمين مدني ص (١٤٤)، وقد أطال الحديث قبل ذلك في تجويز السندات الربوية، وعلل لذلك أيضاً بأنَّ الفائدة الثابتة الممنوحة على السند ليست من الربا؛ لأن «الذي لم يجوزه رجال الفقه الإسلامي بالإجماع هو زيادة القرض الذي تمَّ على غير شرط الاتِّجار» ص (١٣٧).

وتتفق عامة المراجع القانونية والشرعية التي وقفت عليها على جملة من الفروق بين الأسهم والسندات تعود كلها إلى فرق واحد رئيس هو أن الأسهم تمثل حصةً مشاعةً من الشركة في حين أن السندات تمثل قرضاً لحاملها على الشركة^(١)، بل إن غالبهم يقتصرون على هذا الفرق أو يرجعون كافة الفروق إليه.

يقول الدكتور مصطفى كمال طه: «وبعبارة أخرى: يعتبر حامل السند دائناً للشركة، أما حامل السهم فيعتبر شريكاً فيها»^(٢).

ويقول الدكتور الجبر: «وتتميز السندات عن الأسهم من حيث إن الأولى تمثل حقَّ دائن، في حين أن الثانية تمثل حصة شريك»^(٣).

(١) انظر على سبيل المثال: الشركات في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد العزيز الخياط (١٠٢/٢)، ومبادئ القانون التجاري للدكتور محمد السيد الفقي ص (٣٠٧)، والشركات التجارية للدكتور مصطفى كمال طه ص (٢٢١)، وشركة المساهمة في النظام السعودي للدكتور صالح المرزوقي ص (٣٩٨)، والمعاملات المالية المعاصرة للدكتور وهبة الزحيلي ص (٣٦٤)، والقانون التجاري السعودي للدكتور الجبر ص (٢٦٨)، نحو سوق مالية إسلامية للدكتور أشرف محمد دوابه ص (٤٢)، وبورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي - دراسة تحليلية نقدية لشعبان محمد إسلام البرواري ص (١٣٠)، والقرض المصرفي - دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور محمد علي محمد أحمد البنا ص (٤٨٨).

(٢) الشركات التجارية للدكتور مصطفى كمال طه ص (٢٢١).

(٣) القانون التجاري السعودي للدكتور الجبر ص (٢٦٨).

فإذا أمكن أن يقال بأن حقيقة السهم تغيرت بسبب طبيعة تداوله الآن، وبسبب كون الكثير من مشتري الأسهم إنما يشترون الأسهم للمضاربة بفروق الأسعار دون النظر فيما تمثله من الشركة، وأنها أصبحت بذلك سلعة تطلب لذاتها، ولها أسواقها كسائر السلع، فإن هذه التعليقات وغيرها ترد على السندات، ويمكن لقائل أن يقول - كما تقدم عن الأستاذ مدني - بأن السندات سلع تباع وتشتري ولا تمثل ديناً كما هو مشتهر؛ لأن هذه الخصائص موجودة في السندات كما هي في الأسهم^(١).

ومن الأمور المهمة التي تدل على رجحان تكييف شركة المساهمة بأنها من عقود الشركات وأن المساهم فيها يملك جزءاً مشاعاً من الشركة أن هذه الحقيقة التعاقدية والنظامية والتكييف الفقهي والنظامي المذكور هو الذي يتوافق مع شركة المساهمة المذكورة في النظام والموجودة على أرض الواقع مهما كان حجمها وعدد المساهمين فيها ومقدار رأس مالها، وأن الإشكالات والصور التي يذكرها من يرى الرأي الآخر (الفكرة التنظيمية) وأن (السهم سلعة وعرض) إنما تختص ببعض صور شركة المساهمة وليست كل صورها وحالاتها.

وهذا مما يضعف القول الآخر؛ لأن الأحكام المتعلقة بشركة المساهمة من حيث الأصل والطبيعة النظامية والقانونية والتعاقدية لا

(١) يُنظر للاستزادة: أثر المخالفات الشرعية والنظامية في عقود الشركات للباحث (٧٧٨/٢).

فرق فيها بين الأنواع والحالات، ما عدا ما تقتضيه ضرورة الإشراف والرقابة على الشركات المدرجة في سوق الأسهم.

ولذا فإن الرأي الذي يرى الباحث رجحانه والذي تدل عليه النصوص النظامية وقرارات المجامع الفقهية وغالب الباحثين من الفقهاء والقانونيين هو أن شركة المساهمة عقدٌ من عقود الشركات، وأن المساهم شريكٌ في شركة المساهمة يملك جزءاً مشاعاً منها.

وأن القول الآخر لا يستند على أساسٍ صحيح من الناحية الفقهية والنظامية، وأن ما يُذكر من خصائص شركة المساهمة لا أثر له في التكييف، بل إن عدداً من تلك الخصائص لا يصح أن يقال بأنها خصائص تختص بها شركة المساهمة دون بقية الشركات التجارية.



الخاتمة

وفي ختام هذا البحث أحمد الله على ما وفق ويسر، وأختتم بأبرز النتائج التي توصلت إليها من خلاله، وهي كما يأتي:

(١) أن تعريف الشركة في نظام الشركات الجديد يؤكد طبيعة الشركة وأنها تنشأ بسبب العقد بين الشركاء، وأن تأسيسها بناءً على نظام أساس إضافة مهمة لتشمل شركات الشخص الواحد التي لا تنشأ بسبب تعاقد طرفين فأكثر.

(٢) أن نظام الشركات الجديد أبرز الكيان القانوني الذي ينشأ بسبب العقد أو بسبب الإرادة المنفردة ويتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة، وأن الشركة ليست هي نفس العقد أو الإرادة المنفردة، وأن هذا الكيان بما له من أحكام وخصائص هو الكيان الذي ينشأ بسببها.

(٣) أن تكييف شركة المساهمة له أهمية كبيرة تنعكس على الكثير من أحكامها الفقهية والنظامية والقضائية، وأن هذا التكييف هو الذي يحدد كثيرًا من الحقوق والالتزامات والمراكز القانونية لكل الأطراف.

(٤) أن هناك عددًا من الخصائص التي اشتهرت بها شركة المساهمة، والتي يكثر الاستناد إليها عند الحديث عن تكييف شركة المساهمة أو الأسهم أو المساهم، وأن مناقشة تلك الخصائص له أهمية كبيرة في تحديد أثرها على التكييف، ومدى اختصاص شركة المساهمة بها، أو اشتراكها مع بقية أنواع الشركات.

٥) تبين من خلال البحث أن ثبوت (الشخصية الاعتبارية) لشركة المساهمة لا ينبغي أن يكون له أثر على التكييف؛ لكون الشخصية الاعتبارية تثبت وفقاً للنظام لجميع أنواع الشركات بلا استثناء، وأن وجود الشخصية الاعتبارية له أهداف محددة لا تؤثر على حقيقة الشركة وكونها عقداً من العقود أو لا، وأن وجودها لو كان مؤثراً في التكييف فيلزم منه أن تتأثر جميع أنواع الشركات.

٦) تبين من خلال البحث أن خاصية (المسؤولية المحدودة) للمساهمين في شركة المساهمة لا تختص بها لوحدها، بل هي خاصية لها وللشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة المبسطة، وأن النظام قرر هذا الحكم وأظهره بما يجعله محل علم من يتعاملون مع هذه الأنواع من الشركات وقبولهم، وقد استقر الرأي الفقهي والقانوني على كون هذا الحكم لا غرر فيه ولا تدليس، وأن له نظائر في بعض المسائل.

٧) إنه لا أثر لخاصية (المسؤولية المحدودة) على تكييف شركة المساهمة والمركز القانوني للمساهم فيها، وأنها لا تعدو أن تكون شرطاً من الشروط الجعلية على من يتعامل مع الشركة ويرضى بها، وأنه بتحديد نوعها وشهرة الأنظمة المتعلقة ليس ثمة غرر ولا تدليس على من يتعامل معها.

٨) تبين من خلال البحث أن القيود الواردة على تصرفات المساهم في الإدارة وفي أموال الشركة لا تختص بها شركة المساهمة المدرجة التي

يتم تداول أسهمها في السوق المالية، بل إنها ليست خاصةً بشركات المساهمة عموماً وإنما تثبت لكل أنواع الشركات على تفاوت بينها في تحديد تلك القيود، وأن هذه القيود قد وافق عليها المساهم ورضي بها والمسلمون على شروطهم، وعليه فإنه لا أثر لهذه القيود على حقيقة الشركة وتكييفها.

(٩) استعرض البحث أقوال أهل العلم والباحثين المعاصرين والقانونيين في تكييف شركة المساهمة، وأن الذي عليه أغلب المجامع الفقهية والباحثين والقانونيين، هو أن شركة المساهمة عقدٌ من جنس عقود المشاركات، وأن المساهم شريكٌ وأن السهم يمثل حصةً شائعةً في الشركة، وأن هذا الاتجاه هو ما يتوافق مع كثيرٍ من أحكام نظام الشركات السعودي، واستعرض البحث أدلة هذا القول وتعليقاته ومناقشتها.

(١٠) كما استعرض البحث الاتجاه الآخر الذي يرى أن شركة المساهمة ليست عقدًا وأن المساهم ليس شريكًا وأن السهم لا يمثل حصةً شائعةً في الشركة، وتم استعراض أدلة وتعليقات هذا القول ومناقشتها، مع اختلاف الأقوال التي تأخذ بهذا الاتجاه في بعض التفاصيل المتعلقة بالتكييف.

(١١) ختمت هذا البحث بالمقارنة والترجيح بين الأقوال، وقد توصل الباحث إلى رجحان القول الأول، وهو أن شركة المساهمة عقد من عقود المشاركات، وأن المساهم شريك في الشركة قد رضى بالشروط

التي هي من طبيعة شركة المساهمة، وأن السهم أو الأسهم تمثل حصة شائعة في الشركة.

١٢) تضمن المبحث الأخير مزيداً من أسباب رجحان القول الأول ومناقشة أدلة القول الثاني، ومناقشة آثار التكييفات الأخرى، وموقف النظام السعودي من المساهم وحقوقه التي يستمدّها بصفته شريكاً في الشركة، وأن هذا التكييف هو المتوافق مع أحكام شرة المساهمة وحقوق المساهمين وصلاحياتهم في نظام الشركات السعودي.

١٣) ظهر لي من خلال البحث ومن خلال مناقشة الاتجاه الآخر في التكييف أن إخراج شركة المساهمة من كونها (عقداً) إلى كونها (تنظيماً) أو غير ذلك من التكييفات، إنما حصل بسبب ما تضمنته شركة المساهمة من خصائص أو قيود، كتلك التي تتعلق بالتصرف في أموال الشركة أو في الإدارة أو الشخصية الاعتبارية وأحكامها، وقد توصلت من خلال البحث أنها ليست خصائص لشركة المساهمة لوحدها، بل يشترك معها غيرها من أنواع الشركات في عدد من تلك الأحكام والقيود، وأن هذه القيود من باب الشروط في العقد، وأن المساهم قد رضي بها فتلزمه، ولا يترتب عليها خروج الشركة من حقيقتها وتكييفها.

وفي ختام هذا البحث المتواضع أؤكد على أنني استفدت كثيراً من بحوث أصحاب الفضيلة الذين تكلموا عن المسألة، أيّا كان الرأي الذي توصلت إليه تلك البحوث، وما تضمنته من إثراء شرعي وتميز منهجي يؤكد أن بحث هذه المسائل المستجدة والنوازل الفقهية له بالغ

الأثر على الواقع العملي، وأن الساحة العلمية بحاجة ماسة إلى المزيد من تلك الجهود المتميزة.

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



المراجع

١. أحكام الاكتتاب في الشركات المساهمة، حسان بن إبراهيم السيف، الناشر: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
٢. أحكام الأسواق المالية، للدكتور محمد صبري هارون، الناشر: دار النفائس، الطبعة الأولى سنة ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
٣. أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، للدكتور مبارك بن سليمان بن محمد آل سليمان، الناشر: كنوز إشبيليا - الرياض، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.
٤. الإدارة التمويلية في الشركات للدكتور محمد أيمن عزت الميداني، مكتبة العبيكان، الإصدار الثالث ٢٠١٠م.
٥. إدارة الشركة المساهمة، رسالة ماجستير لأحلام سليمان أكرم الكردي، عام ٢٠١٧م، جامعة آل البيت - الأردن.
٦. أساسيات الاستثمار العيني والمالي، للدكتور ناظم محمد نوري الشمري والدكتور طاهر فاضل البياتي وأحمد زكريا صيام، الطبعة الأولى ١٩٩٩م، الناشر: دار وائل - عمان.
٧. أساسيات القانون التجاري، للدكتور مصطفى كمال طه، منشورات الحلبي الحقوقية.
٨. الاستثمار المصرفي- شركات المساهمة في التشريع الإسلامي، للأستاذ أمين مدني، الدار السعودية، منشور عام ١٩٨٠م.
٩. أسنى المطالب شرح روض الطالب، للقاضي أبي يحيى زكريا بن محمد الأنصاري الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

١٠. الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، للدكتور أحمد بن محمد الخليل، الناشر: دار ابن الجوزي، الطبعة الثانية سنة ١٤٢٧هـ.
١١. الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. حسن العرياني، منشور في المجلة الدولية للأداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية، عام ٢٠١٧م.
١٢. أسواق الأوراق المالية، آثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي، رسالة ماجستير للباحث عبد الله إبراهيم إدريس، جامعة أم درمان الإسلامية، منشور في النت على موقع المنظومة.
١٣. الأشباه والنظائر، لعبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت.
١٤. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي الحنبلي، المعروف بـ«ابن قيم الجوزية»، الطبعة الأولى، سنة ١٤١١هـ - ١٩٩١م، الناشر: دار الكتب العلمية.
١٥. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت ٩٧٧هـ)، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، الناشر: دار الفكر - بيروت.
١٦. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسين علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، مع الشرح الكبير، لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، توزيع: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف بالمملكة العربية السعودية، طبعة سنة ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.



١٧. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسين علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، مع الشرح الكبير، لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، توزيع: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف بالمملكة العربية السعودية، طبعة سنة ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
١٨. أنوار البروق في أنواع الفروق، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المشهور بـ «القرافي»، الناشر: عالم الكتب.
١٩. أثر المخالفات الشرعية والنظامية في عقود الشركات رسالة دكتوراه للدكتور تركي بن محمد اليحيى، مقدمة في تخصص الأنظمة من قسم السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عام ١٤٣٠هـ.
٢٠. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد الحنفي، الشهير بـ «ابن نجيم»، تحقيق: أحمد عزو عناية الدمشقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م.
٢١. بحوث في (التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة) وأوراق علمية مقدمة ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس، لأصحاب الفضيلة: الأستاذ الدكتور يوسف الشبيلي، والأستاذ الدكتور صالح العلي، والدكتور محمد القري، والدكتور حسين حامد، والدكتور نزيه حماد، والدكتور عبد الناصر أبو البصل، والبحوث وأوراق العمل العلمية منشورة في موقع المؤتمر على الإنترنت على هذا الرابط: <https://shura.com.kw/conferenceDesc.asp?pageID=21&confID=27>.
٢٢. بحوث في الاقتصاد الإسلامي، لفضيلة الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع، الناشر: المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، عام ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.



٢٣. بداية المحتاج في شرح المنهاج، لبدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي ابن قاضي شهبة (٧٩٨ - ٨٧٤هـ)، عنى به: أنور بن أبي بكر الشيعي الداغستاني، الناشر: دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.

٢٤. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن سعود الكاساني الحنفي، تحقيق: محمد عدنان بن ياسين درويش، الناشر: دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي - بيروت.

٢٥. بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بـ «حاشية الصاوي على الشرح الصغير»، لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوقي المالكي الشهير بالصاوي، الناشر: دار المعارف.

٢٦. بورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي - دراسة تحليلية نقدية، لشعبان محمد إسلام البروراري، الناشر: دار الفكر المعاصر - بيروت، ودار الفكر - دمشق، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

٢٧. تحفة الحبيب على شرح الخطيب، المعروفة باسم: حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، لسليمان بن محمد البجيرمي الشافعي المصري، الطبعة الأخيرة، الناشر: دار الفكر العربي.

٢٨. التطبيقات المعاصرة للتعاملات الواردة على الأسهم للأستاذ الدكتور صالح اللحيدان، ضمن أبحاث الندوة العاشرة المتعلقة بأحكام نوازل المعاملات المالية.

٢٩. التعريفات الفقهية، للمفتي السيد محمد عليم الإحسان المجدي البركتي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.



٣٠. التكييف الفقهي للسهم وأثره، للدكتور فهد بن عبد الرحمن اليحيى، الناشر: كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧م.
٣١. التلقين، للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، تحقيق: محمد الغاني، الناشر: المكتبة التجارية - مكة المكرمة.
٣٢. الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، لأبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي (ت ٨٠٠هـ)، الناشر: المطبعة الخيرية، الطبعة: الأولى، ١٣٢٢هـ.
٣٣. حاشية ابن عابدين، للشيخ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الحنفي، الشهير بـ«ابن عابدين»، تحقيق: عبد المجيد طعمه حلبى، الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
٣٤. حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، لمحمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
٣٥. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية.
٣٦. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني، لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت ٤٥٠هـ)، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
٣٧. الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، للأستاذ الدكتور يوسف بن عبد الله الشيبلي، الناشر: دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م.

٣٨. خصوصية الشركة المساهمة الخاصة، رسالة ماجستير للباحثة صفاء جمال

عفاش العموش، جامعة آل البيت في الأردن، منشورة على موقع (معرفة)

على هذا الرابط: <https://search.emarefa.net/ar>

٣٩. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، المعروف بـ«شرح منتهى الإرادات»،

لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي، الناشر: عالم الكتب.

٤٠. زكاة الأسهم في الشركات للشيخ الصديق الضير، مجلة مجمع الفقه

الإسلامي بجدة، (٤/ ٥٣٤)، منشور على الرابط: <https://shamela.ws/>

.book/8356/3272

٤١. زكاة الأسهم للأستاذ الدكتور يوسف بن عبد الله الشبيلي، منشور في

موقع بيت الزكاة على هذا الرابط: <https://baitalzakat.com/files/articles/>

.baitalzakat.com-A100135.pdf

٤٢. السراج الوهاج على متن المنهاج، للشيخ محمد الزهري الغمراوي، دار

المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.

٤٣. سوق الأوراق المالية بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، للدكتور

خورشيد أشرف إقبال، الناشر: مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى

سنة ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

٤٤. السوق المالية، للدكتور وهبة الزحيلي منشور في مجلة مجمع الفقه

الإسلامي، العدد السادس / الجزء الثاني.

٤٥. الشخصية الاعتبارية، لخالد الجريد منشور في مجلة العدل العدد (٢٩)

السنة الثامنة محرم - ١٤٢٧هـ.

٤٦. الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، للدكتور محمد بن علي

القرني، منشور في مجلة «دراسات اقتصادية إسلامية» التي يصدرها المعهد

الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، العدد



الثاني-المجلد الخامس، محرم-١٤١٩هـ-١٩٩٨م، بالإضافة إلى تعليق الدكتور الصديق الضير على البحث.

٤٧. الشخصية الحكيمة وتطبيقاتها، رسالة دكتوراه للباحث: محمد إبراهيم أبو جريان، في الجامعة الأردنية، منشورة في موقع المنظومة على الرابط:

<https://search.mandumah.com/Record/554152>

٤٨. شرح الزركشي على مختصر الخرقى، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.

٤٩. شرح القانون التجاري - الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر، الطبعة الثالثة، ٢٠١٢م، تأليف: الدكتور باسم محمد ملحم والدكتور بسام حمد الطراونة.

٥٠. الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، للدكتور أبو زيد رضوان، الناشر: دار الفكر العربي.

٥١. الشركات التجارية في القانون المصري، للدكتور محمود سمير الشرقاوي، الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة، طبعة سنة ١٩٨٦م.

٥٢. الشركات التجارية في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، للأستاذ الدكتور فوزي عطوي، الناشر: منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٥م.

٥٣. الشركات التجارية، للدكتور محمد فريد العريني، الناشر: دار الجامعة الجديدة، طبعة سنة ٢٠٠٣م.

٥٤. الشركات التجارية، للدكتور مصطفى كمال طه، الناشر: دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، طبعة سنة ١٩٩٨م.



٥٥. الشركات الحديثة، والشركات القابضة، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
٥٦. الشركات المساهمة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، لعلي نديم الحمصي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٥٧. الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، للدكتور عبد العزيز الخياط، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الرابعة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٥٨. الشركات في ضوء الإسلام لعبد العزيز خياط، طبعة دار السلام، بدون رقم للطبعة.
٥٩. الشركات للأستاذ الدكتور أكرم باملكي، الناشر: دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة عام ٢٠١٧م.
٦٠. الشركة القابضة وأحكامها في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد الله بن علي الصيفي، الناشر: دار النفائس - الأردن، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٦م.
٦١. شركة المساهمة في النظام السعودي، للدكتور صالح بن زابن المرزوقي البقمي، مطابع الصفا - مكة المكرمة، طبعة سنة ١٤٠٦هـ.
٦٢. العناية شرح الهداية، لأبي عبد الله محمد بن محمود أكمل الدين الرومي البابرقي الحنفي، الناشر: دار الفكر.
٦٣. فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، طبع ونشر رئاسة البحوث العلمية والإفتاء.
٦٤. فقه المعاملات المالية، للدكتور رفيق يونس المصري، الناشر: دار القلم - دمشق، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

٦٥. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي، الناشر: دار الفكر، طبعة سنة ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
٦٦. قاموس التعابير الاقتصادية والمالية، لإيف برنار وجان كلود كولي، ترجمة لجنة تحت إشراف كمال الخولي، الطبعة الأولى ١٩٩٠م.
٦٧. القانون التجاري السعودي، للدكتور محمد حسن الجبر، الناشر: الدار الوطنية الجديدة - الخبر، الطبعة الثانية سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٦٨. قرارات وبحوث مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٦٣) (٧/١) في دورته السابعة بشأن الأسواق المالية.
٦٩. قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي للدورات (١-١٠).
٧٠. القرض المصرفي - دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، للدكتور محمد علي محمد أحمد البناء، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثانية سنة ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
٧١. كشاف القناع عن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي، الناشر: وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
٧٢. مبادئ القانون التجاري، للدكتور محمد السيد الفقي، الناشر: منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، طبعة سنة ٢٠٠٢م.
٧٣. المبسوط، لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.

٧٤. المجموع شرح المذهب، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي
الدمشقي الشافعي، وتكملته لمحمد نجيب المطيعي، الناشر: دار إحياء
التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
٧٥. المحاسبة في شركات الأموال من الناحيتين العلمية والعملية، للدكتور
محمود أحمد إبراهيم، مؤسسة الوراق، الطبعة الأولى ١٩٩٩م.
٧٦. المدخل لنظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، للشيخ مصطفى أحمد
الزرقا، الناشر: دار القلم - دمشق، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
٧٧. المدونة، للإمام أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي، الناشر: دار الكتب
العلمية، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
٧٨. مذكرة في المعاملات المالية المعاصرة، للأستاذ الدكتور يوسف بن عبد الله
الشبيلي.
٧٩. مسؤولية الشركاء في الشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة في
النظام والفقه الإسلامي، للدكتور عبد المحسن بن عبد الله الزكري،
الدار الإسلامية - دار الندوة العالمية، طبعة عام ١٤٢٤هـ.
٨٠. المسؤولية المحدودة في الشركات دراسة تأصيلية تطبيقية، أ.د. مساعد
الحقيل، بحث محكم منشور في مجلة وزارة العدل.
٨١. المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، للشيخ ديبان بن محمد الديان، (بدون
ناشر) الطبعة الثانية عام ١٤٣٢هـ.
٨٢. المعاملات المالية المعاصرة، للدكتور وهبة الزحيلي، الناشر: دار الفكر
المعاصر - بيروت، ودار الفكر - دمشق، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٣هـ -
٢٠٠٢م.



٨٣. المعايير الشرعية، معيار الشركات والشركات الحديثة، الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية - البحرين، سنة ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.
٨٤. المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: دار عالم الكتب - الرياض، الطبعة الثالثة سنة ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
٨٥. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، اعتنى به: محمد خليل عيتاني، الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٨٦. الممتع في شرح المقنع، لزين الدين المنجى بن عثمان بن أسعد ابن المنجى التنوخي الحنبلي (٦٣١ - ٦٩٥هـ)، دراسة وتحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، مكتبة الأسد - مكة المكرمة، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٨٧. المنشور في القواعد الفقهية، لبدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٨٨. منح الجليل شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن أحمد المالكي المعروف بـ«الشيخ عlish»، الناشر: دار الفكر.
٨٩. نحو سوق مالية إسلامية، للدكتور أشرف محمد دوابه، الناشر: دار السلام، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
٩٠. الندوة الحادية عشرة لبيت الزكاة بشأن زكاة الأسهم.

٩١. نظام الشركات السعودي الجديد، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٣٢) وتاريخ ١٤٤٣/١٢/١هـ.
٩٢. النظام القانوني للشركات المساهمة في دول مجلس التعاون الخليجي العربية - دراسة مقارنة، للدكتور إبراهيم بن عبد الله الزامل والدكتور ولاء رفعت.
٩٣. نظرية الشخصية الاعتبارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، للدكتور أحمد محمود الخولي، الناشر: دار السلام، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٩٤. نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الرملي المصري الشهير بالشافعي الصغير، الناشر: دار الفكر، الطبعة الأخيرة سنة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
٩٥. الوجيز في النظام التجاري السعودي، للدكتور سعيد يحيى، الناشر: المكتب العربي الحديث - الإسكندرية، الطبعة السابعة سنة ٢٠٠٤م.
٩٦. الوسيط في المذهب، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت ٥٠٥هـ)، المحقق: أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، الناشر: دار السلام - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ.







المسؤولية المدنية للطائرات المسيرة

في ظل نظام المعاملات المدنية السعودي

آلاء بنت عبد الله بافرج
مآثر بنت فواز المطيري
يسرى بنت محمد الرياني

المقدمة

الحمد لله الذي أكرم وأنعم وعلم الإنسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على خير خلق الله سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد؛

فقد خلق الله تعالى الطير في السماء قال سُبحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿أَلَمْ يَرَوْا إِلَى الطَّيْرِ مُسَخَّرَاتٍ فِي جَوْ السَّمَاءِ مَا يُمَسِّكُهُنَّ إِلَّا اللَّهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ﴾ (٧٩)، وحاول الإنسان مرارًا تقليد الطيور، وكانت أول محاولة لاختراع أداة للطيران تحاكي الطير على يد عباس بن فرناس (٢) في منتصف القرن الثالث الهجري، وفي القرن العشرين الميلادي نجحت محاولات الأخوين رايت في صنع الطائرة، وبعد ذلك وجه الإنسان جهوده لتحسين وتطوير الطائرات (٣)، إلى أن أصبحت الطائرة من أهم وسائل النقل في العصر الحديث وأسرعها، وتسم الطائرات بالضخامة؛ نظرًا لتعدد مرافقها فيوجد بها كابينة القيادة ومنطقة للركاب ومنطقة لمرفقات الركاب ومنطقة أخرى للخدمات، ثم اخترعت طائرة صغيرة مسيرة يتم توجيهها من بعد دون طيار؛ لأغراض سياسية وعسكرية،

(١) سورة النحل، آية ٧٩.

(٢) انظر: مجموعة من المؤلفين، موسوعة سفير للتاريخ الإسلامي (على المكتبة الشاملة)، ج ١٠، ص ٤٠٨.

(٣) انظر: الكرداني، أحمد عبد السلام، بسائط الطيران، مؤسسة هنداوي، ٢٠٢٠م، ص ٦٧، ٧٩.

وذلك بعد سقوط طائرة التجسس الأمريكية U2 في أراضي الاتحاد السوفيتي عام ١٩٦٠م، وتحقق ذلك بالفعل في عام ١٩٧٣م في حرب أكتوبر، وهذا هو أول هدف من صنع الطائرات المسيرة، إلا أنه مع التطور في مجال بيع المنتجات أصبحت تستخدم الطائرات المسيرة في المجال المدني أيضاً، وذلك بعد أن استخدمت شركة علي بابا الصينية الطائرات المسيرة لتسليم المنتجات في فبراير عام ٢٠١٤م^(١).

وفي أوائل ٢٠١٩م تم السماح في المملكة العربية السعودية باستخدام المدني للطائرات المسيرة^(٢)، وذلك بإضافة صلاحية الحصول على ترخيص لاستخدام الطائرات المسيرة، وقد أولت الهيئة العامة للطيران المدني خلال الفترة الأخيرة اهتماماً ملحوظاً بالطائرات المسيرة، بإصدار لائحة تنظم عمل الطائرات المسيرة وغيرها من الأشياء الطائرة كالمنطاد، مما يدعم تفعيل رؤية المملكة العربية السعودية ٢٠٣٠ بأن تكون المملكة العربية السعودية بإذن الله في مصاف الدول المتقدمة في جميع المجالات.

(١) د. مؤمن، طاهر شوقي، النظام القانوني للطائرات بدون طيار «الدرونز Les Drones»، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، الجزء الأول، السنة الثامنة والخمسون، يوليو ٢٠١٦م، ص ٣٠٥-٣٠٨.

(٢) البرعي، أحمد سعد، محمد، د. حمدي، خالد، د. عبد الرحيم محمد، د. عبد الله محمد، الأطر الشرعية والتنظيمية المتعلقة بتسيير المنظومات الجوية من دون طيار والمركبات المستقلة - دراسة في ضوء الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، مجلة العلوم الشرعية، العدد (٦٥)، ١٤٤٣هـ، الجزء ٣، ص ٣٦٣.

وفي ضوء صدور نظام المعاملات المدنية حديثاً بتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ، بالمرسوم الملكي رقم م/١٩١، الذي ضمن مواضعه الحديث عن المسؤولية المدنية بشقيها، فقد تحدثت الباب الأول منه عن مصادر الالتزام، وخص المنظم الفصل الأول بالعقد، والفصل الثالث بالفعل الضار، وتحدث في الفصل الثاني من الباب الثاني المعني بآثار الالتزام عن التنفيذ بالتعويض، فكان لابد من التباحث عن المسؤولية المدنية الناتجة عن أضرار الطائرات المسيرة؛ وذلك لانتشار استخدامها الذي يتوقع معه حدوث الضرر، ولأهمية التعويض كونه يكفل جبر الضرر، ورد الاعتبار للمضرور^(١).

فما هي المسؤولية المدنية عن الطائرات المسيرة وفق نظام المعاملات المدنية السعودي؟ وما الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار الطائرات المسيرة في النظام السعودي؟ ومن هو المسؤول عن الأضرار الناتجة عن الطائرات المسيرة؟ هذا ما سنتطرق إليه في بحثنا، وكان هذا البحث بإشراف د. لمياء عبد الله مهدي العصيمي، عضو هيئة التدريس بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، وقد قدم هذا البحث لاستكمال متطلبات مقرر المسؤولية المدنية في مرحلة الماجستير في جامعة الملك سعود في سنة ١٤٤٥هـ / ٢٠٢٣م.

(١) د. عوض، أحمد محمد، المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مكتبة المتنبى، الطبعة الثانية، ١٤٤٤هـ، ص ١.

أولاً: مصطلحات البحث:

المسؤولية المدنية: وهي: «الالتزام الذي يتعهد الشخص خلاله بإصلاح الضرر الواقع على الغير بسبب فعله، أو من فعل أشخاص يتبعون له، أو أشياء مسؤول عنها»، وقد تكون المسؤولية تعاقدية أو تقصيرية^(١).

الطائرات المسيرة: تسمى بالطائرات بدون طيار أو باسمها الآخر (الدرونز) وهي أحد أنواع الطائرات التقنية صغيرة الحجم التي تطير بدون طيار، ويتم تشغيلها وتوجيهها والتحكم بها عن بعد، ويستفاد منها في العديد من القطاعات العسكرية والمدنية. وورد تعريفها في موقع الهيئة العامة للطيران المدني: «بأنها الطائرة التي توجّه عن بعد، أو تبرمج مسبقاً للسير على مسار محدد لأداء مهام معينة»^(٢).

ثانياً: مشكلة البحث:

بعد أن أصبحت الطائرات المسيرة ذات استخدامات شائعة في المجال المدني إلى أن أصبحت تُرى بكثرة في أيدي المصورين كوسيلة

(١) أ.د. اللهبي، صالح، الباحث الوالي، عبد الله، المسؤولية المدنية عن أضرار الطائرات بدون طيار، جامعة الشارقة، كلية القانون، ٢٠١٩م - ٢٠٢٠م، ص ١٧ - ١٨.

(٢) انظر: موقع الهيئة العامة للطيران المدني، مقالة بعنوان: هيئة الطيران المدني تطلق خدماتها الإلكترونية لتصريح طائرات (الدرونز)، بتاريخ ١١ / ١ / ٢٠١٩م،

للتصوير، ورأيانها في التصور المستقبلي لتوصيل طلبات الطعام للمنازل، كان لابد من النظر والتباحث حول المسؤولية المدنية للطائرات المسيرة، فعلى من يقع تحمل الضرر الناتج عن استخدامها؟

ثالثاً: أهمية البحث:

في ظل التطور والتقدم الداخلي والدولي، ودعمًا لرؤية بلادنا المملكة العربية السعودية في تعزيز تقنين الأحكام القانونية، وتعزيز التطور في مجالات التقنية والتكنولوجيا الحديثة، وفي ضوء انتشار الطائرات المسيرة ولقلة المصادر وشحها تتجلى أهمية دراسة هذا الموضوع؛ ليكون هذا البحث محفزاً لإصدار تنظيم قانوني خاص بالطائرات المسيرة، وللمساهمة بإذن الله في إضافة علمية جديدة للمكتبات، ولجعله مرجعاً للباحثين والمختصين حول هذا الموضوع.

رابعاً: أهداف البحث:

١. التعرف على الطائرات المسيرة، واستخداماتها.
٢. بيان التكيف القانوني للطائرات المسيرة.
٣. بيان القواعد القانونية المستند عليها في استخدام الطائرات المسيرة.
٤. تسليط الضوء على المسؤولية المدنية وأركانها المتعلقة بأضرار الطائرات المسيرة.
٥. التعرف على من يتحمل مسؤولية الأضرار التي تقع من الطائرات المسيرة.

خامساً: حدود البحث:

التحدث عن المسؤولية المدنية للطائرات المسيرة في النظام السعودي أو في الفقه القانوني.

سادساً: الدراسات السابقة:

١. المسؤولية المدنية عن أضرار الطائرات بدون طيار، دراسة قام بها الأستاذ الدكتور صالح أحمد اللهبي والباحث عبد الله سعيد عبد الله الوالي، وهي دراسة حول المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تسببها الطائرات بدون طيار، وتنصب بشكل خاص على المسؤولية المدنية، وتتميز هذه الدراسة عن الدراسة المذكورة بأنها طبقت المادة العلمية على النصوص النظامية.

٢. أحكام حوادث الطائرات في الفقه الإسلامي رسالة ماجستير للباحث ياسر عبد الرحمن حسن أبو هولي، تتناول الدراسة أحكام حوادث الطائرات والآثار المترتبة عليها، وتتميز هذه الدراسة عن الدراسة المذكورة بأنها ركزت على الموضوع العلمي من ناحية نظامية.

سابعاً: منهج البحث:

اعتمد هذا البحث على المنهج الاستقرائي الوصفي التحليلي؛ حيث تم استقراء المواد النظامية المتعلقة بالمسؤولية المدنية، وتم وصف المسائل التي قد تقع عند استعمال الطائرات المسيرة، ثم تم تحليل النصوص النظامية وتطبيقها على المسائل المتعلقة بالطائرات المسيرة،

وذلك بمقدمة بداية البحث ثم مطالب، وستتطرق من خلالها على فروع.

١ - نستشهد بالآيات القرآنية بالرسم العثماني، مع ذكر اسم السورة ورقم الآية.

٢ - عزو المعلومات إلى مصادرها بذكر المؤلف، ثم عنوان المصدر، ثم معلومات دار النشر، ثم معلومات الطبعة، ثم الجزء (إن وجد) والصفحة في الهامش في المرة الأولى لذكره، وبعد ذلك سنكتفي بعنوان المصدر والجزء (إن وجد) والصفحة.

٣ - عزو المواد النظامية إلى النظام مباشرة، مع ذكر تفاصيل إصدار النظام في الهامش في المرة الأولى لذكره.

ثامناً: التقسيم البحثي:

ينقسم البحث إلى هذه المقدمة وأربعة مباحث وخاتمة وفهارس. مفصلة على النحو الآتي:

المقدمة:

وتحوي مصطلحات البحث ومشكلته وأهميته وأهدافه وحدوده والدراسات السابقة، ثم منهج البحث وتقسيمه.

المبحث الأول: الطائرات المسيرة:



وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: ماهية الطائرات المسيرة.

المطلب الثاني: استخدامات الطائرات المسيرة.

المطلب الثالث: التكيف القانوني للطائرات المسيرة.

المطلب الرابع: القواعد المنظمة لتسيير الطائرات المسيرة.

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ماهية المسؤولية المدنية.

المطلب الثاني: خصائص المسؤولية المدنية.

المطلب الثالث: أنواع المسؤولية المدنية.

المبحث الثالث: المسؤولية المدنية عن الأضرار الناتجة من الطائرات المسيرة:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: ماهية المسؤولية التقصيرية.

المطلب الثاني: الركن الأول: الخطأ.

المطلب الثالث: الركن الثاني: الضرر.

المطلب الرابع: الركن الثالث: العلاقة السببية.

المبحث الرابع: الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار الطائرات
المسيرة في النظام السعودي:
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية عن أضرار الطائرات
المسيرة وفق النظام السعودي.

المطلب الثاني: المسؤول عن الأضرار الناتجة عن الطائرات المسيرة.
الخاتمة:

وفيها النتائج والتوصيات.

الفهارس:

فهرس الآيات القرآنية.

فهرس الأحاديث النبوية.

فهرس المراجع والمصادر.

سائلين الله أن نكون مساهمين في التطوير، ونسأله سبحانه العون
والتوفيق والسداد.

المبحث الأول

بيان معنى الطائرات المسيرة

يساهم بيان معنى الطائرات المسيرة في تحديد نوعها وطبيعتها القانونية، وسنبيّن بإذن الله في هذا المبحث ماهية الطائرات المسيرة واستخداماتها والتكييف القانوني لها.

المطلب الأول: ماهية الطائرات المسيرة:

سنعرض ماهية الطائرات المسيرة من حيث تعريف مفردتها لغةً وتعريفها اصطلاحاً، ونسأل الله التوفيق في ذلك.

أولاً: الطائرات المسيرة لغةً:

الطائرة لغة هي: «مركب آلي على هيئة الطائر يسبح في الجو ويستعمل في النقل والحرب»^(١)، وأصل لفظ مسيرة في اللغة من «سَيَّرَ يُسَيِّرُ، تسييراً، فهو مُسَيِّرٌ، والمفعول مُسَيَّرٌ، سَيَّرَ الشَّيْءَ أَسَارَهُ؛ حَرَّكَه، جعله يسير، فيقال سَيَّرَ المحرِّكُ القاربَ أي دفعه بقوة، ولقد قال عَزَّوَجَلَّ: ﴿هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ﴾»^(٢)»^(٣).

(١) نخبة من المؤلفين، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ، ج ٢، ص ٥٧٤.

(٢) سورة يونس، آية ٢٢.

(٣) د. عمر، أحمد مختار عبد الحميد، اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ، ج ٢، ص ١٤٧.

فالطائرات المسيرة كمفرد لغوي مركب يقصد بها مركبات آلية تطير، لها العديد من الاستعمالات، ويتم تسييرها وتحريكها والتحكم بها عن بعد.

ثانيًا: الطائرات المسيرة اصطلاحًا:

عرفت الطائرات المسيرة في قاموس أكسفورد بأنها: «طائرة بدون طيار يتم التحكم فيها من الأرض، وتستخدم لالتقاط الصور الفوتوغرافية، وإسقاط القنابل، وتسليم البضائع، وما إلى ذلك»^(١)، وقد قامت منظمة الأيكاو (ICAO)^(٢) بتعريف الطائرات المسيرة فذكرت بأنها: «طائرات ذات تحكم عن بعد، فهي طائرة لا تحمل مشغلاً بشرياً، لكن يتم التحكم فيها عن بعد من خلال طيار»^(٣). وقد عرفها موقع الهيئة العامة للطيران المدني السعودي بأنها: «الطائرة التي توجه عن بعد، أو تبرمج مسبقاً؛ للسير على مسار محدد لأداء مهام معينة، كما

(١) Oxford Dictionary, 2023, Drone. Visited on: 23/10/2023. Available on

. https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/drone_1

(٢) منظمة الأيكاو: هي وكالة متخصصة تابعة للأمم المتحدة، أنشأتها الدول في عام ١٩٤٤م وذلك لتولي إدارة وتنظيم شؤون اتفاقية الطيران المدني الدولي (اتفاقية شيكاغو).

(٣) ICAO 2023, Remotely piloted aircraft system (RPAS) concept of operation (CONOPS) for international IFR operations. Visited on: 23/10/2023. Available on

. <https://www.icao.int/safety/UA/Documents/RPAS%20CONOPS.pdf>

تنقسم إلى ثلاثة أنواع: فئة الاستخدامات غير الترفيهية - التجارية الصغيرة - وفئة الهواة والاستخدامات الشخصية^(١).

الطائرات المسيرة قد يطلق عليها الطائرات بدون طيار، أو الطائرات الموجهة عن بعد، أو طائرات الدرون، كما ذاع وانتشر اسمها ترجمة لمصطلحات أجنبية في اللغة الإنجليزية والفرنسية لمصطلح 'les droens' وهو مصطلح أنجلوسكسوني الأصل انتشر في الفقه الفرنسي. ويعد مصطلح (Drones) الأكثر شيوعاً عالمياً.

إذا فالطائرات المسيرة آلة أو مركبة تطير، وتتميز بعدم وجود العنصر البشري فيها، ويتم تشغيلها ومتابعتها والتحكم بها عن بعد، ويمكن إضافة بعض المميزات التقنية عليها لتلائم الحاجات التشغيلية لها.

المطلب الثاني: استخدامات الطائرات المسيرة:

تستخدم الطائرات المسيرة في العديد من المجالات سواء العسكرية أو المدنية أو التجارية وغيرها من المجالات، وسنذكرها على النحو التالي:

(١) انظر: موقع الهيئة العامة للطيران المدني، مقالة بعنوان: هيئة الطيران المدني تطلق خدماتها الإلكترونية لتصريح طائرات (الدرونز)، بتاريخ ١١ / ١ / ٢٠١٩ م.

https://www.gaca.gov.sa/web/ar-sa/news/translation-of-ar_sa-gacanews-130119-hf01_16600

أولاً: استخدامات الطائرات المسيرة على الصعيد العسكري:

تستخدم الطائرات المسيرة في القيام بمهام عسكرية وحربية متعددة، مثل المشاركة في النزاعات المسلحة، وفي مراقبة التحركات العسكرية للأعداء، وفي مراقبة مناطق التوتر، أو في استهداف الأهداف العسكرية باستخدام الصواريخ؛ لقدرتها العالية ودقتها^(١).

ثانياً: استخدامات الطائرات المسيرة على الصعيد المدني:

تُستخدم الطائرات المسيرة في المجال المدني لأداء مهام مدنية متنوعة، مثل حماية الحدود ومراقبتها، كما يُمكن استخدامها في عمليات البحث والإنقاذ خلال الكوارث الطبيعية، بالإضافة إلى تقديم الإسعافات الأولية وإنقاذ المصابين، وتُستخدم الطائرات المسيرة أيضاً في حماية البنية التحتية والبيئة والاتصالات والشبكة الكهربائية وخطوط الكهرباء والنشاط الزراعي والحيواني^(٢).

ثالثاً: استخدامات الطائرات المسيرة على الصعيد التجاري:

تُستخدم الطائرة المسيرة في المجال التجاري من خلال استخدامها في نقل وتوصيل البضائع، وقد تبنت شركة أمازون هذه التقنية، حيث حصلت على براءة اختراع لأسلوبها المبتكر في توصيل البضائع، وذلك من خلال مراكز بيع جوية، وهي مناطيد ضخمة تحمل البضائع

(١) المسؤولية المدنية عن أضرار الطائرات بدون طيار، مرجع سابق، ص ١١.

(٢) المسؤولية المدنية عن أضرار الطائرات بدون طيار، مرجع سابق، ص ١١-١٤.

وتخلق فوق المنطقة التي يجري توزيع البضائع فيها، وتقوم الطائرة المسيرة الصغيرة بالهبوط لتوصيل الطلبات، كما تعمل شركة (Google) على تجارب بهدف استخدام منصات بيع ذاتية القيادة مشابهة لشركة أمازون^(١).

رابعاً: الاستخدامات الترفيهية للطائرات المسيرة

تُستخدم الطائرات المسيرة أيضاً لأغراض ترفيهية، فهي تُستخدم للحصول على لقطات شاملة للأحداث في التصوير السينمائي وجمع الأخبار، وتُستخدم للحصول على معلومات لبث تقرير وثائقي تلفزيوني أو إذاعي، كما تُستخدم للبث المباشر للأحداث الرياضية مثل مباريات كرة القدم، ولسباقات السيارات، وسباقات الخيل وغيرها من الفعاليات الرياضية^(٢).

خامساً: استخدامات الطائرات المسيرة مستقبلاً:

من المتوقع أن تنتشر الطائرات المسيرة بشكل ملحوظ حول العالم في السنوات القادمة، وقد تستخدم في نقل البضائع وتوصيلها، خاصة

(١) كامل، سارة، التنظيم القانوني للاستخدام المدني للطائرات بدون طيار، رسالة لاستكمال متطلبات كلية القانون للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة قطر، كلية القانون، يونيو ٢٠٢٠م، ص ٢٢.

(٢) أ.م.د. معروف، شاري، د.عزيز، ياسين، أ.م.د.، خير الله، عيسى، المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن استخدام الطائرات بدون طيار «الدرون» في القوانين الداخلية والقانون الدولي، المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز، ٢٠١٧م، ص ٣٣٥.

وأن هناك شركات تجري تجارب لاستخدامها مثل: قوقل وأمازون وأبل وسفن الفن وغيرها، وحصلت معظم هذه الشركات على تصاريح لاستخدام الطائرات المسيرة، وإجراء التجارب في الولايات المتحدة الأمريكية، كما قد تُستخدم في عمليات البحث والإنقاذ من الكوارث الطبيعية أو الحرائق إضافة إلى المساعدة في تقديم الإسعافات الأولية^(١).

المطلب الثالث: التكييف القانوني للطائرات المسيرة:

تعد الطائرة عمومًا مالا منقولاً ذا طبيعة خاصة، وتخضع للتسجيل، ولها جنسية معينة، ويمكن إنشاء التزامات عليها من رهن وغيره^(٢)، ولقد نصت المادة الستون من نظام الطيران المدني^(٣) على أنه: «يجوز إجراء أي تصرف قانوني على أي طائرة وطنية إلى أي شخص بالبيع أو الإيجار أو الرهن، أو أي تصرف شرعي أو قانوني آخر، ولا يسري هذا التصرف في مواجهة الغير إلا بعد قيده في السجل».

(١) التنظيم القانوني للاستخدام المدني للطائرات بدون طيار، مرجع سابق، ص ٢٢-٢٤.

(٢) ينظر: د.درويش، درويش، د.العمر، عدنان، القاضي. العمارين، حسني، شرح القانون البحري والجوي السعودي، الناشر: مكتبة جرير، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، الطبعة الرابعة، ٢٠٢٠-٢٠٢١ م، ص ٣٨٦.

(٣) نظام الطيران المدني، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٤، بتاريخ ١٨/٧/١٤٢٦ هـ، وتم نشره في تاريخ ٢٥/٩/١٤٢٦ هـ.

وبما أن الطائرات المسيرة أحد أنواع الطائرات فهي أيضًا مال منقول^(١) ولقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية والعشرين من نظام المعاملات المدنية على أن: «العقار كلُّ شيء ثابت في حيزه لا يمكن نقله منه دون تلفٍ أو تغييرٍ في هيئته، وما عدا ذلك فهو منقول»، وكون الطائرة ليست ثابتة ويمكن نقلها دون تلف، والغاية منها أساسًا التنقل فهي منقول، ويصح أن تكون محلاً للحقوق المالية؛ كونها من الأموال المادية فقد نصت المادة التاسعة عشرة من نظام المعاملات المدنية^(٢) على أن: «كل شيء مادي أو غير مادي يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية، عدا الأشياء التي لا تقبل بطبيعتها أن يستأثر أحد بحيازتها، أو التي تمنع النصوص النظامية أن تكون محلاً للحقوق المالية»، وهي كذلك من الأشياء القيمة حسب الفقرة الثانية من المادة الحادية والعشرين التي نصت على أن: «الأشياء القيمة هي ما تتفاوت أبعادها في الصفات أو القيمة تفاوتًا يعتد به عرفاً أو يندر وجود أمثال لها في التداول»، ويشترط لتشغيلها في المملكة العربية السعودية الحصول على تصريح تشغيل لها من الهيئة العامة للطيران المدني، ويمكن أن يتم الحصول على التصريح عبر الخدمات الإلكترونية للهيئة العامة للطيران

(١) ينظر: النظام القانوني للطائرات بدون طيار «الدرونز Les Drones»، مرجع سابق، ص ٣٣٠-٣٣١.

(٢) نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٩١، بتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ، وتم نشره في تاريخ ١٢/١٢/١٤٤٤هـ.

المدني، وذلك ضمن التحول الرقمي تفعيلاً لرؤية المملكة العربية السعودية ٢٠٣٠م^(١).

وتتكون الطائرات المسيرة من مكونات مادية وهي جسم الطائرة، وجهاز التحكم عن بعد، ومستقبل اللاسلكي في الطائرة، والمحرك، وأجنحة الطائرة، والغلاف الواقي، وإضاءات على الطائرة، وأجهزة الاستشعار، وأجهزة تحديد الموقع (GPS)، وتتكون من مكونات برمجية؛ وهي برمجيات لإدارة الطيران، وبرمجيات التحكم الأرضي^(٢).

وتتميز الطائرات المسيرة بأنها آلة يمكنها البقاء والثبات في الجو، وأنها تطير من غير مقصورة قيادة، أي من غير طيار على متنها، وتتميز بقدرتها على القيادة الذاتية إذا تم تحديد موقع الانطلاق وخط السير وموقع العودة، وتتميز بتعدد استخداماتها كما رأينا في المطلب السابق، وعلى الرغم من تنوع أحجامها وأوزانها وأشكلها إلا أنها تتميز بصغر حجمها وحمولتها عن الطائرة التقليدية، وتتميز كذلك بقلّة استهلاكها

(١) موقع الهيئة العامة للطيران المدني، مقالة بعنوان: هيئة الطيران المدني تطلق خدماتها الإلكترونية لتصريح طائرات (الدرونز)، بتاريخ ١١ / ١ / ٢٠١٩م.

https://www.gaca.gov.sa/web/ar-sa/news/translation-of-ar_sa-gacanews-130119-hf01_16600

(٢) ينظر: الإنتربول، إطار الإنتربول لمواجهة حوادث الطائرات المسيرة، مجمع الإنتربول العالمي للابتكار، سنغافورة، كانون الثاني / يناير ٢٠٢٠م، ص ١٦-١٨. التنظيم القانوني للاستخدام المدني للطائرات بدون طيار، مرجع سابق، ص ٣٩.

للوقود وبعضها يعمل من دون وقود نهائياً من خلال المدخنة الكهربائية (البطارية) بالتالي هي صديقة للبيئة، وتتميز بقلّة تكلفتها^(١).

المطلب الرابع: القواعد المنظمة لتسيير الطائرات المسيرة:

كانت المملكة العربية السعودية تحظر تشغيل هذه الطائرات للاستخدام الشخصي والمدني في أجوائها، ولكن تم السماح في أوائل عام ٢٠١٩م بشروط محددة وتنظيمها وفقاً للمواد النظامية المنصوص عليها في نظام الطيران المدني واللوائح الخاصة بسلامة الطيران الصادرة من هيئة الطيران المدني السعودية^(٢)، ولقد نصت المواد النظامية على قواعد عديدة، وسنذكر أهم القواعد المنظمة لتسيير الطائرات المسيرة:

١. ما يتعلق بمشغل الطائرة المسيرة:

يجب عليه التأكد من أن تشغيل الطائرات المسيرة يتم وفق اللوائح المعمول بها في المملكة، وأن يتمتع بالقدرة على توجيه الطائرة بدون طيار وفق الضوابط والأحكام المطبقة في المملكة؛ وذلك كون الطائرات

(١) التنظيم القانوني للاستخدام المدني للطائرات بدون طيار، مرجع سابق، ص ٣٨ - ٣٩. النظام القانوني للطائرات بدون طيار «الدرونز Les Drones»، مرجع سابق، ص ٣١١ - ٣١٤.

(٢) الأطر الشرعية والتنظيمية المتعلقة بتسيير المنظومات الجوية من دون طيار والمركبات المستقلة - دراسة في ضوء الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، مرجع سابق، ص ٣٦٣.

الترفيهية تكون تابعة لنوادي طيران مرخص لها من الهيئة بخلاف الطائرات التجارية.

وإذا كانت الطائرة المسيرة تستخدم في الأغراض التجارية لا بد أن يكون المرخص له بتسييرها لا يقل عمره عن ثمانية عشرة سنة، وإذا كانت تستخدم في الأغراض الترفيهية فلا يقل عمره عن ستة عشرة سنة، واشترطت في أن تكون حالته الطبية لا تؤثر على عملية تسيير الطائرة المسيرة، وألا يكون تحت تأثير مسكر، أو مخدر أو دواء يؤثر على عملية تسيير الطائرة المسيرة.

٢. ما يتعلق بآلية تشغيل الطائرة المسيرة:

لا يجوز تشغيل الطائرة المسيرة بطريقة تشكل خطراً على الأشخاص الآخرين أو ممتلكاتهم، أو أن يسمح بإسقاط أي جسم منه، بما يشكل خطراً على الأشخاص الآخرين أو ممتلكاتهم.

كما لا يجوز لأي شخص تشغيل الطائرة المسيرة داخل منطقة محظورة أو مقيدة دون الحصول على إذن من السلطة الإدارية، أو فوق منطقة يتم فيها إجراء عمليات إطفاء أو شرطة أو عمليات أخرى تتعلق بالسلامة العامة أو الطوارئ دون موافقة الشخص المسؤول عن العملية.

كما رتبت قيودًا تشغيلية أخرى لتسيير الطائرة المسيرة وارتفاعها
وغير ذلك^(١).



(١) د. أحمد سعد علي البرعي، وآخرون، قواعد تسيير الطائرات غير المأهولة في المملكة العربية السعودية وأحكام المسؤولية الناشئة عنها (دراسة في ضوء الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية)، المجلة الأكاديمية للأبحاث والنشر العلمي، الإصدار الواحد والثلاثون، ٢٠٢١م، ص ٧٦-٨٢.

ينظر: General Authority of Civil Aviation, GACAR PART 107 - OPERATION OF UNMANNED AIRCRAFT SYSTEMS, January 2025, General Authority of Civil Aviation, GACAR PART 101 - UNMANNED BALLOONS, KITES, AMATEUR ROCKETS, MODEL AIRCRAFT, AND UNMANNED AIRCRAFT SYSTEMS, March, 2016.

المبحث الثاني تعريف المسؤولية المدنية

تنقسم المسؤولية القانونية إلى عدة أقسام أبرزها المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية، وسيكون بحثنا عن توضيح المسؤولية عن أضرار الطائرات المسيرة وفق الإطار المدني، وسنتطرق في هذا المبحث بإذن الله إلى التعريف بماهية المسؤولية المدنية وخصائصها وأنواعها.

المطلب الأول: ماهية المسؤولية المدنية:

سنقدم توضيحاً لمفهوم المسؤولية المدنية من حيث التعريف لغوياً وفقاً للفقهاء الشرعي والفقهاء القانوني، بالإضافة إلى ذكر المسؤولية المدنية في النظام السعودي، أخيراً سنميز بين المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية.

أولاً: المسؤولية المدنية لغة:

يعتبر مصطلح المسؤولية المدنية مصطلحاً مركباً، وينحدر لفظ المسؤولية من الفعل «سأل»، وتأتي بمعنى: «سأل بعضهم بعضاً» وتأتي بمعنى: «تطلبون حقوقكم به» وقد قال عز وجل: ﴿كَانَ عَلَى رَبِّكَ وَعَدًا مَسْئُولًا﴾^(١) معناه: «وَعَدًا مَسْئُولًا إِنِّجَازُهُ»^(٢). وبالنسبة لكلمة

(١) سورة الفرقان، آية ١٦.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ، ج ١١، ص ٣١٨.

المدينة فهي تنحدر من لفظ «مَدَنِيٌّ» وهو لفظ خاص «بالمواطن أو بمجموع المواطنين، عكس عسكري»^(١).

ثانيًا: المسؤولية المدنية اصطلاحًا:

في اصطلاح الفقه الشرعي:

عرف الفقه الإسلامي المسؤولية المدنية في باب الضمان، ويقصد بالضمان إما الكفالة أو التعويض ويسمى الغرامة كذلك وهذا المقصود هنا، والضمان بالغرامة أو بالتعويض تعني: «وجوب رد الشيء أو أداء بدله بالمثل أو بالقيمة»، وعرفت أيضًا بـ: «غرامة التالف»، وعرفت بـ: «الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية»^(٢).

في اصطلاح الفقه القانوني:

المسؤولية المدنية تعرف في الفقه القانوني على أنها: «التزام شخص بأن يعرض الضرر الذي تسبب فيه لشخص آخر بسبب إخلاله بالتزام يقع عليه»^(٣)، وتعرف أيضًا: «الالتزام الذي يتعهد الشخص خلاله بإصلاح الضرر الواقع على الغير بسبب فعله، أو من فعل أشخاص يتبعون له، أو أشياء مسؤول عنها»، وقد تكون المسؤولية

(١) اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٠٧٩ - ٢٠٨٠.

(٢) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٢١ - ٢٢.

(٣) د. أبو السعود، رمضان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة السابعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٣٧٧.

تعاقدية أو تقصيرية^(١) وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثالث من هذا المبحث بإذن الله، وسنعرض المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالتزام قانوني الموجبة للتعويض ويكون أحد أجزاء هذا الالتزام الطائرة المسيرة، فالمسؤولية المدنية إذاً التعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام العقدي أو الالتزام التقصيري^(٢).

ثالثاً: المسؤولية المدنية في النظام السعودي:

دائماً ما تترك الأنظمة تفسير المصطلحات لشرح القانون، وقد ورد لفظ المسؤولية المدنية في المادة التاسعة عشرة بعد المائة من نظام المعاملات المدنية: «لا تخل المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجزائية، ولا تأثير للعقوبة في تحديد نطاق المسؤولية المدنية وتقدير التعويض»، فنجد أن النظام فرق بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية، وهذا ما سنعرضه في رابعاً من هذا المطلب، وقد نصت المادة السابعة بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على التعويض في حالة الإخلال العقدي فنصت على أنه: «في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، فللمتعاقد الآخر بعد إعداره المتعاقد المخل أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض، وللمحكمة أن ترفض طلب الفسخ إذا كان الجزء الذي لم يوف به المخل قليل

(١) المسؤولية المدنية عن أضرار الطائرات بدون طيار، مرجع سابق، ١٧-١٨.

(٢) د. العرعاري، عبد القادر، مصادر الالتزامات الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، دار الأمان، الرباط، الطبعة الثالثة، ٢٠١١م، ص ١١ (بتصرف).

الأهمية بالنسبة إلى الالتزام»، بينما نصت المادة العشرون بعد المائة على الإخلال الموجب للمسؤولية التقصيرية: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض».

رابعاً: التمييز بين أنواع المسؤولية:

١. التمييز بين المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية:

كثيراً ما يُشكل التمييز بين المسؤولية القانونية التي تتضمن المسؤولية المدنية والمسؤولية الأدبية، وللتمييز بينهما ننظر لسبب إلزامها والعقوبة، فالمسؤولية الأدبية ترد على ما يخالف العرف والعادات والقيم ففيها استنكار ولا يعاقب عليها، بينما يقصد بالمسؤولية القانونية: المسؤولية التي ينظمها القانون بموجب نظام رسمي؛ فوضح القانون الأفعال الواجب القيام بها والأفعال الواجب الامتناع عنها، ويعاقب من أخل بهذه المسؤولية، ومنها: المسؤولية المدنية وهي محور حديثنا، والمسؤولية الجنائية، والمسؤولية الدستورية، والمسؤولية الدولية^(١).

٢. التمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية:

تنشأ المسؤولية الجنائية عن مخالفة لواجب قانوني قدر له النظام عقوبة جنائية؛ لأن هذه الجريمة سببت ضرراً للمجتمع، فهي تحقق الردع العام، وكون لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص فالأفعال التي ترد

(١) النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٧٧.

على المسؤولية النائية محصورة، بينما تنشأ المسؤولية المدنية كما ذكرنا نتيجة الإخلال بالتزام عقدي أو التزام تقصير وتوجب التعويض، وتهدف إلى جبر الضرر بمختلف أنواعه^(١).

٣. التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية:

ترد المسؤولية العقدية على الإخلال بالتزامات العقد، بينما ترد المسؤولية التقصيرية على الإخلال بالالتزام القانوني العام المتمثل في عدم الإضرار بالغير^(٢)، ونرجع تفصيل ذلك للمطلب الثالث من هذا المبحث.

المطلب الثاني: خصائص المسؤولية المدنية:

المسؤولية المدنية بوجه عام هي: المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسؤول^(٣)، سواء كان عن طريق العقد أو عن طريق النظام، وتهدف إلى جبر الضرر الذي أصاب المضرور من الإخلال بالعقد في المسؤولية العقدية، أو من الإخلال بواجب قانوني عام، وهو عدم الإضرار بالغير دون تحديد أو حصر في المسؤولية التقصيرية.

(١) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١٣-١٥.

(٢) يُنظر: د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٥٢م، الجزء الأول، ص ٧٤٨.

(٣) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٣٥.

تتميز دعوى المسؤولية المدنية الخاصة بأنها خاصة، يجوز للمضرور الصلح، أو التنازل عنها باعتبارها حقاً خاصاً. ويكون الشخص بموجب الضرر ملتزماً بتعويض الضرر الناشئ عن فعل صادر منه مباشرة أو من الأشخاص أو الأشياء المسؤول عنها^(١).

ومما يميز المسؤولية المدنية التعويض حيث يتم تحديده بناء على نوع الضرر وحجمه ونوعه مادياً أو معنوياً، وبالقدر الكافي لجبر الضرر، وتتميز المسؤولية المدنية بأن النية فيها لا تعد ركناً، وأكثر ما يكون الخطأ المدني إهمالاً لا عمداً^(٢).

المطلب الثالث: أنواع المسؤولية المدنية:

للمسؤولية المدنية نوعان، إما أن تكون مسؤولية عقدية ناتجة عن الإخلال بالعقد، وإما أن تكون مسؤولية تقصيرية ناتجة عن خطأ سبب ضرراً، وسنشرع في الحديث عن المسؤولية العقدية ثم نوجز الذكر في هذا المطلب عن المسؤولية التقصيرية ونفصلها في المبحث الثالث، كونها في الغالب محل الضرر الواقع من الطائرات المسيرة، ثم نذكر التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، ونسأل الله السداد في ذلك.

(١) شقرا، نجيب، المسؤولية المدنية، مطبعة المعارف، الطبعة الأولى، ١٩٠٤م، ص ٦.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ٦٤١.

أولاً: المسؤولية العقدية:

بداية يقصد بالعقد: «توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله»^(١)، ونصت المادة الحادية والثلاثون من نظام المعاملات المدنية على أنه: «ينشأ العقد بارتباط الإيجاب بالقبول لإحداث أثر نظامي، مع مراعاة ما تقرره النصوص النظامية من أوضاع معينة لانعقاد العقد»، فإذا توافقت إرادة شخصين على إنتاج أثر قانوني لا بد من تحقيق هذا الأثر الذي انصبّت عليه إرادتهما، ولا يُصار إلى التنفيذ بالتعويض إذا توفرت شروط التنفيذ العيني، وإذا حدث إخلال بالعقد وطلب المتضرر من الإخلال التعويض هنا نتحدث عن المسؤولية العقدية، فيفترض لقيامها وجود عقد صحيح واجب النفاذ لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو تأخر في تنفيذه^(٢)، وهذا ما نصت عليه المادة السابعة بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، فللمتعاقّد الآخر بعد إعداره المتعاقّد المخل أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض، وللمحكمة أن ترفض طلب الفسخ إذا كان الجزء الذي لم يوف به المخل قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام»، والتعويض الوارد في المادة هو ما يطلق عليه المسؤولية العقدية، ونصت المادة السبعون بعد المائة من ذات النظام على أنه: «١- يحكم على

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ١٣٧.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٦٥٤.

المدين بالتعويض لعدم الوفاء إذا استحال التنفيذ عيناً، بما في ذلك أن يتأخر فيه المدين حتى يصبح غير مجدٍ للدائن. ٢- للدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه عيناً أن يعين له مدة معقولة للتنفيذ، فإذا لم ينفذ جاز للدائن طلب التعويض لعدم الوفاء. ٣- لا يحكم بالتعويض وفقاً للفقرتين (١) و(٢) من هذه المادة إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بسبب لا يد له فيه»، فإذا لم يوف أحد المتعاقدين التزامه كان مدينًا بالتعويض للدائن عما لحقه من ضرر بسبب التأخير أو عدم التنفيذ.

وتحقق المسؤولية العقدية بتوافر ركن الخطأ العقدي والضرر والعلاقة السببية، وسنذكرها على النحو الآتي:

الركن الأول: الخطأ العقدي:

يقصد به: «عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد»^(١) سواء كان متعمداً أو مهملاً، فإذا تم الاتفاق مع شركة لتوريد الطائرات المسيرة، وتراخت عن التنفيذ في الوقت المحدد، أو بمواصفات معينة ولم تقم بتوريدها؛ يحق للدائن أن يطالبها بالتعويض جراء هذا الإخلال، أو إذا تم التعاقد مع شركة لبرمجة الطائرات المسيرة وفق إحداثيات معينة ولم تقم بذلك كذلك تقع عليها المسؤولية العقدية، أو إذا تم التعاقد مع شخص للقيام بالتصوير باستخدام الطائرات المسيرة وفق جودة ومعايير معينة وأخل بذلك كذلك يقع عليه المسؤولية

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٦٥٦.

العقدية^(١)، وقد يكون الالتزام بتحقيق نتيجة وذلك إذا كان محل الالتزام نقل الحق، أو القيام بعمل، أو الامتناع عنه كما في الأمثلة السابقة، أو قد يكون الالتزام ببذل عناية وهو: «الالتزام بعمل، ولكنه عمل لا تضمن نتيجته»^(٢) والأصل أن تكون عنايته كالرجل العادي، وتزيد وتنقص بحسب الاتفاق، أو بحسب القانون، كما لو استعار شخص ما الطائرة المسيرة فعليه أن يبذل عنايته للمحافظة عليها عناية الشخص المعتاد^(٣)، وذلك ما نصت المادة الخامسة والخمسون بعد الأربعمائة من نظام المعاملات المدنية عليه وهو: «على المستعير أن يبذل في حفظ الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل عن عناية الشخص المعتاد»، ولقد نصت المادة الثامنة والستون بعد المائة على أنه: «إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيلة في تنفيذ التزامه، فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه عناية الشخص المعتاد ولو لم يتحقق الغرض المقصود، ما لم يقض نص نظامي بخلاف ذلك، أما إذا كان المطلوب هو تحقيق غاية فلا يُعدُّ الوفاء حاصلاً إلا بتحقيق تلك الغاية»، فإذا اتَّفَق مع شخص للقيام بإدارة عرض جوي باستخدام الطائرات المسيرة، ولم

(١) د. طالب، عثمان، الوجيز في مصادر الالتزام، دار الإجازة، الطبعة الثانية، ٢٠٢٠م، ص ١٧٨ - ١٨٠.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ٦٥٧.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ٦٥٤ - ٦٥٩.

يتم تحديد مواصفات هذا العرض، أو غايته؛ فيكون ملتزماً ببذل عناية الشخص المعتاد، أو المحترف إذا تم التشديد في العقد.

كما يقع على مدعي الخطأ العقدي إثباته، وذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الثانية من نظام الإثبات^(١): «على المدعي أن يثبت ما يدعيه من حق، وللمدعى عليه نفيه»، فإذا كان المدعى عليه ملتزماً بتحقيق نتيجة يثبت وجود العقد وعدم تحقق النتيجة، وإذا كان المدعى عليه ملتزماً ببذل عناية فيثبت وجود العقد وأن المدين لم يبذل العناية^(٢).

الركن الثاني: الضرر:

يعد أهم أركان المسؤولية العقدية لأن المسؤولية العقدية هدفها جبر الضرر فلا مسؤولية بدون ضرر، ويقصد بالضرر: «الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه، أو في مصلحة له معتبرة شرعاً»^(٣) فلا بد من وقوع ضرر، أو خسارة مالية، أو فوات ربح، أو فوات فرصة للربح، حتى تتحقق المسؤولية العقدية، وقد نصت المادة الحادية السبعون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «إذا تأخر المدين

(١) نظام الإثبات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٣ بتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ، ونشر بتاريخ ٤/٦/١٤٤٣هـ.

(٢) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٥٠.

(٣) الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٨١.

في تنفيذ التزامه وجب عليه تعويض الدائن عما يلحقه من ضرر بسبب التأخير، ما لم يثبت أن تأخير الوفاء بسبب لا يد له فيه»^(١).

وللضرر نوعان: فإما أن يكون ماديًا وإما أن يكون معنويًا، ويتمثل الضرر المادي في ما ينقص من القيمة الاقتصادية نتيجة الإخلال بالعقد، فهو ضرر يمكن تقييمه بالمال، وللضرر المادي صور فقد يكون الضرر المادي حاليًا وهو الضرر الواقع بالفعل، مثل: إذا تعاقد شخص مع شخص للقيام بصيانة محرك الطائرة المسيرة وقام بإتلاف المحرك خطأ؛ لعدم بذل العناية اللازمة، فهنا الضرر حالٌ واقعٌ بالفعل، وقد يكون الضرر المادي مستقبلاً وهو الضرر محقق الوقوع مستقبلاً، مثل: إذا اتفق مختص مع شخص على تأجير مصنعه للقيام بدورة لتعليم الطلبة في الإجازة الصيفية كيفية صنع الطائرات المسيرة، وأخل المؤجر بالعقد؛ مما رتب عليه حرمان المختص من الانتفاع بالمصنع، ورتب عليه حرمانه مستقبلاً من أجرة التعليم، ونصت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة والعشرين بعد الأربعين من نظام المعاملات المدنية على أنه: «إذا ترتب على التعرض الوارد في الفقرتين (١) و(٢) من هذه المادة حرمان المستأجر كلياً أو جزئياً من الانتفاع بالمأجور؛ جاز له طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة، دون إخلال بحقه في التعويض».

(١) ينظر: المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٥٠. الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٨١. فائق، ليلان، المسؤولية المدنية في القانون، بحث مقدم من قبل عضوة الإدعاء العام كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثالث إلى الصنف الثاني من أصناف الادعاء العام، ٢٠١٧م، ص ١٩.

فتعويض المؤجر هنا كان بسبب إخلاله بالعقد الذي رتب عليه ضرراً في المستقبل، وقد يكون الضرر المادي محتملاً، قد يقع وقد لا يقع، ولا يعرض عنه إلا إذا وقع بالفعل، ومثال ذلك: إذا تأخرت شركة عن توريد بطارية الطائرة المسيرة، ولكن بطايرتها الحالية لم تنته بالفعل، فهناك خطأ وهو التأخير، ولكن لم يقع الضرر منه للآن.

أما الضرر المعنوي فيتمثل فيما ينقص من المصلحة الأدبية أو المعنوية للشخص كسمعته وشرفه واعتباره؛ نتيجة الإخلال بالعقد، ويندر وقوعه في المسؤولية العقدية على عكس المسؤولية التقصيرية، ومثال ذلك هو ما قد يصيب المتمرّس في المثال قبل السابق إذا تم إلغاء الدورة التعليمية لصناعة الطائرة المسيرة من ضرر أدبي يلحقه في سمعته^(١).

ويُشترط لتحقيق الضرر ثلاثة شروط وهي: أن يكون الضرر محققاً ومباشراً ومتوقعاً، ويقصد بكون الضرر محققاً أنه وقع بالفعل، أو مؤكد الوقوع، وبالنسبة للضرر المستقبلي وهو الذي لم يقع ولكنه محقق الوقوع في المستقبل؛ فيرجع تقديره للقاضي، والضرر المحتمل لا يعرض عنه إلا إذا تحقق، ويقصد بأن يكون الضرر مباشراً أن يترتب مباشرة بسبب الإخلال بالعقد، ويقصد بأن يكون الضرر

(١) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٦٨١-٦٨٣. المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٥٠-٥٢. الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٨١-١٨٢.

متوقعاً أن يكون الضرر مما يمكن توقعه أثناء التعاقد من الشخص المعتاد، فمعياره موضوعي، إلا إذا كان السبب هو الغش أو الخطأ الجسيم؛ فيعوض حتى إذا لم يكن متوقعاً، وهذا ما نصت عليه المادة الثمانون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية في آخرها إذ نصت على أنه: «... ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد»^(١).

ويجب على من يدعي وقوع الضرر إثباته كما في ركن الخطأ؛ إذ لا يفترض أن كل إخلال بالعقد ينتج عنه ضرر، وإذا كان التعويض بناء على اتفاق فيكون على المدين إثبات عدم وقوعه، ولقد نصت الفقرة الأولى من المادة التاسعة والسبعين بعد المائة على أنه: «لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر»^(٢).

الركن الثالث: العلاقة السببية:

يجب أن يكون الخطأ العقدي سبباً لإحداث الضرر حتى يستحق التعويض، وهذا هو المفترض أن تكون العلاقة السببية بين الخطأ

(١) ينظر: مصادر الالتزامات الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٤٤ - ٤٦. المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٥٢ - ٥٤.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٦٧٩ - ٦٨٠. المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٥٤.

العقدي والضرر قائمة، فلا يكلف الدائن بإثباتها، بل يُكلف المدين بنفيها لدفع المسؤولية العقدية عنه، وتنتفي المسؤولية العقدية لوقوع السبب الأجنبي كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي، أو خطأ الدائن، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة السبعين بعد المائة من نظام المعاملات المدنية، فإذا كان الضرر بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انتفت المسؤولية العقدية، ومثال ذلك: إذا قام مصور بشراء جهاز التحكم عن بعد الخاص بالطائرة المسيرة وتأخر وصوله، وبالتالي تضرر بخسارة مادية لعدم القيام بعمله؛ فعليه أن يثبت أن الضرر بسبب التأخير حتى يستحق التعويض، لا بسبب آخر فقد يكون التأخير نتج عن قوة القاهرة أدت لتأخر البضاعة، كما في جائحة كورونا عام ٢٠١٩م، أو قد يكون هو من تأخر في دفع مبلغ الجهاز، أو تأخر في شرائه؛ وبالتالي تأخر وصوله هنا؛ فلا يكون البائع ملزماً بالتعويض لانتفاء العلاقة السببية، وتقدير العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر يرجع للقاضي^(١).

ولأن الأصل حرية المتعاقدين؛ فيجوز التعديل على أحكام المسؤولية العقدية، ويجوز الاتفاق على الإعفاء عن المسؤولية العقدية، أو تخفيفها، في غير حالات الغش والخطأ الجسيم، ولا يجوز الإعفاء من المسؤولية

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٦٨٧ - ٦٨٨. المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٥٤ - ٥٦. مصادر الالتزامات الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٤٨.

العقدية الماسة بالسلامة الجسدية، أو الحالات التي منع النظام فيها من الإعفاء أو التخفيف، وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة والسبعون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «١- يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من التعويض عن الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي أو تأخره فيه، إلا ما يكون عن غش أو خطأ جسيم منه. ٢- لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار»، ويجوز الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية في الشرط الاتفاقي، أو في القوة القاهرة، في غير الحالات التي منع النظام فيها التشديد، وهذا ما نصت عليه المادة الثامنة والسبعون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً مقدار التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق؛ ما لم يكن محل الالتزام مبلغاً نقدياً، ولا يشترط لاستحقاق التعويض الإعذار»، والمادة الرابعة والسبعون بعد المائة التي نصت على أنه: «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة»، وذلك فيه تشديد على المدين، وفي حالة التشديد يستطيع المدين أن ينقص التعويض إذا كان مبالغاً فيه، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة التاسعة والسبعين بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «للمحكمة بناءً على طلب المدين أن تنقص هذا التعويض؛ إذا أثبت أن التعويض المتفق عليه كان مبالغاً فيه، أو أن الالتزام الأصلي قد نُفذ جزء منه»^(١).

(١) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٥٧ - ٥٩.

ثانيًا: المسؤولية التقصيرية:

وستكون محل بحثنا في المبحث الثالث بإذن الله لذلك سنعرضها بإيجاز، المسؤولية التقصيرية قد يُطلق عليها الفعل الضار^(١) أو العمل غير المشروع^(٢)، ويقصد بها: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض»^(٣)، وأشار إليها المنظم في المادة العشرين بعد المائة من نظام المعاملات المدنية التي نصت على أن: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يُلزم من ارتكبه بالتعويض»، وللمسؤولية التقصيرية ثلاث أركان وهي: الخطأ؛ ويقصد به الفعل الضار وهو: «كل إخلال بالالتزام القانوني العام المتمثل في عدم الإضرار بالغير»^(٤)، والضرر؛ ويطلق على: «الأذى الذي يُصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له»^(٥)، وقد يكون الضرر مادياً أو معنوياً^(٦)، والعلاقة السببية، أي أن الضرر نتج عن هذا الخطأ^(٧).

- (١) الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢١١.
- (٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٧٤٣.
- (٣) الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢١٢.
- (٤) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٨٨.
- (٥) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١١٧.
- (٦) مصادر الالتزامات الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٩٩.
- (٧) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١٣٨.

الأصل أن تكون المسؤولية التقصيرية على الشخص الذي وقع منه الفعل الضار، ولقد قال الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾^(١)، ووفق الفقرة الأولى من المادة الثانية والعشرين بعد المائة من نظام المعاملات المدنية التي نصت على أن: «يكون الشخص مسؤولاً عن الفعل الضار متى صدر منه وهو مميز»، ولكن استثناءً من ذلك قد يُسأل عن الفعل الضار الصادر من الغير في حالات واردة على سبيل الحصر، كما لو كُلف نظاماً أو اتفاقاً بالرقابة عليه أو كان تابعاً له، فيكون بمثابة ضامن أو كفيل للمدين الأصلي^(٢)، فقد قال الرسول ﷺ: «كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ»^(٣)، وذلك ما جاء في المادة التاسعة والعشرين بعد المائة من نظام المعاملات المدنية التي نصت على أن: «١- من وجبت عليه نظاماً أو اتفاقاً أو قضاءً رقابة شخص لصغر سنّه أو قصور حالته العقلية أو الجسمية؛ كان مسؤولاً عن الضرر الذي أحدثه ذلك الشخص، إلا إذا أثبت متولي الرقابة أنه قد قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية أو أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية. ٢- يكون المتبوع مسؤولاً تجاه المتضرر عن الضرر الذي يحدثه تابعه بخطئه أثناء تأدية عمله أو بسبب

(١) سورة فاطر، آية ١٨.

(٢) يُنظر: المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١٨١، ٢٠٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب قوا أنفسكم وأهليكم نازلاً، ح (٥١٨٨)، (٢٦/٧)، تحقيق: جماعة من العلماء، دار طوق النجاة - الطبعة

السلطانية - ١٤٢٢هـ.

هذا العمل، إذا كانت للمتبع سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه ولو لم يكن المتبع حرّاً في اختيار تابعه...».

ونتيجة للتطورات والتكنولوجيا الحديثة فقد يكون الشخص مسؤولاً أيضاً استثناءً عن الفعل الضار الناتج عن الأشياء كحارس الحيوان، أو حارس البناء، أو حارس الأشياء التي تتطلب عناية خاصة^(١)، كما هو الحال في الطائرات المسيرة، فالطائرات منقولات تتكون من أجهزة تتطلب عناية خاصة، ومن برمجيات دقيقة فعلى حارسها، والذي يُفترض أن يكون مُصدر الترخيص بذل العناية بها، وألا يكون مسؤولاً عنها، فلو أن طائرة مسيرة انقطع الاتصال عنها وهي تطير؛ لانفصال المَدخِرة الكهربائية (البطارية) عنها، وكان على مشغل الطائرة المسيرة مراعاة ذلك، وسقطت على سور منزل فحطمته كان عليه التعويض، وستتطرق بإذن الله للأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار الطائرات المسيرة في النظام السعودي بالتفصيل.

ويكون التعويض عن الضرر بما يُجبر الضرر كاملاً فقد نصت المادة السادسة والثلاثون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «يكون التعويض بما يجبر الضرر كاملاً؛ وذلك بإعادة المتضرر إلى الوضع الذي كان فيه أو كان من الممكن أن يكون فيه لولا وقوع الضرر»، والأصل أن يُقدر التعويض بالنقد، وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد التعويض بين المثل، أو بإعادة الحال لما كان، أو بأمر يتعلق

(١) يُنظر: المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

بالفعل الضار، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة التاسعة والثلاثين بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «يُقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن تقضي بالتعويض بالمثل أو بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو أن تقضي بأمر معين متصل بالفعل الضار»، ولا يجوز الاتفاق على الإعفاء الجزئي أو الكلي لأحكام المسؤولية التقصيرية قبل وقوع الضرر؛ لأنها من النظام العام^(١)، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الثالثة والسبعين بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار»، ويجوز التشديد في أحكام المسؤولية التقصيرية قبل وقوع الضرر؛ لما في ذلك من مصلحة، فلو أن صاحب أرض زراعية خاف على تلف محصوله من الطائرات المسيرة المملوكة لأطفال الجيران، وأراد أن يتفق معهم على تشديد التعويض؛ جاز له ذلك، ولكن لا يجوز له الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء نهائياً، أما بعد الوقوع فغيرها من الحقوق الواجبة للحق الخاص يجوز التنازل عنها؛ لأنها من نطاق التصالح والتفاوض^(٢).

ثالثاً: التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية:

يتضح من مفهوم المسؤولية العقدية أنها ترد على الإخلال بالتزامات العقد، وتختلف الالتزامات من عقد لآخر، بينما ترد

(١) مصادر الالتزامات الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ١٩.

(٢) يُنظر: المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١٥١.

المسؤولية التقصيرية على الإخلال بالالتزام القانوني العام المتمثل في عدم الإضرار بالغير، وهو التزام لا يتغير، وإن اختلفت صور الإضرار بالغير^(١)، وتتميز المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية العقدية بأنها مرتبطة بالنظام العام فلا يمكن الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف، بينما يجوز في المسؤولية العقدية الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف أو التشديد فيما يخص أحكامها باستثناء ما يرتبط منها بالنظام العام، وكون المسؤولية العقدية ترد على عقد يفترض أن يكون المتعاقد كامل الأهلية وهذا ما جاء في نظام المعاملات المدنية في المادة السابعة والأربعين التي تحدثت عن أهلية المتعاقدين فنصت على أن: «كل شخص أهلاً للتصرف؛ ما لم يكن عديم الأهلية أو ناقصها بمقتضى نص نظامي»، أما في المسؤولية التقصيرية فيصح أن يكون مسؤولاً عنها، ولو كان مميزاً، كما جاء في نظام المعاملات المدنية في الفقرة الأولى من المادة الثانية والعشرين بعد المائة منه التي نصت على أنه: «يكون الشخص مسؤولاً عن الفعل الضار متى صدر منه وهو مميز»، والأصل أنه لا بد من إعدار الشخص عند إخلاله بالعقد، حتى يكون مسؤولاً عنه؛ فقد نصت المادة السابعة بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، فللمتعاقد الآخر بعد إعداره المتعاقد المخل أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض، وللمحكمة

(١) يُنظر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٧٤٨.

أن ترفض طلب الفسخ إذا كان الجزء الذي لم يوف به المخل قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام»، ويُستثنى من ذلك عدة حالات، منها المسؤولية التقصيرية، فقد نصت المادة السادسة والسبعون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «لا يشترط إعدار المدين في الحالات الآتية:

- أ- إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمناً على عَدِّ المدين معذراً بمجرد حلول الأجل.
- ب- إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكنٍ أو غير مجدٍ بفعل المدين.
- ج- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على الفعل الضار.
- د- إذا كان محل الالتزام رد شيء تسلمه المدين دون حقٍّ وهو عالمٌ بذلك.

هـ- إذا صرح المدين كتابةً بأنه لن ينفذ التزامه»^(١)، ويكون نطاق التعويض في المسؤولية التقصيرية عن الضرر المباشر إلا في حالة الغش والخطأ الجسيم كما رأينا، بينما يُعوض في المسؤولية التقصيرية عن أي ضرر مباشر متوقعاً كان أم لا، ونصت المادة الثانية عشرة بعد المائتين من نظام المعاملات المدنية على أنه: «لا يكون التضامن بين الدائنين إلا باتفاقٍ أو بنص نظامي»، وبالتالي لا تضامن في المسؤولية العقدية إلا

(١) يُنظر: مصادر الالتزامات الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ١٨-١٩.

باتفاق المتعاقدين، بينما يُفترض في المسؤولية التقصيرية لما نصت عليه المادة السابعة والعشرون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتعين المحكمة نصيب كل منهم في التعويض وفق القواعد الواردة في هذا الفصل، وإذا تعذر ذلك كانت المسؤولية بينهم بالتساوي»، أخيراً تتقدم المسؤولية العقدية بعشر سنوات بحسب القاعد العامة، إلا ما استثنى منها بنص خاص، بينما ذكرت الفقرة الأولى من المادة الثالثة والأربعين بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على تقدم المسؤولية التقصيرية، ونصت على أنه: «لا تُسمع دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار بانقضاء (ثلاث) سنوات من تاريخ علم المتضرر بوقوع الضرر وبالمسؤول عنه. وفي جميع الأحوال لا تسمع الدعوى بانقضاء (عشر) سنوات من تاريخ وقوع الضرر»^(١).

(١) يُنظر: المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٣٧.



المبحث الثالث

المسؤولية المدنية عن الأضرار الناتجة عن الطائرات المسيرة

ظهرت المسؤولية التقصيرية إثر ظهور الصناعة وانتشار الآلات الميكانيكية في القرنين الميلاديين الثامن عشر والتاسع عشر، والتي تسببت بالوقوع في الكثير من المخاطر كحوادث العمل وحوادث السير، مما أدى إلى تطور أحكام المسؤولية التقصيرية من حالات محدودة إلى أن أصبحت المسؤولية شاملة لكل خطأ^(١)، وستعرف في هذا المبحث على ماهية المسؤولية التقصيرية وأركانها الثلاثة: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية، ونفرد لكل منها فرعاً.

المطلب الأول: ماهية المسؤولية التقصيرية:

سنعرض ماهية المسؤولية التقصيرية من حيث تعريف مفردتها لغةً وتعريفها في اصطلاح الفقه الشرعي وفي اصطلاح الفقه القانوني وأخيراً بذكر المسؤولية التقصيرية في النظام السعودي؛ ليتضح مفهومها، ونسأل الله التوفيق في ذلك.

(١) مصادر الالتزامات الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٥٦ - ٥٧. المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٨٣.

أولاً المسؤولية التقصيرية لغةً:

كما قد ذكرنا سابقاً^(١) أنه يقصد بالمسؤولية في اللغة: السؤال والإلزام، وأما لفظ التقصيرية فهي من لفظ قَصَرَ وتأتي بمعنى العجز، فيقال: قصر عن سداد دينه، والحصَر، فيقال: قصر نفقته على عياله، والحبس، فيقال: قصر الطرف، وهي عكس طال، فيقال: قصر من شعره، وتأتي بمعنى الإهمال والتهاون والإخلال، فيقال: قصر عن واجبه أي أهمل وتهاون وأخل به^(٢)، وهذا المراد في بحثنا.

ثانياً: المسؤولية التقصيرية اصطلاحاً:

في اصطلاح الفقه الشرعي:

نجد أن المسؤولية التقصيرية كانت في باب الضمان في كتب فقهاء الشريعة الإسلامية، والضمان هو: «إِعْطَاءُ مِثْلِ الشَّيْءِ إِنْ كَانَ مِنْ الْمُثْلِيَّاتِ، وَقِيَمَتِهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْقِيَمِيَّاتِ»^(٣)، وقد ذكر الحجاوي أن: «من أتلف ولو خطأ أو سهواً ما لا محترماً لغيره بغير إذنه ضمنه»^(٤)، فمن أتلف ما لا محترماً للغير كان عليه ضمانه بإعطائه مثله أو قيمته وهو

(١) راجع: المطلب الأول من المبحث الثاني.

(٢) اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٨٢٠ - ١٨٢١.

(٣) بحوصي، سعاد، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في الشريعة والقانون، جامعة أحمد دارية، ص ١٠.

(٤) الحجاوي، أبو النجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة بيروت، لبنان، ج ٢، ص ٣٥٤. وينظر: الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢١١.

التعويض^(١)، وأن رسول الله ﷺ قضى أن لا ضرر ولا ضرار^(٢)، وهذا دليل القاعدة الفقهية الكبرى المشهورة «لا ضرر ولا ضرار»^(٣) أو «الضرر يزال»^(٤)، وتحرم هذا القاعدة الضرر سواء الضرر العام والخاص، وتوجب دفع الضرر قبل وقوعه، أو رفعه بما يزيل آثاره ويمنع تكراره بعد وقوعه، ومن أمثلة القاعدة أنه من أتلف مال غيره ضمن المتلف قيمة ما أتلفه^(٥).

في اصطلاح الفقه القانوني:

تعد المسؤولية التقصيرية من مصادر الالتزام الإرادية، وهي التي تنشئ الالتزام دون أن يكون هناك تدخل مباشر من الشخص، ويراد بها: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض»^(٦)، وذكر

(١) النحاس، إبراهيم، الجامع لعلوم الإمام أحمد - شرح الأحاديث والآثار، للإمام أحمد بن حنبل، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، الفيوم، ١٤٣٠هـ، ج ١٥، ص ٣٩٨.

(٢) أخرجه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ج (٢٣٤٠)، (٧٨٤ / ٢)، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، ١٣٨٨هـ، الجزء الثاني، ص ٧٨٤.

(٣) ابن رجب الحنبلي، كتاب القاعدة الذهبية لا ضرر ولا ضرار، بتحقيق إيهاب حمدي غيث، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ، ص ٣٧.

(٤) أحمد الحموي الحنفي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ، ج ١، ص ٢٧٤.

(٥) آل بورنو، محمد، كتاب الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت، ١٤١٦هـ، ص ٢٥١-٢٥٥.

(٦) الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢١٢.

السنهوري أن المسؤولية التقصيرية تقوم على: «الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير؛ هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير»^(١) بالتالي توجب التعويض^(٢)، وذكر بأنها هي: «التي تنشأ عن الإخلال بالواجبات التي يفرضها القانون»^(٣)، فالمسؤولية التقصيرية إذاً تطلق على الضرر الذي يصيب الغير والموجب للتعويض.

ثالثاً: المسؤولية التقصيرية في النظام السعودي:

تحدث المنظم في الجزء الثالث من نظام المعاملات المدنية عن الفعل الضار من المادة الثامنة عشر بعد المائة إلى المادة الثانية والأربعين بعد المائة، ونصت المادة العشرون بعد المائة على أن: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يُلزم من ارتكبه بالتعويض»، فأوضحت أن كل خطأ نتج عنه ضرر يُلزم فاعل الخطأ بالتعويض، فلو أن طائرة مسيرة ارتطمت بسيارة شخص فكسرت الزجاج؛ فله التعويض، ولو أن طائرة مسيرة قامت بتصوير ملك شخصي دون إذنه أدى لانتهاك حرمة منزله؛ فله التعويض، ولو أن طائرة حربية مسيرة صوبت على غير الهدف وأهلكته؛ فله التعويض، وهذا كله دون إخلال بالمسؤولية الجنائية، فقد نصت المادة التاسعة عشرة بعد المائة من نظام المعاملات المدنية

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٧٤٨.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٧٤٤.

(٣) المسؤولية المدنية في القانون، مرجع سابق، ص ٢١.

على أنه: «لا تخل المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجزائية، ولا تأثير للعقوبة في تحديد نطاق المسؤولية المدنية وتقدير التعويض».

المطلب الثاني: الركن الأول: الخطأ:

سنستعرض بإذن الله ركن الخطأ من خلال عرض مفهوم الخطأ وصوره وأركانه، على النحو التالي:

أولاً: مفهوم الخطأ:

تعددت تعاريف الخطأ، فقد عُرف فعل الإضرار بأنه: الانحراف عن السلوك المألوف للشخص الطبيعي وهو: «تجاوز الحد الذي يجب الوقوف عنده، أو التقصير عن الحد الواجب أن يصل إليه في الفعل، أو الامتناع الذي يسبب الضرر»^(١) وعُرف من خلال الربط بين عنصريه المادي والمعنوي بأنه: «إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل لتتأج أفعاله»، وهذا التعريف هو الذي يؤيده الاتجاه المعاصر في الفقه والقضاء^(٢)، أما تعريف الفعل الضار الناتج عن الطائرات المسيرة فهو: «سلوك تكنولوجي غير مشروع، أو انحراف في السلوك التكنولوجي للفاعل»^(٣).

(١) المسؤولية المدنية عن أضرار الطائرات بدون طيار، مرجع سابق، ص ١٩-٢٠.

(٢) مصادر الالتزامات الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٦١ وما بعدها.

(٣) المسؤولية المدنية عن أضرار الطائرات بدون طيار، مرجع سابق، ص ١٩-٢٠.

بالنسبة لمفهوم الفعل الضار في الفقه الإسلامي هو: «مجازة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة»^(١) ويشير إلى: «الأفعال التي تتسبب في إلحاق ضرر بالآخرين أو بممتلكاتهم»، وتعتبر هذه الأفعال مخالفة للأحكام الشرعية، وتعرض الشخص للمساءلة الشرعية، والتعويض المدني في حالة وجود ضرر فعلي وملموس، ويتم تحديد حجم الضرر والتعويض المناسب وفقاً لتقديرات القضاء والشرع^(٢).

ثانياً: صور الخطأ:

القاعدة العامة للخطأ نصت عليها المادة السابعة عشرة بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يُلزم من ارتكبه بالتعويض»، ويشمل ذلك الخطأ العمدي؛ وهو الفعل الذي يقوم به الشخص بعمد ونية سيئة؛ لإلحاق ضرر بالآخرين أو بممتلكاتهم، مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجنائية كما نصت المادة التاسعة عشرة بعد المائة من نظام المعاملات المدنية، كمن قصد أن يخلق طائرته المسيرة على منزل وكشف حرماته، أو كان الخطأ غير عمدي؛ وهو الفعل الذي يقوم به الشخص دون نية سيئة أو عمد؛ لإلحاق الضرر بالآخرين.

(١) ينظر: د. فيض الله، فوزي، فصول من الفقه العام الإسلامي العام، دار الفكر، بيروت، ٢٠١٠م، ص ٥٤.

(٢) الأباصيري، فاروق، أحكام المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الشارقة، مكتبة الجامعة، ص ٣١٩.

يمكن أن تكون هذه الأخطاء نتيجة للإهمال، أو قصوراً في الواجبات المطلوبة، أو خطأ في التقدير، أو غيرها من الأسباب غير المقصودة؛ كمن ترك طائرته المسيرة في وضع القيادة الذاتية دون تحديد النطاق المسموح به، وحلقت فوق منزل وكشفت حرماته، ولم تكن نيته عمدية بل كان مهملاً^(١)، فكما ذكرنا سابقاً أن المفهوم المدني للتعدي أو الخطأ لا يتطلب النية كما في المفهوم الجنائي، فإطار الخطأ في المسؤولية المدنية أوسع من المسؤولية الجنائية.

وقد يكون التعدي الموجب للمسؤولية إيجابياً، وهو أن يقوم الشخص بفعل يتعارض مع واجب قانوني يجب على الشخص القيام به، كمن لم يراعِ حرمة المنزل في المثال السابق، وقد يكون التعدي سلبياً وهو امتناع الشخص عن اتخاذ الإجراء المطلوب قانوناً، كمن قام باستخدام طائرته المسيرة دون أن يصدر الترخيص اللازم لاستخدامها^(٢).

(١) أبو الخير، جمال أبو الفتوح، انتفاء الخطأ في المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، كلية الحقوق، جامعة دمياط، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد (٦)، ٢٠٢٢م، ص ٢٠٣.

(٢) أبو سرور، أسماء موسي أسعد، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانوني المدني الأردني، أطروحة لاستكمال درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، ٢٠٠٦م، ص ٤٩.

ثالثاً: أركان الخطأ:

للخطأ ركنان: ركن موضوعي وآخر معنوي، فيتمثل الركن الموضوعي للخطأ في الانحراف أو التعدي، وهو الإخلال بواجب قانوني، وهذا الواجب قد يتحدد بنصوص قانونية خاصة، مثل: عدم جواز تشغيل الطائرة المسيرة بين غروب الشمس وشروقها ما لم يتم إضاءتها وإضاءة خطوط إرسالها لإعطاء تحذير بصري^(١)، أو بمخالفة الواجب العام الذي يفرضه القانون على جميع الأفراد بعدم الإضرار بالآخرين، فلا بد أن ينحرف سلوكه عن سلوك الرجل المعتاد^(٢)، فالالتزام بعدم الإضرار بالآخرين؛ هو التزام ببذل عناية، أي: أنه يسلك سلوك الرجل العادي في مثل ظروفه، فلا بد أن يكون متيقظاً ومتبصراً وحريصاً على عدم الإضرار بالآخرين، فإذا انحرف توفر لدينا الركن المادي^(٣)، ويتمثل الركن المعنوي للخطأ في الإدراك أو التمييز، فلا يسأل غير المميز إلا استثناءً، وفق ما ورد في المادة الثانية والعشرين بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «١- يكون الشخص مسؤولاً عن الفعل الضار متى صدر منه وهو مميز.

(1) General Authority of Civil Aviation, GACAR PART 101 - UNMANNED BALLOONS, KITES, AMATEUR ROCKETS, MODEL AIRCRAFT, AND UNMANNED AIRCRAFT SYSTEMS, March, 2016, Page.5, 101.27.

(٢) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٨٨ - ٩٠.

(٣) التنظيم القانوني للاستخدام المدني للطائرات بدون طيار، مرجع سابق، ص ٧٨.

٢- إذا وقع الضرر من غير المميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عن الضرر، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، لزم غير المميز تعويض مناسب تقدره المحكمة^(١)، فلا يُسأل غير المميز بل تصار المسؤولية إلى المسؤول عنه، أو متولي الرقابة، فإذا تعذر وجوده لزم غير المميز بما تراه المحكمة من تعويض^(٢).

ويختلف الفقه الإسلامي عن القانون المدني في أن الفقه الإسلامي يقيم المسؤولية على أساس الركن المادي، وهو التعدي دون الركن المعنوي، فلم يجعل التمييز من عناصره، فحتى غير المميز يحكم عليه شرعاً بالضمان أي يُسأل مدنياً لا جنائياً؛ حفاظاً على أموال وأرواح الناس، أما القانون فإنه يقيم المسؤولية على أساس الركنين^(٣)، وفي النظام السعودي يمكن مساءلة غير المميز استثناءً، كما ذكرنا وفق الفقرة الثانية من المادة الثانية والعشرين بعد المائة من نظام المعاملات المدنية^(٣).

(١) د. الزحيلي، وهبة، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، دمشق، ص ١٥٧ وما بعدها. المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٩١ وما يليها.

(٢) الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٥٧ وما بعدها.

(٣) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٩١ وما يليها.

المطلب الثالث: الركن الثالث: ركن الضرر:

ستتطرق هنا للضرر من حيث تعريفه لغةً واصطلاحاً ومفهوم الضرر في النظام السعودي ومن ثم أقسام الضرر وشروطه بإذن الله، سائلين المولى التوفيق.

أولاً: ماهية الضرر:

الضرر لغةً:

الضَرَرُ: «خلاف النفع. وقد ضَرَّه وضارَّه بمعنى. والاسم الضَرَرُ»^(١).

الضرر اصطلاحاً:

عرف الضرر بتعاريف كثيرة، ومن أهمها: «إلحاق مفسدة بالغير»، والضرر هو: «كل إيذاء يلحق الشخص في ماله أو جسمه أو عرضه أو سمعته»^(٢).

الضرر في النظام السعودي:

الضرر هو الشرط الثاني لقيام المسؤولية وهو جوهر المسؤولية المدنية؛ حيث لا تقوم المسؤولية التقصيرية دون وجود الضرر، وتهدف المسؤولية المدنية إلى تعويض المضرور، كما نصت المادة العشرون بعد

(١) الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، ١٩٩٠م، ج ٢، ص ٧١٩.

(٢) الهاجري، حمد، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ، ص ٨٣.

المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يُلزم من ارتكبه بالتعويض»^(١).

ثانياً: أنواع الضرر:

يقسم الضرر من حيث طبيعته إلى ضرر مادي وضرر معنوي^(٢)، فالضرر المادي هو: ما يصيب الشخص من ضرر في جسمه أو ماله أو بانتقاص حقوقه المالية أو بتفويت مصلحة مشروعة له تقدر فائدتها مالياً^(٣)، كتلف الممتلكات العامة أو الخاصة، أو اصطدام الطائرة المسيرة بالمباني، أو سقوطها على أسلاك كهربائية مما يؤدي إلى انقطاعها.

كما دلت المادة السابعة والثلاثون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «يتحدد الضرر الذي يلتزم المسؤول بالتعويض عنه بقدر ما لحق المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب، إذا كان ذلك نتيجةً طبيعيةً للفعل الضار. ويعد كذلك إذا لم يكن في مقدور المتضرر تفاديه ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص المعتاد».

(١) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٢) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١٢٤.

(٣) انظر: عامر، حسين عامر عبد الرحيم، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، الطبعة الثانية، ١٩٧٩ م، ص ٣٣٣.

أما الضرر المعنوي فهو: الضرر الذي يصيب الإنسان في حق أو مصلحة غير مالية، في إحساسه، أو شعوره أو كرامته أو شرفه^(١)، كانتهاك وخرق للخصوصيات الشخصية للأفراد بنشر صور أو مقاطع مصورة من خلال كاميرات الطائرة المسيرة؛ فهذا يعد من الضرر المعنوي الذي يجب فيه التعويض حسب ما تراه وتقدره المحكمة، وقد نصت المادة الثامنة والثلاثون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على الضرر المعنوي فذكرت أنه: «١- يشمل التعويض عن الفعل الضار التعويض عن الضرر المعنوي».

٢- يشمل الضرر المعنوي ما يلحق الشخص ذا الصفة الطبيعية من أذى حسي أو نفسي، نتيجة المساس بجسمه أو بحريته أو بعرضه أو بسمعته أو بمركزه الاجتماعي.

٣- لا ينتقل حق التعويض عن الضرر المعنوي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى نص نظامي أو اتفاق أو حكم قضائي.

٤- تقدر المحكمة الضرر المعنوي الذي أصاب المتضرر، وتراعي في ذلك نوع الضرر المعنوي وطبيعته وشخص المتضرر.

ثالثاً: شروط الضرر:

يشترط للمطالبة بالتعويض أو بإزالة الضرر تحقق شروط وهي:

(١) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١٢٦، (بتصرف).

الشرط الأول: الإخلال بحق أو بمصلحة مالية للمضرور، أي ضرر
أو إخلال يصيب الشخص في ماله أو المساس بسلامة الجسم بما يمثل
ضرراً عليه يوجب التعويض.

الشرط الثاني: أن يكون الضرر محقق الوقوع، والمقصد من هذا
الشرط أن يكون الضرر قد وقع فعلاً، أو أن وقوعه حاصل لا محالة،
كإصابة الطائرة المسيرة بعطل وسقوطها من ارتفاع شاهق على رأس
شخص، وهناك فرق بين الضرر الحال والضرر المستقبلي والضرر
المحتمل، فالضرر الحال الذي يقصد به أنه قد وقع فعلاً، أما الضرر
المستقبلي فهو الذي سيقع حتماً، والضرر المحتمل هو الذي لم يتحقق
سببه في الأساس، وهو ضرر غير محقق قد يقع وقد لا يقع، فإذا
وجدت طائرة مسيرة بجوار المنزل وطلب المدعي تعويضه لاحتفال أن
تقرب الطائرة المسيرة من سيارته وتكسرها أصبح الضرر محتملاً،
فإذا وقع الضرر أصبح الضرر حالاً، وإذا وقعت على السيارة مع
وجود عطل سيؤدي حتماً في المستقبل إلى تغيير كامل المحرك أصبح
الضرر مستقبلاً^(١).

الشرط الثالث: مشروعية المصلحة، أي أن تكون المصلحة مشروعة،
لا تخالف الشريعة الإسلامية ولا تخالف النظام والآداب العامة.

(١) انظر: المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١١٩-١٢٠.

الشرط الرابع: أن يكون الضرر مباشراً، ونصت المادة السابعة والثلاثون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «يتحدد الضرر الذي يلتزم المسؤول بالتعويض عنه بقدر ما لحق المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب، إذا كان ذلك نتيجةً طبيعيةً للفعل الضار. ويعد كذلك إذا لم يكن في مقدور المتضرر تفاديه ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص المعتاد»، ومعنى ذلك أن يشترط للالتزام بالتعويض أن يكون الضرر نتيجة طبيعية ومباشرة للفعل الضار^(١).

ولتحقيق المسؤولية التقصيرية عليه لا بد أن يكون الضرر وقع نتيجة خطئه وهذا هو الركن الثالث وهو العلاقة السببية.

المطلب الرابع: الركن الثالث: العلاقة السببية:

بدايةً يطلق على العلاقة السببية الإفضاء^(٢) أو الرابطة السببية^(٣)، ويُقصد بها: وجود علاقة مباشرة بين الخطأ المرتكب من المسؤول والضرر الذي أصيب به المضرور^(٤)، فلا يُكتفى بوجود الخطأ والضرر

(١) انظر: المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١١٧.

(٢) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١٣٨.

(٣) حمودي، حمودي بكر، فعل الغير وأثره على أحكام المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة)، مجلة المنصور، العدد (٣٤)، الناشر: كلية المنصور جامعة، العراق، ديسمبر، ٢٠٢٠م، ص ٤١.

(٤) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٨٧٣.

بل لا بد أن يكون هذا الضرر نتاجاً للخطأ، فإذا أخطأ المتحكم بالطائرة المسيرة وسقطت على زجاج السيارة فكسرتة يُسأل عن خطئه، ولكن إذا كانت النافذة مكسورة سابقاً فلا مسؤولية تقصيرية إذا؛ لانتفاء العلاقة السببية.

ومجدر الإشارة أن تحديد العلاقة السببية في مجال التكنولوجيا أمر شائك وصعب؛ فقد يعود سبب الضرر لأمر خفية سببها تركيب الأجهزة أو تداخل المعلومات^(١)، ووفقاً للقواعد العامة فإن عبء إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر يرجع على المدعي، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من نظام الإثبات على أنه: «على المدعي أن يثبت ما يدعيه من حق، وللمدعى عليه نفيه»، ولأن إثبات العلاقة السببية قد يصعب مما يترتب عليه ضياع حق المضرور؛ اتجه القضاء بالاكْتفاء بإثبات الخطأ والضرر، وأن يكون الخطأ مما يُحدث عادة الضرر؛ فتقوم قرينة لمصلحة المضرور، ولا بد للمدعى عليه لنقض المسؤولية التقصيرية عنه بإثبات سبب أجنبي^(٢).

وتتفني العلاقة السببية بثلاثة أسباب ذكرها المنظم في المادة الخامسة والعشرين بعد المائة من نظام المعاملات المدنية، وهي:

(١) المسؤولية المدنية عن أضرار الطائرات بدون طيار، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٢) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١٤٥ - ١٤٦.

السبب الأول: القوة القاهرة:

و«هي الحادث الذي يستحيل دفعه»^(١)، ويشترط في القوة القاهرة عدم إمكانية توقع حدوثها من الشخص العادي وقت وقوع الحادث، واستحالة دفعها من أي شخص يكون في مكان المدين^(٢)، فإذا قام المتحكم بالطائرة المسيرة بإطلاقها في صحراء خالية من السكان، وبذل عنايته في التحكم بها إلا أنه فقد السيطرة عليها بسبب عاصفة رملية مفاجئة؛ وسقطت على شخص لا يتوقع وجوده فأضرته، هنا لا مسؤولية تقصيرية عليه؛ لانتفاء العلاقة السببية بسبب القوة القاهرة وهي العاصفة الرملية هنا.

السبب الثاني: خطأ الغير:

وهو أن يقع الضرر نتيجة لخطأ شخص غير المدعى عليه، وغير المضرور، وغير الأشخاص الذي يُسأل عنهم المدعى عليه^(٣)، فإذا تعاقد شخص مع مصور بالطائرة المسيرة لتصوير مزرعته؛ وقام بذلك، ونشر المقطع المصور بعد أخذ إذنه، ثم اتضح أنه أخطأ في تحديد الأرض التي يمتلكها، وتضرر المالك الحقيقي للمزرعة بنشر المقطع؛ فلا علاقة للمصور بالضرر؛ لانتفاء العلاقة السببية بسبب خطأ الغير في تحديد نطاق الأرض الزراعية التي يمتلكها.

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٨٧٦.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٨٧٨ - ٨٧٩.

(٣) الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

السبب الثالث: خطأ المتضرر:

وتعني: «انحراف المضرور في سلوكه عن عناية الشخص المعتاد انحرافاً يؤدي لحدوث ضرر له»^(١)، فلو أن طائرة مسيرة على أهبة الاستعداد للانطلاق، وقام شخص بمسك أجنحتها فأصيب؛ لا يعوضه المتحكم بالطائرة المسيرة؛ لانتفاء العلاقة السببية بسبب فعل المضرور نفسه، وإذا كان بإمكان المتحكم بالطائرة المسيرة إيقافها ولم يقم بذلك هنا يُسأل المتحكم بقدر ما أخطأ فيه، ويسقط حق المتضرر بقدر ما أخطأ فيه؛ وذلك لما نصت عليه المادة الثامنة والعشرون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «إذا اشترك المتضرر بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه، سقط حقه أو بعض حقه في التعويض، وذلك بنسبة اشتراكه فيه».

وقد يتعدد المسؤولون عن الضرر فيكونون متضامنين كلاً بحسب خطئه^(٢)، فقد نص نظام المعاملات المدنية في المادة السابعة والعشرين بعد المائة على أنه: «إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتعين المحكمة نصيب كل منهم في التعويض وفق القواعد الواردة في هذا الفصل، وإذا تعذر ذلك كانت المسؤولية بينهم بالتساوي»، فلو أن طائرة مسيرة تستخدم لغرض توصيل الطلبات قامت بتوصيل الطلب لمكان آخر؛ وذلك بسبب أن

(١) الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٢) مصادر الالتزامات الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ١١٦ - ١١٨.

الموظف نقل بيانات العميل بشكل خاطئ، وبسبب أن الموظف المتحكم بالطائرة لم يتأكد من البيانات كما يجب فكلاهما يُسأل كلٌ بحسب خطئه.

وقد تعدد الأخطاء المسببة للضرر، مثل: إذا ترك شخص طائرته المسيرة في مكان عام وقام شخص آخر بسرقتها وقيادتها؛ مما أدى لوقوع ضرر لزجاج أحد المحلات التجارية، في هذه الحالة هل يُعتبر كلا الخطأين سبباً للضرر؟ انقسم فقهاء القانون لنظريتين، يرى البعض بنظرية تكافؤ الأسباب: وتعني أن كل الأسباب التي تداخلت لحدوث الضرر متساوية، دون اعتبار لما قام به كل منهم حتى لو كان الخطأ ثانوياً وتافهاً، ففي المثال السابق كلا الشخصين مسؤول، الأول عن إهماله والثاني عن سرقة بلا فرق في الخطأين، ويرى البعض بنظرية السبب المنتج: وتعني أنه لا بد من فرز الأخطاء، والتفرقة بين السبب المنتج المألوف عادة وبين السبب العارض غير المألوف عادة في إحداث الضرر، واعتبار السبب المنتج وحده هو سبب الضرر بالتالي هو المسؤول، فالمالك وإن كان مهملاً إلا أن خطئه عارض بينما خطأ السارق هو المنتج في حدوث الضرر، ففي العادة من يقود الطائرة المسيرة دون تدريب لا بد أن يتسبب في أضرار، ولقد أخذ المنظم بالنظرية الثانية وهذا ما نصت عليه المادة السابعة والثلاثون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «يتحدد الضرر الذي يلتزم المسؤول بالتعويض عنه بقدر ما لحق المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب، إذا كان ذلك نتيجةً طبيعيةً للفعل الضار. ويعد كذلك إذا لم يكن في

مقدور المتضرر تفاديه ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص المعتاد»، فإذا كان الضرر نتيجة طبيعية للفعل الضار يكون فاعله مسؤولاً عنه^(١)، وبلا شك أن جعل المسؤولية التقصيرية على الفعل الضار المنتج للضرر دون غيره من الأسباب يوافق العقل والمنطق، فليس من العدل مساواة جميع الأخطاء العارضة والمنتجة فعلياً للضرر في المسؤولية.

وقد تعدد وتتعاقب الأضرار نتيجة خطأ واحد، ومثال ذلك بعد أن تسببت طائرة مسيرة تهدف لتصوير معرض للعطور في كسر العطور المعروضة بالمعرض مما أدى لوقف المعرض وعدم استكمالها فبالتالي لم يتمكن صاحب المعرض من دفع أجرة المعرض فتم الحجز على مصنع العطور وبيعه، هنا الأضرار متعاقبة؛ بداية كسر العطور، ثم وقف المعرض، ثم عدم التمكن من دفع الأجرة، وصولاً للحجز على المصنع وبيعه، ويذهب الفقه إلى أن التعويض يكون على الأضرار المباشرة أما الأضرار غير المباشرة فلا تكون محلاً للتعويض، وفي المثال السابق يعتبر كسر العطور ضرراً مباشراً للاصطدام بالتالي يُعوض عنه أما وقف المعرض والعجز عن دفع الأجرة التي أدت للحجز على المصنع وبيعه أضرار غير مباشرة لا يُعوض عنها؛ لأنه قد يستطيع بيع عطور أخرى لديه غير المكسورة ويتفادى معها الأضرار المتعاقبة، وقد نصت المادة السابعة والثلاثون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «يتحدد

(١) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١٣٩ - ١٤٢.

الضرر الذي يلتزم المسؤول بالتعويض عنه بقدر ما لحق المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب، إذا كان ذلك نتيجةً طبيعيةً للفعل الضار. ويعد كذلك إذا لم يكن في مقدور المتضرر تفاديه ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص المعتاد، فالضرر المباشر هو النتيجة الطبيعية للخطأ، ولا يستطيع المضرور إيقافه وتفاديه، وهو ما يتحقق معه العلاقة السببية التي توجب التعويض، أما الأضرار غير المباشرة فتنتقطع عنها السببية لأن المضرور يستطيع إيقافها وتفاديه، ولا يكون المدعى عليه مسؤولاً عنها، وللقاضي السلطة التقديرية في الفصل بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر^(١).

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٩٠٨ - ٩١٥. المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١٤٢ - ١٤٤. مصادر الالتزامات الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ١١٥ - ١١٦.



المبحث الرابع

الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار الطائرات المسيرة في النظام السعودي

يرى البعض أنه من الصعب تحديد الأساس القانوني لتحمل الطائرات المسيرة للأضرار، وذلك ليس صحيحاً فهناك مرجع للمسؤولية عن أضرار الطائرات المسيرة في نظام المعاملات المدنية، وأساس هذه المسؤولية كما سنذكر هي مسؤولية حارس الأشياء التي تتطلب عناية خاصة، وكون المملكة العربية السعودية قد وقعت على عدة اتفاقيات متعلقة بالطيران مثل: اتفاقية شيكاغو عام ١٩٤٤م^(١)، واتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩م الخاصة بالنقل الجوي الدولي^(٢)، ومعاهدة مونتريال لعام ١٩٩٩م الخاصة بتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي^(٣)، فلا شك أن هذا قد يساهم في تحديد المسؤولية لبعض

(١) ينظر: شرح القانون البحري والجوي السعودي، مرجع سابق، ص ٣٨٠.
(٢) صادقت عليها المملكة العربية السعودية بتاريخ ٢٧ / ١ / ١٩٦٩م، يُنظر: موقع الخطوط السعودية، مقالة بعنوان: قواعد ولوائح النقل الجوي، آخر تاريخ للاطلاع ٢٦ / ١١ / ٢٠٢٣م.

https://www.saudia.com/pages/help/useful-links/legal-and-terms-and-conditions/rules-and-regulations-governing-carriage-by-air?sc_lang=ar-SA&sc_country=SA

(٣) يُنظر: المادة الثالثة والثلاثون بعد المائة من نظام الطيران المدني.



الحالات^(١)، ويجدر التنويه بوجود لائحة من الهيئة العامة للطيران تنظم استخدام الطائرات المسيرة والمنطاد وغيرها من الأشياء الطائرة، وستعرف على الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار الطائرات المسيرة في النظام السعودي من خلال ذكر الطبيعة القانونية للمسؤولية عن أضرار الطائرات المسيرة في النظام السعودي والمسؤولين عن الأضرار وذلك في فرعين ونسأل الله التوفيق.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية عن أضرار الطائرات المسيرة في النظام السعودي:

أدت الثورة الصناعية لكثرة استخدام الآلات، وازداد تطور الاختراعات منذ بداية القرن العشرين^(٢)، وأصبح لدينا وسائل نقل فائقة السرعة تستخدم لعديد من الاستخدامات إلى أن وصل العلم الحديث للتكنولوجيا وكثرت الاختراعات المرتبطة بالتكنولوجيا، ومنها الطائرات المسيرة، وهذه الأشياء بلا شك قد تُفقد السيطرة عليها مما يؤدي لضرر، ومن هنا نشأت فكرة المسؤولية عن الأشياء غير الحية للبحث عن المسؤول عن الأضرار^(٣).

-
- (١) التنظيم القانوني للاستخدام المدني للطائرات بدون طيار، مرجع سابق، ص ٧١ - ٧٢. شرح القانون البحري والجوي السعودي، مرجع سابق، ص ٣٧٣ - ٣٨٠.
- (٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ١٠٧٩.
- (٣) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

وقد نص المنظم في المادة الثانية والثلاثين بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على مسؤولية حارس الأشياء التي تتطلب عناية خاصة وأن: «كل من تولى حراسة أشياء تتطلب عناية خاصة -بطبيعتها أو بموجب النصوص النظامية- للوقاية من ضررها؛ كان مسؤولاً عما تحدثه تلك الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن الضرر كان بسبب لا يد له فيه»، والشيء قد يكون آلة ميكانيكية «وهي التي تدار بمحرك ذاتي أيًا كان نوعه وأيًا كان مصدر الطاقة»^(١)، فقد تكون الطاقة كهربائية، أو طاقة شمسية، أو لرياح، أو غير ذلك، والشيء إما ثابت في عقار كالسلام المتحركة، أو منقول كالسيارات، وكون الطائرات المسيرة منقولة^(٢)، ولها محرك ذاتي يتحكم به بجهاز التحكم، وتتطلب عناية خاصة من حيث تشغيلها واستخدامها وإيقافها وصيانتها وبرمجتها، فهي من هذه الفئة ويفترض في هذه الفئة دائماً أنها تتطلب عناية خاصة، وقد يكون الشيء خطراً بطبيعته، ولا يتطلب عناية خاصة كالأسلحة التقليدية، والأسلاك الكهربائية، والمواد الكيميائية، والمواد النووية وغيرها، وقد يكون الشيء خطراً بحسب الظرف الذي وجد فيه، فالرمل والسُّلَم ليسا خطرين، ولكن إذا انهارت الرمال أصبحت خطرة، وإذا دهن السُّلَم بهادة لزجة كان خطراً وهكذا^(٣).

(١) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

(٢) راجع المطلب الأول، المبحث الثالث.

(٣) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٢٢٢-٢٢٣.

ويشترط لتحمل مسؤولية الأشياء غير الحية شرطان:

أولاً: تولي الشخص حراسة أشياء تتطلب عناية خاصة أو آلات ميكانيكية:

نصت المادة الرابعة والثلاثون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على مفهوم الحارس؛ فذكرت أنه: «يُعَدُّ حارساً للشيء من له بنفسه أو بوساطة غيره سلطة فعلية عليه ولو كان الحارس غير مميز، ويفترض أن مالك الشيء هو حارسه ما لم يقيم الدليل على أن الحراسة انتقلت لغيره»، فتتحقق الحراسة بالسيطرة الفعلية في الاستعمال والتوجيه والرقابة، ولا يوجد تلازم بين ملكية الشيء وحراسته، وهذا ما سنذكره في المطلب القادم بإذن الله.

ثانياً: يشترط أن يحدث الضرر بفعل الشيء محل الحراسة:

ويقتضي أن يكون تدخل الشيء إيجابياً لا سلبياً، سواء كان التدخل الإيجابي يتمثل في حالة حركة، كما لو أن طائرة مسيرة أثناء هبوطها أحدثت ضرراً للمزروعات مما يوجب التعويض، أو كان التدخل الإيجابي يتمثل في حالة ثابتة غير مألوفة، كما لو كانت الطائرة المسيرة الحربية في مخزن درجة حرارته مرتفعة مما أدى لانفجارها ووقوع أضرار موجبة للتعويض، ولا يشترط الاتصال المادي المباشر بين الشيء والمضرور، ومثال ذلك: أن تطير طائرة مسيرة في موقع تطير به الطائرات التقليدية كالمطار، أو مهبط الهيلوكوبتر؛ ويتفاجأ طيار الطائرة التقليدية بذلك، ولتوخي دخول الطائرة المسيرة في أجنحة طائرته يُغير

مسار الطائرة التقليدية؛ مما يؤدي لاصطدامها ووقوع أضرار موجبة للتعويض، فهنا لم يوجد اتصال مادي، ولكن الفعل الإيجابي للطائرة المسيرة أدى لضرر^(١).

وتقوم المسؤولية للأشياء غير الحية التي تتطلب عناية خاصة على أساس الخطأ المفترض، فإذا وقع ضرر يفترض أنه نتج عن تقصير أو تعدد من جانب الحارس، ويثبت الضرر أن المدعى عليه هو الحارس للشيء الذي أدى للضرر، ويثبت وقوع الضرر، بينما الخطأ مفترض لا يتطلب الإثبات، ولا يستطيع الحارس دفع المسؤولية إلا بإثبات انقطاع العلاقة السببية بسبب أجنبي^(٢)، وقد ذكرنا سابقاً الأسباب لانتفاء العلاقة السببية^(٣)، ولا يمكن كذلك التخلص من المسؤولية إلا إذا كان ملتزماً في استخدام الطائرة المسيرة بالشروط التي وضعتها الهيئة العامة للطيران المدني ومصدر التراخيص اللازمة^(٤).

(١) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٢٢١ - ٢٢٥. الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٤٣ - ٢٤٤. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ١٠٩٠.

(٢) المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ٢١٠، ٢٢٥. الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٤٤. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ١٠٩٧.

(٣) راجع: المطلب الرابع من المبحث الثالث.

(٤) المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن استخدام الطائرات بدون طيار «الدرون» في القوانين الداخلية والقانون الدولي، مرجع سابق، ص ٣٣٧.

المطلب الثاني: المسؤول عن الأضرار الناتجة عن الطائرات المسيرة:

على الرغم من فوائد ومميزات الطائرات المسيرة إلا أن هناك العديد من الإشكالات والأضرار التي تتبعها، إضافة إلى سهولة الحصول عليها وسرعة انتشارها؛ مما يستوجب وضع لوائح وقواعد تحدد وترسم الأطر الإجرائية للطائرات المسيرة.

من البديهي أن الفعل الضار يستوجب على فاعله أداء التعويض للمضرور؛ كما نصت المادة الثانية والعشرون بعد المائة من نظام المعاملات المدنية على أنه: «١- يكون الشخص مسؤولاً عن الفعل الضار متى صدر منه وهو مميز. ٢- إذا وقع الضرر من غير المميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عن الضرر أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، لزم غير المميز تعويضاً مناسباً تقدره المحكمة».

ويكون الشخص المسؤول عن حراستها مسؤولاً عما تحدثه من ضرر، فقد نصت المادة الثانية والثلاثون بعد المائة على أنه: «كل من تولى حراسة أشياء تتطلب عناية خاصة -بطبيعتها أو بموجب النصوص النظامية- للوقاية من ضررها؛ كان مسؤولاً عما تحدثه تلك الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن الضرر كان بسبب لا يد له فيه»، وبلا شك أن الطائرات المسيرة تتطلب عناية خاصة من حيث تشغيلها واستخدامها وإيقافها وصيانتها وبرمجتها، والمفترض أن المشغل من أصدر الترخيص أو من آلت إليه بيع أو إيجار أو غيره؛ لأنه يملك السلطة الفعلية للرقابة والتوجيه، وإذا كان المشغل تابعاً للمالك أي

يستغل الطائرة المسيرة لحساب المالك وخاضعاً لأوامره وتعليماته، هنا يُسأل المالك كونه المتبوع، ويُسأل المشغل كونه التابع^(١)، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة التاسعة والعشرين بعد المائة على أنه: «يكون المتبوع مسؤولاً تجاه المتضرر عن الضرر الذي يحدثه تابعه بخطئه أثناء تأدية عمله أو بسبب هذا العمل، إذا كانت للمتبوع سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه ولو لم يكن المتبوع حرّاً في اختيار تابعه».

والأصل أن تكون الحراسة لمالك الشيء، إلا إذا باشر شخص آخر خلافه السيطرة على الشيء في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه؛ فإن الحراسة تكون له دون مالكة^(٢)، كما في حالة بيع الطائرة أو تأجيرها فالمشتري أو المستأجر هو الحارس للطائرة، وهو من تقوم عليه المسؤولية.

وفي حال تعدد المسؤولين عن الفعل الضار كقيام أحدهم بتشغيل الكاميرا الملحقة بالطائرة المسيرة، وقيام الآخر بالتحكم بها وانتهك خصوصية المساكن؛ فإنهما في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية، فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الآخر، بقيا قائمين، واعتبر أن كلا منهما سبب في إحداث الضرر، وهذه هي حالة تعدد المسؤولين، فقد اشترك مع

(١) ينظر: النظام القانوني للطائرات بدون طيار «الدرونز Les Drones»، مرجع سابق، ص ٣٣٠-٣٣٤. التنظيم القانوني للاستخدام المدني للطائرات بدون طيار، مرجع سابق، ص ٨٣-٨٨.

(٢) أحكام محكمة النقض المصرية في الطعن مادة (٥٤٠٥) لسنة ٨٠ق، مدني، جلسة ٢٠١٨/١٢/٢م.

المدعى عليه شخص آخر في إحداث الضرر، فأصبح المسؤول أكثر من شخص واحد^(١)؛ إذ نصت المادة السابعة والعشرون بعد المائة على أنه: «إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتعين المحكمة نصيب كل منهم في التعويض وفق القواعد الواردة في هذا الفصل، وإذا تعذر ذلك كانت المسؤولية بينهم بالتساوي».

الخلاصة: من يملك السلطة الفعلية للرقابة والتوجيه هو المسؤول، وإذا كان المشغل يعمل لحساب المتبوع فيُسأل الاثنان، ويمكن دفع المسؤولية بإثبات أن الضرر كان بسبب القوة القاهرة، أو خطأ الغير، أو خطأ المتضرر، فقد نصت المادة الخامسة والعشرون بعد المائة على أنه: «لا يكون الشخص مسؤولاً إذا ثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كقوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المتضرر؛ ما لم يُتفق على خلاف ذلك»، فإذا سقطت الطائرة المسيرة على رأس شخص وسببت له ضرراً موجباً للتعويض المدني يكون المسؤول عن ذلك من يملك السيطرة الفعلية على الطائرة المسيرة، إلا إذا ثبت حصول عاصفة أدت لفقدان السيطرة والتحكم بالطائرة المسيرة^(٢).

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٧٥٤.

(٢) النظام القانوني للطائرات بدون طيار «الدرونز Les Drones»، مرجع سابق، ص ٣٣٠ - ٣٣٢.

الخاتمة

بعد الانتهاء من عرض الموضوع نسأل الله أن نكون أصبنا وألمنا به إماماً جيداً ونسأله القبول، ونستخلص نهاية نتائج البحث في أربع نقاط، ثم نذكر أهم التوصيات التي وقفنا عليها:

النتائج:

١. الطائرات المسيرة هي آلة أو مركبة مسيرة، تخلق وتقوم بمهامها دون وجود طيار، ولها العديد من الاستخدامات التجارية والعسكرية والمدنية، وهي مال منقول ذو طبيعة خاصة، ويمكن أن تكون محلاً للالتزامات والحقوق المالية.

٢. المسؤولية المدنية أساسها الإخلال بالتزام قانوني نتج عنه ضرر للغير، وتنقسم لقسمين: المسؤولية التعاقدية أساسها وجود عقد صحيح بين الأطراف، وتقوم عند إخلال أحد الأطراف بالعقد مما ينتج عنه ضرر موجب للتعويض، وبالنسبة للمسؤولية العقدية عن الطائرات المسيرة أي أن يكون محل العقد الذي أخل بالتزاماته الطائرات المسيرة، والمسؤولية التقصيرية تقوم جراء ما يحدثه الشخص من ضرر تجاه الغير ويلزمه التعويض.

٣. يقصد بالمسؤولية التقصيرية عن الطائرات المسيرة: إلزام التعويض لمن ارتكب خطأ باستخدام الطائرة المسيرة؛ سبب ذلك الخطأ ضرراً للغير، سواء كان سلوكه عمداً أم إهمالاً، وسواء كان الضرر

مادياً أم معنوياً، إلا إذا أثبت أن الضرر كان بسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور.

٤. يكون الأساس القانوني لتحمل أضرار الطائرات المسيرة وفق أحكام مسؤولية حارس الأشياء، والمسؤول عن الطائرة المسيرة هو من يملك السيطرة الفعلية للرقابة والتوجيه، سواء كان المالك أو غيره، وفي حال تعدد المسؤولين عن الضرر يكون جميعهم متضامنين.

التوصيات:

١. نوصي المنظم بترجمة اللائحتين: رقم (١٠١) الخاصة بتنظيم عمل الطائرات المسيرة والمنطاد وغيرها من الأشياء الطائرة في المملكة العربية السعودية، ورقم (١٠٧) الخاصة بتشغيل أنظمة الطائرات بدون طيار، والصادرتين من الهيئة العامة للطيران المدني إلى اللغة العربية.

٢. نوصي المنظم السعودي بأن يجعل الطائرات التجارية تابعة لنوادي طيران مرخص لها من الهيئة كذلك؛ لتسهيل عملية تنظيم الطائرات المسيرة ورقابتها.

٣. نوصي بتشكيل لجان مختصة تنظم وتعالج القضايا المستجدة عامةً، ومنها ما يتعلق بقضايا الطائرات المسيرة.

٤. نوصي الجهات المختصة بزيادة الحرص في الاشتراطات والمعايير الخاصة بتأهيل الأشخاص للحصول على ترخيص تشغيل الطائرات المسيرة، مثل إضافة شروط محددة للمناطق المحظورة والمقيدة.

٥. نوصي الجهات المختصة بعمل برنامج يتم تنزيله على الطائرات المسيرة عند ترخيصها، يتيح للجهة من خلاله الرجوع لبيانات ومواقع سير الطائرات المسيرة؛ لتسهيل معرفة الوقائع عند النزاع.
٦. نوصي الباحثين بالمقارنة بين أحكام المسؤولية المدنية للطائرات المسيرة وبين أحكام الطائرات التقليدية في المملكة العربية السعودية.



الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

نص الآية	السورة	رقم الآية	ص
﴿هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ﴾	يونس	٢٢	٤٧١
﴿أَلَمْ يَرَوْا إِلَى الطَّيْرِ مُسَخَّرَاتٍ فِي جَوِّ السَّمَاءِ مَا يُمَسِّكُهُنَّ إِلَّا اللَّهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ﴾	النحل	٧٩	٤٦٢
﴿كَانَ عَلَى رَبِّكَ وَعْدًا مَسْئُولًا﴾	الفرقان	١٦	٤٨٢
﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾	فاطر	١٨	٤٩٨

فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	ص
«كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ»	٤٩٨
«لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»	٥٠٦

فهرس المراجع والمصادر

أولاً: الكتب:

١. القرآن الكريم.
٢. الأباصيري، فاروق، أحكام المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الشارقة، مكتبة الجامعة.

٣. ابن رجب الحنبلي، كتاب القاعدة الذهبية لا ضرر ولا ضرار، بتحقيق إيهاب حمدي غيث، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.
٤. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، ١٣٨٨هـ.
٥. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٦. أبو السعود، د. رمضان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة السابعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.
٧. أحمد الحموي الحنفي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
٨. آل بورنو، محمد، كتاب الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت، ١٤١٦هـ.
٩. الإنتربول، إطار الإنتربول لمواجهة حوادث الطائرات المسيرة، مجمع الإنتربول العالمي للابتكار، سنغافورة، كانون الثاني / يناير ٢٠٢٠م.
١٠. البخاري، محمد بن إسماعيل، تحقيق: جماعة من العلماء، دار طوق النجاة - الطبعة السلطانية -، ١٤٢٢هـ.
١١. الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، ١٩٩٠م.
١٢. الحجاوي، أبو النجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المطبعة المصرية بالأزهر، ١٣٥١هـ.
١٣. درويش، د. درويش، د. العمر، عدنان، القاضي. العمارين، حسني، شرح القانون البحري والجوي السعودي، الناشر: مكتبة جرير، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، الطبعة الرابعة، ٢٠٢٠-٢٠٢١م.

١٤. الزحيلي، د. وهبة، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، دمشق.
١٥. السنهوري، د. عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار احياء التراث العربي، لبنان، ١٩٥٢م.
١٦. شقرا، نجيب، المسؤولية المدنية، مطبعة المعارف، الطبعة الأولى، ١٩٠٤م.
١٧. طالبى، د. عثمان، الوجيز في مصادر الالتزام، دار الإجازة، الطبعة الثانية، ٢٠٢٠م.
١٨. عامر، حسين عامر عبد الرحيم، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، الطبعة الثانية، ١٩٧٩م.
١٩. العرعاري، د. عبد القادر، مصادر الالتزامات الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، دار الأمان، الرباط، الطبعة الثالثة، ٢٠١١م.
٢٠. عمر، د. أحمد مختار عبد الحميد، اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.
٢١. عوض، د. أحمد محمد، المسؤولية المدنية في النظام السعودي، مكتبة المتنبي، الطبعة الثانية، ١٤٤٤هـ.
٢٢. فيض الله، د. فوزي، فصول من الفقه العام الإسلامي العام، دار الفكر، بيروت، ٢٠١٠م.
٢٣. الكرداني، أحمد عبد السلام، بسائط الطيران، مؤسسة هنداي، ٢٠٢٠م.
٢٤. مجموعة من المؤلفين، موسوعة سفير للتاريخ الإسلامي، المكتبة الشاملة.
٢٥. النحاس، إبراهيم، الجامع لعلوم الإمام أحمد - شرح الأحاديث والآثار، للإمام أحمد بن حنبل، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، الفيوم، ١٤٣٠م.

٢٦. نخبة من المؤلفين، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ.
٢٧. الهاجري، حمد، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.

ثانيًا: الرسائل والأبحاث العلمية:

٢٨. أبو سرور، أسماء موسى أسعد، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، أطروحة لاستكمال درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، ٢٠٠٦م.
٢٩. بحوصي، سعاد، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في الشريعة والقانون، جامعة أحمد دارية، ٢٠١٦م.
٣٠. فائق، ليلان، المسؤولية المدنية في القانون، بحث مقدم من قبل عضوة الادعاء العام كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثالث إلى الصنف الثاني من أصناف الادعاء العام، ٢٠١٧م.
٣١. اللهيسي، أ.د. صالح، الباحث الوالي، عبد الله، المسؤولية المدنية عن أضرار الطائرات بدون طيار، جامعة الشارقة، كلية القانون، ٢٠١٩-٢٠٢٠م.
٣٢. كامل، سارة، التنظيم القانوني للاستخدام المدني للطائرات بدون طيار، رسالة لاستكمال متطلبات كلية القانون للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة قطر، كلية القانون، يونيو ٢٠٢٠م.

ثالثاً: المجلات العلمية:

٣٣. معروف، أ.م.د. شاري، عزيز، د. ياسين، خير الله، أ.م.د. عيسى، المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن استخدام الطائرات بدون طيار «الدرون» في القوانين الداخلية والقانون الدولي، المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز، ٢٠١٧م.

٣٤. أبو الخير، جمال أبو الفتوح، انتفاء الخطأ في المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، كلية الحقوق، جامعة دمياط، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد (٦)، ٢٠٢٢م.

٣٥. البرعي، د. أحمد سعد، محمد، د. حمدي، خالد، د. عبد الرحيم محمد، د. عبد الله محمد، الأطر الشرعية والتنظيمية المتعلقة بتسيير المنظومات الجوية من دون طيار والمركبات المستقلة - دراسة في ضوء الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، مجلة العلوم الشرعية، العدد (٦٥)، ١٤٤٣هـ.

٣٦. حمودي، حمودي بكر، فعل الغير وأثره على أحكام المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة)، مجلة المنصور، العدد (٣٤)، الناشر: كلية المنصور جامعة، العراق، ديسمبر، ٢٠٢٠م.

٣٧. البرعي، د. أحمد سعد علي، وآخرون، قواعد تسيير الطائرات غير المأهولة في المملكة العربية السعودية وأحكام المسؤولية الناشئة عنها (دراسة في ضوء الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية)، المجلة الأكاديمية للأبحاث والنشر العلمي، الإصدار الواحد والثلاثون، ٢٠٢١م.

٣٨. مؤمن، د. طاهر شوقي، النظام القانوني للطائرات بدون طيار «الدرونز Les Drones»، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، الجزء الأول، السنة الثامنة والخمسون، يوليو ٢٠١٦م.

٣٩. رابعاً: الأنظمة والسوابق القضائية:

٤٠. نظام الطيران المدني، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٤، بتاريخ ١٨/٧/١٤٢٦هـ، وتم نشره في تاريخ ٢٥/٩/١٤٢٦هـ.

٤١. نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٩١، بتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ، وتم نشره في تاريخ ١/١٢/١٤٤٤هـ.

٤٢. نظام الإثبات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٣ بتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ، ونشر بتاريخ ٤/٦/١٤٤٣هـ. لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ ﴿٩٢﴾ لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ ﴿٩٣﴾

43. General Authority of Civil Aviation, GACAR PART 101 - UNMANNED BALLOONS, KITES, AMATEUR ROCKETS, MODEL AIRCRAFT, AND UNMANNED AIRCRAFT SYSTEMS, March, 2016.

44. General Authority of Civil Aviation, GACAR PART 107 - OPERATION OF UNMANNED AIRCRAFT SYSTEMS, January 2025.

٤٥. أحكام محكمة النقض المصرية في الطعن مادة (٥٤٠٥)، لسنة ٨٠ق، مدني، جلسة ٢/١٢/٢٠١٨م.

خامساً: المواقع الإلكترونية:

Oxford Dictionary, 2023, Drone. Visited on: 23/10/2023. Available on:

https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/drone_1.

46. (ICAO) 2023, Remotely piloted aircraft system (RPAS) concept of operation (CONOPS) for international IFR operations. Visited on: 23/10/2023. Available on:

<https://www.icao.int/safety/UA/Documents/RPAS%20CONOPS.pdf>.

٤٧. موقع الهيئة العامة للطيران المدني، مقالة بعنوان: هيئة الطيران المدني تطلق خدماتها الإلكترونية لتصريح طائرات (الدرونز)، بتاريخ ٢٠١٩/١/١١ م.

https://www.gaca.gov.sa/web/ar-sa/news/translation-of-ar_sa-gacanews-130119-hf01_16600

٤٨. موقع الخطوط السعودية، مقالة بعنوان: قواعد ولوائح النقل الجوي، آخر تاريخ للاطلاع ٢٠٢٣/١١/٢٦ م.

https://www.saudia.com/pages/help/useful-links/legal-and-terms-and-conditions/rules-and-regulations-governing-carriage-by-air?sc_lang=ar-SA&sc_country=SA.





السلامة والصحة المهنية

دراسة تحليلية للوقاية من إصابات العمل والأمراض المهنية في نظام العمل السعودي والأنظمة ذات العلاقة، مع الاطلاع على تجربة الولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة

د. عبد الوهاب محمد الخيزري

عضو هيئة التدريس في جامعة الملك سعود

مقدمة

إن تعزيز السلامة والصحة المهنية يعدّ ضرورة حيوية لمواكبة النهضة التنموية والتطور الاقتصادي والاجتماعي لدى دول العالم كافة. وتعد الإصابات المهنية من المسائل المهمة التي تتطلب اهتماماً كبيراً في مجال السلامة والصحة المهنية، وتؤثر على العمال والشركات والمجتمع بشكل عام؛ لذلك تحرص الدول على سن الأنظمة التي تهدف إلى حفظ حق العامل وحمايته من أي خطر يشكل تهديداً لسلامته أو صحته، والتأكد من تطبيق إجراءات السلامة والوقاية المناسبة بهدف تقليل ومنع إصابات العمل والأمراض المهنية.

وتبذل المملكة العربية السعودية جهوداً جبارة لضمان سلامة ورفاهية العاملين في بيئة العمل، والتقليل من حوادث العمل والإصابات المهنية والأمراض المهنية من خلال تحديد وتقييم المخاطر وتطبيق إجراءات وسياسات السلامة الملائمة. وتجدر الإشارة إلى أنه بالإضافة إلى نصوص نظام العمل التي تهدف إلى الوقاية من مخاطر العمل والوقاية من الحوادث الصناعية الكبرى وإصابات العمل والخدمات الصحية، أصدرت المملكة العربية السعودية السياسة الوطنية للسلامة والصحة المهنية بموجب قرار مجلس الوزراء مادة (٣٢٨) وتاريخ ١٣/٠٦/١٤٤٢هـ، كما تم إنشاء المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية بموجب قرار مجلس الوزراء مادة (٣٧٩) وتاريخ ٠٧/٠٧/١٤٤٣هـ، كما أصدرت المملكة العربية السعودية

إطار حوكمة السلامة والصحة المهنية والمعتمد بقرار المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية مادة (١٤٤١١٦) وتاريخ ١٥ / ٠٩ / ١٤٤٤ هـ. كما أطلقت وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية البرنامج الوطني الإستراتيجي للسلامة والصحة المهنية.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة في المقام الأول إلى استكشاف مدى حماية الأنظمة في المملكة العربية السعودية للعاملين من إصابات العمل، ومدى التزام الأنظمة السعودية في توفير متطلبات سلامة ورفاهية العاملين في بيئة العمل، والتقليل من حوادث العمل والإصابات المهنية والأمراض المهنية. كما ستقوم الدراسة بالتحقق من أن الأنظمة في المملكة العربية السعودية تحتوي الفئات الأقل وعياً فيما يتعلق بتعزيز السلامة والصحة المهنية سواءً من حيث التثقيف أو التدريب.

وللإجابة عن هذا التساؤل سيتم تحليل الأنظمة في المملكة العربية السعودية المتعلقة بإصابات العمل، كما سيتم معرفة أعداد إصابات العمل التي سجلت في المملكة العربية السعودية. وما هي الجهود التي بذلت من أجل الوقاية من حوادث العمل والإصابات المهنية والأمراض المهنية. وهل حققت هذه الجهود نتائجها في تعزيز الالتزام بمتطلبات السلامة والصحة المهنية واستدامة بيئات العمل للحفاظ على سلامة العاملين والممتلكات.

منهج الدراسة:

سيستخدم المنهج الوصفي في مجال هذه الدراسة من خلال وصف الأنظمة في المملكة العربية السعودية المتعلقة في إصابات العمل لضمان سلامة ورفاهية العاملين في بيئة العمل، والتقليل من حوادث العمل والإصابات المهنية والأمراض المهنية، مع الاطلاع على تجربة الولايات المتحدة الأمريكية في ذلك، وكذلك المملكة المتحدة، وأحدث التجارب الدولية في ذلك، ومدى توافق ما تقوم به المملكة العربية السعودية مع تلك التجارب.

وستقوم الدراسة على جمع المعلومات وتوصيفها بشكل دقيق وموضوعي، دون إدخال أي تحليلات أو تفسيرات شخصية، بهدف فهم السلامة والصحة المهنية في الأنظمة محل الدراسة وتوصيفها بدقة، وتحليل البيانات المجمعة بطرق إحصائية ورسم النتائج بشكل موضوعي. ولن تقتصر الدراسة على مجرد التوصيف البسيط لإصابات العمل والأمراض المهنية في الأنظمة محل الدراسة، بل ستشمل أيضاً تحليل البيانات المجمعة بطرق إحصائية لاستنتاج العلاقات والاتجاهات في ذلك من خلال تحليل إحصائيات إصابات العمل التي سجلت في المملكة العربية السعودية.

هيكل الدراسة:

الفصل الأول: بيان ماهية السلامة والصحة المهنية من خلال تحديد المفهوم والأهداف.

الفصل الثاني: سيتناول الاتفاقيات الدولية الحاكمة للسلامة والصحة المهنية في كل من الولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة، والمملكة العربية السعودية. كما سيتم الحديث عن الاتفاقيات الإقليمية الحاكمة للسلامة والصحة المهنية والمنظمة لها المملكة العربية السعودية، حيث إنه بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية الصادرة عن منظمة العمل الدولية فإن هناك اتفاقيات إقليمية منضمة لها المملكة العربية السعودية. فهناك منظمة العمل العربية التي أصدرت عدداً من الاتفاقيات الإقليمية المتعلقة في السلامة والصحة المهنية^(١). كما أصدرت عدة توصيات مرتبطة بالسلامة والصحة المهنية، وسيتم الحديث عنها. كما سيتناول هذا الفصل الأنظمة الحاكمة للسلامة والصحة المهنية في كل من الولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة، والمملكة العربية السعودية.

الفصل الثالث: سيتناول مدى التزام الأنظمة في المملكة العربية السعودية في توفير بيئة عمل آمنة وجاذبة وخالية من المخاطر للعامل، وتوفير متطلبات سلامة ورفاهية العاملين في بيئة العمل، والتقليل من

(١) منظمة العمل العربية هي وكالة متخصصة في شؤون العمل والعمال وتعمل في إطار جامعة الدول العربية وقد تم إعلان قيام منظمة العمل العربية في مؤتمر وزراء العمل العرب الخامس بالقاهرة في أكتوبر عام ١٩٧٠م وذلك بموجب قرار المؤتمر مادة (٩٧). انظر: في ذلك التقرير الصادر عن جامعة الدول العربية الأمانة العامة بعنوان منظمة العمل العربية نشأتها، أهدافها، مؤتمراتها وإنجازاتها، ١٩٨٣م، ع ٣٢، ص ٢١٦ - ٢١٥.

حوادث العمل والإصابات المهنية والأمراض المهنية. والتحقق من أن الأنظمة في المملكة العربية السعودية تحتوي الفئات الأقل وعياً فيما يتعلق في تعزيز السلامة والصحة المهنية سواءً من حيث التثقيف أو التدريب.

وسيتم خلال هذا الفصل أيضاً النظر في تجربة الولايات المتحدة الأمريكية، كذلك تجربة المملكة المتحدة في توفير بيئة عمل آمنة للعامل، وتوفير متطلبات سلامة ورفاهية العاملين في بيئة العمل، والتقليل من حوادث العمل والإصابات المهنية والأمراض المهنية.

الفصل الرابع: سيتم الوقوف على أعداد إصابات العمل التي سجلت في الولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة، والمملكة العربية السعودية، بشكل دقيق وموضوعي، وتحليل البيانات المجمعة ورسم النتائج؛ لمعرفة هل الجهود التي بذلت من قبل هذه الدول من أجل الوقاية من حوادث العمل والإصابات المهنية والأمراض المهنية، حققت نتائجها أم لا.

الفصل الخامس: سيتضمن الخاتمة والتوصيات.

الفصل الأول

مفهوم الالتزام بالسلامة والصحة المهنية وأهدافها

إن الالتزام بالسلامة والصحة المهنية يعني توفير بيئة عمل آمنة وصحية وجاذبة للعاملين من خلال تطبيق قواعد وإجراءات السلامة والصحة المهنية المناسبة. كما يعني كذلك الحرص على تدريب العاملين على ممارسات وإجراءات السلامة والصحة المهنية، وتوعيتهم بالمخاطر المحتملة في بيئة العمل.

كما أن توفير معدات الوقاية الشخصية اللازمة للعاملين وضمان استخدامها بشكل صحيح، وتوفير برامج رعاية صحية للعاملين وتعزيز الوعي الصحي لهم. وكذلك تطبيق نظم لإدارة المخاطر والحوادث في مكان العمل، بما في ذلك الإجراءات التصحيحية والوقائية؛ كل ذلك يسهم في توفير بيئة آمنة للعامل، وتقليل مخاطر الإصابات والأمراض المهنية، وتعزيز إنتاجية العاملين وتحسين رضاهم الوظيفي.

فما هو مفهوم السلامة والصحة المهنية؟ وما هي أهداف السلامة والصحة المهنية؟

المبحث الأول

مفهوم الالتزام بالسلامة والصحة المهنية

إن الالتزام بالسلامة والصحة المهنية يعني اتخاذ مجموعة من التدابير والممارسات التي يجب على صاحب العمل والعاملين اتباعها لتوفير بيئة عمل آمنة وصحية. وبالتالي فإن التزام جميع الأطراف بهذه الممارسات الأساسية هو أمر حيوي لضمان بيئة عمل آمنة وصحية للجميع. وينطوي ذلك على مسؤولية مشتركة تجاه بناء ثقافة السلامة في بيئة العمل.

تهدف قواعد السلامة والصحة المهنية إلى توفير بيئة عمل آمنة خالية من الأخطار المهنية بأشكالها كافة؛ وذلك حتى يتسنى للعامل القيام بعمله في بيئة آمنة؛ ولذلك أصبح هذا المصطلح المتعلق بالسلامة والصحة المهنية والأمن الصناعي من المصطلحات المستخدمة دولياً ومحلياً، ويُشير في مجمله إلى مجموعة القواعد التي تهدف إلى تقليل مخاطر بيئة العمل^(١). وبالتالي فهو يشمل عدداً من المفاهيم كالسلامة المهنية، والصحة المهنية، وأهدافها.

(١) علا فاروق صلاح عزام، قواعد السلامة والصحة المهنية في قانون العمل دراسة مقارنة في النظامين المصري والأمريكي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، المجلد الثاني، ٢٠٢٠م، ص ١٠١.

أولاً: المقصود بالسلامة المهنية:

يشير مصطلح السلامة المهنية إلى التدابير والوسائل التي تكفل حماية العاملين من الإصابات التي قد تحدث عن حوادث العمل. وقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف مصطلح السلامة المهنية بأنه حماية العامل من الإصابات الجسدية التي قد تؤدي إلى حدوث إصابة جسدية أو نفسية أو مرض مفاجئ غير متوقع^(١).

وهناك من يرى أن مصطلح السلامة المهنية لا يقتصر على الإصابات الجسدية أو المرض المفاجئ؛ بل يشمل الحد من الإصابات والأمراض المرتبطة بالعمل. كما أنه يشمل الوقاية من الأخطار المهنية، والتعرف على مصادر الخطر في بيئة العمل والعوامل المؤدية إلى الحوادث والإصابات. وتطبيق إجراءات وتدابير الوقاية والسيطرة على هذه المخاطر، والحفاظ على الصحة البدنية والنفسية للعاملين، من أجل ضمان بيئة عمل آمنة وصحية وجاذبة للعاملين^(٢).

(١) قتيبة أحمد الطراونة، أهمية الأمن والسلامة للحد من إصابات العمل في المنشآت الصناعية، مجلة بحوث في مجال التربية النوعية، جامعة البلقاء التطبيقية، كلية الحقوق الجامعية الأردن،

(Article 13, Volume 2017, Issue 48, October 2017, Page 411-439).

(٢) أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العمل، دار الكتاب البصري، دار الكتاب اللبناني، ١٩٨٧م، ص ٣٢٣، كما تم تعريفها بأنها العلم الذي يهدف إلى الحفاظ على صحة العامل وسلامته من خلال توفير بيئة عمل آمنة خالية من الحوادث والإصابات والأمراض ومسبباتهم، ينظر في ذلك ألبرت أنيس توفيق، أحمد جمعه محمد إسلام إبراهيم البناء السلامة والصحة المهنية للصناعات العامة طبقاً =

ومن خلال ذلك يتضح أن مفهوم السلامة المهنية يركز على الجوانب الأساسية التي تسعى إلى تحقيق السلامة المهنية وحماية العاملين وتعزيز بيئة عمل آمنة ومستدامة.

ثانياً: المقصود بالصحة المهنية:

إن مصطلح الصحة المهنية يعد جزءاً من مصطلح الصحة بمعناه العام، والتي يكون لها وسائل عامة على مستوى الجماعة والأفراد في تحقيقها. وتجدر الملاحظة أن مصطلح الصحة المهنية يتفرد عن مصطلح الصحة بمعناها العام وذلك بصفته المهنية، ووسائله التي حددها النظام^(١).

ويمكن تعريف الصحة المهنية بأنها حماية جسد العامل وعقله من الأمراض التي تنتج وتنشأ عن المواد أو العمليات أو الإجراءات التي تتبع في مكان العمل^(٢). كما يمكن تعريفها بأنها مجموع القواعد والإجراءات التي تتعلق بحماية صحة العاملين من أخطار العمل

= لمعايير هيئة الأوشا الأمريكية، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا، الطبعة الثالثة، ٢٠٢١م، ص ٢٩.

(١) مجدي عبد الله شراره، السلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل، مؤسسة فريدريش ببرت، مكتب مصر ٢٠١٦م، ص ١٤.
(٢) انظر:

Phil huges MBE and Ed Ferrett, introduction to health and safety at work, routledge, sixth edition, p 2.

وعلاجه^(١). ويتضح من خلال التعريفين أن الصحة المهنية تتضمن توفير ظروف عمل مناسبة، تبدأ من اختيار العاملين ووضعهم في المكان المناسب لإمكاناتهم^(٢).

ووفقاً لمنظمة الصحة العالمية، تم تعريف مصطلح الصحة المهنية بأنه مجال من المجالات المتعلقة بالصحة، يهدف إلى تحقيق درجة عالية من الرفاهية البدنية والعقلية للعاملين في جميع المهن أيًا كان نوعها، وهذا المجال يسعى إلى تحقيق المحافظة على صحة العاملين وقدرتهم على العمل وتعزيزها، إضافة إلى تحسين ظروف بيئة العمل، لتصبح أكثر سلامة للعاملين وذلك عن طريق تقليل أخطارها كما يهدف إلى تحقيق تنظيم العمل ونشر القيم التي تهدف إلى تحقيق وتحسين السلامة والصحة المهنية^(٣).

(١) أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العمل، ص ٢٥٩.

(٢) يظهر من الاطلاع على هذا التعريف توسعه في مفهوم الصحة المهنية، إذ إنه لم يقتصر فقط على الإجراءات المختصة بصحة العاملين سواء أقبل الإصابة أم بعدها، إلا أن هذا التعريف شمل مسائل ليست داخلية فيه، من مثل العمل في المكان الذي يتلاءم مع إمكاناته، وإن كان من الممكن تطويع هذا الجزء في التعريف وعده خاصاً بالحالة الصحية فقط، أي أن العامل يُوضع في المكان الذي يتلاءم مع إمكانات الصحية، بحيث لا يترك في التعريف على إطلاقه.

(٣) منظمة الصحة العالمية، حماية صحة العمال، مقال نشر للمنظمة في تاريخ ٣٠/١١/٢٠١٧م، ويمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

<https://www.who.int/ar/news-room/fact-sheets/detail/protecting-workers'-health> (19/02/2025).

=

ومما سبق يتضح أن الهدف العام لمصطلحي السلامة والصحة المهنية يتمثل في حماية العاملين. من ناحية أولى، ينصرف مصطلح الصحة المهنية إلى حماية العاملين من الأمراض المهنية الجسدية والعقلية والتي قد تستغرق وقتاً لحداثها، وتسببها بيئة العمل مثل: حماية العامل من السرطان والربو والصمم. في المقابل، ينصرف مصطلح السلامة المهنية إلى حماية العامل من الحوادث المفاجئة التي قد تصيب الجسد خلال وقت العمل، كالسقوط الذي قد يؤدي إلى إصابة جسدية.

كما يتبين لنا من تعريف مصطلح الصحة ومصطلح السلامة أن كلا من المصطلحين قريب في المعنى من الآخر، والحدود الفاصلة بينهما تكاد لا تكون واضحة وفي كثير من الأحوال يُستخدم المصطلحين معاً أو يستخدمان للإشارة إلى ما تثيره بيئة العمل من أخطار متعلقة بصحة الفرد بدنيا وعقلياً.

ثالثاً: تعريف السلامة والصحة المهنية في نظام العمل السعودي:

لم يعرف نظام العمل السعودي مفهوم السلامة والصحة المهنية؛ اتباعاً لعادة جرى عليها منذ صدور أول نظام عمل سعودي في عام

= ووفقاً لهذا التعريف فإن الصحة المهنية تشمل في طياتها تخصصات كثيرة كالطب المهني وعلم النفس والنظافة وغيرها، وقد عبر بعض الفقه عن الصحة المهنية بأنها الاهتمام بصحة العاملين داخل بيئة العمل وذلك حتى لا يتعرض أحد العاملين لأي مرض مهني، ينظر في ذلك ألبرت أنيس توفيق، أحمد جمعة، إسلام إبراهيم البناء، السلامة والصحة المهنية للصناعة العامة طبقاً للمعايير هيئة الأوشا الأمريكية، ص ٣١.

١٣٦١هـ، وكذلك نظام العمل الصادر في عام ١٣٦٦هـ، ونظام العمل الصادر بتاريخ ٠٦ / ٠٩ / ١٣٨٦هـ، واستمر العمل بهذا النظام حتى ألغي بصدور نظام العمل في تاريخ ٢٣ / ٠٨ / ١٤٢٦هـ وتعديلاته، فكل الأنظمة لم تضع تعريفاً للمفاهيم واكتفي بوضع الصور المختلفة للمخاطر التي يلتزم صاحب العمل بتأمينها^(١).

غير أنه كان من الممكن أن يضع نظام العمل السعودي تعريفاً لمفهوم السلامة حيث درجت كثير من الأنظمة السعودية على استهلال المادة الأولى بالتعاريف^(٢). وتظهر أهمية وضع تعريف لمفهوم السلامة والصحة المهنية في الحد من الخلاف الذي قد يثور بشأن تعريف مفهومها.

ونتيجة لعدم وضع نظام العمل السعودي تعريفاً للسلامة والصحة المهنية تعددت التعريفات المتعلقة بالمصطلح؛ إذ عدها جانب من الفقه أسلوباً علمياً يهدف إلى منع الحوادث والإصابات المهنية، وذلك عن طريق تأمين المخاطر والأضرار التي قد تصاحب بيئة العمل ويكون

(١) د. رزق مقبول الرئيس، د. رضا محمود العبد، شرح أحكام نظام العمل السعودي، دار الشقري، الطبعة الثالثة ١٤٤٢هـ، ص ٢٦-٣١.

(٢) كما هو الحال في نظام الإثبات الصادر حديثاً، وكذلك نظام الأحداث، وغيرهما في العديد من الأنظمة.

التأمين من خلال وسائل علمية هندسية أو طبية أو غير ذلك وفق ما تقتضيه ظروف العمل^(١).

ويؤخذ على التعريف أنه اعتبر السلامة والصحة المهنية مجرد وسائل عملية يؤدي اتباعها إلى منع وقوع الحوادث أو التقليل من مخاطر العمل فقط، وعلى الرغم من صحة هذا التعريف من حيث غايته فإنه جعل السلامة والصحة المهنية مجرد علم أو وسائل علمية فقط وأغفل الدور القانوني الذي جعل من هذه الوسائل والقواعد العلمية والعملية التي تؤدي إلى تقليل أخطار العمل قواعد قانونية ملزمة.

لذلك عرّفها البعض بأنها مجال يُعنى بالحفاظ على صحة العامل وسلامته، وذلك عن طريق توفير الحماية المهنية له، والحد من خطر المعدات والآلات والمواد المستعملة ونواتجها، وخطر مكان العمل على

(١) عصام الدين عبد الجواد، دور السلامة والصحة المهنية في التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الوطن العربي، جمعية إدارة الأعمال العربية، العدد (٨٦)، ١٩٩٩م، ص ٥٧، وانظر كذلك: محمود حسين مصيلحي، السلامة والأمن الصناعي العام المشروعات الهندسة المدنية، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص ٧، إذ صارت السلامة والصحة المهنية علماً يُعنى بالحفاظ على صحة العاملين داخل المنشأة وذلك من خلال توفير بيئة عمل آمنة خالية من الحوادث ومسبباتها، وانظر: إبراهيم حسن توفيق، دور إجراءات السلامة الوقائية في الحد من حوادث الحريق في منشآت الرعاية الصحية مجلة العلوم التجارية والبيئية، ١٤، ع ١، ٢٠٢٢م، ص ١١١، حيث اعتبر السلامة والصحة المهنية علماً يهدف إلى حماية عناصر الإنتاج المختلفة المتمثلة في العامل، وأدوات الإنتاج والبيئة.

العاملين، ومحاولة منع وقوع الحوادث وأمراض المهنة أو التقليل من حدوثها، إضافة إلى توفير البيئة المهنية السليمة التي تساعد العاملين على العمل بأمان^(١).

وعرفها جانب آخر من الفقه بأنها مجموعة القوانين واللوائح والإرشادات التي وضعت من أجل حماية عناصر الإنتاج من الحوادث والأخطار، أي أنها مجموعة من الإجراءات والضوابط التي يؤدي اتباعها إلى منع وقوع الحوادث أو التخفيض منها، ومن ثم توفير الحماية الصحية الكاملة للعاملين، كما تؤدي تلك الإجراءات إلى الحد من تلف المعدات والآلات والمكينات الموجودة بالمنشأة، أي توفير المناخ المهني الملائم الذي يساعد العاملين على العمل^(٢).

(١) عطا سلمان جاسم السلامة والصحة المهنية في التراث العربي والإسلامي حتى سنة ٦٥٦هـ، مجلة الباحث، العدد المختص بالمؤتمر الأول، الجزء الأول، ٢٠١٢م، ص ٥.

(٢) أحمد زكي حلمي عبد المنعم محمد السلامة والصحة المهنية، الطبعة الثالثة، الدار البصرية للعلوم ٢٠٠٨م، ص ١٣، انظر: كذلك قسيمة محمد ومباركي بو حفص إجراءات السلامة والصحة المهنية وعلاقتها بحوادث العمل دراسة ميدانية بمؤسسة مطاحن الجلفة، مجلة حقائق للدراسات النفسية والاجتماعية، العدد التاسع، ج ١، ٢٠١٨م، ص ٣٠٥، إذ تعرف السلامة والصحة المهنية بأنها الجهود والإجراءات التي تتخذها جهة العمل من أجل حماية العمال من المخاطر المهنية، وهذه الإجراءات تخص بعضها الإدارة ويخص بعضها العامل وبعضها يخص بيئة العمل. انظر: في ذلك أيضاً أميمة صقر المغني، واقع إجراءات الأمن والسلامة المهنية المستخدمة في منشآت قطاع الصناعات التحويلية في قطاع غزة، رسالة ماجستير، كلية التجارة الجامعة الإسلامية - غزة، ٢٠٠٦م، ص ١٥، =

كما عرفها البعض بأنها علم يهتم بسلامة الإنسان وصحته وذلك عن طريق توفير بيئة عمل آمنة خالية من الأمراض المهنية ومسببات الحوادث^(١).

وبتحليل التعريفات السابقة يتبين لنا أن السلامة والصحة المهنية لها غاية معينة، وهي توفير بيئة عمل آمنة خالية من الأخطار بقدر الإمكان وهذه الغاية ليست مقصودة لذاتها؛ بل من أجل الحفاظ على عناصر الإنتاج المختلفة وفي مقدمتها رأس المال البشري، ومن أجل الوصول إلى هذه الغاية فلا بد من اتباع الإجراءات التي تؤدي إلى هذه الغاية سواء أكانت تلك الإجراءات تجد مصدرها إما في معاهدة دولية، أو قوانين محلية، أو عرف مهني، أو قاعدة أخلاقية؛ ومن ثم

= حيث ترى الباحثة أن السلامة والصحة المهنية هي تلك الإجراءات التي تؤدي إلى توفير ظروف عمل آمنة والتي تكون لازمة للمحافظة على عناصر الإنتاج الثلاثة الإنسان والآلة والمادة، وإحاطتهم بجو خال من المخاطر الناشئة عن الأعمال التي يزاولوها ومن أماكن العمل التي تؤدي إلى إصابتهم بالأمراض الخطيرة والعمل على توفير التأمينات الاجتماعية التي تحمي حقوق العاملين في مواقع العمل، وهنا تجدر الإشارة إلى أن الباحثة قد أدخلت في تعريفها توفير التأمينات الاجتماعية واعتبرت ذلك جزءاً من برنامج السلامة والصحة المهنية وهي بذلك اعتبرت السلامة والصحة المهنية نظاماً يوفر وقاية من أخطار العمل لكافة عناصر الإنتاج من جهة باعتبار ذلك الجانب الوقائي، ومن جهة أخرى التأمينات الاجتماعية التي توفر الرعاية في حالة تحقق الخطر باعتبار ذلك الجانب هو الجانب العلاجي وهو أمر محمود.

(١) علا فاروق، قواعد السلامة والصحة المهنية في قانون العمل، ص ١٢٣.

فإن كل قاعدة أو إجراء يؤدي إلى الوصول إلى تلك الغاية يُعد التزاما بالسلامة والصحة المهنية.

كما أن تلك القواعد والإجراءات تمتد لتشمل العمل في صورته التقليدية أي العمل الذي يقوم به العامل في المكان الذي حدده وخصصه صاحب العمل سواء أكان عملا مكتبيا أم كان عملا فنيا. ويشمل كذلك العمل في صورته الحديثة المتمثلة في العمل عن بعد الذين يعملون من منازلهم لمصلحة صاحب العمل^(١).

ومن ثم يمكننا تعريف السلامة والصحة المهنية بأنها مجموعة القواعد والإجراءات والضوابط الواجب احترامها من قبل العامل وصاحب العمل أيما كان مصدرها القانوني^(٢)، وأيما كانت طبيعة العلاقة بين العامل وصاحب العمل سواء أكان عملا تقليديا أم عملا عن بعد، بغية توفير بيئة عمل آمنة وخالية من الأخطار بغرض وقاية العامل من الحوادث والأمراض المهنية ويترتب على مخالفتها قيام المسؤولية بحق المخالف.

(١) عمر أحمد العرايشي، الطبيعة القانونية لعقد العمل عن بعد في التشريع الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، مج، ع، ٢٠١٧م، ص ١٣٥.

(٢) سواء أكان مصدر تلك الإجراءات معاهدة دولية أم نص قانوني أم اتفاقية عمل جماعية أو عرف أو قاعدة أخلاقية أو دينية أو نص اتفاقي بعقد العمل الفردي.

وهذا التعريف ينظر إلى السلامة والصحة المهنية بأنها مجموعة من الإجراءات اللازمة لتوفير بيئة عمل آمنة وذلك من أجل أن تحدد الغاية من السلامة المهنية ولذلك لا ينظر إليها على أنها علم أو قواعد حتى لا يظن بإمكانية الأخذ أو الترك بشأنها. ومن جهة أخرى ينظر هذا التعريف إلى السلامة والصحة المهنية بأنها إجراءات عملية وليست نظرية ومن ثم توقيع الجزاء القانوني على من يخالفها حتى وإن لم يترتب على مخالفتها إصابة بعد، ولذلك أنشأت العديد من الدول أجهزة الرقابة والتفتيش الخاصة بالسلامة والصحة المهنية. وقامت المملكة العربية السعودية في تهيئة أكثر من ١,٠٠٠ مفتش في مجالي إدارة العمل وتفتيش العمل من أجل دعم حملة تفتيش للتأكد من التزام المنشأة في تحقيق معايير الصحة والسلامة المهنية وتوفير بيئة عمل مناسبة للعامل^(١).

(١) ونصت المادة الرابعة والتسعون بعد المائة من نظام العمل السعودي على أنه «يتولى تفتيش العمل مفتشون من موظفي الوزارة، أو من غيرهم من السعوديين، يحددهم الوزير أو من يفوضه، وتكون لهم الصلاحيات والاختصاصات المنصوص عليها في هذا النظام.» كما نصت المادة السادسة والتسعون بعد المائة من ذات النظام على أنه «يختص مفتشو العمل بما يأتي: ١- مراقبة تنفيذ أحكام هذا النظام واللائحة والقرارات الصادرة تنفيذاً له. ٢- تزويد أصحاب العمل والعمال بالمعلومات والإرشادات الفنية التي تمكنهم من اتباع أحسن الوسائل لتنفيذ أحكام هذا النظام. ٣- إبلاغ المختصين بالوزارة بأوجه النقص التي تقصر الأحكام القائمة عن معالجتها، واقتراح ما يلزم لذلك. ٤- ضبط مخالفات أحكام هذا النظام واللائحة والقرارات الصادرة تنفيذاً له. ٥- التحقق من المخالفات التي ترصدها جهات حكومية مختصة أخرى وتحال إلى الوزارة. =

وقد أكد التعريف السابق إلى انطباق تلك الإجراءات على كل من العمل في صورته التقليدية والعمل المرن أو العمل عن بعد، وذلك بالرغم من أن نظام العمل السعودي لم يتطرق لعقد العمل عن بعد، غير أنه استناداً إلى عمومية النصوص المختصة بالسلامة والصحة المهنية وإطلاقها، فإنها تسري على العمل التقليدي والعمل عن بعد على اعتبار أن النص العام يجري على عمومه ما لم يرد ما يخصه والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد ما يقيده، إضافة إلى أن الأخذ بهذا المبدأ يعزز المساواة بين جميع العمال وهو مبدأ من مبادئ نظام العمل السعودي لا يجوز مخالفته، غير أنه تثار صعوبة بشأن المسؤول عن توفير وسائل السلامة والصحة المهنية في عقد العمل عن بعد^(١).

= ٦- اقتراح الغرامة المناسبة وفقاً لجدول المخالفات والعقوبات» انظر: المادة الرابعة والتسعين بعد المائة والمادة السادسة والتسعين بعد المائة من نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ٢٣/٠٨/١٤٢٦هـ، وتعديلاته. انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي:

[https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1. \(04/02/2025\).](https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1. (04/02/2025).)

(١) عمر أحمد العرايشي، الطبيعة القانونية لعقد العمل عن بعد في التشريع الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، مج، ع، ٢٠١٧م، ص ١٣٥.



المبحث الثاني أهداف وأهمية السلامة والصحة المهنية

تهدف قواعد السلامة والصحة المهنية إلى توفير بيئة عمل آمنة خالية من الأخطار المهنية بأشكالها كافة، وذلك حتى يتسنى للعامل القيام بعمله في بيئة آمنة، ولذلك أصبح هذا المصطلح المتعلق بالسلامة والصحة المهنية والأمن الصناعي من المصطلحات المستخدمة دولياً ومحلياً.

كما تهدف قواعد السلامة والصحة المهنية إلى حماية أدوات الإنتاج ومن ثم تنمية الاقتصاد الوطني على اعتبار أن تلك القواعد والضوابط من أساسيات التنمية المستدامة ومن أساسيات الحوكمة باعتبار أنها تعني الإدارة الرشيدة داخل المؤسسات الاقتصادية أي قدرة المنشأة على إدارة مواردها أو التسيير الاقتصادي الفعال لتلك الموارد والمحافظة عليها، ومن ثم الحفاظ على الاقتصاد القومي^(١).

ويعد العمل في ظل ظروف عمل غير آمنة سبباً أساسياً لزيادة المخاطر الصحية والنفسية والاجتماعية والبيئية^(٢)، ومن ثم فإن الالتزام

(١) أحمد زكي حلمي، أحمد أبو المعاطي إبراهيم، مكافحة الحرائق طبقاً لتوصيات OSHA، دار المراجع العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠م، ص ١٣.

(٢) نسيم متساحة هواري منصوري خالد رجم، أثر نظام الصحة والسلامة المهنية على مستوى حوادث العمل دراسة حالة المؤسسة الوطنية للتنقيب - الجزائر، مجلة العلوم الاقتصادية، المجلد (٢٣)، العدد (١)، ٢٠٢٠م، ص ٨٥.

بضوابط السلامة والصحة المهنية يؤدي إلى دعم الثقة بين العامل وصاحب العمل، وذلك على أساس أن توفير صاحب العمل وسائل السلامة والصحة المهنية من شأنه أن يشعر العمال بأهميتهم لدى صاحب العمل، مما يؤدي إلى تعاون العمال مع الإدارة وأصحاب العمل، كما أن من شأن توفير وسائل السلامة والصحة المهنية تجنب المنشأة الكثير من الحوادث والأمراض المهنية ومن ثم تقليل تكاليف العمل وزيادة الكفاءة الإنتاجية، كما أن توفير تلك الوسائل من شأنه تقليل الآثار النفسية التي قد تنشأ عن الحوادث والأمراض المهنية، إضافة إلى أن المنشأة التي تلتزم بتلك الضوابط تجعل لنفسها سمعة طيبة أمام المنافسين في المجال نفسه، مما يترتب عليه الحفاظ على الكفاءة العمالية واستقطاب العمال الأكفاء من المنافسين، إضافة إلى أن قواعد السلامة والصحة المهنية تهدف إلى حماية البيئة بشكل عام من أخطار التغيرات المناخية^(١).

(١) إسلام محمد البناء التنمية المستدامة والبيئة المؤسسية في مصر، المجلة العلمية للبحوث التجارية، العدد (٤)، ٢٠١٤م، ص ٢٤، وانظر كذلك: أميمة صقر المغني، واقع إجراءات الأمن والسلامة المهنية المستخدمة في منشآت قطاع الصناعات التحويلية، ص ١٦-١٧.

الفصل الثاني الاتفاقيات الدولية الحاكمة للسلامة والصحة المهنية في كل من المملكة العربية السعودية، والولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة

مقدمة:

ستعرض في هذا الفصل الاتفاقيات الدولية المنظمة للسلامة والصحة المهنية، ثم الأنظمة المحلية المنظمة للسلامة والصحة المهنية في كل من المملكة العربية السعودية، والولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة، باعتبار أن الاتفاقيات الدولية والأنظمة المحلية هي المصدر التي تستمد منها قواعد السلامة والصحة المهنية قوتها الملزمة.

كما سيتم الحديث عن الاتفاقيات الإقليمية الحاكمة للسلامة والصحة المهنية والمنظمة لها المملكة العربية السعودية، حيث إنه بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية الصادرة عن منظمة العمل الدولية فإنه هناك اتفاقيات إقليمية منظمة لها المملكة العربية السعودية. فهناك منظمة العمل العربية التي أصدرت عدد من الاتفاقيات الإقليمية المتعلقة في السلامة والصحة المهنية^(١). كما أصدرت عدة

(١) منظمة العمل العربية هي وكالة متخصصة في شؤون العمل والعمال وتعمل في إطار جامعة الدول العربية وقد تم إعلان قيام منظمة العمل العربية في مؤتمر وزراء العمل العرب الخامس بالقاهرة في يناير ١٩٧٠م وذلك بموجب قرار

توصيات مرتبطة بالسلامة والصحة المهنية، وسيتم الحديث عنها. كما سيتناول هذا الفصل الأنظمة الحاكمة للسلامة والصحة المهنية في كل من الولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة، والمملكة العربية السعودية.

المؤتمر مادة (٩٧). انظر في ذلك: التقرير الصادر عن جامعة الدول العربية الأمانة العامة بعنوان منظمة العمل العربية نشأتها، أهدافها، مؤتمراتها وإنجازاتها، ١٩٨٣م، ع ٣٢، ص ٢١٦-٢١٥.

المبحث الأول

الاتفاقيات الدولية الحاكمة للسلامة والصحة المهنية

اهتم المجتمع الدولي بالسلامة والصحة المهنية، ذلك لأن الحوادث والأمراض المهنية تؤدي إلى آثار مدمرة على العمال والشركات والمجتمعات والاقتصادات بأكملها، وعلى الرغم من اهتمام الدول بتنظيم السلامة المهنية وإدخالها العديد من التحسينات على بيئة العمل من أجل ضمان بيئة عمل آمنة وجاذبة وخالية من المخاطر؛ إلا أنه ما زالت الوقاية من الحوادث والأمراض المرتبطة بالعمل تكتسب أهمية كبيرة على نطاق عالمي.

فقد أظهرت التقديرات وفقاً لمنظمة العمل الدولية أن الحوادث الناتجة عن الإخلال بالسلامة والصحة المهنية في عام ٢٠٢٢م أدت إلى ما يزيد عن ٧٨, ٢ مليون حالة وفاة على مستوى العالم^(١). وفيما يتعلق بإصابات العمل ففي كل عام يحدث حوالي ٢٥٠ مليون إصابة عمل حول العالم، كما أن هناك ٦١٠, ٠٠٠ عامل يصاب بمرض مهني^(٢).

(١) انظر: تقرير منظمة العمل الدولية لعام ٢٠٢٤م (Workplace Safety and Health Report 2024) وفق الرابط التالي؛

<https://www.mom.gov.sg/-/media/mom/documents/safety-health/reports-stats/wsh-national-statistics/wsh-national-stats-2024.pdf> (20/03/2025).

(٢) انظر:

The International Labour Organization (ILO), ILO Guidelines on Occupational Safety and Health Management Systems, see

<https://www.ilo.org/topics/safety-and-health-work/occupational-safety-and-health-management-systems> (21/03/2025).

وهذه الحوادث لها انعكاساتها السلبية على الإنتاجية، حيث أشارت التقديرات إلى أن الحوادث والأمراض المهنية تؤدي إلى خسارة أصحاب العمل من ٤ ٪ إلى ٥ ٪ من الناتج الإجمالي العالمي السنوي، مما يؤثر على التقدم الاقتصادي^(١). وحسب التقرير فإن تكلفة الإصابات والأمراض المهنية العالمية تقدر بحوالي ٣,٩٤ تريليون دولار أمريكي سنوياً^(٢).

وانطلاقاً من هذا الأمر حرص المجتمع الدولي على إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية بهدف وضع الحد الأدنى الذي يجب على الدول الالتزام به فيما يتعلق في حماية للعامل والبيئة والاقتصاد العالمي، ولذلك أصدرت منظمة العمل الدولية عدة اتفاقيات دولية لتحقيق هذا الغرض، نستعرض أهمها:

(١) اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم (١) لتحديد ساعات العمل في المنشآت الصناعية بثماني ساعات يومياً وبثمان وأربعين ساعة أسبوعياً:

صدرت هذه الاتفاقية عن مؤتمر العمل الدولي في ٢٩ / ١٠ / ١٩١٩ م^(٣)، وتعد الاتفاقية وثيقة مهمة في تحديد ساعات العمل، وتقضي بالتزام الدول الأعضاء بتبني ساعات العمل. حيث حددت ساعات العمل بالمنشآت الصناعية والحالات الاستثنائية التي يمكن خلالها تجاوز الحد

(١) الموقع الرسمي لمنظمة العمل الدولية: <https://www.ilo.org>.

(٢) انظر: الفصل الرابع - المبحث الأول: المعدل العالمي لإصابات العمل حول العالم.

(٣) للمزيد حول هذه الاتفاقية يمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312146:NO.\(30/12/2024\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312146:NO.(30/12/2024).)

الأقصى من الساعات. ووفقاً لهذه الاتفاقية تم تحديد ساعات العمل اليومية في المنشآت الصناعية بثماني ساعات فقط للمعيار اليومي، وثمانية وأربعين ساعة للمعيار الأسبوعي؛ وبالتالي فهي وضعت حدوداً قصوى لساعات العمل اليومية والأسبوعية.

كما تغطي هذه الاتفاقية بمستوى عالٍ من القبول، حيث انضم لها حتى تاريخ ٠٦ / ٠١ / ٢٠٢٥م حوالي ٥٢ دولة، ولم تنضم الولايات المتحدة الأمريكية ولا المملكة المتحدة لهذه الاتفاقية^(١)، وانضمت المملكة العربية السعودية إلى هذه الاتفاقية^(٢). وجاء نظام العمل السعودي في أحكامه بما يتوافق مع هذه الاتفاقية حيث نصت المادة الثامنة والتسعون من النظام بأنه لا يجوز تشغيل العامل تشغيلاً فعلياً أكثر من (٨) ساعات في اليوم الواحد، إذا اعتمد صاحب العمل المعيار

(١) للاطلاع على الدول التي انضمت إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312146:NO.\(06/01/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312146:NO.(06/01/2025).)

للاطلاع على الدول التي لم تنضم إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312146:NO.\(06/01/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312146:NO.(06/01/2025).)

(٢) منظمة العمل الدولية، الاتفاقيات والمعاهدات التي انضمت لها المملكة العربية السعودية، يمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000%3A11200%3A0%3A%3AANO%3A11200%3AP11200_COUNTRY_ID%3A103208\(06/01/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000%3A11200%3A0%3A%3AANO%3A11200%3AP11200_COUNTRY_ID%3A103208(06/01/2025).)

ونصت المادة الرابعة والتسعون بعد المئة من نظام العمل السعودي على أنه: «يتولى تفتيش العمل مفتشون من موظفي الوزارة، أو من غيرهم من السعوديين، يحددهم الوزير أو من يفوضه، وتكون لهم الصلاحيات والاختصاصات المنصوص عليها في هذا النظام.»^(١) كما نصت المادة السادسة والتسعون بعد المئة من ذات النظام على أنه: «يختص مفتشو العمل بما يأتي: ١- مراقبة تنفيذ أحكام هذا النظام واللائحة والقرارات الصادرة تنفيذاً له. ٢- تزويد أصحاب العمل والعمال بالمعلومات والإرشادات الفنية التي تمكنهم من اتباع أحسن الوسائل لتنفيذ أحكام هذا النظام. ٣- إبلاغ المختصين بالوزارة بأوجه النقص التي تقصر الأحكام القائمة عن معالجتها، واقتراح ما يلزم لذلك.. ٤- ضبط مخالفات أحكام هذا النظام واللائحة والقرارات الصادرة تنفيذاً له. ٥- التحقق من المخالفات التي ترصدها جهات حكومية مختصة أخرى وتحال إلى الوزارة. ٦- اقتراح الغرامة المناسبة وفقاً لجدول المخالفات والعقوبات»^(٢).

(١) المادة الرابعة والتسعون بعد المائة من نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ٢٣/٠٨/١٤٢٦هـ، وتعديلاته، انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

[https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1. \(04/02/2025\).](https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1. (04/02/2025).)

(٢) المادة السادسة والتسعون بعد المائة من نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ٢٣/٠٨/١٤٢٦هـ، وتعديلاته، انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

[https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1. \(04/02/2025\).](https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1. (04/02/2025).)

كما أصدرت المملكة العربية السعودية اللائحة التنفيذية لضبط أعمال تفتيش العمل وتنظيمها الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (٢٦٤) وتاريخ ١٤/٠٨/١٤٢٨هـ^(١).

كما قامت المملكة العربية السعودية في تهيئة أكثر من ١,٠٠٠ مفتش في مجالي إدارة العمل وتفتيش العمل من أجل دعم حملة تفتيش للتأكد من التزام المنشآت في تحقيق معايير الصحة والسلامة المهنية وتوفير بيئة عمل مناسبة للعامل^(٢). وخلال عام ٢٠٢٤م قامت المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بحوالي ٢٨٠ ألف زيارة ميدانية لأصحاب العمل^(٣).

(١) انظر: اللائحة التنفيذية لضبط أعمال تفتيش العمل وتنظيمها الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (٢٦٤) وتاريخ ١٤/٠٨/١٤٢٨هـ، انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

[https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/c0469b2e-535b-43ca-a5a8-a9a700f2c095/1. \(09/01/2025\).](https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/c0469b2e-535b-43ca-a5a8-a9a700f2c095/1. (09/01/2025).)

(٢) د. محمد عبد القادر، آليات تفتيش العمل في النظام السعودي دراسة تحليلية مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة طنطا. العدد السابع والثلاثون لسنة ٢٠٢٢م، الجزء الثاني، ٢/٢، ص ١٠٢٤-١١٢٩. انظر: كذلك علي فيصل علي، تفتيش العمل ودوره في كفاءة إنفاذ تشريعات العمل دراسة مقارنة في نظم وقوانين العمل بدول مجلس التعاون ومعايير العمل الدولية والعربية، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية، المكتب التنفيذي لمجلس وزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، العدد (٨٢) لعام ٢٠١٤م.

(٣) انظر: الهيئة العامة للإحصاء، نشرة إحصاءات الصحة والسلامة في العمل ٢٠٢٣م وفق الرابط التالي؛

[https://www.stats.gov.sa/sites/default/files/Health%20and%20Safety%20at%20Work%20Statistics%202023AR_0.pdf. \(09/01/2025\).](https://www.stats.gov.sa/sites/default/files/Health%20and%20Safety%20at%20Work%20Statistics%202023AR_0.pdf. (09/01/2025).)

وقد تضمنت المادة الثالثة من نظام العمل السعودي على أن المواطنين متساوون في حق العمل دون أي تمييز على أساس الجنس، أو الإعاقة أو السن أو أي شكل من أشكال التمييز الأخرى، سواءً في أثناء أداء العمل أو عند التوظيف أو الإعلان عنه. وصدر قرار مجلس الوزراء القاضي باعتماد السياسة الوطنية لتشجيع تكافؤ الفرص والمساواة في المعاملة في الاستخدام والمهنة بالمملكة العربية السعودية، والتي تهدف إلى القضاء على أي تمييز في هذا المجال.

(٤) اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم (١٢٠) بشأن القواعد الصحية في التجارة والمكاتب:

صدرت هذه الاتفاقية عن مؤتمر العمل الدولي، في دورته الثامنة والأربعين في ١٧/٠٦/١٩٦٤م^(١)، وتهدف هذه الاتفاقية إلى اتخاذ التدابير في مجال الصحة والسلامة المهنيين التي تحمي العاملين في المتاجر والمكاتب، ومنها على سبيل المثال المعايير الأساسية التي يجب مراعاتها عند تصميم أماكن العمل وترتيباتها، وكذلك مرافق النظافة الصحية والصرف الصحي، وتوافر الإسعافات الأولية. ويمثل انضمام

(١) صدرت هذه الاتفاقية عن مؤتمر العمل الدولي في ١٧/٠٦/١٩٦٤م، وتهدف هذه الاتفاقية إلى تأكيد اتخاذ التدابير في مجال الصحة والسلامة المهنيين التي تحمي العاملين في المتاجر والمكاتب، للمزيد حول هذه الاتفاقية يمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C120:NO.\(11/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C120:NO.(11/02/2025).)

المملكة العربية السعودية إلى هذه الاتفاقية اهتمامها والتزامها في كل ما من شأنه أن يؤدي إلى ضمان سلامة العاملين وصحتهم وتوفير بيئة عمل آمنة لهم.

وتعد هذه الاتفاقيات من الاتفاقيات التي تحظى بمستوى عالٍ من القبول، حيث انضم لها حتى تاريخ ٣٠ / ٠٨ / ٢٠٢٤ م حوالي ٥٢ دولة. وانضمت المملكة العربية السعودية^(١)، وكذلك المملكة المتحدة إلى هذه الاتفاقية، ولم تنضم الولايات المتحدة الأمريكية إليها^(٢).

(١) منظمة العمل الدولية، الاتفاقيات والمعاهدات التي انضمت لها المملكة العربية السعودية، يمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000%3A11200%3A0%3A%3ANO%3A11200%3AP11200_COUNTRY_ID%3A103208\(11/02/2025\)](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000%3A11200%3A0%3A%3ANO%3A11200%3AP11200_COUNTRY_ID%3A103208(11/02/2025)).

(٢) للاطلاع على الدول التي انضمت إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312265:NO.\(11/02/2025\)](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312265:NO.(11/02/2025)).

للاطلاع على الدول التي لم تنضم إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312265:NO.\(11/02/2025\)](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312265:NO.(11/02/2025)).

(٥) اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم (١٢١) بشأن الإعانات في حالة إصابة العمل:

صدرت هذه الاتفاقية عن مؤتمر العمل الدولي في ٢٨ / ٠٧ / ١٩٦٧ م^(١)، حيث ألزمت هذه الاتفاقية الدول المنضمة إلى هذه الاتفاقية على تقديم الإعانات الطبية والنقدية للعمال المصابين بإصابة عمل بنوعها سواء أكانت حادث عمل أو حادث طريق أو مرض مهني، وقد وضعت تلك الاتفاقية جدولاً بقائمة الأمراض المهنية، وجدولاً بالمدفوعات الدورية للمستفيدين.

وتعد هذه الاتفاقيات من الاتفاقيات التي تحظى بمستوى متوسط من القبول، حيث انضم لها حتى تاريخ ١١ / ٠٢ / ٢٠٢٥ م حوالي ٢٤ دولة. ولم تنضم الولايات المتحدة الأمريكية، وكذلك المملكة المتحدة لهذه الاتفاقية^(٢). كما أن المملكة العربية السعودية لم تنضم إليها^(٣)؛

(١) للمزيد حول هذه الاتفاقية يمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://webapps.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312266.\(11/02/2025\).](https://webapps.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312266.(11/02/2025).)

(٢) للاطلاع على الدول التي انضمت إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312266:NO.\(11/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312266:NO.(11/02/2025).)

(٣) للاطلاع على الدول التي لم تنضم إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312266:NO.\(11/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312266:NO.(11/02/2025).)

ولكن ذلك لا يعني أن تلك الدول غير ملتزمة في تقديم الإعانات الطبية والنقدية للعمال المصابين بإصابة عمل؛ بل على العكس تلتزم الولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة، وكذلك المملكة العربية السعودية في تقديم الإعانات الطبية والنقدية للعمال المصابين بإصابة عمل بنوعها سواء أكانت حادث عمل أو حادث طريق أو مرض مهني كما سيوضح ذلك لاحقاً^(١).

(٦) اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم (١٤٨) حماية العمال من المخاطر المهنية الناجمة عن تلوث الهواء والضوضاء والاهتزازات في بيئة العمل:

صدرت هذه الاتفاقية عن مؤتمر العمل الدولي في ١٠/٠٦/١٩٧٧ م^(٢)، وتهدف إلى توفير الحماية للعمال من المخاطر الناجمة عن التلوث والضوضاء والاهتزازات في بيئة العمل. وتنص الاتفاقية على ضرورة تقييم المخاطر المهنية وتطبيق إجراءات الوقاية والحماية المناسبة، بما في ذلك استخدام معدات الحماية الشخصية.

وتلزم الاتفاقية الدول الموقعة عليها بوضع وتنفيذ سياسات وطنية لحماية العمال، بما في ذلك تحديد المستويات المقبولة للملوثات

(١) انظر: الفصل الثاني - المبحث الثاني: الأنظمة السعودية الحاكمة للسلامة والصحة المهنية.

(٢) للمزيد حول هذه الاتفاقية يمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312293:NO.\(11/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312293:NO.(11/02/2025).)

والضوضاء والاهتزازات. كما تلزم الاتفاقية أيضًا الدول الموقعة عليها بتوفير التدريب والتوعية للعمال حول المخاطر المهنية وطرق الوقاية منها.

وتعد هذه الاتفاقيات من الاتفاقيات التي تحظى بمستوى ضعيف من الانضمام حيث انضم لها ١٩ دولة حتى تاريخ ٣٠/٠٨/٢٠٢٤ م. ولم تنضم الولايات المتحدة الأمريكية، وكذلك المملكة المتحدة لهذه الاتفاقية^(١)، كما أن المملكة العربية السعودية لم تنضم إليها^(٢)؛ ولكن لا يعني ذلك أن تلك الدول لا توفر الحماية للعمال من المخاطر الناجمة عن التلوث والضوضاء والاهتزازات في بيئة العمل؛ بل على العكس تلتزم الولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة بذلك، كما أن المملكة العربية السعودية ملتزمة في توفير الحماية للعمال من المخاطر الناجمة عن التلوث والضوضاء والاهتزازات في بيئة العمل كما سيوضح ذلك لاحقًا^(٣). كما أن المملكة العربية السعودية منضمة إلى اتفاقية

(١) للاطلاع على الدول التي انضمت إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312338:No.. (15/02/2025).

(٢) للاطلاع على الدول التي لم تنضم إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312338:NO. (15/02/2025).

(٣) انظر: الفصل الثاني - المبحث الثاني: الأنظمة السعودية الحاكمة للسلامة والصحة المهنية.

منظمة العمل الدولية رقم (١٨٧) بشأن الإطار الترويجي للسلامة والصحة المهنتين لعام ٢٠٠٦م، وهي تتضمن توفير الحماية للعمال من المخاطر الناجمة عن التلوث والضوضاء والاهتزازات في بيئة العمل^(١).

(٧) اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم (١٥٥) السلامة والصحة المهنتين وبيئة العمل:

صدرت هذه الاتفاقية عن مؤتمر العمل الدولي في ٠٣ / ٠٧ / ١٩٨١م، ودخلت حيز التنفيذ في ١١ / ٠٨ / ١٩٨٣م^(٢)، وقد جاءت هذه الاتفاقية لتحديد المفاهيم الأساسية في مجال السلامة والصحة المهنية وتحديد مبادئ السياسة الوطنية المرتبطة بالسلامة والصحة المهنية، كما أنها قامت بتحديد طرق تنفيذ القوانين واللوائح الخاصة بالسلامة والصحة المهنية.

(١) للمزيد حول هذه الاتفاقية يمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312332:NO.\(15/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312332:NO.(15/02/2025).)

(٢) للمزيد حول هذه الاتفاقية يمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312300:NO.\(15/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312300:NO.(15/02/2025).)

[\(https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312293:NO. \(15/02/2025\)\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312293:NO)

[\(https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312293:NO. \(15/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312293:NO)

https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000%3A11200%3A0%3A%3ANO%3A11200%3AP11200_COUNTRY_ID%3A103208 (15/02/2025).

للسلامة والصحة المهنتين لعام ٢٠٠٦م، وهذه الاتفاقية تحدد المفاهيم الأساسية في مجال السلامة والصحة المهنية^(١).

(٨) اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم (١٦١) بشأن خدمات الصحة المهنية:

صدرت هذه الاتفاقية عن مؤتمر العمل الدولي في دورته الحادية والسبعين في ٠٧ / ٠٦ / ١٩٨٥م^(٢)، وقد ألزمت تلك الاتفاقية الدول بوضع أقسام للسلامة والصحة المهنية في مختلف فروع النشاط الاقتصادي العام والخاص، وتكون مهمة تلك الأقسام تحديد وتقييم المخاطر التي تهدد الصحة في مواقع العمل ومراقبة العوامل البيئية التي قد تؤثر على صحة العمال.

وتعد هذه الاتفاقية من الاتفاقيات التي تحظى بمستوى متوسط من القبول، حيث انضم لها ٣٦ دولة حتى تاريخ ٣٠ / ٠٨ / ٢٠٢٤م. ولم تنضم الولايات المتحدة الأمريكية، ولا المملكة المتحدة، وكذلك

(١) للمزيد حول هذه الاتفاقية يمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312332:NO.\(15/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312332:NO.(15/02/2025).)

(٢) للمزيد حول هذه الاتفاقية يمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312306:NO.\(15/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312306:NO.(15/02/2025).)

المملكة العربية السعودية لهذه الاتفاقية^(١)؛ ولكن لا يعني ذلك أن تلك الدول لا تهتم بالمفاهيم الأساسية في مجال السلامة والصحة المهنية؛ بل على العكس حيث إن المملكة العربية السعودية ملتزمة في توفير بيئة صحية للعاملين عمل كما سيوضح ذلك لاحقاً^(٢).

(٩) اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم (١٦٧) بشأن السلامة والصحة في البناء:

صدرت هذه الاتفاقية عن مؤتمر العمل الدولي في دورته الخامسة والسبعين في ١٩٨٨/٠٦/٠١ م^(٣)، تلزم الاتفاقية الدول الأعضاء باتخاذ التدابير اللازمة لتطبيق هذه المعايير والإشراف على تنفيذها من خلال نظام فعال للتفتيش وفرض العقوبات على المخالفات.

(١) للاطلاع على الدول التي انضمت إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312306:NO.\(16/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312306:NO.(16/02/2025).)

للاطلاع على الدول التي لم تنضم إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:::P11300_INSTRUMENT_SORT:3.\(30/12/2024\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:::P11300_INSTRUMENT_SORT:3.(30/12/2024).)

(٢) انظر: الفصل الثاني المبحث الثاني: الأنظمة السعودية الحاكمة للسلامة والصحة المهنية.

(٣) للمزيد حول هذه الاتفاقية يمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312312:NO.\(16/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312312:NO.(16/02/2025).)

وتهدف هذه الاتفاقية إلى توفير الحماية للعاملين في قطاع البناء من أخطار السلامة والصحة المرتبطة بأنشطة البناء. وتشمل الاتفاقية مجموعة من المعايير والتوجيهات المتعلقة بالتخطيط والتنظيم والإدارة والإشراف على أنشطة البناء بما يضمن السلامة والصحة المهنية للعمال.

لم تحظ هذه الاتفاقية بمستوى عال من القبول والتنفيذ المرغوب به على المستوى العالمي، وتعد أقل الاتفاقيات الصادرة عن مؤتمر العمل الدولي من حيث انضمام الدول لها؛ حيث إنه حتى تاريخ ١٦/٠٢/٢٠٢٥م لم تنضم سوى ٤ دول فقط ليس من ضمنها الولايات المتحدة الأمريكية ولا المملكة المتحدة^(١). كما أن المملكة العربية السعودية لم تنضم لها^(٢) ولكن لا يعني ذلك الدول غير المنضمة لاتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن السلامة والصحة في البناء لا تهتم بالمفاهيم الأساسية في مجال السلامة والصحة المهنية؛ بل على العكس من ذلك،

(١) للاطلاع على الدول التي انضمت إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312212:NO.\(16/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312212:NO.(16/02/2025).)

(٢) للاطلاع على الدول التي انضمت إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312212:NO.\(16/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312212:NO.(16/02/2025).)

حيث إن المملكة العربية السعودية ملتزمة في توفير بيئة صحية للعاملين عمل كما سيوضح ذلك لاحقاً^(١).

(١٠) اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم (١٧٠) بشأن السلامة في استعمال المواد الكيميائية في العمل:

صدرت هذه الاتفاقية عن مؤتمر العمل الدولي في دورته السابعة والسبعين في ٠٦/٠٦/١٩٩٠م^(٢)، وتهدف هذه الاتفاقية إلى حماية العاملين من الآثار الضارة للمواد الكيميائية وتزويدهم بمعلومات حول المواد الكيميائية التي يستخدمونها في العمل. وبذل الجهود اللازمة من أجل منع أو تقليل حدوث الأمراض والإصابات الناجمة عن المواد الكيميائية في العمل.

وحتى تاريخ ١٩/٠٢/٢٠٢٥م انضمت ٢٤ دولة إلى هذه الاتفاقية ولم تنضم الولايات المتحدة الأمريكية ولا المملكة المتحدة لهذه

(١) انظر: الفصل الثاني المبحث الثاني: الأنظمة السعودية الحاكمة للسلامة والصحة المهنية.

(٢) للمزيد حول هذه الاتفاقية يمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312315:NO.\(16/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312315:NO.(16/02/2025).)

الاتفاقية^(١). كما أن المملكة العربية السعودية لم تنضم إليها^(٢)؛ ولكن لا يعني ذلك أن الولايات المتحدة الأمريكية أو المملكة المتحدة، وكذلك المملكة العربية السعودية لا تهتم بالمفاهيم الأساسية في مجال السلامة والصحة المهنية؛ بل على العكس فإن جميع هذه الدول ملتزمة بتوفير بيئة صحية للعاملين، كما سيوضح ذلك لاحقاً^{(٣)(٤)}. كما أن المملكة العربية السعودية منضمة إلى اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الإطار الترويجي للسلامة والصحة المهنتين لعام ٢٠٠٦م^(٥).

(١) للاطلاع على الدول التي انضمت إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312315:NO.\(16/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312315:NO.(16/02/2025).)

(٢) للاطلاع على الدول التي لم تنضم إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:::P11300_INSTRUMENT_SORT:3.\(19/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:::P11300_INSTRUMENT_SORT:3.(19/02/2025).)

(٣) انظر: الفصل الثاني - المبحث الثاني: الاتفاقيات الإقليمية الحاكمة للسلامة والصحة المهنية والمنضمة لها المملكة العربية السعودية.

(٤) انظر: الفصل الثاني - المبحث الثالث: الأنظمة السعودية الحاكمة للسلامة والصحة المهنية.

(٥) انظر: اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم (١٨٧) بشأن الإطار الترويجي للسلامة والصحة المهنتين لعام ٢٠٠٦م، وفق الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312332:NO.\(22/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312332:NO.(22/02/2025).)

(١١) اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم (١٧٤) بشأن منع الحوادث الصناعية الكبرى:

صدرت هذه الاتفاقية عن مؤتمر العمل الدولي في دورته الثمانين في ٠٢ / ٠٦ / ١٩٩٣ م^(١)، وقد أبرمت تلك الاتفاقية بهدف ضمان اتخاذ التدابير اللازمة من أجل منع الحوادث الكبرى وتقليل أخطار وقوع تلك الحوادث إضافة إلى تقليل آثارها، وقد وضعت تلك الاتفاقية الضوابط اللازمة اتباعها بشأن المنشآت ذات المخاطر الكبرى من أجل الوقاية من مخاطرها حيث بينت الترتيبات على مستوى المنشأة كما حددت المواقع التي ينبغي إقامة تلك المنشآت بها. وانضمت المملكة العربية السعودية إليها^(٢). وتعد هذه الاتفاقيات من الاتفاقيات التي تحظى بمستوى متوسط من القبول، حيث انضم لها حتى تاريخ

(١) لمزيد حول هذه الاتفاقية يمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312319:NO.\(16/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312319:NO.(16/02/2025).)

(٢) منظمة العمل الدولية، الاتفاقيات والمعاهدات التي انضمت لها المملكة العربية السعودية، يمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000%3A11200%3A0%3A%3ANO%3A11200%3AP11200_COUNTRY_ID%3A103208.\(16/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000%3A11200%3A0%3A%3ANO%3A11200%3AP11200_COUNTRY_ID%3A103208.(16/02/2025).)

١٦ / ٠٢ / ٢٠٢٥ م ٢٩ دولة على هذه الاتفاقية، وليس من ضمنها الولايات المتحدة الأمريكية ولا المملكة المتحدة^(١).

(١٢) اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم (١٨٧) بشأن الإطار الترويجي للسلامة والصحة المهنيين لعام ٢٠٠٦ م:

صدرت هذه الاتفاقية عن مؤتمر العمل الدولي، في دورته الخامسة والتسعين في ٣١ / ٠٧ / ٢٠٠٦ م^(٢)، وتهدف الاتفاقية إلى تشجيع الدول إلى إجراء التحسينات المستمرة بشأن السلامة والصحة المهنية وذلك من أجل الوقاية من الإصابات والأمراض والوفيات المهنية، من خلال اتخاذ التدابير اللازمة التي تحقق بيئة عمل آمنة وصحية وجاذبة وذلك باتباع برنامج وطني بشأن السلامة والصحة المهنية ومراعاة

(١) للاطلاع على الدول التي انضمت إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312219:NO.\(16/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312219:NO.(16/02/2025).)

للاطلاع على الدول التي لم تنضم إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:::P11300_INSTRUMENT_SORT:3\(16/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:::P11300_INSTRUMENT_SORT:3(16/02/2025).)

(٢) لمزيد حول هذه الاتفاقية يمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312332:NO.\(19/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312332:NO.(19/02/2025).)

المبادئ الواردة في صكوك منظمة العمل الدولية. وقد انضمت المملكة العربية السعودية إلى هذه الاتفاقية^(١).

وتعد الاتفاقية وثيقة مهمة في تحديد الإطار العام والمبادئ التوجيهية للترويج للسلامة والصحة المهنية وتنص على عدة مبادئ أساسية ومتطلبات مُلزِمة في مجال السلامة والصحة المهنية، وتقضي بالتزام الدول الأعضاء بتبني تشريعات وسياسات وبرامج تعزز السلامة والصحة في مكان العمل، كما تؤكد على المسؤولية العامة لأصحاب العمل في توفير بيئة عمل آمنة وصحية، وتشجيعهم على تطوير نظم إدارة السلامة والصحة المهنية.

وتؤكد الاتفاقية على أهمية التعاون والمشاركة بين أصحاب العمل والعمال وحكومات الدول لتعزيز السلامة والصحة المهنية من خلال الحوار والتشاور، كما تشجع العمل المستمر على تحسين السلامة والصحة المهنية من خلال تقييم الأخطار وتنفيذ التدابير الوقائية، بالإضافة إلى إبراز أهمية برامج التدريب والتثقيف والعمل على توفير التدريب والتثقيف للعمال وأصحاب العمل حول السلامة والصحة

(١) صدر قرار مجلس الوزراء رقم (٧٩٣) وتاريخ ١٦ / ٠٩ / ١٤٤٥ هـ، الموافق ٢٦ / ٠٤ / ٢٠٢٤ م، بالموافقة على انضمام المملكة العربية السعودية إلى اتفاقية منظمة العمل الدولية مادة (١٨٧) بشأن الإطار الترويجي للسلامة والصحة المهنتين لعام ٢٠٠٦ م.

المهنية وكيفية التعامل مع المخاطر^(١)، وحتى تاريخ ١٩ / ٠٢ / ٢٠٢٥ م انضمت ٦٧ دولة على هذه الاتفاقية، وقد انضمت المملكة العربية السعودية إلى هذه الاتفاقية بينما لم تنضم الولايات المتحدة الأمريكية ولا المملكة المتحدة إليها^(٢).

(١) منظمة العمل الدولية، الاتفاقيات والمعاهدات التي انضمت لها المملكة العربية السعودية، يمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000%3A11200%3A0%3A%3ANO%3A11200%3AP11200_COUNTRY_ID%3A103208. \(21/03/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000%3A11200%3A0%3A%3ANO%3A11200%3AP11200_COUNTRY_ID%3A103208. (21/03/2025).)

(٢) للاطلاع على الدول التي انضمت إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:.....P11300_INSTRUMENT_SORT:1. \(19/02/2025\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:.....P11300_INSTRUMENT_SORT:1. (19/02/2025).)

للاطلاع على الدول التي لم تنضم إلى تلك الاتفاقية وفق الرابط التالي؛

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:.....P11300_INSTRUMENT_SORT:3. \(30/12/2024\).](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:.....P11300_INSTRUMENT_SORT:3. (30/12/2024).)

المبحث الثاني

الاتفاقيات الإقليمية الحاكمة للسلامة والصحة المهنية والمنظمة لها المملكة العربية السعودية

إضافة إلى الاتفاقيات الصادرة عن منظمة العمل الدولية فإن منظمة العمل العربية أصدرت عدداً من الاتفاقيات الإقليمية المتعلقة في السلامة والصحة المهنية^(١)، كما أصدرت عدة توصيات مرتبطة بالسلامة والصحة المهنية ومنها؛

(١) اتفاقية السلامة والصحة المهنية الصادرة عن منظمة العمل العربية:

تهدف منظمة العمل العربية إلى تنسيق الجهود المبذولة في الدول العربية من أجل توفير بيئة عمل آمنة وجاذبة وخالية من المخاطر^(٢)،

(١) منظمة العمل العربية هي وكالة متخصصة في شؤون العمل والعمال وتعمل في إطار جامعة الدول العربية وقد تم إعلان قيام منظمة العمل العربية في مؤتمر وزراء العمل العرب الخامس بالقاهرة في أكتوبر لعام ١٩٧٠م وذلك بموجب قرار المؤتمر مادة (٩٧) انظر: في ذلك التقرير الصادر عن جامعة الدول العربية الأمانة العامة بعنوان منظمة العمل العربية نشأتها، أهدافها، مؤتمراتها وإنجازاتها، ١٩٨٣م، ع ٣٢، ص ٢١٦ - ٢١٥.

(٢) صدرت هذه الاتفاقية عن مؤتمر العمل العربي في دورته السادسة المنعقدة في جمهورية مصر العربية في عام ١٩٧٧م، وقد ألزمت هذه الاتفاقية في مادتها الأولى الدول العربية بوجوب اشتغال تشريعاتها الأحكام الخاصة بالسلامة والحصة المهنية، إضافة إلى وجوب مساواة جميع العمال العرب بالعمال الوطنيين بشأن تطبيق أحكام السلامة المهنية، وتركت لكل دولة الحرية في تحديد الإجراءات والوسائل التي تضمن سلامة بيئة العمل من المخاطر.

وكذلك تقديم المعونة للدول في تطوير أنظمة العمل لديها، والعمل على توحيد أنظمة العمل في الدول الأعضاء، وكذلك وضع حد أدنى للقواعد التي يجب على الدول الالتزام به فيما يتعلق في حماية أطراف الإنتاج الثلاثة^(١)، من أجل تحسين ظروف العمل في الدول الأعضاء^(٢).

وصدر عن المنظمة الاتفاقية العربية رقم (٧) لعام (١٩٧٧م) بشأن السلامة والصحة المهنية، كما صدر عنها الاتفاقية العربية رقم (١٩) لعام (١٩٩٨م) بشأن تفتش العمل^(٣)، كما صدر منها الدليل الاسترشادي لمؤشرات الأداء الأساسية لنظم إدارة الصحة والسلامة المهنية^(٤).

(٢) الاتفاقية العربية رقم (٧) لعام (١٩٧٧م) بشأن السلامة والصحة المهنية:

تهدف هذه الاتفاقية إلى وضع المعايير الأساسية للسلامة والصحة المهنية في الدول العربية، ووضع وتطبيق سياسات وطنية للسلامة والصحة المهنية. كما تهدف كذلك إلى توفير التدريب والتوعية للعاملين

(١) جاءت التشريعات العربية متفقة مع أحكام اتفاقية مؤتمر العمل العربي في دورته السادسة، حيث التزم السعودي والإماراتي والكويتي، والقطري والمصري والجزائري والفلسطيني وغير ذلك من البلاد العربية.

(٢) منظمة العمل العربية، الأهداف ويمكن زيارة الرابط التالي؛

<https://alolabor.org/aboutalo> (19/02/2025).

(٣) منظمة العمل العربية الاتفاقيات والتوصيات، ويمكن زيارة الرابط التالي؛

<https://alolabor.org/conventions-and-recommendations> (19/02/2025).

(٤) منظمة العمل العربية الدليل الاسترشادي دليل مؤشرات الأداء الأساسية لنظم إدارة الصحة والسلامة المهنية، ويمكن زيارة الرابط التالي؛

<https://alolabor.org/25062> (19/02/2025).

حول أخطار العمل والوقاية منها، من أجل توفير بيئة عمل آمنة وصحية وجاذبة للعاملين^(١).

(٣) الاتفاقية العربية رقم (١٩) لعام (١٩٩٨م) بشأن تفتيش العمل:

تهدف هذه الاتفاقية إلى تفعيل تطبيق أنظمة العمل والسلامة والصحة المهنية، والتأكد من التزام أصحاب العمل والعاملين بها. كما تهدف إلى التأكد من توفير ظروف عمل آمنة وصحية للمنشأة والعاملين بها.

كما تهدف الاتفاقية إلى أن يتمتع نظام التفتيش بالاستقلالية الوظيفية والمالية، وتوفير جهاز مستقل للتحقق من شكاوى العمال والحوادث المهنية. وتوفير الموارد البشرية والتجهيزات اللازمة، وتدريب وتأهيل مفتشي العمل لأداء مهامهم بكفاءة^(٢).

(١) انظر: الاتفاقية العربية رقم (٧) لعام (١٩٧٧م) بشأن السلامة والصحة المهنية وفق الرابط التالي؛

https://alolabor.org/wp-content/uploads/2010/10/Ar_Convention_7.pdf
(28/03/2025).

(٢) انظر: الاتفاقية العربية رقم (١٩) لعام (١٩٩٨م) بشأن تفتيش العمل وفق الرابط التالي؛

https://alolabor.org/wp-content/uploads/2010/10/Ar_Convention_19.pdf
(28/03/2025).

(٤) الدليل الاسترشادي لمؤشرات الأداء الأساسية لنظم إدارة الصحة والسلامة المهنية:

يهدف هذا الدليل إلى تقديم إطار مرجعي لقياس وتقييم أداء نظم إدارة الصحة والسلامة المهنية، ويقدم مجموعة من المؤشرات الأساسية لقياس الأداء كالتخطيط، والرقابة، والمراجعة. وهي صادرة من منظمة العمل العربية استجابة لتوصية الملتقى الخليجي للسلامة والصحة المهنية ٢٠٢٣م.

وتهدف مؤشرات الأداء الأساسية لنظم إدارة الصحة والسلامة المهنية لتوفير الأدوات اللازمة لتنفيذ مبادرات الصحة والسلامة المهنية ومراقبتها وتحسينها بشكل مستمر. من خلال تبني مؤشرات الأداء الرئيسة للصحة والسلامة كأساس إستراتيجي يمكن المؤسسات من تلبية المتطلبات التنظيمية وتعزيز بيئة عمل آمنة وصحية، تكون فيها المخاطر المهنية في الحد الأدنى، وتصبح الوقاية قيمة مشتركة.

وهناك أنواع متعدد لمؤشرات الأداء، كمؤشر أداء الإدارة الذي يقيس فعالية النظم الإدارية، ومؤشرات الأداء الفني التي تقيس مستوى الأداء الفني، ومؤشرات أداء النتائج التي تقيس الأثر والنتائج النهائية.

وهي مؤشرات ذات صلة ومرتبطة بالسلامة والصحة المهنية، وقابلة للقياس وتحديد الأهداف، وسهلة الفهم والتطبيق، ومرنة وقابلة للتطوير^(١).



(١) انظر: الدليل الاسترشادية لمؤشرات الأداء الأساسية لنظم إدارة الصحة والسلامة المهنية وفق الرابط التالي؛

https://alolabor.org/wp-content/uploads/2024/05/Guide_BasicPerformanceIndicators_2024.pdf.(28/03/2025).

المبحث الثالث

الأنظمة السعودية الحاكمة للسلامة والصحة المهنية

قطعت المملكة خطوات واسعة، وحقت إنجازات ملحوظة في مجال تحسين وتطوير السلامة والصحة المهنية، والحد من حوادث وإصابات العمل على المستوى الوطني، فمنذ صدور أول نظام عمل بالمملكة العربية في عام ١٣٥٦هـ، هدف النظام إلى الوقاية من مخاطر العمل والوقاية من الحوادث الصناعية الكبرى وإصابات العمل والخدمات الصحية، ويتم تحديثها بشكل مستمر، كما أصدرت المملكة العربية السعودية السياسة الوطنية للسلامة والصحة المهنية بموجب قرار مجلس الوزراء مادة (٣٢٨) وتاريخ ١٣/٠٦/١٤٤٢هـ، كما أنشئ المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية بموجب قرار مجلس الوزراء مادة (٣٧٩) وتاريخ ٠٧/٠٧/١٤٤٣هـ، كما أصدرت المملكة العربية السعودية إطار حوكمة السلامة والصحة المهنية والمعتمدة بقرار مجلس الوزراء مادة (١٤٤٤١١٦) وتاريخ ١٥/٠٩/١٤٤٤هـ. كما أطلقت وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية البرنامج الوطني الإستراتيجي للسلامة والصحة المهنية.

لا يوجد في المملكة العربية السعودية نظام خاص للسلامة والصحة المهنية كما فعلت بعض الدول مثل والولايات المتحدة الأمريكية^(١)،

(١) انظر: المبحث الرابع: الأنظمة الحاكمة للسلامة والصحة المهنية في الولايات المتحدة الأمريكية.

والمملكة المتحدة^(١)، وغيرهم من الدول. ولا يعني ذلك عدم وجود تنظيم يعالج مسألة السلامة والصحة المهنية، حيث إن هناك مجموعة من النصوص القانونية المرتبطة بالسلامة والصحة المهنية لكنها مفرقة بين نظام العمل السعودي ولائحته التنفيذية، وكذلك لائحة إدارة السلامة والصحة المهنية.

المطلب الأول: نظام العمل السعودي:

يعد نظام العمل السعودي من أقدم الأنظمة المكتوبة في المملكة العربية السعودية، حيث صدر أول نظام للعمل في عام ١٣٥٦ هـ، تحت مسمى نظام تعويض عمال المشاريع الصناعية والفنية. وأهم ما اشتمل عليه هذا النظام هو التعويض عن الإصابات الناشئة عن العمل؛ لكنه لم يتطرق إلى مسألة الأمراض المهنية^(٢).

ويعد أول أنظمة العمل المكتملة الصادرة في المملكة العربية السعودية هو نظام العمل الصادر في تاريخ ١٣ / ٠٤ / ١٣٦١ هـ، ولكن هذا النظام لم يبلغ نظام تعويض عمال المشاريع الصناعية والفنية، وإنما ألغي بموجب نظام العمل الذي صدر في تاريخ ٢٥ / ١١ / ١٣٦٦ هـ.

ثم في تاريخ ٠٦ / ٠٩ / ١٣٨٩ هـ، صدر نظام عمل جديد وألغى نظام العمل الصادر في تاريخ ١٣ / ٠٤ / ١٣٦١ هـ، وظل العمل بهذا

(١) انظر: المبحث الخامس: الأنظمة الحاكمة للسلامة والصحة المهنية في المملكة المتحدة.

(٢) د. رزق مقبول الرئيس. د. رضا محمود العبد، شرح أحكام نظام العمل السعودي، دار الشقري، الطبعة الثالثة ١٤٤٢ هـ، ص ٢٧.

النظام حتى تاريخ ٢٢/٠٨/١٤٢٦هـ عندما صدر نظام العمل الحالي وتعديلاته، ولا يزال النظام يتطور من أجل مواكبة الاحتياجات، حيث عُدل بموجب المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٢٤) وتاريخ ١٢/٠٥/١٤٣٤هـ، كما عُدل بموجب المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٤٦) وتاريخ ٠٥/٠٦/١٤٣٦هـ. كما عُدل أيضًا بموجب المرسوم الملكي الكريم رقم (م/١٤) وتاريخ ٢٢/٠٢/١٤٤٠هـ، وكذلك عُدل بموجب المرسوم الملكي الكريم رقم (م/١٣٤) وتاريخ ٢٧/١١/١٤٤٠هـ، وعُدل كذلك بموجب المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥) وتاريخ ٠٧/٠١/١٤٤٢هـ^(١). وآخر تعديل حصل على نظام العمل صدر بموجب بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/٤٤) وتاريخ ٠٨/٠٢/١٤٤٦هـ الموافق ١٢/٠٨/٢٠٢٤م. وذلك كله بهدف تحسين سوق العمل في المملكة العربية السعودية وتعزيز الاستقرار الوظيفي، وحفظ حقوق أطراف العلاقة التعاقدية. والذي سوف يسهم بدوره في إيجاد بيئة عمل أكثر جاذبية للعاملين، وتحقيق التنمية المستدامة وفقًا لأهداف رؤية المملكة ٢٠٣٠^(٢).

- (١) عدلت بعض نصوص النظام وإضافة بعض النصوص بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٥) وتاريخ ٠٧/٠١/١٤٤٢هـ.
- (٢) وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية، تعديلات نظام العمل السعودي، انظر: موقع الوزارة على الرابط التالي؛

<https://www.hrsd.gov.sa/knowledge-centre/decisions-and-regulations/regulation-and-procedures/69651>. (18/03/2025).

كما أن اللائحة التنفيذية لنظام العمل تعدل كذلك باستمرار من أجل مواكبة الاحتياجات، وآخر تعديل أجري عليها كان في تاريخ ١١ / ١١ / ١٤٤٥ هـ، كما ستعدل خلال الأيام القادمة حتى تتوافق مع تعديلات النظام التي حصلت في تاريخ ٠٢ / ٠٢ / ١٤٤٦ هـ الموافق ٠٦ / ٠٨ / ٢٠٢٤ م.

ووفق نظام العمل السعودي فهناك عدد من الالتزامات تقع على عاتق صاحب العمل من أجل ضمان سلامة ورفاهية العاملين في بيئة العمل، والتقليل من حوادث العمل والإصابات المهنية والأمراض المهنية نوجزها في التالي:

أولاً: التزام صاحب العمل باتخاذ الاحتياطات اللازمة لحماية العمال من مخاطر العمل:

خصص نظام العمل السعودي في الفصل الأول من الباب الثامن التزامات صاحب العمل باتخاذ التدابير والاحتياطات اللازمة لحماية العمال من أخطار العمل ومنها ما يلي:

١. تهيئة بيئة العمل المناسبة:

ألزمت المادة الحادية والعشرون بعد المائة من نظام العمل السعودي صاحب العمل حفظ المنشأة في حالة صحية ونظيفة، وإنارتها وتأمين

المياه الصالحة للشرب والاغتسال، وغير ذلك من قواعد الحماية والسلامة، والصحة المهنية، وإجراءاتها، ومستوياتها^(١).

ويتضح من المادة أن النظام ألزم صاحب العمل بضرورة تهيئة بيئة عمل مناسبة وآمنة، وذلك لما يحظى به ذلك من أهمية. كما ألزمت المادة صاحب العمل في حفظ المنشأة بحالة صحية ونظيفة، ويجب أن تتوفر الإنارة المناسبة في مكان العمل، وكذلك توافر المياه الصحية اللازمة للشرب والاغتسال^(٢).

ويهدف النظام من تحديد هذه الاشتراطات الخاصة وغيرها من الاحتياطات الضرورية إلى درء المخاطر التي قد يتعرض لها العامل مما يؤثر سلباً على بيئة العمل.

(١) نصت المادة الحادية والعشرون بعد المائة من نظام العمل على أنه: «على صاحب العمل حفظ المنشأة في حالة صحية ونظيفة، وإنارتها وتأمين المياه الصالحة للشرب والاغتسال، وغير ذلك من قواعد الحماية والسلامة والصحة المهنية وإجراءاتها ومستوياتها وفقاً لما يحدده الوزير بقرار منه». انظر: المادة الحادية والعشرين بعد المائة من نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ٢٣/٠٨/١٤٢٦هـ، وتعديلاته. انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1>. (28/03/2025).

(٢) د. رزق مقبول الرئيس، د. رضا محمود العبد، شرح أحكام نظام العمل السعودي، دار الشقري، الطبعة الثالثة ١٤٤٢هـ، ص ٢٨٥.

٢. اتخاذ الاحتياطات اللازمة لوقاية العمال من مخاطر العمل:

يلتزم صاحب العمل بأن يتخذ الاحتياطات اللازمة لحماية العمال من الأخطار، والأمراض الناجمة عن العمل، والآلات المستعملة، ووقاية العامل، وسلامته. كما يلتزم صاحب العمل أيضاً أن يعلن في مكان ظاهر في المنشأة التعليمات الخاصة بسلامة العمل والعمال، وذلك باللغة العربية وبأي لغة أخرى يفهمها العمال عند الاقتضاء. ولا يجوز لصاحب العمل أن يحمّل العمال أو يقطع من أجورهم أي مبلغ لقاء توفير هذه الحماية^(١).

ومن خلال هذا النص يتضح أن التزامات صاحب العمل تبدأ قبل مباشرة العامل للعمل وذلك عند التعاقد، فيجب على صاحب العمل تبصير العامل بمخاطر المهنة، وإحاطته قبل مزاولة العمل

(١) نصت المادة الثانية والعشرون بعد المائة من نظام العمل السعودي على أنه: على كل صاحب عمل أن يتخذ الاحتياطات اللازمة لحماية العمال من الأخطار، والأمراض الناجمة عن العمل، والآلات المستعملة، ووقاية العمل وسلامته. وعليه أن يعلن في مكان ظاهر في المنشأة التعليمات الخاصة بسلامة العمل والعمال، وذلك باللغة العربية وبأي لغة أخرى يفهمها العمال عند الاقتضاء. ولا يجوز لصاحب العمل أن يحمّل العمال أو يقطع من أجورهم أي مبلغ لقاء توفير هذه الحماية. انظر: المادة الثانية والعشرون بعد المائة من نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ٢٣/٠٨/١٤٢٦هـ، وتعديلاته. انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1>. (28/03/2025).

بمخاطر مهنته، كما يجب على صاحب العمل أن يبين للعامل ضرورة استعمال وسائل الوقاية التي يلتزم صاحب العمل بتوفيرها وتدريب العامل على استخدامها^(١).

كما يجب على صاحب العمل أن يتخذ الاحتياطات اللازمة للوقاية من الحريق وتهيئة الوسائل الفنية لمكافحة، بما في ذلك تأمين منافذ للمياه وجعلها صالحة للاستعمال في أي وقت، وأن يعلق في مكان ظاهر من أماكن العمل تعليمات مفصلة بشأن وسائل منع الحريق^(٢).

(١) نصت المادة الثالثة والعشرون بعد المائة من نظام العمل السعودي على أنه: على صاحب العمل إحاطة العامل قبل مزاوله العمل بمخاطر مهنته، وإلزامه باستعمال وسائل الوقاية المقررة لها، وعليه أن يوفر أدوات الوقاية الشخصية المناسبة للعمال، وتدريبهم على استخدامها. انظر: المادة الثالثة والعشرين بعد المائة من نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ١٤٢٦/٠٨/٢٣هـ، وتعديلاته. انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1>. (28/03/2025).

(٢) نصت المادة الخامسة والعشرون بعد المائة من نظام العمل السعودي على أنه: على صاحب العمل أن يتخذ الاحتياطات اللازمة للوقاية من الحريق، وتهيئة الوسائل الفنية لمكافحة، بما في ذلك تأمين منافذ للنجاة، وجعلها صالحة للاستعمال في أي وقت، وأن يعلق في مكان ظاهر من أماكن العمل تعليمات مفصلة بشأن وسائل منع الحريق. انظر: المادة الخامسة والعشرين بعد المائة من نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ١٤٢٦/٠٨/٢٣هـ، وتعديلاته. انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1>. (16/02/2025).

ووفق نظام العمل السعودي لا يقتصر التزام صاحب العمل بالمحافظة على عماله فقط؛ بل إنه مسؤول عن الطوارئ والحوادث التي قد يصاب بها آخرون ممن يترددون على المنشأة بحكم وظائفهم^(١).

كما أن العامل يقع عليه التزامات في اتخاذ الاحتياطات اللازمة للوقاية من إصابات العمل، حيث ألزمت المادة الرابعة والعشرون بعد المائة من نظام العمل السعودي العامل بأن يستعمل الوسائل الوقائية المخصصة لكل عملية، وأن يحافظ عليها، وأن ينفذ التعليمات الموضوعة للمحافظة على صحته ووقايته من الإصابات والأمراض. وعليه أن يمتنع عن ارتكاب أي فعل أو تقصير يتسبب عنه عدم تنفيذ التعليمات، أو إساءة استعمال الوسائل المعدة لحماية مقر العمل وصحة العمال المشتغلين معه وسلامتهم أو تعطيلها^(٢).

(١) نصت المادة السادسة والعشرون بعد المائة من نظام العمل السعودي على أنه: صاحب العمل مسؤول عن الطوارئ والحوادث التي يصاب بها أشخاص آخرون غير عماله، ممن يدخلون أماكن العمل بحكم الوظيفة، أو بموافقة صاحب العمل أو وكلائه، إذا كانت بسبب إهمال اتخاذ الاحتياطات الفنية التي يتطلبها نوع عمله. وعليه أن يعرضهم عما يصيبهم من عطل وضرر حسب الأنظمة العامة. انظر: المادة السادسة والعشرين بعد المائة من نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ٢٣/٠٨/١٤٢٦هـ، وتعديلاته. انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

[https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1. \(28/03/2025\).](https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1. (28/03/2025).)

(٢) نصت المادة الرابعة والعشرون بعد المائة من نظام العمل السعودي على أنه: «على العامل أن يستعمل الوسائل الوقائية المخصصة لكل عملية، وأن يحافظ =

يتضح من ذلك أن نظام العمل السعودي أخذ في الدور الوقائي في تهيئة بيئة عمل مناسبة وآمنة وجاذبة وخالية من المخاطر للعامل من خلال تثقيفه وتوعيته بمخاطر العمل قبل بداية العمل. وكذلك تخطيط وتنظيم وتصميم مباني ومرافق المنشأة بهدف تقليل المخاطر وتعزيز السلامة. وهو بذلك يسعى إلى التدخل المبكر لمنع حدوث إصابات العمل قبل وقوعها.

٣. اتخاذ تدابير الوقاية من الحوادث الصناعية الكبرى:

خصص نظام العمل السعودي في الفصل الثاني من الباب الثامن الأحكام الخاصة بالوقاية من الحوادث الصناعية الكبرى التي قد تحدث في المنشآت ذات المخاطر الكبرى.

وحددت المادة الثامنة والعشرون بعد المائة من نظام العمل المقصود بالمنشأة ذات المخاطر الكبرى، وهي المنشأة التي تقوم بشكل دائم أو مؤقت بإنتاج مادة أو أكثر من المواد الخطرة أو فئات من هذه المواد،

= عليها، وأن ينفذ التعليمات الموضوعة للمحافظة على صحته ووقايته من الإصابات والأمراض. وعليه أن يمتنع عن ارتكاب أي فعل أو تقصير يتسبب عنه عدم تنفيذ التعليمات، أو إساءة استعمال الوسائل المعدة لحماية مقر العمل وصحة العمال المشتغلين معه وسلامتهم أو تعطيلها. انظر: المادة الرابعة والعشرين بعد المائة من نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ١٤٢٦/٠٨/٢٣ هـ، وتعديلاته. انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1>. (28/03/2025).

أو تجهيزها، أو استبعادها، أو تناولتها، أو استخدامها، أو تخزينها بكميات تتجاوز المعايير المسموح بها، والتي يؤدي تجاوزها إلى إدراج المنشأة في عداد منشآت المخاطر الكبرى.

وتعني عبارة مادة خطرة في مفهوم النظام، أي مادة أو مزيج من المواد يشكل خطورة بحكم خواصه الكيميائية أو الفيزيائية أو السمية إما وحده أو في تركيب مع غيره.

ويقصد بالحادث الكبير وفقاً للنظام أي حادث فجائي مثل: التسرب الكبير، أو الحريق، أو الانفجار في مجرى نشاط داخل منشأة ذات مخاطر كبرى، ويتضمن مادة خطرة أو أكثر، ويؤدي إلى خطر أكبر على العمال، أو الجمهور، أو البيئة عاجلاً أو آجلاً^(١).

(١) نصت المادة الثامنة والعشرون بعد المائة من نظام العمل على أنه: «تعني عبارة (المنشأة ذات المخاطر الكبرى): المنشأة التي تقوم بشكل دائم أو مؤقت بإنتاج مادة أو أكثر من المواد الخطرة أو فئات من هذه المواد، أو تجهيزها أو استبعادها أو تناولتها أو استخدامها أو تخزينها بكميات تتجاوز المعايير المسموح بها، والتي يؤدي تجاوزها إلى إدراج المنشأة في عداد منشآت المخاطر الكبرى. ٢ - تعني عبارة (مادة خطرة): أي مادة أو مزيج من المواد يشكل خطورة بحكم خواصه الكيميائية أو الفيزيائية أو السمية إما وحده أو في تركيب مع غيره. ٣ - تعني عبارة (حادث كبير): أي حادث فجائي مثل: التسرب الكبير، أو الحريق، أو الانفجار في مجرى نشاط داخل منشأة ذات مخاطر كبرى، ويتضمن مادة خطرة أو أكثر، ويؤدي إلى خطر أكبر على العمال، أو الجمهور، أو البيئة عاجلاً أو آجلاً..» انظر: المادة الثامنة والعشرين بعد المائة من نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ٢٣/٠٨/١٤٢٦هـ، وتعديلاته. انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

ونصت المادة الحادية والثلاثون بعد المائة من النظام على أن يصدر الوزير اللوائح والقرارات التي تتضمن الترتيبات اللازمة على مستوى المنشأة للوقاية من المخاطر الكبرى^(١). وعلى الرغم من أهمية صدور هذه اللوائح والقرارات التي تتضمن الترتيبات اللازمة للوقاية من المخاطر الكبرى إلا أن ذلك لم يتم. كما أن اللائحة التنفيذية لنظام العمل لم تتضمن أيًا من هذه التنظيمات، ولم تأت قرارات مستقلة أيضًا حتى

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1>. (28/03/2025).

(١) نصت المادة الحادية والثلاثون بعد المائة من نظام العمل على أنه: «يصدر الوزير اللوائح والقرارات التي تتضمن الترتيبات اللازمة على مستوى المنشأة للوقاية من المخاطر الكبرى، وواجبات أصحاب العمل في هذا الخصوص، وكذلك الترتيبات المتخذة لحماية الجمهور والبيئة خارج موقع كل منشأة ذات مخاطر كبرى، وحقوق العمال وواجباتهم، وغير ذلك من التدابير اللازمة لمنع الحوادث الكبرى، والتقليل من مخاطر وقوعها والحد من آثارها». وتم إضافة مادة وذلك بموجب المرسوم الملكي الكريم رقم (م / ٥) وتاريخ ٧ / ١ / ١٤٤٢ هـ، يكون ترتيبها (الحادية والثلاثين بعد المائة مكرر) بالنص الآتي: «يحدد الوزير - بقرار منه - المهن والأعمال التي تعد خطرة أو ضارة أو من شأنها أن تعرض العامل لأخطار أو أضرار غير عادية، والفئات التي يحظر - دائماً أو مؤقتاً - تشغيلها فيها أو يكون تشغيلها فيها بشروط خاصة، بما في ذلك مدى الحاجة إلى تحديد أوقات العمل لأي من تلك الفئات، وذلك بما يتوافق مع التزامات المملكة ذات الصلة الواردة في الاتفاقيات الدولية». انظر: المادة الحادية والثلاثين بعد المائة من نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م / ٥١) وتاريخ ٢٣ / ٠٨ / ١٤٢٦ هـ، وتعديلاته. انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1>. (28/03/2025).

الآن لتنظيم الترتيبات اللازمة للوقاية من المخاطر الكبرى، فيما عدا ما يمكن أن يلاحظه مفتشو العمل ويصدروا بشأنه قرارات في أثناء جولاتهم للتفتيش على هذه المنشآت.

ثانيًا: التزام صاحب العمل برعاية وتعويض العامل المصاب بإصابة عمل في المنشآت التي لا يسري عليها نظام التأمينات الاجتماعية:

يلتزم صاحب العمل برعاية العامل الذي يصاب بإصابة عمل أو بمرض مهني في المنشآت التي لا تخضع لفرع الأخطار المهنية من نظام التأمينات الاجتماعية وفقًا لأحكام الفصل الثالث من الباب الثامن من نظام العمل.

فإذا أصيب العامل بإصابة عمل، أو بمرض مهني وفقًا لجدول الأمراض المهنية والعوامل المسببة لها الصادر من المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية^(١)، فإن صاحب العمل يلتزم بعلاجه، ويتحمل جميع النفقات اللازمة لذلك، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، بما فيها

(١) جدول الأمراض المهنية والعوامل المسببة لها يحدث بشكل مستمر من قبل المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، ويمكن الاطلاع على عليه وفق الرابط التالي؛

https://www.gosi.gov.sa/GOSIOnline/Occupational_Hazards_Branch.
(12/02/2025).

الإقامة في المستشفى، والفحوص والتحليل الطبية، والأشعة، والأجهزة التعويضية، ونفقات الانتقال إلى أماكن العلاج^(١).

وفي حالة عجز العامل مؤقتاً عن العمل وكان ذلك ناجماً عن إصابة عمل، يلتزم صاحب العمل بأن يدفع للعامل المصاب، معونة مالية تعادل أجره كاملاً لمدة ثلاثين يوماً، ثم يستحق العامل ما يعادل ثلاثة أرباع أجره طوال الفترة التي يستغرقها علاجه. فإذا بلغت السنة أو تقرر طبيًا عدم احتمال شفاؤه وحالته الصحية لا تمكنه من العمل، عدت الإصابة عجزاً كلياً ينهي العقد ويعوض عن الإصابة. ولا يكون من حق صاحب العمل استرداد ما دفعه إلى العامل المصاب خلال هذه السنة^(٢).

(١) نصت المادة الثالثة والثلاثون بعد المائة من نظام العمل على أنه: «إذا أصيب العامل بإصابة عمل، أو بمرض مهني، فإن صاحب العمل يلتزم بعلاجه، ويتحمل جميع النفقات اللازمة لذلك، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، بما فيها الإقامة في المستشفى، والفحوص والتحليل الطبية، والأشعة، والأجهزة التعويضية، ونفقات الانتقال إلى أماكن العلاج.» انظر: المادة الثالثة والثلاثين بعد المائة من نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ٢٣/٠٨/١٤٢٦هـ، وتعديلاته. انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

[https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1. \(04/02/2025\).](https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1. (04/02/2025).)

(٢) نصت المادة السابعة والثلاثون بعد المائة من نظام العمل على أنه: «للمصاب - في حالة عجزه المؤقت عن العمل الناتج من إصابة عمل - الحق في معونة مالية تعادل أجره كاملاً لمدة ستين يوماً ثم يستحق مقابلاً مالياً يعادل (٧٥٪) من أجره طوال المدة التي يستغرقها علاجه. فإذا بلغت مدة العلاج سنة أو تقرر =

في حالة عجز العامل عجزاً دائماً جزئياً عن العمل، يستحق المصاب تعويضاً معادلاً لنسبة العجز المقدّر وذلك وفقاً لجدول دليل نسب العجز، ومضروبة في قيمة تعويض العجز الكلي الدائم مقسوماً على مائة^(١)، مع حق العامل بتشغيله بعمل آخر يتناسب مع حالته الصحية الجديدة، وذلك إذا توافر لدى صاحب العمل من هذه الأعمال^(٢).

= طبيّاً عدم احتمال شفائه وحالته الصحية لا تمكنه من العمل، عُدت الإصابة عجزاً كلياً، وينتهي العقد ويعوض عن الإصابة. ولا يكون لصاحب العمل حق في استرداد ما دفعه إلى المصاب خلال تلك السنة» انظر: المادة السابعة والثلاثين بعد المائة من نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ٢٣/٠٨/١٤٢٦هـ، وتعديلاته. انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1.> (04/02/2025).

(١) ويكون العائد الشهري وفق المعادلة التالية؛ متوسط الأجر × نسبة العجز ÷ ١٠٠ = الاستحقاق.

(٢) نصت المادة الثامنة والثلاثون بعد المائة في الجزء الأخير منها على أنه: «إذا نتج عن الإصابة عجز دائم جزئي، فإن المصاب يستحق تعويضاً معادلاً لنسبة ذلك العجز المقدّر، وفقاً لجدول دليل نسب العجز المعتمد مضروبة في قيمة تعويض العجز الدائم الكلي.» انظر: المادة الثامنة والثلاثين بعد المائة من نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ٢٣/٠٨/١٤٢٦هـ، وتعديلاته. انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1.> (28/03/2025).

وفي حالة وفاة العامل أو عجزه عجزاً كلياً دائماً بسبب الإصابة، يستحق المصاب أو المستحقين عنه تعويضاً يقدر بما يعادل أجره عن ثلاث سنوات وبحد أدنى تعويضاً قدره أربعة وخمسون ألف ريال^(١).

أما إذا ثبت أن العامل تعمد إصابة نفسه، أو أن الإصابة حدثت بسبب سوء سلوك مقصود منه، أو أن العامل امتنع عن عرض نفسه على طبيب أو امتنع عن قبول معالجة الطبيب المكلف بعلاجه من قبل صاحب العمل دون سبب مشروع، فإن العامل لا يستحق العلاج أو التعويضات السابق الإشارة إليها^(٢).

(١) نصت المادة الثامنة والثلاثون بعد المائة في بدايتها على أنه: «إذا نتج عن الإصابة عجز دائم كلي، أو أدت الإصابة إلى وفاة المصاب، فللمصاب أو المستحقين عنه الحق في تعويض يقدر بما يعادل أجره عن مدة ثلاث سنوات بحد أدنى قدره أربعة وخمسون ألف ريال». انظر: المادة الثامنة والثلاثين بعد المائة من نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ٢٣/٠٨/١٤٢٦هـ، وتعديلاته. انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1>. (28/03/2025).

(٢) نصت المادة التاسعة والثلاثون بعد المائة من نظام العمل على أنه: «لا يلزم صاحب العمل بما ورد في المواد الثالثة والثلاثين بعد المائة والسابعة والثلاثين بعد المائة والثامنة والثلاثين بعد المائة من هذا النظام إذا ثبت أي مما يأتي: ١ - أن العامل تعمد إصابة نفسه. ٢ - أن الإصابة حدثت بسبب سوء سلوك مقصود من جانب العامل. ٣ - أن العامل امتنع عن عرض نفسه على طبيب، أو امتنع عن قبول معالجة الطبيب المكلف بعلاجه من قبل صاحب العمل دون سبب مشروع». انظر: المادة التاسعة والثلاثين بعد المائة من نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ٢٣/٠٨/١٤٢٦هـ، وتعديلاته. انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1>. (28/03/2025).

وأحكام الفصل الثالث من الباب الثامن من نظام العمل السعودي أصبح العمل بها محدوداً نوعاً ما في وقتنا الحالي، وذلك بسبب أن صاحب العمل أصبح ملزماً في الاشتراك في فرع الأخطار المهنية من نظام التأمينات الاجتماعية؛ حيث طبق نظام الأخطار المهنية بصورة إلزامية على جميع العاملين في سوق العمل السعودي، ونسبة الاشتراك فيه ٢٪ من الأجر الخاضع للاشتراك تدفع من قبل صاحب العمل بالكامل؛ بينما في السابق كان لصاحب العمل الخيار في ذلك. وبالتالي إذا كان صاحب العمل مشتركاً في فرع الأخطار المهنية فإن المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية هي من تتولى مسألة علاج العامل وما يترتب عليها.

المطلب الثاني: اللائحة التنفيذية لنظام العمل السعودي:

على الرغم من أن نظام العمل السعودي نص في المادة الثالثة والأربعين بعد المائتين على أن يصدر الوزير القرارات واللوائح اللازمة لتنفيذ أحكامه خلال مائة وثمانين يوماً من تاريخ العمل بهذا النظام؛ إلا أنه لم تصدر اللائحة التنفيذية إلا بعد ذلك بحوالي عشر سنوات.

فصدرت أول لائحة تنفيذية لنظام العمل بالقرار الوزاري رقم (١٩٨٢) وتاريخ ٢٨/٦/١٤٣٧هـ، ولكن بما أن نظام العمل يتطور فذلك اللائحة فإنه يتم تعديلها بشكل مستمر لمواكبة تطورات وحاجات سوق العمل السعودي. فقد تم تعديل اللائحة التنفيذية لنظام العمل في القرار الوزاري رقم (٨٤٤٤٧) وتاريخ

٢٧ / ٠٤ / ١٤٣٩ هـ، كما تم تعديلها بالقرار الوزاري رقم (٧٠٠٢٧٣) وتاريخ ١١ / ٠٤ / ١٤٤٠ هـ، وآخر تعديل تم عليها كان وفق القرار الوزاري رقم (١٤٨٣٠٢) وتاريخ ٢٩ / ١٠ / ١٤٤٥ هـ^(١).

ولم تتضمن اللائحة التنفيذية لنظام العمل الترتيبات اللازمة على مستوى المنشأة للوقاية من المخاطر الكبرى، على الرغم من أن المادة الحادية والثلاثين بعد المائة من نظام العمل نصت على أن يصدر الوزير اللوائح والقرارات التي تتضمن الترتيبات اللازمة على مستوى المنشأة للوقاية من المخاطر الكبرى^(٢).

(١) يمكن الاطلاع على لوائح نظام العمل السعودي وفق الرابط التالي؛

<https://www.hrsd.gov.sa/knowledge-centre/decisions-and-regulations/regulation-and-procedures.12/02/2025>.

(٢) نصت المادة الحادية والثلاثون بعد المائة من نظام العمل على أنه: «يصدر الوزير اللوائح والقرارات التي تتضمن الترتيبات اللازمة على مستوى المنشأة للوقاية من المخاطر الكبرى، وواجبات أصحاب العمل في هذا الخصوص، وكذلك الترتيبات المتخذة لحماية الجمهور والبيئة خارج موقع كل منشأة ذات مخاطر كبرى، وحقوق العمال وواجباتهم، وغير ذلك من التدابير اللازمة لمنع الحوادث الكبرى، والتقليل من مخاطر وقوعها والحد من آثارها». وتم إضافة مادة وذلك بموجب المرسوم الملكي الكريم رقم (م / ٥) وتاريخ ٧ / ١ / ١٤٤٢ هـ، يكون ترتيبها (الحادية والثلاثين بعد المائة مكرر) بالنص الآتي: «يحدد الوزير - بقرار منه - المهن والأعمال التي تعد خطرة أو ضارة أو من شأنها أن تعرض العامل لأخطار أو أضرار غير عادية، والفئات التي يحظر - دائماً أو مؤقتاً - تشغيلها فيها أو يكون تشغيلها فيها بشروط خاصة، بما في ذلك مدى الحاجة إلى تحديد أوقات العمل لأي من تلك الفئات، وذلك بما يتوافق مع التزامات المملكة ذات الصلة الواردة في الاتفاقيات الدولية». انظر: المادة الحادية والثلاثين بعد المائة من =

واللائحة التنفيذية لنظام العمل لم تتضمن فيما يتعلق في الصحة والسلامة المهنية إلا مادتين فقط، إحداها عن إجراءات الإبلاغ عن إصابة العمل، والأخرى عن توفير خزينة إسعاف أولية، وتم تضمين ما يتعلق بالصحة والسلامة المهنية في لائحة إدارة السلامة والصحة المهنية.

المطلب الثالث: لائحة إدارة السلامة والصحة المهنية:

نص نظام العمل في المادة الحادية والعشرين بعد المائة على أنه يجب «على صاحب العمل حفظ المنشأة في حالة صحية ونظيفة، وإنارتها وتأمين المياه الصالحة للشرب والاغتسال، وغير ذلك من قواعد الحماية والسلامة والصحة المهنية وإجراءاتها ومستوياتها وفقاً لما يحدده الوزير بقرار منه»^(١). وصدرت لائحة إدارة السلامة والصحة المهنية بهدف حفظ المنشأة في حالة صحية ونظيفة^(٢).

= نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ١٤٢٦/٠٨/٢٣هـ، وتعديلاته. انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1>. (28/03/2025).

(١) انظر: المادة الحادية والعشرين بعد المائة من نظام العمل السعودي الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ١٤٢٦/٠٨/٢٣هـ، وتعديلاته. انظر: موقع هيئة الخبراء في مجلس الوزراء على الرابط التالي؛

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/08381293-6388-48e2-8ad2-a9a700f2aa94/1>. (18/03/2025).

(٢) وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية، لائحة إدارة السلامة والصحة المهنية، انظر: موقع الوزارة على الرابط التالي؛

<https://www.hrsd.gov.sa/knowledge-centre/decisions-and-regulations/ministerial-decisions/708489>. (18/03/2025).

حيث ألزمت اللائحة كل منشأة يعمل لديها خمسون عاملاً فأكثر وضع أهداف السلامة والصحة المهنية في المنشأة، وأن تكون محددة، وقابلة للقياس، وواقعية، وقابلة للتحقيق، وذات صلة^(١).

كما جعلت لائحة إدارة السلامة والصحة المهنية على عاتق المنشأة مسؤولية تحديد وتقييم المخاطر التي تهدد سلامة وصحة العاملين، وتنفيذ التدابير الوقائية والرقابية اللازمة^(٢).

(١) لائحة إدارة السلامة والصحة المهنية، ٣، ٣ أهداف السلامة والصحة المهنية، انظر: موقع الوزارة على الرابط التالي؛

<https://www.hrsd.gov.sa/knowledge-centre/decisions-and-regulations/ministerial-decisions/708489>. (18/03/2025).

(٢) لائحة إدارة السلامة والصحة المهنية، ٤، ٣ تدابير المنع والتحكم للأخطار، انظر: موقع الوزارة على الرابط التالي؛

<https://www.hrsd.gov.sa/knowledge-centre/decisions-and-regulations/ministerial-decisions/708489>. (18/03/2025).

المبحث الرابع

الأنظمة الحاكمة للسلامة والصحة المهنية في الولايات المتحدة الأمريكية

في الولايات المتحدة الأمريكية هناك قانون السلامة والصحة المهني (OSHA)، وهو أحد أهم القوانين المنظمة لسلامة وصحة العاملين، وتم إقراره في عام ١٩٧٠م^(١).

يهدف هذا القانون إلى ضمان بيئة عمل آمنة وصحية لجميع العاملين في القطاعات الخاصة والعامة. كما يهدف إلى وضع معايير وإجراءات للسلامة والصحة المهنية، وإلزام أصحاب العمل بتطبيق تلك المعايير. ومن ضمن أهدافه الرئيسة أيضاً هو تدريب وتوعية العاملين بالممارسات الآمنة، ورصد وإنفاذ تطبيق المتطلبات القانونية^(٢).

ويطبق القانون على جميع قطاعات العمل تقريباً باستثناء بعض القطاعات الفيدرالية، ويتناول مجموعة واسعة من المخاطر مثل:

(١) انظر: (Occupational Safety and Health Administration) OSHA Act 1970، على الرابط التالي؛

<https://www.osha.gov/laws-regs/oshact/toc>. (20/04/2025).

(٢) انظر: (Occupational Safety and Health Administration) OSHA Act 1970، على الرابط التالي؛

<https://www.osha.gov/laws-regs/oshact/toc>. (20/04/2025).

السقوط، والحرائق، والمواد الكيميائية، وغيرها. لذلك يعد قانون OSHA الركيزة الأساسية للسلامة والصحة المهنية في الولايات المتحدة.

وهناك إدارة السلامة والصحة المهنية هي الجهة الفيدرالية المسؤولة عن تطبيق القانون والتأكد من الامتثال للمعايير وتوفير بيئة عمل آمنة وصحية وجاذبة للعاملين. ولها صلاحيات إصدار المعايير والقواعد، والتفتيش على أماكن العمل، وفرض العقوبات على أصحاب العمل في حال عدم الامتثال للمعايير.

كما أن هناك المعهد الوطني للسلامة والصحة المهنية (NIOSH) وهو المعهد الفيدرالي المسؤول عن إجراء البحوث وتقديم التوصيات للوقاية من الإصابات والأمراض المرتبطة بالعمل^(١).

(١) انظر: المعهد الوطني للسلامة والصحة المهنية (NIOSH)، وفق الرابط التالي؛

https://www.cdc.gov/niosh/about/?CDC_AAref_Val=https://www.cdc.gov/niosh/about.html (16/02/2025).

المبحث الخامس

الأنظمة الحاكمة للسلامة والصحة المهنية في
المملكة المتحدة

في المملكة المتحدة يعد قانون الصحة والسلامة في العمل لعام ١٩٧٤م هو التشريع الأساسي الذي ينظم الصحة والسلامة المهنية. ويهدف القانون إلى تأمين صحة وسلامة ورفاهية الأشخاص في العمل وحماية الآخرين من المخاطر الناشئة عن أنشطة العمل^(١).

فيفرض واجبات عامة على أصحاب العمل لضمان توفير بيئة عمل آمنة للعاملين، ويتطلب من أصحاب العمل إجراء تقييمات للمخاطر وتنفيذ التدابير الوقائية والحماية المناسبة. كما يتطلب من العاملين اتخاذ واجبات معقولة لصحتهم وسلامتهم وصحة الآخرين الذين قد يتأثرون بأفعالهم أو إهمالهم^(٢).

وينطبق قانون الصحة والسلامة في العمل لعام ١٩٧٤م على جميع أماكن العمل وأنشطة العمل تقريباً في المملكة المتحدة. ويغطي مجموعة

(١) انظر: The Health and Safety at Work Act 1974، على الرابط التالي؛

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/37/contents>. (20/04/2025).

(٢) انظر: The Health and Safety at Work Act 1974، على الرابط التالي؛

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/37/contents>. (20/04/2025).

واسعة من قضايا الصحة والسلامة بما في ذلك المخاطر الفيزيائية والكيميائية والبيولوجية^(١).

كما يوجد في المملكة المتحدة الهيئة التنظيمية للصحة والسلامة المهنية (HSE)، ويقع تحت عاتقها تطبيق القانون واللوائح المرتبطة في الصحة والسلامة المهنية. ولديهم صلاحيات تفتيش أماكن العمل، والتحقيق في الحوادث، واتخاذ إجراءات التنفيذ مثل إصدار إشعارات التحسين أو الحظر^(٢).

يتضح مما سبق أنه في الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة هناك نظام خاص في السلامة والصحة المهنية، وبالتالي تم وضع قواعد السلامة والصحة المهنية في نظام واحد.

أما في المملكة العربية السعودية فإن قواعد السلامة والصحة المهنية موجودة في نظام العمل، واللائحة التنفيذية لنظام العمل، ولائحة إدارة السلامة والصحة المهنية، وكذلك موجودة في فرع الأخطار المهنية من نظام التأمينات الاجتماعية. وفي حقيقة الأمر أن تعدد اللوائح المتعلقة السلامة والصحة المهنية قد لا يحقق الغاية منه في ظل هذا التعدد. وفي حال جمع القواعد المنظمة للسلامة والصحة المهنية في نظام واحد كما

(١) انظر: The Health and Safety at Work Act 1974، على الرابط التالي؛

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/37/contents>. (20/04/2025).

(٢) انظر: HSE: International Leader in Health and Safety، على الرابط التالي؛

<https://www.hsl.gov.uk/hse-international-leader-in-health-and-safety>. (20/04/2025).

هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة، كان هو
الأفضل في مسألة ضبط وتحقيق مسألة السلامة والصحة المهنية^(١).

(١) انظر: التوصيات.

الفصل الثالث جهود المملكة العربية السعودية لضمان سلامة ورفاهية العاملين في بيئة العمل

مقدمة:

إن سلامة وصحة العاملين في المملكة العربية السعودية من الأولويات الأساسية في جميع الأنظمة واللوائح المعمول بها في المملكة، وحيث تضمنت مبادرات رؤية المملكة ٢٠٣٠ التي جعلت من الإنسان محوراً لجميع برامجها ومشاريعها التطويرية. وبحسب موقع منظمة العمل الدولية، التي أشارت في موقعها الرسمي إلى أن المملكة العربية السعودية قطعت خطوات واسعة، وحققت إنجازات ملحوظة في مجال تحسين وتطوير السلامة والصحة المهنية، والحد من حوادث وإصابات العمل على المستوى الوطني، إضافة إلى إشادات مشابهة من جهات دولية أخرى مثل المعهد الدولي لإدارة المخاطر والسلامة، والمجلس البريطاني للسلامة^(١).

فبالإضافة إلى ما تم ذكره في الفصل الثاني بالمبحث الثاني عند الحديث عن الأنظمة السعودية الحاكمة للسلامة والصحة المهنية^(٢)،

(١) وكالة الأنباء السعودية، ٢٩ ربيع الآخر ١٤٤٦هـ الموافق ٠١ نوفمبر ٢٠٢٤م، انظر: موقع الوكالة على الرابط التالي؛

<https://www.spa.gov.sa/N2199377> (09/02/2025).

(٢) انظر: الفصل الثاني - المبحث الثاني: الأنظمة السعودية الحاكمة للسلامة والصحة المهنية.

والتي تهدف إلى الوقاية من مخاطر العمل والوقاية من الحوادث الصناعية الكبرى وإصابات العمل والخدمات الصحية، أصدرت المملكة العربية السعودية السياسة الوطنية للسلامة والصحة المهنية، كما تم إنشاء المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية بموجب قرار مجلس الوزراء مادة (٣٧٩) وتاريخ ١٤٤٣/٠٧/٠٧ هـ، كما أصدرت المملكة العربية السعودية إطار حوكمة السلامة والصحة المهنية والمعتمدة بقرار مجلس الوزراء مادة (١٤٤٤١١٦) وتاريخ ١٤٤٤/٠٩/١٥ هـ. كما أطلقت وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية البرنامج الوطني الإستراتيجي للسلامة والصحة المهنية.

المبحث الأول

السياسة الوطنية للسلامة والصحة المهنية

أصدرت المملكة العربية السعودية السياسة الوطنية للسلامة والصحة المهنية، بهدف حفظ حقوق العمال وحمايتهم من أي خطر يُشكل تهديداً على سلامتهم أو صحتهم، وتحقيق رؤية المملكة العربية السعودية في هذا المجال. حيث إن تعزيز السلامة والصحة المهنية ضرورة حيوية لمواكبة النهضة التنموية والتطور الاقتصادي والاجتماعي الذي تشهده المملكة العربية السعودية، وتحقيق لرؤية المملكة ٢٠٣٠.

وتنطلق السياسة الوطنية للسلامة والصحة المهنية في المملكة العربية السعودية من مبدأ الوقاية من إصابات العمل. كما تنطلق كذلك من مبدأ حماية وحفظ وتعزيز الصحة البدنية والعقلية والاجتماعية للعاملين، وحماية عناصر البيئة العامة ذات الصلة ببيئة العمل، وذلك كله بهدف تهيئة بيئة عمل آمنة وجاذبة وخالية من المخاطر^(١).

وتقوم السياسة على عدد من الركائز، وهي:

أولاً: شموليتها وتغطيتها لجميع العاملين دون تمييز.

(١) وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية، السياسة الوطنية للسلامة والصحة المهنية، انظر: موقع الوزارة على الرابط التالي؛

<https://www.hrsd.gov.sa/knowledge-centre/decisions-and-regulations/regulation-and-procedures/813459> (20/04/2025).

ثانيًا: مبدأ الوقاية المرتبط بحفظ وحماية الصحة البدنية والعقلية والاجتماعية للعاملين.

ثالثًا: توفير بيئة عمل آمنة للعاملين.

رابعًا: الالتزام بتعزيز وتطوير السلامة والصحة المهنية.

خامسًا: تنظيم السلامة والصحة المهنية ومراقبة مؤشرات الأداء المتعلقة بها.

سادسًا: تطوير الشراكات على المستوى الإقليمي والدولي في مجالات السلامة والصحة المهنية.

كما تهدف السياسة الوطنية للسلامة والصحة المهنية في المملكة العربية السعودية إلى نشر ثقافة وطنية وقائية عن السلامة والصحة المهنية. وكذلك رفع الوعي القانوني للعاملين عن السلامة والصحة المهنية عن طريق التدريب وتقديم الاستشارات والأبحاث. وإعداد برامج تدريبية لبناء وتطوير القدرات الوطنية بشكل مستمر في مجال السلامة والصحة المهنية^(١).

ومن أهداف السياسة الوطنية للسلامة والصحة المهنية تطوير الأنظمة واللوائح المتعلقة بالسلامة والصحة المهنية في المملكة العربية

(١) وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية، السياسة الوطنية للسلامة والصحة المهنية، انظر: موقع الوزارة على الرابط التالي؛

<https://www.hrsd.gov.sa/knowledge-centre/decisions-and-regulations/regulation-and-procedures/813459> (20/04/2025).

السعودية وذلك بهدف توفير بيئة عمل آمنة وجاذبة وخالية من المخاطر. وتوفير نظام معلومات شامل في كل ما يتعلق بإحصاءات السلامة والصحة المهنية.

كما تهدف السياسة إلى تطوير الشراكات على المستوى الإقليمي والدولي في مجالات السلامة والصحة المهنية، وذلك من خلال الدعوة إلى عقد المؤتمرات الدولية والإقليمية في المملكة العربية السعودية والمتعلقة في الصحة والسلامة المهنية. والعمل على دعم التعاون إقليمياً ودولياً في مجال السلامة والصحة المهنية وتبادل التجارب والخبرات في ذلك^(١).

(١) وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية، السياسة الوطنية للسلامة والصحة المهنية، انظر: موقع الوزارة على الرابط التالي؛

<https://www.hrsd.gov.sa/knowledge-centre/decisions-and-regulations/regulation-and-procedures/813459> (20/04/2025).

المبحث الثاني

البرنامج الوطني الإستراتيجي للسلامة والصحة المهنية

يهدف البرنامج إلى وضع الأنظمة والقوانين والتشريعات المتعلقة بالصحة والسلامة المهنية في مكان العمل. كما يهدف إلى زيادة الوعي بأهمية الصحة والسلامة المهنية وتعزيز الثقافة الوقائية من مخاطر العمل. كما يهدف إلى بناء القدرات فيما يتعلق بالصحة المهنية والسلامة، حيث يستهدف البرنامج تدريب ثمانية عشر ألف موظف على السلامة والصحة المهنية^(١). كما يهدف البرنامج إلى تنفيذ عمليات تفتيش فعالة، ورفع تقارير بالإصابات في أماكن العمل^(٢). وخلال عام ٢٠٢٣ تم تدريب ٤٦,٦ ٪ من العاملين في المملكة العربية السعودية على إجراءات السلامة والصحة المهنية. كما تم خلال هذا العام أكثر من ٢٨٠ ألف زيارة تفتيشية لأصحاب العمل^(٣).

(١) في لقاء مع معالي نائب وزير الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية للعمل د. عبد الله بن ناصر أبو ثنين، ويمكن الاطلاع عليه وفق الرابط التالي؛

<https://youtu.be/ZTTpHXLbT5I>. (20/03/2025).

(٢) منظمة العمل الدولية، إنجازات المملكة العربية السعودية في مجال السلامة والصحة المهنية، انظر: موقع الوزارة على الرابط التالي؛

<https://www.ilo.org/ar/resource/news/mnzm-alml-aldwlyt-tushyd-banjazat-almmkt-alrbyt-alswdyt-fy-mjal-alslamt>. (20/03/2025).

(٣) انظر: الهيئة العامة للإحصاء، نشرة إحصاءات الصحة والسلامة في العمل ٢٠٢٣م وفق الرابط التالي؛

ويتضح من ذلك أن أهم أهداف البرنامج الوطني الإستراتيجي للسلامة والصحة المهنية هو تحسين بيئة العمل في المملكة العربية السعودية، وتطبيق أفضل الممارسات الدولية في ذلك بما يتوافق مع الأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية.

ونتج عن البرنامج الوطني الإستراتيجي للسلامة والصحة المهنية العديد من المخرجات من أهمها المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية^(١).

https://www.stats.gov.sa/sites/default/files/Health%20and%20Safety%20at%20Work%20Statistics%202023AR_0.pdf. (09/01/2025).

(١) انظر: الفصل الثالث - المبحث الثالث: المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية.

المبحث الثالث

المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية

صدر قرار مجلس الوزراء رقم (٣٧٩) وتاريخ ١٤٤٣/٠٧/٠٧ هـ بالموافقة على تنظيم المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية، بهدف جعل المملكة العربية السعودية معلماً ومرجعاً دولياً في بناء وتطوير وتطبيق أنظمة السلامة والصحة المهنية. كما يهدف المجلس في تنسيق الأدوار والمسؤوليات، وتحقيق التكامل مع الجهات ذات العلاقة على المستوى الوطني، لتبني أفضل الممارسات العالمية في مجال السلامة والصحة المهنية، وذلك بما يتوافق مع احتياجات ومتطلبات سوق العمل السعودي، ويعزز جاذبيته للأفراد ونمو إنتاجية المنشآت، ويضمن حماية وسلامة وصحة العاملين^(١). كما يهدف المجلس إلى توفير منظومة شاملة لرفع امتثال المنشأة لمعايير السلامة والصحة المهنية^(٢). ويعد المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية أحد مخرجات البرنامج الوطني الإستراتيجي للسلامة والصحة المهنية^(٣).

- (١) انظر: الفصل الثالث - المبحث الرابع: إطار حوكمة السلامة والصحة المهنية.
- (٢) وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية، المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية، انظر: موقع الوزارة على الرابط التالي؛ <https://www.ncosh.gov.sa/ar/home/>. (20/03/2025).
- (٣) انظر: الفصل الثالث - المبحث الثاني: البرنامج الوطني الإستراتيجي للسلامة والصحة المهنية.

ومن الصلاحيات المناطة في المجلس هي مراجعة الأنظمة واللوائح المتعلقة في السلامة والصحة المهنية واقتراح تعديلها عند الحاجة^(١). كما

(١) المادة الثالثة من تنظيم المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية تنص على: «هدف المجلس إلى تطبيق حوكمة السلامة والصحة المهنية على المستوى الوطني، وتحديد وتنسيق الأدوار بين الجهات الحكومية ذات العلاقة، ومتابعة تنفيذ السياسة الوطنية للسلامة والصحة المهنية، وله -في سبيل تحقيق ذلك- ممارسة الصلاحيات والاختصاصات اللازمة، وله على وجه خاص ما يلي: ١. مراجعة التشريعات والأنظمة واللوائح والبرامج وأي أدوات تنظيمية أخرى متعلقة بالسلامة والصحة المهنية، واقتراح التعديلات اللازمة في شأنها وفق الإجراءات النظامية. ٢. العمل على إنشاء نظام مراقبة وتقييم فعال وشامل للسلامة والصحة المهنية، بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة. ٣. العمل على تطوير برنامج وطني شامل للتبليغ عن حوادث وإصابات العمل والأمراض المرتبطة بالمهنة وتوثيق البلاغات ونتائج التحقيقات المتعلقة بها، بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة. ٤. تقديم الاستشارات والدعم الفني فيما يتعلق بمجال السلامة والصحة المهنية. ٥. العمل على تطوير واعتماد هيكل حوكمة محدد وواضح للسلامة والصحة المهنية على المستوى الوطني؛ لضمان وجود نظام فعال ومرن في تطبيق أحكام السلامة والصحة المهنية في مكان العمل، بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة. ٦. تنسيق الأدوار والمسؤوليات بين الجهات الحكومية ذات العلاقة بالسلامة والصحة المهنية؛ لتفادي ازدواجية الجهود. ٧. اعتماد البرامج والمبادرات الوطنية المتعلقة بالسلامة والصحة المهنية، بالتنسيق مع الجهات الحكومية ذات العلاقة. ٨. تعزيز التعاون بين أصحاب العمل والعاملين وممثليهم؛ لتعزيز السلامة والصحة المهنية. ٩. تقويم ومتابعة أثر واستدامة أنشطة السلامة والصحة المهنية على بيئة العمل. ١٠. العمل على نشر التوعية بأهمية السلامة والصحة المهنية، بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة. ١١. العمل على تنمية الموارد والقدرات في مجال السلامة والصحة المهنية، بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة. ١٢. مراجعة التقارير الدولية ذات الصلة بالسلامة والصحة المهنية.»

يملك المجلس صلاحية تنسيق الأدوار والمسؤوليات بين الجهات الحكومية ذات العلاقة بالسلامة والصحة المهنية بهدف حوكمتها. وللمجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية صلاحية تنسيق وتعزيز التعاون بين أصحاب العمل والعاملين وممثليهم لتعزيز السلامة والصحة المهنية. كما له صلاحية تنسيق العمل على تنمية الموارد والقدرات في مجال السلامة والصحة المهنية بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة، وتقديم الاستشارات والدعم الفني فيما يتعلق بمجال السلامة والصحة المهنية، وتقويم ومتابعة أثر واستدامة أنشطة السلامة والصحة المهنية على بيئة العمل^(١).

(١) وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية، المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية، أدوار وصلاحيات المجلس، انظر: موقع الوزارة على الرابط التالي؛

<https://www.ncosh.gov.sa/ar/about-council/council-roles/>. (20/03/2025).

المبحث الرابع إطار حوكمة السلامة والصحة المهنية

صدر قرار مجلس الوزراء رقم (٣٧٩) وتاريخ ٠٧/٠٧/١٤٤٣هـ بالموافقة على تنظيم المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية^(١)، والذي يهدف إلى تحقيق التكامل مع الجهات ذات العلاقة على المستوى الوطني، لتبني أفضل الممارسات العالمية في مجال السلامة والصحة المهنية، وتحقيق حوكمة السلامة والصحة المهنية^(٢).

ويعمل المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية على متابعة وتنفيذ السياسة الوطنية للسلامة والصحة المهنية، وتنسيق الأدوار والمسؤوليات بين الجهات الحكومية ذات العلاقة؛ وذلك كله من أجل تنظيم وحوكمة مجال الصحة والسلامة المهنية في المملكة العربية السعودية.

وبناءً على ذلك تم اعتماد لائحة إدارة السلامة والصحة المهنية^(٣)، كما تم إطلاق برنامج كوادرات للسلامة والصحة المهنية (السلامة والصحة المهنية OSH)، وهو برنامج يعنى بتأهيل الكوادرات البشرية

(١) وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية، المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية، انظر: موقع الوزارة على الرابط التالي؛

<https://www.ncosh.gov.sa/ar/home/>. (20/03/2025).

(٢) انظر: الفصل الثالث - المبحث الثالث: المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية.

(٣) انظر: الفصل الثاني - المطلب الثالث: لائحة إدارة السلامة والصحة المهنية.

للعمل في مجال مطابقة المؤهلات والخبرات للعامين للتأكد من كفاءتهم للعمل^(١).

كما تم اعتماد البرنامج الوطني الشامل للتبليغ والتحقيق في حوادث وإصابات العمل والأمراض المهنية. ويهدف البرنامج إلى توحيد الجهود بين الأطراف ذات العلاقة في مجال التحقيق في حوادث وإصابات العمل والأمراض المهنية. كما يهدف إلى توضيح الإجراءات والخطوات اللازمة لتنفيذ التبليغ عن حوادث وإصابات العمل والأمراض المهنية.

كما أن من أهداف البرنامج تنظيم العمل في المهن ذات المخاطر العالية من خلال تحديد مخاطرها والتحكم بها خصوصاً في المنشآت الصغيرة والمتناهية الصغر. وأحد أهم الأهداف الرئيسة للبرنامج هو ضمان الوصول لأسباب حوادث العمل لإزالتها ومنع تكرارها^(٢).

(١) برنامج كوادر للسلامة والصحة المهنية، انظر: الرابط التالي؛

[https://osh.coe.com.sa/Home/Brief#:~:text=\(21/03/2025\).](https://osh.coe.com.sa/Home/Brief#:~:text=(21/03/2025).)

(٢) وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية، البرنامج الوطني الشامل للتبليغ والتحقيق في حوادث وإصابات العمل والأمراض المهنية، انظر: موقع الوزارة على الرابط التالي؛

[https://www.ncosh.gov.sa/ar/media-center/news/general-minister-of-human-resources-launches-the-policy-of-the-comprehensive-national-program-for-reporting-accidents-and-injuries-at-work-and-occupational-diseases/.](https://www.ncosh.gov.sa/ar/media-center/news/general-minister-of-human-resources-launches-the-policy-of-the-comprehensive-national-program-for-reporting-accidents-and-injuries-at-work-and-occupational-diseases/)
(21/03/2025).

الفصل الرابع إصابات العمل التي سجلت في الولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة والمملكة العربية السعودية

مقدمة:

من أهداف هذه الدراسة معرفة عدد إصابات العمل التي سجلت في الولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة، والمملكة العربية السعودية، لمعرفة هل الجهود التي بذلت من قبل هذه الدول من أجل الوقاية من حوادث العمل والإصابات المهنية والأمراض المهنية، حققت نتائجها أم لا.

المبحث الأول

المعدل العالمي لإصابات العمل حول العالم

أصدرت منظمة العمل الدولية تقريرها السنوي عام ٢٠٢٤م، ووفقاً لهذا التقرير فقد تم تسجيل حوالي ٢,٧٨ مليون حالة وفاة ناجمة عن إصابات وأمراض مرتبطة بالعمل حول العالم في عام ٢٠٢٤م. ويعد المعدل العالمي للوفيات الناجمة عن إصابات العمل هو ٢,٥ لكل ١٠٠,٠٠٠ عامل. كما أن الأكثر تضرراً هم العمال في المناطق النائية وخاصة في الصناعات الخطرة مثل البناء والزراعة والتعدين.

وفيما يتعلق بإصابات العمل ففي كل عام يحدث حوالي ٢٥٠ مليون إصابة عمل حول العالم، كما أن هناك ٦١٠,٠٠٠ عامل يصاب بمرض مهني^(١).

وأكثر أنواع الإصابات شيوعاً هي الإصابات العضلية والهيكليّة والسقوط من الارتفاعات. وحسب التقرير فإن تكلفة الإصابات والأمراض المهنية العالمية تقدر بحوالي ٣,٩٤ تريليون دولار أمريكي سنوياً^(٢). حيث إن الحوادث والأمراض المهنية تؤدي إلى خسارة

(١) انظر: The International Labour Organization (ILO), ILO Guidelines on Occupational Safety and Health (Management Systems), وفق الرابط التالي

<https://www.ilo.org/topics/safety-and-health-work/occupational-safety-and-health-management-systems> (21/03/2025)

(٢) انظر: تقرير منظمة العمل الدولية لعام ٢٠٢٤م (Workplace Safety and Health Report 2024) وفق الرابط التالي؛

أصحاب العمل من ٤٪ إلى ٥٪ من الناتج الإجمالي العالمي السنوي، مما يؤثر على التقدم الاقتصادي^(١). لذلك يوجد اهتمام كبير من المجتمع الدولي لتقليل الإصابات وتحسين بيئة العمل.

ووفقاً للتقرير فإن الفئة العمرية التي تبلغ من العمر ١٥ إلى ٢٤ عاماً تعتبر عرضة لإصابات العمل بشكل أكبر مقارنة بالفئات العمرية الأخرى. والمعدل العالمي للوفيات الناجمة عن إصابات العمل في هذه الفئة هو ٨,٩ لكل ١٠٠,٠٠٠ عامل.

والقطاعات الاقتصادية الأكثر عرضة لإصابات العمل في هذه الفئة هي الزراعة، والبناء، والتصنيع، والنقل، وذلك بسبب المخاطر المرتبطة بالمعدات والآليات والارتفاعات. وحسب التقرير فإن الأسباب الرئيسة تشمل نقص الخبرة، وعدم الوعي الكافي بمخاطر العمل، والميل إلى المخاطرة.

كما أن الفئة العمرية التي تبلغ من العمر ٢٥ إلى ٦٤ عام، تشكل الغالبية العظمى من القوى العاملة وهي الأكثر عرضة للإصابات بشكل عام. والمعدل العالمي للوفيات الناجمة عن إصابات العمل في هذه الفئة هو ٥,٠ لكل ١٠٠,٠٠٠ عامل. والإصابات الأكثر شيوعاً هي الإصابات العضلية الهيكلية والسقوط من الارتفاعات.

<https://www.mom.gov.sg/-/media/mom/documents/safety-health/reports-stats/wsh-national-statistics/wsh-national-stats-2024.pdf> (20/03/2025).

(١) انظر: الموقع الرسمي لمنظمة العمل الدولية <https://www.ilo.org>

والقطاعات الاقتصادية الأكثر عرضة لإصابات العمل في هذه الفئة هي البناء، والنقل والتخزين، والتصنيع، وذلك بسبب المخاطر المرتبطة بالمعدات الثقيلة والحوادث المرورية.

ووفقاً للتقرير تعد الفئة العمرية التي تبلغ من العمر ٦٥ عاماً وأكبر، هي الأقل عرضة لإصابات العمل بسبب انخفاض نسبة المشاركة في سوق العمل. والمعدل العالمي للوفيات الناجمة عن إصابات العمل في هذه الفئة هو ٢٧,٥ لكل ١٠٠,٠٠٠ عامل؛ لكنه يعود بشكل كبير إلى تقدم العمر وليس بسبب الإصابة. والإصابات الأكثر خطورة في هذه الفئة هي الإصابات الخطيرة والوفيات. والقطاعات الاقتصادية الأكثر عرضة لإصابات العمل في هذه الفئة هي الزراعة، والخدمات الاجتماعية والصحية، والتجزئة، وذلك بسبب المخاطر المرتبطة بالسقوط والإصابات الخطيرة.

ويظهر من هذا التقرير أن الشباب والمسنين هم الأكثر عرضة لمخاطر إصابات العمل، مما يؤكد على أهمية التركيز على هذه الفئات العمرية في برامج السلامة والصحة المهنية^(١).

(١) انظر: تقرير منظمة العمل الدولية لعام ٢٠٢٤ م (Workplace Safety and Health Report 2024) وفق الرابط التالي؛

<https://www.mom.gov.sg/-/media/mom/documents/safety-health/reports-stats/wsh-national-statistics/wsh-national-stats-2024.pdf> (20/03/2025).

كما يتضح من التقرير أن قطاعات الزراعة، والبناء، والتصنيع، والنقل هي الأكثر عرضة لإصابات العمل بشكل عام، خاصةً بالنسبة للفئات العمرية الأصغر والأكبر سنًا. ويؤكد ذلك على الحاجة إلى تعزيز برامج السلامة والصحة المهنية في هذه القطاعات.



المبحث الثاني

عدد إصابات العمل التي سجلت في الولايات المتحدة الأمريكية

في الولايات المتحدة الأمريكية بلغ عدد إصابات العمل حوالي ٢,٣ مليون حالة إصابة عمل في عام ٢٠٢١م، وبلغ عدد الوفيات حوالي ١٩٠,٥، بمعدل ٣,٦٪ إصابة عمل مميتة لكل ١٠٠,٠٠٠ إصابة عمل. وكانت أكثر نسب الإصابات التي أدت إلى وفاة العامل في عام ٢٠٢١م هي للعاملين في مهن النقل ونقل المواد حيث توفي ١,٦٢٠ عاملاً. وتلاها في ذلك العاملون في مجال البناء والاستخراج حيث توفي ١,٠٥٦ عاملاً^(١).

وفي عام ٢٠٢٢م بلغ عدد إصابات العمل حوالي ٢,٨ مليون إصابة عمل تم الإبلاغ عنها^(٢)، وبلغ عدد الوفيات الناجمة عن إصابات العمل ٤٨٦,٥ بمعدل ٣,٧٪ إصابة عمل مميتة لكل ١٠٠,٠٠٠ إصابة عمل. وكانت أكثر نسب الإصابات التي أدت إلى وفاة العامل هي للعاملين في مهن النقل ونقل المواد حيث توفي ٢,٠٦٦ عاملاً في

(١) انظر:

The Bureau of Labor Statistics (BLS), see <https://www.bls.gov/news.release/cfoi.nr0.htm>. (03/04/2025).

(٢) انظر:

The Bureau of Labor Statistics (BLS), see <https://www.bls.gov/iif/> (21/03/2025).

عام ٢٠٢٠م، ومثلوا ٣٧,٧٪ من جميع الوفيات المهنية في ذلك العام، وبزيادة قدرها ٤,٢٪ عن عام ٢٠٢١م^(١).

وبالتالي يتضح ارتفاع نسبة إصابات العمل في الولايات المتحدة الأمريكية في عام ٢٠٢٢م عما كانت عليه في عام ٢٠٢١م ونسبة ٥,٧٪، كما ارتفعت نسبة الوفيات بسبب إصابات العمل في عام ٢٠٢٢م عما كانت عليه في عام ٢٠٢١م ونسبة ٥,٧٪، وقد يكون ذلك بسبب الإغلاق الكلي لمواجهة تفشي جائحة فيروس كورونا التي حصلت في عام ٢٠٢١م، أما في عام ٢٠٢٢م انتهت فترة الإغلاق وعاد العاملون إلى مقرات العمل مما نتج عنه زيادة في نسبة الإصابات.

وفي عام ٢٠٢٣م، بلغ عدد إصابات العمل حوالي ٦,٢ مليون إصابة عمل تم الإبلاغ عنها، بانخفاض بنسبة ٤,٨٪ عن عام ٢٠٢٢م. وبلغ عدد الوفيات الناجمة عن إصابات العمل ٢٨٣,٥ بمعدل ٣,٧٪ إصابة عمل مميتة لكل ١٠٠,٠٠٠ إصابة عمل^(٢).

وتبلغ تكلفة إصابات العمل في الولايات المتحدة الأمريكية على الاقتصاد الأمريكي حوالي ١ تريليون دولار أمريكي سنوياً، تشمل

(١) انظر: (BLS) (The Bureau of Labor Statistics) وفق الرابط التالي؛

<https://www.bls.gov/news.release/foi.nr0.htm>. (03/04/2025).

(٢) انظر: (BLS) (The Bureau of Labor Statistics) وفق الرابط التالي؛

<https://www.bls.gov/iif/> (03/04/2025).

تكاليف الرعاية الطبية وفقدان الإنتاجية والأرباح نتيجة إصابة العامل. كما تشمل كذلك دفع تعويضات مالية للعمال المصابين^(١).



(١) انظر: (BLS) (The Bureau of Labor Statistics) وفق الرابط التالي؛

<https://www.bls.gov/news.release/cfoi.nr0.htm>. (03/04/2025).

المبحث الثالث

عدد إصابات العمل التي سجلت في المملكة المتحدة

في المملكة المتحدة بلغ عدد إصابات العمل حوالي ٥٦١,٠٠٠ إصابة عمل في عام ٢٠٢٤م^(١). كما بلغ عدد إصابات العمل التي نتج عنها وفاة العامل حوالي ١٣٨ حالة في عام ٢٠٢٤م مقابل ١٣٥ حالة وفاة في عام ٢٠٢٣م. وكانت أكثر نسب الإصابات التي أدت إلى وفاة العامل خلال هذه الفترة هي السقوط من ارتفاع حيث بلغت ما نسبة ٢٧٪ من جميع الإصابات التي أدت إلى وفاة العامل، وشكلت الوفيات الناجمة عن السقوط من ارتفاع في قطاع البناء ٥٤٪^(٢).

وخلال الخمس سنوات الماضية بلغ عدد الوفيات الناتجة عن إصابات العمل حوالي ٦٦٥ حالة، بمتوسط سنوي قدره ١٣٣ حالة^(٣). ويعد معدل إصابات العمل التي تؤدي إلى الوفاة في المملكة المتحدة منخفض جداً، حيث بلغ ٠,٢١٪ إصابة عمل مميتة لكل ١٠٠,٠٠٠ إصابة عمل في عام ٢٠٢٤م، منخفضة من ١٠, ٢٪ إصابة عمل مميتة

(١) انظر: Kinds of accident in Great Britain وفق الرابط التالي؛

<https://www.hse.gov.uk/statistics/assets/docs/kinds-of-accident.pdf>.
(03/04/2025).

(٢) انظر: in Great Britain Work-related fatal injuries وفق الرابط التالي؛

<https://www.hse.gov.uk/statistics/assets/docs/fatalinjuries.pdf>. (03/04/2025).

(٣) انظر: in Great Britain Work-related fatal injuries وفق الرابط التالي؛

<https://www.hse.gov.uk/statistics/assets/docs/fatalinjuries.pdf>. (03/04/2025).



لكل ١٠٠,٠٠٠ إصابة عمل في عام ١٩٨١م^(١). وهو يقل بكثير عن المعدل العالمي للوفيات الناجمة عن إصابات العمل والذي يبلغ ٥,٢ لكل ١٠٠,٠٠٠ إصابة عمل.



(١) انظر: in Great Britain Work-related fatal injuries وفق الرابط التالي؛

<https://www.hse.gov.uk/statistics/assets/docs/fatalinjuries.pdf>. (03/04/2025).



المبحث الرابع

عدد إصابات العمل التي سجلت في المملكة العربية السعودية

بلغت عدد حالات إصابات العمل التي سجلت بالمملكة العربية السعودية في عام ٢٠١١م حوالي ٨٩, ٥٧٩ إصابة عمل^(١). وبذلت المملكة العربية السعودية جهوداً جبارة لتقليل من حوادث العمل والإصابات المهنية خلال السنوات الماضية، مما نتج عن ذلك انخفاض عدد إصابات العمل بنسبة كبيرة حيث بلغت عدد حالات إصابات العمل في عام ٢٠٢٤م حوالي ١٣٣, ٢٧ إصابة عمل سجلت، وكان إجمالي عدد العاملين بلغ حوالي ٥٨٧, ٠٠٢, ١١ عاملاً^(٢).

وبلغ نسبة الوفيات الناتجة عن إصابات العمل في المملكة العربية السعودية ١٢, ١ لكل ١٠٠, ٠٠٠ عامل^(٣).

(١) المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، التقرير الإحصائي لعام ٢٠٢٢م، ص ٧٣ ويمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/AnnualReport\).03/04/2025](https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/AnnualReport).03/04/2025).

(٢) المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير المشتركين - الربع الرابع لعام ٢٠٢٣م، ويمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData\) 03/04/2025](https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData) 03/04/2025).

(٣) انظر: وكالة الأنباء السعودية، الجمعة ٢٩ ربيع الآخر ١٤٤٦هـ الموافق ٠١ نوفمبر ٢٠٢٤م ويمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://www.spa.gov.sa/N2199377\) 07/11/2024](https://www.spa.gov.sa/N2199377) 07/11/2024).



ويعد من ضمن المعدلات الأدنى عالمياً للوفيات بسبب إصابات العمل، وكما تم ذكره أعلاه فإن المعدل العالمي للوفيات الناجمة عن إصابات العمل هو ٥,٢ لكل ١٠٠,٠٠٠ عامل حسب التقرير الصادر عن منظمة العمل الدولية^(١).

وتعد المملكة العربية السعودية أن سلامة وصحة العاملين من الأولويات الأساسية في جميع الأنظمة واللوائح المعمول بها، حيث تضمنت رؤية المملكة ٢٠٣٠ التي جعلت من الإنسان محوراً لجميع برامجها ومشاريعها التطويرية، فأطلق البرنامج الوطني الإستراتيجي للسلامة والصحة المهنية^(٢).

التطور التاريخي لعدد إصابات العمل في المملكة العربية السعودية خلال الفترة من ٢٠١١م وحتى ٢٠٢٤م:

وكما هو مبين في الجدول فمنذ عام ٢٠١١م وإصابات العمل في المملكة العربية السعودية تسجل انخفاضاً ملحوظاً، حيث سجلت في عام ٢٠١٢م حوالي ٨١,٠٩١ إصابة عمل وبانخفاض حوالي ١٠٪ عما تم تسجيله في عام ٢٠١١م واستمر تسجيل إصابات عمل بأعداد أقل مما كانت عليه، حيث سجلت في عام ٢٠١٣م حوالي ٧٣,٨٩٦ إصابة عمل وهذا العدد يقل بكثير عما تم تسجيله في عام ٢٠١٢م.

(١) انظر: الفصل الرابع - المبحث الأول: المعدل العالمي لإصابات العمل حول العالم.
(٢) انظر: الفصل الثالث - المبحث الثاني: البرنامج الوطني الاستراتيجي للسلامة والصحة المهنية.

واستمرت أعداد إصابات العمل في الانخفاض حيث سجلت ٦٣,٧٥٩ في عام ٢٠١٤م^(١).

وفي عام ٢٠١٥م حصل زيادة في أعداد إصابات العمل المسجلة في المملكة العربية السعودية وهو زيادة بعد ثلاث سنوات من الانخفاض وبلغت عدد إصابات العمل في هذا العام ٧٣٢, ٧١ إصابة عمل. ولكن عدد إصابات العمل المسجلة عاود الانخفاض حيث سجل في عام ٢٠١٦م حوالي ٩٥٤, ٦٧ إصابة عمل، وهو أقل مما تم تسجيله في عام ٢٠١٥م^(٢).

أما في عام ٢٠١٧م فقد حصل انخفاض كبير في عدد إصابات العمل المسجلة في المملكة العربية السعودية، حيث بلغت إصابات العمل في هذا العام حوالي ٠٨٨, ٥١ إصابة عمل^(٣). واستمرت إصابات العمل في الانخفاض حيث سجل في عام ٢٠١٨م حوالي

(١) المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، التقرير الإحصائي لعام ٢٠٢٢م، ص ٧٣ ويمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

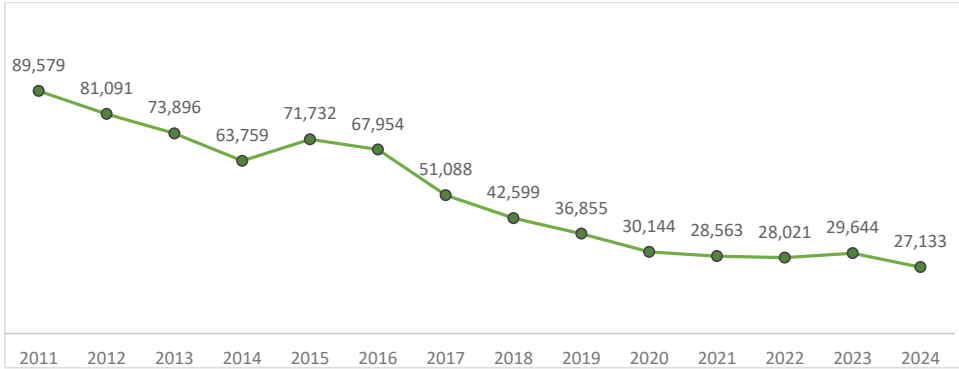
<https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/AnnualReport.03/04/2025>.

(٢) المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، التقرير الإحصائي لعام ٢٠٢٢م، ص ٧٣ ويمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/AnnualReport\)03/04/2025](https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/AnnualReport)03/04/2025).

(٣) المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير الإصابات - الربع الرابع لعام ٢٠١٦م، ويمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default\).03/04/2025](https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default).03/04/2025).



شكل رقم (١)

التطور التاريخي لعدد إصابات العمل في المملكة العربية السعودية

٤٢,٥٩٩ إصابة عمل^(١)، كما سجلت في عام ٢٠١٩م حوالي ٣٦,٨٥٥ إصابة عمل^(٢)، وانخفضت إصابات العمل بحوالي ١٨٪ في عام ٢٠٢٠م حيث بلغت عدد الإصابات في هذا العام حوالي ٣٠,١٤٤ إصابة عمل^(٣).

(١) المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير الإصابات - الربع الرابع لعام ٢٠١٧م، ويمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default\).03/04/2025](https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default).03/04/2025).

(٢) المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير الإصابات - الربع الرابع لعام ٢٠١٨م، ويمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default\).03/04/2025](https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default).03/04/2025).

(٣) المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير الإصابات - الربع الرابع لعام ٢٠١٩م، ويمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default\).03/04/2025](https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default).03/04/2025).

عام ٢٠٢١م وعام ٢٠٢٢م استقرت عدد إصابات العمل عند ٥٦٣, ٢٨ إصابة عمل سجلت في عام ٢٠٢١م^(١)، وقابل ذلك تسجيل ٢٨, ٠٢١ إصابة عمل في عام ٢٠٢٢م^(٢). وارتفعت عدد الإصابات بشكل طفيف في عام ٢٠٢٣م حيث بلغ عدد الإصابات المسجلة في هذه السنة حوالي ٦٤٤, ٢٩ في زيادة بلغت حوالي ٥ ٪ عما تم تسجيله في عام ٢٠٢١م؛ وقد يكون ذلك بسبب الإغلاق الكلي لمواجهة تفشي جائحة فيروس كورونا التي حصلت في عام ٢٠٢١م، أما في عام ٢٠٢٣م فقد انتهت فترة الإغلاق وعاد العاملون إلى مقرات العمل مما نتج عنه زيادة في نسبة الإصابات^(٣). ولكن عدد إصابات العمل المسجلة عاود الانخفاض في عام ٢٠٢٤م حيث سجلت حوالي

(١) المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير الإصابات - الربع الرابع لعام ٢٠٢١م، ويمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default\).03/04/2025](https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default).03/04/2025).

(٢) المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير الإصابات - الربع الرابع لعام ٢٠٢٢م، ويمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default\).03/04/2025](https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default).03/04/2025).

(٣) المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير الإصابات - الربع الرابع لعام ٢٠٢٣م، ويمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default\).03/04/2025](https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default).03/04/2025).



١٣٣, ٢٧ إصابة عمل، أي بانخفاض قدره ٨, ٥٪ عما سجل في عام ٢٠٢٣م^(١).

وكما تم ذكره آنفاً، فإنه في عام ٢٠٢٤م سجلت ١٣٣, ٢٧ إصابة عمل^(٢)، وهو انخفاض بحوالي ٧٠٪ في عدد إصابات العمل عما تم تسجيله في عام ٢٠١١م حيناً بلغت إصابات العمل في هذا العام ٨٩, ٥٧٩ إصابة عمل^(٣). هذا الانخفاض حصل بسبب الجهود الجبارة التي بذلتها المملكة العربية السعودية في تطبيق إجراءات وسياسات السلامة الملائمة، من أجل توفير بيئة عمل آمنة وجاذبة وخالية من المخاطر للعاملين فخلال عام ٢٠٢٣م قامت المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بحوالي ٢٨٠ ألف زيارة تفتيشية لأصحاب العمل. كما تم خلال هذا العام تدريب ٦, ٤٦٪ من العاملين في المملكة العربية

(١) المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير الإصابات - الربع الرابع لعام ٢٠٢٤م، ويمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default\).03/04/2025](https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default).03/04/2025).

(٢) المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير الإصابات - الربع الرابع لعام ٢٠٢٤م، ويمكن الاطلاع على الرابط التالي؛

[https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default\).03/04/2025](https://www.gosi.gov.sa/ar/StatisticsAndData/OpenedData/default).03/04/2025).

(٣) انظر: جدول رقم (١) التطور التاريخي لعدد إصابات العمل في المملكة العربية السعودية.

السعودية على إجراءات السلامة والصحة المهنية^(١). وبالتالي حققت جهود المملكة العربية السعودية نتائجها في تعزيز الالتزام بمتطلبات السلامة والصحة المهنية واستدامة بيئات العمل للحفاظ على سلامة العاملين والممتلكات.

(١) انظر: الهيئة العامة للإحصاء، نشرة إحصاءات الصحة والسلامة في العمل وفق الرابط التالي؛

https://www.stats.gov.sa/sites/default/files/Health%20and%20Safety%20at%20Work%20Statistics%202023AR_0.pdf. (09/01/2025).

الفصل الخامس الخاتمة والتوصيات

إن من أهم الركائز الأساسية التي تسعى جميع الدول لتوفيرها للعاملين هي بيئة عمل آمنة وجاذبة وخالية من المخاطر، وتعد السلامة والصحة المهنية حقاً أساسياً من حقوق العمال وأحد مؤشرات التنمية البشرية المستدامة. وتسهم في رفع الإنتاجية وتحسين الأداء الوظيفي للعاملين، مما ينعكس إيجاباً على تحقيق أهداف التنمية الاقتصادية المستدامة، وجذب الاستثمارات، وتنمية رأس المال البشري. كما أنها تعكس القيم الإنسانية والأخلاقية للمجتمعات.

ومما يعزز مكانة الدول في معايير التنافسية العالمية هو مدى التزامها في معايير السلامة والصحة المهنية العالمية. لذلك، فإن السعي في توفير بيئة عمل آمنة وصحية وجاذبة للعاملين يحقق أهداف على المستويات الإنسانية والاقتصادية والاجتماعية والدولية للدول.

ومصطلح الصحة والسلامة المهنية يعرف بأنه مجموعة القواعد والإجراءات والضوابط الواجب احترامها من قبل العامل وصاحب العمل أياً كان مصدرها القانوني^(١)، وأياً كانت طبيعة العلاقة بين العامل وصاحب العمل سواء أكان عملاً تقليدياً أم عملاً عن بعد، بغية توفير بيئة عمل آمنة وخالية من الأخطار بغرض وقاية العامل

(١) سواء أكان مصدر تلك الإجراءات معاهدة دولية أم نصاً قانونياً أم اتفاقية عمل جماعية أو عرفاً أو قاعدة أخلاقية أو دينية أو نصاً اتفاقياً بعقد العمل الفردي.

من الحوادث والأمراض المهنية ويترتب على مخالفتها قيام المسؤولية بحق المخالف^(١).

وأظهرت التقديرات وفقاً لمنظمة العمل الدولية أن الحوادث الناشئة عن الإخلال بالسلامة والصحة المهنية في عام ٢٠٢٢م أدت إلى وفاة ما يزيد عن ٢,٧٨ مليون حالة وفاة على مستوى العالم. كما أن هناك حوالي ٢٥٠ مليون إصابة عمل سنوياً حول العالم، وهناك كذلك ٦١٠,٠٠٠ عامل يصاب بمرض مهني سنوياً. وتكلفة الإصابات والأمراض المهنية العالمية تقدر بحوالي ٣,٩٤ تريليون دولار أمريكي سنوياً^(٢).

لذلك يبذل المجتمع الدولي وكذلك الدول جهوداً جبارة لضمان سلامة ورفاهية العاملين في بيئة العمل، والتقليل من حوادث العمل والإصابات المهنية والأمراض المهنية. والمملكة العربية السعودية أولت اهتماماً كبيراً وبذلت جهوداً جبارة لضمان سلامة ورفاهية العاملين في بيئة العمل، وتوفير بيئة عمل آمنة وجاذبة وخالية من المخاطر للعامل، والتقليل من حوادث العمل والإصابات المهنية والأمراض المهنية.

(١) عمر أحمد العرايشي، الطبيعة القانونية لعقد العمل عن بعد في التشريع الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، مج، ع، ٢٠١٧م، ص ١٣٥.

(٢) انظر: الفصل الرابع - المبحث الأول: المعدل العالمي لإصابات العمل حول العالم.

فالتزمت المملكة العربية السعودية بالمعايير الدولية المتعلقة في السلامة والصحة المهنية. وانضمت إلى الاتفاقيات الدولية المنظمة للسلامة والصحة المهنية^(١). وأصدرت الأنظمة في ذلك، حيث ورد في نظام العمل السعودي عددٌ من النصوص النظامية التي تهدف إلى الوقاية من مخاطر العمل والوقاية من الحوادث الصناعية الكبرى وإصابات العمل والخدمات الصحية^(٢).

كما أصدرت المملكة العربية السعودية السياسة الوطنية للسلامة والصحة المهنية^(٣)، كما تم إنشاء المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية^(٤). كما قامت المملكة العربية السعودية بإصدار إطار حوكمة السلامة والصحة المهنية^(٥)، وأطلقت وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية البرنامج الوطني الإستراتيجي للسلامة والصحة المهنية^(٦).

كل ذلك لتحقيق سلامة ورفاهية العاملين في بيئة العمل وتوفير بيئة عمل آمنة وجاذبة وخالية من المخاطر للعاملين. وتحقيق ذلك من

(١) انظر: الفصل الثاني - المبحث الأول: الاتفاقيات الدولية المنظمة للسلامة والصحة المهنية.

(٢) انظر: الفصل الثاني - المبحث الثاني: الأنظمة السعودية الحاكمة للسلامة والصحة المهنية.

(٣) انظر: الفصل الثالث - المبحث الأول: السياسة الوطنية للسلامة والصحة المهنية.

(٤) انظر: الفصل الثالث - المبحث الثالث: المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية.

(٥) انظر: الفصل الثالث - المبحث الرابع: إطار حوكمة السلامة والصحة المهنية.

(٦) انظر: الفصل الثالث - المبحث الثاني: البرنامج الوطني الإستراتيجي للسلامة والصحة المهنية.

خلال تقليل حوادث العمل والإصابات المهنية خلال السنوات الماضية، حيث انخفضت عدد إصابات العمل بنسبة كبيرة حيث بلغت عدد حالات إصابات العمل في عام ٢٠٢٤م حوالي ١٣٣، ٢٧ إصابة عمل، مقارنةً في ٥٧٩، ٨٩ إصابة عمل سجلت في عام ٢٠١٠م^(١).

وقواعد السلامة والصحة المهنية في المملكة العربية السعودية موجودة في نظام العمل، واللائحة التنفيذية لنظام العمل، ولائحة إدارة السلامة والصحة المهنية، وكذلك موجودة في فرع الأخطار المهنية من نظام التأمينات الاجتماعية. أما في الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة هناك نظام خاص في السلامة والصحة المهنية، وبالتالي تم وضع قواعد السلامة والصحة المهنية في نظام واحد. وبالتالي لا يوجد في المملكة العربية السعودية نظام خاص للسلامة والصحة المهنية كما فعلت الولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة.

وفي حقيقة الأمر أن تعدد اللوائح المتعلقة بالسلامة والصحة المهنية قد لا يحقق طموح المملكة العربية السعودية في أن تكون معلماً ومرجعاً دولياً في بناء وتطوير وتطبيق أنظمة السلامة والصحة المهنية، كما لا يحقق الغاية من وجود الأنظمة واللوائح المتعلقة في السلامة والصحة المهنية في ظل تبعتها في أكثر من نظام. أما في حال جمعت الأنظمة واللوائح المتعلقة في السلامة والصحة المهنية في نظام واحد كما هو

(١) انظر: الفصل الرابع - المبحث الرابع: عدد إصابات العمل التي سجلت في المملكة العربية السعودية.

الحال في الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة، لكن هو الأفضل في مسألة ضبط وتحقيق مسألة السلامة والصحة المهنية، وجعل سوق العمل السعودي جاذباً للقدرات والمواهب المحلية والعالمية.

كما أن نظام العمل السعودي لم يعرف مفهوم السلامة والصحة المهنية؛ اتباعاً لعادة جرى عليها منذ صدور أول نظام عمل سعودي في عام ١٣٦١هـ، واكتفي بوضع الصور المختلفة للمخاطر التي يلتزم صاحب العمل بتأمينها.

غير أنه كان من الممكن أن يضع نظام العمل السعودي تعريفاً لمفهوم السلامة والصحة المهنية حيث درجت كثير من الأنظمة السعودية في استهلال المادة الأولى بالتعاريف. وتظهر أهمية وضع تعريف لمفهوم السلامة والصحة المهنية في الحد من الخلاف الذي قد يثور بشأن تعريف مفهومها.

التوصية:

- جمع القواعد المنظمة للسلامة والصحة المهنية بالمملكة العربية السعودية في نظام واحد كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة.

- وضع تعريف لمفهوم السلامة والصحة المهنية، وتظهر أهمية ذلك للحد من الخلاف الذي قد يثور بشأن مفهوم السلامة والصحة المهنية.

المصادر والمراجع

الكتب العربية:

١. الطراونة، قتيبة أحمد، أهمية الأمن والسلامة للحد من إصابات العمل في المنشآت الصناعية، مجلة بحوث في مجال التربية النوعية، جامعة البلقاء التطبيقية، كلية الحقوق الجامعية الأردن، (Article 13, Volume 2017, Issue 48, October 2017, Page 411-439).
٢. بدوي، أحمد زكي، معجم مصطلحات العمل، دار الكتاب البصري، دار الكتاب اللبناني، ١٩٨٧م.
٣. توفيق، ألبرت أنيس، أحمد جمعه محمد، إسلام إبراهيم البناء، السلامة والصحة المهنية للصناعات العامة طبقاً لمعايير هيئة الأوشا الأمريكية، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا، الطبعة الثالثة، ٢٠٢١م.
٤. شراره، مجدي عبد الله، السلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل، مؤسسة فريدريش برت، مكتب مصر ٢٠١٦م.
٥. منظمة الصحة العالمية، حماية صحة العمال، مقال نشر للمنظمة في تاريخ ٣٠/١١/٢٠١٧م.
٦. الرئيس، رزق مقبول، رضا محمود العبد، شرح أحكام نظام العمل السعودي، دار الشقري، الطبعة الثالثة ١٤٤٢هـ.
٧. عبد الجواد عصام الدين، دور السلامة والصحة المهنية في التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الوطن العربي، جمعية إدارة الأعمال العربية، العدد (٨٦)، ١٩٩٩م.
٨. مصيلحي، محمود حسين، السلامة والأمن الصناعي العام المشروعات الهندسة المدنية، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

٩. توفيق، إبراهيم حسن، دور إجراءات السلامة الوقائية في الحد من حوادث الحريق في منشآت الرعاية الصحية مجلة العلوم التجارية والبيئية، ١٤، ع ١، ٢٠٢٢م.
١٠. جاسم، عطا سلمان السلامة والصحة المهنية في التراث العربي والإسلامي حتى سنة ٦٥٦ هـ، مجلة الباحث، العدد المختص بالمؤتمر الأول، الجزء الأول، ٢٠١٢م.
١١. حلمي، أحمد زكي، عبد المنعم محمد، السلامة والصحة المهنية، الطبعة الثالثة، الدار البصرية للعلوم ٢٠٠٨م.
١٢. محمد، قسيمة، مباركى بو حفص إجراءات السلامة والصحة المهنية وعلاقتها بحوادث العمل دراسة ميدانية بمؤسسة مطاحن الجلفة، مجلة حقائق للدراسات النفسية والاجتماعية، العدد التاسع، ج ١، ٢٠١٨م.
١٣. المغني، أميمة صقر، واقع إجراءات الأمن والسلامة المهنية المستخدمة في منشآت قطاع الصناعات التحويلية في قطاع غزة، رسالة ماجستير، كلية التجارة الجامعة الإسلامية - غزة، ٢٠٠٦م.
١٤. فاروق، علا، قواعد السلامة والصحة المهنية في قانون العمل، دراسة مقارنة في النظامين المصري والأمريكي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ٢٠٢٠م.
١٥. العرايشي، عمر أحمد، الطبيعة القانونية لعقد العمل عن بعد في التشريع الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، مج، ع، ٢٠١٧م.
١٦. حلمي، أحمد زكي، أحمد أبو المعاطي إبراهيم، مكافحة الحرائق طبقاً لتوصيات OSHA، دار المراجع العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠م.

١٧. متساحة، نسيمه، هوارى منصوري، خالد رجم، أثر نظام الصحة والسلامة المهنية على مستوى حوادث العمل دراسة حالة المؤسسة الوطنية للتنقيب - الجزائر، مجلة العلوم الاقتصادية، المجلد (٢٣)، العدد (١)، ٢٠٢٠م.
١٨. البناء، إسلام محمد، التنمية المستدامة والبيئة المؤسسية في مصر، المجلة العلمية للبحوث التجارية، العدد (٤)، ٢٠١٤م.
١٩. عبد القادر، محمد، آليات تفتيش العمل في النظام السعودي دراسة تحليلية مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة طنطا. العدد السابع والثلاثون لسنة ٢٠٢٢، الجزء الثاني.
٢٠. علي فيصل علي، تفتيش العمل ودوره في كفالة إنفاذ تشريعات العمل دراسة مقارنة في نظم وقوانين العمل بدول مجلس التعاون ومعايير العمل الدولية والعربية، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية، المكتب التنفيذي لمجلس وزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، العدد (٨٢) لعام ٢٠١٤.
٢١. وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية، المجلس الوطني للسلامة والصحة المهنية، أدوار وصلاحيات المجلس.
٢٢. برنامج كوادر للسلامة والصحة المهنية.
٢٣. وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية، البرنامج الوطني الشامل للتبليغ والتحقيق في حوادث وإصابات العمل والأمراض المهنية.

الكتب في اللغة الإنجليزية:

24. Phil huges MBE and Ed Ferrett, introduction to health and safety at work, routledge, sixth edition,.
25. The International Labour Organization (ILO), ILO Guidelines on Occupational Safety and Health Management Systems

التقارير:

٢٦. التقرير الصادر عن جامعة الدول العربية الأمانة العامة بعنوان منظمة العمل العربية نشأتها، أهدافها، مؤتمراتها وإنجازاتها، ١٩٨٣ م.
٢٧. تقرير منظمة العمل الدولية لعام ٢٠٢٤ (Workplace Safety and Health Report 2024).
٢٨. الهيئة العامة للإحصاء، نشرة إحصاءات الصحة والسلامة في العمل ٢٠٢٣.
٢٩. منظمة العمل العربية، الدليل الاسترشادية دليل لمؤشرات الأداء الأساسية لنظم إدارة الصحة والسلامة المهنية.
٣٠. المعهد الوطني للسلامة والصحة المهنية (NIOSH).
٣١. منظمة العمل الدولية، إنجازات المملكة العربية السعودية في مجال السلامة والصحة المهنية.
٣٢. تقرير منظمة العمل الدولية لعام ٢٠٢٤ (Workplace Safety and Health Report 2024) The Bureau of Labor Statistics (BLS).
٣٣. Kinds of accident in Great Britain in Great Britain Work-related fatal injuries.
٣٤. المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، التقرير الإحصائي لعام ٢٠٢٢.
٣٥. المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير المشتركين - الربع الرابع لعام ٢٠٢٣.
٣٦. المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير الإصابات - الربع الرابع لعام ٢٠١٦.
٣٧. المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير الإصابات - الربع الرابع لعام ٢٠١٧.

٣٨. المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير الإصابات - الربع الرابع لعام ٢٠١٨.
٣٩. المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير الإصابات - الربع الرابع لعام ٢٠١٩.
٤٠. المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير الإصابات - الربع الرابع لعام ٢٠٢١.
٤١. المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير الإصابات - الربع الرابع لعام ٢٠٢٢.
٤٢. المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير الإصابات - الربع الرابع لعام ٢٠٢٣.
٤٣. المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، تقرير الإصابات - الربع الرابع لعام ٢٠٢٤.

الأنظمة واللوائح:

٤٤. نظام العمل السعودي، الصادر في المرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥١) وتاريخ ٢٣/٠٨/١٤٢٦ هـ، وتعديلاته.
٤٥. اللائحة التنفيذية لضبط أعمال تفتيش العمل وتنظيمها، الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (٢٦٤) وتاريخ ١٤/٠٨/١٤٢٨ هـ.
٤٦. لائحة إدارة السلامة والصحة المهنية، ٣، ٣ أهداف السلامة والصحة المهنية.
٤٧. لائحة إدارة السلامة والصحة المهنية، ٤، ٣ تدابير المنع والتحكم للأخطار.
48. (OSHA Act 1970) Occupational Safety and Health Administration.
49. The Health and Safety at Work Act 1974
٥٠. المعهد الوطني للسلامة والصحة المهنية (NIOSH).

٥١. وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية، السياسة الوطنية للسلامة والصحة المهنية.

الاتفاقيات الدولية:

The International Labour Organization (ILO), ILO Guidelines on Occupational Safety and Health

٥٢. اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم (١٨٧) بشأن الإطار الترويجي للسلامة والصحة المهنيين لعام ٢٠٠٦م.





التطور التاريخي والقانوني لمبدأ التمييز في القانون الدولي الإنساني من معاهدة لاهاي إلى البروتوكولات الإضافية

د. عبد الله علي العليان

عضو هيئة التدريس

أستاذ مشارك في الجامعة السعودية الإلكترونية

مقدمة

يُعدّ مبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين، وبين الأهداف العسكرية والممتلكات المدنية، حجر الزاوية في القانون الدولي الإنساني، وأحد أهم الضمانات لحماية السكان المدنيين من ويلات النزاعات المسلحة، وقد شقّ هذا المبدأ طريقه تدريجيًا عبر تطور طويل امتد من المعاهدات المبكرة في لاهاي (١٨٩٩ و ١٩٠٧م)، مرورًا باتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م، ووصولًا إلى البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م، حيث بلغ هذا المبدأ مرحلة من النضج النسبي من حيث التقنين والوضوح.

تكمن أهمية تتبع التطور التاريخي لهذا المبدأ في أنه يعكس مسار تطور الضمير الإنساني، ونضج النظام القانوني الدولي في مواجهة التحديات المتغيرة التي تفرضها النزاعات المسلحة، سواء كانت تقليدية أم غير تقليدية، دولية أم داخلية، كما أن دراسة هذا التطور تكشف عن التفاعل بين القواعد القانونية العرفية والتشريعات المكتوبة، ومدى استجابة القانون الدولي للتطورات التكنولوجية والعسكرية المتسارعة.

أهمية البحث:

تبرز أهمية هذا البحث في النقاط التالية:

١. تأصيل مبدأ جوهرى فى القانون الدولى الإنسانى، يشكّل أحد الأسس الثلاثة التى تقوم عليها قواعد النزاع المسلح، إلى جانب مبدأ الضرورة العسكرية والتناسب.

٢. تحليل المراحل القانونية والمؤسسية لتطور المبدأ، من معاهدات لاهاي إلى اتفاقيات جنيف، فالبروتوكولات الإضافية.

٣. فهم التحديات المعاصرة، التى تهدد فعالية تطبيق المبدأ، لا سيما فى ظل الحروب غير المتماثلة وانتشار الأسلحة الذكية.

٤. تقديم إطار علمى يمكن أن يسهم فى تعزيز الحماية الإنسانية، فى النزاعات الحالية والمستقبلية، من خلال توصيات قانونية وعملية.

إشكالية البحث:

رغم أن مبدأ التمييز يحتل موقعاً مركزياً فى القانون الدولى الإنسانى، فإن الواقع العملى يكشف عن فجوة واسعة بين النصوص القانونية والتطبيق الفعلى، خاصة فى النزاعات المسلحة المعاصرة، إضافة إلى صعوبة إلزام وتحميل المسؤولية لمن يخالف هذه الاتفاقية خاصة فى الحروب الأهلية، وتكمن الإشكالية الرئيسية لهذا البحث فى التساؤل الآتى:

كيف تطور مبدأ التمييز فى القانون الدولى الإنسانى منذ معاهدات لاهاي وحتى البروتوكولات الإضافية لعام ١٩٧٧م، وما مدى فاعليته فى ظل التحديات القانونية والتقنية التى تفرضها النزاعات الحديثة؟

- ويتفرع عن هذه الإشكالية جملة من التساؤلات الفرعية، تتمثل في:
١. ما هو التأصيل التاريخي والقانوني لمبدأ التمييز في القانون الدولي الإنساني؟
 ٢. كيف جرى تعزيز هذا المبدأ عبر المراحل المختلفة من التطور التشريعي الدولي؟
 ٣. ما أبرز التحديات القانونية والعملية التي تعوق تطبيق مبدأ التمييز في النزاعات المسلحة المعاصرة، سواء الدولية أو غير الدولية؟
 ٤. ما السبل الممكنة لتعزيز فعالية هذا المبدأ وضمان احترامه مستقبلاً في ضوء المتغيرات التقنية والقانونية الراهنة؟

أهداف البحث:

- يسعى هذا البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:
١. تقديم دراسة تحليلية تاريخية لمراحل تطور مبدأ التمييز في القانون الدولي الإنساني.
 ٢. تحديد الأبعاد القانونية للمبدأ في كل من معاهدات لاهاي، واتفاقيات جنيف، والبروتوكولات الإضافية.
 ٣. تحليل التحديات المعاصرة التي تعوق تطبيق المبدأ، سواء كانت قانونية، ميدانية، أم تقنية.
 ٤. اقتراح آفاق لتعزيز تطبيق المبدأ، من خلال تطوير الآليات القانونية، وتفعيل دور المؤسسات القضائية الدولية، وتوسيع نطاق التوعية بالقانون الدولي الإنساني.

منهجية البحث:

يعتمد هذا البحث على المنهج التحليلي التاريخي، الذي يربط بين التطور الزمني للنصوص القانونية المتعلقة بمبدأ التمييز، وبين السياق السياسي والعسكري لكل مرحلة، كما يوظف المنهج المقارن في دراسة الفروقات والتكامل بين ما ورد في معاهدات لاهاي، واتفاقيات جنيف، والبروتوكولين الإضافيين.

وإلى جانب التحليل النصي، يعتمد البحث أيضاً على المنهج النقدي في مناقشة التحديات المعاصرة التي يواجهها مبدأ التمييز، من خلال تحليل الممارسات الواقعية في النزاعات الأخيرة، مع الاستناد إلى تقارير المنظمات الدولية، والقضاء الدولي، والاجتهادات الفقهية.

خطة البحث:

يحتوي البحث على هذه المقدمة، وثلاثة مباحث وخاتمة، وبنائها على النحو الآتي:

المقدمة:

وفيه أهمية البحث وإشكاليته وأهدافه ومنهجيته وخطته.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ التمييز وتأصيلاته الأولى في القانون الدولي الإنساني (معاهدة لاهاي كمحطة أولى):

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بمبدأ التمييز وأهميته في القانون الدولي الإنساني.

المطلب الثاني: تأصيل مبدأ التمييز في معاهدات لاهاي (١٨٩٩م و١٩٠٧م) والقواعد العرفية المبكرة.

المبحث الثاني: تعزيز مبدأ التمييز في اتفاقيات جنيف (١٩٤٩م) ومراحل تطوره اللاحقة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مبدأ التمييز في اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م.
المطلب الثاني: التطورات اللاحقة لمبدأ التمييز حتى البروتوكولات الإضافية.

المبحث الثالث: مبدأ التمييز في البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م وتحديات التطبيق في النزاعات المعاصرة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مبدأ التمييز في البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م.
المطلب الثاني: تحديات تطبيق مبدأ التمييز في النزاعات المعاصرة وآفاق المستقبل.

الخاتمة:

وفيهما النتائج والتوصيات.

ثم قائمة بالمصادر.

المبحث الأول

مفهوم مبدأ التمييز وتأصيلاته الأولى في القانون الدولي الإنساني

(معاهدة لاهاي كمحطة أولى)

تمهيد وتقسيم:

يُعد مبدأ التمييز من المبادئ الجوهرية في بنية القانون الدولي الإنساني، إذ يُشكّل أساساً للفصل بين الأهداف العسكرية المشروعة وبين الأشخاص والممتلكات الذين يجب أن يظلوا خارج دائرة العمليات القتالية، وقد نشأ هذا المبدأ ضمن مسار تراكمي طويل من القواعد العرفية، قبل أن يجد طريقه إلى التقنين في معاهدات دولية، بدايةً بمعاهدات لاهاي في أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين، ثم لاحقاً في اتفاقيات جنيف والبروتوكولات الإضافية.

ويرتبط هذا المبدأ في جوهره بالقيم الأخلاقية والإنسانية التي تسعى إلى الحد من فظائع الحرب، والتمييز بين من يحق استهدافهم عسكرياً وبين من يجب حمايتهم، ومن ثمّ فإنّ تتبع تأصيلاته الأولى يسهم في فهم خلفيته الفقهية والقانونية، ويظهر مدى نضجه التدريجي وتطوره في إطار النظام القانوني الدولي.

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين؛ يتناول أولهما التعريف بمبدأ التمييز وأهميته في منظومة القانون الدولي الإنساني، بينما يعالج

ثانيهما التّأصيلات الأولية لهذا المبدأ في معاهدات لاهاي والقواعد العرفية السابقة على التقنيات الحديثة.

المطلب الأول: التعريف بمبدأ التمييز وأهميته في القانون الدولي الإنساني:

يعدّ مبدأ التمييز أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الدولي الإنساني، ويهدف إلى الحدّ من آثار النزاعات المسلحة على الفئات غير المشاركة في القتال، كما يُعدّ تجسيداً للبعد الأخلاقي والقانوني الذي يسعى هذا القانون إلى ترسيخه في سلوك الأطراف المتحاربة، ويتضمن هذا المطلب أربعة عناصر رئيسية: التعريف بالمبدأ، وبيان موقعه ضمن المبادئ المركزية، وشرحاً لأهميته في الفصل بين المقاتلين والمدنيين، ثم توضيحاً لمقاصده الأساسية.

أولاً: التعريف اللغوي والاصطلاحي لمبدأ التمييز في سياق القانون الدولي الإنساني:

(١) الأصل اللغوي لمفهوم التمييز:

التمييز في اللغة العربية مأخوذ من مادة (م-ي-ز)، ويعني «الفصل بين الشيئين، أو إظهار أحدهما على الآخر»؛ يُقال: «ميّز الشيء من غيره» أي فصله وبيّنه، و«تميّز الشيء» أي انفصل عن غيره واتضح^(١).

(١) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط ٣، ١٩٩٤م، مادة «ميز».

أما في اللغة الإنجليزية، فإن مصطلح Distinction، وهو المصطلح المستخدم في القانون الدولي الإنساني، يشير إلى عملية التفريق والفصل بين شيئين لأغراض محددة، خاصة في السياق القانوني والعسكري^(١).

(٢) المفهوم الاصطلاحي في القانون الدولي الإنساني:

يقصد بمبدأ التمييز في القانون الدولي الإنساني ضرورة التفرقة بين الأهداف العسكرية المشروعة من جهة، والأشخاص والممتلكات المدنية من جهة أخرى، بحيث لا يجوز شن هجمات على المدنيين أو الأعيان المدنية، بل تُحصر الأعمال العدائية في الأهداف العسكرية فقط^(٢).

وقد ورد هذا المبدأ بوضوح في البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٧٧م، حيث نصّت المادة (٤٨) على: «من أجل ضمان احترام السكان المدنيين والأعيان المدنية، يجب على أطراف النزاع أن تميّز في جميع الأوقات بين السكان المدنيين والمقاتلين وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية»^(٣).

ومن خلال هذا التعريف، يتبيّن أن مبدأ التمييز لا يقتصر على حماية الأفراد، بل يشمل حماية الممتلكات المدنية والبنى التحتية التي لا تُستخدم لأغراض عسكرية.

(1) Oxford English Dictionary, "Distinction", Oxford University Press, 2023.

(2) Doswald-Beck, Louise, Customary International Humanitarian Law, Volume I, Cambridge University Press, 2005, p. 3.

(٣) البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٧٧م، المادة (٤٨).

ثانيًا: أسس ومبادئ القانون الدولي الإنساني ودور مبدأ التمييز كأحد أهم هذه المبادئ:

يُبنى القانون الدولي الإنساني على ثلاثة مبادئ مركزية، وهي:

١. مبدأ الضرورة العسكرية (Military Necessity).

٢. مبدأ التناسب (Proportionality).

٣. مبدأ التمييز (Distinction).

وتعمل هذه المبادئ في إطار متكامل لتوجيه سلوك القوات المسلحة أثناء النزاعات المسلحة.

(١) مبدأ الضرورة العسكرية:

يقتضي هذا المبدأ أن تقتصر الأعمال القتالية على تلك الضرورية لتحقيق هدف عسكري مشروع، وهو إضعاف القوة العسكرية للعدو، ولا يبرر اتخاذ تدابير غير ضرورية أو تسبب معاناة لا لزوم لها^(١).

(٢) مبدأ التناسب:

يمنع هذا المبدأ استخدام القوة بشكل غير متناسب مع الهدف العسكري المرجو تحقيقه، ويمنع تنفيذ عمليات قد تؤدي إلى أضرار جسيمة للمدنيين دون مبرر عسكري مقبول^(٢).

(1) Dinstein, Yoram, The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict, Cambridge University Press, 2022, pp. 88–91.

(2) Henckaerts, Jean-Marie & Doswald-Beck, Louise, Customary International Humanitarian Law, Vol. I, Rule 14.

(٣) مبدأ التمييز: جوهر المبادئ:

من بين هذه المبادئ، يُعتبر التمييز هو المبدأ الجوهرى، لأنه يؤسس لإطار قانوني وأخلاقي يمنع تعميم العنف على كل ما ومن هو موجود في ميدان النزاع، ويُلزم الأطراف باحترام حدود القانون الدولي الإنساني عند تحديد أهدافهم العسكرية^(١).

وتظهر أهمية مبدأ التمييز في كونه الأساس الذي تُبنى عليه القواعد الأخرى، فبدون القدرة على التمييز بين المقاتلين والمدنيين، يفقد مبدأ التناسب معناه، ويصبح مبدأ الضرورة العسكرية غطاءً للانتهاكات.

يُبنى القانون الدولي الإنساني على جملة من المبادئ التي تهدف إلى تحقيق التوازن بين مقتضيات العمليات العسكرية من جهة، وضمان حماية الكرامة الإنسانية من جهة أخرى، بحيث لا يكون النزاع المسلح ساحة لانتهاك القيم الإنسانية الأساسية أو التفلت من الضوابط القانونية، فإلى جانب المبادئ المركزية الثلاثة المتمثلة في مبدأ الضرورة العسكرية ومبدأ التناسب ومبدأ التمييز، يبرز عدد من المبادئ الأخرى التي لا تقل أهمية، وفي مقدمتها مبدأ الإنسانية، ومبدأ الحماية، ومبدأ حسن النية، ويُعد مبدأ الإنسانية الركيزة الأخلاقية الأساسية التي يقوم عليها القانون الدولي الإنساني، إذ يؤكد على أن أطراف النزاع ملزمة في جميع الأحوال باحترام الكرامة الإنسانية للأشخاص الذين لا

(1) Kalshoven, Frits & Zegveld, Liesbeth, Constraints on the Waging of War, International Committee of the Red Cross, 2001, pp. 55-58.

يشاركون في الأعمال العدائية أو كفّوا عن المشاركة فيها، مثل المدنيين والجرحى وأسرى الحرب، وقد ورد هذا المبدأ بوضوح في ديباجة إعلان سانت بطرسبرغ لعام ١٨٦٨م التي نصت على أن الهدف من الحرب ليس إحداث آلام غير ضرورية وإنما إضعاف القدرة العسكرية للخصم، كما أن اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م والبروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م كرّست هذا المبدأ من خلال اشتراط المعاملة الإنسانية دون أي تمييز قائم على العرق أو الدين أو الرأي السياسي أو أي اعتبارات أخرى^(١).

أما مبدأ الحماية فهو يتكامل مع مبدأ الإنسانية ويعكس التزام القانون الدولي الإنساني بضمان صون فئات معينة من الأشخاص والأعيان ضد آثار النزاعات المسلحة، ويشمل ذلك المدنيين، والأشخاص العاجزين عن القتال كالجرحى والمرضى، والأسرى، إضافة إلى العاملين في المجال الطبي والإغاثي، كما يمتد نطاق هذا المبدأ ليشمل الأعيان المدنية التي لا يجوز استهدافها مثل المستشفيات والمدارس وشبكات المياه، ما لم تتحول إلى أهداف عسكرية مشروعة، وقد كرّست المادة (٢٧) من اتفاقية جنيف الرابعة هذا الالتزام بنصها على وجوب حماية الأشخاص المدنيين في جميع الأوقات وصون كرامتهم الإنسانية، وأكدت اللجنة الدولية للصليب الأحمر في دراساتها

(١) اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القانون الدولي الإنساني: مبادئه وقواعده، جنيف، ٢٠١٥م، ص ٢٢-٢٤.

الحديثة أن مبدأ الحماية يشكل أساساً متيناً لمساءلة الأطراف عن الانتهاكات التي تستهدف المدنيين والبنية التحتية المدنية^(١).

أما مبدأ حسن النية فهو يعكس البعد القانوني والأخلاقي في تنفيذ الالتزامات الدولية، إذ لا يكفي أن تنص المعاهدات على التزامات مكتوبة ما لم يقترن ذلك بعزم حقيقي من الأطراف على تطبيقها بإخلاص وتجرد، ويعني حسن النية في نطاق القانون الدولي الإنساني أن تتجنب الدول التحايل على النصوص القانونية أو استغلال الثغرات لصالح أهداف عسكرية، كما يتطلب منها التعاون مع المنظمات الإنسانية مثل اللجنة الدولية للصليب الأحمر لتسهيل عمليات الإغاثة والرقابة، وقد أبرزت محكمة العدل الدولية في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة (١٩٨٦م) أن مبدأ حسن النية يمثل قاعدة ملزمة في تنفيذ الالتزامات الدولية، الأمر الذي ينطبق أيضاً على التزامات القانون الدولي الإنساني^(٢).

ومن ثم، فإن المبادئ الثلاثة المتمثلة في الإنسانية والحماية وحسن النية تُعدّ دعامة مكملّة للمبادئ المركزية الأخرى، إذ تشكل الإطار القيمي الذي يضمن ألا تتحول الحرب إلى مجرد صراع منفلت من

(١) اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القانون الدولي الإنساني: أسس ومبادئ، جنيف، ٢٠١١م، ص ٣١-٣٣.

(٢) اللجنة الدولية للصليب الأحمر، التعليقات على البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م، جنيف، ١٩٨٧م، ص ٤٥.

القيود، بل تظل حكومة بحد أدنى من القواعد التي تصون الكرامة الإنسانية وتحمي الفئات الأضعف وتلزم الأطراف بالتصرف بروح القانون ومقاصده.

ثالثاً: أهمية التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين، والممتلكات العسكرية والمدنية:

(١) التمييز بين الأشخاص:

يُعد مبدأ التمييز من أهم ركائز القانون الدولي الإنساني، فهو الذي يفرض على أطراف النزاع الفصل الواضح بين المقاتلين الذين يشكّلون أهدافاً عسكرية مشروعة وبين المدنيين الذين يتمتعون بالحماية ما لم يشاركوا بصورة مباشرة في الأعمال العدائية^(١).

ويتضح ذلك في نص المادة (٥١) من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م الذي يؤكد على أن المدنيين يجب أن يتمتعوا بالحماية العامة من الأخطار الناجمة عن العمليات العسكرية، بحيث لا يجوز توجيه الهجمات ضدهم بأي حال من الأحوال^(٢).

ومن الأمثلة التطبيقية على هذا المبدأ، أنه يجوز استهداف قاعدة عسكرية أو موقع لتخزين الأسلحة أو شحنة ذخائر موجهة لدعم العمليات الحربية، لكن لا يجوز مهاجمة حي سكني أو مدرسة أو

(1) Bassiouni, M. Cherif, Introduction to International Criminal Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 398.

(٢) البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المادة (٥١).

مستشفى بحجة أن بعض المقاتلين يتحصّنون في داخله ما لم تتحول هذه الأعيان إلى أهداف عسكرية حقيقية ومباشرة، وفي هذه الحالة يجب اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة لتجنب المدنيين الضرر، وقد شددت اللجنة الدولية للصليب الأحمر في دراستها للعرف الدولي على أن الالتزام بالتمييز بين المقاتلين والمدنيين هو قاعدة أمر لا تقبل الانتقاص^(١).

أما مبدأ التناسب، فهو يكمل مبدأ التمييز من خلال وضع قيد إضافي على العمليات العسكرية، بحيث يمنع شن هجوم إذا كان من المتوقع أن يسبب خسائر مفرطة في أرواح المدنيين أو أضراراً جسيمة بالأعيان المدنية مقارنة بالميزة العسكرية المرجوة من الهجوم، فعلى سبيل المثال، إذا كانت هناك شاحنة صغيرة تنقل ذخيرة إلى القوات المسلحة في منطقة قريبة من مستشفى مدني، فإن مهاجمتها قد تكون غير متناسبة إذا كان خطر سقوط ضحايا من المرضى والطاقم الطبي مرتفعاً بشكل يفوق الفائدة العسكرية المتوخاة، ويظهر ذلك في المادة (٥/٥١) من البروتوكول الإضافي الأول التي تُعدّ من أبرز النصوص المؤسّسة لهذا المبدأ. كما تؤكد اللجنة الدولية للصليب الأحمر أن التناسب لا يقاس بغياب المدنيين فقط، بل أيضاً بمدى ملاءمة الضرر المتوقع مع القيمة العسكرية المستهدفة^(٢).

(1) ICRC, Customary International Humanitarian Law, Rule 1, 2005.

(٢) اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القانون الدولي الإنساني: أسس ومبادئ، جنيف، ٢٠١١م، ص ٣٦-٣٧.

أما مبدأ الضرورة العسكرية، فهو يُجيز استخدام القوة ضد الأهداف العسكرية المشروعة بالقدر اللازم لتحقيق غرض عسكري مشروع، وهو إخضاع الخصم أو إضعاف قدراته القتالية، شريطة ألا يؤدي ذلك إلى معاناة غير مبررة أو ضرر مفرط، فعلى سبيل المثال، يجوز مهاجمة مصنع لإنتاج الأسلحة أو مركز اتصالات عسكرية لأنه يسهم مباشرة في المجهود الحربي، لكن لا يجوز تدمير شبكة المياه أو محطات الطاقة الكهربائية التي يعتمد عليها المدنيون بشكل رئيسي إذا لم تكن لها صلة مباشرة بالعمليات العسكرية، ويُستفاد من ذلك أن الضرورة العسكرية لا تُبرر استخدام وسائل عشوائية أو غير متناسبة، بل تُفهم في إطار مقيد يحفظ التوازن بين تحقيق الهدف العسكري واحترام الاعتبارات الإنسانية، وقد جاء إعلان سانت بطرسبرغ لعام ١٨٦٨م ليكرّس هذا المفهوم حين نص على أن الهدف المشروع الوحيد أثناء الحرب هو إضعاف القوة العسكرية للعدو دون التسبب في معاناة غير ضرورية^(١).

ومن خلال هذه الأمثلة، يتضح أن المبادئ الثلاثة: التمييز، والتناسب، والضرورة العسكرية، ليست مجرد قواعد نظرية، بل آليات عملية تنظّم سلوك أطراف النزاع وتحدد متى وكيف يمكن استخدام القوة، بحيث تظل العمليات العسكرية خاضعة لرقابة قانونية

(1) ICRC, Commentary on the Additional Protocols of 1977, Geneva, 1987, p. 393.

وأخلاقية تمنع الانزلاق نحو انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان في أوقات الحرب.

يفرض القانون الدولي الإنساني على أطراف النزاع التمييز بين المقاتلين الذين يُعد استهدافهم مشروعاً قانوناً، وبين المدنيين الذين يتمتعون بالحماية من الهجمات ما لم يشاركوا مباشرة في الأعمال العدائية.

(٢) التمييز بين الممتلكات:

لا يقتصر التمييز على الأشخاص، بل يشمل الأعيان، ف«الأهداف العسكرية» هي فقط تلك التي تسهم بشكل فعال في العمل العسكري، مثل الثكنات أو المستودعات أو مراكز القيادة، في حين يجب أن تُستثنى الأعيان المدنية كالمنازل، والمدارس، والمستشفيات، ودور العبادة من الهجمات^(١).

(٣) التطبيقات العملية:

إن تطبيق هذا المبدأ ليس مجرد توصية نظرية، بل هو واجب قانوني، وقد صدرت أحكام من المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة تدين قادة عسكريين لخرقهم مبدأ التمييز، كما في قضية تاديش *Tadić* عام ١٩٩٧ م، حيث أدين لانتهاكاته ضد المدنيين في البوسنة^(٢).

(1) ICRC, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, Geneva, 2009, pp. 42-44.

(2) ICTY, Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-A, Judgment of 15 July 1999.

رابعاً: الأهداف الأساسية لمبدأ التمييز:

(١) التخفيف من المعاناة الإنسانية:

يهدف مبدأ التمييز إلى التخفيف من المعاناة الإنسانية التي عادة ما تصاحب النزاعات المسلحة، حيث إن حصر الهجمات في الأهداف العسكرية فقط يقلل بدرجة كبيرة من عدد الضحايا المدنيين ويمنع الدمار العشوائي للبنية التحتية الأساسية مثل المستشفيات والمدارس ومحطات الكهرباء والمياه، فلو لم يُطبَّق هذا المبدأ لكان النزاع أشبه بعمل انتقامي شامل يلحق الأذى بجميع الفئات دون تمييز، وهو ما يتنافى مع الروح الإنسانية للقانون الدولي، وتؤكد اللجنة الدولية للصليب الأحمر أن أحد الدوافع الجوهرية لوضع هذا المبدأ في صلب اتفاقيات جنيف والبروتوكولين الإضافيين هو الرغبة في الحد من الآلام غير المبررة التي تتولد من الأعمال العسكرية غير المنضبطة^(١).

(٢) حماية أرواح المدنيين:

يتمثل الهدف الأساسي لمبدأ التمييز في حماية أرواح المدنيين باعتبارهم الفئة الأكثر هشاشة في أوقات النزاعات، حيث أثبتت الوقائع الميدانية أن الالتزام الصارم بهذا المبدأ يساهم في تقليل أعداد القتلى والجرحى من غير المقاتلين، ففي النزاعات الحديثة مثل البوسنة والهرسك أو النزاع في دارفور، أظهرت التقارير الدولية أن معظم الضحايا كانوا

(1) Bugnion, François, The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims, Macmillan, 2003, pp. 201-203.

من المدنيين نتيجة لغياب الالتزام بمبدأ التمييز أو الخلط المتعمد بين الأهداف العسكرية والمدنية، وقد شددت المادة (٥١) من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م على أن المدنيين يتمتعون بحماية عامة من الأخطار الناجمة عن العمليات العسكرية، وهو ما يعكس انسجام المبدأ مع روح اتفاقيات جنيف التي تهدف في جوهرها إلى تعزيز الكرامة الإنسانية حتى في أحلك الظروف^(١).

(٣) صون الممتلكات المدنية:

يسعى مبدأ التمييز إلى صون الممتلكات المدنية التي تشكل عماد الحياة الاقتصادية والاجتماعية للمجتمعات المحلية، مثل المساكن، والحقول الزراعية، والمصانع، والمرافق العامة، فالحرب ليست مجرد مواجهة عسكرية لحظية، وإنما لها تبعات طويلة الأمد على النسيج الاجتماعي والاقتصادي، وكلما اتسع نطاق تدمير الممتلكات المدنية ازدادت صعوبة إعادة الإعمار والتعافي بعد انتهاء النزاع، ولهذا نصّت المادة (٥٢) من البروتوكول الإضافي الأول على حماية الأعيان المدنية من الهجمات العسكرية، كما أكدت اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تقاريرها على أن حماية البنية التحتية المدنية تساهم في تقليل الأضرار الاقتصادية والاجتماعية بما يمكن المجتمعات من استعادة عافيتها بسرعة بعد انتهاء النزاع^(٢).

(1) ICRC, Commentary on the First Geneva Convention, 2016 Edition, Article 3.

(2) Schmitt, Michael N., "Precision Attack and International Humanitarian Law," International Review of the Red Cross, Vol. 87, No. 859, 2005, pp. 445-466.

(٤) دعم احترام القانون الدولي الإنساني:

يتجلى الهدف الأعمق لمبدأ التمييز في دعم احترام القانون الدولي الإنساني بصفته المرجعية الأخلاقية والقانونية لسلوك أطراف النزاع، فالتزام المقاتلين بالتمييز بين الأهداف العسكرية والمدنية يعد معياراً واضحاً لمدى احترامهم للقانون، كما أن أي خرق لهذا المبدأ يُعتبر جريمة حرب يمكن أن تترتب عليها مسؤولية جنائية دولية أو وطنية، وقد نصّ نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في المادة (٨) على أن توجيه هجمات متعمدة ضد المدنيين أو الأعيان المدنية يشكل جريمة حرب، وهو ما يعزز من مركزية مبدأ التمييز كمعيار للمساءلة والردع، كما تؤكد اللجنة الدولية للصليب الأحمر أن فعالية القانون الدولي الإنساني في مواجهة التحديات المعاصرة ترتبط بمدى التزام الأطراف بمبدأ التمييز باعتباره حجر الزاوية في النظام القانوني الإنساني^(١).

إن مبدأ التمييز هو حجر الأساس في البنية القانونية والأخلاقية التي يقوم عليها القانون الدولي الإنساني، فهو ليس فقط وسيلة لتقنين استخدام القوة، بل إنه أداة لحماية الإنسان من ويلات الحرب، وتأكيد أن النزاعات مهما بلغت قسوتها، ينبغي أن تُدار ضمن حدود منضبطة تحترم الكرامة البشرية، كما أن التمييز بين المقاتلين والمدنيين، وبين

(1) Cryer, Robert et al., An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, 2019, pp. 268–272.

الأعيان العسكرية والمدنية، لا يحقق فقط أهدافاً إنسانية، بل يعزز أيضاً شرعية الأطراف الملتزمة به في نظر المجتمع الدولي.

المطلب الثاني: تأصيل مبدأ التمييز في معاهدات لاهاي (١٨٩٩ و١٩٠٧م) والقواعد العرفية المبكرة:

شكّل مبدأ التمييز منذ بدايات محاولات المجتمع الدولي لتنظيم سلوكيات الحرب قاعدة أخلاقية وقانونية جوهرية، تستهدف الحد من معاناة المدنيين وتخفيف آثار النزاعات المسلحة على غير المشاركين فيها، غير أن هذا المبدأ، على الرغم من كونه حاضراً في الفكر الإنساني والقانوني، لم يتبلور بصيغته الصريحة والواضحة إلا في منتصف القرن العشرين، مع ازدياد الحاجة إلى وضع قواعد مكتوبة ومحددة تحكم سير العمليات القتالية.

ومع ذلك، فإن الجذور التاريخية لهذا المبدأ يمكن رصدها في صكوك قانونية سبقت اتفاقيات جنيف، وعلى وجه الخصوص في معاهدات لاهاي لعامي ١٨٩٩ و١٩٠٧م، التي وإن لم تذكر مبدأ التمييز بصياغة مباشرة، إلا أنها تضمنت في طياتها أحكاماً تؤسس بصورة ضمنية لفكرة الفصل بين المقاتلين وغير المقاتلين، وذلك من خلال النص على قيود متعلقة باستخدام أساليب ووسائل القتال، وحظر استهداف الأعيان المدنية أو اللجوء إلى وسائل تسبب معاناة غير ضرورية.

ومن ثم يمكن اعتبار هذه المعاهدات خطوة أولى نحو التأسيس القانوني لمبدأ التمييز، ومقدمة لمرحلة لاحقة من التطور الذي بلغ ذروته في اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ م والبروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧ م.

ويهدف هذا المطلب إلى تتبع جذور مبدأ التمييز في تلك المعاهدات، وتحليل أثر العرف الدولي في ترسيخه، عبر أربعة عناصر رئيسة:

أولاً: الظروف التاريخية لتبني معاهدات لاهاي ودورها في تقنين قوانين الحرب:

(١) الخلفية السياسية والعسكرية لمؤثري لاهاي:

شهدت أوروبا في نهاية القرن التاسع عشر حالة من التسابق العسكري والقلق من التوسع الإمبراطوري، ما دفع عددًا من الدول إلى التفكير في سنّ قواعد تنظّم سلوك الحرب وتُحدّ من آثارها، وكانت روسيا القيصرية، بزعامة القيصر نيقولا الثاني، قد دعت إلى مؤتمر سلام في لاهاي عام ١٨٩٩ م، بهدف ضبط التسلح وتقييد اللجوء إلى القوة^(١).

إن عملية تقنين القانون الدولي الإنساني بدأت فعليًا مع المبادرة الإنسانية التي قام بها رجل الأعمال السويسري هنري دونان عقب معركة سولفرينو عام ١٨٥٩ م، إذ هاله ما شاهده من مأساة إنسانية

(1) Roberts, Adam and Guelff, Richard (eds.), Documents on the Laws of War, Oxford University Press, 2000, pp. 33-35.

وآلام مروّعة للجرحى الذين تُركوا دون علاج أو رعاية، وقد دوّن دونان هذه المشاهد في كتابه الشهير تذكّار سولفرينو (Un Souvenir de Solferino) الذي صدر عام ١٨٦٢م، حيث دعا من خلاله إلى إنشاء جمعيات إغاثة تطوعية لإسعاف الجرحى، وإلى اعتماد اتفاقيات دولية تضمن حماية هؤلاء الضحايا في أوقات الحرب.

وتكللت هذه الجهود بعقد اتفاقية جنيف الأولى لعام ١٨٦٤م، التي عدت اللبنة الأساسية الأولى في صرح القانون الدولي الإنساني، وبعدها جاءت اتفاقية لاهاي وما بعدها.

وقد عقد المؤتمر الأول في عام ١٨٩٩م بمشاركة ٢٦ دولة، وتلاه مؤتمر آخر في عام ١٩٠٧م بمشاركة ٤٤ دولة، وسط أجواء مشحونة بالصراعات الدولية والمنافسات الاستعمارية^(١)، وتمخض المؤتمر عن جملة من الاتفاقيات، أبرزها:

- اتفاقية لاهاي بشأن قوانين وأعراف الحرب البرية.
- إعلان حظر استخدام المقذوفات التي تنشر الغازات الخانقة.
- اتفاقية احترام ممتلكات العدو الثقافية أثناء الاحتلال.

(1) Shaw, Malcolm N., International Law, 8th ed., Cambridge University Press, 2017, pp. 1156-1159.

(٢) دور المعاهدات في تقنين السلوك الحربي:

جاءت هذه الاتفاقيات كمحاولة لتقنين ما كان يُعرف سابقاً بـ«أعراف الحرب»، فشكّلت خطوة مهمة نحو تحويل المبادئ الأخلاقية إلى التزامات قانونية، حتى وإن لم تتناول مبدأ التمييز صراحة، إلا أنها أسّست لقيود أخلاقية على استخدام القوة^(١).

ثانياً: النصوص القانونية في اتفاقيات لاهاي التي أشارت إلى مبدأ التمييز:

رغم أن مصطلح «التمييز» لم يُستخدم في نصوص لاهاي بشكل صريح، إلا أن عدة مواد تضمّنت مضامين تؤدي وظيفته، خصوصاً في حماية الأشخاص والممتلكات التي لا تُعدّ أهدافاً عسكرية مشروعة.

(١) حماية الأشخاص غير المشاركين في الأعمال العدائية:

تنص المادة (٤٦) من اتفاقية لاهاي (١٩٠٧م) على أن «شرف الأسرة، وحقوق الفرد، والحياة الخاصة، والممتلكات، والاعتقادات الدينية يجب أن تُحترم»^(٢)، هذه المادة، رغم طابعها العام، تعبّر عن منع استهداف المدنيين، وتُظهر هذه المادة توجهاً واضحاً نحو إرساء مبدأ التمييز بين المدنيين والمقاتلين.

(١) إبراهيم شريف، القانون الدولي الإنساني - مبادئ وتطبيقات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥م، ص ٧٨-٨١.

(2) Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land (1907), Article 46.

كما تنص المادة (٢٣) من الاتفاقية ذاتها على أنه «يحظر قتل أو جرح أفراد العدو الذين يلقون السلاح أو يعجزون عن القتال»^(١)، وهي صيغة ضمنية للتمييز بين المقاتل القادر وغير القادر، مما يرسخ مبدأ الإنسانية في ساحة المعركة.

(٢) حماية الممتلكات المدنية والثقافية:

يشكل الحفاظ على الممتلكات المدنية والثقافية جانباً جوهرياً من مبدأ التمييز في القانون الدولي الإنساني، إذ لا يقتصر هذا المبدأ على حماية الأشخاص المدنيين فقط، بل يشمل أيضاً صون الأعيان التي لا تُعدّ أهدافاً عسكرية، وقد نصّت المادة (٢٧) من لوائح لاهاي لعام ١٩٠٧م على أنه «يجب على المحاربين، أثناء الحصار والقصف، اتخاذ كل الإجراءات الممكنة لتجنب المباني المخصصة للعبادة، والمؤسسات الخيرية، والمستشفيات، والمباني التاريخية» من الدمار^(٢).

تعكس هذه المادة وعياً قانونياً مبكراً بضرورة التمييز في الاستهداف، غير أن صياغتها بقيت فضفاضة نوعاً ما، وهذه التقديرات للقادة العسكريين هي التي جعلت الكثير من الحروب تقوم بخرق مبدأ الضرورة العسكرية من دون معايير تنفيذية دقيقة.

(1) Hague Regulations, Article 23(c).

(2) Hague Regulations (1907), Article 27, in: Roberts, A. & Guelff, R. (Eds.), Documents on the Laws of War, Oxford University Press, 2000, p. 74.

وفي سياق أكثر تحديداً، شددت المادة (٥٦) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧م على أن «المباني المخصصة للعبادة، والفنون، والعلوم، والمؤسسات الخيرية، والمستشفيات التاريخية... تُعتبر ممتلكات محمية، ويُحظر الاستيلاء عليها أو تدميرها أو تدنيسها»^(١).

ويُمثل هذا النصّ أحد الأسس القانونية الواضحة في حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات، ويُعد امتداداً مادياً لمبدأ التمييز، بما يرسّخ الفصل بين الأهداف العسكرية المشروعة والمواقع ذات الطابع المدني أو الثقافي.

وقد تطورت هذه الحماية لاحقاً في اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح لعام ١٩٥٤م، التي أدخلت آليات للتمييز بين المواقع المحمية وغير المحمية، وربطت الحماية بوجود استخدام عسكري من عدمه^(٢).

وبالتالي، فإن الالتزام بمبدأ التمييز يقتضي اليوم اتخاذ تدابير إيجابية لتجنب تدمير الموروث الإنساني، بما في ذلك المعالم الدينية، والمكتبات، والمتاحف، والمراكز العلمية.

(1) Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land (1907), Article 56, in: Roberts & Guelff, Documents on the Laws of War, p. 76.

(2) UNESCO, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (1954), Article 1-4.

ثالثاً: حدود ومدى فاعلية هذه النصوص في فرض التمييز بشكل واضح ومفصل:

(١) الغموض والصياغة غير الملزمة:

رغم الأهمية القانونية والتاريخية للنصوص الدولية التي أرسّت قواعد حماية الممتلكات المدنية والثقافية في النزاعات المسلحة، إلا أنها اتسمت بقدر كبير من الغموض وعدم الحسم في الصياغة، ما أضعف من فاعليتها عند التطبيق العملي، فلم تتضمن هذه النصوص، لا سيما في لوائح لاهاي لعام ١٩٠٧م، تعريفاً دقيقاً لمفهوم «المدنيين»، ولم تحدد بوضوح معايير التفرقة بين الأهداف العسكرية المشروعة والأعيان المحمية، مما أفسح المجال أمام التأويل والتقدير الشخصي لقادة العمليات العسكرية^(١).

فعلى سبيل المثال، تنص المادة (٢٧) من لوائح لاهاي على ضرورة «اتخاذ كل الإجراءات الممكنة» لتجنب المباني الثقافية والدينية الدمار أثناء الحصار والقصف، إلا أن هذه الصياغة لا ترقى إلى مستوى الالتزام القانوني الصارم، بل تُضفي طابعاً إرشادياً يترك هامشاً واسعاً للتقدير الذاتي للطرف المهاجم^(٢).

(1) Frits Kalshoven and Liesbeth Zegveld, Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law, Geneva: ICRC, 2011, pp. 32–33.

(2) Hague Regulations (1907), Article 27, in: Roberts, A. & Guelff, R. (Eds.), Documents on the Laws of War, Oxford University Press, 2000, p. 74.

ونتيجة لهذا الغموض، كثيراً ما استخدمت الدول أو الأطراف المسلحة هذه الصياغات الفضفاضة لتبرير استهداف منشآت ثقافية أو دينية بزعم تعذر الحماية أو ضرورة عسكرية ملحة.

وقد أشار عدد من الباحثين إلى أن غياب صياغة إلزامية واضحة في بعض المواضع من القانون الدولي الإنساني، خصوصاً تلك المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية، أدى إلى تقليص الحماية الفعلية لهذه الأعيان، خاصة في النزاعات التي تتسم بالفوضى والتقنيات العسكرية المتطورة^(١).

(٢) ضعف آليات الرقابة والمساءلة:

إلى جانب غموض الصياغة، عانت الاتفاقيات الدولية المبكرة، مثل لوائح لاهاي لعام ١٩٠٧م، من ضعف حاد في آليات الرقابة والمساءلة، ما حال دون تطبيقها بشكل فعال، ففي تلك الفترة، لم تكن قد أنشئت مؤسسات دولية دائمة مختصة بمحاسبة من ينتهك قواعد الحرب، كما لم يكن قد عُرف نظام قضائي جنائي دولي مثل المحكمة الجنائية الدولية أو حتى محكمة العدل الدولية ١٩٤٥م^(٢).

وقد سمح هذا الفراغ المؤسسي بوقوع انتهاكات جسيمة خلال الحربين العالميتين الأولى والثانية، خصوصاً في ما يتعلق بتدمير الممتلكات

(1) Bassiouni, M. Cherif. Protection of Cultural Property in Armed Conflict, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 98–102.

(2) Shaw, Malcolm N., International Law, 9th ed., Cambridge University Press, 2021, p. 1053.

الثقافية والدينية، دون أن تواجه هذه الانتهاكات بعقوبات قانونية فعالة أو آليات مساءلة منظمة^(١).

فحتى عندما كانت ترتكب جرائم كبرى، لم يكن هناك سوى الاعتماد على اتفاقات شرف أو قواعد عرفية غير قابلة للإنفاذ، وهو ما كشف بشكل واضح هشاشة النظام القانوني الدولي في تلك المرحلة؛ فعلى سبيل المثال، خلال الحروب النابليونية في أوائل القرن التاسع عشر، كان التعامل مع الأسرى والجرحى خاضعاً في الغالب للالتزامات شخصية من القادة العسكريين، ولم يكن هناك إطار قانوني ملزم يفرض حماية متساوية لهم^(٢).

كذلك، شهدت حرب القرم (١٨٥٣-١٨٥٦م) تجاوزات خطيرة ضد المدنيين والبنية التحتية، ولم يكن أمام الضحايا أي آلية قانونية دولية للإنصاف سوى مناشدة القوى الكبرى أخلاقياً^(٣).

كما أن الحرب الأهلية الأمريكية (١٨٦١-١٨٦٥م)، رغم صدور تعليمات لير كأول محاولة لتقنين قواعد سلوك القوات في الميدان، فإنها

(1) O'Keefe, Roger, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, Cambridge University Press, 2006, pp. 41-42.

(2) Howard, M., The Laws of War: Constraints on Warfare in the Western World, Yale University Press, 1994, p. 56.

(٣) اللجنة الدولية للصليب الأحمر، موجز تاريخ القانون الدولي الإنساني، جنيف، ٢٠١١م، ص ١٢.

ظلت مجرد مبادئ إرشادية مرتبطة بإرادة القيادة العسكرية، دون وجود التزام دولي عام يضمن تطبيقها^(١).

هذه الأمثلة التاريخية تبرز أن غياب منظومة قانونية دولية مُلزِمة آنذاك جعل ممارسات الحرب أقرب إلى الفوضى المنظمة، وهو ما مهد الطريق لظهور جهود هنري دونان والصليب الأحمر لاحقاً لتقنين قواعد إنسانية أكثر إلزاماً.

وقد أدّى هذا الضعف إلى تصاعد الدعاوات بعد الحرب العالمية الثانية نحو ضرورة تطوير النصوص القانونية وتفصيلها، وهو ما تمثل لاحقاً في اعتماد اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م، والبروتوكولات الإضافية، واتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية لعام ١٩٥٤م، التي جاءت نتيجة مباشرة لعدم كفاية الآليات السابقة، وللرغبة في تقوية البنية القانونية والمؤسسية لحماية المدنيين وممتلكاتهم خلال النزاعات المسلحة^(٢).

(٣) إغفال نسبي للبعد الإنساني في التطبيق:

رغم أن نصوص لاهاي لعام ١٩٠٧م تُعدّ متقدمة نسبياً من حيث الزمن والسياق السياسي الذي نشأت فيه، إلا أنها افتقرت إلى تضمين بعد إنساني صريح وشامل، إذ ركزت أساساً على تنظيم الوسائل

(١) Best, G., Humanity in Warfare, Columbia University Press, 1980, pp. 45-47.

(٢) إلياس خوري، القانون الدولي الإنساني وتطوره بعد الحرب العالمية الثانية، مجلة العلوم القانونية، العدد (١٧)، ٢٠١٨م، ص ١٢٣-١٢٥.

والأساليب الحربية أكثر من تركيزها على حماية الأفراد من ويلات الحرب، فقد تعاملت تلك النصوص مع الحرب بوصفها ظاهرة عسكرية محضة، لها قواعد تتعلق باستخدام القوة والسلوك الميداني، دون أن تُدرج بشكل كافٍ حقوق الضحايا المدنيين أو مفهوم المعاناة الإنسانية كعنصر رئيسي في بناء القواعد^(١).

هذا القصور في إدماج البعد الإنساني ظهر جلياً في ضعف التفصيل المتعلق بحماية الفئات الأولى بالرعاية كالنساء والأطفال، وكذلك في النظرة إلى الأعيان المدنية بوصفها ملحقمة بالمعركة لا جزءاً من النسيج الإنساني والثقافي الواجب احترامه، وقد أدركت الدول والمجتمعات الدولية لاحقاً هذا النقص، ما دفع إلى تطوير العرف الدولي والممارسة الفعلية لسد هذه الفجوة، ومن ثم ظهرت الحاجة إلى قواعد أكثر صرامة وإنسانية، كما تجلّى لاحقاً في اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م، التي أولت اهتماماً أكبر لحقوق الإنسان أثناء الحرب^(٢).

وقد أشار بعض الباحثين إلى أن قانون لاهاي يُمثل «قانون الحرب التقليدي»، بينما يُمثل قانون جنيف «قانون الضحايا»^(٣)، وهو ما

(1) Greenwood, Christopher, "Historical Development and Legal Basis," in Fleck, Dieter (Ed.), The Handbook of International Humanitarian Law, Oxford University Press, 2013, pp. 3–14.

(2) Doswald-Beck, Louise, Human Rights in Times of Conflict and Terrorism, Oxford University Press, 2011, p. 51.

(3) Sassòli, Marco, International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 23.

يعكس الحاجة إلى التكامل بين البعدين العسكري والإنساني، وهي ثنائية لم تكن حاضرة بوضوح في منظومة لاهاي الأولى.

رابعاً: دور القواعد العرفية الناشئة في ترسيخ مبدأ التمييز قبل التقنين الصريح:

(١) العرف العسكري كمصدر مكمل:

في القانون الدولي، يُعد العرف أحد المصادر الأساسية، بل إنه في فترات غياب النصوص الملزمة، يشكل المرجعية الوحيدة لسلوك الدول، وقد ساهمت أعراف الحرب المتراكمة عبر القرون في بلورة مبادئ التمييز قبل تدوينها.

من الأمثلة البارزة على هذا: تقاليد الفروسية في أوروبا القرون الوسطى، التي كانت تحظر ضرب من يُلقى سلاحه، أو مهاجمة الرهبان أو المستشفيات، وهي ممارسات تُعبّر عن إدراك بدائي لمفهوم التمييز^(١).

(٢) السوابق التاريخية ذات الدلالة:

قبل أن يُصاغ مبدأ التمييز ضمن أطر قانونية واضحة، برزت عدة سوابق تاريخية ذات دلالة، أسهمت في تشكيل الوعي الدولي بأهمية الفصل بين المقاتلين والمدنيين، وبين الأهداف العسكرية والممتلكات المحمية، ولعل من أبرز هذه السوابق ما حدث في معركة سولفيرينو

(1) Best, Geoffrey, War and Law Since 1945, Oxford University Press, 1994, p. 36.

عام ١٨٥٩م، حينما شهد رجل الأعمال السويسري هنري دونان المجازر التي لحقت بالجرحي والمدنيين من غير المشاركين في القتال، حيث تركوا دون رعاية طبية وسط ساحة المعركة، وقد شكّل هذا المشهد نقطة تحول في تاريخ القانون الدولي، إذ ألهم دونان تأسيس اللجنة الدولية للصليب الأحمر، والدعوة إلى وضع اتفاقيات دولية لحماية الجرحى، وهو ما تحقق لاحقاً في اتفاقية جنيف الأولى لعام ١٨٦٤م^(١).

وتُعد هذه المبادرة من أوائل الخطوات المؤسّسة لمبدأ التمييز، من خلال تكريس حماية خاصة لمن خرجوا من القتال بفعل الإصابة أو المرض.

وفي سياقٍ أسبق، وخلال الحروب النابليونية (١٧٩٩-١٨١٥م)، ظهرت في بعض الجيوش الأوروبية، ولا سيما الفرنسية والبريطانية، تعليمات غير مكتوبة تُوصي بعدم قصف المستشفيات أو الكنائس، خاصة في المدن الكبرى مثل فيينا وباريس وروما، ورغم أن هذه التعليمات لم تُدوّن أو تُقنّن في شكل اتفاقيات دولية ملزمة، إلا أنها عكست بداية وعي تكتيكي - وربما أخلاقي - بعدم تعميم العنف على الأماكن المقدسة والمرافق المدنية، بما يمكن اعتباره تمهيداً عرفياً لفكرة «التمييز» بين الأهداف في النزاعات المسلحة^(٢).

(1) Dunant, Henry, A Memory of Solferino, ICRC Publications, 1986 [originally published in 1862], pp. 20-47.

(2) Best, Geoffrey, War and Law Since 1945, Oxford University Press, 1994, p. 15.

وتُبرز هذه السوابق أن مبدأ التمييز لم ينبثق فجأة مع اتفاقيات لاهاي أو جنيف، بل هو ثمرة تراكم تاريخي وتجارب إنسانية أليمة، كان لها دور جوهري في بلورة قواعد القانون الدولي الإنساني المعاصر.

(٣) الانتقال من العرف إلى التقنين:

رغم الأهمية الكبيرة للأعراف العسكرية والتقاليد غير المكتوبة التي ظهرت خلال القرون السابقة، والتي أسهمت في ضبط بعض ممارسات الحرب - كعدم استهداف المستشفيات أو احترام الأماكن المقدسة - إلا أن هذه الأعراف بقيت محدودة الأثر وغير ملزمة، إذ افتقرت إلى طابع الإلزام القانوني، كما أنها كانت عرضة لاختلاف التأويلات وتباين الالتزام بها بين الجيوش والدول^(١).

وقد شكّلت هذه الفجوة أحد الدوافع المركزية لتطوير نظام قانوني مدوّن وواضح، يُعالج قصور الأعراف ويُرسّخ مبادئ قانونية مُلزمة لجميع أطراف النزاع.

ومن هذا المنطلق، جاء التطور التدريجي نحو تقنين مبدأ التمييز، حيث بدأت أولى الخطوات مع اتفاقيات جنيف الأولى (١٨٦٤م) الخاصة بالجرحى، ثم تبلورت قواعد أوضح ضمن اتفاقيات لاهاي لعام ١٨٩٩ و١٩٠٧م، رغم ما شابها من عمومية وغموض، وصولاً إلى الصياغة المتقدمة والمفصلة في اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م،

(1) Kalshoven, Frits & Zegveld, Liesbeth, Constraints on the Waging of War, Geneva: ICRC, 2011, pp. 25-27.

والبروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧ م، اللذين كرّسا مبدأ التمييز باعتباره قاعدة أساسية من قواعد القانون الدولي الإنساني^(١).

وقد نصّ البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧ م بوضوح في المادة (٤٨) على أن: «تتعهد أطراف النزاع في جميع الأوقات بالتمييز بين السكان المدنيين والمقاتلين... وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية، وبناءً عليه لا يجوز توجيه الهجمات إلا ضد الأهداف العسكرية»^(٢).

ويُعد هذا النصّ تنويجاً لمسار طويل من التطورات القانونية التي انتقلت بمبدأ التمييز من مستوى العرف والتوصية الأخلاقية إلى مستوى القاعدة القانونية الصريحة والملزّمة.

لقد مثّلت معاهدات لاهاي خطوة تأسيسية محورية في مسار تطور القانون الدولي الإنساني، حيث وُضعت خلالها أولى اللبنات القانونية لمبدأ التمييز بين الأهداف العسكرية والمدنية، وإن كانت هذه الصياغة لا تزال جزئية وضمنية، وتفتقر إلى الدقة المفاهيمية والصياغة الإلزامية التي تُميز القواعد الحديثة، ومع ذلك، فإن القيمة القانونية والتاريخية لمعاهدات لاهاي تكمن في كونها أول وثائق متعددة الأطراف تُعبّر عن

(1) Meron, Theodor, The Humanization of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 66-71.

(2) Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Protocol I), Article 48.

التزام دولي مكتوب يقيّد إطلاق العنف، ويُفرّق - ولو بشكل عام - بين الفئات المحمية والفئات المستهدفة أثناء النزاع^(١).

وقد ساهم العرف الدولي بدور مكمل وفاعل في تغطية جوانب القصور التي شابت هذه النصوص، من خلال ترسيخ ممارسات عملية - كعدم استهداف المنشآت الدينية أو المرافق الطبية - بما مهّد الطريق لاحقاً أمام تقنين هذه المبادئ ضمن اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م، وخصوصاً عبر البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م، اللذين نصّوا بوضوح على وجوب احترام مبدأ التمييز بوصفه قاعدة أساسية وملزمة في النزاعات المسلحة.

ولا يقتصر تأصيل مبدأ التمييز على التطور الغربي الذي بدأ مع معاهدات لاهاي، بل إن للفكر العربي والإسلامي إسهاماً مبكراً ومؤثراً في هذا المجال، حيث نجد أن قواعد السلوك في الحرب في الشريعة الإسلامية قد أرسّت منذ القرن السابع الميلادي مبادئ واضحة تلزم المقاتلين بتمييز الأهداف العسكرية عن غيرها، فقد أوصى الرسول ﷺ عند إرسال الجيوش ألا يُقتل شيخ كبير أو امرأة أو طفل، وألا تُقطع الأشجار أو تُهدم البيوت إلا لضرورة قصوى، وهو

(1) Greenwood, Christopher, "Historical Development and Legal Basis," in Fleck, Dieter (Ed.), The Handbook of International Humanitarian Law, Oxford University Press, 2013, pp. 3-14.

ما يعكس إدراكاً مبكراً لمفهوم التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين، وكذلك بين الأعيان العسكرية والمدنية^(١).

كما نجد في وصايا الخليفة أبي بكر الصديق لجيش أسامة بن زيد قواعد تضبط استخدام القوة، حيث أمرهم بعدم قتل الرهبان في الصوامع، وعدم الغدر أو التمثيل بالقتلى، وهو ما يُعد صياغة مبكرة لقواعد إنسانية سبقت في جوهرها ما تضمنته معاهدات لاهاي بقرون طويلة^(٢).

وقد تطور هذا البعد في الفقه الإسلامي عبر مؤلفات «أحكام أهل الذمة» لابن القيم، و«السير الكبير» لمحمد بن الحسن الشيباني، الذي يُعد من أوائل من وضعوا تقنيًا فقهياً لمسائل الحرب والسلام، مبرزاً ضرورة التفرقة بين المحارب وغير المحارب، وحماية الأسرى، وصون الممتلكات العامة والخاصة.

إن إدماج هذه المبادئ في الوعي التاريخي الإنساني يُظهر أن القانون الدولي الإنساني لم يكن نتاجاً حصرياً للتجربة الأوروبية الحديثة، بل هو امتداد لتقاليد إنسانية عالمية، شاركت فيها الحضارة العربية

(١) محسن بن عايض المطيري، دراسة مقارنة بين مواد القانون الدولي الإنساني وأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، المجلد (٣٩)، العدد (٤)، أكتوبر ٢٠٢٤م، ص ٨٨٤-٩٣٩.

(٢) وهبة الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٨م، ص ١١٢-١١٨.

والإسلامية بجهد رائد، ما يعزز البعد الكوني لمبدأ التمييز، ويجعله ثمرة تفاعل متعدد الثقافات والحضارات.

وعليه، فإن التطور الذي شهده هذا المبدأ من مجرد توصيات أخلاقية أو تقاليد عسكرية متفرقة، إلى قواعد قانونية ملزمة ذات طابع عالمي، يعكس تحولاً جوهرياً في فلسفة إدارة الحروب، ويجسد نزعة إنسانية متنامية نحو تقليص آثار العنف المسلح، وتوفير أكبر قدر من الحماية الممكنة للفئات غير المشاركة في الأعمال العدائية.



المبحث الثاني

تعزيز مبدأ التمييز في اتفاقيات جنيف (١٩٤٩م)
ومراحل تطوره اللاحقة

تمهيد وتقسيم:

مثّلت اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م نقطة تحوّل محورية في تاريخ القانون الدولي الإنساني، حيث جاءت استجابةً مباشرةً للفظائع التي شهدتها العالم خلال الحرب العالمية الثانية، وما خلفته من دمار هائل ومعاناة إنسانية غير مسبوقة، وقد اتسمت هذه الاتفاقيات بشمولها ووضوحها النسبي، وسعت إلى توسيع الحماية القانونية لتشمل فئات متزايدة من ضحايا النزاعات المسلحة، مع إرساء ضوابط أوضح لسلوك القوات المتحاربة.

ضمن هذا الإطار، بدأ مبدأ التمييز يكتسب ملامحه القانونية الأكثر تحديداً، لا سيما في اتفاقية جنيف الرابعة المعنية بحماية المدنيين، حيث ظهرت نصوص مباشرة أو ضمنية تؤكد ضرورة الفصل بين الأهداف العسكرية والمدنية، غير أن التحديات المتزايدة التي فرضتها الحروب غير التقليدية والتكنولوجيا العسكرية الحديثة دفعت المجتمع الدولي لاحقاً إلى تطوير هذا المبدأ في إطار البروتوكولات الإضافية لعام ١٩٧٧م.

لذلك، يتناول هذا المبحث مرحلتين رئيسيتين في تطور مبدأ التمييز: الأولى تتعلق باتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م، والثانية تُعنى

بالتطورات اللاحقة التي مهّدت لتقنين المبدأ بصورة أكثر صرامة في البروتوكولات اللاحقة.

المطلب الأول: مبدأ التمييز في اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م:

مثّلت اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م تطوراً نوعياً في تقنين القانون الدولي الإنساني، لا سيما في تعزيز الحماية للأشخاص غير المشاركين في الأعمال العدائية، وقد ظهرت بوادر مبدأ التمييز بشكل أكثر وضوحاً في هذه الاتفاقيات، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، وبالأخص في الاتفاقية الرابعة الخاصة بحماية المدنيين، وتُعدّ هذه الاتفاقيات استجابة للانتهاكات الواسعة التي ارتكبت أثناء الحرب العالمية الثانية، التي أثبتت عجز القواعد السابقة عن توفير حماية فعالة للمدنيين، ويتناول هذا المطلب أربع زوايا أساسية:

أولاً: خلفية تبني اتفاقيات جنيف الأربع بعد الحرب العالمية الثانية:

(١) إخفاق القواعد القديمة:

جاءت اتفاقيات جنيف الأربع كنتيجة مباشرة لتجارب مروعة عاشتها البشرية خلال الحرب العالمية الثانية، حيث شهدت تلك الفترة انتهاكات جسيمة ضد المدنيين وأسرى الحرب، وجرائم إبادة جماعية

(كالهولوكوست) وعمليات قصف جماعي للمدن، بما في ذلك هيروشما وناغازاكي^(١).

وكانت القواعد المنصوص عليها في معاهدات لاهاي (١٨٩٩ و١٩٠٧م)، إضافة إلى اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٩م، غير كافية، لغياب نصوص صريحة تلزم الأطراف المتحاربة بالتمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين، أو بين الأهداف العسكرية والمدنية^(٢).

(٢) السياق السياسي والحقوق:

بعد نهاية الحرب، شهد النظام الدولي صعوداً لقيم حقوق الإنسان، وتشكيل هيئة الأمم المتحدة، بالإضافة إلى تأسيس محاكم نورمبرغ وطوكيو^(٣) لمحاكمة مجرمي الحرب، مما أحدث تحولاً في نظرة الدول إلى

(1) Best, Geoffrey, War and Law Since 1945, Oxford University Press, 1994, pp. 53-55.

(٢) عمر حماد، القانون الدولي وتطور حماية المدنيين في النزاعات المسلحة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ٢٠١١م، ص ٨٩-٩١.

(٣) محكمة نورمبرغ (Nuremberg Tribunal): هي المحكمة العسكرية الدولية التي أنشئت بموجب «اتفاقية لندن» في ٨ أغسطس ١٩٤٥م لمحاكمة قادة ألمانيا النازية بعد الحرب العالمية الثانية. عُقدت جلساتها في مدينة نورمبرغ الألمانية، ووجهت إليها تهم جرائم ضد السلام، وجرائم حرب، وجرائم ضد الإنسانية. مثلت هذه المحكمة أول تجربة دولية منظمة لمحاكمة الأفراد عن الجرائم الدولية الجسيمة، وأسست لسابقة قانونية مهمة تمثلت في إقرار المسؤولية الجنائية الفردية للقادة السياسيين والعسكريين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي. انظر: محمود شريف بسيوني، القانون الجنائي الدولي: الجرائم الدولية والإجراءات، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ١١٥-١٢٠.

الحاجة لقانون إنساني شامل وفعال^(١).

وقد قادت اللجنة الدولية للصليب الأحمر جهود مراجعة وتوسيع اتفاقيات جنيف، مستفيدة من الزخم السياسي والحقوقى، وتم تبني الاتفاقيات الأربع في مؤتمر جنيف الدبلوماسي عام ١٩٤٩م بمشاركة أكثر من ٦٠ دولة^(٢).

ثانيًا: توسيع نطاق الحماية ليشمل فئات جديدة:

كان من أبرز ما جاءت به اتفاقيات جنيف الأربع: توسيع نطاق الحماية لتشمل فئات لم تكن تحظى بحماية كافية من قبل، في ترجمة لمبدأ التمييز وإن لم يُذكر بالاسم.

= ومحكمة طوكيو (Tokyo Tribunal): هي المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى التي أنشأها القائد الأعلى لقوات الحلفاء الجنرال «دوغلاس ماك آرثر» في ١٩ يناير ١٩٤٦م لمحكمة قادة اليابان بعد الحرب العالمية الثانية. انعقدت في العاصمة اليابانية طوكيو، ونظرت في جرائم الحرب التي ارتكبتها المسؤولون اليابانيون، بما في ذلك العدوان والجرائم ضد الإنسانية، إلى جانب جرائم الحرب التقليدية. وقد ساهمت، إلى جانب محكمة نورمبرغ، في ترسيخ فكرة القضاء الجنائي الدولي، وإن كانت قد تعرضت لانتقادات واسعة تتعلق بغياب الحياد وانتقائية العدالة. انظر: محمد سامي عبد الحميد، المحكمة الجنائية الدولية: دراسة في إطار القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ٤٥-٥٠.

(1) Bassiouni, M. Cherif, Introduction to International Criminal Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 175.

(2) Forsythe, David P., The Humanitarians: The International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, 2005, p. 123.

(١) الاتفاقية الأولى (الجرحى والمرضى في القوات المسلحة في الميدان):

تهدف هذه الاتفاقية إلى حماية الجنود الجرحى والمرضى الذين يخرجون عن دائرة القتال، بما يعكس إدراكًا قانونيًا بأن هؤلاء لم يعودوا يشكلون هدفًا عسكريًا مشروعًا^(١).

(٢) الاتفاقية الثانية (الجرحى والمرضى والغرقى في البحر):

توسّعت الاتفاقية الثانية لتشمل حماية طواقم السفن الحربية والغرقى، مؤكدة على مبدأ عدم استهداف العاجزين عن القتال، حتى في سياق المعارك البحرية^(٢).

(٣) الاتفاقية الثالثة (أسرى الحرب):

خصّصت الاتفاقية الثالثة حماية قانونية لأسرى الحرب، سواء من المقاتلين أو غير المقاتلين الذين وقعوا في الأسر، وفرضت على الدول التعامل معهم بكرامة، دون ممارسة العقوبات الجماعية أو القهرية، مما يترجم جوهر مبدأ التمييز بين المحارب والأسير^(٣).

(٤) الاتفاقية الرابعة (حماية المدنيين):

تُعَدّ الاتفاقية الرابعة الأكثر وضوحًا في ترجمة مبدأ التمييز، إذ تكرّس كامل أحكامها لحماية المدنيين في الأراضي المحتلة وفي مناطق

(١) اتفاقية جنيف الأولى لعام ١٩٤٩م، المادة (١٢).

(٢) اتفاقية جنيف الثانية، المادة (١٢).

(٣) اتفاقية جنيف الثالثة، المواد (١٣-١٧).

النزاع، وقد نصّت صراحة في مادتها الأولى على وجوب احترام وحماية الأشخاص الذين لا يشاركون في العمليات العدائية^(١).

ثالثاً: التحولات النوعية في حماية المدنيين والممتلكات المدنية من خلال نصوص اتفاقية جنيف الرابعة:

تمثل الاتفاقية الرابعة نقلة نوعية في القانون الدولي الإنساني، عبر تضمينها أحكاماً مباشرة تحظر الأفعال التي تستهدف المدنيين أو ممتلكاتهم دون مبرر عسكري مشروع.

(١) حظر العقوبات الجماعية:

تنص المادة (٣٣) على حظر العقوبات الجماعية، باعتبارها شكلاً من أشكال الانتقام غير التمييزي، والذي غالباً ما يستهدف مدنيين لا علاقة لهم بالأعمال العدائية^(٢).

(٢) حماية الممتلكات المدنية:

حظرت المادة (٥٣) تدمير الممتلكات الخاصة ما لم تبرره ضرورة عسكرية حتمية، مما يعكس تطبيقاً صريحاً لمبدأ التمييز في الشق المادي^(٣).

(١) اتفاقية جنيف الرابعة، المادة (٤).

(٢) اتفاقية جنيف الرابعة، المادة (٣٣).

(٣) اتفاقية جنيف الرابعة، المادة (٥٣).

(٣) منع الاحتجاز التعسفي:

أكدت المادة (٤٢) على ضرورة وجود مبررات قانونية لأي اعتقال، ومنعت الاحتجاز الجماعي أو بناءً على خلفية قومية أو دينية، وهو ما يتصل جوهرياً بالتمييز المشروع في ظل الحرب^(١).

(٤) منع أعمال الإرهاب:

المادة (٣٣) أيضاً حظرت أعمال الإرهاب الفردية أو الجماعية، سواء من قبل الدولة المحتلة أو المقاتلين، ما يُعزز من حماية المدنيين في إطار قواعد صارمة^(٢).

رابعاً: النصوص المباشرة وغير المباشرة التي تساهم في تطبيق مبدأ التمييز في الاتفاقيات الأربع:

(١) الإشارة إلى المدنيين:

تعترف الاتفاقيات، لا سيما الرابعة، بتعريف صريح للمدنيين باعتبارهم أشخاصاً «لا يشاركون مباشرة في الأعمال العدائية»، ويجب أن يتمتعوا بالحماية^(٣)، وقد نصّت المادة (٣) المشتركة، التي تُعد حجر الأساس في الاتفاقيات الأربع، على احترام الأشخاص غير المشاركين، وتوفير الحماية لهم دون تمييز.

(١) اتفاقية جنيف الرابعة، المادة (٤٢).

(2) ICRC, Commentary on the Fourth Geneva Convention, Geneva, 1958, pp. 225–226.

(3) ICRC, Customary International Humanitarian Law, Vol. I, Rule 5.

(٢) المواد التي تحظر الهجمات غير المميزة:

رغم أن اتفاقيات جنيف لا تتضمن قواعد تفصيلية للهجمات الجوية أو البرية كما فعلت لاحقاً البروتوكولات الإضافية، إلا أن روحها العامة تحظر:

- الهجمات العشوائية.

- القصف الذي لا يفرّق بين هدف عسكري ومدني.

- استعمال القوة المفرطة تجاه من لا يشكل تهديداً مباشراً.

ويفهم من ذلك أن الاتفاقيات تُلزم الدول عملياً باحترام مبدأ التمييز، حتى وإن لم تُصرّح به لغوياً^(١).

(٣) الأمثلة العملية من تاريخ التطبيق:

لقد استندت المحاكم الدولية لاحقاً إلى هذه الاتفاقيات كأساس قانوني لمحاكمة قادة عسكريين ارتكبوا مجازر بحق المدنيين، ففي محكمة رواندا الدولية، ومحكمة يوغوسلافيا السابقة، تم الاستناد إلى المادة (٣) المشتركة والمادة (١٤٧) من الاتفاقية الرابعة كمصدر لتجريم القتل غير المشروع والتدمير غير المبرر للممتلكات^(٢).

(1) Greenwood, Christopher, "The Law of Armed Conflict: Historical and Contemporary Perspectives," in The Changing Face of Conflict, ed. Hew Strachan, Oxford University Press, 2007, pp. 93-95.

(2) Prosecutor v. Tadić, ICTY, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 1999.

تُعد اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م نقطة تحول مفصلية في تاريخ القانون الدولي الإنساني، إذ نقلت المبادئ العامة التي كانت تُلمح إليها النصوص السابقة - كمعاهدات لاهاي - إلى نطاق التطبيق القانوني الملزم، وعلى الرغم من أن مبدأ التمييز لم يُذكر صراحة بالاسم في نصوص الاتفاقيات، إلا أن الروح العامة وأحكام الاتفاقية الرابعة، التي تُعنى بحماية المدنيين، كرّست هذا المبدأ من خلال تحديد الفئات المحمية، وضمان احترامها وعدم استهدافها خلال النزاعات المسلحة الدولية^(١).

وقد ساهم هذا التطور في تحويل المدني من كائن هامشي في الحرب إلى محور أساسي للحماية القانونية، بحيث أصبحت قواعد السلوك العسكري ملزمة بتمييز واضح بين من يشاركون في الأعمال العدائية ومن لا يشاركون فيها، كما أرست هذه الاتفاقيات أسسًا متقدمة للمساءلة القانونية، سواء على مستوى مسؤولية الدولة أو مسؤولية الأفراد، مما فتح المجال لاحقًا لظهور آليات المحاسبة الدولية، كالمحكمة الجنائية الدولية.

فقد جاءت المادة (٤٨) من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م لتؤكد القاعدة الأساسية في وجوب أن توجه أطراف النزاع عملياتها ضد الأهداف العسكرية فقط، وأن تميز في جميع الأوقات بين

(1) Pictet, Jean (Ed.), The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, Geneva: ICRC, 1960, Vol. IV, pp. 15-17.

السكان المدنيين والمقاتلين، وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية، كذلك نصّت المادة (٨٥) من البروتوكول ذاته على أن الانتهاكات الجسيمة لمبدأ التمييز تُعدّ جرائم حرب تستوجب المساءلة الفردية، وهذه النصوص لم تكتفِ بتأكيد الحماية النظرية للمدنيين، وإنما أرست أيضاً أسساً متقدمة للمساءلة القانونية، سواء على مستوى مسؤولية الدولة أو على مستوى مسؤولية الأفراد، وهو ما فتح المجال لاحقاً لظهور آليات المحاسبة الدولية، وفي مقدمتها المحكمة الجنائية الدولية.

ولم يقتصر تعزيز مبدأ التمييز على السياق الغربي والدولي، بل انعكس كذلك في المرجعيات الحقوقية الإسلامية الحديثة، حيث جاء البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام لعام ١٩٨١م (الصادر عن المجلس الإسلامي العالمي بلندن) ليؤكد أن حماية الإنسان وكرامته واجبة في السلم والحرب على السواء، وأنه لا يجوز الاعتداء على المدنيين أو غير المشاركين في القتال^(١).

كما نصّت المادة الثالثة من إعلان القاهرة لحقوق الإنسان في الإسلام لعام ١٩٩٠م (الصادر عن منظمة المؤتمر الإسلامي) على أن «في حالة استخدام القوة المسلحة لا يجوز قتل غير المحاربين كالنساء والأطفال والشيوخ، ولا يجوز تدمير المساكن أو المزارع أو المنشآت

(١) المجلس الإسلامي العالمي، البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام، لندن، ١٩٨١م.

المدينة»، وهو تأكيد صريح لمبدأ التمييز وتكريس لجوهره ضمن الإطار الإسلامي المعاصر^(١).

وهكذا، أصبح مبدأ التمييز حجر الزاوية في القانون الدولي الإنساني الحديث، ليس فقط كأداة لضبط العنف في النزاعات، بل كترجمة فعلية لفكرة مركزية الإنسان في القانون، وهو ما عزّز من شرعية هذا الفرع القانوني وديناميته المستمرة في مواجهة تحديات الحروب الحديثة.

المطلب الثاني: التطورات اللاحقة لمبدأ التمييز حتى البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م:

تطوّر مبدأ التمييز في القانون الدولي الإنساني تدريجيًا، ليأخذ أبعادًا أوسع وأوضح في سياق التغيرات المتسارعة التي طرأت على النزاعات المسلحة بعد الحرب العالمية الثانية، فعلى الرغم من التقدم الذي حققته اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م في ترسيخ بعض ملامح هذا المبدأ، إلا أن التطورات السياسية والتكنولوجية والعسكرية التي تلت ذلك أظهرت بجلاء قصور الإطار القانوني القائم آنذاك، وألحت على المجتمع الدولي بضرورة إعادة صياغة هذا المبدأ وتوسيعه، بما يتلاءم مع طبيعة الحروب الحديثة، وخصوصًا الحروب الداخلية وغير المتماثلة، وقد مثلت البروتوكولات الإضافية لعام ١٩٧٧م استجابة قانونية لهذا التحول،

(١) منظمة المؤتمر الإسلامي، إعلان القاهرة لحقوق الإنسان في الإسلام، القاهرة، ١٩٩٠م، المادة (٣).

يناقش هذا المطلب المرحلة التي سبقت تبني هذه البروتوكولات من خلال المحاور التالية:

أولاً: الحاجة إلى تطوير القانون الدولي الإنساني لمواجهة النزاعات المسلحة الحديثة:

(١) تصاعد النزاعات الداخلية وغير الدولية:

شهد العالم في مرحلة ما بعد ١٩٤٩ م تغييراً كبيراً في طبيعة النزاعات المسلحة؛ إذ انخفض عدد الحروب الكلاسيكية بين الدول، في مقابل ارتفاع عدد النزاعات غير الدولية، مثل الحروب الأهلية وحركات التحرر الوطني والصراعات الإثنية، وقد أكدت دراسات اللجنة الدولية للصليب الأحمر أن أكثر من ٨٠٪ من النزاعات في الفترة ما بين ١٩٤٥ و ١٩٧٥ م كانت نزاعات داخلية أو غير دولية^(١).

وقد كشفت هذه النزاعات عن ثغرات قانونية خطيرة؛ فالقانون الدولي الإنساني حينها كان موجّهاً أساساً للنزاعات المسلحة الدولية، في حين أن النزاعات الداخلية كانت تخضع فقط للمادة الثالثة المشتركة في اتفاقيات جنيف الأربع، وهي مادة عامة لا تتضمن قواعد تفصيلية تتعلق بمبدأ التمييز أو حماية المدنيين في إطار معقد مثل الحروب الأهلية^(٢).

(1) ICRC, Report on the Development of International Humanitarian Law, Geneva, 1975, p. 12.

(2) Greenwood, Christopher, "Scope of Application of Humanitarian Law," in The Handbook of International Humanitarian Law, Oxford University Press, 2013, pp. 61-65.

٢- حروب العصابات والحروب غير المتماثلة:

من أبرز التحديات التي واجهت تطبيق مبدأ التمييز في النصف الثاني من القرن العشرين هي حروب العصابات و«الحروب غير المتماثلة»، والتي ظهرت بوضوح في سياقات حركات التحرر الوطني، كما في حرب الجزائر ضد الاستعمار الفرنسي (١٩٥٤-١٩٦٢م)، وحرب فيتنام، وعدد من النزاعات في أمريكا اللاتينية، فقد تميزت هذه الحروب بعدم وجود جيوش نظامية تقليدية، إذ غالباً ما كان المقاتلون يرتدون الملابس المدنية، ويتخفون بين السكان، ما خلق صعوبات قانونية وعملية في التمييز بين المقاتلين الشرعيين والمدنيين المحميين^(١).

وقد دفع هذا الواقع المتغير العديد من الفقهاء إلى الحديث عن «منطقة رمادية» أو «تداخل متزايد بين المدني والمقاتل»، خاصة في الحالات التي يشارك فيها المدنيون بشكل جزئي أو متقطع في الأعمال العدائية، أو حين توظف الجماعات المسلحة البيئة السكانية كوسيلة حماية تكتيكية^(٢).

- (1) Greenwood, Christopher, "Customary Law Status of the 1977 Geneva Protocols," in Essays on the Modern Law of War, Manchester University Press, 1996, pp. 93-94.
- (2) Melzer, Nils, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, ICRC, Geneva, 2009, pp. 9-14.

وأمام هذه التحولات، لم تعد المعايير التقليدية التي وضعتها اتفاقيات لاهاي أو جنيف - مثل ارتداء زيٍّ موحد، أو حمل السلاح علناً - كافية لتمييز المقاتل من المدني، ما أوجد حاجة ملحة إلى تطوير التعريفات القانونية لمفهوم «المقاتل» و«المدني»، وابتكار صيغ أكثر مرونة تواكب واقع الحروب الحديثة.

وقد عكست البروتوكولات الإضافية لعام ١٩٧٧م هذا الاتجاه، حيث حاولت - لا سيما المادة (٥١) والمادة (٤٣) من البروتوكول الأول - تقديم معايير جديدة تراعي تغير طبيعة النزاعات، لكنها بقيت محلّ جدل بين الدول، لا سيما في ما يتعلق بمفهوم «المشاركة المباشرة في الأعمال العدائية» ومدى استمرار الحماية عند انخراط المدني في القتال^(١).

(٣) الإخفاق في حماية المدنيين:

أظهرت التجارب الميدانية في النزاعات غير التقليدية - ولا سيما في حروب العصابات والنزاعات غير الدولية - أن مبدأ التمييز، رغم ترسيخه في القانون الدولي الإنساني، قد أخفق في كثير من الأحيان في تحقيق الحماية الفعلية للمدنيين، ويعود هذا الإخفاق جزئياً إلى عدم التزام الدول والجماعات المسلحة بتطبيق هذا المبدأ على نحو صارم، لكنه يعود أيضاً إلى قصور القانون نفسه في تقديم إرشادات واضحة في

(1) Bothe, Michael; Partsch, Karl Josef; Solf, Waldemar A., New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, Martinus Nijhoff, 1982, pp. 273-280.

بعض الحالات المعقدة التي باتت شائعة في الحروب الحديثة، مثل وضع المقاتلين غير النظاميين، أو المدنيين المتعاونين مؤقتًا مع قوات مسلحة^(١).

وقد دلت تقارير منظمات إنسانية ودولية، مثل اللجنة الدولية للصليب الأحمر، على وجود «مناطق رمادية» في القانون، لا سيما عندما يتعلق الأمر بمدى استمرار الحماية المقررة للمدني إذا شارك في أعمال عدائية بشكل متقطع، أو عند استعمال المناطق المأهولة كمراكز عمليات قتالية، ما يُربك قواعد الاشتباك ويُضعف من فعالية التمييز القانوني بين المقاتل والمدني^(٢).

ويلاحظ أن جانبًا من الفقه يرى أن القانون الدولي الإنساني - في صورته الراهنة - لا يواكب تمامًا واقع الحروب الحديثة، إذ يقوم على افتراض نموذج مثالي من الفصل الواضح بين أطراف النزاع والقوى المسلحة، وهو افتراض لم يعد صالحًا في ظل النزاعات المعاصرة التي يختلط فيها المقاتلون بالمدنيين، وتتداخل فيها الاعتبارات العسكرية مع الأوضاع السكانية^(٣).

(1) Kellenberger, Jakob, "Speaking Out or Remaining Silent in Humanitarian Work," International Review of the Red Cross, Vol. 86, No. 855, 2004, pp. 573-580.

(2) Melzer, Nils, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under IHL, ICRC, 2009, pp. 46-50.

(3) Sassòli, Marco, International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 312.

ثانيًا: تأثير التطور التكنولوجي في الأسلحة على تطبيق مبدأ التمييز:

(١) ظهور أسلحة دقيقة وذكية:

مع التقدم التكنولوجي في العقود التي تلت الحرب العالمية الثانية، ظهرت أنواع جديدة من الأسلحة، مثل القنابل الموجهة، والطائرات بدون طيار، والصواريخ الذكية، الأمر الذي غير طبيعة ميدان القتال، ورغم أن هذه الأسلحة تتيح إمكانية أكبر للتمييز بين الأهداف العسكرية والمدنية، إلا أنها أثارت أسئلة قانونية وأخلاقية جديدة حول المسؤولية عند الخطأ، وحدود استخدام الذكاء الاصطناعي في اتخاذ القرار العسكري^(١).

(٢) أسلحة التدمير الشامل:

من جهة أخرى، كشفت بعض الحروب، مثل حرب فيتنام، عن استخدام أسلحة غير تمييزية بطبيعتها، مثل النابالم والقنابل العنقودية، مما أثار انتقادات واسعة وطرح تساؤلات حول مدى التزام أطراف النزاع بمبدأ التمييز في ظل استخدام تلك الأسلحة^(٢).

(1) Schmitt, Michael N., "Precision Attack and International Humanitarian Law," International Review of the Red Cross, Vol. 87, No. 859, 2005, pp. 445-466.

(2) Falk, Richard, The Vietnam War and International Law, Princeton University Press, 1972, Vol. 4, pp. 57-59.

(٣) الإشكاليات القانونية الجديدة:

أدى هذا التطور إلى الحاجة إلى تحديث المفاهيم التقليدية للتمييز، لأن القانون الدولي الإنساني القديم لم يتناول طبيعة الأهداف المحسوبة أو الهجمات السيبرانية، ومن هنا برزت الحاجة إلى وضع نصوص صريحة تحدد معيار التمييز في ظل الاستخدام التكنولوجي المتسارع^(١).

ثالثاً: المناقشات والجهود الدولية التي سبقت تبني البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م:

(١) المبادرات داخل اللجنة الدولية للصليب الأحمر:

بدأت اللجنة الدولية للصليب الأحمر منذ أوائل الستينيات حملة واسعة لمراجعة القانون الدولي الإنساني، وقد نظمت سلسلة من الاجتماعات بين خبراء قانونيين وممثلين عن الدول، لتحديد الثغرات القانونية القائمة، ووضع مسودات تمهيدية لنصوص جديدة^(٢).

وفي عام ١٩٧١م، أصدرت اللجنة مشروع البروتوكولين الإضافيين، اللذين استهدفا سدّ الفجوات في الحماية القانونية، لا سيما فيما يتعلق بالنزاعات غير الدولية ومبدأ التمييز.

(1) Dinstein, Yoram, The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict, Cambridge University Press, 2022, pp. 112–114.

(2) ICRC, Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions, Geneva, 1971.

(٢) الجدل الدبلوماسي بين الدول:

شهدت المؤتمرات التحضيرية التي سبقت مؤتمر جنيف عام ١٩٧٤-١٩٧٧م جدلاً واسعاً بين الدول الكبرى والدول النامية، خصوصاً فيما يتعلق بـ:

- تعريف المقاتل.
- شرعية حروب التحرير الوطني.
- مدى الحماية التي يستحقها المدني الذي يقدم دعماً لوجستياً لمجموعة مسلحة^(١).

ورغم الخلافات، فقد أجمعت الدول على أن القانون القائم لا يفي بحماية المدنيين، وأنه من الضروري تقنين مبدأ التمييز كحجر أساس في سلوك القتال، وهو ما تحقق لاحقاً في البروتوكولين^(٢).

(٣) التحول في الخطاب الدولي:

تزامنت هذه المناقشات مع بروز الخطاب الدولي لحقوق الإنسان، وظهور موجة من المطالب بتقرير حقوق الشعوب في تقرير المصير، وقد انعكس هذا المناخ الحقوقي على مسودة البروتوكولين، حيث

(1) Abi-Saab, Georges, The Specificities of the Law of Armed Conflict, Nijhoff, 1988, pp. 34-36.

(٢) اللجنة الدولية للصليب الأحمر، البروتوكولان الإضافيان لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م: التعليق على المواد الأساسية، جنيف، ١٩٨٧م، ص ٤٥.

ظهرت لأول مرة نصوص صريحة تُفرّق بين المدنيين والمقاتلين، وتُحرّم الهجمات العشوائية وغير المناسبة^(١).

رابعاً: دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في الدفع نحو تعزيز مبدأ التمييز:

(١) المبادرة القانونية والتقنية:

لعبت اللجنة الدولية للصليب الأحمر دوراً محورياً في صياغة البروتوكولين، حيث قامت بإعداد وثائق تمهيدية، ونظمت مشاورات موسعة، وضغطت على الدول الكبرى من أجل إدماج مبدأ التمييز صراحة في النصوص القانونية، وقد ساعدت خبرتها الطويلة في النزاعات على تقديم توصيات دقيقة مستندة إلى الواقع الميداني^(٢).

(٢) نشر الوعي القانوني:

أطلقت اللجنة برامج واسعة لنشر القانون الدولي الإنساني في الجيوش، والكيانات العسكرية، ودوائر القضاء، بل ونشرت شروحات مفصلة للبروتوكولين بعد تبنيهما، ما أسهم في جعل مبدأ التمييز من المبادئ المركزية في الفكر القانوني العسكري المعاصر^(٣).

(1) Roberts, Adam & Guelff, Richard (eds.), Documents on the Laws of War, Oxford University Press, 2000, pp. 385–387.

(2) Forsythe, David P., The Humanitarians: The International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, 2005, p. 156.

(3) ICRC, Commentary on the Additional Protocols of 1977, Geneva, 1987, Introduction, p. xxi.

(٣) تقارير التوثيق والرصد:

عمدت اللجنة أيضًا إلى توثيق الانتهاكات التي تقع ضد المدنيين في الحروب، وأصدرت تقارير سنوية تُبرز أهمية التمييز بين الأهداف المشروعة وغير المشروعة، وقد وظّفت هذه التقارير في الضغط الدولي لتحسين الامتثال، كما فعلت خلال حروب البلقان، وحرب أفغانستان، ومناطق الصراعات الإفريقية في السبعينيات^(١).

وقد شكّل ما قبل ١٩٧٧ م فترة حاسمة في تطور مبدأ التمييز، إذ انتقل هذا المبدأ من حيز التلميح الضمني في اتفاقيات جنيف إلى مطلب قانوني وأخلاقي لا غنى عنه، استدعى إعادة بناء الإطار القانوني من خلال البروتوكولات الإضافية، وقد أسهمت طبيعة النزاعات الجديدة، وتطور الأسلحة، وتوسع العمل الحقوقي، في إبراز الحاجة إلى تحديث المفاهيم الكلاسيكية للتمييز، بما يحمي المدنيين ويقيد الفعل العسكري، وكان للجنة الدولية للصليب الأحمر دور بارز في هذا التطور، سواء على المستوى القانوني أو الميداني، وأصبحت قاعدة التمييز اليوم من أركان القانون العرفي الدولي، التي لا يجوز مخالفتها، بغض النظر عن التزامات الدول التعاقدية.

(1) ICRC Annual Reports, 1970–1976.

المبحث الثالث

مبدأ التمييز في البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧ م
وتحديات التطبيق في النزاعات المعاصرة

تمهيد وتقسيم:

مثّل اعتماد البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧ م الملحقين باتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ م محطة فارقة في تاريخ القانون الدولي الإنساني، إذ جرى من خلالها تطوير وتقنين عدد من المبادئ الأساسية، وفي مقدمتها مبدأ التمييز، فقد جاء هذان البروتوكولان استجابةً للتغيرات المتسارعة في طبيعة النزاعات المسلحة، بما في ذلك تصاعد الحروب الأهلية، واستخدام أساليب قتال غير تقليدية، وتزايد استهداف المدنيين بشكل ممنهج.

البروتوكول الإضافي الأول ركز على النزاعات المسلحة الدولية، ووسّع التعاريف والتدابير الوقائية المرتبطة بحماية المدنيين والأعيان المدنية، بينما تميز البروتوكول الثاني بتكريس الحماية في النزاعات غير الدولية، التي لم تكن مشمولة بقدر كافٍ في الاتفاقيات السابقة، وقد تضمّن كلا البروتوكولين قواعد واضحة تُرسّخ مبدأ التمييز، مع فرض التزامات محددة على أطراف النزاع.

ومع ذلك، فإن تطبيق هذا المبدأ في الواقع العملي لا يزال يواجه تحديات قانونية وتقنية متعددة، خاصةً في ظل تطور أساليب القتال، واستخدام أسلحة ذكية، وتداخل صفات الأطراف المتحاربة. ومن

هنا، يسعى هذا المبحث إلى إبراز مضمون مبدأ التمييز في هذين البروتوكولين، ثم مناقشة التحديات التي تواجه تنفيذه، مع استشراف آفاق تعزيزه في المستقبل.

المطلب الأول: مبدأ التمييز في البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م:

مثل اعتماد البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٧٧م نقلة نوعية في تقنين وتوضيح مبدأ التمييز، الذي كان قد استقر في الأعراف والممارسة العملية، لكنه ظل مفتقراً إلى تفصيل قانوني دقيق، جاء البروتوكول الإضافي الأول ليغطي النزاعات المسلحة الدولية، بينما خصّ الثاني النزاعات غير الدولية، وقد قدّمَا معاً أكثر النصوص وضوحاً وتكاملاً بشأن التمييز بين المدنيين والمقاتلين، وبين الأهداف العسكرية والمدنية، وسعيًا لسد الثغرات التي ظهرت بعد الحرب العالمية الثانية والنزاعات اللاحقة، يتناول هذا المطلب بيان كيفية دمج مبدأ التمييز في هذين البروتوكولين، من خلال عنصرين رئيسيين:

أولاً: البروتوكول الإضافي الأول المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية:

(١) تعريف أكثر تفصيلاً للمدنيين والأعيان المدنية:

قدم البروتوكول الأول تعريفات دقيقة للمفاهيم الأساسية التي يستند إليها مبدأ التمييز، فقد نصّت المادة (٥٠) على أن «المدني هو كل

شخص لا ينتمي إلى الفئات المشار إليها في المادة (٤) (أ) من الاتفاقية الثالثة^(١) والمادة (٤٣) من هذا البروتوكول^(٢)، أي من لا يعتبر مقاتلاً

(١) المادة (٤) (أ) أسرى الحرب بالمعنى المقصود في هذه الاتفاقية هم الأشخاص الذين ينتمون إلى إحدى الفئات التالية، ويقعون في قبضة العدو: ١. أفراد القوات المسلحة لأحد أطراف النزاع، والمليشيات أو الوحدات المتطوعة التي تشكل جزءاً من هذه القوات المسلحة. ٢. أفراد المليشيات الأخرى والوحدات المتطوعة الأخرى، بمن فيهم أعضاء حركات المقاومة المنظمة، الذين ينتمون إلى أحد أطراف النزاع ويعملون داخل أو خارج إقليمهم، حتى لو كان هذا الإقليم محتلاً، على أن تتوفر الشروط التالية في هذه المليشيات أو الوحدات المتطوعة، بما فيها حركات المقاومة المنظمة المذكورة: (أ) أن يقودها شخص مسؤول عن مرؤوسيه، (ب) أن تكون لها شارة مميزة محددة يمكن تمييزها من بعد، (ج) أن تحمل الأسلحة جهراً، (د) أن تلتزم في عملياتها بقوانين الحرب وعاداتها. ٣. أفراد القوات المسلحة النظامية الذين يعلنون ولائهم لحكومة أو سلطة لا تعترف بها الدولة الحاجزة. ٤. الأشخاص الذين يرافقون القوات المسلحة دون أن يكونوا في الواقع جزءاً منها، كالأشخاص المدنيين الموجودين ضمن أطقم الطائرات الحربية، والمراسلين الحربيين، ومتعهدي التموين، وأفراد وحدات العمال أو الخدمات المختصة بالترفيه عن العسكريين، شريطة أن يكون لديهم تصريح من القوات المسلحة التي يرافقونها. ٥. أفراد الأطقم الملاحية، بمن فيهم القادة والملاحون ومساعدوهم في السفن التجارية وأطقم الطائرات المدنية التابعة لأطراف النزاع، الذين لا ينتفعون بمعاملة أفضل بمقتضى أي أحكام أخرى من القانون الدولي. ٦. سكان الأراضي غير المحتلة الذين يحملون السلاح من تلقاء أنفسهم عند اقتراب العدو لمقاومة القوات الغازية دون أن يتوفر لهم الوقت لتشكيل وحدات مسلحة نظامية، شريطة أن يحملوا السلاح جهراً وأن يراعوا قوانين الحرب وعاداتها.

(٢) تنص المادة (٤٣) على أنه: «١. تتكون القوات المسلحة لطرف النزاع من كافة القوات المسلحة والمجموعات والوحدات النظامية التي تكون تحت قيادة مسؤولة عن سلوك مرؤوسيه قبل ذلك الطرف حتى ولو كان ذلك الطرف =

وفق التصنيف القانوني^(١).

وبذلك، وسّع البروتوكول نطاق الحماية ليشمل كل من لا يشارك مباشرة في الأعمال العدائية، كما عرّفت المادة (٥٢) الأعيان المدنية بأنها «جميع الأعيان التي ليست أهدافاً عسكرية»، مؤكدة على مبدأ أنه إذا ثار الشك حول ما إذا كانت عين ما تكرر عادة لأغراض مدنية مثل مكان العبادة أو منزل أو أي مسكن آخر أو مدرسة، إنما تستخدم في تقديم مساهمة فعالة للعمل العسكري، فإنه يفترض أنها لا تستخدم كذلك^(٢).

وقد ساعد هذا التحديد على إزالة الغموض الذي كان يكتنف المفاهيم السابقة، حيث لم يكن واضحاً من هو «المدني» أو ما هو «الهدف المشروع»، وهو ما أدى في النزاعات السابقة إلى انتهاكات واسعة بذريعة غموض المعيار.

= ممثلاً بحكومة أو سلطة لا يعترف الخصم بها، ويجب أن تخضع مثل هذه القوات المسلحة لنظام داخلي يكفل فيما يكفل اتباع قواعد القانون الدولي التي تطبق في النزاع المسلح. ٢. عد أفراد القوات المسلحة لطرف النزاع (عدا أفراد الخدمات الطبية والوعاظ الذي تشملهم المادة (٣٣) من الاتفاقية الثالثة) مقاتلين بمعنى أن لهم حق المساهمة المباشرة في الأعمال العدائية. ٣. إذا ضمت القوات المسلحة لطرف في نزاع هيئة شبه عسكرية مكلفة بفرض احترام القانون وجب عليه إخطار أطراف النزاع الأخرى بذلك».

(١) البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م، المادة (٥٠).

(٢) البروتوكول الإضافي الأول، المادة (٥٢).



(٢) حظر الهجمات المباشرة والعشوائية على المدنيين والأعيان المدنية:

أوضح البروتوكول الأول في المادة (٥١) (٤) والمادة (٥٢) (١) أن الهجمات التي لا تميز بين الأهداف العسكرية والمدنية تُعد محظورة، فالهجوم العشوائي يُعرّف بأنه «الهجوم الذي لا يُوجّه ضد هدف عسكري محدد، أو الذي يستخدم وسائل لا يمكن حصر آثارها».

كما نصت المادة (٥١) (٥) على أن من بين الأمثلة على الهجمات المحظورة تلك التي تسبب في خسائر غير متناسبة في صفوف المدنيين بالنسبة للميزة العسكرية المتوقعة، وهو ما يُعرف بمبدأ التناسب المرتبط بالتمييز^(١).

ويمثل هذا النص تحولاً واضحاً في القانون الدولي، من مجرد منع استهداف المدنيين إلى وضع معيار للتقييم الميداني للضرر، ما أتاح للمحاكم الدولية لاحقاً محاسبة مرتكبي الجرائم ضد المدنيين حتى إن ادّعوا وجود أهداف عسكرية في محيطهم.

(٣) الالتزامات المتعلقة بتدابير الاحتياط في الهجوم:

فرض البروتوكول الأول التزامات إيجابية على أطراف النزاع باتخاذ تدابير احتياطية، كجزء من التزامهم بالتمييز. وقد نصت المادة (٥٧) على ضرورة اتخاذ جميع الاحتياطات الممكنة للتحقق من أن الأهداف المهاجمة هي أهداف عسكرية فعلاً، واختيار الوسائل والأساليب التي تقلل من الخسائر في صفوف المدنيين^(٢).

(١) البروتوكول الإضافي الأول، المادة (٥١)، الفقرة (٥).

(٢) البروتوكول الإضافي الأول، المادة (٥٧).

كما أوجبت على المهاجمين إلغاء أو تأجيل الهجوم إذا تبين أن الهدف ليس عسكرياً أو أن الخسائر المدنية ستكون غير متناسبة، وقد شكلت هذه المادة أساساً للمساءلة في قضايا عديدة أمام المحاكم الدولية مثل قضية «تاديش»^(١).....

(١) يُعتبر دوشكو تاديتش (مواليد ١ أكتوبر ١٩٥٥ م، البوسنة والهرسك، يوغوسلافيا السابقة) أول شخص يُحاكم أمام المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، ما جعل قضيته محطة تأسيسية في مسار العدالة الجنائية الدولية، كان تاديتش عضواً في الحزب الديمقراطي الصربي في كوزاراك، وشارك ضمن قوات شبه عسكرية موالية للصرب خلال النزاع في البوسنة (١٩٩٢-١٩٩٥ م)، وقد ارتبط اسمه بجرائم ارتكبت في مقاطعة برييدور، خصوصاً في معسكرات الاعتقال الشهيرة مثل عمرسكا وترنوبولي وكيراتيرم، التي شهدت أعمال تعذيب وقتل واضطهاد ممنهج ضد المدنيين البوسنيين المسلمين.

في فبراير ١٩٩٤ م أُلقت الشرطة الألمانية القبض على تاديتش في ميونيخ، حيث وُجهت إليه ٣٤ تهمة شملت: ١٢ تهمة بارتكاب جرائم ضد الإنسانية، ١٢ تهمة بارتكاب انتهاكات جسيمة لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ م، ١٠ تهمة بارتكاب انتهاكات لقوانين وأعراف الحرب، وخلال المحاكمة، أثرت قضايا قانونية محورية، فقد دفع الدفاع بعدم شرعية تأسيس المحكمة من قبل مجلس الأمن استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات، مدعياً أن المجلس - باعتباره جهازاً تنفيذياً - لا يملك سلطة إنشاء هيئة قضائية، إلا أن المحكمة قررت أن لها الحق في تأكيد اختصاصها، وأن إنشاءها من قبل مجلس الأمن كان مشروعاً باعتباره إجراءً ضرورياً لحفظ السلم والأمن الدوليين بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، كما كانت مسألة حماية الشهود من أبرز التحديات، فقد اعتمدت المحكمة تدابير استثنائية مثل إخفاء الهوية وتشويه الصوت والصورة، ما أثار جدلاً حول التوازن بين حماية الشهود وضمان حقوق الدفاع، القاضي ستيفن عارض هذه الإجراءات واعتبرها انتقاصاً من حق المتهم في مواجهة الشهود مباشرة، وفي ٧ مايو ١٩٩٧ م، قضت الدائرة الابتدائية بإدانة تاديتش في ٩ تهمة =

..... أمام المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة^(١).

(٤) حظر التجويع كأسلوب للحرب:

في إطار الحماية الإنسانية الموسعة، حظرت المادة (٥٤) استخدام التجويع كسلاح ضد المدنيين، سواء من خلال منع الغذاء أو تدمير مصادره، كما جرّمت مهاجمة الأعيان التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين مثل المياه، والحقول، والمخازن الغذائية^(٢).

ويُعد هذا الحظر من التطبيقات الموسّعة لمبدأ التمييز، حيث يُنظر إلى وسائل القتال نفسها باعتبارها قد تكون مخالفة إذا كان أثرها يطل المدنيين بشكل مباشر.

(٥) حماية البيئة الطبيعية:

في خطوة متقدمة، تناولت المادة (٥٥) حماية البيئة، ونصت على منع الهجمات التي تسبب أضرارًا واسعة النطاق وطويلة الأمد وشديدة على البيئة الطبيعية، لما لذلك من أثر غير مباشر على حياة المدنيين^(٣).

= وإدانتَه جزئيًا في تهمتين أخريين، وحُكم عليه بالسجن ٢٠ عامًا، لاحقًا، عند الاستئناف، أُدين بعدة تهم إضافية، وأكدت مسؤوليته عن المشاركة في سياسة اضطهاد واسعة النطاق ضد المدنيين.

(1) Prosecutor v. Tadić, ICTY, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 1999.

(٢) البروتوكول الإضافي الأول، المادة (٥٤).

(٣) البروتوكول الإضافي الأول، المادة (٥٥).

وقد جاء هذا النص كرد فعل على استخدام مبيدات واسعة النطاق في فيتنام^(١)، والتي أضرت بالزراعة والبيئة، وأثرت على المدنيين عقوداً بعد الحرب، ويعكس هذا الطرح توسعاً لمبدأ التمييز ليشمل ليس فقط الأشخاص والأعيان، بل أيضاً البيئة التي يعيشون فيها.

ثانياً: البروتوكول الإضافي الثاني المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية:

(١) تطبيق مبدأ التمييز في النزاعات الداخلية:

على خلاف اتفاقيات جنيف، التي اقتصرت بالمادة الثالثة المشتركة لتغطية النزاعات غير الدولية، قدّم البروتوكول الثاني إطاراً قانونياً موسعاً وملزماً لهذه النزاعات، ونص بشكل صريح على تطبيق مبدأ التمييز.

فقد أكدت المادة (١٣) (٢) أنه «يجب ألا يكون السكان المدنيون محل هجوم»، ولا يجوز استخدام العنف ضدهم، وهذا النص يُعد بمثابة «تأصيل» لمبدأ التمييز في الحروب الأهلية، والتي كثيراً ما تجاهلت قواعد الحرب^(٢).

(١) عادل عبد العال، حماية البيئة في ظل القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص ١٤٥-١٥٠.

(٢) البروتوكول الإضافي الثاني، المادة (١٣).

ويمثل هذا تقدماً بالغ الأهمية، خاصة في ظل تصاعد عدد النزاعات الداخلية في إفريقيا وآسيا وأمريكا اللاتينية خلال النصف الثاني من القرن العشرين، حيث كانت الحكومات كثيراً ما تتذرع بسيادتها لارتكاب انتهاكات دون رادع قانوني.

(٢) أهمية المادة (١٣) من البروتوكول الثاني في حماية السكان المدنيين:

تُعد المادة (١٣) حجر الزاوية في البروتوكول الثاني، فقد كرّست مبدأ أن المدنيين لا يجوز أن يكونوا هدفاً للهجمات، وفرضت حظراً مطلقاً على أعمال الإرهاب والانتقام ضدهم.

كما نصت على أن الحماية المدنية تبقى سارية «ما لم يشارك المدني مباشرة في الأعمال العدائية»، ما يعني أن التمييز بين المشارك وغير المشارك يجب أن يكون دائماً ماثلاً أمام القوات المقاتلة، وأي خطأ في ذلك يعد انتهاكاً جسيماً^(١).

(٣) الفروقات بين تطبيق المبدأ في النزاعات الدولية وغير الدولية:

رغم أن البروتوكولين يتفقان من حيث الجوهر، فإن هناك فروقات جوهرية في التطبيق، تتصل بالطبيعة القانونية للنزاعات:

- في البروتوكول الأول، يُعد انتهاك مبدأ التمييز جريمة حرب، ويمكن مساءلة القادة عنها دولياً.

(1) ICRC, Commentary on the Protocols Additional to the Geneva Conventions, Geneva, 1987, p. 1454.

- في البروتوكول الثاني، لا توجد آلية دولية إلزامية للرقابة، ولا تلتزم الدول بنفس الدرجة، نظرًا لأنه يتعلق بأراضيها وسيادتها^(١).

كما أن البروتوكول الثاني لا يشمل تفصيلاً للآليات التنفيذية والجزاءات، ولا يُعرّف المقاتل بدقة، مما يضعف قابلية تطبيق التمييز مقارنة بالنزاعات الدولية، التي تحظى بإطار مؤسسي أقوى.

مثل تقنين مبدأ التمييز في البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م تطوراً جوهرياً في بنية القانون الدولي الإنساني، فقد انتقل المبدأ من مجرد توجيه أخلاقي أو قاعدة عرفية إلى نصوص صريحة، واضحة، قابلة للتطبيق، ووسّع المشرع الدولي نطاق المبدأ ليشمل:

- ليس فقط الأفراد، بل الأعيان والبيئة والموارد.

- ليس فقط النزاعات الدولية، بل الحروب الأهلية، والتي تُعد أكثر فتكاً بالمدنيين.

ورغم التحديات في تطبيق مبدأ التمييز، خاصة في النزاعات غير المتماثلة أو التي تضم أطرافاً غير تقليدية، فإن وجود هذه النصوص يُعد أساساً مرجعياً مهماً للمحاسبة والمساءلة، وللضغط على الدول والجماعات المسلحة للامتثال لقواعد الحرب الإنسانية.

(1) Greenwood, Christopher, "Scope of Application of Humanitarian Law," in The Handbook of International Humanitarian Law, Oxford University Press, 2013, pp. 74-76.

المطلب الثاني: تحديات تطبيق مبدأ التمييز في النزاعات المعاصرة وآفاق المستقبل:

يُعد مبدأ التمييز (Principle of Distinction) أحد الأعمدة الأساسية للقانون الدولي الإنساني، إذ يفرض على أطراف النزاع ضرورة التمييز الدائم بين المقاتلين والمدنيين، وبين الأهداف العسكرية والممتلكات المدنية، وعدم تعريض المدنيين للأذى أو جعلهم محلاً للهجوم^(١).

ومع تعقد طبيعة النزاعات المعاصرة، ازدادت التحديات المرتبطة بتطبيق هذا المبدأ ميدانياً، مما أضعف من فاعليته، وأدى إلى تكرار الانتهاكات الخطيرة في ساحات القتال.

أولاً: التحديات القانونية:

(١) تداخل صفة المقاتل والمدني:

أحد أبرز التحديات القانونية يتمثل في طمس الحدود الفاصلة بين المدنيين والمقاتلين، خصوصاً في النزاعات غير الدولية التي تنتشر فيها الجماعات المسلحة والميليشيات غير النظامية، فالعديد من الأفراد قد يشاركون في العمليات العدائية دون أن يرتدوا زياً مميزاً أو ينتموا لجيش نظامي، مما يصعب تحديد صفتهم القتالية في اللحظة المناسبة^(٢).

(1) Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Vol. I, Cambridge University Press, 2005, Rule 1.

(٢) عبد العزيز عمر، القانون الدولي الإنساني وتحديات النزاعات المسلحة الحديثة، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٢٠م، ص ١٤٢.

وقد أشار البروتوكول الإضافي الأول في اتفاقيات جنيف (١٩٧٧م) إلى ضرورة أن يحمل المقاتلون علامة مميزة يمكن رؤيتها من بعيد^(١)، إلا أن الجماعات المسلحة نادراً ما تلتزم بذلك، بل كثيراً ما تعتمد الاندماج في صفوف المدنيين أو العودة إلى الحياة المدنية فور تنفيذ عمليات عسكرية، مما يربك التقدير القانوني لطبيعة الفرد ويضع المدنيين في دائرة الاستهداف العرضي.

(٢) تفسير مفهوم «الميزة العسكرية الملموسة والمباشرة»:

ينص القانون الدولي الإنساني على أن الهجمات يجب أن توجه لتحقيق «ميزة عسكرية ملموسة ومباشرة»، وهو شرط أساسي في التقييم المسبق لأي عمل عسكري، خاصة عند توقع أضرار جانبية^(٢). إلا أن تفسير هذه العبارة يظل غامضاً، وتختلف تقديرات القادة العسكريين تبعاً للظروف، ما يفتح المجال لانتهاكات واسعة تحت غطاء الغموض المفاهيمي.

وقد أكدت اللجنة الدولية للصليب الأحمر أن المعنى العملي للميزة العسكرية لا يجب أن يُفهم بشكل فضفاض يسمح بالهجوم على أهداف مدنية بحجة المنفعة العسكرية المستقبلية أو غير المحددة^(٣).

(1) Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Protocol I), Article 44(3).

(2) International Committee of the Red Cross (ICRC), Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under IHL, Geneva, 2009.

(3) ICRC, Commentary on the First Geneva Convention, Cambridge University Press, 2016, p. 537.

(٣) صعوبة التمييز بين الأعيان العسكرية والمدنية في المناطق المأهولة:

في النزاعات داخل المدن، تصبح عملية التمييز بين الأهداف العسكرية والبنى التحتية المدنية معقدة للغاية، حيث يتركز المقاتلون داخل مناطق سكنية أو يستخدمون مرافق مدنية كمخابئ ومراكز قيادة^(١).

مثل هذه الممارسات تعرض المدنيين لخطر مباشر، وتدفع القوات المهاجمة لاتخاذ قرارات صعبة قد تنتهي بمجازر أو تدمير غير مشروع.

وقد وثقت منظمات مثل «هيومن رايتس ووتش» و«العفو الدولية» حالات متعددة استخدمت فيها أطراف النزاع مستشفيات أو مدارس لأغراض عسكرية، مما حوّل هذه المنشآت إلى أهداف «مشروعة» حسب تأويل بعض العسكريين^(٢).

(٤) صعوبة وضع عقوبات على الجماعات المسلحة في الحروب الأهلية والإلزام بها:

تمثل مطالبة الجماعات المسلحة غير النظامية بالامتثال لقواعد التمييز وإخضاعها لآليات مساءلة فعّالة أحد أكبر التحديات، فهذه الجماعات غالباً ما تفتقد للهيكلية القانونية والتنظيمية التي تسمح

(١) محمد محمود، أثر النزاعات المسلحة الحضرية على حماية المدنيين، مجلة القانون والسياسة، العدد (٣٤)، ٢٠٢٢م، ص ٢١١.

(2) Amnesty International, 'Death Everywhere': War Crimes and Human Rights Abuses in Aleppo, 2016.

بفرض عقوبات داخلية أو إدماجها في نظم قضائية دولية؛ كما أن المشاركة السياسية لبعضها أو غياب الاعتراف الدولي بها يعرقل إمكانية الملاحقة الجنائية الدولية أو تطبيق آليات الضغط الدبلوماسي التقليدية، إضافة إلى ذلك، فإن افتقار الضحايا في داخل الدولة إلى إمكانية الوصول إلى آليات إنفاذ دولية فعّالة، ووجود مخاوف من تفاقم النزاع عند محاولة فرض عقوبات أو تدخل قضائي خارجي، يجعل من ربط المسألة بالالتزام بمبدأ التمييز أمراً صعب التطبيق عملياً^(١).

ثانياً: التحديات العملية والتقنية:

(١) استخدام الدروع البشرية:

تتمثل إحدى أخطر الانتهاكات في استخدام المدنيين كدروع بشرية من قبل الجماعات المسلحة، حيث يُجبرون على التواجد في مواقع استراتيجية لحماية الأهداف العسكرية من القصف^(٢).

هذا الأسلوب يُربك حسابات القوات النظامية، إذ يجعل أي هجوم محتملاً لإيقاع خسائر بشرية جسيمة بين المدنيين.

(١) محمود شريف بسيوني، القانون الجنائي الدولي: الجرائم الدولية والإجراءات، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ٤٩.

(2) Human Rights Watch, Under Fire: Israel's Use of White Phosphorus in Gaza, 2009.

وفي حالات عديدة، امتنعت القوات الدولية أو الحكومية عن قصف مواقع عسكرية مؤكدة بسبب تركز مدنيين فيها، بينما وقعت في حالات أخرى انتهاكات فادحة عندما لم يُراعَ وجود هؤلاء المدنيين^(١).

(٢) استخدام التكنولوجيا الحديثة في الحرب:

شهدت السنوات الأخيرة تصاعداً في استخدام الوسائل التكنولوجية المتقدمة في الحروب، مثل الطائرات المسيّرة (Drones) وأنظمة الأسلحة المستقلة (Autonomous Weapons)، مما أحدث فجوة خطيرة في مسألة التمييز، فغياب العنصر البشري عن بعض مراحل القرار العسكري يعوق التقدير الدقيق لمشروعية الهدف، ويزيد من خطر الخطأ في الاستهداف^(٢).

وقد دعت منظمة «هيومن رايتس ووتش» إلى فرض حظر على تطوير الأسلحة الفتاكة ذاتية التشغيل، مؤكدة أن تلك الأنظمة لا تملك القدرة على التمييز الأخلاقي أو القانوني بين الأهداف^(٣).

(1) Dapo Akande, "Clearing the Fog of War? The ICRC's Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities," International and Comparative Law Quarterly, Vol. 59, 2010, pp. 180–189.

(2) Peter Asaro, "On Banning Autonomous Weapon Systems: Human Rights, Automation, and the Dehumanization of Lethal Decision-Making," International Review of the Red Cross, Vol. 94, No. 886, 2012.

(3) Human Rights Watch, Losing Humanity: The Case Against Killer Robots, 2012.

(٣) صعوبة جمع الأدلة وإثبات الانتهاكات:

يواجه المجتمع الدولي تحديات كبيرة في توثيق انتهاكات مبدأ التمييز، خاصة في المناطق التي ترفض فيها الأطراف المتحاربة دخول مراقبين أو تحقيقات مستقلة، وتفتقر بعض الصراعات الحديثة إلى الحد الأدنى من الشفافية، ما يصعب مهمة المنظمات الإنسانية والهيئات القضائية في توثيق الجرائم الحربية، وبالتالي إفلات الجناة من العقاب^(١).

وفي هذا السياق، تلعب تقنيات الاستشعار عن بعد، وتحليل الصور الملتقطة عبر الأقمار الصناعية، دورًا متزايدًا في رصد الأضرار وتحديد المواقع المستهدفة، لكنها تبقى أدوات مساعدة لا تغني عن الشهادة البشرية الميدانية.

ثالثًا: آفاق المستقبل:

(١) تعزيز دور المحكمة الجنائية الدولية في متابعة الانتهاكات:

ينبغي تعزيز قدرة المحكمة الجنائية الدولية على ملاحقة مرتكبي جرائم الحرب، خاصة تلك المرتبطة بانتهاك مبدأ التمييز، وقد نص نظام روما الأساسي على اعتبار «شن هجمات متعمدة ضد المدنيين» جريمة حرب تستوجب العقاب^(٢).

(1) Kassem, Ghada. Challenges of Investigating War Crimes in Syria, Geneva Academy Brief, 2021.

(2) Rome Statute of the International Criminal Court (1998), Article 8(2)(b)(i).

ومع ذلك، يظل تطبيق هذا الاختصاص معلقاً على تعاون الدول الأطراف، وغالباً ما يُعاق تنفيذ الإجراءات القضائية بسبب العوائق السياسية أو رفض بعض الدول الاعتراف بولاية المحكمة، مثل الولايات المتحدة وإسرائيل وروسيا^(١).

(٢) تطوير القواعد القانونية لمواجهة التحديات التكنولوجية:

لا بد من تحديث القانون الدولي الإنساني ليتماشى مع التحولات السريعة في تكنولوجيا الحرب، فالقواعد التقليدية القائمة منذ اتفاقيات جنيف لا تواكب تطور الأسلحة الذكية والأنظمة الذاتية، مما يُضعف من فاعلية الحماية القانونية للمدنيين^(٢).

وقد دعت العديد من الهيئات، من بينها اللجنة الدولية للصليب الأحمر، إلى عقد مؤتمرات دبلوماسية خاصة لتعديل البروتوكولات الحالية، وإدخال بنود جديدة تنظم استخدام الذكاء الاصطناعي والأسلحة المستقلة في النزاعات^(٣).

- (1) William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2017, pp. 130–137.
- (2) Marco Sassòli, International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare, Edward Elgar Publishing, 2019.
- (3) ICRC, Ethical and Legal Challenges of Military Decision-Making on Lethal Autonomous Weapon Systems, Geneva, 2021.

(٣) التعليم والتوعية بمبادئ القانون الدولي الإنساني:

تظل التوعية القانونية من الوسائل الأساسية لتعزيز الالتزام بمبدأ التمييز، وذلك من خلال دمج مبادئ القانون الدولي الإنساني في المناهج العسكرية والمدنية، وقد أثبتت التجربة أن تدريب القادة والجنود على قواعد التمييز يقلل بشكل كبير من احتمالات الانتهاك^(١).

وفي هذا السياق، تسهم بعض المبادرات، مثل برنامج «المدارس الآمنة» التابع للأمم المتحدة، في نشر ثقافة احترام المدنيين وحماية المنشآت التعليمية أثناء النزاعات المسلحة^(٢).

(٤) دور المجتمع الدولي والمنظمات غير الحكومية:

تُعد الضغوط السياسية والدبلوماسية إحدى الوسائل الفعالة لحث الأطراف المتنازعة على احترام مبدأ التمييز، وتلعب المنظمات غير الحكومية، مثل «أطباء بلا حدود» و«العفو الدولية»، دورًا محوريًا في توثيق الانتهاكات ومناصرة الضحايا^(٣).

وبذلك يُظهر تحليل التحديات التي تواجه تطبيق مبدأ التمييز في النزاعات المسلحة المعاصرة أن القانون وحده لا يكفي ما لم يُدعم بإرادة سياسية وآليات فعالة للرصد والمحاسبة، وفي ظل التطور

(١) محمد عودة، القانون الدولي الإنساني والتدريب العسكري: دراسة تقييمية، مجلة جامعة نايف للعلوم الأمنية، ٢٠٢١م، مج. ٤٠، ع. ٢، ص ٧٨-٩١.

(2) United Nations, Safe Schools Declaration, 2015.

(3) Médecins Sans Frontières (MSF), Medical Care Under Fire, 2018.

التكنولوجيا والعسكري المتسارع، يصبح من الضروري تحديث القواعد القانونية وتعزيز أدوات التنفيذ العملي، إلى جانب غرس ثقافة احترام القانون في أوساط العسكريين وصناع القرار، ولتحقيق ذلك، لا بد من تعاون دولي متكامل، ومساهمة فعالة من الهيئات القضائية والمنظمات الإنسانية، لضمان احترام جوهر هذا المبدأ: حماية المدنيين من ويلات الحرب.

الخاتمة

يُعد مبدأ التمييز أحد الأعمدة الأساسية التي يقوم عليها القانون الدولي الإنساني، وقد مرّ هذا المبدأ بمراحل تطويرية متدرجة، بدأت من إشارات عامة في معاهدات لاهاي، مروراً بصياغة أكثر وضوحاً في اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م، وصولاً إلى تقنيته بشكل شامل ومباشر في البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م، وتكشف هذه المراحل عن وعي متنامٍ بأهمية الفصل بين المقاتلين والمدنيين، والأعيان العسكرية والمدنية، بما يعكس تطور الضمير الإنساني وتنامي الالتزامات الدولية لحماية الفئات غير المشاركة في النزاعات المسلحة.

غير أن السياقات المعاصرة للنزاعات المسلحة تطرح تحديات غير مسبوقة أمام تطبيق هذا المبدأ، سواء من حيث تطور طبيعة الحرب (غير المتماثلة، الداخلية، التكنولوجية)، أو من حيث قصور بعض القواعد القانونية التقليدية في مواكبة هذه التحولات، ومن هنا، فإن تعزيز فعالية هذا المبدأ لا يمكن أن يتم إلا من خلال إصلاحات قانونية، وتدابير وقائية، وآليات محاسبة صارمة، إلى جانب نشر الوعي الإنساني والقانوني على نطاق واسع.

أولاً: النتائج:

١. التطور القانوني لمبدأ التمييز كان تراكمياً، بدأ بإشارات عامة في معاهدات لاهاي (١٨٩٩ و ١٩٠٧م)، ثم توسّع في اتفاقيات جنيف،

حتى تم تقنينه بشكل صريح ومباشر في البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧ م.

٢. مبدأ التمييز يشكل أحد المبادئ الثلاثة الأساسية للقانون الدولي الإنساني، إلى جانب مبدأي الضرورة العسكرية والتناسب، وهو ضروري لحماية المدنيين وتفادي المعاناة غير الضرورية في النزاعات المسلحة.

٣. اتفاقية جنيف الرابعة والبروتوكول الإضافي الأول قدّما نقلة نوعية في حماية المدنيين، من خلال تعريفات دقيقة وحظر صريح للهجمات العشوائية، وفرض التزامات وقائية على أطراف النزاع.

٤. البروتوكول الإضافي الثاني شكّل تطوراً نوعياً من حيث تطبيق مبدأ التمييز في النزاعات غير الدولية، وهو ما يُعدّ استجابة لواقع الحروب الأهلية المتزايدة بعد الحرب العالمية الثانية.

٥. تطبيق مبدأ التمييز في النزاعات المعاصرة يواجه تحديات متعددة، منها القانونية (كغموض مفاهيم قانونية)، والعملية (كالتقنيات الحديثة، والدروع البشرية)، ما يستدعي تجديد أدوات القانون.

٦. المنظمات الدولية، وعلى رأسها اللجنة الدولية للصليب الأحمر، لعبت دوراً محورياً في تطوير هذا المبدأ، ودفع الدول لاعتماده في صكوك قانونية حديثة.

ثانيًا: التوصيات:

١. إضافة مادة ملزمة في هذه الاتفاقية تنص على اشتراط تضمين عقود بيع الأسلحة التزامًا واضحًا بتدريب الأطراف المستفيدة ومستخدمي هذه الأسلحة على مبادئ القانون الدولي الإنساني، ولا سيما مبدأ التمييز بين المدنيين والمقاتلين والأعيان المدنية والعسكرية، وذلك بهدف الحد من الانتهاكات التي تقع بسبب الجهل أو التجاهل لهذه القواعد.
٢. ضرورة تطوير القواعد القانونية لمواكبة التحولات التكنولوجية والعسكرية الحديثة، وخاصة فيما يتعلق باستخدام الذكاء الاصطناعي والطائرات المسيّرة في النزاعات المسلحة.
٣. تعزيز صلاحيات المحكمة الجنائية الدولية لملاحقة انتهاكات مبدأ التمييز بوصفها جرائم حرب، والعمل على تيسير سبل إثبات هذه الانتهاكات من خلال آليات دولية متخصصة.
٤. تضمين مبادئ القانون الدولي الإنساني، وعلى رأسها مبدأ التمييز، في المناهج العسكرية والتعليمية للدول، وتدريب أفراد القوات المسلحة على تطبيقها ميدانيًا.
٥. تشجيع الدول غير المصادقة على البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م على الانضمام إليهما، من أجل تعزيز عالمية الحماية القانونية لمبدأ التمييز.

٦. تمكين المنظمات غير الحكومية والجهات الرقابية الدولية من رصد الانتهاكات بشكل مستقل، وتقديم الدعم الفني والقانوني لتوثيق الجرائم المتعلقة بعدم التمييز في النزاعات.

٧. تعزيز التعاون الدولي بين الدول والمنظمات الدولية والإقليمية، من خلال عقد مؤتمرات دورية لمراجعة التحديات الجديدة التي تواجه مبدأ التمييز، وتحديث قواعد السلوك وفقاً لذلك.

قائمة المراجع

أولاً: قائمة المراجع باللغة العربية:

١. إبراهيم شريف، القانون الدولي الإنساني - مبادئ وتطبيقات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥م.
٢. إلياس خوري، القانون الدولي الإنساني وتطوره بعد الحرب العالمية الثانية، مجلة العلوم القانونية، العدد (١٧)، ٢٠١٨م.
٣. عادل عبد العال، حماية البيئة في ظل القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م.
٤. عبد العزيز عمر، القانون الدولي الإنساني وتحديات النزاعات المسلحة الحديثة، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٢٠م.
٥. عمر حماد، القانون الدولي وتطور حماية المدنيين في النزاعات المسلحة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ٢٠١١م.
٦. اللجنة الدولية للصليب الأحمر، البروتوكولان الإضافيان لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م: التعليق على المواد الأساسية، جنيف، ١٩٨٧م.
٧. اللجنة الدولية للصليب الأحمر، التعليقات على البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م، جنيف، ١٩٨٧م.
٨. اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القانون الدولي الإنساني: أسس ومبادئ، جنيف، ٢٠١١م.
٩. اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القانون الدولي الإنساني: مبادئه وقواعده، جنيف، ٢٠١٥م.
١٠. اللجنة الدولية للصليب الأحمر، موجز تاريخ القانون الدولي الإنساني، جنيف، ٢٠١١م.

١١. المجلس الإسلامي العالمي، البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام، لندن، ١٩٨١م.
١٢. محسن بن عايض المطيري، دراسة مقارنة بين مواد القانون الدولي الإنساني وأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، المجلد (٣٩)، العدد (٤)، أكتوبر ٢٠٢٤م.
١٣. محمد سامي عبد الحميد، المحكمة الجنائية الدولية: دراسة في إطار القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
١٤. محمد عودة، القانون الدولي الإنساني والتدريب العسكري: دراسة تقييمية، مجلة جامعة نايف للعلوم الأمنية، ٢٠٢١م، مج. ٤٠، ع. ٢.
١٥. محمد محمود، أثر النزاعات المسلحة الحضرية على حماية المدنيين، مجلة القانون والسياسة، العدد (٣٤)، ٢٠٢٢م.
١٦. محمود شريف بسيوني، القانون الجنائي الدولي: الجرائم الدولية والإجراءات، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٣م.
١٧. منظمة المؤتمر الإسلامي، إعلان القاهرة لحقوق الإنسان في الإسلام، القاهرة، ١٩٩٠م.
١٨. وهبة الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٨م.

ثانياً: قائمة المراجع باللغة الأجنبية:

19. **Abi-Saab**, Georges, The Specificities of the Law of Armed Conflict, Nijhoff, 1988.
20. **Amnesty International**, 'Death Everywhere': War Crimes and Human Rights Abuses in Aleppo, 2016.
21. **Bassiouni**, M. Cherif, Introduction to International Criminal Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

22. **Bassiouni**, M. Cherif, Protection of Cultural Property in Armed Conflict, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
23. **Best**, Geoffrey, War and Law Since 1945, Oxford University Press, 1994.
24. **Bothe**, Michael; Partsch, Karl Josef; Solf, Waldemar A., New Rules for Victims of Armed Conflicts, Martinus Nijhoff, 1982.
25. **Bugnion**, François, The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims, Macmillan, 2003.
26. **Cryer**, Robert et al., An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, 2019.
27. **Dapo Akande**, "Clearing the Fog of War? The ICRC's Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities," International and Comparative Law Quarterly, Vol. 59, 2010.
28. **Dinstein**, Yoram, The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict, Cambridge University Press, 2022.
29. **Doswald-Beck**, Louise, Customary International Humanitarian Law, Volume I, Cambridge University Press, 2005.
30. **Doswald-Beck**, Louise, Human Rights in Times of Conflict and Terrorism, Oxford University Press, 2011.
31. **Dunant**, Henry, A Memory of Solferino, ICRC Publications, 1986 [originally 1862].
32. **Falk**, Richard, The Vietnam War and International Law, Princeton University Press, 1972.
33. **Forsythe**, David P., The Humanitarians: The International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, 2005.
34. **Frits Kalshoven & Liesbeth Zegveld**, Constraints on the Waging of War, Geneva: ICRC, 2011.



35. **Greenwood**, Christopher, various articles in: Essays on the Modern Law of War (Manchester University Press, 1996), The Handbook of International Humanitarian Law (Oxford University Press, 2013), and The Changing Face of Conflict (Oxford University Press, 2007).
36. **Hague Conventions and Regulations (1907)**, various articles, in: Roberts & Guelff (eds.), Documents on the Laws of War, Oxford University Press.
37. **Henckaerts**, Jean-Marie & Doswald-Beck, Louise, Customary International Humanitarian Law, Vol. I, ICRC/Cambridge University Press, 2005.
38. **Human Rights Watch**, Losing Humanity: The Case Against Killer Robots, 2012.
39. **Human Rights Watch**, Under Fire: Israel's Use of White Phosphorus in Gaza, 2009.
40. **ICRC**, Commentaries on the Geneva Conventions and Additional Protocols, various volumes and editions.
41. **ICRC**, Customary International Humanitarian Law, Vol. I.
42. **ICRC**, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, Geneva, 2009.
43. **ICTY**, Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-A, Judgment of 15 July 1999.
44. **Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck**, Customary International Humanitarian Law, Vol. I, Cambridge University Press, 2005.
45. **Kassem**, Ghada, Challenges of Investigating War Crimes in Syria, Geneva Academy Brief, 2021.

46. **Kellenberger**, Jakob, "Speaking Out or Remaining Silent in Humanitarian Work," International Review of the Red Cross, Vol. 86, No. 855, 2004.
47. **Marco Sassòli**, International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare, Edward Elgar Publishing, 2019.
48. **Médecins Sans Frontières (MSF)**, Medical Care Under Fire, 2018.
49. **Melzer**, Nils, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, ICRC, Geneva, 2009.
50. **Meron**, Theodor, The Humanization of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
51. **O'Keefe**, Roger, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, Cambridge University Press, 2006.
52. **Oxford English Dictionary**, "Distinction", Oxford University Press, 2023.
53. **Peter Asaro**, "On Banning Autonomous Weapon Systems," International Review of the Red Cross, Vol. 94, No. 886, 2012.
54. **Pictet**, Jean (Ed.), The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, Geneva: ICRC, 1960.
55. **Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Protocol I)**, Articles 44, 48.
56. **Roberts**, Adam & Guelff, Richard (eds.), Documents on the Laws of War, Oxford University Press, 2000.
57. **Rome Statute of the International Criminal Court (1998)**, Article 8(2)(b)(i).



58. **Schmitt**, Michael N., "Precision Attack and International Humanitarian Law," International Review of the Red Cross, Vol. 87, No. 859, 2005.
59. **Shaw**, Malcolm N., International Law, 9th ed., Cambridge University Press, 2021.
60. **UNESCO**, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (1954), Articles 1-4.
61. **United Nations**, Safe Schools Declaration, 2015.
62. **William A. Schabas**, An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2017.



مفاهيم قانونية في انتقال ملك المبيع

عرض ونقد فقهي

Legal Concepts in the Transfer of Ownership of the Subject Matter of Sale

An Exposition and a Jurisprudential Critique

د. عبد العزيز بن محمد بن عبد الله الناصر

الأستاذ المشارك في المعهد العالي للقضاء

Dr. Abdul Aziz Ibn Muhammad Ibn Abdullah Al-Naser

Associate Professor at the Higher Institute of Judiciary

amalnasser@imamu.edu.sa

المقدمة

الحمد لله، وصلى الله وسلم على رسول الله، محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهداه، أما بعد:

فلما كانت حاجة الإنسان تتعلق بما في يد غيره، وقد لا يبذله بغير عوض؛ أحل الله البيع؛ ليصل كل واحد منهما إلى غرضه، ودفع حاجته^(١).

وعقد البيع أهم عقود المعاملات المالية، وهو جنس يشمل أنواعاً عديدة، والمقصود الأصلي منه المبيع، لأنه هو الذي ينتفع به، والتمن وسيلة للمبادلة؛ لأنه في الغالب من النقود التي لا ينتفع بها بالذات بل بواسطة التوصل بها إلى المقاصد؛ بمنزلة الآلات^(٢).

ولما كان انتقال ملك^(٣) المبيع هو أهم آثار البيع ومقتضياته، فقد رغبت أن أبحث جملة من المفاهيم القانونية المتصلة به؛ مما وقفت عليه ورأيت أنه بحاجة إلى دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. والله الموفق للصواب، وعليه التوكل والاعتماد.

أهمية الموضوع:

يكتسب الموضوع أهميته مما يأتي:

- (١) انظر: المغني لابن قدامة ٦/ ٧.
- (٢) انظر: التلويح على التوضيح للتفتازاني ١/ ٢١٧.
- (٣) بالكسر أفصح. انظر: تهذيب الأسماء واللغات للنووي ٤/ ١٤٢.

١. أهمية عقد البيع في حياة الناس؛ إذ لا يكاد يخلو أحد من كونه بائعاً أو مبتاعاً.

٢. تعلقه بانتقال ملك المبيع الذي هو المقصود الأساس من البيع.

٣. الرغبة في إحاطة المستجدات القانونية بالدراسات الفقهية.

مشكلة البحث:

مدى توافق جملة من المفاهيم التي تضمنتها القوانين المدنية بشأن انتقال ملك المبيع مع أحكام الفقه الإسلامي.

الدراسات السابقة:

الدراسات المتعلقة بعقد البيع وآثاره كثيرة، إلا أني لم أجد -بعد البحث- دراسة نقدية لأحكام انتقال ملك المبيع في القوانين المدنية على ضوء الفقه الإسلامي؛ وبخاصة أنها تتعلق بأبواب متفرقة.

منهج البحث:

سلك في هذا البحث مناهج بحثية متنوعة، من أبرزها المنهج الاستقرائي في تتبع المفاهيم القانونية ذات الصلة بموضوع البحث، والمنهج النقدي في دراستها.

وفي دراسة كل موضوع أبدأ بالعرض القانوني، مورداً ما في القانون المدني المصري، وما ذكره شراحه، ثم ما ورد في نظام المعاملات المدنية والأنظمة الأخرى، وقد سلك هذا الترتيب

مراعاة للتسلسل التاريخي، نظراً لكون القانون المدني المصري هو الأقدم. ثم أتبع ذلك بالنقد الفقهي، وأختمه باقتراح ما تظهر مناسبتة على ضوء الدراسة الفقهية.

واتبعت في كتابة البحث الإجراءات المعتادة في كتابة مثل هذه البحوث من حيث التوثيق والتعليق.

خطة البحث:

قسمت البحث إلى مقدمة وتمهيد وستة مباحث وخاتمة، على النحو الآتي:

المقدمة:

وفيها أهمية الموضوع ومشكلة البحث والدراسات السابقة ومنهج البحث وخطة.

التمهيد.

المبحث الأول: هل المبيع هو حق الملكية؟

المبحث الثاني: هل نقل الملكية التزام على البائع؟

المبحث الثالث: مدى صحة تعليق نقل ملكية المبيع.

المبحث الرابع: مدى صحة بيع ملك الغير بإجازة المشتري؛ مع عدم انتقال الملكية.

المبحث الخامس: مدى ملكية المشتري الثاني للعقار؛ بالسبق في التسجيل.

المبحث السادس: مدى ملكية المشتري الثاني حسن النية للمنقول؛ بالحيازة.

وتحت كل مبحث مما سبق مطلبان: الأول في العرض القانوني، والثاني في النقد الفقهي.

ثم الخاتمة:

وفيها النتائج والتوصيات.

ثم المراجع.

وأسأل الله التوفيق والسداد.

التمهيد

ثمة أوضاع ورسوم معينة تتعلق بانتقال ملكية المبيع في القوانين المدنية، تمتُّ بصلة إلى القوانين القديمة، كالقانون الروماني والقانون الفرنسي القديم، وغيرها، ونظراً لكون تلك القوانين نتاج آراء وأفكار بشرية فقد كانت تتدرج وتتغير في الأحكام من طور إلى طور، وتتلقى القوانين اللاحقة كثيراً من التقاليد عن القوانين السابقة، ويبقى تفسير طائفة من الأحكام فيها يرجع إلى اعتبارات تاريخية.

وعلى سبيل المثال فقد ذكر الشراح أن البائع لم يكن يلتزم في العهود الأولى بنقل الملكية، بل كان يلتزم بنقل حيازة هادئة للمشتري، وارتبط بذلك ضمان البائع للتعرض الذي يقع على المشتري في المبيع، وقد تركت تلك التقاليد التاريخية طابعها ظاهراً في القوانين المدنية وألقت بظلالها حتى على القوانين الحديثة، ومن ذلك مثلاً انفراد دعوى ضمان التعرض والاستحقاق عن غيرها بطائفة من الأحكام^(١).

وهذا الفهم لفلسفة القانون وطبيعته، وكونه لا يعدو أن يكون مستمداً من أفكار مجردة، يفسر كثيراً من المفاهيم التي اشتملت عليها القوانين، وتبقى ضرورة ملحّة إلى وجود معيار توزن به تلك المفاهيم والأفكار البشرية، ولا بد أن يكون ذلك المعيار هو الوحي المنزل من

(١) تعرض البائع هو ما يصدر عنه مما يحول - كلياً أو جزئياً - دون انتفاع المشتري بملكية المبيع، وتعرض الغير هو ادعاؤه حقاً في المبيع سابقاً على العقد. انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنيهوري ٤/ ٦٢٠ و٦٢٦ و٦٤١.

عند الحكيم العليم اللطيف الخبير سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى، وما استنبطه العلماء منه من أحكام تتعلق بأفعال المكلفين، وذلك أن الملك حكم شرعي إجماعاً، ويتبع الأسباب الشرعية^(١).



(١) انظر: حاشية ابن الشاط على الفروق ٣/ ٢٣٢.

المبحث الأول

هل المبيع هو حق الملكية؟

المطلب الأول: العرض القانوني:

يقول السنهوري (ت ١٣٩١هـ): «المبيع ليس هو الشيء ذاته، بل هو الحق فيه، فتباع الدار أو يباع حق الملكية في الدار، وقد يباع حق ارتفاق على الدار أو حق انتفاع فيها، على أن المألوف إذا كان المبيع هو حق الملكية في الدار أن يقال: تباع الدار دون أن يذكر حق الملكية، فإذا كان المبيع حقاً دون حق الملكية كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق شخصي ذكر الحق المبيع بالذات»^(١).

وفي المقصود بالمبيع ذكر «أن المبيع قد يكون حق ملكية، وهو الغالب، وقد يكون حقاً عينياً آخر متفرعاً من حق الملكية ..»^(٢).

وورد في القانون المدني المصري التزام البائع بـ «نقل الحق المبيع» إلى المشتري^(٣).

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤ / ١٩١ (حاشية).

(٢) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤ / ٤٠٥، ونحوه في الحيازة، هل تقع على الشيء نفسه أو على حق الملكية والحقوق الأخرى؟ انظر: ٩ / ٧٨٦، وانظر: عقد البيع للزقرد ص ٨٨.

(٣) انظر: المادة (٤٢٨) من القانون المدني المصري الصادر عام ١٩٤٨م

وعلى هذا فالقانونيون يرون أن المبيع هو حق الملكية، وليس الشيء الذي تنتقل ملكيته، فإذا بعت سيارة فمحل البيع هو حق ملكية السيارة، وليس السيارة نفسها.

ولذلك جاءت تسمية مجموعة عقد البيع وما ضُمَّ إليه في القانون المدني المصري بأنها: العقود التي تقع على الملكية^(١).

وعبر بعض الشراح بأن الملكية هي محل العقد^(٢).

وعدتها المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المصري: الموضوع الذي يرد عليه العقد، وعبرت عن البيع بأنه من العقود التي ترد على الملكية^(٣).

وكذلك نظام المعاملات المدنية؛ فقد سمي مجموعة عقد البيع والعقود التي معه: العقود الواردة على الملكية، وهذه التسمية مبنية على ما سبق.

كما أن النظام حين قرر أحكام المحل في العقد بوصفه من مصادر الالتزام عبر بأن محل الالتزام يصح أن يكون «نقل حق عيني»^(٤)،

(١) انظر: القانون المدني المصري: العقود التي تقع على الملكية.

(٢) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ١١ / ٤.

(٣) نقلاً عن المرجع السابق ١٢ / ٤.

(٤) انظر: المادة (٧٠) من نظام المعاملات المدنية.

ومثاله حق الملكية، إذ إنه من الحقوق العينية الأصلية^(١)، وهذا جارٍ على ما سبق من ورود عقد البيع على حق الملكية عند القانونيين.

على أن النظام في مواضع أخرى يعبر بما يفهم منه أن المحل في عقد البيع هو الشيء المبيع نفسه، كاشتراطه في محل الالتزام أن يكون معيناً بذاته أو بنوعه أو مقداره أو قابلاً للتعيين^(٢)، فإن ورود هذه الأوصاف على الشيء المبيع أوضح من ورودها على حق الملكية.

المطلب الثاني: النقد الفقهي:

لا يختلف تعبير الفقهاء في إضافة البيع والشراء إلى المال المعقود عليه نفسه، فهو محل العقد، وعقد البيع يرد عليه، فالعقد في بيع الدار يرد على الدار نفسها وليس على حق الملكية فيها.

ويعبرون عن محل العقد بالمبيع أو المعقود عليه أو المثلث، كقولهم في شروط البيع: «كون المبيع - أي المعقود عليه ثمناً كان أو مثمناً - مالاً»^(٣).

بل هذا هو الوارد في لسان الشرع أيضاً، كما في قوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ﴾ [سورة يوسف: ٢٠]، وقوله ﷺ: «من باع نخلاً...» الحديث^(٤).

(١) انظر: المادة (٢٦) من نظام المعاملات المدنية.

(٢) انظر: المادة (٧٢) من نظام المعاملات المدنية، والمادة (١٣٣) من القانون المدني المصري.

(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٧/٢.

(٤) أخرجه البخاري (٢٢٠٤) ومسلم (١٥٤٣).

والقول بأن المبيع ليس هو الشيء ذاته بل هو حق الملكية فيه لا حاجة له؛ من وجوه:

الأول: ما سبق من أن المبيع حقيقةً هو المال المعقود عليه.

الثاني: أن هذا اللفظ «حق الملكية» لم يرد على ألسنة الفقهاء مطلقاً لهذا المعنى، بل يعبرون بالملك، والملك ليس هو حق الملك، «والعبارة الكاشفة عن حقيقة الملك أنه حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة»^(١)، «وحقوق الملك تتبع الملك»^(٢)، وهي كالشرب والطريق ونحو ذلك^(٣)، ولها أمثلة أخرى.

الثالث: أن هذه الإضافة لا تخلو من إيهام في المعنى، فإن إضافة الحق إلى الملكية تحتمل أمرين:

أولهما: أن تكون من قبيل إضافة الشيء إلى سببه، فيكون معناها الحق الذي سببه الملك، كما سبق من حصة الماء والطريق ونحو ذلك، وكقول القانونيين: إن حق الملكية يخول الاستعمال والاستغلال والتصرف، ولا يظهر لي أن هذا هو المراد عندهم.

(١) الفروق للقرافي ٢٠٨/٣.

(٢) بدائع الفوائد لابن القيم ٣/١ وفيه التفريق بين حقوق الملك وحقوق المالك.

(٣) انظر: لسان العرب لابن منظور ٧/٢٩١، والمستدرک على مجموع فتاوى ابن تيمية ٤/٨٥ وأعلام الموقعين لابن القيم ٢/٤٧٠ و٥/٢٩ و٣٢١ وأوردوا ذلك في سياق إثبات شفعة الجوار، وانظر المادة (٩٥٤) و(٩٥٥) من مجلة الأحكام العدلية.

ثانيهما: أن تكون من قبيل إضافة الشيء إلى نفسه، كما يقال: يوم الخميس، فيكون معناها أن الملكية نفسها هي الحق^(١)، وكأن هذا هو مرادهم، لكن الأجود أن يقال: الملك؛ كما هو تعبير الفقهاء، لأن التعبير بحق الملك يرد عليه أمران:

١. أن تسمية الملك الحاصل فعلاً حقاً فيه نظر؛ فإن الملك يختلف عن حقوق الملك، كما سبق.

٢. أن هذه الإضافة توهم أن المراد الحق في أن يملك، أي حق التملك، وهو مجرد الإمكان والصلاحيّة للملك^(٢)، وهو ما عبر عنه الفقهاء بقولهم: مَنْ ملك أن يملك^(٣)، أو: من انعقد له سبب المطالبة بالملك^(٤)، ويقوي هذا الإيهام أن الحقوق العينية الأخرى عندهم جارية على هذا المعنى، فحق الانتفاع يعني الحق في أن يتنفع، وحق الاستعمال يعني الحق في أن يستعمل، وحق السكنى يعني الحق في أن يسكن، وهكذا، لكن حق الملكية يعني عندهم الملك لا الحق في أن يملك.

ويلحظ أن القانونيين يخالفون الفقهاء في اصطلاحهم بالحق، فهم من جهة: يجعلون الملك الحاصل فعلاً حقاً - كما سبق -، ومن جهة

(١) من معاني الحق في اللغة: الملك. انظر: تاج العروس للزبيدي ١٦٧/٢٥.

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية ٤١/١٨.

(٣) انظر: المقدمات الممهّدات لابن رشد الجد ١/٥٦٢، والفروق للقرافي ٣/٢٠، والحاوي الكبير للماوردي ٧/٤٩٠، وتصحيح الفروع للمرداوي ٨/٣٤٦، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١٠/٩٤٧.

(٤) انظر: الفروق للقرافي ٣/٢٠، الفرق ١٢١.

أخرى يقولون مثلاً: الشفعة ليست بحق، ولكنها سبب لكسب الحق^(١)، في حين أن الفقهاء يعبرون كثيراً بحق الشفعة^(٢).

وبناء على ما سبق فالمقترح تعديل تسمية المجموعة الأولى من العقود في نظام المعاملات المدنية من «العقود الواردة على الملكية» إلى تسمية تطابق موضوعها وما ترد عليه^(٣)، وتعديل المادة السبعين منه كذلك^(٤).

على أن الذي يظهر أن قول القانونيين: إن المبيع ليس هو الشيء ذاته بل حق ملكيته؛ هو مجرد منازعة لفظية، وقد ذكروا أن من المألوف التعبير ببيع الشيء دون ذكر حق الملكية؛ كما سبق.

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤/ ٧٨٥ و ٩/ ٤٤٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ١٧، والذخيرة للقرافي ٧/ ٣١٠، والحاوي الكبير للهاوردي ٧/ ٢٤٠، والمغني لابن قدامة ٧/ ٤٥٣، وكشاف القناع للبهوتي ١٤/ ٤٥٣.

(٣) سمتها وثيقة الكويت للنظام (القانون) المدني الموحد: عقود التمليك.

(٤) سيأتي مزيد بحث متعلق بها في المبحث التالي.

المبحث الثاني

هل نقل الملكية التزام على البائع؟

المطلب الأول: العرض القانوني:

يقرر القانونيون أن العقد يترتب التزاماً بنقل الملكية، فعقد البيع مثلاً ينشئ التزاماً على البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري^(١)، لا أن الملكية تنتقل بمقتضى العقد، ويكون انتقالها أثراً مباشراً له، ويتضح ذلك من تعريفهم للبيع، ومن تعدادهم لالتزامات طرفيه، فقد عرّف القانون المصري البيع بأنه عقد يلتزم به البائع أن ينقل ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي^(٢).

وقد نقل السنهاوري (ت ١٣٩١هـ) انتقاد بعض الشراح للتعريف بأنه لا ينبئ عن أهم أثر يترتب على البيع في القانون الحديث، وهو انتقال الملكية بمجرد العقد، وعقّب عليه بقوله: «لكن يلاحظ أن

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهاوري ٢١/٤ وقد ذكر في ٤/٤٠٦ ونحوه في ٤/٢٨٢ أن البيع لم يكن في القوانين القديمة ناقلاً للملكية، بل كل ما كان يلتزم به البائع هو أن ينقل حيازة المبيع إلى المشتري دون تعرض من أحد، ثم تطور بعد ذلك تدرجاً. فيبدو أن جعل القانونيين نقل الملكية التزاماً على البائع هو امتداد لكون نقل الحيازة التزاماً، مع أن بينهما فرقاً فنقل الحيازة يتطلب عملاً بخلاف انتقال الملكية فهو معنى، و«النقل حقيقة في الأجسام مجاز في المعاني»؛ كما نقله الخطاب في مواهب الجليل ٤/٢٢٣.

(٢) المادة (٤١٨) من القانون المدني المصري.

انتقال الملكية ليس أثراً لعقد البيع، بل هو أثر للالتزام بنقل الملكية الذي ينشئه البيع»^(١)، فنقل الملكية يسبقه التزام بنقل الملكية^(٢).

كما أن من صور محل الالتزام عند القانونيين: التزام المدين بنقل حق عيني^(٣).

لكنهم مع ذلك يقررون أن الالتزام بنقل الملكية ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، «فإذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات وتوافرت الشروط الواجبة قانوناً.. فإن الملكية تنتقل إلى المشتري فوراً بمجرد تمام العقد، وعقد البيع ذاته هو الذي ينقل الملكية بعد أن ينشئ التزاماً بنقلها يتم تنفيذه فوراً بمجرد نشوئه»^(٤).

ويشرح السنهاوري وقوع ذلك على مرحلتين في الحقيقة، فيقول: «البيع ينشئ أولاً التزاماً في جانب البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، ثم يتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بحكم القانون؛ إذا توافرت الشروط المطلوبة، فتنتقل الملكية فعلاً إلى المشتري، فيبدو أن نقل الملكية كان أثراً مباشراً لعقد البيع، ولكن نقل الملكية من ناحية الصناعة الفنية

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤ / ٢٤.

(٢) انظر: المرجع السابق ٩ / ٣٣٢.

(٣) انظر: المرجع السابق ١ / ٣٧٥.

(٤) المرجع السابق ٤ / ٤٢٥، وانظر: ٤ / ٢٤، والمادة (٢٠٤) من القانون المدني المصري، وعقد البيع للزقرد ص ١٢٥.

ليس إلا تنفيذاً للالتزام بنقلها، والأثر المباشر لعقد البيع هو إنشاء هذا الالتزام^(١).

ويقول: «والالتزام بنقل حق عيني إنما هو التزام بعمل، ولكن لما كان الأصل أن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه فقد صار من المألوف أن يقال إن محل الالتزام بنقل حق عيني هو هذا الحق العيني ذاته، فإذا كان الحق العيني حق ملكية امتزج بالشيء المملوك وأصبحت شيئاً واحداً، فصار الالتزام بنقل الملكية محله هو الشيء ذاته الذي تنتقل ملكيته»^(٢).

ويرى بعض الشراح أن البيع إذا ورد على منقول معين فإنه ينقل الملكية بذاته^(٣).

أما نظام المعاملات المدنية فبالرغم من أنه عرّف البيع بأنه «عقد يُملّك بمقتضاه البائع المبيع للمشتري مقابل ثمن نقدي»^(٤)، وقرر أن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري بانعقاد البيع^(٥)، وأن الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار والمنقول تنتقل بالعقد متى ورد على محل

(١) الوسيط في شرح القانون المدني للسنيهوري ٤/٤١٢.

(٢) المرجع السابق ١/٣٧٥، وانظر: الوافي في شرح القانون المدني، سليمان مرقس، ٢/٢٤٩.

(٣) انظر: عقد البيع للزقرد ص ١٤.

(٤) المادة (٣٠٧) من نظام المعاملات المدنية.

(٥) انظر: المادة (٣١٨) من نظام المعاملات المدنية.

مملوك للمتصرف^(١)، كما قرر أن محل العقد إذا كان معيناً بالذات انتقلت ملكيته بالعقد^(٢)، إلا أنه بقي في النظام عُلقٌ من تلك الفكرة القانونية، وبيان ذلك فيما يأتي:

١. أدرج النظام المادة (٣١٨) آنفه الذكر المتعلقة بانتقال الملكية تحت عنوان «التزامات البائع»، مما يشير إلى أن نقل الملكية التزام على البائع، وهذا لا يتفق مع المواد آنفه الذكر التي تقتضي أن انتقالها أثر للعقد.

٢. نص النظام على الآتي: «يصح أن يكون محل الالتزام نقل حق عيني أو عملاً أو امتناعاً عن عمل»^(٣)، ومثال كون محل الالتزام نقل حق عيني: ما ينشأ عن عقد البيع، فيلتزم البائع -وفقاً لهذه المادة- بنقل حق الملكية الذي هو حق عيني أصلي^(٤)، وهذا أيضاً لا يتفق مع المواد السابقة.

٣. نص النظام أيضاً على الآتي: «يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل ملكية المبيع للمشتري وأن يمتنع عن أي عمل من شأنه جعل نقل الملكية مستحيلاً أو عسيراً»^(٥)، ويُلاحظ أن هذه المادة لم تتجه إلى التزام البائع بتسليم المبيع مثلاً، أو إلى توثيق نقل

(١) انظر: المادة (٦٥٥) من نظام المعاملات المدنية.

(٢) انظر: المادة (٦٥٦) من نظام المعاملات المدنية.

(٣) المادة (٧٠) من نظام المعاملات المدنية.

(٤) انظر: المادة (٢٦) من نظام المعاملات المدنية.

(٥) المادة (٣١٩) من نظام المعاملات المدنية.

الملكية، وإنما تنص على التزام البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الملكية، وهذا يقتضي أن الملكية لم تنتقل بالعقد، وهي عامة لم تخص حال كون المبيع غير معين.

المطلب الثاني: النقد الفقهي:

الصحيح أن انتقال الملكية أثر عقد البيع ومقتضاه، وليس التزاماً على البائع، وبيان ذلك أن الملك معنى، و«العبارة الكاشفة عن حقيقة الملك أنه حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة»^(١)، وانتقاله من البائع إلى المشتري لازم للعقد، وليس التزاماً على العاقد.

نقل الخطاب (ت ٩٥٤هـ) عن بعض الفقهاء: «نقل الملك لازم للبيع»^(٢).

بل إن ابن رشد (ت ٥٢٠هـ) جعل حقيقة البيع: «نقل الملك عن عوض»^(٣).

و«كل من عقد البيع بينهما على شيء فقد انتقل ملك البائع كما باع على المشتري»^(٤).

(١) الفروق للقرافي ٣/ ٢٠٨، وانظر حاشية ابن الشاط ٣/ ٢٣٢.

(٢) مواهب الجليل للخطاب ٤/ ٢٢٢، وهو في سياق مناقشة تعريف ابن رشد الآتي.

(٣) المقدمات الممهدة لابن رشد الجد ٢/ ١٩.

(٤) اختلاف الفقهاء للمروزي ص ٥٥٤، وهو من كلام أبي ثور.

والبيع سبب للملك، فيلزم من وجوده وجود الملك، وقد يترتب الملك على أسباب أخرى^(١).

وقد أجمع العلماء على ملك المشتري للمبيع بالعقد.

قال ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ): «ويملك المشتري المبيع بالعقد.. إجماعاً»^(٢).

وبناء على ما سبق فما ذكره بعض الشراح وما ورد في بعض القوانين المدنية مما يفيد أن نقل الملكية التزام على البائع ليس بسديد، وإن كان تنظيراً لا يظهر له أثر عملي، والمقترح تعديل المواد المشار إليها من نظام المعاملات المدنية على النحو الآتي:

١. عدم إدراج المادة (٣١٨) تحت عنوان «التزامات البائع».

٢. حذف عبارة «نقل حق عيني» من المادة (٧٠).

٣. تعديل المادة (٣١٩) بحيث تنجّه إلى تسليم المبيع أو توثيق انتقال الملكية.

(١) انظر: الفروق للقرافي ٣/ ٢٠٨، الفرق ١٨٠.

(٢) المستدرك على مجموع فتاوى ابن تيمية ٤/ ١٤، وانظر: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، المجلد الثاني، د. علي الخضير، ص ٢١٢.



المبحث الثالث مدى صحة تعليق نقل ملكية المبيع

المطلب الأول: العرض القانوني:

لما كان البيع بالتقسيط ينطوي على مخاطر عدم سداد المشتري للأقساط فقد ظهرت في وقت سابق صورة البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية، وحقيقتها أن يبيع البائع شيئاً ويشترط الاحتفاظ بملكية المبيع إلى حين سداد المشتري لجميع الأقساط، فينعقد البيع، وقد يتسلم المشتري المبيع، لكن يُعلّق نقل الملكية على الوفاء بجميع الثمن؛ استيثاقاً من البائع لحقه، واحترازاً من إعسار المشتري^(١).

ويتضح من ذلك:

١. انعقاد البيع.

٢. تعليق نقل الملكية على شرط واقف بالنسبة إلى المشتري، وشرط فاسخ بالنسبة إلى البائع، والشرط الواقف والفاسخ هنا شيء واحد يتمثل في وفاء الثمن^(٢).

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنيهوري ١٧٢/٤ وما بعدها، وعقد البيع وعقد المقايضة في ضوء الفقه والقضاء، محمد البكري، ص ١٨٠، والعقود التجارية وعمليات البنوك للجبر ص ٤٥.

(٢) الشرط الواقف هنا يترتب عليه وجود الملكية، والشرط الفاسخ يترتب عليه زوالها. انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنيهوري ١٧٣/٤.

وقد جَوَّز القانون المدني المصري هذه الصورة، وقرر أنه إذا وفيت الأقساط جميعاً فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع^(١).

وكذلك نص نظام المعاملات المدنية على الآتي:

« ١. للبائع - إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً - أن يشترط تعليق نقل الملكية للمشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو سلّم المبيع. ٢. إذا استوفى البائع الثمن عُدَّت ملكية المشتري مستندة إلى وقت انعقاد البيع^(٢).

ومفاد المادة أن العقد منعقد، وقد يسلم المبيع، ومع ذلك فالملكية لم تنتقل، بل هي معلقة على أداء جميع الثمن.

ومما له صلة ما قرّره النظام في الالتزام المعلق على شرط من أنه: «إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط...»^(٣).

(١) انظر: المادة (٤٣٠) من القانون المدني المصري، وفي ختام تلك المادة أنها تسري ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً، وهي تشير إلى صور من التعامل سبقت الإيجار المنتهي بالتمليك أو الإيجار التمويلي بصورته الحالية، كالبيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية - وهي محل البحث -، والإيجار الساتر للبيع، ونحوها.

(٢) المادة (٣٢٠) من نظام المعاملات المدنية.

(٣) المادة (٢٠٣) من نظام المعاملات المدنية.

المطلب الثاني: النقد الفقهي:

انقضاء العقد مع عدم انتقال الملك غير متصور فقهاً، ولا يصح؛ لكون انتقال الملك أهم أثر للبيع، بل عبر ابن رشد (ت ٥٢٠هـ) عن البيع بأنه: «نقل الملك عن عوض»^(١)، فهذا الشرط «مناقض لعقد البيع، يفسد به البيع بالإجماع، لأنه لا معنى للبيع إلا نقل ملك المبيع إلى المشتري.. واشتراط عدم نقل الملك معناه أن يعقد البيع بشرط عدم البيع، وهو تناقض ظاهر»^(٢).

والصورة محل البحث تسمى: البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية، وقد سبق أن صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بأنه «لا حق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع»^(٣)، وذلك أن للبائع أن يستوثق لحقه بعقود الاستيثاق كالرهن والضمان، ولكن ليس له أن يمنع أهم الآثار المترتبة على العقد^(٤).

وإنما التعليق المعهود فقهاً هو أحد شيئين^(٥):

- (١) المقدمات الممهדות لابن رشد الجد ١٩ / ٢.
- (٢) فقه البيوع على المذاهب الأربعة، محمد تقي العثماني، ١ / ٤٩٠.
- (٣) القرار ٥١ (٦ / ٢) صدر في الدورة السادسة للمجمع المنعقدة في ١٧ - ٢٣ / ٨ / ١٤١٠هـ.
- (٤) انظر: بحث: البيع بالتقسيط: نظرات في التطبيق العملي، د. علي السالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٧١ / ٦.
- (٥) يضاف إليهما صورة بيع العربون التي صححها الحنابلة. انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٣ / ٢.

الأول: تعليق العقد من أصله، لا تعليق نقل ملكية المبيع مع انعقاد البيع.

وتصحیح هذا التعليق رواية عن أحمد اختارها ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ)^(١)؛ خلافاً للأئمة الأربعة^(٢)، وصحح الشيخ كذلك تعليق العقود الأخرى كالإجارة والوقف والهبة^(٣).

الثاني: تعليق الفسخ، كأن يقول: إن جئني بالثمن إلى كذا وكذا وإلا فلا بيع بيننا^(٤).

وضابط ذلك أن «ما كان تمليكا محضاً لا يدخل التعليق فيه قطعاً؛ كالبيع، .. وما كان حلاً محضاً يدخله التعليق قطعاً ... وبين المرتبتين مراتب يجري فيها الخلاف»^(٥).

وعلى ما سبق فالمقترح حذف المادة (٣٢٠) من النظام.

(١) انظر: الفروع لابن مفلح ١٩٠/٦.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٤٢/٥، وشرح الزرقاني على خليل وحاشية البناني ٨/٥، والمهذب للشيرازي ١٩/٢، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٤/٢ و٣٣ وفيه استثناء بيع العربون؛ فيصح.

(٣) انظر: اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية لمجموعة من الباحثين ٦/٢١١ و٨/١٢٠ و٨/١٨٧ و٤٠٤/٨.

(٤) انظر: قواعد ابن رجب، القاعدة (١١٨) ٢/٤١٢، والمعاملات المالية أصالة ومعاصرة للديان ٥/٣٩٧.

(٥) المنشور في القواعد الفقهية للزركشي ١/٣٧٧، وانظر: الموسوعة الفقهية ١٢/٣١٣.



المبحث الرابع مدى صحة بيع ملك الغير بإجازة المشتري؛ مع عدم انتقال الملكية

المطلب الأول: العرض القانوني:

إذا باع شخص ملك غيره، فالأطراف الذين لهم صلة هم: ١- البائع الذي لا يملك. ٢- المشتري. وهذان هما طرفا العقد. ٣- المالك، وهو أجنبي عن العقد.

ووفقاً للقانون المدني المصري وشراحه فإن أحكام هذا البيع على النحو الآتي:

١. بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري بموجب نص خاص في القانون، وليس عقداً باطلاً^(١)، ولكون قابليته للإبطال تقررت بموجب نص خاص فإنه يختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في ذلك، وذلك أن الأصل أن العقد القابل للإبطال لا ينقلب صحيحاً إلا إذا أجازاه العاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته وهو هنا المشتري، أما بيع ملك الغير فينقلب صحيحاً أيضاً بأحد أمرين آخرين:

أ. إقرار المالك، ويفرق الشراح بين أثره في حق المشتري، إذ ينقلب العقد صحيحاً من وقت العقد بأثر رجعي، وبين أثره في حق المالك،

(١) انظر في الفرق بين العقد الباطل والقابل للإبطال في القانون: الوافي في شرح القانون المدني، سليمان مرقس، ٤٦٦/٢.

إذ يسري العقد في حقه من حين الإقرار دون أثر رجعي، فلو أن المالك رتب عليه حقاً عينياً بعد العقد وقبل الإقرار فإن ملكيته تنتقل مثقلة بهذا الحق.

ب. أن يصبح البائع مالكا للمبيع بعد العقد؛ بأن يرث المالك أو يشتري المبيع منه أو غير ذلك.

٢. ما لم يحصل أي من هذين الأمرين فأمام المشتري ما يأتي:

أ. أن يرفع دعوى الإبطال، فيتحتّم على القاضي أن يحكم له بذلك، ولا أثر لإجازة المالك ولا لكون البائع أصبح مالكا بعد الحكم.

أما البائع فلا يملك إبطال البيع لأن الإبطال لم يتقرر لمصلحته بل لمصلحة المشتري. وللمشتري حسن النية أن يطلب التعويض عما أصابه من ضرر أو كسب فاته بسبب إبطال البيع، أما إذا كان يعلم فله أن يسترد الثمن فحسب بدعوى الإبطال.

ب. أن يميز المشتري البيع صراحة أو ضمناً فينقلب البيع صحيحاً، ويبقى منشئاً لالتزامات في جانب البائع والمشتري، ولكن لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري^(١)؛ لأن المالك لا تنتقل منه الملكية إلا برضاه، فلا يسري العقد على المالك، بل يبقى مالكا للمبيع إذا لم يقر البيع،

(١) ذكر الشراح أن المشتري قد يملك المبيع لا بعقد البيع، بل بحيازة المنقول إذا كان حسن النية! انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنةوري ٢٩٦/٤، وستأتي مناقشة ذلك في المبحث السادس.

ويكون له أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق وعلى البائع بدعوى التعويض.

وإجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للإبطال وتقلبه صحيحاً فيما بين المتعاقدين فيكون البائع ملتزماً بنقل ملكية المبيع وبسائر الالتزامات، ويكون المشتري ملتزماً بدفع الثمن، لكن لما كان البائع لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع لأنه لا يملكه فإن المشتري يجوز له في هذه الحال المطالبة بفسخ البيع، ويجوز له أيضاً إذا تعرض له المالك الحقيقي أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق.

وأشير أخيراً إلى ما ذكره الشراح من أن بيع ملك الغير كان في القانون الروماني صحيحاً؛ لأن البيع في ذلك القانون لم يكن من طبيعته نقل الملكية، بل كل ما كان يلتزم به البائع هو أن ينقل حيازة المبيع إلى المشتري دون تعرض من أحد، وغير المالك يستطيع أن يقوم بذلك ومن ثم كان بيعه صحيحاً^(١).

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٢٦٩/٤ وما بعدها، والمواد (٤٦٦) و(٤٦٧) و(٤٦٨) من القانون المدني المصري، وشرح أحكام عقد البيع، د. محمد شنب، ص ٨٩ وما بعدها، وعقد البيع للزقرد ص ٢٧٠، والبيع في القانونين اللبناني والمصري، مصطفى الجمال، ص ٨٩، وعقد البيع، سمير تناغو، ص ٣٨٢، وعقد البيع وعقد المقايضة في ضوء الفقه والقضاء، محمد البكري، ص ٤٩٩.

أما نظام المعاملات المدنية فقد اشتمل على مادتين^(١) لا يخرج مضمونها عما سبق، وخلاصتهما:

١. بيع ملك الغير لا ينفذ في حق المالك. ومفهومه أنه قد ينفذ في حق المتعاقدين.

٢. إذا أجاز المالك نفذ في حقه؛ دون إخلال بحقوق الغير. وقد سبق بيان ذلك.

٣. للمشتري طلب إبطاله ما لم تؤل ملكية المبيع إلى البائع بعد العقد، أو يحجز المالك البيع.

٤. إذا حكم للمشتري بإبطال العقد وكان يجهل عدم ملك البائع للمبيع فله أن يطالب بالتعويض، ولو كان البائع حسن النية. ويُقصد بحسن النية من يجهل أنه يعتدي على حق الغير^(٢). وهو بنحو ما تقدم في القانون المدني المصري.

ويلحظ من هذا العرض القانوني لأحكام بيع ملك الغير ما يأتي:

١. أن بيع ملك الغير ليس باطلاً بطلاناً مطلقاً عند القانونيين، بل قد ينقلب صحيحاً ولو لم يحزه المالك.

(١) انظر: المادة (٣٥٩) و(٣٦٠) من نظام المعاملات المدنية.

(٢) انظر: المادة (٦٧٥) من نظام المعاملات المدنية.

٢. أن القوانين تجعل تصحيح العقد وعدمه أمراً نسبياً، فقد يصح العقد بالنسبة إلى المتعاقدين دون المالك، كما أن إجازة المالك تسري بأثر رجعي بالنسبة إلى المشتري، ودون أثر رجعي بالنسبة إلى المالك.

المطلب الثاني: النقد الفقهي:

يرد النقد الفقهي على ما سبق من وجوه:

الأول: أن بيع ملك الغير إذا لم يجزه المالك ليس قابلاً للإبطال كما يقول القانونيون، بل هو باطل بإجماع العلماء، نقل الإجماع ابن حزم (ت ٤٥٦ هـ) وابن تيمية (ت ٧٢٨ هـ) وغيرهما^(١).

قال ابن تيمية: «أما بيع نصيب الغير فلا يصح إلا بولاية أو وكالة وإذا لم يجزه المستحق بطل باتفاق الأئمة»^(٢).

فإن أجازه المالك نفذ عند الحنفية والمالكية^(٣)؛ أما الشافعية والحنابلة فلا يصح عندهم ولو أجازه المالك^(٤).

(١) انظر: مراتب الإجماع لابن حزم ص ٨٤، وموسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، المجلد الثاني، د. علي الخضير، ص ٢٠٨.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ٢٣٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥ / ١٥٠، والفروق للقرافي ٣ / ٢٣٨ وذكر أنه صحيح إلا أنه محرم، وذكر الخطاب في مواهب الجليل ٤ / ٢٧٠ أن حكمه التكليفي يختلف بحسب المقاصد وما يعلم من حال المالك أنه الأصلح.

(٤) انظر: أسنى المطالب لتركيا الأنصاري ٢ / ١٠، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٩ / ٢، والمعاملات المالية أصالة ومعاصرة للديان ٢ / ١٢٩، والموسوعة الفقهية =

الثاني: نفاذه بإجازة المالك عند من يقول به يستند إلى وقت العقد كما قرره السرخسي (ت ٤٨٣هـ) فقد قال: «فأما عند الإجازة فيثبت الملك للمشتري من وقت العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة»^(١)؛ خلافاً لما يقوله القانونيون من أن أثره بالنسبة إلى المالك من حين الإجازة، وأثره بالنسبة إلى المشتري من حين العقد!، وأن المالك لو رتب حقاً عينياً بعد العقد وقبل الإجازة لانتقل المبيع محملاً بهذا الحق.

الثالث: يتضح مما سبق أنه ليس لإجازة المشتري أثر في تصحيح العقد؛ خلافاً لما يقرره القانونيون.

الرابع: لا يوجد في الفقه الإسلامي تصحيح نسبي للعقد، بأن يصحح بالنسبة إلى المتعاقدين دون المالك إذا أجازاه المشتري، بل إما أن يصح وإما أن يبطل، وحكمه في الحاليين يتعلق بالمالك والعاقدين؛ خلافاً لما يقرره القانونيون.

الخامس: إذا باع ملك غيره ثم اشتراه من ماله ليسلمه للمشتري فإن العقد لا يكون بذلك صحيحاً؛ خلافاً لما يقرره القانونيون من أن أيلولة المبيع إلى البائع بعد العقد تصحح العقد.

= ٢٨٥ / ٣ و ١٧٢ / ٣٢، وفقه البيوع على المذاهب الأربعة، محمد تقي العثماني، ٩٣٩ / ٢.

(١) المبسوط للسرخسي ١٥٥ / ١٣.

قال السرخسي (ت ٤٨٣ هـ): «وبخلاف ما إذا اشترى العاقد ما باعه؛ لأن حكم ذلك السبب لا يمكن إثباته باعتبار الملك الحادث له، فحكم السبب ثبوت الملك المشتري من وقت العقد، وإنما يتأتى ذلك باعتبار ملك من كان مالكا وقت العقد، وقد زال ذلك بإزالته، فلو نفذ باعتبار الملك الحادث نفذ مقصوراً على الحال وحكم السبب ليس هذا.. وهذا هو تأويل النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان أن المراد إذا باعه ثم اشتراه وأراد تسليمه بحكم ذلك العقد؛ بدليل قصة الحديث»^(١)، فإن حكيم بن حزام رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: سألت النبي ﷺ فقلت: يا رسول الله، يأتيني الرجل فيسألني البيع ليس عندي، أبيعه منه ثم أبتاعه له من السوق. قال: «لا تبع ما ليس عندك»^(٢).

السادس: ثمة مسألة ذات صلة أشير إليها تمييزاً للبحث، وهي: حكم الأعيان المسروقة والمغصوبة ونحوها، إذا آلت إلى مشترٍ ونحوه وهو لا يعلم كونها مستحقة، فهل إذا وجدها مالكةا يستحقها على من هي بيده مجاناً؟ أو بالثمن؟ أو لا يستحقها؟ ثلاثة أقوال للفقهاء^(٣).

(١) المرجع السابق ١٣/ ١٥٥.

(٢) أخرجه أحمد (١٥٥٧٣) وأبو داود (٣٥٠٣) والترمذي (١٢٣٢) والنسائي (٤٦١٣) واللفظ له، وابن ماجه (٢١٨٧) عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وصححه النووي في المجموع ٩/ ٢٥٩.

(٣) ونحوها مسألة: ما أخذه أهل الحرب من أموال المسلمين، فأدركه صاحبه قبل قسمه أو أدركه مقسوماً. انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ١٢٨، والمغني لابن قدامة ١٣/ ١١٧، وكشاف القناع للبهوتي ٧/ ١٢٨، والمستدرک على مجموع فتاوى ابن تيمية ٣/ ٢٣١، ومجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠/ ٣٥٤، وقواعد ابن رجب =

والمقترح تعديل مواد بيع ملك الغير؛ بناء على الوجوه السابقة،
لتتفق مع ما ذكر.



= ٢٢٦/٢، وانظر الأقوال الثلاثة وأدلتها في بحث: استحقاق الأعيان المالية
المسروقة أو المغصوبة التي آلت إلى يد محقة عادلة بسبيل مشروع، د. علي الديبان،
العدد السابع من مجلة العدل.

المبحث الخامس مدى ملكية المشتري الثاني للعقار بالسبق في التسجيل

المطلب الأول: العرض القانوني:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أثر التسجيل في انتقال ملكية العقار:

يقرر القانون المدني المصري أن ملكية العقار لا تنتقل إلا بتسجيل عقد البيع^(١) والعقد هو سبب نقل الملكية^(٢)، ويوضح شراحه ذلك بأن الحق العيني بطبيعته نافذ في حق الكافة فكان الواجب شهره؛ ليعلم أصحاب المصلحة بوجوده ويأخذوا ذلك في حسابهم عند التعامل.

والأصل أن نظام الشهر خاص بالتصرفات القانونية الواقعة على عقار، ومن أنواعه: الشهر العيني أو السجل العقاري، وهو نظام له حجية، لكون التصرفات لا يتم شهرها إلا بعد التحري عن صحتها، والاستقصاء عن بيانات العقار، وأهلية المتصرف وملكيته، وبعد الفحص الدقيق يكون إجراء التسجيل، فينتقل الحق العيني إلى المتصرف

(١) انظر: المواد (٢٠٤) و(٩٣٢) و(٤٠٢) و(٩٣٤) من القانون المدني المصري.

(٢) نصت على ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون. انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنيهوري ٣٣٦/٩.

له؛ لا بناء على التصرف الصادر بل بناء على شهر الحق، فالشهر لا التصرف هو الذي ينقل الحق، والتسجيل ليس مجرد إعلان للتصرف بل نقل للحق العيني^(١).

وقد ذكر السنهوري مراحل قوانين الشهر في مصر، وأنه قبل نظام الشهر «كانت الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في ذلك العهد مع تشريعات خاصة أكثرها تجارية» وأن المحاكم المختلطة قضت «بأن الشريعة الإسلامية هي التي تسري على عقود البيع فيما بين الأهالي قبل صدور التقنيات الحديثة، وبأنه كان يكفي لانعقاد البيع توافق الإيجاب والقبول على المبيع والضمن»^(٢)، ثم كان التقنين المدني السابق في مصر يميز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين، حيث يتم ذلك دون حاجة إلى تسجيل عقد البيع، وبين انتقالها بالنسبة إلى الغير، حيث لا يتم ذلك إلا بالتسجيل، ثم صدر قانون الشهر العقاري في عام ١٩٤٦م، فصارت الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل؛ سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير^(٣)، وتنتقل من وقت التسجيل لا بأثر رجعي^(٤).

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤/ ٤٣٤ و ٤٣٧.

(٢) المرجع السابق ٤/ ٤٤٠.

(٣) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤/ ٤٧٤ و ٤٨١.

(٤) أما السنهوري فيرى أن للتسجيل أثراً رجعياً في انتقال الملكية بين المتعاقدين، لكن ليس له أثر رجعي في انتقالها بالنسبة للغير! انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤/ ٥١١ و ٥١٨ وما بعدها، وقارن بها في ٩/ ٣٣٦.

والبيع غير المسجل يعدّ عقد بيع ينتج جميع آثار البيع عدا نقل الملكية بالفعل! فيلتزم بموجبه البائع بنقل الملكية إلى المشتري وتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق، ويلتزم بموجبه المشتري بدفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع، وللمشتري مطالبة البائع بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد، فإذا جرى تسجيله فقد نفذ التزامه، وانتقلت الملكية فعلاً بالتسجيل، وإلى جانب الالتزامات فمن آثاره أيضاً أن الشفعة تثبت به، وإذا صدر من غير مالك جاز للمشتري أن يطلب إبطاله، فيبيع ملك الغير لا ينقل الملكية ولو سُجل.

وينبني على عدم انتقال الملكية إلا بالتسجيل أن المالك إذا باع عقاره لمشتري ولم يسجل، ثم باع المشتري العقار لمشتري ثان وتمكن هذا من تسجيل عقده؛ فإن الملكية لا تنتقل إليه من المشتري الأول، بل من البائع الأول؛ لأن المشتري الأول لم تنتقل إليه الملكية من البائع ما دام لم يسجل عقده، بل بقيت الملكية للبائع، وانتقلت منه للمشتري الثاني^(١).

أما نظام المعاملات المدنية فقد نص على الآتي: «إذا اشترط نص نظامي إجراءً لانتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى، لم تنتقل إلا باستكمال ذلك الإجراء»^(٢)، ولم أقف على اشتراط التسجيل لانتقال

- (١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٢٨٦/٤ و ٤٨٥ و ٥٠٥ وما بعدها ٦١٩، وعقد البيع للزقرد ص ١٢٨، والبيع في القانونين اللبناني والمصري، مصطفى الجمال، ص ١٢٦، وعقد البيع، سمير تناغو، ص ١٦٤ و ٢٠٤ و ٢٥٥.
- (٢) المادة (٦٥٧) من نظام المعاملات المدنية، ويمكن أن يكون من أمثلة ذلك الإجراء: إفراز المبيع غير المعين بالذات، كما في المادة (٦٥٦)، وانظر أيضاً: المادة (١٨) من تنظيم الدعم السكني.

الملكية في الأنظمة المحلية، لكن نص نظام التسجيل العيني للعقار على أن الحقوق العينية الناشئة عن التصرفات العقارية لا تكون منتجة لآثارها القضائية والإدارية إلا بالتسجيل^(١)، وهذا قريب مما سبق؛ خاصة في حال التمسك بالملكية أمام الجهات القضائية والإدارية.

كما نص النظام على أن للسجل العقاري الحجية المطلقة في الإثبات ويعمل بمضمونه أمام القضاء والجهات كافة بلا بينة إضافية^(٢).

الفرع الثاني: صورة بيع العقار مرتين وتسجيل المشتري الثاني له:

هذه الصورة تتصل بكون الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل، وهي أيضاً من صور التعرض الموجب للضمان في القانون المدني المصري، فقد جاء فيه: «يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه؛ سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري؛ ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه»^(٣).

ويلحظ أن الجملة الأخيرة تتضمن أنه قد يثبت للأجنبي حق بعد البيع يؤول إليه من البائع نفسه، وحينئذ يضمن البائع للمشتري تعرض ذلك الأجنبي الذي آل إليه حق من البائع.

(١) انظر: المادة (١٣) من نظام التسجيل العيني للعقار.

(٢) انظر: المادة الرابعة من نظام التسجيل العيني للعقار.

(٣) المادة (٤٣٩) من القانون المدني المصري.

ومن صور ذلك ما ذكره شراح القانون المدني المصري من أن البائع لا يجوز له بيع العقار مرة ثانية، ولكن إذا باعه مرتين وبإدارة المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول فإن الملكية تنتقل إليه هو دون المشتري الأول، فإذا نزع المشتري الثاني العقار من يد المشتري الأول فإن هذا يعدّ تعرضاً صادراً من المشتري الثاني، وهو في الوقت نفسه تعرض صادر من البائع نفسه؛ لأن المشتري الثاني استمد حقه من البائع، وحينئذ فإن البائع يضمن للمشتري الأول هذا التعرض واستحقاق المشتري الثاني للعقار.

كما أن للمشتري الأول أن يرفع دعوى فسخ البيع لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية إليه، لكن ليس للمشتري أن يرفع دعوى إبطال بيع ملك الغير لأن البيع الذي صدر من البائع إلى المشتري الأول قد صدر من مالك^(١).

وهذا التصرف من البائع صدر بعد البيع الأول الذي أنشأ الالتزام بضمان التعرض، والحق للمشتري الثاني آيل إليه من نفس البائع، ومعنى ضمان التعرض هنا أن يدفع البائع عن المشتري الأول هذا التعرض، فإذا لم يتمكن فإنه يضمن الاستحقاق ويدفع له -وفقاً للقانون المدني المصري- قيمة المبيع مع الفوائد، وقيمة الثمار،

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤/ ٥٠٤ و ٦٢٦ و ٦٢٨، وعقد البيع للزقرد، ص ١٩٤ و ١٩٩.

والمصرفات النافعة، والمصرفات الكهالية، وجميع مصرفات دعوى الضمان؛ بالتفصيل والقيود الواردة في القانون^(١).

وهل يشترط في انتقال الملكية للمشتري الثاني أن يكون حسن النية بالأ يكون وقت شرائه عالماً بالتصرف السابق؟ هناك ثلاثة آراء للقانونيين:

الأول: اشتراط حسن النية فيه.

الثاني: عدم اشتراط حسن النية، فلا يؤثر علمه بالتصرف السابق، لكن يشترط عدم تواطئه مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول.

الثالث: عدم اشتراط حسن النية ولا عدم التواطؤ، ويرجع المشتري الأول بالتعويض على البائع، وعلى المشتري الثاني بالتعويض إذا كان متواطئاً مع البائع، لكن لا تكون للمشتري الأول ملكية العقار^(٢).

وأشير أخيراً إلى ما ذكره الشراح من أن دعوى ضمان التعرض في القانون هي دعوى تختلف عن دعوى إبطال العقد أو فسخه التي تتفرع عن التزام البائع بنقل ملكية المبيع، ودعوى الضمان على النحو المذكور لها خصوصية ترجع إلى اعتبارات تاريخية تمت بصله إلى القانون

(١) انظر: المادة (٤٤٣) من القانون المدني المصري، وعقد البيع وعقد المقايضة في ضوء الفقه والقضاء، محمد البكري، ص ٢٨٣.

(٢) في الموضوع نزاع بين القانونيين، والسنهوري يتجه إلى الرأي الثاني، والقضاء في مصر أخذ بالثالث. انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٥٣٧/٤.

الروماني والقانون الفرنسي القديم، وما اشتملا عليه من رسوم وأوضاع معينة تتعلق بنقل ملكية المبيع^(١).

أما نظام المعاملات المدنية فقد نص في مواد ضمان التعرض والاستحقاق على الآتي: «يضمن البائع سلامة المبيع من أي حق للغير في المبيع كله أو بعضه إذا كان الحق سابقاً لعقد البيع أو آيلاً إلى الغير من البائع»^(٢).

وعبارة «أو آيلاً إلى الغير من البائع» صورتها بنحو ما تقدم.

كما نص النظام على ما يضمنه البائع في حال استحقاق المبيع، وتشمل: ثمن المبيع وقيمة الثمار التي ردها المشتري للمستحق، والنفقات النافعة، والنفقات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية، والتعويض عن أي أضرار أخرى نشأت باستحقاق المبيع^(٣).

وإذا طبقنا ذلك على الصورة محل البحث فيقال إن الحق للمشتري الثاني آيل من البائع نفسه، فيضمن البائع الثمن وهذه النفقات للمشتري الأول، على أن النظام ليس صريحاً في ذلك لكون الحكم نُقل بشكل جزئي كما تقدم؛ لعدم نص النظام على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل، على أن نظام التسجيل العيني للعقار نص على أن الحقوق

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤/ ٦١٩، وقد فرق بينها القانون المدني المصري كما يتضح من آخر المادة (٤٤٣).

(٢) المادة (٣٣٠) من نظام المعاملات المدنية.

(٣) انظر: المادة (٣٣٥) من نظام المعاملات المدنية.

العينية الناشئة عن التصرفات العقارية لا تكون منتجة لآثارها القضائية والإدارية إلا بالتسجيل^(١)؛ كما سبق، ونص أيضاً على الآتي: «يكتسب التسجيل العيني الأول الحجية المطلقة بعد انقضاء سنة من تاريخ نشر قوائم الملاك، وللمتضرر من التسجيل العيني الأول بعد اكتسابه الحجية المطلقة حق اللجوء إلى المحكمة المختصة وطلب التعويض من المتسبب دون الحق في طلب إلغاء التسجيل العيني الأول أو تعديل بياناته أو الحقوق الواردة فيه»^(٢).

ويفهم منه أنه لو ثبت الملك لشخص آخر بعد اكتساب التسجيل العيني الأول الحجية المطلقة فليس لذلك الشخص إلا التعويض، وليس له إلغاء التسجيل أو تعديله.

المطلب الثاني: النقد الفقهي:

الأمر الأول: فيما يتعلق بما تنص عليه بعض القوانين من أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل:

يرد النقد على ذلك من وجوه:

(١) انظر: المادة (١٣) من نظام التسجيل العيني للعقار.

(٢) المادة (١١) من نظام التسجيل العيني للعقار.

أولها: أن الملك حكم شرعي إجماعاً، ويتبع الأسباب الشرعية^(١)، وقد جعل الشارع من أسبابه عقد البيع، بصيغته القولية أو الفعلية، فإذا وجدت صيغة البيع انتقل الملك، كما سبق بيانه في المبحث الثاني.

ثانيها: لا يتوقف انتقال الملك شرعاً على التسجيل، كما أن التسجيل بذاته ليس سبباً للملك، والتوصيف الفقهي له أنه نوع من التوثيق^(٢)، وقد بحث العلماء في علم الوثائق والشروط والسجلات، وصنفوا فيه، ومن تعريفاتهم له: أنه «علم باحث عن كيفية ثبوت الأحكام الثابتة عند القاضي في الكتب والسجلات على وجه يصح الاحتجاج به عند انقضاء شهود الحال»^(٣).

ثالثها: قول القانونيين إن البيع غير المسجل ينتج جميع آثار البيع عدا نقل الملكية؛ ليس بصواب، فإن انتقال الملك هو أهم أثر للبيع، والبيع إذا صح ترتبت جميع آثاره، وإذا فسد لم تترتب آثاره^(٤).

(١) انظر: حاشية ابن الشاط على الفروق ٣/ ٢٣٢.

(٢) قارن بما ورد في المادة الثامنة من نظام الأحوال الشخصية، فقد أوجبت توثيق عقد الزواج، ومع ذلك فقد أجازت طلب إثبات عقد الزواج غير الموثق، ولم تلغ أثره. وعقد الزواج أهم من عقد البيع.

(٣) كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون لحاجي خليفة ٤/ ٤٩٢، وانظر: مقدمة تحقيق كتاب الفائق في صورة رسم الوثائق للأهدل، تحقيق: د. عبد العزيز بن داود، بحث في العدد (١٩) من مجلة قضاء، ص ١٥.

(٤) على أن الأحكام قد تتبع لبعض لتعدد أسباب شرعية، لكن هذا ليس على نحو ما ذكره. انظر: الإنصاف للمرداوي (مطبوع مع الشرح الكبير) ٢٣/ ٤٨٩، وتوصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية لابن خنين ٢/ ٣٧٧، ونقل فيه ضابطاً =

الأمر الثاني: فيما يتعلق بصورة بيع العقار مرتين وتسجيل المشتري الثاني له:

يرد النقد على ذلك من جهة أن البيع الأول إذا انعقد صحيحاً شرعاً فإن الملك ينتقل به إلى المشتري الأول ولو لم يسجل العقار، وحينئذ يكون البيع الثاني له بيعاً باطلاً؛ لأن البائع غير مالك له، ولا يصححه تسجيل المشتري الثاني له.

قال ابن رشد (ت ٥٢٠هـ): «وأما إذا باع الرجل سلعة من رجل ثم باعها بعد من آخر فلا اختلاف في أن الأول أحق بها وإن قبضها الثاني»^(١).

كما أنه لا أثر لعدم التواطؤ مع البائع، ولا لما يسميه القانونيون حسن النية ويقصدون به عدم العلم، وبغض النظر عن هذه التسمية غير المطابقة للمعنى المراد فإن «الاعتبار في المعاملات بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف»^(٢).

وإعطاء التسجيل العيني للعقار حجية فيه مصلحة من جهة استقرار المعاملات والأوضاع، ولكن إذا ثبت خطؤه فمصلحة إيصال الحق لصاحبه مقدّمة، وحينئذ فيحسن أن يكون هناك إجراءات مناسبة

= وهو: أنه إذا اجتمعت الأسباب فإن قبل الحكم التجزئة توزعت الأحكام على الأسباب؛ لأن الأسباب الشرعية يجب صيانتها عن التعطيل ما أمكن.

(١) البيان والتحصيل لابن رشد الجد ٨/ ١٢٣.

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٩/ ٢.

لمراجعة التسجيل في تلك الحال؛ ولو في نطاق ضيق، ويبقى البحث في الأعيان المستحقة إذا آلت إلى مشتري ونحوه وهو لا يعلم كونها مستحقة، فهل للمالك أن ينتزعها ممن هي بيده مجاناً أو بالثمن أو ليس له انتزاعها؟ وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(١).

وبناء على ما سبق فالمقترح حذف عبارة «أو آيلاً إلى الغير من البائع» الواردة في المادة (٣٣٠) من نظام المعاملات المدنية، ومراجعة المادة الحادية عشرة والمادة الثالثة عشرة من نظام التسجيل العيني للعقار.

(١) انظر: المبحث الرابع من هذا البحث.

المبحث السادس مدى ملكية المشتري الثاني حسن النية للمنقول بالحيازة

المطلب الأول: العرض القانوني:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أثر الحيازة في ملكية المنقول:

يشير الشراح إلى أن القانون يحمي الحيازة كما يحمي الملكية، وأنه يجب لاعتبارات تتعلق بالأمن العام أن تبقى للحائز السيطرة، فلا يعتدي أحد عليها ولو كان هو المالك للمال، وللمالك أن يلجأ إلى الطرق التي رسمها له القانون لاسترداد ماله من الحائز.

ووفقاً لما ورد في القانون المدني المصري وشراحه فإن الحيازة إذا وقعت على منقول لا مالك له كان هذا استيلاء يكسب الحائز ملكية المنقول، أما إذا وقعت الحيازة على شيء له مالك فإنها تكسب الحائز ملكية هذا الشيء إما بالتقادم الطويل في العقار والمنقول، أو بالتقادم القصير في العقار وحده، أو بمجرد الحيازة في المنقول وحده، أو بالقبض في تملك الثمار^(١).

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنة ٩٨٣ و ٧٩٠ / ٩.

وقد نص القانون المدني المصري على أن من حاز بسبب صحيح منقولاً فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته^(١).

وحسن النية معناه أن يكون الحائز قد اعتقد أنه يتلقى ملكية المنقول من المالك.

والسبب الصحيح هو تصرف قانوني ناقل للملكية؛ كالبيع، ولكنه مع ذلك لم ينقل الملكية للحائز لأنه صادر من غير مالك، ولو صدر من مالك لنقلها^(٢).

أما نظام المعاملات المدنية فقد عرّف الحيازة، وعدّها قرينة على الملكية عند النزاع فيها، وعرّف الحائز حسن النية بأنه من يجهل أنه يعتدي على حق الغير؛ ما لم يكن الجهل ناشئاً عن خطئه الجسيم^(٣)، ولم يطلق النظام أن حيازة المنقول تكسب الملكية.

(١) انظر: المادة (٩٧٦) من القانون المدني المصري.

(٢) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ١١٣٧/٩ و١١٣٩.

(٣) انظر المواد: ٦٧٣ و٦٧٤ و٦٧٥ من نظام المعاملات المدنية، وكانت المادة (١٥٨) (ملغاة) من نظام المرافعات الشرعية تنص على أن حيازة المنقول قرينة بسيطة على الملكية، ويجوز إثبات العكس، كما أن المادة (٢٠٩) منه فيها إمكان رفع دعوى مستعجلة لمنع التعرض للحيازة أو استردادها، ولا يؤثر أمر القاضي بذلك على أصل الحق ولا يكون دليلاً عليه.

الفرع الثاني: صورة بيع المنقول مرتين وحيازة المشتري الثاني له:

ذكر الشراح في معرض كلامهم عن نقل الملكية في المنقول ما مفاده أن البائع إذا باع سيارة -مثلاً- لمشتري، ثم باعها البائع مرة أخرى لمشتري ثانٍ، فإنه يكون قد باع ما لا يملك، وحينئذ:

- فإذا بقيت السيارة في يد البائع فإن المشتري الأول هو الذي يستردها منه لأنه هو المالك، ويرجع المشتري الثاني على البائع بتعويض.
- وإذا سلمها البائع للمشتري الأول فإنه يكون سلمها إلى مالكها، وليس للمشتري الثاني أن يرجع على المشتري الأول بشيء وإنما يرجع على البائع كما سبق.

- ولكن إذا سلم البائع السيارة للمشتري الثاني، والمشتري الثاني حسن النية لا يعلم أنها بيعت قبل ذلك للمشتري الأول، فإن المشتري الثاني يملك السيارة، لا بعقد البيع؛ لأن البائع لا يملكها عند بيعها له، ولكن يملكها بسبب الحيازة بحسن نية، وتنتقل إليه الملكية من المشتري الأول لا من البائع! وحتى لو كان المشتري الأول قد باعها على شخص آخر فإن الملكية تنتقل إلى المشتري الثاني من ذلك الشخص الذي أصبح مالكاً بالبيع الصادر له من المشتري الأول!^(١)

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنةوري ٤/ ٤٢٦، وعقد البيع للزقرد ص ١٢٥.

وقد سبقت الإشارة في المبحث السابق إلى ما جاء في القانون المدني المصري بشأن أحكام ضمان التعرض من أن البائع يضمن للمشتري تعرض الأجنبي، ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع؛ إذا كان هذا الحق قد آل إلى الأجنبي من البائع نفسه^(١)، ومن صور ذلك: «بيع المنقول مرة ثانية وتسليم البائع المنقول للمشتري الثاني، فتنقل إليه الملكية بموجب الحيازة إذا كان حسن النية، فهنا أيضاً تعرض صادر من كل من المشتري الثاني والبائع في وقت واحد»^(٢)، وهذا التصرف من البائع صدر بعد البيع الأول الذي أنشأ الالتزام بضمان التعرض، والحق للمشتري الثاني آيل إليه من نفس البائع، ومعنى ضمان التعرض هنا أن يدفع البائع عن المشتري الأول هذا التعرض، فإذا لم يتمكن فإنه يدفع له -وفقاً للقانون المدني المصري- قيمة المبيع مع الفوائد، وقيمة الثمار، والمصروفات النافعة، والمصروفات الكمالية، وجميع مصروفات دعوى الضمان؛ بالتفصيل والقيود الواردة في القانون^(٣).

وسبقت الإشارة أيضاً إلى أن دعوى الضمان على النحو المذكور لها خصوصية ترجع إلى اعتبارات تاريخية تمت بصلة إلى القانون الروماني

(١) انظر: المادة (٤٣٩) من القانون المدني المصري.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني للسنيهوري ٦٢٨/٤.

(٣) انظر: المادة (٤٤٣) من القانون المدني المصري، وعقد البيع وعقد المقايضة في ضوء الفقه والقضاء، محمد البكري، ص ٢٨٣.

والقانون الفرنسي القديم، وما اشتملا عليه من رسوم وأوضاع معينة تتعلق بنقل ملكية المبيع^(١).

أما نظام المعاملات المدنية فبالرغم من أن النظام لم ينص على اكتساب الملكية بموجب حيازة حسن النية بسبب صحيح - كما سبق - إلا أنه نص على الآتي: «يضمن البائع سلامة المبيع من أي حق للغير في المبيع كله أو بعضه إذا كان الحق سابقاً لعقد البيع أو آيلاً إلى الغير من البائع»^(٢).

وعبارة «أو آيلاً إلى الغير من البائع» صورتها بنحو ما تقدم.

كما نص النظام على ما يضمنه البائع في حال استحقاق المبيع، وتشمل: ثمن المبيع وقيمة الثمار التي ردها المشتري للمستحق، والنفقات النافعة، والنفقات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية، والتعويض عن أي أضرار أخرى نشأت باستحقاق المبيع^(٣).

لكن السؤال المهم: من المستحق في المثال المتقدم في أول هذا المبحث؟

المبتادر إلى الذهن أن المشتري الأول هو المستحق، لكن الذي يظهر لي أن عبارة «أو آيلاً إلى الغير من البائع» تشير إلى أن النظام تابع القانون المدني المصري في إثبات الملكية للمشتري الثاني، مع إثبات حق المشتري

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٤/ ٦١٩، وقد فرق بينها القانون المدني المصري كما يتضح من آخر المادة (٤٤٣).

(٢) المادة (٣٣٠) من نظام المعاملات المدنية.

(٣) انظر: المادة (٣٣٥) من نظام المعاملات المدنية.

الأول في أن يرفع على البائع دعوى الضمان للمطالبة بما سبق ذكره من الثمن والشمار والنفقات والتعويض عن الضرر، على أن النظام ليس صريحاً في ذلك لكون الحكم نُقل بشكل جزئي لعدم نص النظام على أن حيازة المنقول بحسن نية تكسب الملكية.

المطلب الثاني: النقد الفقهي:

ثمة أمران:

الأمر الأول: ما ورد في بعض القوانين المدنية وذكره شراحها من أن حيازة شيء مملوك للغير تكسب الملكية بشرطين: وجود سبب صحيح، وحسن النية؛ ويرد عليه النقد من وجهين:

أولهما: أن ما عدوه سبباً صحيحاً من بيع غير المالك ليس بسبب صحيح شرعاً، وهم وإن لم يجعلوه سبباً صحيحاً للملك؛ لأنه بيع صادر من غير مالك، لكن جعلوه سبباً صحيحاً للحيازة التي تكسب الملك، مع أنه تبين عدم صحة هذا السبب الذي بنيت عليه الحيازة.

ثانيهما: ما اشترطوه من حسن نية الحائز لا أثر له في تصحيح سبب الملك، لأن «الاعتبار في المعاملات بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف»^(١)، كما سبق، مع ما في تعبيرهم عن عدم العلم بحسن النية من البعد؛ فإن هذا اللفظ لم يوضع لهذا المعنى في اللغة والشرع.

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٩/٢.

والأجود من ذلك أن تكون الحيازة قرينة كما في نظام المعاملات المدنية، قال ابن رشد (ت ٥٢٠هـ): «مجرد الحيازة لا ينقل الملك عن المحوز عليه إلى الحائز باتفاق، ولكنه يدل على الملك»^(١)، ومن عبارات الفقهاء: اليد دليل الملك^(٢).

ويبقى النظر في مدى استحقاق المالك لانتزاع عينه التي آلت إلى مشترٍ لا يعلم أنها مستحقة، هل للمالك أن ينتزعها منه مجاناً أو بالثمن؟ ثم يرجع به على المتصرف بغير حق؟ وقد سبقت الإشارة إلى هذه المسألة^(٣).

الأمر الثاني: فيما يتعلق بصورة بيع المنقول مرتين وحيازة المشتري الثاني له، يرد عليه أن البيع الأول إذا انعقد صحيحاً شرعاً فإن الملك ينتقل به إلى المشتري الأول، فيكون البيع الثاني بيعاً باطلاً؛ لأن البائع غير مالك له، ولا يصححه حيازة المشتري الثاني له، ولا أثر لما يسميه القانونيون حسن النية ويقصدون به عدم العلم، كما سبق.

(١) البيان والتحصيل لابن رشد الجلد ١١ / ١٤٥، وانظر: تبصرة الحكام لابن فرحون ١٠٧/٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٩/٤، والذخيرة للقرافي ٢٤٦/٦، وفتاوى السبكي ٤٥١/١، والمغني لابن قدامة ٩٥/٦، وبحث: أثر الحيازة على الملكية، د. عبد الحميد المجلي، مجلة البحوث الفقهية والقانونية بكلية الشريعة والقانون بدمنهور، العدد (٤٥)، ص ١٢٢١.

(٣) انظر: المبحث الرابع من هذا البحث.

وقد تقدم قول ابن رشد (ت ٥٢٠هـ): «وأما إذا باع الرجل سلعة من رجل ثم باعها بعد من آخر فلا اختلاف في أن الأول أحق بها وإن قبضها الثاني»^(١).

وبناء على ما سبق فالمقترح حذف عبارة «أو آيلاً إلى الغير من البائع» الواردة في المادة (٣٣٠) من نظام المعاملات المدنية.

(١) البيان والتحصيل لابن رشد الجد ٨/ ١٢٣.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فمن أهم نتائج هذا البحث ما يأتي:

١. الملك حكم شرعي بإجماع العلماء، وهو يتبع الأسباب الشرعية، والقوانين المدنية تقرر أحكاماً وأوضاعاً تتعلق بانتقال الملكية، بعضها متلقى من قوانين قديمة، وتلك الأحكام بحاجة إلى النظر في ارتباطها بأسباب شرعية، وقد تلافى نظام المعاملات المدنية إشكالات واردة في بعض القوانين المدنية.

٢. ذكر بعض الشراح أن المبيع ليس هو الشيء ذاته بل حق الملكية فيه، ولا حاجة لذلك، بل المبيع هو المال المعقود عليه نفسه.

٣. التعبير بالملك أدل على المراد من التعبير بحق الملكية.

٤. انتقال ملكية المبيع لازم لعقد البيع، وليس التزاماً على البائع؛ خلافاً لما تقرر بعض القوانين المدنية.

٥. صورة البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية لا تصح من الناحية الفقهية، وللبائع أن يستوثق لحقه بغير ذلك.

٦. ما تقرر بعض القوانين المدنية من أحكام بشأن بيع ملك الغير مثل تصحيح العقد بإجازة المشتري مع عدم انتقال الملكية به؛ لا يصح شرعاً.

٧. التوصيف الفقهي لتسجيل العقار أنه توثيق، والملكية تنتقل بالعقد لا بالتسجيل؛ خلافاً لبعض القوانين المدنية، وما يذكره الشراح من ملكية المشتري الثاني إذا سبق إلى تسجيل العقار المبيع قبل المشتري الأول؛ لا يصح.

٨. يقرر الفقهاء أن اليد دليل الملك، ولذلك فالحيازة قرينة على الملك، كما في نظام المعاملات المدنية، والحيازة لا تكسب الملك إذا وقعت على شيء مملوك للغير، ولو كان سببها صورة بيع، كما أن ما يذكره بعض الشراح من ملكية المشتري الثاني للمنقول إذا حازه؛ لا يصح.

ومن التوصيات:

١. الأحكام الجزئية في مواد القوانين المدنية ترتبط بأصول قانونية، ويعبر عنها بألفاظ ذات دلالة اصطلاحية قانونية لا دلالة لغوية فحسب، فمن المهم أن يلحظ الباحثون والمختصون هذا الجانب، ولذلك يوصى بأن يكون الأصل الذي يُستمد منه مرجعاً فقهياً، مثل: مجلة الأحكام الشرعية، ونحوها.

٢. أوردت في نهاية كل مبحث جملة من الاقتراحات والتوصيات بشأن بعض مواد نظام المعاملات المدنية.

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

المراجع

١. أثر الحيازة على الملكية، د. عبد الحميد المجلي، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية بكلية الشريعة والقانون بدمهور، العدد (٤٥).
١. اختلاف الفقهاء للمروزي، تحقيق محمد حكيم، أضواء السلف، الرياض.
٢. اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية، مجموعة من الباحثين، دار كنوز إشبيلية.
٣. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لذكريا بن محمد الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي.
٤. أعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم، دار عطاءات العلم.
٥. استحقاق الأعيان المالية المسروقة أو المغصوبة التي آلت إلى يد محقة عادلة بسبيل مشروع، د. علي الديان، مجلة العدل، العدد السابع.
٦. الإنصاف للمرداوي (مطبوع مع المقنع والشرح الكبير)، تحقيق د. عبد الله التركي و د. عبد الفتاح الحلو، دار هجر.
٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية.
٨. بدائع الفوائد لابن القيم، تحقيق علي العمران، دار عطاءات العلم.
٩. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لابن رشد الجدل، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
١٠. البيع بالتقسيط: نظرات في التطبيق العملي، د. علي السالوس، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
١١. البيع في القانونين اللبناني والمصري، د. مصطفى الجمال، الدار الجامعية.

١٢. تاج العروس لمحمد مرتضى الزبيدي، وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت.
١٣. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى.
١٤. التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، سعد الدين التفتازاني، دار الكتب العلمية، بيروت.
١٥. تنظيم الدعم السكني، الصادر عام ١٤٣٥ هـ.
١٦. تهذيب الأسماء واللغات للنووي، دار الكتب العلمية، بيروت.
١٧. توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية، عبد الله آل خنين، الطبعة الأولى.
١٨. حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)، دار الفكر في بيروت.
١٩. الحاوي الكبير للماوردي، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت.
٢٠. الذخيرة، لشهاب الدين القرافي، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
٢١. سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية وفيصل البابي الحلبي.
٢٢. سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية.
٢٣. سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي في بيروت.
٢٤. سنن النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية في حلب.
٢٥. شرح أحكام عقد البيع د. محمد ليبب شنب، تنقيح: وائل بندق، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية.

٢٦. شرح الزرقاني على خليل (ومعه حاشية البناني)، بعناية: عبد السلام أمين، دار الكتب العلمية.
٢٧. شرح منتهى الإرادات (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى) لمنصور البهوتي، عالم الكتب.
٢٨. صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة.
٢٩. صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي في بيروت.
٣٠. عقد البيع وعقد المقايضة في ضوء الفقه والقضاء، محمد البكري
٣١. عقد البيع، د. أحمد السعيد الزقرد، المكتبة العصرية.
٣٢. عقد البيع، سمير تناغو، منشأة المعارف، الإسكندرية.
٣٣. العقود التجارية وعمليات البنوك، د. محمد الجبر، مطبوعات جامعة الملك سعود.
٣٤. الفائق في صورة رسم الوثائق لمحمد الأهدل، تحقيق: د. عبد العزيز بن داود، بحث في العدد (١٩) من مجلة قضاء.
٣٥. فتاوى السبكي، لتقي الدين السبكي، دار المعرفة، بيروت.
٣٦. الفروع، لشمس الدين ابن مفلح، ومعه: تصحيح الفروع للمرداوي، تحقيق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة.
٣٧. الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، لشهاب الدين القرافي، وحاشية ابن الشاط عليه، دار عالم الكتب.
٣٨. فقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارناً للوضع، محمد تقي العثماني، دار القلم.
٣٩. القانون المدني المصري رقم ١٣١، لسنة ١٩٤٨ م.

٤٠. قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة التعاون الإسلامي.
٤١. قواعد ابن رجب (تقرير القواعد وتحرير الفوائد)، لزين الدين ابن رجب، دار ركائز.
٤٢. كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور البهوتي، تحقيق: لجنة في وزارة العدل.
٤٣. كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، لحاجي خليفة، تحقيق بشار عواد وآخرين، الطبعة الأولى.
٤٤. لسان العرب لابن منظور، دار صادر، بيروت.
٤٥. المبسوط، لشمس الأئمة السرخسي، مطبعة السعادة، مصر.
٤٦. مجلة الأحكام العدلية، أعدتها لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء، تحقيق نجيب هواويني.
٤٧. المجموع شرح المذهب، للنووي، إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة.
٤٨. مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية، جمعها: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم.
٤٩. مراتب الإجماع لابن حزم، دار الكتب العلمية، بيروت.
٥٠. المستدرك على مجموع فتاوى ابن تيمية، جمعه محمد ابن قاسم، الطبعة الأولى.
٥١. مسند الإمام أحمد، تحقيق: أحمد شاكر، دار الحديث في القاهرة.
٥٢. المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، دبيان بن محمد الديان، الطبعة الثانية.
٥٣. المغني لموفق الدين ابن قدامة، تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب.

٥٤. المقدمات الممهدة لابن رشد الجدل، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
٥٥. المنشور في القواعد الفقهية، لبدر الدين الزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية.
٥٦. المذهب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق الشيرازي، دار الكتب العلمية.
٥٧. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لمحمد بن محمد الخطاب، دار الفكر.
٥٨. موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، المجلد الثاني، د. علي الخضير، دار الفضيحة.
٥٩. الموسوعة الفقهية، إصدار: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت.
٦٠. موسوعة القواعد الفقهية محمد صدقي آل بورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت.
٦١. نظام الأحوال الشخصية، الصادر عام ١٤٤٣هـ.
٦٢. نظام التسجيل العيني للعقار، الصادر عام ١٤٤٣هـ.
٦٣. نظام المرافعات الشرعية، الصادر عام ١٤٣٥هـ.
٦٤. نظام المعاملات المدنية، الصادر عام ١٤٤٤هـ.
٦٥. الوافي في شرح القانون المدني، سليمان مرقس، الجزء الثاني في الالتزامات، الطبعة الرابعة.
٦٦. وثيقة الكويت للنظام (القانون) المدني الموحد، الصادرة عام ١٤١٨هـ.
٦٧. الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار إحياء التراث العربي في بيروت.



