



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المجلة العلمية للقضاء في السعودية



قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الثالث والأربعون • شوال ١٤٤٧هـ • أبريل ٢٠٢٦م

استحالة تنفيذ الالتزام وأثرها
على انقضاء الالتزام دون وفاء -
دراسة تحليلية وفقاً لأحكام نظام
المعاملات المدنية السعودي
د. أحمد بن محمد الخميس

الصلح عبر منصة تراضي - دراسة فقهية
نظامية تطبيقية
د. منصور بن محمد الشبيب - رحمه الله

المركز القانوني للشريك بحصة
عمل في شركات الأشخاص وفقاً
لأحكام نظام الشركات السعودي
د. بندر بن خالد الذبياني

العود وأثره في تشديد العقوبة - دراسة
وصفية في النظام السعودي ومقارنةً
بالقانونين الأردني والمصري
د. محمد بن خالد اللحيدان

الاندماج والاستحواذ للشركات
المدرجة في السوق المالية
السعودية
عبد الله حامد السحيمي

المفاوضات السابقة على العقد - دراسة
فقهية مقارنة
د. صالح بن عبد اللطيف العامر

أثر التخصيص على أحكام
المساءلة التأديبية للموظفين
والعاملين المنقولين إلى
القطاع الخاص في المملكة
العربية السعودية - دراسة
نظامية
د. سلطان بن سالم البلوي

إعمال القواعد الأصولية في التفتيش
القضائي - (دراسة تأصيلية مع أمثلة
تطبيقية من مدونته المعتمدة بالمملكة
العربية السعودية)
د. رائد بن حسين آل سبيت

قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الثالث والأربعون • شوال ١٤٤٧هـ • أبريل 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

أ.د. حَمْدُ بْنُ نَاصِرٍ التُّرَيْكِي

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

أعضاء هيئة التحرير

أ.د. أَيُّوبُ بْنُ مَنْصُورٍ الْجَرَبُوعُ

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

د. خَالِدُ بْنُ عُمَانَ الْعُمَيْرُ

عميد كلية الحقوق بكميات الشرق العربي

أ.د. قَاسِمُ بْنُ مُسَاعِدٍ الْفَالِحُ

عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء

أ.د. أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ شَيْبٍ

عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء

د. فَيَّصَلُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ السُّحَيْبَانِي

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 لمحكم ثالث مرّجّح يقوم بتقييمه وتصويبه.
- وفي حال كان رأي المحكمين -أو أحدهما مع المرّجّح- (عدم قبول البحث للنشر)؛ فيرسل اعتذار للباحث عن نشر البحث مزوداً بالسبب الذي من أجله رفض البحث.

المرحلة الرابعة:

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

محتويات العدد

- ٧ | كلمة التحرير
- ٩ | الصلح عبر منصة تراضي - دراسة فقهية نظامية تطبيقية
د. منصور بن محمد بن عبد الرحمن الشيبب - رَحِمَهُ اللهُ
- ٩١ | العود وأثره في تشديد العقوبة - دراسة وصفية في النظام السعودي ومقارنة بالقانونين الأردني والمصري
د. محمد بن خالد بن عبد الله اللحيدان
- ١٤٩ | المفاوضات السابقة على العقد - دراسة فقهية مقارنة
د. صالح بن عبد اللطيف بن صالح العامر
- ٢١٩ | أعمال القواعد الأصولية في التفتيش القضائي - (دراسة تأصيلية مع أمثلة تطبيقية من مدونته المعتمدة بالمملكة العربية السعودية)
د. رائد بن حسين بن إبراهيم آل سيبت
- ٢٢٢ | استحالة تنفيذ الالتزام وأثرها على انقضاء الالتزام دون وفاء - دراسة تحليلية وفقاً لأحكام نظام المعاملات المدنية السعودي
د. أحمد بن محمد الخميس
- ٣٧٥ | المركز القانوني للشريك بحصة عمل في شركات الأشخاص وفقاً لأحكام نظام الشركات السعودي
د. بندر بن خالد الذبياني
- ٤٤٩ | الاندماج والاستحواذ للشركات المدرجة في السوق المالية السعودية
عبد الله حامد السحيمي
- ٥١٩ | أثر التخصيص على أحكام المساءلة التأديبية للموظفين والعاملين المنقولين إلى القطاع الخاص في المملكة العربية السعودية - دراسة نظامية
د. سلطان بن سالم بن عويند البلوي



كلمة التحرير

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى اله وصحبه ومن والاه، وبعد:

فيسر الجمعية العلمية القضائية السعودية أن تقدم لكم العدد الثالث والأربعين من (مجلة قضاء)، لتستمر المجلة في إثراء الساحة الفقهية والنظامية القضائية بأبحاث مميزة ورصينة في مجالاتها، لتكون المجلة إحدى أهم المجالات المتخصصة في بابها.

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

وقد جاء البحث الأول في هذا العدد لفضيلة الشيخ الدكتور منصور بن محمد الشيب -وقد قدمه للنشر قبل وفاته رَحِمَهُ اللهُ-، ونسأل الله أن يكون هذا البحث من العلم الذي ينتفع به، وأن يصله نفعه في قبره، وأن يتغمده بواسع رحمته ومغفرته.

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.

وصلّى الله وسلّم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

رئيس هيئة التحرير
أ.د. حمد بن ناصر التركي



الصلح عبر منصة تراضي

دراسة فقهية نظامية تطبيقية

د. منصور بن محمد بن عبد الرحمن الشبيب

[المتوفى في ٢٧ / ٧ / ١٤٤٧ هـ]

رَحِمَهُ اللهُ

الأستاذ المشارك بالمعهد العالي للقضاء

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المملكة العربية السعودية

المقدمة

الحمد لله الذي جعل الصلح باباً من أبواب الخير، ووسيلةً لحفظ الحقوق، وإصلاح ذات البين، ودفع الخصومات، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

أما بعد:

فإن الشريعة الإسلامية قد عيّنت بالصلح عناية بالغة، فحثت عليه، ورغبت فيه، وجعلته وسيلةً معتبرة لإنهاء النزاعات وردّ المظالم، وقد أفرده الفقهاء بالبحث تفصيلاً، وعدّوه عقداً مستقلاً يحقق مقاصد الشريعة في رفع الخصومة بالتراضي دون الحاجة إلى التقاضي الطويل.

ومع تطور الأنظمة العدلية في المملكة العربية السعودية، نصّت الأنظمة على تفعيله ومنحته قوة السند التنفيذي متى استوفى شروطه. ثم جاءت مبادرة وزارة العدل بإطلاق منصة تراضي الإلكترونية عام ١٤٤١هـ، لتمكين أطراف النزاع من إبرام اتفاقات الصلح إلكترونياً وتوثيقها رسمياً ومنحها الحجية التنفيذية، وهو ما يمثل نقلة نوعية في العدالة الرقمية. ومن هنا كان هذا البحث بعنوان: الصلح عبر منصة تراضي: دراسة فقهية نظامية تطبيقية، لدراسة الموضوع في ضوء التأصيل الفقهي والتنظيم النظامي والتطبيق العملي المعاصر.

أهمية البحث وأسباب اختياره:

١. إبراز مشروعية الصلح ومكانته في الفقه الإسلامي، وبيان أهميته في درء الخصومات وحفظ الحقوق، مما يجعل دراسته ذات قيمة فقهية وأثر عملي في الواقع القضائي.

٢. ربط أحكام الصلح في الفقه الإسلامي بما قرره النظام القضائي السعودي من تنظيمات حديثة، وهو ما يعكس الحاجة إلى دراسة تجمع بين الأصالة الفقهية والتنظيم النظامي.

٣. توضيح أثر منصة تراضي في تيسير إجراءات الصلح، ومنح محاضر الصلح الحجية التنفيذية، بما يحقق العدالة الناجزة ويخفف العبء عن المحاكم.

٤. قلة الدراسات العلمية التي تناولت الصلح عبر منصة تراضي من منظور فقهي نظامي تطبيقي متكامل، الأمر الذي يجعل البحث إضافة أصيلة للمكتبة الفقهية والقضائية.

٥. إبراز دور التقنية الحديثة في خدمة العدالة من خلال منصة تراضي، وهو سبب لاختيار الموضوع وأهمية له في الوقت نفسه، لما يواكب توجه السعودية نحو التحول الرقمي في مرفق القضاء.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة هذا البحث في الحاجة إلى دراسة فقهية نظامية تطبيقية تُبرز كيفية تنزيل أحكام الصلح الشرعية على الصلح الإلكتروني عبر

منصة تراضي، وتوضح مدى توافق هذه التجربة مع ما قرره النظام القضائي السعودي من تنظيمات، مع استقراء النماذج العملية لمحاضر الصلح الصادرة عن المنصة وتحليلها في ضوء الفقه والنظام.

أهداف البحث:

١. بيان مدى توافق الصلح الإلكتروني عبر منصة تراضي مع الأحكام الشرعية للصلح.
٢. توضيح ما أقره النظام القضائي السعودي بشأن الصلح الإلكتروني.
٣. دراسة النماذج التطبيقية لمحاضر الصلح عبر المنصة وتحليلها فقهاً ونظاماً.
٤. إبراز دور التقنية في خدمة العدالة وتحقيق مقاصد الشريعة.

أسئلة البحث:

١. ما مدى انسجام الصلح الإلكتروني عبر منصة تراضي مع الضوابط الشرعية للصلح؟
٢. ما أبرز التنظيمات القضائية السعودية المتعلقة بالصلح الإلكتروني؟
٣. كيف تُدار إجراءات الصلح عبر منصة تراضي، وما مدى حجية محاضر الصلح الصادرة عنها؟
٤. ما أثر الصلح الإلكتروني على تحقيق مقاصد الشريعة وخدمة العدالة الرقمية؟

حدود البحث:

ينحصر هذا البحث في دراسة الصلح عبر منصة تراضي في المملكة العربية السعودية من جانيه الفقهي والنظامي، مع تحليل تطبيقات مختارة من محاضر الصلح الصادرة عن المنصة منذ إطلاقها عام ١٤٤١هـ / ٢٠٢٠م وحتى وقت إعداد البحث، ولا يتناول وسائل الصلح الإلكترونية الأخرى أو مبادرات الصلح خارج نطاق المنصة.

منهج البحث:

اعتمد البحث على المنهج الاستقرائي التحليلي باستقراء النصوص الشرعية والنظامية المتعلقة بالصلح وتحليلها، والمنهج المقارن بين الفقه الإسلامي والتنظيم القضائي السعودي، إضافة إلى المنهج التطبيقي بدراسة نماذج عملية من منصة تراضي.

الدراسات السابقة:

تُعدّ الكتابات الفقهية والنظامية في موضوع الصلح منطلقاً أساساً لبحث الصلح عبر المنصات الإلكترونية، ومن أبرزها منصة تراضي التي تبنتها وزارة العدل في المملكة العربية السعودية. وقد تعددت الدراسات بين ما تناول الصلح بوجه عام، وما ركّز على الصلح في النظام السعودي، وما اتجه إلى بحث الوساطة الإلكترونية وتطبيقاتها. ويمكن إجمال أهم هذه الدراسات فيما يلي:

١. «المصالحة قبل الوصول للقضاء بين الشريعة والقانون (منصة تراضي بالملكة العربية السعودية أنموذجاً) دراسة مقارنة»، رسالة ماجستير مقدمة لقسم الأنظمة في الجامعة الإسلامية بالمدينة النبوية، للباحث محمد بن جعفر بن عمر آل عبود القحطاني (١٤٤٤هـ / ٢٠٢٣م).

تُعد هذه الرسالة الأقرب إلى موضوع البحث الحالي، إذ تناولت منصة تراضي بوصفها أنموذجاً للمصالحة قبل رفع الدعوى، فدرست نشأتها وأهدافها وإجراءاتها في ضوء الفقه الإسلامي والنظام القضائي، مع إشارة للمقارنات القانونية. غير أن الرسالة لم تستوعب استقراءً موسعاً لمحاضر الصلح الصادرة عبر المنصة، ولم تُفصّل في السوابق القضائية العملية، وهو مما يضيفه هذا الموضوع.

٢. «مواد الصلح في نظام المعاملات المدنية السعودي: دراسة تأصيلية فقهية»، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في قسم الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء، للباحث محمد بن عبد الله آل الشيخ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية (المعهد العالي للقضاء، ١٤٤٥هـ / ٢٠٢٣م).

وقد تناولت هذه الرسالة نصوص الصلح في نظام المعاملات المدنية السعودي، مع تحليل فقهي لأصولها الشرعية وبيان أثرها القضائي. وقد تميزت بعمق التأصيل الفقهي وربط النظام بالفقه، لكنها لم تتطرق إلى الصلح الإلكتروني ولا إلى التطبيقات المعاصرة عبر المنصات الرقمية.

٣. «وحدات الصلح في النيابة العامة في المملكة العربية السعودية وأثرها في الدعوى العامة: دراسة تحليلية مقارنة»، بحث محكم، للباحث تركي بن عوض السلمي، منشور في مجلة قضاء (العدد ٢٩، ٢٠٢٢م).

وقد عرض البحث نشأة وحدات الصلح بالنيابة العامة وأثرها في مسار الدعوى الجزائية، وبين طبيعتها القانونية ومكانتها في النظام القضائي. وقد أوصى الباحث بضرورة تعزيز دور مراكز المصالحة المرخصة وربطها بالمؤسسات العدلية، مما يدعم فكرة توسيع نطاق المصالحة الإلكترونية.

٤. «المركز القانوني للمصلح في المحاكم السعودية»، بحث محكم، الباحث سالم بن راشد العزيزي، منشور في مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية (العدد ٩٢، مارس ٢٠٢٣م).

وقد تناول البحث المركز النظامي للمصلح القضائي، وآليات عمله، وحجية محاضر الصلح (كلي، جزئي، عدم صلح) في النظام السعودي. وقد أكد على أهمية التدريب وتقييم الأداء للمصلحين، وهو ما يعكس أهمية البنية البشرية والتقنية التي تقوم عليها منصة تراضي.

٥. «فعالية استخدام أنظمة دعم المفاوضات: دراسة تطبيقية لمركز المصالحة في وزارة العدل»، بحث محكم، للباحثين فاطمة المغربي وتهاني الجهني، منشور في المجلة العربية للإدارة ٢٠٢٤م.

وقد استخدم البحث نموذج قبول التقنية (TAM) لقياس اتجاهات المصلحين نحو استخدام أنظمة دعم المفاوضات الإلكترونية. وأظهرت النتائج أن الكفاءة التقنية للمصلحين تعزز نيتهم في الاستخدام، في حين لم يكن لسهولة الاستخدام أثر كبير. وتبرز الدراسة البعد العملي والتقني في تطوير منصات المصالحة الإلكترونية.

٦. «الوساطة القضائية»، بحث للدكتور عبد العزيز بن محمد الرشيد، منشور في مجلة العدل (العدد ٦٤، ١٤٣٥هـ / ٢٠١٤م).

تناول البحث الوساطة القضائية باعتبارها وسيلة بديلة لتسوية النزاعات، من منظور فقهي ونظامي، مبرراً مشروعيتها وضوابطها. وقد أوصى الباحث بضرورة تقنين إجراءات الوساطة وضبطها نصوفاً نظامية، وهو ما تحقق جزئياً مع التطويرات اللاحقة التي أفضت إلى إنشاء منصة تراضي.

وعلى الرغم من القيمة العلمية للدراسات السابقة، إلا أنها لم تُعْطِ استقراءً شاملاً لمحاضر الصلح الصادرة عبر منصة تراضي، ولم تُجرِ تحليلاً تفصيلياً لدلالاتها الفقهية والنظامية. ومن هنا يتفرد هذا البحث بجمعه بين التأصيل الفقهي لأحكام الصلح، والتحليل النظامي لتنظيم القضائي السعودي، والدراسة التطبيقية لمحاضر الصلح الصادرة عبر منصة تراضي.

خطة البحث:

يتضمن البحث مقدمة وثلاثة مباحث، وخاتمة تشمل على أبرز النتائج والتوصيات التي توصل إليها البحث، وبيان ذلك كالآتي:

مقدمة:

تتضمن أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره، مشكلة البحث، وأهدافه، وأسئلته، وحدود البحث، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وتقسيمه:

المبحث الأول: حقيقة الصلح ومنصة تراضي:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الصلح: مفهومه، ومشروعيته، وأقسامه، وآثاره.

المطلب الثاني: التعريف بمركز المصالحة، ومنصة تراضي، وإجراءات الصلح.

المبحث الثاني: عمل المصلح ومسارات الصلح في منصة تراضي.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عمل المصلح في منصة تراضي: تكييفه، وشروطه، والتزاماته.

المطلب الثاني: مسارات الصلح في منصة تراضي.

المبحث الثالث: وثيقة الصلح عبر منصة تراضي: شروطها
وضوابطها وتطبيقاتها
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط صحة وثيقة الصلح وإجراءات اعتمادها.
المطلب الثاني: التطبيقات العملية لوثائق الصلح عبر المنصة.
الخاتمة:

وفيه أهم النتائج والتوصيات.
قائمة بالمراجع والمصادر.

وختاماً، أسأل الله تعالى أن أكون قد وفقت في هذا البحث، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، نافعاً للدارسين والمهتمين، ومعيناً على خدمة الفقه والقضاء في المملكة العربية السعودية. ولا يفوتني أن أتوجه بالشكر لكل من أسهم في تسهيل هذا الجهد وإثرائه، راجياً أن يكون هذا العمل إضافة نوعية في مجال التأصيل الفقهي والتقعيد النظامي لتجربة منصة تراضي، التي تمثل لبنة بارزة في مسار تطوير مرفق القضاء والتحول الرقمي للعدالة في المملكة. وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

المبحث الأول

حقيقة الصلح ومنصة تراضي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الصلح: مفهومه ومشروعيته، وأقسامه، وآثاره:

أولاً: مفهوم الصلح في اللغة والاصطلاح:

الصُّلْح لغة: اسم مصدر ل: صَالَحَهُ مُصَالِحَةٌ، وهي: المسالمة، وهي خلاف المخاصمة، وأصلها من الصلاح وهو ضد الفساد، والصُّلْح بالضم تصالح القوم فيما بينهم، وفعل صلح يكون لازماً بمعنى صيرورة الرجل أو الشيء صالحاً بعد أن كان فاسداً، والإصلاح بين القوم إذهاب ما بينهم من شر، وأصلح الرجل في عقله وأمره: لزم الصلاح^(١)، ومدار الأمر على تعريف الصلح بقطع الخصومة أو قطع النزاع.

وأما تعريفه في الاصطلاح الفقهي، فقد جاءت تعريفات الفقهاء متقاربة في تعريف الصلح، فعرفها الحنفية كما في الجوهرة النيرة بأنه: «عقد وضع بين المتصالحين لدفع المنازعة بالتراضي»^(٢)، وعرفه المالكية كما في شرح الحدود بأنه: «انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع

(١) ينظر: العين (٣/١١٧)، الأفعال لابن القوطية ص (٨٤)، طلبه الطلبة ص (١٤٤)، المغرب في ترتيب المغرب ص (٢٧٠)، تاج العروس (٦/٥٤٧).

(٢) الجوهرة النيرة (١/٣١٨)، وينظر: فتح القدير لابن الهمام (٨/٤٠٣).

أو خوف وقوعه»^(١)، وعرفه الشافعية بأنه: «عقد يحصل به قطع النزاع»^(٢)، وعرفه الحنابلة بأنه: «معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين»^(٣).

وتدور هذه التعريفات على معنيين:

١. كونه عقداً رضائياً يفتقر إلى الإيجاب والقبول.

٢. غايته رفع النزاع القائم أو توقي النزاع المحتمل.

وقد أخذ نظام المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ بهذا المعنى الجامع، فنص في المادة (٣٩١) على أن الصلح: «عقدٌ يحسم بمقتضاه المتصالحان نزاعاً قائماً أو يتوقيان نزاعاً محتملاً، بأن ينزل كلُّ منهما على وجه التقابل عن مطالبته أو جزءٍ منها»^(٤). كما نص تنظيم مركز المصالحة الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (١٠٣) بتاريخ ٠٨ / ٠٤ / ١٤٣٤ في مادته الأولى على أنه: «وسيلة رضائية لتسوية المنازعات - تتولاها مكاتب المصالحة - صلحاً كلياً أو جزئياً».

وبتحليل هذا التعريف وما ورد في مدونات الفقه يتبين ما يلي:

(١) شرح حدود ابن عرفة (١/٣١٤)، وينظر: شرح الخرشي (٦/٢).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج (٤/٣٨٢)، تحفة المحتاج (٥/١٨٧).

(٣) ينظر: المغني (٧/٥)، المطلع على ألفاظ المقنع، ص (٢٩٩).

(٤) المادة الحادية والتسعون بعد الثلاثمائة من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ.

١. أن الصلح من عقود المعاوضات والملازمات، فتجري عليه أحكام العقود من اشتراط الأهلية والرضا وسلامة المحل. فلا ينعقد إلا بين من له أهلية التعاقد، ويقوم على رضا الطرفين الكامل، إذ الرضا مناط النفوذ في العقود كافة.

٢. أن محل الصلح هو الحقوق القابلة للمعاوضة، ولهذا نصت المادة (٣٩٤) من النظام على أن يكون المتصلح عنه مما يصح أخذ العوض في مقابله. وبناءً على ذلك فلا يصح الصلح على ما لا يقبل المعاوضة، كالزوج والعبادات المحضة، إذ لا يملك أحد إسقاطها ولا المعاوضة عليها.

٣. أن غاية الصلح تتنوع بين معالجة نزاع قائم بالفعل، كما في النزاع حول مقدار نفقة أو متعة مطلقة، أو توقي نزاع متوقع، كما في تحديد صداق مجهول خشية التنازع مستقبلاً.

٤. أن جوهر الصلح يقوم على التنازل المتقابل، إما عن كل الحق أو بعضه، أو عن الدعوى ولو مع إنكارها. ومن ثم لا بد أن يكون للمتصلح أهلية للتصرف في حقه بالعوض أو التبرع، بحسب طبيعة النزول.

٥. أن الصلح وسيلة إصلاح، فهو لا يُشرع إلا فيما يحقق مقصود الشرع من رفع الخصومة وحسم النزاع، بخلاف ما لو تضمن إبطال حق أو إحقاق باطل فإنه باطل مردود.

فالصلح في ضوء ما تقدم: عقدٌ رضائي، مقصود لذاته، مشروع بالكتاب والسنة والإجماع، غايته رفع الخصومة أو دفعها، يقوم على التنازل المتقابل بين الأطراف، وهو من العقود التي جمعت بين الأبعاد الفقهية والأبعاد النظامية المعاصرة.

ثانياً: مشروعية الصلح:

الصلح مشروع في الجملة، وقد دلت على مشروعيته نصوص الكتاب والسنة، وأجمع الفقهاء على ذلك:

- من الكتاب: قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]. قال السرخسي رحمه الله: «وفي هذا بيان أنه نهاية في الخيرية»^(١)؛ إذ فيه بقاء المودة ودوام العصمة وإزالة أسباب الشقاق. وقال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ٣٥]، فدل على أن إرادة الإصلاح سبب لتوفيق الله عز وجل.

- من السنة: ما رواه عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً حرم حلالاً»

(١) المبسوط للسرخسي (٢٠/١٣٤).

أو أحلَّ حراماً»^(١). وهو نصٌّ في مشروعية الصلح واعتباره من العقود الصحيحة متى انضبط بضوابط الشرع.

- من الإجماع: نقل غير واحد من الفقهاء انعقاد الإجماع على مشروعية الصلح، كما حكاه ابن المنذر وغيره^(٢).

- من المعقول: أن العقود إنما شرعت لتحقيق المصالح ودفع المفاسد، والحاجة إلى الصلح أمسّ من غيره، إذ هو سبب لدفع الخصومة وقطع المنازعة^(٣)، والمنازعة متى طالّت أورثت العداوة والفساد، فجعل الصلح مشروعاً لدفع الشرور وإطفاء الفتن، وتحقيق الألفة والموافقة بين الناس، فهو حسن في العقل، مندوب إليه في الشرع^(٤).

وبهذا يظهر أن الصلح مشروع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، وأنه وسيلة شرعية لحسم النزاع ودفع الفساد، وتحقيق مقصد عظيم من مقاصد الشريعة، وهو إصلاح ذات البين.

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤) والترمذي (١٣٥٢)، وقال الترمذي: حسن صحيح.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٣٦٦/٦)، تحفة الفقهاء (٤٩٢/٣).

(٣) ينظر: تبين الحقائق (٣٠/٥).

(٤) معين الحكم فيما يتردد بين الخصمين ص (١٢٢).

ثالثاً: أنواع الصلح فقهاً ونظاماً:

التقسيم الأول: باعتبار الهدف منه:

ينقسم الصلح بحسب الهدف منه إلى ما يلي:

١. الصلح المنهي للنزاع: وهو الصلح الذي يقع بين المتنازعين بعد حصول النزاع، ويُقصد به إنهاء الخصومة القائمة.

٢. الصلح الواقعي من النزاع: وهو الصلح الذي يقع بين طرفين بقصد توقي نزاع محتمل مستقبلاً.

وقد نص نظام المعاملات المدنية في المادة (٣٩١) على أن: «الصلح عقد يُرفع به النزاع، أو يتوقى به النزاع المحتمل» وهذا النص يجمع بين النوعين، ويؤكد أن النظام قد اعتمد كلاهما باعتبارهما من صور الصلح الصحيحة والمعتبرة نظاماً.

التقسيم الثاني: باعتبار موقف المتصالحين من الحق محل النزاع:

يقسم الصلح إلى ثلاثة أنواع تبعاً لموقف المدعى عليه من الدعوى:

١. الصلح على الإقرار: وهو أن يُقرّ المدعى عليه بالحق المدعى به، ثم يُصالح المدعي على بعضه، أو على بدله، أو على إسقاط جزء منه. وهذا في حقيقته يجمع بين الإقرار من جهة، والمعاوضة أو الإبراء من جهة أخرى.

٢. الصلح على الإنكار: وهو أن يُنكر المدعى عليه الدعوى، ثم يتصلح مع المدعي على عوضٍ يتفقان عليه، دفعًا للنزاع وإن لم يسلم بالأصل. وقد اعتبره الفقهاء عقدًا جديدًا مستقلًا، غايته رفع الخصومة وقطع النزاع، لا مجرد إقرار أو بيع.

٣. الصلح على السكوت: وهو ألا يُبدي المدعى عليه موقفًا صريحًا من الدعوى، فلا يقر ولا ينكر، ثم يتراضى الطرفان على صلح ينهي النزاع.

فأما الصلح على الإقرار، فقد أجمع الفقهاء على جوازه، إذ هو في حقيقته إما وفاء للحق، أو إبراء من بعضه، أو معاوضة على غير جنسه. قال ابن رشد الحفيد: «واتفق المسلمون على جوازه على الإقرار»^(١). وإنما وقع الخلاف في تسميته «صلحًا»، لا في صحته^(٢).

وأما الصلح على إنكار، فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين:

- (١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٧٧). وينظر أيضاً: القوانين الفقهية ص (٢٢٢).
- (٢) ينظر: المغني (٧/ ١٢)، الشرح الكبير للشمس ابن قدامة (١٣/ ١٢٧)، المبدع شرح المقنع (٤/ ٢٥٩)، كشف القناع (٨/ ٢٧٩).

القول الأول: الجواز، وهو قول جمهور أهل العلم، وهو مذهب الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والحنابلة^(٣).

واحتجوا بعموم قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً»، ولأن الحاجة إلى الصلح عند الإنكار أشد منها عند الإقرار.

والقول الثاني: المنع، وهو مذهب الشافعية^(٤)، وابن حزم من الظاهرية^(٥).

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤٠/٦)، بداية المبتدي ص (١٥١)، تبين الحقائق (٣٠٤/٤)، البناية (٣/١٠).

(٢) ينظر: المعونة على مذهب عالم المدينة (١١٩١/٢)، روضة المستبين (١١٣٠/٢)، الذخيرة (٣٥١/٥)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب (٢٦٦/٦)، التاج والإكليل (٩/٧)، مواهب الجليل (٨٣/٥).

وقد نص المالكية على أن الصلح مع الإنكار مع جوازه لا يحل للظالم منهما شيئاً في الباطن، وأنه لو ظهرت بعده بينة أو وثيقة أو حصل إقرار من الطرف الآخر جاز له نقضه.

(٣) ينظر: الكافي (١١٥/٢)، المغني (٦/٧)، الشرح الكبير للشمس ابن قدامة (٩/٥)، الفروع (٢٠٢/١١)، الإقناع للحجاوي (١٩٦/٢).

ونص الحنابلة على أن: يصح إذا كان المنكر معتقداً بطلان الدعوى، فيدفع المال افتداءً ليمينه، ودفعاً للخصومة عن نفسه. والمدعي يعتقد صحتها، فيأخذه عوضاً عن حقه الثابت له، فإن كان أحدهما يعلم كذب نفسه فالصلح باطل في الباطن، وما يأخذه بالصلح حرام؛ لأنه يأكل مال أخيه بباطله، ويستخرجه منه بشره، وهو في الظاهر صحيح؛ لأن ظاهر حال المسلمين الصحة والحق.

(٤) ينظر: بحر المذهب (٤٠٤/٥)، الوسيط للغزالي (٥١/٤)، روضة الطالبين (١٩٩/٤).

(٥) ينظر: المحلى بالآثار (٤٦٤/٦).

واحتجوا بأن المال المعاوض عليه لم يثبت في ملك المدعي، فيكون أخذ العوض مقابلاً لغير حق ثابت، وهو أكل للمال بالباطل.

والراجع - كما ذهب إليه المالكية والحنابلة - أن الصلح على الإنكار صحيح في الظاهر متى اعتقد كل طرف صحة دعواه، أما إن علم أحدهما بطلان دعواه فهو آثم في الباطن.

وقد أقر نظام المعاملات المدنية هذا الاتجاه، حيث نصّت المادة (٣٩٦) من نظام المعاملات المدنية على أن: «يصح الصلح عن الحقوق سواء أقر بها المدعى عليه، أو أنكرها، أو سكت ولم يبد فيها إقراراً ولا إنكاراً»، وبذلك اعتمد ما ذهب إليه الجمهور.

التقسيم الثالث: بحسب مدى معلومية الحق المتنازع عليه:

ينقسم الصلح من حيث معلومية الحق المتنازع فيه إلى قسمين:

١. صلح عن معلوم: وهو ما يكون فيه الحق المتنازع عليه معلوم الجنس والنوع والذات والقدر الصفات المؤثرة.

٢. صلح عن مجهول: وهو ما يكون الحق المتنازع فيه مجهولاً.

وقد نصّ نظام المعاملات المدنية في المادة (٣٩٥) على أنه: «يصح الصلح ولو كان الحق الذي يشمل مجهولاً إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم، وكان الحق مما يتعدّر العلم به في مدة قريبة بحسب طبيعة الحق ومقداره ومكانه».

وهذا النص يبين أن الأصل في النظام إجازة الصلح عن المجهول، متى كانت الجهالة لا تفضي إلى منازعة جديدة ولا تمنع التسليم، وهو ما يوافق ما قرره الفقهاء من جواز الصلح عن المجهول إذا كان مما تعذر ضبطه أو العلم به، كالحقوق التقديرية أو المنافع التي لا يمكن تحديدها بدقة.

وهذا التقييد يتفق في جوهره مع ما قرره فقهاء الحنفية، حيث قسموا الصلح عن المجهول إلى صور متعددة:

- فإن كان عن معلوم على معلوم جاز بلا إشكال^(١).
- وإن كان عن مجهول على مجهول، فإن لم يحتج فيه إلى التسليم جاز، وإلا لم يجز^(٢).
- وإن كان عن مجهول على معلوم، أو معلوم على مجهول، فالعبرة بكون محل التسليم معلوماً؛ فإن احتج للتسليم وهو مجهول لم يجز، وإن لم يحتج صحّ^(٣).
- فالمعيار عندهم: أن الجهالة إن لم تفض إلى نزاع جديد ولم تمنع التسليم جاز الصلح، وهو نفس الضابط الذي عبّر عنه النظام بعبارة مختصرة جامعة.

(١) ينظر: العناية شرح الهداية (٤٠٩/٨)، مجمع الأنهر (٣١١/٢).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (١٩٦/٣)، العناية شرح الهداية (٤٠٩/٨)، معين الحكام (١٢٤).

(٣) ينظر: النهر الفائق (٤٨٩/٣)، حاشية ابن عابدين (٢٠٤/٥).

ونص الحنابلة على أنه يصح الصلح عن مجهول على معلوم إن كان المجهول يتعذر العلم به^(١).

التقسيم الرابع: وفقاً لطبيعة الصلح:

ينقسم الصلح بحسب طبيعته إلى نوعين رئيسيين:

١. صلح الإسقاط: وهو الذي يكون مضمونه إسقاط الحق كلياً أو جزئياً؛ فإن كان الإسقاط كلياً فهو في معنى الإبراء، كمن أبرأ دائئه من الدين كله. وإن كان جزئياً فهو في معنى الخطيئة، كمن ادعى داراً فصالح خصمه على نصفها أو ثلثها، فيثبت حكمه حكم الهبة، إذ هو تبرع ببعض الحق.

وقد دل على مشروعيته ما جاء في الصحيحين من حديث كعب بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً له عليه، فارتفعت أصواتهما حتى خرج رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال لكعب: «ضع من دينك هذا»، وأوماً إلى الشطر، قال: «لقد فعلت»، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «قم فاقضه»^(٢). فهذا أصل في جواز الخطيئة من الدين^(٣).

(١) الفروع (٤٢٧/٦)، الروض المربع ص (٣٨١).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلاة، باب التقاضي والملازمة في المسجد (٩٩/١) حديث رقم: ٤٥٧، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع (٣٠/٥) حديث رقم: ١٥٥٨.

(٣) ينظر: روضة الطالبين (١٩٣/٤)، أسنى المطالب (٢١٥/٢)، كشف القناع (٢٧٨/٨).

٢. صلح المعاوضة: وهو الذي يجري على غير العين المدعاة، كمن ادعى داراً فأقر له المدعى عليه بها، ثم صالحه عنها بعبد أو ثوب. فهذا في حقيقته بيع، وإن صيغ بلفظ الصلح، ولذلك تجري عليه أحكام البيع كاملة، كالرد بالعيب، وإثبات الشفعة، واشتراط القبض قبل التصرف، ولزوم التساوي والتقابض في الأموال الربوية.

وإن جرى الصلح على منفعة معلومة، كمن صالحه على سكنه في دار مدة معلومة، كان في معنى الإجارة، فتثبت له أحكامها. وكذلك لو تضمن هبة بعض المدعى به لمن هو بيده، فهو هبة، فيشترط فيه القبول والقدرة على التسليم^(١).

(١) ينظر: روضة الطالبين (٤/١٩٣)، العناية بشرح الهداية (٨/٤٠٩)، أسنى المطالب للشيخ زكريا الأنصاري (٢/٢١٥).

وقال النووي رَحِمَهُ اللهُ: الصلح يخالف البيع في صور: أحداها: المسألة السابقة، وهي إذا صالح صلح الخطيئة بلفظ الصلح، فإنه يصح على الأصح. ولو كان بلفظ البيع، لم يصح قطعاً.

الثانية: لو قال من غير سبق خصومة: بعني دارك بكذا فباع صح، ولو قال والحالة هذه: صالحني عن دارك هذه بألف، لم يصح على الأصح؛ لأن لفظ الصلح لا يطلق إلا إذا سبقت خصومة، وكأن هذا الخلاف فيما لو استعمل لفظ الصلح بلا نية. فلو استعمله ونوى البيع، كان كناية بلا شك، وجرى فيه الخلاف في انعقاد البيع بالكناية.

الثالثة: لو صالح عن القصاص، صح ولا مدخل للفظ البيع فيه.

الرابعة: قال صاحب «التلخيص» لو صالحنا أهل الحرب من أموالهم على شيء نأخذ منهم، جاز ولا يقوم مقامه البيع، واعترض عليه القفال، بأن تلك المصالحة ليست بمصالحة عن أموالهم وإنما نصالحهم ونأخذ منهم للكف عن =

رابعاً: آثار عقد الصلح:

أولاً: انقضاء النزاع والخصومة:

يترتب على عقد الصلح أثر جوهري يتمثل في إنهاء الخصومة وانقضاء النزاع بين طرفيه؛ إذ الصلح عقد مقصود به حسم الخلاف وقطع مادة النزاع؛ ولذلك لا يجوز تجديد الدعوى في الموضوع الذي جرى الصلح عليه ما دام قد استوفى أركانه وشروطه، وصدر بموجبه محضر صلح صحيح.

وقد نصت المادة الأولى بعد الأربعمئة من نظام المعاملات المدنية على هذا المعنى حيث جاء فيها: «يترتب على عقد الصلح انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أي من المتصالحين، وليس لأي منهما أو لورثته الرجوع فيه». كما نصت المادة الثانية بعد الأربعمئة على أنه يقتصر أثر الصلح في قطعه للنزاع على الحقوق التي شملها عقد الصلح وحسم النزاع فيها دون غيرها.

ثانياً: أثر الصلح في إنشاء الحقوق:

الأصل في عقد الصلح أنه لا ينشئ حقوقاً جديدة، وإنما يقتصر على إنهاء الحقوق المتنازع فيها. غير أنه إذا تضمن عوضاً خارجياً عن

= دمائهم وأموالهم، وهذا صحيح، ولكن لا يمنع مخالفة اللفظين، فإن لفظ البيع لا يجري في أمثال تلك المصالحات.

الخامسة: قال صاحب «التلخيص» لو صالح من أرش الموضحة على شيء معلوم، جاز إذا علما قدر أرشها. ولو باع لم يجز. الروضة (١٩٤/٤).

محل النزاع، نشأ في ذلك العوض حق جديد تترتب عليه آثار المعاوضة بحسب طبيعته؛ فإن كان عيناً كان في حكم البيع، وإن كان منفعة كان في حكم الإجارة، وإن كان إسقاطاً كان في حكم الإبراء.

وقد نصت المادة التاسعة والتسعون بعد الثلاثمائة من نظام المعاملات المدنية على ذلك، حيث جاء فيها: «لا ينشئ الصلح حقاً جديداً لأي من المتصلحين فيما يشمله من الحقوق، وأما عوض الصلح من غير هذه الحقوق فينشأ فيه الصلح حقاً وتسري عليه أحكام المعاوضة».

المطلب الثاني: منصة التراضي: نشأتها، وأهدافها، وإجراءاتها:

أولاً: التعريف بمركز المصالحة:

صدر قرار مجلس الوزراء رقم (١٠٣) وتاريخ ٢٤ / ٣ / ١٤٣٤هـ بإصدار تنظيم مركز المصالحة^(١). والذي ينشأ بموجبه مركز المصالحة في وزارة العدل، ليكون الجهة الرسمية المشرفة على أعمال الصلح والمصلحين.

وقد حدد التنظيم اختصاص المركز بتنظيم إجراءات المصالحة والإشراف على المصلحين، واعتماد وثائق الصلح. ويشمل اختصاص

(١) ينظر: قرار مجلس الوزراء رقم (١٠٣) بتاريخ ٠٨ / ٠٤ / ١٤٣٤ المادة الثانية، مسترجع من موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء.

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/fe7f3828-c47c-4d95-a56c-a9a700f27196/1>

المركز وفقاً للمادة الثانية من تنظيم المركز: النظر في المنازعات المحالة إلى المحاكم أو المنازعات التي يحيلها أطرافها أو بعضهم إلى مكاتب المصالحة ابتداءً، أو بعد البدء في نظر المنازعة في أي مرحلة من مراحل الدعوى مع مراعاة إشعار ناظر القضية بذلك.

كما خوّل وزير العدل، بموجب المادة (٧) من تنظيم مركز المصالحة، أن يحدد أنواع الدعاوى التي لا تُقيد في المحكمة إلا بعد عرضها على المصالحة، وهو ما يعكس توجهًا تشريعيًا واضحًا لجعل الصلح مرحلة سابقة على التقاضي في بعض المنازعات.

يهدف المركز إلى نشر ثقافة الصلح في المجتمع، وتيسير إجراءاته، وتقديمه كوسيلة بديلة لحل النزاعات، بما يسهم في تقليل التدفق على المحاكم وتحقيق الاستقرار الاجتماعي والتجاري. وهو بذلك يترجم مقاصد الشريعة التي حضت على الإصلاح بين الناس، لقوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]، ويجعلها جزءاً من السياسة العدلية المعاصرة.

ثانياً: التعريف بمنصة تراضي:

هي منصة إلكترونية تابعة لمركز المصالحة بوزارة العدل بالملكة العربية السعودية تمكّن أطراف الدعوى ومصلحي وزارة العدل والمصلحين المسجلين من الالتقاء الواقعي أو الافتراضي، وممارسة عملية المصالحة؛ للتوصل لحل يرضيه أطراف النزاع، عبر إجراءات

مؤتمتة بالكامل: بداية من تقديم طلب المصالحة حتى انتهائه بوثيقة صلح أو تعذر.

وتهدف المنصة إلى إنهاء الخلافات والنزاعات وتوثيق الإجراءات بشكل نظامي وتصديق رسمي دون الحاجة لزيارة المحاكم أو المكاتب العدلية، حيث يتم ذلك بشكل رقمي عن بُعد، ودون الحاجة إلى الحضور إلى المقرات، ويتم اعتمادها بشكل رسمي من مركز المصالحة بوزارة العدل، حيث يمكن لأصحاب النزاع تقديم طلب صلح مباشرة عبر المنصة، وإحالاته للمصلحين المتخصصين للوصول إلى إنهاء للنزاع وتسوية ودية بين الأطراف المتنازعة^(١).

وبذلك تكون منصة تراضي أدخلت المصالحة إلى بيئة رقمية شاملة، من خلال:

- الجلسات الافتراضية: حيث تُعقد لقاءات الصلح عبر الاتصال المرئي، مما يتيح حضور الأطراف والمصلح من أماكن مختلفة.

- التوثيق الإلكتروني: تعتمد محاضر الصلح عبر النفاذ الوطني الموحد، وتُحفظ في قواعد بيانات الوزارة، بما يكفل سلامتها وعدم إمكانية التلاعب بها.

(١) مسترجع من الموقع الإلكتروني للمنصة:

- التكامل مع قضاء التنفيذ: إذ تُرسل محاضر الصلح إلكترونياً إلى محاكم التنفيذ عند الحاجة، فتُنفذ مباشرة كسند تنفيذي دون رفع دعوى جديدة.

وتتمثل أهم إسهامات المنصة في الآتي:

- (١) توفير منصة إلكترونية للصلح.
- (٢) تمكين المستفيدين من الاطلاع على طلباتهم والوثائق التابعة لهم إلكترونياً.
- (٣) رفع العبء عن أطراف النزاع من مشقة الحضور على مكاتب الصلح.
- (٤) تمكين المصلحين من متابعة أعمالهم وجدولة طلباتهم ومواعيدهم إلكترونياً.
- (٥) حفظ الوقت والجهد للمستفيدين.
- (٦) توفير مكاتب افتراضية للكيانات الشريكة لمشروع المصلح المسجل بمختلف التخصصات
- (٧) إصدار وثائق تعد سندات تنفيذية بشكل إلكتروني بالكامل.

أظهرت الإحصاءات الرسمية أن منصة تراضي تجاوزت في نهاية عام ١٤٤٥هـ / ٢٠٢٤م أكثر من ٥,٠٨٢,٠٠٠ مستفيداً، وأصدرت نحو ٤٧٢,٠٠٠ وثيقة صلح حتى ذلك التاريخ، وعُقدت عبرها ما

يقارب ١,٥٠٠,٠٠٠ جلسة إلكترونية^(١). وهذه الأرقام تدل على الإقبال على الصلح عبر المنصة، ونجاحها في تحويل الصلح من جهود فردية إلى منظومة مؤسسية رقمية ذات أثر ملموس في خفض النزاعات المعروضة على المحاكم.

ثالثاً: إجراءات الصلح في منصة تراضي:

تستند الإجراءات العملية في منصة «تراضي» إلى قواعد المصالحة الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٥١٣٢) وتاريخ ٢١/٦/١٤٤١هـ، التي وضعت إطاراً تفصيلياً ينظم مراحل المصالحة بدءاً من قيد الطلب وحتى تحرير المحاضر. وقد هدفت هذه القواعد إلى ضمان انسجام المصالحة الإلكترونية مع أحكام الشريعة وضوابط النظام، مع تعزيز القيم الأساسية للمصالحة كالرضا، والعدالة، والسرية.

المرحلة الأولى: ما قبل جلسات المصالحة:

- قيد الطلب وإحالاته: وفق المادة الثالثة عشرة من قواعد المصالحة، يحال طلب المصالحة من المحاكم إلى مكتب المصالحة وفق النموذج المعتمد، أو يقدم الأطراف طلباً مباشرة عبر المنصة، ثم يقيد في يومه ويُعطى رقماً مميزاً، ويحال إلى أحد المصلحين المعتمدين، مع مراعاة رغبة الأطراف ما أمكن.

(١) مسترجع من الموقع الإلكتروني للمنصة:

- تحديد الموعد: نصت المادة الرابعة عشرة من قواعد المصالحة على أن مكتب المصالحة يحدد جلسة خلال مدة لا تزيد على (١٤) يومًا من تاريخ القيد، ويبلغ الأطراف بالموعد، وفي حال غيابهم مرتين متتاليتين أو تعذر تبليغهم يحفظ الطلب وتُخطر المحكمة المحيلة عند الاقتضاء.

المرحلة الثانية: عقد جلسات المصالحة:

- مكان الانعقاد: نصت المادة الرابعة عشرة من قواعد المصالحة على أن الجلسات تعقد في مكتب المصالحة، ويجوز أن تكون إلكترونيًا عن بعد، وهو ما أصبح الغالب في الواقع العملي.

- الحضور: وضحت المادة الخامسة عشرة أن الحضور يقتصر على المصلح والأطراف أو وكلائهم، وممثلي الشخصيات الاعتبارية المخولين بالصلح، ومن يوافق الأطراف على حضوره، مع اشتراط توقيع غيرهم على تعهد بالسرية وعدم الإفصاح.

- إجراءات الجلسة: حسب المادة السادسة عشرة من قواعد المصالحة، يبدأ المصلح بالتحقق من الهوية والأهلية، ثم يسعى إلى تقريب وجهات النظر وفق أحكام الشريعة والأنظمة، وله الاجتماع مع أحد الأطراف دون الآخرين أو مع الأطراف دون وكلائهم، بشرط ألا يخل ذلك بالقيم الشرعية. وتُعقد الجلسات باللغة العربية، ولا يجوز إكراه أي طرف على الصلح.

المرحلة الثالثة: انتهاء المصالحة وتحرير المحاضر:

- انتهاء المصالحة: يَنتِ المادة الثامنة عشرة من قواعد المصالحة الحالات التي تنتهي فيها المصالحة، في الحالات الآتية:

أ- إذا توصل الأطراف إلى صلح منه للخصومة.

ب- إذا غاب أحد الأطراف مرتين متتاليتين.

ج- إذا انسحب أحد الأطراف في أي مرحلة.

د- إذا تعذر الصلح بسبب وفاة أحد الأطراف أو انقضاء شخصيته الاعتبارية.

هـ- إذا تجاوزت الجلسات العدد أو المدة المحددة نظامًا.

و- إذا رأى المصلح عدم جدوى الاستمرار، أو تكررت مخالفة الأطراف للضوابط، فله الاعتذار ورفع الأمر لمدير المكتب لتقرير إنهاء المصالحة أو إحالتها إلى مصلح آخر.

- سرية الجلسات: شددت المادة السابعة عشرة من قواعد المصالحة على أن الجلسات سرية، وما يقدم فيها من معلومات أو وثائق لا يجوز الإفصاح عنه أو الاستشهاد به أمام القضاء أو التحكيم إلا في حدود ضيقة، كالتنفيذ، أو ما قدمه الطرف بنفسه، أو ما اتفق على كشفه، أو ما تفرضه الأنظمة.

- تحرير المحاضر: نصت المادة التاسعة عشرة على أن المصلح يحرر محضراً يقتصر على النتيجة دون تفاصيل المداولات؛ فإن لم يتم الصلح حرر تقريراً بذلك، وإن كان جزئياً حرر محضراً بالجزء المتفق عليه، وإن كان كاملاً حرر محضر صلح شامل وفق النموذج المعتمد، وهو الذي يكتسب قوة السند التنفيذي.

المبحث الثاني

شروط الصلح ومساراته في منصة تراضي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عمل المصلح في منصة تراضي: تكييفه، وشروطه، والتزاماته:

أولاً: التكييف الفقهي والنظامي لوظيفة المصلح:

المصلح ليس قاضياً يُلزم بحكم، ولا طرفاً في النزاع يملك مصلحة فيه، وإنما هو وسيط إصلاح، يقوم بمهمة تقريب وجهات النظر، وإزالة أسباب الخلاف، وتوجيه المتنازعين إلى ما يحقق العدل والوفاق. وعقد الصلح إنما ينعقد بإيجاب وقبول من الأطراف أنفسهم، ولا يتم بمجرد تدخل المصلح أو رأيه.

ويشترط فيمن يتصدى للإصلاح جملة من الأوصاف منها: أن يكون عدلاً مأموناً، ذا خبرة ومعرفة بأحكام الشريعة، وأن يتصف بالحياد والإنصاف. وذلك لأن المصلح يطلع على أسرار النزاع ومواطن الخلاف، فلا بد أن يكون موضع ثقة الطرفين، حتى تتحقق غاية الصلح في إزالة الخصومة.

وقد نظم النظام السعودي عمل المصلح من خلال تنظيم مركز المصالحة وقواعد المصالحة الصادر بقرار وزير العدل رقم (٥١٣٢)

وتاريخ ٢١/٦/١٤٤١هـ. وقد حدّدت هذه القواعد طبيعة دور المصلح على أنه ضابط لمسار المصالحة، مهمته:

١. إدارة جلسات الصلح وفق الضوابط الشرعية والنظامية (مادة ١٦).

٢. ضمان سرية ما يدور في الجلسات وعدم إفشائه (مادة ١٧).

٣. تحرير النتيجة في محضر رسمي يُقتصر فيه على ما انتهى إليه الأطراف دون تفاصيل المداولات (مادة ١٩).

وعليه، فالمصلح نظامًا ليس صاحب سلطة قضائية أو إلزامية، وإنما هو وسيط يهيئ بيئة آمنة للتسوية الرضائية، مع التزامه بالضوابط المحددة نظامًا.

ثانيًا: شروط المصلح المسجل:

أوجبت قواعد المصالحة (المادة ٧) شروطًا دقيقة لتسجيل المصلح في السجل الرسمي لمركز المصالحة، وهي:

١. أن يكون كامل الأهلية.

٢. أن يكون حسن السيرة والسلوك غير محكوم عليه بحكم نخل بالأمانة والشرف ما لم يرد إليه اعتباره.

٣. ألا يقل مؤهله عن الشهادة الجامعية.

٤. حضور الدورات التدريبية التي يحددها المركز.



٥. اجتياز الاختبار الذي يعتمده المركز.

٦. اجتياز المقابلة الشخصية.

٧. اجتياز التدريب العملي بحضور ما لا يقل عن عشر جلسات مصالحة فعلية عند أحد المصلحين الذين يعتمدهم المركز لغرض التدريب.

ومن تحققت فيه الشروط السابقة، فإنه يقيد اسمه في سجل المصلحين المسجلين، حيث يُدرج اسمه في السجل الذي يُبين نطاق القضايا التي يمكن أن يتولاها، مع إتاحة بياناته الأساسية للجمهور (مادة ٨).

وبذلك يتضح أن هذه الشروط لا تقتصر على الجوانب الشكلية، بل تشمل الأهلية، والاستقامة، والتأهيل العلمي والعملي، مما يجعل المصلح مهياً للقيام بدوره بكفاءة وحياد.

ثالثاً: التزامات المصلح وحقوقه:

نصّت القواعد (المواد ٩-١٢) على جملة من الالتزامات والحقوق للمصلح المسجل، من أبرزها:

١. الالتزام بأحكام التنظيم والقواعد والقرارات التنفيذية (مادة ١١).

٢. تولي حد أدنى سنوي من القضايا بغير مقابل، بحسب ما يحدده المركز.



٣. تمكين ما لا يقل عن خمسة متدربين سنوياً من حضور جلسات المصالحة تحت إشرافه.

٤. المحافظة على السرية التامة لكل ما يطلع عليه أثناء الجلسات.

٥. الالتزام بالتطوير المستمر، بحضور الدورات أو المؤتمرات ذات الصلة بما لا يقل عن خمس ساعات سنوياً.

١. الحصول على أتعاب عن بعض أعمال المصالحة بموافقة الأطراف، وفق الضوابط التي يضعها المركز (مادة ٩).

٢. الاستفادة من التدريب والتأهيل المستمر الذي يقدمه المركز، بما في ذلك ورش العمل والمؤتمرات (مادة ١٠).

٣. التمتع بالدعم الإداري والتقني من المركز، مثل الربط الإلكتروني وتوفير أماكن ملائمة لعقد الجلسات (مادة ١٠).

المطلب الثاني: مسارات الصلح في منصة تراضي:

تمهيد:

اعتمدت منصة «تراضي» تقسيم المنازعات إلى مسارات متعددة بحسب طبيعة النزاع وموضوعه، وذلك لتمييز القضايا المتقاربة وجمعها في إطارٍ إجرائي واحد، بما يُيسّر على المصلحين معالجة النزاع ويُسهّم في توحيد الصياغة وضبط الوثائق. وأبرز هذه المسارات:

١. مسار الأحوال الشخصية.

٢. مسار الحقوق (المالي، العقاري، المروري، الأخطاء الطبية، الملكية الفكرية، العمالي).

٣. المسار التجاري.

٤. المسار الجزائي (في نطاق الحق الخاص).

ويعنى كل مسار بموضوعات محددة، تلتقي في قابليتها للتسوية الرضائية، وتخضع للضوابط العامة للصلح، غير أن لكل مسار أحكاماً فقهية ونظامية خاصة تميزه.

أولاً: مسار الأحوال الشخصية:

يُعالج هذا المسار المنازعات الأسرية التي تتصل بروابط الزوجية والقرابة، ومن أبرز موضوعاته:

- الخلافات بين الزوجين المتعلقة بالمعاشرة والحقوق الزوجية.
- مسائل الفرقة كالطلاق والخلع والفسخ.
- النفقة بأنواعها: نفقة الزوجة، نفقة الأولاد، السكنى، الرضاع.
- الحضانة والزيارة وما يتعلق بمصلحة المحضون.
- المنازعات الفرعية كالمتاع والجهاز والحقوق المالية التابعة للأسرة.

مشروعية الصلح في مسائل الأحوال الشخصية:

يدل على مشروعية الصلح في مسائل الأحوال الشخصية ما يأتي:

(١) قال تعالى: ﴿وَأِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨].

(٢) وقال سبحانه: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ٣٥]. قال الماوردي: إذا بلغ الشقاق حدًّا أضرَّ بالمعاشرة وجب على الحاكم أن يبعث حكّمين يسعيان في الإصلاح، وهو داخل في عموم الصلح المأمور به.

(٣) وفي قصة بريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا لما عُتِقَتْ فخيّرت في فسخ نكاحها من زوجها مغيث، كان زوجها يتبعها في طرق المدينة يبكي، فشفع له النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عندها وقال: «لو راجعته؟» فقالت: أتأمرني يا رسول الله؟ قال: «إنما أنا أشفع». قالت: فلا حاجة لي فيه [رواه البخاري]. وفي هذا الحديث بيان لفضل الإصلاح بين الزوجين وحرص النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على استدامة العشرة، وإن لم يوجب ذلك على الزوجة.

(٤) وقد انعقد الإجماع على مشروعية الإصلاح بين الزوجين، وعلى جواز الخلع والمفاداة بالمال عند تحقق الحاجة.

من صور الصلح في مسائل الأحوال الشخصية:

ومن صور الصلح في مسائل الأحوال الشخصية التي دلت عليها النصوص الشرعية ونص عليها الفقهاء:

(١) تنازل الزوجة عن بعض حقوقها لاستدامة الحياة الزوجية، كما في حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: «لَمَّا كَبِرْتُ سَوْدَةٌ بِنْتُ زَمْعَةَ وَخَشِيتُ أَنْ يُفَارِقَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، جَعَلْتُ يَوْمِي مِنْكَ لِعَائِشَةَ، فَقَبِلَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. قَالَتْ عَائِشَةُ: فَذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَمِنْ أَمْرَةٍ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]».

(٢) مخالعة الزوجة زوجها بأكثر من المهر، ويجوز عند الجمهور، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، استناداً إلى عموم قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. وقد نصت المادة (٩٥) من نظام الأحوال الشخصية على أن: «الخلع هو فراق بين الزوجين بطلب الزوجة

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٥١)، البناية (٥/ ٥١١)، فتح القدير (٤/ ٢١٨)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٤٦).

والحنفية يميزون ذلك في الحكم والقضاء، ومع ذلك كرهوا ذلك لشبهة الربا ولكونه فيه إضرار بالمرأة في أحد الروايتين، واعتمد ابن عابدين جمعاً بين الروايتين الكراهة التنزيهية دون التحريمية.

(٢) ينظر: النوادر والزيادات (٥/ ٢٤٥)، المعونة على مذهب عالم المدينة (٢/ ٨٦٩)، شرح ابن ناجي التنوخي على الرسالة (٢/ ٨٤)،

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٢)، الغرر البهية (٤/ ٢٢٩)، نهاية المحتاج (٦/ ٣٩٨).

(٤) ينظر: المغني (١٠/ ٢٦٩)، الفروع (٨/ ٤٢٤)، معونة أولي النهى (٩/ ٣١٨)، دقائق أولي النهى (٣/ ٦١).

وهو عندهم مع صحته وجوازه مكروه.

وموافقة الزوج مقابل عوض تبذله الزوجة أو غيرها». كما نصت المادة (١٠٠) على أن: «كل ما صح اعتباره مالاً صح أن يكون عوضاً في الخلع».

٣) الصلح على النفقة بتنظيمها أو جدولتها ما لم يؤدّ إلى إسقاط حق لازم للصغير.

٤) الصلح في الحضانة والزيارة حيث المعتبر فيه مصلحة المحضون، وهو ما أكدته المادة (١٢٧) من نظام الأحوال الشخصية بنصها: «المعتبر في الحضانة مصلحة المحضون».

وفي جميع صور المصالحة السابقة يمتنع الصلح على ما لا يملك أحد الطرفين إسقاطه، مثل حقوق الأولاد والحضانة الواجبة بمصلحتهم، كما يجوز أن يتناول الصلح عوضاً مالياً (كما في الخلع) أو التزامات متبادلة (كالنفقة)، بشرط ضبطه بالشرع وعدم مخالفته نصوصاً أمرة.

توثيق الصلح في مسار الأحوال الشخصية في منصة تراضي:

بناء على ما ينتهي إليه الأطراف في مسائل الأحوال الشخصية يُحرّر محضر الصلح في هذا المسار بما يتفق عليه الطرفان من حلول، فيذكر مثلاً:

- في الخلع: مقدار العوض وآلية دفعه، مع النص على عدم مساس حقوق الأولاد.

- في النفقة: مقدار النفقة الدورية وآلية سدادها وتاريخها.
- في الحضانة والزيارة: مكان وزمان الزيارة وآلية التسليم، مع مراعاة الأعذار والبدائل.
- وتُعد هذه الوثائق سندات تنفيذية ملزمة ما دامت قد استوفت شروط الصحة الشرعية والنظامية.
- ثانيًا: مسار الحقوق (مالي - عقاري - مروري - الأخطاء الطبية - الملكية الفكرية - العمالي):
- يمثل مسار الحقوق أحد المسارات الرئيسة في منصة «تراضي»، ويُقصد به نظر المنازعات ذات الطبيعة الحقوقية العامة بين الأفراد أو الكيانات، مما لا يدخل تحت توصيف النزاعات التجارية المحضة ولا قضايا الأحوال الشخصية. ويشمل هذا المسار:
- المنازعات المالية كالديون والقروض والالتزامات الناشئة عن العقود المدنية.
- المنازعات العقارية المتعلقة بالملكية والانتفاع والإجارة والارتفاع.
- التعويضات الناشئة عن الأضرار المروية أو الأخطاء الطبية.
- الحقوق العمالية من حيث المطالبات بالأجور والمستحقات والتعويضات (إذا لم تُدرج في المسار التجاري).
- الحقوق المرتبطة بالملكية الفكرية وما في حكمها.

إذن فالمسار يتناول حقوق الأفراد الخاصة التي تقبل التنازل أو التصالح عليها، ويتميّز عن المسار التجاري بكونه أوسع نطاقاً، إذ يشمل الحقوق المدنية بين الأفراد غير المرتبطة بنشاط تجاري.

الأدلة الشرعية على مشروعية الصلح في الحقوق:

ويدل على مشروع الصلح في مسار الحقوق الآتي:

١. قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. وهذه الآية أصل في أن المعاملات المالية لا تصح إلا بالتراضي المشروع، والصلح أحد أبرز صور هذا التراضي.

٢. عموم قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ٣٥]، مع أن موردها في شأن الزوجين إلا أن دلالتها على أصل الإصلاح والصلح بين الخصوم عامة.

٣. قول النبي صلى الله عليه وسلم: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً» [رواه أبو داود والترمذي]، وهو نص جامع يؤكد إباحة الصلح في الحقوق المالية والمدنية، ما لم يؤد إلى تحليل محرم أو تحريم حلال.

٤. وقد انعقد الإجماع على مشروعية الصلح في الأموال والحقوق، كما نقله ابن قدامة وغيره، لكونه أدعى إلى قطع النزاع وحفظ الحقوق، ومنع الخصومات المفضية إلى القطيعة والفساد.

صور الصلح في الحقوق:

١. إذا أقر المدعى عليه بالحق ثم تصالح مع المدعي على بعضه أو على تأجيله أو تقسيطه. ومن أمثلته أن يقر المدين بدين مقداره مائة ألف ريال، ثم يتفق مع الدائن عبر منصة «تراضي» على دفع خمسين ألفاً حالاً وإبراء ذمته من الباقي، أو على دفع المبلغ كاملاً مقسّطاً على مدة زمنية محددة، فيُحرّر بذلك محضر صلح ملزم.

٢. إذا أنكر المدعى عليه أصل الحق ثم تصالح مع خصمه على بدلٍ معين يدفعه له دفعاً للنزاع. كأن يدعي شخص ملكية مبلغ أو مطالبة مالية على آخر، فينكر المدعى عليه أصل الالتزام، لكن الطرفين يتصالحان على دفع مبلغ أقلّ أو تسوية عينية كإرجاع بضاعة أو تقديم خدمة معينة، وهو ما يقطع الخصومة ويمنع امتدادها في المحاكم.

٣. التعويض عن الأضرار المروية أو الأخطاء الطبية، حيث قد يتعذر تحديد مقدار الضرر بدقة، فيتفق الطرفان على مبلغ معين يُعتبر تعويضاً نهائياً.

٤. الصلح في الملكيات العقارية، مثل أن يقع نزاع بين جارين في تحديد حد فاصل بين عقاريهما، فيتصالحان على ترسيم خط معين مع دفع عوض مالي لأحد الطرفين، أو أن يتنازل أحد الشركاء في عقار مشاع عن حصته أو عن جزء منها مقابل بدل متفق عليه، فيوثّق ذلك بمحضر صلح معتمد يُعد سنداً تنفيذياً.

ويشترط في جميع هذه المسائل ألا يتضمن الصلح ما يخالف نصاً شرعياً قطعياً، فلا يجوز مثلاً الصلح على محرم أو إسقاط حق لا يملك صاحبه إسقاطه. وأن يكون العوض معلوماً أو منضبطاً، إلا إذا تعذر تحديده بدقة فيجوز على ما لا يؤدي إلى نزاع جديد.

توثيق الصلح في مسار الحقوق عبر منصة تراضي:

يتم إفراغ الصلح في محضر رسمي عبر المنصة، يشتمل على تفاصيل الاتفاق والتزامات الطرفين. ويُعد هذا المحضر سنداً تنفيذياً بموجب المادة (٣/٩) من نظام التنفيذ، فيكون نافذاً مباشرة دون حاجة لرفع دعوى جديدة. وتلتزم المنصة بضمان وضوح المحضر وخلوه من الجهالة، مع إمكانية ربطه بالأنظمة العقارية أو المروية أو العمالية بحسب طبيعة النزاع.

ثالثاً: المسار التجاري:

يُقصد بالمسار التجاري في منصة «تراضي» تسوية المنازعات الناشئة عن الأنشطة والأعمال التجارية التي يباشرها التجار أو الشركات أو المؤسسات التجارية فيما بينهم أو مع غيرهم، متى ارتبط الحق المدعى به بالعمل التجاري. ويشمل ذلك:

- المنازعات المتعلقة بعقود البيع التجاري والوكالات والتوزيع.
- النزاعات الناشئة عن عقود المقاولات والمشاريع المشتركة.

- منازعات الشركات، بما في ذلك حصص الشركاء وتوزيع الأرباح والخسائر.

- النزاعات المرتبطة بالأوراق التجارية كالسندات لأمر والشيكات.

- المنازعات ذات الطابع الاستثماري، كالاخلافات حول العقود الاستثمارية أو الوكالات بالعمولة.

وبذلك يتميز المسار التجاري عن مسار الحقوق بكونه مقصوراً على المنازعات التجارية التي تدخل في نطاق اختصاص المحاكم التجارية وفق نظامها ولوائحه التنفيذية، في حين يختص مسار الحقوق ببقية المنازعات المدنية التي لا يشملها ذلك الاختصاص.

الأدلة الشرعية على مشروعية الصلح في المعاملات التجارية:

الأدلة الشرعية على مشروعية الصلح في الأموال والحقوق قد سبقت الإشارة إليها في مسار الحقوق، وهي تشمل عموم العقود والمعاملات، ومن باب أولى تنطبق على المعاملات التجارية التي تقوم على التراضي وتحقيق المصالح المشروعة. إذ لا فرق بين المال المدني والمال التجاري من حيث كونه محلاً للصلح، ما دام خالياً من الغرر والربا والمحرمات.

من صور الصلح في المعاملات التجارية:

١. الصلح على الديون التجارية: كأن يكون بين تاجرَين حساب جارٍ أو ذمم متبادلة، فيتصالحان على مبلغ محدد يسقط به التزامات كل منهما.

٢. الصلح في منازعات الشركات: مثل تنازل أحد الشركاء عن جزء من حصته لشريك آخر مقابل تعويض متفق عليه، أو الاتفاق على تصفية شركة بطريقة ودية عبر محضر صلح بديل عن دعوى قضائية.

٣. الصلح في عقود المقاولات والتوريد: إذا اختلف الطرفان حول جودة التنفيذ أو المدة الزمنية، فيتفقان على تخفيض جزء من المقابل المالي أو منحه مهلة إضافية مقابل التنازل عن المطالبة بالتأخير.

٤. الصلح في الأوراق التجارية: كالنزاع حول سند لأمر أو شيك، فيتصالح الطرفان على دفع جزء من المبلغ وإبراء الذمة من الباقي، أو على إعادة جدولة المبلغ المستحق.

٥. الصلح في النزاعات الاستشارية: كأن يختلف وكيل تجاري مع الموكل على نسب العمولات، فيتصالحان على مبلغ محدد يُعتبر تسوية نهائية للنزاع.

توثيق الصلح عبر منصة تراضي:

يُوثَّق الصلح في المسار التجاري بمحضر صلح رسمي صادر عن المنصة، يوقعه الأطراف ويُعتمد إلكترونياً عبر النفاذ الوطني، ويُعطى قوة السند التنفيذي وفق المادة (٣ / ٩) من نظام التنفيذ. وهذا المحضر يعد أداة فاعلة في تجنب المتخاصمين الدخول في دعاوى مطولة أمام المحاكم التجارية، وتحقيق مبدأ السرعة والمرونة في إنهاء النزاع.

رابعاً: مسار الجنايات:

يقصد بمسار الجنايات في منصة «تراضي» ما يتعلق بالحقوق الخاصة الناشئة عن الجنايات كالقتل العمد أو شبه العمد والجراح الموجبة للقصاص أو الدية أو الأرش. أما الحقوق العامة والحدود الشرعية، فلا مجال للصلح فيها لأنها من حقوق الله تعالى التي لا يملك الأفراد إسقاطها.

مشروعية الصلح في الجنايات:

١. قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة: ١٧٨]، وفيها تقرير لجواز الصلح على بدل متفق عليه.

٢. قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما أن يُقَاد، وإما أن يُفْدَى» [متفق عليه]. وفي رواية أخرى: «وما صالحوا عليه فهو لهم»، وهو نص في إقرار الصلح على ما يتفق عليه الطرفان.

٣. وقد انعقد إجماع أهل العلم على مشروعية الصلح في الجنايات المتعلقة بحقوق العباد، بخلاف الحدود المحضة التي لا تقبل الصلح.

من صور الصلح في الجنايات:

(١) الصلح في القتل العمد: مثل اتفاق أولياء الدم على العفو عن الجاني مقابل مبلغ يزيد على مقدار الدية الشرعية، ويُحرر محضر صلح بذلك، فيسقط القصاص. وقد نص الفقهاء على جواز الصلح عن الدية في القتل العمل بأكثر منها، وذلك لعموم قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾، ولفظ شيء يشمل القليل والكثير، وعموم حديث: «وما صالحوا عليه فهو لهم»، صريح في إطلاق بدل الصلح؛ وأنه لما كان الواجب في العمد هو القصاص؛ جاز استبداله بأي عوض كالخلع والصداق. قال ابن قدامة: «وجملته أن من له القصاص، له أن يصالح عنه بأكثر من الدية، وبقدرها وأقل منها، لا أعلم فيه خلافاً»^(١).

(٢) الصلح في الجراح: كأن يتنازل المجني عليه عن القصاص في قطع عضو أو جرح مقابل أرش متفق عليه، ويوثق ذلك بمحضر رسمي.

(٣) التسوية في الديات المؤجلة: بأن يتفق الطرفان على تقسيط الدية أو تعويض بديل، ما دام ذلك يحقق مصلحة الطرفين ويراعي الضوابط.

(١) ينظر: المغني (١١/٥٩٥). ينظر: المبسوط للسرخسي (٢٦/١٠٢)، العزيز شرح الوجيز ط. العلمية (١٠/٢٩٦).

توثيق الصلح في مسار الجنايات:

محضر الصلح في القضايا الجزائية يُعد وثيقة ذات طبيعة خاصة، إذ يتضمن تنازلاً عن حق في الدم أو ما في حكمه مقابل عوض. ويُحرر المحضر عبر المنصة ويُذيل بتوقيع الأطراف والمصلح، ثم يُمنح صفة السند التنفيذي بموجب نظام التنفيذ.

أما إذا كان النزاع قد بلغ مرحلة الحكم، فيُحال الصلح إلى لجان إصلاح ذات البين لتوثيقه وضبطه. وبذلك يجتمع في مسار الجنايات بعدان متكاملان: التوثيق الرقمي عبر منصة تراضي، والتوثيق الميداني عبر لجان الإصلاح، بما يكفل تحقيق العدالة وحفظ الحقوق.

المبحث الثالث

وثيقة الصلح عبر منصة تراضي.. شروطها وضوابطها وتطبيقاتها

ويندرج تحته مطلبان:

المطلب الأول: شروط صحة وثيقة الصلح وإجراءات اعتمادها:

تمهيد:

تُعَدُّ وثيقة الصلح المخرج العملي والنهائي لإجراءات المصالحة، فهي الوعاء الذي تُدَوَّن فيه إرادة الأطراف وما اتفقوا عليه تحت إشراف المصلح، وبها يكتسب الصلح قوته النظامية كعقد مُلْزَم وسنَدٍ تنفيذي.

ولأهمية هذه الوثيقة في إنهاء النزاعات وتوثيق الحقوق، كان من اللازم أن تُحيطها الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية بجملة من الضوابط والشروط التي تكفل سلامتها، وتمنع وقوع الغبن أو التحايل من خلالها.

ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى موضوعية تتعلق بجوهر الوثيقة ومضمونها، وشكلية تتصل بطريقة تحريرها وإجراءات اعتمادها.

أولاً: الشروط الموضوعية:

يشترط في محل الصلح وما تضمنته وثيقته مجموعة من الضوابط الجوهرية، تتمثل في الآتي:

١. أن يكون محل الصلح مشروعاً شرعاً ونظاماً:

فلا يصح الصلح على ما هو محرم لذاته أو لعينه، كالعقود الربوية أو المعاوضة على المحرمات، لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»^(١)، كما لا يصح الصلح على ما هو مخالف لنص نظامي، وقد نصت المادة (١٦) من قواعد المصالحة على أن المصلح هو المسؤول عن ضبط جلسات المصالحة، وعليه السعي إلى وصول أطراف المصالحة إلى صلح منه للخصومة ملتزماً بأحكام الشريعة الإسلامية، والأنظمة المرعية.

وأما الصلح الذي يحل الحرام فهو كمثل أن يصالحه من النقود التي في ذمته له على أكثر منها، أو على يصالحه عن رials بدولارات مؤجلة، أو على خمر أو خنزير أو عين محرمة، فيستحل بالصلح ما حرم عليه من الربا والخمر والخنزير^(٢)، وأما لصلح الذي يحرم الحلال فهو

(١) أخرجه الترمذي في سننه - أبواب الأحكام عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب ما ذكر عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الصلح بين الناس حديث (٧٨٨/٢) رقم: ١٣٥٢، وابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب الصلح (٧٨٨/٢) حديث رقم: ٢٣٥٣. وقال الترمذي حسن صحيح
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٣٧٦/٦).

كمن يصالحه على ملكية دار على ألا يسكنها أو ما شابه، فيحرم على نفسه السكن المباح بالصلح^(١).

٢. أن يكون الحق المتصالح عليه مما يملكه الأطراف

فلا يصح أن يقع الصلح على ما ليس لأحد الطرفين ولاية التصرف فيه، كالحقوق العامة أو ما لا يملكه شرعاً أو نظاماً. وهذا يفهم من القاعدة الفقهية: «لا صلح إلا فيما يملك»، كما قرر الفقهاء أن الصلح على مال الغير لا ينفذ إلا بإذنه.

٣. أن يكون قابلاً للتنفيذ الجبري

أي أن تكون الحقوق أو الالتزامات المتفق عليها محددة أو قابلة للتحديد وقت التنفيذ، بحيث يمكن إلزام الطرف المخل بها قضائياً. وقد نصت المادة (٢١) من قواعد المصالحة على أن وثيقة الصلح بعد اعتمادها تُعد سنداً تنفيذياً تطبق عليه أحكام نظام التنفيذ، كما نصت المادة (٩) من نظام التنفيذ على إدراج محاضر الصلح ضمن السندات التنفيذية.

٤. أن يصدر الصلح عن رضا صحيح

فلا يصح أن يُبنى الصلح على إكراه أو تغرير، لأنه عقد رضائي بطبيعته، وقد نصت القواعد على أنه لا يجوز للمصلح إكراه الأطراف على القبول.

(١) ينظر: المرجع السابق.

ثانياً: الشروط الشكلية:

إلى جانب الشروط الموضوعية، استلزمت الأنظمة واللوائح أن تلتزم وثيقة الصلح بمجموعة من الشروط الشكلية والإجرائية حتى تكتمل حجيتها، وهي كالآتي:

أولاً: شروط صحة كتابة الوثيقة:

يشترط في وثيقة الصلح عدة شروط شكلية ليصح اعتمادها: فيشترط وفقاً للمادة (٢٠) من قواعد المصالحة أن تكتب وفقاً للنماذج المعتمدة إن وجدت، وأن تتضمن النقاط الآتية:

١. تاريخ الصلح.
٢. اسم المصلح القائم بعملية الصلح.
٣. أسماء أطراف المصالحة، وبياناتهم الأساسية بما يشمل: رقم هوية الشخص الطبيعي، والترخيص للشخص المعنوي، وأرقام الوكالات للوكلاء.
٤. ملخص المنازعة ومطالبات الأطراف.
٥. التسوية التي اتفق عليها الأطراف وجميع شروطها وتفصيلها وطريقة تنفيذها.

٦. أن تذييل وثيقة الصلح بتوقيع المصلح وأطراف المنازعة أو وكلائهم المفوضين بقبول الصلح، ويغني عنه التوقيع الإلكتروني في المحاضر المدونة إلكترونياً وفقاً للأنظمة ذات العلاقة.

ثانياً: شروط وإجراءات اعتماد الوثيقة:

جاء في المادة (٢٠) من قواعد المصالحة ما يوضح شروط اعتماد وثيقة الصلح وإجراءاتها، ويمكن بيانها فيما يلي:

١- تُعتمد وثيقة الصلح -بعد توقيع المصلح والأطراف عليه- مدير مكتب المصالحة الذي جرى فيه الصلح، أو الأمين العام أو من يفوضه للوثائق الصادرة عن المصلحين المسجلين ووثائق الصلح الإلكترونية.

٢- مع مراعاة سرية جلسات المصالحة، لأمين المركز أن يفوض وحدة إدارية في المركز بمراقبة جودة وثائق الصلح ومراجعتها قبل اعتمادها.

٣- وثيقة الصلح ملزمة لأطراف المصالحة بتوقيعهم عليها، وتكون بعد اعتمادها سنداً تنفيذياً تطبق عليه أحكام السندات التنفيذية الواردة في نظام التنفيذ (المادة ٢١ من قواعد المصالحة).

٤- تراجع جميع وثائق الصلح في المملكة بشكل مؤتمت من قبل وحدة مركزية، وظيفتها التأكد من أن وثائق الصلح خالية من أي مخالفات شرعية أو نظامية، وأنها قابلة للتنفيذ الجبري، وذلك استناداً إلى ما نصت عليه المادة (٢٠) من قواعد المصالحة.

المطلب الثاني: التطبيقات العملية لوثائق الصلح عبر منصة تراضي:

تُظهر التطبيقات العملية لوثائق الصلح القيمة الحقيقية للمنصة في تحويل النصوص النظرية إلى واقع ملموس، إذ تكشف عن مدى الالتزام بالشروط الشرعية والنظامية، وعن دور المنصة في تسوية منازعات متنوعة دون اللجوء إلى المحاكم. وسنعرض فيما يلي نماذج مختارة من وثائق الصلح مرتبة بحسب نوع النزاع، مع حذف الأسماء والمعلومات الخاصة، ثم نُعقب عليها بالتعليق العلمي الذي يبرز مدى انسجامها مع ما سبق بيانه من ضوابط.

النموذج الأول: صلح في منازعة مالية (أعمال تركيب باركيه):

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد:

بعد مداولة الجلسة أفاد الطرف الأول بأنه اتفق مع الطرف الثاني على أعمال تركيب باركيه (أرضيات خشبية) في منزله بتاريخ ١٧ / ٣ / ١٤٤٣ هـ بمبلغ (٥٥٠٠ ريال) تم دفعه عن طريق حوالة بنكية بتاريخ ٢٣ / ١٠ / ٢٠٢١ م، إلا أن التنفيذ لم يتم.

بنود الصلح وتفاصيله:

- بنود مالية: يلتزم الطرف (...) بسداد المبلغ المالي المستحق في ذمته وقدره (٥٥٠٠ ريال) للطرف (...), على أن تتم الحوالة البنكية إلى حساب مصرف الراجحي.

- اتفق الطرفان أنه في حال عدم الالتزام بنود الصلح فإن مدينة التنفيذ تكون في الرياض.

المصادقة على بنود الصلح:

هكذا اصطلح أطراف الصلح وصادقوا عليه برضاهم واختيارهم، وقد صدر هذا الصلح من مركز المصالحة.

وجرت المصادقة على هذه الوثيقة بعد التأكد من صحتها وموافقتها للقواعد الشرعية والنظامية، وتعد سنداً تنفيذياً استناداً إلى الفقرة (٣) من المادة (٢١) من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاته، والفقرة (٣) من المادة (٩) من نظام التنفيذ.

حرر في ٢٢ / ٧ / ١٤٤٣ هـ.

المصلح: (...).

التعليق:

يظهر من هذا النموذج أنّ النزاع كان متعلقاً بعقد مقاوله جزئي على أعمال تركيب أرضيات خشبية، حيث دفع المستفيد كامل المبلغ المتفق عليه، إلا أنّ الطرف الآخر لم يقيم بالتنفيذ. ولما كان النزاع يدور حول حق مالي محدد، فقد مثل الصلح وسيلة عملية لإنهاء الخصومة بإلزام الطرف المخلّ برد المبلغ المدفوع. وهذه الصورة من الصلح تدخل ضمن ما قرره الفقهاء في الصلح على الإقرار، إذ أقرّ الطرف الملزم بما في ذمته وقبّل برده.

ومن الناحية النظامية، فقد جاءت الوثيقة موافقة لما نصّت عليه قواعد المصالحة من ضرورة تضمين بيانات النزاع، وبيان الالتزامات المالية، وتحديد مكان التنفيذ، واعتماد المصلح، مما يُكسب الوثيقة صفة السند التنفيذي وفق المادة (٩) من نظام التنفيذ. كما يُلاحظ أنّ المنصة هنا أدّت دورًا وقائيًا مهمًا، إذ اختصرت على الطرفين طريق الدعوى الطويلة، وحوّلت النزاع إلى اتفاق ملزم يحقق العدالة ويراعي مقتضيات السرعة والوضوح.

النموذج الثاني: صلح على استكمال الطلاق وسداد القرض الحسن:

«الحمد لله وبعد، تم مداولة الصلح في العودة لبيت الزوجية وتعذر ذلك وتم الصلح على مبلغ القرض الذي بينهما والولد بالغ.

تفاصيل اتفاق الصلح:

١ - بنود مالية:

بعد مداولة الصلح بين الأطراف اصطلحوا على ما يلي:

يلتزم / محمد.... بدفع مبلغ خمسة عشر ألف (١٥٠٠٠) ريال عبارة عن سداد قرض حسنة يتم تحويلها في الحساب البنكي بالبنك الراجحي لصالح الطرف الثاني / مريم.... في تاريخ ٣٠ / ٢ / ١٤٤٥ هـ.

٢ - بنود أخرى:

اتفق محمد..... على استكمال إجراءات الطلاق بدون عوض في تاريخ ٣ / ٣ / ١٤٤٥ هـ لصالح / مريم....

واتفقا في حال عدم الالتزام ببند الصلح فإن مدينة التنفيذ تكون في بريدة.

المصادقة على بنود الصلح:

الحمد لله وحده وبعد. فقد جرت المصادقة على وثيقة هذا الصلح بعد التأكد من صحته وموافقته للقواعد الشرعية والنظامية وصدوره منهما بعد التحقق من صفتهم وأهليتهم وهو غير قابل للاستئناف بموجب المادة ٣/ ٧٠ من نظام المرافعات الشرعية ولائحته التنفيذية وصلى الله وسلم على سيدنا محمد، حرر في ٢٢ / ٢ / ١٤٤٥ هـ. حررت الوثيقة بواسطة المصلح/.....».

التعليق:

يظهر من هذا النموذج أنّ النزاع كان في أصله متعلقاً بالعودة إلى بيت الزوجية، فلما تعذر ذلك، اتجه الطرفان إلى الصلح على استكمال إجراءات الطلاق بلا عوض، مع تسوية الجانب المالي القائم بينهما بسداد القرض الحسن. وبهذا جمع الصلح بين معالجة أصرية أنهت الرابطة الزوجية بطريقة رضائية، ومعالجة مالية ضمنت استيفاء الحق الثابت في ذمة الزوج.

ومن حيث الشروط الموضوعية، فإن ما جرى عليه الصلح مشروع شرعاً ونظاماً: الطلاق بلا عوض مشروع، وسداد القرض التزام مالي مشروع محدد المقدار قابل للتنفيذ الجبري. أما من حيث الشروط

الشكلية، فقد تضمنت الوثيقة عناصرها الجوهرية من بيان موضوع النزاع، وتفصيل البنود المالية والأسرية، وتحديد مكان التنفيذ، واعتماد المصلح، مما يجعلها مكتملة من الناحية النظامية.

ومن الناحية الفقهية، فإن الصورة المالية منه تدخل في الصلح على الإقرار، إذ أقر الزوج بالقرض والتزم برده، بينما الصورة الأسرية توافق ما قرره الفقهاء من جواز المفاداة بلا عوض. وتبرز قيمة هذا النموذج في أن منصة «تراضي» مكّنت من تسوية شاملة أنهت الخصومة الأسرية والمالية في آن واحد، وأنتجت وثيقة ملزمة تُعد سنداً تنفيذياً نافذاً وفق المادة (٩) من نظام التنفيذ.

النموذج الثالث: صلح في نزاع تجاري (تنفيذ عقد مقاوله):

وثيقة صلح:

الطرف الأول: عبد الله ...

الطرف الثاني: مؤسسة ...

ملخص الطلب:

مطالبة الطرف الأول: عبد الله من الطرف الثاني / مؤسسة لصاحبها نوف بتنفيذ كافة الأعمال والبنود المتفق عليها في العقد رقم (١٠٠١٦) المؤرخ في ٨ / ٥ / ٢٠١٨م.

بنود الصلح وتفصيله:

بنود مالية:

بعد مداولة الصلح بين الأطراف اصطالحوا على ما يلي:

أولاً: أن يلتزم الطرف الثاني مؤسسة.... بتنفيذ كافة الأعمال والبنود المتفق عليها في العقد رقم (١٠٠١٨) وإكمال أعمال الدكت والنحاس والوحدات الداخلية والخارجية وذلك بموعد أقصاه ٢٠٢٢/٣/١ م.

ثانياً: أن يلتزم الطرف الأول بإنهاء إيصال الكهرباء بعد تركيب الطرف الثاني للوحدات الداخلية والخارجية وذلك بموعد أقصاه ٢٠٢٢/١٢/٣٠ م.

ثالثاً: اتفق الطرفان على أن تكون وسيلة التواصل المعتمدة بينهم لإرسال ما يتعلق بالأعمال عبر الواتساب للرقم ...

رابعاً تنازل الطرف الأول/ عبد الله.... عن الوثيقة رقم الصادرة من مؤسسة المؤرخة في ٢٠٢١/٥/٣٠ م.

خامساً: تنازل الطرف الثاني مؤسسة عن أعمال الدكت والنحاس الزائدة عن العقد إلى تاريخ ٢٠٢٢/١/٢١ م.

واتفقا في حال عدم الالتزام ببنود الصلح فإن مدينة التنفيذ تكون في الرياض.

المصادقة على بنود الصلح:

الحمد لله وحده وبعد. فقد جرت المصادقة على وثيقة هذا الصلح بعد التأكد من صحته وموافقته للقواعد الشرعية والنظامية وصدوره منها بعد التحقق من صفقته وأهليتهم وهو غير قابل للاستئناف بموجب المادة ٣/ ٧٠ من نظام المرافعات الشرعية ولائحته التنفيذية وصلى الله وسلم على سيدنا محمد، حرر في ١٧/٦/١٤٤٣هـ.

حررت الوثيقة بواسطة المصلح/....

تم اعتماد الوثيقة من قبل وحدة الاعتماد بمركز المصالحة.

يطلب من جميع الوزارات والأجهزة الحكومية الأخرى العمل على تنفيذ هذا المحضر بجميع الوسائل النظامية المتبعة ولو أدى إلى استعمال القوة الجبرية عن طريق الشرطة.

التعليق:

أظهر هذا النموذج كيف تُسهّم منصة «تراضي» في إنهاء النزاعات التجارية الناشئة عن عقود المقاولات عبر الجمع بين إعادة ترتيب الالتزامات، والتسوية المالية، والتنازل المتبادل. فقد كان النزاع في أصله على استكمال بعض الأعمال الفنية، إلا أن الأطراف - بعد مداولة الصلح - توصلوا إلى اتفاق تضمن: إلزام المؤسسة بإنجاز الأعمال الجوهرية، والتزام الطرف الأول بإنهاء بعض الإجراءات (إيصال الكهرباء)، مع تبادل التنازلات؛ إذ تنازل الطرف الأول عن وثيقة مطالبة سابقة،

وتنازل الطرف الثاني عن أعمال زائدة لم يشملها العقد. وهذا النمط من التنازلات يُعتبر جوهر الصلح، إذ يقوم على إسقاط كل طرف بعض مطالبه في سبيل إنهاء النزاع.

ومن حيث الشروط الموضوعية، فإن محل الصلح مشروع ومحدد، إذ انصب على أعمال فنية يمكن ضبطها، وعلى مبالغ مالية يمكن تقديرها. كما أن التنازلات المتبادلة بين الطرفين تدخل في معنى المعاوضة المشروعة، وهي مقبولة شرعاً ما دامت لم تتضمن محظوراً. أما من حيث الشروط الشكلية، فقد تضمنت الوثيقة البيانات الجوهرية من تحديد الالتزامات، وضبط المواعيد، وبيان وسيلة التواصل، واعتماد المصلح، والتصديق من وحدة الاعتماد، وهو ما يمنحها قوة السند التنفيذي.

فقهياً، يدخل هذا النموذج في إطار الصلح على النزاع، إذ تنازع الطرفان في مدى التزام كل منهما بمقتضى العقد، فجاء الصلح ليحدد بدقة ما يُلزم به كل طرف، وما يسقط عنه، بالتراضي. ونظامياً، فإن النص على إلزام جميع الجهات بتنفيذ الوثيقة - ولو بالقوة الجبرية - يبرز أن وثيقة الصلح الموثقة لا تقل قوة عن الأحكام القضائية النهائية، بل تمتاز عنها بكونها وليدة تراضٍ، وهو ما يحقق مقاصد العدالة وسرعة الفصل.

النموذج الرابع: صلح في نزاع تجاري (توريد مواد وبضائع):

وثيقة صلح:

الطرف الأول: شركة.....

الطرف الثاني: شركة.....

ملخص المنازعة:

إنه بتاريخ ١ / ١ / ٢٠٢٠م اتفق الطرفان على أن يقوم الطرف الأول/ شركة بتوريد مواد خام وحجر كنكري لصالح الطرف الثاني، وحيث ترتب على ذلك سدادها بثمن قدره (٣٦٤٠٣٧٨ ثلاثة مليون وستمائة وأربعون ألف وثلاثمائة وثمانية وسبعون ريال بموجب الفواتير للفترة من تاريخ ١٥ / ٨ / ٢٠٢٠م وحتى تاريخ ٢٧ / ٦ / ٢٠٢٢م، ويطل بالطرف الأول من الطرف المذكور، وبعرض ذلك على الطرف الثاني أبدى استعداده بسداد المبلغ على دفعات.

وثيقة صلح:

١ - بنود تجاري:

يلتزم الطرف شركة لمواد البناء بسداد المبلغ المالي المستحق في ذمته وقدره ٣٧٨, ٦٤٠, ٣ للطرف شركة صالح...

تفاصيل إضافية:

التزم الطرف الثاني: شركة ... لمواد البناء بأنه في حال تخلف عن سداد أحد الدفعات في مدة أقصاها خمسة عشر يوم تصبح الدفعة المستحقة حالة السداد فوراً دون إعدار أو إمهال.

واتفقا في حال عدم الالتزام بنود الصلح فإن مدينة التنفيذ تكون في الأحساء. تم مصادقة الأطراف على بنود هذه الوثيقة.

المصادقة على بنود الصلح:

الحمد لله وحده وبعد، جرى اعتماد أطراف الصلح لهذه الوثيقة بطوعهم واختيارهم، بعد التأكد من هوياتهم، كما اعتمدت هذه الوثيقة من قبل إدارة الاعتماد بمركز المصالحة بعد تدقيقها. والتأكد من موافقتها للقواعد الشرعية والنظامية، وتعتبر سنداً تنفيذياً بناء على الفقرة الثالثة من المادة الحادية والعشرين من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاته، والفقرة الثالثة من المادة التاسعة من نظام التنفيذ.

يطلب من جميع الوزارات والأجهزة الحكومية الأخرى العمل على تنفيذ هذه الوثيقة بجميع الوسائل النظامية المتبعة ولو أدى إلى استعمال القوة الجبرية عن طريق الشرطة.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد، حررت في ١٠ / ٤ / ١٤٤٥ هـ.

حررت الوثيقة بواسطة المصلح / سلطان.....

التعليق:

هذا النموذج يمثل صورة من صور الصلح التجاري على الديون الناشئة عن عقود التوريد، حيث كان محل النزاع ثمن بضائع موردة بموجب فواتير رسمية، فانتهى الطرفان إلى تسوية مالية محددة. ويُلاحظ أن المبلغ الذي استقر عليه الصلح (٣٧٨, ٠٦٤, ٣ ريالاً) أقل من المبلغ الأصلي، مما يعكس تنازل الدائن عن جزء من حقه مقابل ضمان الوفاء ببقية المبلغ وفق جدول زمني. وهذا التنازل يُعد من أهم سمات الصلح، إذ يقوم على التراضي والتخفيف لقطع الخصومة.

من حيث الشروط الموضوعية، فإن محل الصلح مشروع، محدد المقدار، قابل للتنفيذ الجبري، كما أن اشتراط حلول جميع الأقساط عند التخلف عن سداد أحدها يعكس حرص الأطراف على الضمان والجدية في التنفيذ، وهو شرط صحيح لا يخالف الشرع ولا النظام. أما من حيث الشروط الشكلية، فقد جاءت الوثيقة مستوفية لما نصت عليه قواعد المصالحة من بيانات: تحديد موضوع النزاع، مقدار الالتزام، شروط السداد، مكان التنفيذ، اعتماد المصلح، وتصديق وحدة الاعتماد، مما يضيف عليها صفة السند التنفيذي الملزم.

فقهياً، يدخل هذا النموذج ضمن الصلح على الإقرار، إذ أقر المدين بما عليه من دين، وإن كان بمبلغ أقل من المطالب به، ورضي الدائن بقبول ذلك وفاءً. ونظامياً، فإنه يبرهن على فاعلية منصة «تراضي» في تسوية منازعات الشركات الكبيرة دون الحاجة إلى دعوى

قضائية مطولة، مع ضمان إلزامية التنفيذ بواسطة الجهات الحكومية المختصة، بما في ذلك الاستعانة بالقوة الجبرية عند الحاجة.

النموذج الخامس: صلح في نزاع تجاري (توريد وتركيب تجهيزات):

وثيقة صلح:

الطرف الأول: شركة عبد العزيز....

الطرف الثاني: شركة حدائق.

ملخص المنازعة:

أنه بتاريخ ٢٠/٤/٢٠٢٢م اتفق الطرفان على أن يقوم الطرف الأول: شركة عبد العزيز.... بتوريد وتركيب ثلاثيات وأرفف محاسبة في المشروع الخاص بالطرف الثاني شركة حدائق.... بثمن إجمالي (٦,٢٦٩, ٦٣٦) ستة مليون ومائتان وتسعة وستون ألف وستمائة وستة وثلاثون ريال سدد منه مبله (٤, ٥٨٠, ٠٠٠) أربعة مليون وثلاثمائة وثمانون ألف ريال وتبقى مبلغ قدره (١, ٨٨٩, ٦٣٦) مليون وثمانمائة وتسعة وثمانون ألف وستمائة وستة وثلاثون ريال بموجب الفواتير رقم (١٦٠٠) بتاريخ ١٥/٥/٢٠٢٢ (٢٠١٢) بتاريخ ٢٣/٨/٢٠٢٢م (٢٤٥٦) بتاريخ ٢٩/١١/٢٠٢٢م ويطلب الطرف الأول من الطرف الثاني سداد المبلغ المذكور.

تفاصيل اتفاق الصلح:

١ - بنود تجاري:

يلتزم الطرف شركة.... بسداد المبلغ المالي المستحق في ذمته وقدره (٦٣٦, ٨٨٩, ١) مليون وثمانمائة وتسعة وثمانون ألف وستمائة وستة وثلاثون ريال للطرف شركة

تفاصيل إضافية:

التزم الطرف الثاني.... بأنه في حال تخلف عن سداد أحد الدفعات في مدة أقصاها عشرة أيام من المواعيد المحددة للاستحقاق تصبح الدفعات المتبقية حالة السداد.

واتفقا في حال عدم الالتزام ببنود الصلح فإن مدينة التنفيذ تكون في مكة المكرمة.

تم مصادقة الأطراف على بنود هذه الوثيقة.

المصادقة على بنود الصلح:

الحمد لله وحده وبعد، جرى اعتماد أطراف الصلح لهذه الوثيقة بطوعهم واختيارهم، بعد التأكد من هوياتهم، كما اعتمدت هذه الوثيقة من قبل إدارة الاعتماد بمركز المصالحة بعد تدقيقها. والتأكد من موافقتها للقواعد الشرعية والنظامية، وتعتبر سنداً تنفيذياً بناءً على الفقرة الثالثة من المادة الحادية والعشرين من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاته، والفقرة الثالثة من المادة التاسعة من نظام التنفيذ.

يطل بمن جميع الوزارات والأجهزة الحكومية الأخرى العمل على تنفيذ هذه الوثيقة بجميع الوسائل النظامية المتبعة ولو أدى إلى استعمال القوة الجبرية عن طريق الشرطة.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد، حررت في ٢٧ / ١٢ / ١٤٤٤ هـ.

حررت الوثيقة بواسطة المصلح /

التعليق:

يتبين من هذا النموذج أنّ النزاع كان متعلقاً بتسوية ثمن متبقي من عقد توريد وتركيب تجهيزات تجارية، حيث استقر الصلح على إلزام الطرف الثاني بسداد المبلغ المتبقي وفق جدول زمني، مع شرط حلول جميع الأقساط عند الإخلال. وهذا الشرط يُعد من الشروط الرادعة الجائزة شرعاً ونظاماً، لما فيه من تحقيق مصلحة الطرف الدائن وحمله على جدية الالتزام.

ومن حيث الشروط الموضوعية، فإن محل الصلح مشروع ومحدد بمبالغ مالية واضحة مستندة إلى فواتير رسمية، وهو قابل للتنفيذ الجبري. كما أن النص على مكان التنفيذ يضيف مزيداً من الضبط الإجرائي. أما من حيث الشروط الشكلية، فقد تضمنت الوثيقة عناصرها الجوهرية من بيان أطراف النزاع، مقدار الدين، تواريخ الفواتير، مكان التنفيذ، اعتماد المصلح، وتصديق وحدة الاعتماد، مما يجعلها مكتملة من الناحية النظامية.

فقهياً، يندرج هذا النموذج تحت الصلح على الإقرار، حيث أقر المدين بما في ذمته من دين والتزم برده، وهو جائز بلا خلاف. ونظامياً، فإن اعتماد الوثيقة سنداً تنفيذياً، والنص على إلزام الجهات الحكومية بتنفيذها، يجعلها مساوية للحكم القضائي النهائي في القوة التنفيذية، مع تميزها بأنها وليدة تراضٍ لا قضاء، وهو ما يحقق مقاصد الشرع في قطع النزاع بالتراضي والوفاء بالحقوق.

وختاماً، تكشف النماذج التطبيقية لوثائق الصلح عبر منصة «تراضي» عن قدرة المنصة على تحويل النصوص النظرية إلى واقع عملي فاعل، حيث عالجت نزاعات متنوعة شملت الديون الفردية، والمطالبات الأسرية، والتزامات عقود المقاولات، والديون التجارية الناشئة عن توريد السلع والخدمات. وقد ظهر في هذه النماذج وضوح عناصر الصلح، سواء في تحديد محل الالتزام ومقداره، أو في تضمين التنازلات المتبادلة، أو في ضبط مواعيد الوفاء وآلياته، إلى جانب النص على مكان التنفيذ، واعتماد الوثيقة بما يكفل لها قوة السند التنفيذي.

ومن خلال التحليل الفقهي والنظامي لهذه النماذج، يتبين أن الصلح الذي جرى توثيقه عبر المنصة التزم بالضوابط الشرعية في كون محله مشروعاً، ومملوكاً للأطراف، وقابلاً للتنفيذ، وصادراً عن رضا صحيح. كما التزم بالضوابط النظامية التي نصت عليها قواعد المصالحة ونظام التنفيذ من حيث البيانات الجوهرية، وإجراءات الاعتماد، وحجية الوثيقة كسند تنفيذي.

وعليه، فإن التطبيقات العملية تؤكد أنّ منصة «تراضي» ليست مجرد وسيلة تقنية لتيسير الصلح، بل هي أداة مؤسسية تحقق مقاصد الشريعة في الإصلاح وقطع النزاع، وتنسجم مع التنظيمات القضائية الحديثة التي ترمي إلى سرعة الفصل وتخفيف أعباء المحاكم.

وبذلك تُعد هذه الوثائق شاهداً عملياً على تطور المرفق العدلي في المملكة، ودليلاً على انسجامه مع توجهات الدولة ورؤية المملكة ٢٠٣٠ في تعزيز العدالة الناجزة والتحول الرقمي.

الخاتمة

الحمد لله الذي وفق لإتمام هذا البحث حول الصلح عبر منصة تراضي، دراسة فقهية نظامية تطبيقية، والذي سعى إلى بيان تأصيل الصلح في الفقه الإسلامي، وبيان أحكامه وضوابطه النظامية، وتحليل التطبيقات العملية التي أفرزتها منصة تراضي منذ إنشائها.

وقد خلص البحث إلى جملة من النتائج التي تكشف عن قيمة هذه التجربة وأثرها في تطوير العدالة، يتلوها عدد من التوصيات التي يمكن أن تسهم في تعزيز دور المنصة وتجويد مخرجاتها.

أولاً: النتائج:

١. أثبت البحث أن الصلح أصل شرعي دلّت على مشروعيته النصوص القرآنية والسنة والإجماع، وأنه من العقود المقصودة لذاتها، لما يترتب عليه من درء الخصومة وتحقيق مقاصد الشريعة في الألفة والإصلاح.

٢. تبين أن الفقه الإسلامي وضع ضوابط دقيقة للصلح، كاشتراط مشروعية المحل، وملكية الحق، وصدوره عن رضا صحيح، وتحديد به يمكن تنفيذه.

٣. أن القواعد الفقهية الكلية مثل: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»، و«المعروف عرفاً كالمشروط

شرطاً»، شكّلت أساساً للضوابط النظامية المعاصرة، وهو ما يعكس تلاقي الفقه والنظام.

٤. أظهرت التطبيقات العملية عبر منصة «تراضي» أن وثائق الصلح التزمت بالأصول الفقهية، فجاءت محققة لمقاصد الشريعة في الإصلاح ومنع الخصومة، ومنسجمة في الوقت ذاته مع متطلبات النظام الحديث.

٥. أكدت النتائج أن النظام القضائي السعودي منح وثيقة الصلح قوة السند التنفيذي، وأخضعها لإجراءات شكلية دقيقة، مما يعكس التطور التشريعي للمرفق العدلي واستفادته من التراث الفقهي في ضبط المعاملات.

٦. تبين أن التنازلات المتبادلة بين الأطراف - كما ظهر في بعض النماذج التجارية والأسرية - هي جوهر الصلح، وهي منضبطة شرعاً ونظاماً، متى خلا محلها من المحظور.

٧. أن منصة «تراضي» شكّلت نقلة نوعية في العدالة التصالحية، إذ يسّرت الوصول للصلح إلكترونياً، ووفّرت ضمانات نظامية، وأسهمت في تخفيف العبء عن المحاكم وتسريع الفصل في المنازعات.

٨. خلص البحث إلى أن الجمع بين الأصالة الفقهية، والضبط النظامي، والتحليل التطبيقي يقدّم نموذجاً علمياً متكاملاً، ويُبرز نجاح التجربة السعودية في تحقيق العدالة الناجزة المتوافقة مع مقاصد الشريعة ورؤية المملكة ٢٠٣٠.

ثانياً: التوصيات:

١. تعزيز التوعية المجتمعية بآلية الصلح عبر منصة «تراضي»، وإبراز مزاياه مقارنة باللجوء إلى القضاء التقليدي.
٢. تطوير آليات تدريب الوسطاء والمصلحين على استخدام المنصة، مع إمدادهم بأدوات فقهية ونظامية تسند عملهم.
٣. العمل على مزيد من التكامل بين منصة «تراضي» وبقية الأنظمة العدلية والإدارية، لتسهيل التنفيذ وتوحيد الإجراءات.
٤. دراسة إمكانية توسيع نطاق المنصة لتشمل أنواعاً جديدة من المنازعات، مع ضبطها بالضوابط الشرعية والنظامية.
٥. تشجيع الباحثين والدارسين على مزيد من الدراسات التطبيقية في مجال الصلح الإلكتروني، لاستيعاب التحديات العملية واقتراح الحلول.
٦. الاستفادة من التجارب المقارنة، سواء في الدول الإسلامية أو غيرها في العدالة التصالحية الإلكترونية، واستلهاهم ما يتوافق منها مع الفقه الإسلامي والبيئة النظامية السعودية.
٧. إبراز دور منصة «تراضي» في دعم التحول الرقمي للعدالة وتعزيز بدائل التسوية، تحقيقاً لمستهدفات رؤية المملكة ٢٠٣٠ في العدالة الناجزة والحوكمة الرقمية.

قائمة المصادر والمراجع

١. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، أبو يحيى زكريا الأنصاري الشافعي، تحقيق: محمد الزهري الغمراوي، المطبعة الميمنية، ١٣١٣هـ، (وصورتها دار الكتاب الإسلامي).
٢. الإقناع لطالب الانتفاع، موسى بن أحمد الحجاوي المقدسي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار الملك عبد العزيز، الطبعة الثالثة، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
٣. البناية شرح الهداية، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف بـ «بدر الدين العيني» الحنفي (ت: ٨٥٥هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، تحقيق: أيمن صالح شعبان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
٤. العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني (ت: ٦٢٣هـ)، تحقيق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
٥. الفروع، شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي (ت: ٧٦٣هـ)، ومعه: «تصحيح الفروع» لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي (ت: ٨٨٥هـ)، ويليهما: حاشية ابن قندس: تقي الدين أبو بكر بن إبراهيم بن يوسف البعلي (ت: ٨٦١هـ) [وقد خَلَّتْ منها هذه النسخة الإلكترونية]، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، (مؤسسة الرسالة - بيروت)، (دار المؤيد - الرياض)، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٦. الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجمايلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن

- قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
٧. النهر الفائق شرح كنز الدقائق، سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (ت: ١٠٠٥هـ)، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م.
٨. بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، الروياني، أبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل، تحقيق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
٩. بداية المبتدي، علي بن أبي بكر المرغيناني، تحقيق: أ. د. سائد بكداش، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي-لندن، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ-٢٠١٦م.
١٠. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث - القاهرة، ط: [بدون]، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
١١. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.
١٢. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (ت: ١٢٠٥هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.
١٣. التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.

١٤. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٤هـ.
١٥. تحفة الفقهاء، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (ت: نحو ٥٤٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ.
١٦. تحفة المحتاج بشرح المنهاج، شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي الشافعي، عني به: أنور بن أبي بكر الشيشي الداغستاني، دار الأبواب-داغستان، دار الضياء-الكويت، الطبعة الثانية، ١٤٤٣هـ-٢٠٢٢م.
١٧. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث-القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.
١٨. الجامع الكبير «سنن الترمذي»، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (٢٠٩ - ٢٧٩هـ)، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأنرؤوط (جميع الأجزاء)، عبد اللطيف حرز الله (ج ١)، أحمد برهوم (ج ٢)، محمد كامل قره بللي (ج ٣)، هيثم عبد الغفور (ج ٤)، جمال عبد اللطيف (ج ٥)، سعيد اللحام (ج ٦)، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
١٩. الجوهرة النيرة شرح لمختصر القدوري، أبو بكر بن علي الحداد، تحقيق: أ.د. سائد بكداش، دراسات-الدوحة، أروقة-عمّان، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م.
٢٠. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير

بالموردي (ت: ٤٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٢١. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت: ١٠٥١هـ)، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٢٢. الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، تحقيق: محمد حجي وسعيد أعراب ومحمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

٢٣. رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت: ١٢٥٢هـ)، دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٢٤. الروض المربع بشرح زاد المستقنع، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق وعناية: شركة إثراء المتون - الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م.

٢٥. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: عبده علي كوشك، دار الفيحاء - دمشق، دار المنهل ناشرون - دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.

٢٦. روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، أبو محمد، وأبي فارس، عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التميمي التونسي المعروف بابن بزيمة، تحقيق: عبد اللطيف زكاغ، دار ابن حزم - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.

٢٧. سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (ت: ٢٧٥هـ)، تحقيق: شعيب

الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م

٢٨. السنن، أبو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجة القزويني، (ت: ٢٧٣هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمّد كامل قره بللي - عبد اللّطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.

٢٩. شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني، اعتنى به: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

٣٠. شرح الخرشي على مختصر خليل، أبو عبد الله محمد الخرشي، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق - مصر، الطبعة الثانية، ١٣١٧هـ، وصوّرتها: دار الفكر للطباعة - بيروت.

٣١. الشرح الكبير على المقنع (المطبوع مع المقنع والإنصاف)، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ود. عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٣٢. شرح مختصر الطحاوي، أبو بكر الرازي الجصاص، تحقيق: مجموعة من الباحثين في رسائل دكتوراه في كلية الشريعة بجامعة أم القرى، أعد الكتاب للطباعة وراجع وصححه: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية - ودار السراج، الطبعة الأولى، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.

٣٣. صحيح البخاري = الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي (ت: ٢٥٦هـ)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.



٣٤. صحيح مسلم = المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، مسلم بن الحجاج أبي الحسن القشيري النيسابوري، (ت: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٢٧٤هـ - ١٩٥٥م.

٣٥. طلبة الطلبة، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، بدون طبعة، ١٣١١هـ.

٣٦. العناية شرح الهداية، أكمل الدين، محمد بن محمد بن محمود البابري، مطبوع بهامش: «فتح القدير» للكمال ابن الهمام، شركة مكتبة ومطبعة مصفى الباي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م. وصورتها: دار الفكر، بيروت.

٣٧. الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، المطبعة الميمنية، بدون طبعة وبدون تاريخ.

٣٨. فتح القدير، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ)، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.

٣٩. قرار مجلس الوزراء رقم (١٠٣) بتاريخ ٠٨ / ٠٤ / ١٤٣٤ المادة الثانية.

٤٠. القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن جزى الكلبي الغرناطي، تحقيق: أ.د. محمد بن سيدي محمد مولاي، بدون معلومات نشر أخرى.



٤١. كتاب الأفعال، ابن القوطية (ت: ٣٦٧هـ)، تحقيق علي فوده، مكتبة الخانجي للطبع والنشر والتوزيع بالقاهرة، ١٣٧١هـ-١٩٥٢م.
٤٢. كتاب العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (ت: ١٧٠هـ)، تحقيق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.
٤٣. كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٤٤. المبدع شرح المقنع، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح المقدسي الصالحي الحنبلي، تحقيق: أ. د. خالد بن علي المشيقح، د. عبد العزيز بن عدنان العيدان، د. أنس بن عادل اليتامي، ركائز للنشر والتوزيع - الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٤٢هـ-٢٠٢١م.
٤٥. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، باشر تصحيحه جمع من أفاضل العلماء، مطبعة السعادة - مصر، وصوّرتها: دار المعرفة - بيروت، لبنان.
٤٦. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، المعروف بـ «داماد أفندي» (ت: ١٠٧٨هـ)، وبهامشه: «الدّر المنتقى في شرح الملتقى» للعلاء الحصكفي (ت: ١٠٨٨هـ)، اعتنى بالتصحيح والترتيب: أحمد بن عثمان بن أحمد القره حصارى، طبع: دار الطباعة العامرة بتركيا عام ١٣٢٨هـ، بترخيص وزارة المعارف عام ١٣١٩هـ.
٤٧. المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، (ت: ٤٥٦هـ)، دار الفكر - بيروت.

٤٨. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدًا ثم الدمشقي الحنبلي (ت: ١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
٤٩. المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق ودراسة: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة.
٥٠. معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (ت: ٨٤٤هـ)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٥١. المغرب في ترتيب المغرب، أبو الفتح ناصر بن عبد السيد بن علي المطرزي الحنفي الخوارزمي، دار الكتاب العربي - بيروت.
٥٢. المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجاعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م.
٥٣. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرُّعيني المالكي (ت: ٩٥٤هـ)، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
٥٤. نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩١) وتاريخ ١٤٤٤/١١/٢٩هـ.
٥٥. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، ط أخيرة-١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.

٥٦. النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، أبو محمد

عبد الله بن زيد عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي، تحقيق: د.

عبد الفتاح الحلو-د. محمد حجي وآخرين، دار الغرب الإسلامي-

بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.

٥٧. الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية. (شرح حدود

ابن عرفة للرصاص)، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاص

التونسي المالكي (ت: ٨٩٤هـ)، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى، ١٣٥٠هـ.

٥٨. الوسيط في المذهب، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، تحقيق:

أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام-القاهرة، الطبعة

الأولى، ١٤١٧هـ.

المواقع على الشبكة العنكبوتية:

٥٩. الموقع الإلكتروني للمنصة:

<https://taradhi.moj.gov.sa/page/about-us>

٦٠. موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء.

[https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/fe7f3828-c47c-](https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/fe7f3828-c47c-4d95-a56c-a9a700f27196/1)

[4d95-a56c-a9a700f27196/1](https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/fe7f3828-c47c-4d95-a56c-a9a700f27196/1)





العود وأثره في تشديد العقوبة

دراسة وصفية في النظام السعودي ومقارنةً
بالقانونين الأردني والمصري

د. محمد بن خالد بن عبد الله اللحيان

أستاذ مشارك في قسم السياسة الشرعية

المعهد العالي للقضاء - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

malluhaidan@imamu.edu.sa

المقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه، من يهده الله فلا مضلّ له، ومن يُضلل فلا هاديّ له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وسلم، أمّا بعد:

لا يخفى أن الجريمة تُعد سلوكاً غير مشروع، فتتضمن الاعتداء على الأشخاص والممتلكات التي صانها الشرع والنظام. وعند النظر في تلك الجرائم نجد أن من مرتكبيها من عاد إلى الإجرام سواء أكان ذلك في ذات الجريمة أم في جريمة أخرى مماثلة، وذلك بعد إصدار حكم نهائي عليه في جريمته الأولى، مما يستلزم أحكاماً خاصة لهذه الحالة؛ وهي حالة العود، ففي النظام السعودي أحكامٌ وأنظمة متنوعة للعقوبات التعزيرية الجنائية ستتناولها وفقاً لأحوالها وأنواعها، ونبين ما ورد فيها من أنواع العود، وتقسيماته، وأركانها وشروط تلك الأركان، ثم نبين وسيلة إثبات حالة العود، وسلطة القاضي في تقدير العقوبة، حتى الوصول إلى أثر العود في العقوبة ونربط تلك الأحكام بالمبادئ القضائية في القضاء السعودي، وسنقارن ذلك -إن شاء الله- بالقانونين الأردني والمصري، والذين أفردا لتلك الحالة نصوصاً قانونية خاصة.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في عدم وجود نظرية واضحة المعالم والحدود في تطبيقات أحكام العود، الأمر الذي تُثار معه إشكاليات عديدة حول

مفهوم العود وأركانه وأنواعه، ونحاول في هذه الدراسة حل عدد من الأسئلة الرئيسية، وهي: ماهية الظروف المشددة للعقوبة؟ وما مدى كفاية النصوص النظامية في النظام السعودي لأحكام العود؟ وما مستوى التباين بين الأنظمة السعودية؟ وما هي حدود سلطة القاضي وصلاحياته في تطبيق أحكام العود؟

أهمية الموضوع:

تظهر أهمية الموضوع من أهمية دور السياسة الجنائية في حماية المجتمع من خلال مواجهة الجريمة بشكل عام، والجريمة المتكررة من ذات الجاني بشكل خاص، وذلك بتنظيم عقوبات رادعة لكل جريمة، بالإضافة إلى وضع نصوص نظامية خاصة تُغلظ العقوبة على العائد، ولأن تكرار الجريمة من ذات الجاني تهدد كيان وأمن المجتمع، واستقراره يكمن في نجاح مواجهة تلك الجرائم، لذا لابد من تسليط الضوء على ما تضمنته أنظمة المملكة العربية السعودية من عقوبات خاصة على المجرم العائد، والنظر في المبادئ القضائية في القضاء السعودي المتعلقة بالموضوع، والبحث عن وجود فراغ تنظيم عن طريق المقارنة بالقوانين محل البحث.

أسباب اختيار الموضوع:

١ - الحاجة لبيان أثر العود في تشديد العقوبة على الجاني في النظام السعودي والقوانين المقارنة.

- ٢- التباين بين الأنظمة السعودية في تحديد مدد العود.
- ٣- الرغبة في الإسهام العلمي من خلال وصف الحالة النظامية ومقارنتها بالقوانين محل الدراسة.

أهداف الدراسة:

- ١- توضيح مفهوم العود وأحكامه.
- ٢- تقديم دراسة وصفية مقارنة في موضوع العود الجرمي.
- ٣- إبراز دور السياسة الجنائية في المملكة العربية السعودية من خلال تنظيم عقوبات العود.
- ٤- مقارنة الجانب النظامي والقانوني للموضوع؛ للمساهمة في خدمة القضاء.
- ٥- اقتراح توصيات تُسهم في تطوير السياسة الجنائية في المملكة العربية السعودية.

حدود الدراسة:

كلٌّ من: المملكة العربية السعودية وفقاً للأنظمة التالية: نظام الإجراءات الجزائية^(١)، ونظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية^(٢)،

(١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) بتاريخ: ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ، واللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٤٢) وتاريخ: ٢١/ ٣/ ١٤٣٦هـ.

(٢) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) بتاريخ: ٨/ ٧/ ١٤٢٦هـ.

ونظام مكافحة الاحتيال المالي وخيانة الأمانة^(١)، نظام مكافحة جرائم المعلوماتية^(٢)، ونظام مكافحة الرشوة^(٣)، ونظام مكافحة غسل الأموال^(٤)، ونظام مكافحة التسول^(٥)، ونظام الآثار والمتاحف والتراث العمراني^(٦)، ونظام الاستثمار التعديني^(٧)، ونظام الشركات^(٨)، وقانون العقوبات في جمهورية مصر العربية^(٩)، وقانون العقوبات في المملكة الأردنية الهاشمية^(١٠).

الدراسات السابقة:

بعد البحث والنظر عن موضوع هذا البحث -بتفصيلاته التي سترد بالتقسيمات- وذلك في الدراسات، والرسائل العلمية السابقة، لم

- (١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٩) بتاريخ: ١٠/٩/١٤٤٢هـ.
- (٢) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٧) بتاريخ: ٨/٣/١٤٢٨هـ.
- (٣) الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٦ بتاريخ: ٢٩/١٢/١٤١٢هـ.
- (٤) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) بتاريخ: ١/١٢/١٤٤٣هـ.
- (٥) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٠) بتاريخ: ٩/٢/١٤٤٣هـ.
- (٦) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) بتاريخ: ٩/١/١٤٣٦هـ.
- (٧) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٤٠) بتاريخ: ١٩/١٠/١٤٤١هـ.
- (٨) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٠) بتاريخ: ٩/٢/١٤٤٣هـ.
- (٩) قانون رقم: ٥٨ لسنة: ١٩٣٧م، آخر تعديل: ١٥ أغسطس ٢٠٢١م بالقانون ١٤١ لسنة ٢٠٢١م، بشأن العقوبات في جمهورية مصر العربية.
- (١٠) قانون رقم: ١٦، لسنة ١٩٦٠م، آخر تعديل سنة ٢٠٢٥م، بشأن العقوبات في المملكة الأردنية الهاشمية.

أجد موضوعاً مطابقاً لهذا الموضوع، مع وجود بحوث تناولت أحكام العود، من ذلك:

الدراسة الأولى: العود الجرمي في الفقه الجنائي الإسلامي، لعماد محمد التميمي، بحث منشور في المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية.

تناولت الدراسة: مفهوم العود، وتفسير لظاهرة العود الجرمي وذلك بناء على الإحصائيات الرسمية، ثم تناولت أثر تغليظ العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، وقد اعتمد الباحث منهج الاستقراء والتحليل والاستنتاج.

اختلفت هذه الدراسة عن بحثي: تحدث الباحث بإيجاز شديد عن مفهوم العود، ولم يتطرق له في النظام السعودي أو القانون المصري، أما في هذا البحث فسيتم -إن شاء الله- بيان شامل لمفهوم العود، بالإضافة إلى مقارنة النظام السعودي بالقانون المصري والأردني، وأيضاً إبراز المبادئ القضائية في هذا الشأن.

الدراسة الثانية: جرائم العود في القانون الجزائري، لعائشة طويل، بحث ماجستير في كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر.

تناولت الدراسة: جرائم العود من كونها ظرف مشددًا متعلقًا بشخص الجاني وذلك في القانون الجزائري، وتحدثت عما يميز العود عن باقي المصطلحات المتشابهة، كما تطرقت لسلطة القاضي في تقدير عقوبة العود في القانون الجزائري.

اختلفت هذه الدراسة عن بحثي: سنتحدث في هذا البحث عن مفهوم العود، وعن أنواعه في النظام السعودي، ومقارنة ذلك بالقانون الأردني والمصري، بالإضافة إلى ما سنضمّنه من مبادئ قضائية خاصة بالموضوع، وهذه الدراسة لم تتطرق إلى حكمه في الأنظمة والقوانين محل الدراسة، ولم تُبيّن أثره فيها.

الدراسة الثالثة: أثر الظروف المشددة على عقوبة الجريمة، لنيل مدحت سالم - بحث منشور بمجلة كلية الحقوق، جامعة المنيا، مصر.

تناولت الدراسة: أثر الظروف المشددة بشكل عام على عقوبة الجريمة، وتطّرت إلى العود باعتباره من الظروف المشددة، وتحدثت عن تعريف وأثر هذا الظرف على تقدير العقوبة.

اختلفت هذه الدراسة عن بحثي: كانت هذه الدراسة عامة عن الظروف المشددة، ولم تتحدث عن العود في النظام السعودي، ولم تقارنه بغيره من الأنظمة، وفي هذا البحث -إن شاء الله- سنقارن آثار هذا العود في النظام السعودي والقانون الأردني والمصري، ونعرض العمل القضائي من خلال المبادئ القضائية في الموضوع.

الإضافة العلمية لهذه الدراسة:

بيان أحكام العود وآثاره في النظام السعودي بالنظر إلى الأنظمة السعودية، بالإضافة إلى ما ورد في المبادئ القضائية في القضاء السعودي، ومقارنة ذلك بالقانونين الأردني والمصري.

منهج البحث:

ستتبع في هذا البحث -إن شاء الله تعالى-، منهجين؛ الأول المنهج الوصفي من خلال جمع وعرض ووصف النصوص النظامية السعودية، بالإضافة إلى المبادئ القضائية الصادرة في القضاء العام المتعلقة بالعود للوصول إلى معرفة شاملة للموضوع، والمنهج المقارن من خلال مقارنة تلك النتائج بقانون العقوبات الأردني رقم: ١٦، لسنة ١٩٦٠م، بآخر تعديل سنة ٢٠٢٥م، وقانون العقوبات المصري رقم: ٥٨ لسنة: ١٩٣٧م، بآخر تعديل: ١٥ أغسطس ٢٠٢١م بالقانون ١٤١ لسنة ٢٠٢١م، واعتمدنا الإجراءات الآتية:

- ١- الاعتماد على المصادر والمراجع الأصلية في التحرير، والتوثيق، والتخريج.
- ٢- التركيز على صلب الموضوع، واجتناب الاستطراد.
- ٣- لا أترجم للأعلام؛ مراعاةً للاختصار.
- ٤- توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة.
- ٥- الاعتناء بقواعد العربية والإملاء، وعلامات الترقيم، والتنقيص.
- ٦- تكون الخاتمة متضمنة للنتائج التي توصلت إليها من خلال البحث.
- ٧- أتبّع البحث بفهرس المراجع والمصادر وفهرس الموضوعات.

تقسيمات البحث:

المبحث الأول: مفهوم الظروف المشددة للعقوبة:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ماهية الظروف المشددة للعقوبة.

المطلب الثاني: أنواع الظروف المشددة للعقوبة.

المبحث الثاني: مفهوم العود:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ماهية العود.

المطلب الثاني: أنواع العود.

المطلب الثالث: أركان العود:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الركن الموضوعي.

الفرع الثاني: الركن الزمني.

المبحث الثالث: أحكام العود وأثره في العقوبة:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: وسيلة إثبات العود.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير عقوبة العود.

المطلب الثالث: أثر العود في تغليظ العقوبة.

الخاتمة:

وفيها أهم النتائج، والتوصيات.

ثم فهرس المراجع والمصادر.





المبحث الأول مفهوم الظروف المشددة للعقوبة

وفيه مطلبان:

تُعد الظروف المشددة والمخففة والمسقطة للعقوبة من أساسيات السياسة الجنائية، فغالبًا ما تتزامن الجريمة مع أحد تلك الظروف التي تخفف أو تشدد العقوبة أو حتى تسقطها، وهذا ما يسمى بمبدأ تشديد العقوبة عند توفر موجباته وذلك بما يضمن العدل والحفاظ على النظام العام.

المطلب الأول: ماهية الظروف المشددة للعقوبة:

الظرف في اللغة: الوعاء الذي يوضع فيه الشيء دون أن يؤثر على جوهره، والجمع ظروف، ومنه جاء ظرف الأزمنة والأمكنة؛ أي الوعاء الذي يحتوي الشيء زمانًا ومكانًا^(١).

والمشددة في اللغة: أصلها من الفعل: شدّ، وهي ضد التخفيف ويقال: شددت عليه الأمر أي: أغلظته^(٢).

(١) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (٢٢٩/٩)، ومعجم مقاييس اللغة، لابن فارس (٤٧٤/٣).

(٢) ينظر: لسان العرب، لابن منظور، (٢٣٢/٣)، ومعجم مقاييس اللغة، لابن فارس (١٧٩/٣).

والعقوبة في اللغة: مصدر عاقب، وهو الجزاء، والمؤاخذه والجزاء على الفعل، ويطلق ويراد به الحبس وغيره^(١).

وأما الظروف المشددة للعقوبة في الاصطلاح: فقد عرفت بأنها: الأحوال التي وقعت فيها الجريمة والتي غيرت من وصف الجريمة أو من طبيعتها أو قدر عقوبتها^(٢).

وعُرفت بأنها: الأحوال التي تميز للقاضي تجاوز الحد في العقوبة^(٣). وعُرفت كذلك بأنها: عناصر تقترب بأحد مقومات الجريمة المادية أو المعنوية يكون من شأنها أن تشدد من جسامة الاعتداء على ما حماه القانون^(٤).

لذا فيمكن القول بأن الظروف المشددة للعقوبة هي: الحالة التي تقترب بالجريمة أو بمرتكبها، ويترتب على توافرها تشديد العقوبة المقررة بما يتناسب معها.

المطلب الثاني: أنواع الظروف المشددة للعقوبة:

يمكن أن تتنوع الظروف المشددة إلى نوعين رئيسيين:

(١) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (١/ ٦٢٢)، ومعجم مقاييس اللغة، لابن فارس (٤/ ٨١).

(٢) أثر الظروف المشددة على عقوبة الجريمة، لنيل مدحت (ص: ٩).

(٣) الوسيط في شرح قانون العقوبات، لسمير عالية (ص: ٥٥٧).

(٤) الظروف المشددة لجريمة الاتجار بالبشر، لعلي جعفر (ص: ١٠٩).

النوع الأول: الظروف المادية:

هي تلك الظروف المرتبطة بالسلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية، فما كان مرتبطاً بالسلوك الإجرامي - وهو الفعل المجرم الذي يقوم به الجاني - قد يرتبط به أحوال تشدد فيه العقوبة، من ذلك كون هذا السلوك الإجرامي مقابل منافع محددة للجاني؛ كأموال مدفوعة مثلاً مقابل هذا الفعل الإجرامي، أو يكون متزامناً مع تحايل منظم يؤثر على كيان المجتمع، وأما ما كان مرتبطاً بالنتيجة الإجرامية - وهي الأثر الحاصل من ارتكاب الجريمة - فلا شك أن لهذه النتيجة تأثيراً في العقوبة من حيث الأصل، لا أنها هي من تحدده^(١).

النوع الثاني: الظروف الشخصية:

هذه الظروف قد ترتبط بشكل مباشر بشخص الجاني، وقد تكون مرتبطة بالمجني عليه^(٢)، فمما يكون مرتبطاً بشخص الجاني: صلة قرابة الجاني ونفوذه، ولعلنا نعرض أمثلة لذلك من نظام مكافحة المخدرات ليتضح المقال كما جاء فيمن استغل أحد من يتولى تربيتهم لتنفيذ جريمة الاتجار بالمخدرات فتشدد عليه العقوبة^(٣)، ومن تلك الظروف

(١) ينظر: شرح قانون العقوبات، لأحمد صبحي (ص: ٦٣)، والوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات، لجمال إبراهيم (ص: ٢٧٢).

(٢) ينظر: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، محمد علي (ص: ٤٢)، شرح قانون العقوبات، لأحمد صبحي (ص: ٦٤)، والوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات، لجمال إبراهيم (ص: ٢٧٢).

(٣) ينظر: (د/ ٢) من المادة السابعة والثلاثين.

كذلك ما كانت متعلقة بوظيفة الجاني؛ كمن هرب المخدرات وكان ممن كلف بمكافحتها^(١)، ومنها أيضاً ما كانت تتبع لمنظمات إجرامية؛ كمن هرب المخدرات وهو شريك في عصابة منظمة فتشدد عليه عقوبة التهريب إذا لم يحكم عليه بالقتل بما لا يقل عن خمس وعشرين سنة^(٢)، ومن تلك الظروف [العود] وهو ما سنتحدث عن في المبحث التالي -إن شاء الله-.

(١) ينظر: (٣/٢) من المادة السابعة والثلاثين.

(٢) ينظر: (٣/٣) من المادة الثامنة والثلاثين.

المبحث الثاني

مفهوم العود

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ماهية العود:

العود في اللغة: هو مصدر الفعل عاد، يأتي بمعنى الرجوع إلى الشيء بعد الانصراف عنه، ويطلق كذلك على تكرار الفعل والمداومة عليه، وهو كذلك تثنية الأمر بعد البدء فيه^(١).

العود اصطلاحاً: لم تُعرف القوانين المقارنة محل الدراسة العود بتعريف مباشر، غير أنه ورد في بعض الأنظمة السعودية تعريف «العائد» - كما في نظام الشركات - بأنه: «كل من ارتكب الجريمة ذاتها الصادر بشأنها حكم أو قرار نهائي»^(٢)، وما ورد في نظام الآثار والمتاحف والتراث العمراني ونظام الاستثمار التعديني من أنه: «كل من عاد إلى ارتكاب المخالفة».

(١) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (٤٥٧/٩)، ومعجم مقاييس اللغة، لابن فارس (١٨١/٤).

(٢) المادة رقم (٢٦٣).

وقد عرفه شراح القانون بتعريفات متقاربة، من ذلك أنه: «حالة الشخص الذي يرتكب الجريمة بعد الحكم عليه نهائياً من أجل جريمة سابقة»^(١).

وعُرف بأنه: «وصف قانوني يُطلق على من يتكرر منه ارتكاب جريمة معينة بعد أن يعاقب عليها»^(٢).

ومنهم من عرفه بأنه: الوصف القانوني الذي يلحق بشخص اقترف الجرائم بعد سبق الحكم عليه بعقوبة عادية بموجب حكم بات وفق شروط قانونية محددة^(٣).

ومن خلال التأمل فيما سبق من التعاريف نجد أنها متقاربة وجميعها تدل على المعنى المراد، ويمكن أن يقال: إن المقصود بالعود في بحثنا هذا هو: وصف قانوني لحالة تكرار الجاني ارتكاب جريمة أخرى بعد الحكم عليه بحكم بات بجريمة سابقة.

المطلب الثاني: أركان العود:

كما بينا سابقاً أن العود يفترض ارتكاب جريمة أخرى بعد الحكم عليه في العقوبة الأولى حتى يمكن تشديد العقوبة للجاني، وبناء على

(١) ينظر: شرح قانون العقوبات، لمحمد زكي (ص: ٥٧٩).

(٢) ينظر: الأحكام العامة في قانون العقوبات، لكامل السعيد (ص: ٥٨٨).

(٣) ينظر: الوجيز في القانون الجنائي العام، لمنصور رحمان (ص: ٢٧٣).

هذا فيمكن القول: إن العود يقوم على ركنين أساسيين^(١)، نبينهما في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الركن الموضوعي:

يُعد الركن الموضوعي للعود أحد الأركان الرئيسة التي تقوم عليه حالة العود التي تستلزم تشديد العقوبة، ويتمثل هذا الركن في الجانب المادي الذي يثبت العود القانوني، ويتكون من مقومين أساسيين؛ الأول: صدور حكم نهائي سابق بالإدانة، والثاني: ارتكاب جريمة أخرى بعد الإدانة، ونبينهما فيما يلي:

المقوم الأول: صدور حكم نهائي سابق بالإدانة:

من أجل أن يتحقق الركن المعنوي فلا بد أن يسبق الجريمة الأخرى حكم قضائي بالإدانة، وهذا الحكم يُشكل الدليل المادي على السلوك الإجرامي السابق للجاني، ويُشترط فيه ثلاثة شروط، هي:

الشرط الأول: أن يكون الحكم صادراً من جهة قضائية وطنية:

فلا يلتفت إلى الأحكام الأجنبية الصادرة على الجاني ولو كانت في ذات الجريمة، أخذاً بمبدأ إقليمية القانون، والذي يعني أن قانون الدولة يطبق على رعاياها من المواطنين والأجانب الموجودين داخل

(١) هذه الأركان الخاصة بحالة العود، ولا نتحدث هنا عن أركان الجريمة بتفصيلاتها المعهودة: المادي والمعنوي والعلاقة السببية؛ لأن الجرائم الأصلية التالية قد تختلف من حيث نوع الفعل، فالتقيد هنا لأركان حالة العود.

حدوها إسنادًا إلى سلطة الدولة وسيادتها، فمن صدر عليه حكم جنائي خارج إقليم الدولة وعاد وارتكب ذات الفعل فإنه لا يطبق عليه نصوص العود ولا تشدد العقوبة عليه وإن دُوّن ذلك في صحيفة سوابقه، ذلك أن الحكم السابق في دولة أخرى غير خاضعة للنظام القضائي في الدولة المعاد فيها الفعل الإجرامي^(١)، هذا من حيث الأصل؛ غير أن المتأمل في النظام السعودي يجد أن المنظم قد انقسم في اشتراط هذا من عدمه في الأنظمة إلى ثلاثة أقسام؛ الأول: لا يعتد به بل يصرح بعدم اشتراطه، والثاني: يشترط هذا الشرط ضمناً، فأما الأول فيأتي النص فيه صراحةً على اعتبار العود ظرفاً من الظروف المشددة وإن كان الحكم السابق أجنياً، وذلك كما في المادة الثامنة من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، والمادة السابعة والعشرين من نظام مكافحة غسل الأموال، وهذا يدل على أن المنظم لا يلتفت إلى هذا الشرط في تلك الجرائم. أما في غيرها من الأنظمة وهو القسم الثاني: فيشترط ضمناً أن يكون الحكم الصادر محلياً، فالمنظم لم ينص عليه صراحةً، بل قصره على ما كان محلياً مأخوذ من اشتراطه أن تكون العقوبة السابقة مستندة على مادة محددة؛ كما في المادة السابعة والثلاثين من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية، والمادة الثالثة والستين بعد المائتين من نظام الشركات، أو اشتراط المنظم أن يكون الحكم وفقاً

(١) ينظر: جرائم العود في القانون الجزائري، لعائشة طويل (ص: ١١)، وحالة العود في ضوء القانون والقضاء، لرضوان لطفي (ص: ١٠)، وقانون العقوبات الأردني المادة رقم (١٠٤)، وقانون العقوبات المصري المادة رقم (١).

لأحكام ذات النظام؛ كما في المادة الثامنة عشرة من نظام مكافحة الرشوة، وهذا لا يكون إلا مع ما كان الحكم فيه محلياً. والثالث: ما سكت المنظم فيه فلم يبين شيئاً لا صراحةً ولا ضمناً؛ كما في نظام مكافحة الاحتيال المالي وخيانة الأمانة، ونظام مكافحة التسول، ونظام الآثار والمتاحف والتراث العمراني، ونظام الاستثمار التعديني، فهذا السكوت يحمل على الأصل وهو مبدأ إقليمية القانون؛ ذلك أن المنظم لم يستثن من هذا الأصل فيبقى على حاله.

الشرط الثاني: أن يكون الحكم نهائياً:

ينبغي أن يكون الحكم السابق للجريمة الأخرى نهائياً، ويقصد به: أن يكون الحكم باتاً لا يقبل الاعتراض أو الطعن بطرق الاعتراض أو الطعن العادية كالاستئناف، وكذلك لا يقبل الاعتراض أو الطعن بالطرق غير العادية كالنقض، ويكون هذا الأمر إما لتجاوز مواعيد الاستئناف أو النقض، أو لاستنفاد تلك الطرق، وعلى هذا لو ارتكب الجاني جريمة أخرى قبل صيرورة الحكم في الجريمة الأولى نهائياً فإنه لا يجوز إثبات حالة العود على الجاني؛ لأن الأول لم يثبت ثباتاً تاماً بعد، وهذا هو مقتضى العود، وقد نص على ذلك بشكل صريح في نظام الشركات السعودي^(١) ونظام الآثار والمتاحف والتراث العمراني^(٢)،

(١) ينظر: المادة رقم (٢٦٣) من النظام.

(٢) ينظر: المادة رقم (٨٥) من النظام.

ونظام الاستثمار التعديني^(١) وكذلك في القانون الأردني بقوله حكماً مبرماً^(٢)، فلا بد أن يكون الحكم نهائياً ليتمكن الاستناد عليه في إثبات العود^(٣).

الشرط الثالث: أن يكون الحكم السابق صادراً بالسجن أو الغرامة:

هذا الشرط غير متفق فيه بين الأنظمة والقوانين محل الدراسة؛ فالنظام السعودي لم يشترط ذلك في أي من النصوص النظامية، وإن كانت النصوص النظامية بشكل عام لم تتضمن عقوبة أخرى غير السجن أو الغرامة بعد أن حُصر الحكم فيهما ومُنِع الجلد تعزيراً غير أنه لم ينص على هذا الشرط نظاماً، فلو افترضنا أنه صدرت نصوص نظامية بعقوبات أخرى فإنه لا يشترط هذا الشرط في الحكم لإثبات العود، أما في القانون الأردني^(٤) فقد فرق بين الجنايات والجرح: فاشترط في الجنايات أن تكون العقوبة إما أشغال مؤقتة؛ وهي: تشغيل المحكوم عليه بأشغال مجهدة تناسب سنه وصحته، أو اعتقال مؤقت؛ وهو: وضع المحكوم عليه في أحد سجون الدولة ومعاملته معاملة خاصة، وأدنى مدة للأشغال المؤقتة والاعتقال المؤقت ثلاث سنوات وأعلىها

(١) ينظر: المادة رقم (٥٦ مكرر) من النظام.

(٢) ينظر: قانون العقوبات الأردني المادة رقم (١٠١).

(٣) ينظر: تكييف الواقعة الإجرامية بين القانون الموضوعي والقانون الإجرائي، عبد الرحمن خلفي (ص: ٣٤٨)، وقانون العقوبات الأردني المادة رقم (١٠١).

(٤) ينظر: قانون العقوبات الأردني، المادتان رقم (١٠١-١٠٢).

خمس عشرة سنة^(١). أما في الجرح فاشتراط الحبس فقط دون الغرامة، والحبس هنا: وضع المحكوم عليه في أحد سجون الدولة مدة لا تقل عن أسبوع ولا تزيد عن ثلاث سنوات^(٢). وأما القانون المصري فقد اشترط أن يكون الحكم الصادر بالحبس أو الغرامة على تفصيل فيما يتعلق بالمدة بين الفعلين، وبكونها جناية أو جنحة -وسنذكره إن شاء الله في حينه-^(٣).

فيظهر مما سبق عدم اشتراط هذا الشرط في النظام السعودي واشتراطه في القانون الأردني على التفصيل الذي بيناه واشتراطه في القانون المصري.

المقوم الثاني: ارتكاب جريمة أخرى بعد الإدانة:

وهذا هو الفعل المادي الذي يقوم به المجرم، وهو ارتكاب جريمة أخرى بعد صدور حكم نهائي عليه بجريمة سابقة، ويُشترط لتحقيق هذا المقوم انفصال الجريمة اللاحقة عن الجريمة السابقة، فيجب أن تكون الجريمة التي ارتكبها الفاعل جديدة؛ أي: يجب أن تكون منفصلة عن الجريمة الأولى التي سبق محاكمته فيها وصدر بشأنها حكم نهائي بالإدانة وإلا سنكون بصدد تعدد الجرائم فظرف العود لا يطبق إذا

(١) ينظر: قانون العقوبات الأردني بآخر تعديل، المواد رقم (١٨-١٩-٢٠).

(٢) ينظر: قانون العقوبات الأردني بآخر تعديل، المادة رقم (٢٠).

(٣) ينظر: قانون العقوبات الأردني بآخر تعديل، المادتان رقم (١٠١-١٠٢)، وقانون العقوبات المصري بآخر تعديل، المادة رقم (٤٩).

كانت الجريمة الجديدة مرتبطة بالجريمة الأولى؛ لأن هذا يُقصد به [تعدد الجرائم] لا العود، وله أحكام خاصة من التداخل وعدمه^(١).

الفرع الثاني: الركن الزمني:

هذا الركن يقتضي وجود فترة زمنية محددة في الأنظمة والقوانين تكون بين الجريمة السابقة والجريمة اللاحقة، فلا يكفي تكرار الفعل الإجرامي ظرفاً مشدداً ولا يُعد عوداً حال ارتكاب الجريمة بعد المدة المحددة، وهذا الركن لا يسير فيه المنظم السعودي بطريق واحد، بل تارة يلزم به ويحدد له مدة لا يجوز اعتبار من تجاوزها عائداً، وتارة لا يعتد به ويعتبر كل تكرار للجريمة في أي وقت عوداً يستلزم معه تشديد العقوبة. والأنظمة التي سارت على فرض الالتزام به -وهو القسم الأول- اختلفت كذلك في تحديد المدة، وبيان أن نظام مكافحة الرشوة نص على كونها ركناً لا اعتبار العود، وحدد المدة بأن لا تمضي عليه خمس سنوات من تاريخ انقضاء العقوبة^(٢)، وفي نظام الشركات^(٣)

(١) ينظر: جريمة العود في التشريع الجزائري، لأنور معراج (ص: ١٨)، ونظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية، المادة رقم (٣/٣٧)، ونظام مكافحة الرشوة، المادة رقم (١٨)، ونظام الشركات المادة رقم (٢٦٣)، ونظام الآثار والمتاحف والتراث العمراني المادة رقم (٨٥)، ونظام الاستثمار التعدين المادة رقم (٥٦ مكرر)، وقانون العقوبات الأردني بآخر تعديل، المادتان رقم (١٠١) - (١٠٢)، وقانون العقوبات المصري بآخر تعديل، المادة رقم (٤٩).

(٢) ينظر: المادة رقم (١٨) من النظام.

(٣) ينظر: المادة رقم (٢٦٣) من النظام.

ونظام الآثار والمتاحف والتراث العمراني^(١) ونظام الاستثمار التعديني^(٢) يستلزم المنظم هذا الركن غير أنه تم تحديد المدة بمن ارتكب الجريمة ذاتها خلال ثلاث سنوات، وحدد ذلك من تاريخ صدور الحكم أو القرار، وبهذا يفرق المنظم بين تلك الأنظمة ونظام مكافحة الرشوة بالمدة، وبموعد بدايتها؛ فالأول: حدد المدة خلال خمس سنوات، وعلق بدايتها بتاريخ انقضاء العقوبة، والثاني: خلال ثلاث سنوات، وعلق بدايتها بالحكم.

أما القسم الثاني من الأنظمة والتي لم تعتد بهذا الركن، ولم تحدد مدة زمنية لاعتبار حالة العود؛ بل جعلته مطلقاً متى ما تكرر الفعل فإن حال العود لازمة، وهي كل من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية^(٣)، ونظام مكافحة جرائم المعلوماتية^(٤)، ونظام مكافحة غسل الأموال^(٥)، ونظام مكافحة الاحتيال المالي وخيانة الأمانة^(٦)، ونظام مكافحة التسول^(٧).

(١) ينظر: المادة رقم (٨٥) من النظام.

(٢) ينظر: المادة رقم (٥٦ مكرر) من النظام.

(٣) ينظر: المادة رقم (٣٧ / ٣) من النظام.

(٤) ينظر: المادة رقم (٨) من النظام.

(٥) ينظر: المادة رقم (٢٧) من النظام.

(٦) ينظر: المادة رقم (٥) من النظام.

(٧) ينظر: المادة رقم (٥) من النظام.

أما في القانون الأردني ففرض وجود هذا الركن، وفرق بين ما كان جنائيات^(١) وما كانت جنحاً^(٢)؛ فما كانت جنائيات فهي على حالين؛ الأول: أن يرتكب الجاني الجريمة اللاحقة أثناء تنفيذ العقوبة فتطبق عليه أحكام العود دون الالتفات إلى مدة معينة، بل متى ما كانت في أثناء التنفيذ فتُعد عوداً، والثاني: أن يرتكب الجاني الجريمة بعد انقضاء المدة أو سقوطها، فحدها خلال عشر سنوات تبدأ بعد الانقضاء أو السقوط. أما ما كان في الجنب فجعلها على حالتين كذلك؛ الأولى: أن يرتكب الجاني الجريمة اللاحقة قبل تنفيذ العقوبة أو أثنائها فهذا يُعد عائداً دون أن يحدد مدة معينة، بل متى ما ارتكبها أثناء العقوبة أو قبلها فيُعد عائداً، والثاني: أن يرتكبها بعد انقضاء المدة أو سقوطها، فقد حدده خلال ثلاث سنوات، ويظهر أن هذا التفريق مبني على جسامه الجريمة من عدمها^(٣).

وفي القانون المصري قد اعتبر هذا الركن، وجعله لازماً لتوفر حالة العود، وحدد المدة بما دون خمس سنوات سواء كانت جنحاً أو جنائيات، غير أنه اتخذ طريقتين مع المجرم في تحديد بداية هذه المدة؛

- (١) حدد القانون الأردني الجنائيات بعقوبة: الإعدام، والأشغال الشاقة المؤبدة، والاعتقال المؤبد، والأشغال الشاقة المؤقتة، والاعتقال المؤقت. ينظر: قانون العقوبات الأردني بآخر تعديل، المادة رقم (١٤).
- (٢) حدد القانون الأردني الجنب بعقوبة: الحبس، والغرامة، والربط بالكفالة. ينظر: قانون العقوبات الأردني بآخر تعديل، المادة رقم (١٤).
- (٣) ينظر: قانون العقوبات الأردني بآخر تعديل، المادتان رقم (١٠١-١٠٢).

الأولى: من حكم عليه بالحبس مدة سنة أو أكثر فإن بداية المدة تكون إما من تاريخ انقضاء العقوبة المحكوم عليه بها سابقاً، أو من تاريخ سقوط تلك العقوبة بمضي المدة المقررة، والثانية: من حكم عليه بالحبس مدة أقل من سنة واحدة أو بالغرامة فإن بداية المدة بالنسبة له تكون من تاريخ الحكم السابق، لا من تاريخ العقوبة^(١).

فمن خلال ما سبق يتضح لنا أن النظام السعودي يتبنى مذهبين في اعتبار هذا الركن؛ الأول: اللزوم، والثاني: عدمه، بل متى ما تكررت الجناية في أي وقت فهو موصوفٌ بحالة العود، أما القانون الأردني فيرى لزوم هذا الركن مطلقاً على اختلاف بين الجنايات والجنح في المدة ووقت تحديدها، والقانون المصري كذلك يرى اللزوم ويتحد في المدة بين الجرائم ولكن يختلف في وقت بدايتها.

المطلب الثالث: أنواع العود:

يمكن النظر للعود في القوانين المقارنة من صورتين؛ الأولى: من حيث العموم والخصوص، والثانية: من حيث التكرار وعدمه، ونبينها فيما يلي:

(١) ينظر: قانون العقوبات المصري بآخر تعديل، المادة رقم (٤٩).

أولاً: من حيث العموم والخصوص:

يتنوع العود عند النظر فيه من حيث العموم والخصوص في القوانين المقارنة محل الدراسة إلى نوعين؛ هما: العام، والخاص، ونفصل ذلك في الآتي:

النوع الأول: العود العام:

هذا النوع يعتبر فيه أن مجرد تكرار الجاني لأي فعل إجرامي لاحق للأول الذي صدر فيه حكم نهائي عوداً فيضعه في حالة العود، وفيه تفصيل؛ حيث إن هذه العمومية ليست مطلقة، بل يمكن قسمتها إلى قسمين؛ الأول: العام المطلق، والثاني: العام المقيد، ونوضحها فيما يلي:

القسم الأول: العام المطلق:

هذا الإطلاق يعني أن أي تكرار بفعل أي جريمة بعد الحكم الأول النهائي فإنه يستلزم إطلاق حالة العود على الفعل الإجرامي الثاني، دون الالتفات إلى كون الفعل الإجرامي الثاني مماثلاً للأول، وهذا كما ذكرنا فإن النظام السعودي لا يسميه عوداً مع اعتباره ظرفاً مشدداً للعقوبة، وذلك لوجود السوابق القضائية، ويعتبر وجود تلك السوابق وتنوعها وتعددتها سبباً من الأسباب التي تستلزم التشديد في العقوبة، وهذا وإن لم يكن ثمة نص -في أي من الأنظمة- ينص على ذلك إلا أنه ثابت في القضاء السعودي وهو ما تتبناه المحاكم الجزائية، ووارد في

كثير من مبادئ القضاء العام مما يجعله مستقرًا^(١)، بل إن عدم التشديد في مثل تلك السوابق من أسباب النقض الشرعية التي تأخذ بها المحكمة العليا، كما ورد في مبدئها من أن: «نقض حكم؛ لقلّة العقوبة الصادرة بحق المدعى عليه مع قوة أدلة الإدانة، ووجود سوابق تدل على سوء مسلكه»^(٢)، وهذا يدل على الأخذ به غير أنه لا يصفها بحالة العود إنما سوابق ولا تقتضي أحكامه الأخرى المنظمة.

وهذا القسم أوردته القانون المصري^(٣) بشكل تام فجعل كل من يرتكب جناية^(٤) ثم يرتكب بعدها أي جناية أو جنحة^(٥) فإنه يُعتبر عائدًا، فهو يقيد ذلك بأن تكون تلك الجريمة السابقة جناية لتطبق عليه حالة العود، دون أن يُقيد الفعل الثاني بأي وصف سواء بكونه

(١) ينظر: المبدأ القضائي الصادر من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة برقم (٢/٢٤) في ٩/١/١٤١١هـ، من المبادئ والقرارات رقم (١٣٧٩) (ص: ٣٧٣)، ورقم (٣/١٨١) في ٢٣/٨/١٤١٣هـ، من المبادئ والقرارات رقم (١٣٨٨) (ص: ٣٧٥).

(٢) الصادر من المحكمة العليا (٢/١/١٤١) في ٢٨/٤/١٤٣٧هـ من المبادئ والقرارات رقم (١٥١٤) (ص: ٤٠٠).

(٣) ينظر: قانون العقوبات المصري بآخر تعديل، المادة رقم (٤٩/١).

(٤) حدد القانون المصري الجنايات بعقوبة: الإعدام، والسجن المؤبد، والسجن المشدد، والسجن. ينظر: قانون العقوبات المصري بآخر تعديل، المادة رقم (١٤).

(٥) حدد القانون المصري الجنح بعقوبة: الحبس، والغرامة التي يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه. ينظر: قانون العقوبات المصري بآخر تعديل، المادة رقم (١٥).

جناية أو جنحة، وأما في القانون الأردني فلم يورد أحكاماً خاصة بهذا النوع، وإنما في النوع التالي.

القسم الثاني: العام المقيد:

هنا يقصد به عدم اشتراط أن يكون الفعل الإجرامي اللاحق ماثلاً للفعل السابق مماثلة تامة مع شرط أن يكون ذلك الفعل نوعاً محدداً من الجرائم، وقد بين المنظم السعودي هذا العموم المطلق بحسب اختلاف الأنظمة على ثلاثة مذاهب؛ الأول: جعل العود في تكرار المجرم لأي فعل مجرمًا في النظام الواحد دون تقييد بالفعل المجرم بالمادة الواحدة؛ فمتى ارتكب الجاني أي جريمة مخالفة للنظام الواحد فإنه يُعد عائدًا، كما في نظام مكافحة الرشوة^(١)، ونظام الآثار والمتاحف والتراث العمراني^(٢). والثاني: من عمم المنظم فيه بالمماثلة، فجعل القيد المماثلة، دون تقييد بنظام واحد أو تعيين لمادة محددة، وهي تلك التي لم يعتبر فيها محلية الحكم، بل جعل كل حكم محلياً أو أجنبيًا ماثلاً يُثبت حالة العود، كما في نظام مكافحة جرائم المعلوماتية^(٣)، ونظام مكافحة غسل الأموال^(٤). والثالث: ما جعله عامًا في حالة العود، فلم يُقيدها بنظام واحد ولا مادة محددة، ولا جريمة مماثلة، بل

(١) ينظر: المادة رقم (١٨) من ذات النظام.

(٢) ينظر: المادة رقم (٨٥) من ذات النظام.

(٣) ينظر: المادة رقم (٨) من ذات النظام.

(٤) ينظر: المادة رقم (٢٧) من ذات النظام.

أطلق، وهذا يقتضي ما ورد في أولاً من مجرد المماثلة؛ لأن الأصل قصور نصوص النظام على ذاته، ففي العود ما كانت الجريمة اللاحقة مماثلة للسابقة في ذات النظام، وهذا كما ورد في نظام مكافحة الاحتيال المالي وخيانة الأمانة^(١)، ونظام مكافحة التسول^(٢).

وهذا ما نص عليه القانون المصري^(٣) بوصف من تكرر منه الفعل الإجرامي اللاحق بارتكاب جنحة، أما في القانون الأردني^(٤) فقد قيد ذلك بأن يكون الفعل الإجرامي اللاحق من الجنايات التي تعاقب بعقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو الاعتقال المؤقت، أما الحكم في الجريمة السابقة فيكون جنائية.

النوع الثاني: العود الخاص:

هذا النوع يقتضي تكرار ارتكاب فعل إجرامي مماثل للفعل الإجرامي الأول مماثلة تامة، فمتى ما كانت الجريمة اللاحقة مماثلة للسابقة فإن هذا يُعد عوداً، ويطلق هذا النوع على ما نص فيه المنظم السعودي على قيد العود بإعادة ارتكاب الفعل المجرم في المادة نفسها، فمتى ما أعاد المجرم الجريمة المحددة في ذات المادة بعد الحكم عليه بمقتضاها فإنه يُعد عائدًا، أما إذا كرر الفعل المجرم في مادة أخرى من

(١) ينظر: المادة رقم (٥) من ذات النظام.

(٢) ينظر: المادة رقم (٥) من ذات النظام.

(٣) ينظر: قانون العقوبات المصري بآخر تعديل، المادة رقم (٢/٤٩).

(٤) ينظر: قانون العقوبات الأردني بآخر تعديل، المادة رقم (١٠١).

ذات النظام فإنه لا يطلق عليه عائداً ولا يلزم منه تشديد العقوبة في هذا النوع، فالمماثلة هنا هي في الجريمة المحددة بنص واحد لا بكامل النظام، وذلك كما ورد في نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية^(١)، ونظام الشركات^(٢)، ونظام الاستثمار التعديني^(٣).

وهذا النوع كذلك عند القانون الأردني والمصري، وقد خصص القانون الأردني^(٤) إطلاق حالة العود في المماثلة بمن كان حكمه السابق الحبس ثم ارتكب جنحاً مماثلة. وأما المصري^(٥) فبأي حكم سابق كان بالجنايات أو بالجنح ثم ارتكب جنحاً مماثلة. وقد بين كل من القانون المصري والأردني ما يكون ماثلاً من الأفعال الجرمية؛ فنص القانون الأردني^(٦) على اعتبار الاحتيال وخيانة الأمانة والسرقة والتزوير جنحاً مماثلة، وأن القدح والسب والزم جرائم مماثلة، ونص القانون المصري^(٧) على أن السب والإهانة والقذف والعيب جرائم متماثلة، وأن النصب والسرقة وخيانة الأمانة تُعد جنحاً مماثلة، وكأنه في هذا يُقارب المذهب السعودي الثاني والذي يجعل العود تكرار الفعل في ذات النظام.

(١) ينظر: المادة رقم (٣/ ٣٧) من ذات النظام.

(٢) ينظر: المادة رقم (٢٦٣) من ذات النظام.

(٣) ينظر: المادة رقم (٥٦ مكرر) من ذات النظام.

(٤) ينظر: قانون العقوبات الأردني بآخر تعديل، المادة رقم (١٠٢).

(٥) ينظر: قانون العقوبات المصري بآخر تعديل، المادة رقم (٣/ ٤٩).

(٦) ينظر: قانون العقوبات الأردني بآخر تعديل، المادة رقم (١٠٣).

(٧) ينظر: قانون العقوبات المصري بآخر تعديل، المادة رقم (٣/ ٤٩).

ثانيًا: من حيث التكرار وعدمه:

هذه الصورة تعنى بالعود لمرة واحدة أو لأكثر من مرة، حيث يمكن أن تتنوع هذه الصورة إلى نوعين:

النوع الأول: العود البسيط:

وهو أن تتوفر حالة العود للمرة الأولى، ولا يكون هناك تكرار لهذا العود الجرمي أكثر من مرة، فهنا إطلاق حالة العود نتيجة لوجود حكم سابق واحد قبل ارتكابه الفعل الجرمي الثاني.

النوع الثاني: العود المتكرر:

هنا لا بد أن يوجد تكرار لحالة العود، فبعد الحكم السابق تحدث حالة العود بارتكاب جريمة أخرى ويحكم بها، ثم يتكرر الفعل الجرمي من الجاني سواء مرة ثالثة أو أكثر، فهنا تتعدد أحكام الإدانة الصادرة على متهم بعد كل جريمة على حدة ثم يرتكب أخرى مماثلة.

وهذه الصور -وهي العود المكرر والبسيط رغم أفراد القانون المصري نصًا خاصًا لها-؛ إلا أنه مُقيد بمن كانت جريمته نصبًا أو خيانة أمانة أو سرقة أو إخفاء مسروقات أو شروعا في أي من ذلك، وكان حكماء السابقان فيهما تقييد للحرية لمدة لا تقل عن سنة^(١)، أو

(١) ينظر: قانون العقوبات المصري بآخر تعديل، المادة رقم (٥١).

ارتكب أيًا من الجرائم المنصوص عليها في المواد: (٣٥٥-٣٥٦)^(١)، و(٣٦٧-٣٦٨)^(٢)، وكان قد صدر عليه في أي من تلك الجرائم أكثر من حكمين؛ على أن تكون ثلاثة منها مقيدة للحرية أحدها مدته لا تقل عن سنة، أما فيما عداها فلم ينص على أحكام خاصة للتكرار.

وهذا النوع وإن لم يفرد فيه النظام السعودي نصًا خاصًا إلا أنه من ظروف تشديد العقوبة، كما نص على ذلك في المبدأ القضائي رقم (٣/١٨١) من أنه: «من تكرر جرمه، ولم يردعه ما أوقع عليه من جزاء ناسب أن يُزاد عليه من العقاب ما يردعه، ويزجر غيره»^(٣)، وهو كذلك من الظروف المشددة في القانون الأردني بشكل عام وإن لم ينص عليه بشكله المبين^(٤)، وهذه الصور يمكن أن تتداخل مع ما سبق، فيمكن أن يكون الفعل الجرمي اللاحق عودًا عامًا وبسيطًا، ويمكن أن يكون خاصًا عامًا ومتكررًا.

(١) وقد نصت على الحبس مع الشغل لمن: «قتل عمدًا بدون مقتض حيوانًا من دواب الركوب أو الجر أو الحمل أو من أي نوع من أنواع المواشي أو أضربه ضررًا كبيرًا...».

(٢) وقد نصت على الحبس مع الشغل لمن: «من قطع أو أتلف زرعًا غير محصود أو شجرة نابتًا خلقة أو مغروسًا أو غير ذلك من النبات....».

(٣) ينظر: المبدأ القضائي الصادر من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة في ٢٣/٨/١٤١٣ هـ، من المبادئ والقرارات رقم (١٣٨٨) (ص: ٣٧٥).

(٤) ينظر: قانون العقوبات الأردني بآخر تعديل، المادة رقم (١٠٥).

المبحث الثالث

أحكام العود وأثره في العقوبة

تُطبق أحكام العود أمام المحكمة الجزائية، حيث يختص القاضي الجنائي وحده بسلطة الحكم بتشديد العقوبة وفقاً للنصوص النظامية المقيدة لتلك السلطة، كما أن إثبات حالة العود تستلزم ابتداءً توافر وسيلة الإثبات، وستتناول ذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: وسيلة إثبات العود:

تُعد مرحلة المحاكمة من أهم مراحل الدعوى الجزائية، ولا يخفى أن القضية ابتداءً إما أن تكون بناء على بلاغ من المجني عليه أو من جهات الضبط، ثم تنتقل إلى النيابة العامة، وتبدأ النيابة في مراحل تقديم الدعوى الجزائية من جمع الأدلة والتحقيق، إلى إعداد الدعوى وإحالتها للمحكمة الجزائية، وبعد قيدها في المحكمة الجزائية تبدأ المحكمة بسماع الدعوى ثم إجابة المتهم ثم تحييص الأدلة بمناقشة المتهم والشهود والخبراء، والأدلة منها: التقليدية أو الإلكترونية، ومن تلك الأدلة (صحيفة السوابق القضائية) فهي وسيلة إثبات العود، وهي: مستند إثبات مقيّد لدى الأدلة الجنائية بوزارة الداخلية يدون فيه كل حكم جنائي نهائي صادر من المحكمة المختصة^(١)، وقد حدد

(١) ينظر: حجية السوابق القضائية، لعبدالعزیز الدغیثر (ص: ١٧٨)، والسوابق القضائية، لشيخین العبدلی (ص: ١٣).

المنظم^(١) ما يكون سابقة يوضع في صحيفة سوابق المتهم، وما يكون حالة جنائية توضع في صحيفة الحالة الجنائية، فجعل السابقة تكون في كل حد شرعي غير حد المسكر حتى المرة الثالثة، أو بحد المسكر للمرة الرابعة، أو بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات، أو باجتماع عقوبتين من: عقوبة الجلد الذي لا يقل عن ثمانين جلدة، وعقوبة السجن الذي لا يقل عن سنتين، وعقوبة الغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف ريال، أما الحالة الجنائية فتكون في: كل حكم نهائي من المحكمة الجزائية لا يدخل في أحكام ما سبق، فهذه الصحيفة تُعد سجلاً رسمياً يُبين الأحكام النهائية السابقة على الشخص، فمتى ما ادعت النيابة العامة بدعوى أمام المحكمة الجزائية بوجود حال العود، فإنه لزاماً عليها أن تُرفق صحيفة سوابق المتهم مع الدعوى؛ نظراً لأن هذه الوثيقة تُعد بينة ودليلاً لإثبات حالة العود والمدعي العام هو المُكلف بها، استناداً للمادة الثانية من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية^(٢) والتي نصت على أن: «مباشرة الدعوى الجزائية العامة أمام المحاكم المختصة تشمل واجبات ومسؤوليات المدعي العام؛ كتقديم البيانات وإحضارها وتحمل عبء الإثبات»، واستناداً للمبدأ القضائي رقم (٥١/٢١٩) والذي نص على أنه: «يتعين تضمين الدعاوى ضد أصحاب الجرائم الذين يعودون للإجرام الإشارة إلى ما سبق أن اقترفوه من جرائم،

(١) ينظر: القرار الوزاري رقم (٣٦٥) وتاريخ: ١٤٣٢/١/٢١هـ.

(٢) الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٤٢) وتاريخ: ١٤٣٦/٣/٢١هـ.

وما صدر بشأنها من أحكام مما يحتم زيادة العقوبة التعزيرية»^(١)، ثم يجب على القاضي حال كانت الجريمة من الجرائم الكبيرة أن يُدون رقم قرار السابقة، ويُدون مضمونها في الضبط^(٢)، وبعد ذلك لا بد للقاضي أن يعرض هذه الصحيفة على المتهم لسمع جوابه عنها استناداً للمبدأ القضائي رقم: الصادر من المحكمة العليا رقم (٢٦٩ / ١ / ٢) حيث نص على أنه: «يتعين سؤال المدعى عليه عن السوابق التي يذكرها المدعي العام في دعواه»^(٣) فمتى ما أقر بها اكتفى القاضي بذلك، وأما إذا أنكرها فإن على القاضي أن يتأكد من إثباتها بأي وسيلة كانت من وسائل الإثبات، حيث يملك القاضي الحرية في تقدير قيمة كل دليل على حدة، والأخذ بما يطمئن إليه، واستبعاد ما يكون ضعيفاً أو مُعارضاً بغيره وفق رأيه، بل وله أن يستنبط من الأدلة المختلفة ما يمكنه من الوصول إلى الحق، وخير ما يُمكن أن يتأكد القاضي فيه من صحة هذه الصحيفة هو الاطلاع على صورة الحكم القضائي السابق؛ فإن ذلك أقوى ما يثبت ما ورد فيها حال إنكارها وأدعى إلى إبراء الذمة حال شكه، ويشترط الاطلاع على صك الحكم السابق في القضايا التي يصل فيها التعزير بالقتل ولا يكتفي بمجرد صحيفة السوابق،

- (١) الصادر من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة في ٢٢ / ١٠ / ١٤٢١ هـ، من المبادئ والقرارات رقم (١٤٢٢) (ص: ٣٨٢).
- (٢) ينظر: المبدأ القضائي الصادر من المحكمة العليا برقم (١٧٢ / ٢) وتاريخ: ٨ / ٨ / ١٤٣٦ هـ، من المبادئ والقرارات رقم (١٦٠٦) (ص: ٤٢١).
- (٣) الصادر في ٢٦ / ١٢ / ١٤٣٤ هـ، من المبادئ والقرارات رقم (٢٠٤٨) (ص: ٥١٠).

فلا بد أن تكون السابقة ثابتة ثبوتاً لا يتطرق إليه الاحتمال، احتياطاً للدماء^(١)، ومتى ما ثبتت تلك الصحيفة، فإن إثبات حالة العود لازم إذا ثبتت الجريمة اللاحقة لدى القاضي ناظر القضية.

وفي القانون الأردني كذلك فالنيابة العامة هي الجهة المختصة بتقديم أدلة الإثبات على ما تدعيه، وتقام البينة بجميع طرق الإثبات، وتقدير تلك الأدلة يخضع إلى قناعته الشخصية، والوسيلة هنا هي تقديم صحيفة سوابق المتهم، وتُحفظ هذه الوثيقة لدى دائرة سجلات الجرائم بإدارة المعلومات الجنائية في وزارة الداخلية^(٢).

وكذلك القانون المصري فإن إثبات حالة العود يكون بذلك المستند الذي يُثبت وجود أحكام قضائية سابقة، وقد أسماها القانون المصري بـ (صحيفة الحالة الجنائية)، وهي: شهادة تُبين الأحكام الجنائية المسجلة بمصلحة تحقيق الأدلة الجنائية بوزارة الداخلية، ويكون الأصل فيها الصحة وعدم جواز الطعن فيها إلا بالتزوير، غير أن القضاء المصري مستقر على عدم كفاية صحيفة السوابق القضائية

(١) ينظر: المبدأ القضائي الصادر من المحكمة العليا برقم (١٣٣/١/٣) وتاريخ: ١٤٣٧/٧/٢٧هـ، من المبادئ والقرارات رقم (١٦٢١) (ص: ٤١٠).

(٢) ينظر: قانون أصول المحاكمات الجزائية لسنة ٢٠٠٦، المادة: (١٤٧)، وتنفيذ الأحكام، لقاسم الضموري (ص: ٥٣)، والموقع الإلكتروني لمديرية الأمن العام في الأردن: <https://2u.pw/3n9kS>.

لإثبات حالة العود حال الإنكار، بل لا بد من تقديم صور رسمية للحكم الجنائي السابق للتأكد من صحة ما نسب للمتهم^(١).

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير عقوبة العود:

الدعوى القضائية في حقيقتها ما هي إلا وسيلة مشروعة تُحول صاحب الحق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه أو لمعاقبة من تسبب بضرر للغير أو افتعل جريمة من شأنها المساس بالمجتمع أو أنظمتهم، ولكي يصل القاضي إلى إصدار الحكم القضائي في تلك الدعاوى المعروضة أمامه فإنه لا بد أن يكون له سلطة تقديرية بشأن النظر فيها وفي وقائعها وأدلتها، وتعد السلطة التقديرية للقاضي شكلاً من أشكال الاجتهاد القضائي، والتي يُمارس فيها القاضي تقدير الأدلة ووسائل الإثبات والوقائع المعروضة أمامه بما يمكنه من إصدار الحكم المناسب للواقعة، وهذه السلطة في الواقع تختلف باختلاف القضايا المنظورة؛ فتارة تكون السلطة للقاضي أوسع في استنباط الأدلة وما يصح أن يكون قرينة، وتارة يكون مقيداً بوسائل إثبات محددة لا يجوز له تجاوزها، ثم إن هذه السلطة كذلك قد تكون مطلقة في تقدير الحكم القضائي، وتارة تكون مُقيدة بأنظمة وقواعد لا يجوز له النزول عنها أو تجاوزها. وإن سلطة القاضي التقديرية في الحكم القضائي في القضاء الجنائي بشكل عام في المملكة العربية السعودية منقسمة إلى ثلاثة أقسام:

(١) ينظر: الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، لأحمد فتحي (١/ ٥٣٩)، والقرار رقم (١٥٥٧٦) لسنة ١٩٩٨، والقرار رقم: ١٤٨٥ لسنة ٢٠١٧.

القسم الأول: الحدود والقصاص:

فهذه عقوبة مقدرة شرعاً لا يجوز للقاضي الزيادة عليها أو النزول عن شيء منها، فتكون سلطة القاضي في وسائل الإثبات من الشهادة والإقرار، وفي ثبوتها، وليس له سلطة في تقدير العقوبة من حيث الزيادة أو النقصان، بل العقوبة مُقدرة بالشرع، وحال العود في مثل هذه الجرائم فإن سلطة القاضي مُحددة كذلك، كما في العقوبة الأصل لا يجوز فيها للقاضي الزيادة عليها أو النقص غير أنه ورد في الشريعة الإسلامية ما يزيد في العقوبة حال تكرار تلك الحدود، فيكون هنا للقاضي السير على وفق ما قرره الفقهاء -على ما سيرد إن شاء الله في أثر العود-.

القسم الثاني: التعزير المرسل:

وهي تلك الأعمال المحرمة التي لم يضع لها المنظم السعودي نظاماً خاصاً لبيان عقوبتها، وهي عقوبة غير مقدرة لا بالشرع ولا بالنظام، بل إن ذلك راجع إلى مقاصد الشريعة بشكل عام وإلى تقدير القاضي الجنائي، وهنا سلطة القاضي كبيرة في تحديد وسائل الإثبات، وكذلك في العقوبات، فهو غير محدد بقدر معين، غير أن الأصل عدم مخالفته لمقاصد الشرع، وأن يكون فيها الزجر للجاني والردع لغيره، وقد بين المبدأ القضائي رقم (١٩٢) ذلك بنصه: «التعزير يرجع تقديره لنظر القاضي واجتهاده، على ضوء ما يفهمه من قواعد الشريعة وأصولها، فإذا اجتهد وحكم بعقوبة مقاربة، ولم تكن مخالفة لمقاصد الشرع

وأصوله، ولم تكن قليلة لا تصلح للردع والزجر، فإنه ليس لأحد رد حكمه هذا، ولا الاعتراض عليه، وإن رأى قتله في نظره؛ لأن التعزير ليس فيه حد معين لا ينقص عنه^(١)، وفي حالة العود في هذه الجرائم فإن مجال سلطة القاضي واسع وكبير في تقدير العقوبة، ذلك أن هذا الأمر راجع إلى اجتهاده فيما كان رادعاً للجاني وزاجراً لغيره^(٢).

القسم الثالث: التعزير المنظم:

وهي تلك الجرائم التي نص المنظم السعودي على تجريمها ونص على عقوبات مقدرة لها، وهذه الأنظمة يكون النص فيها بالعقوبة بشكل موسع، فهو يضع للقاضي مجاًلاً للاجتهاد بين الحد الأعلى والأدنى للعقوبة، فتلك الأنظمة تجعل للقاضي مثلاً: الحكم بالسجن مدة لا تزيد عن سنوات محددة وبغرامة لا تزيد عن قدر معين، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وفي هذا مجال لسلطة القاضي التقديرية للعقاب.

(١) الصادر من الهيئة القضائية العليا في ٢٦ / ٤ / ١٣٩٥ هـ من المبادئ والقرارات رقم (١٣٥٩) (ص: ٣٦٩)، وكذا المبدأ القضائي الصادر من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة برقم (١٣ / ٢ / ٥٧) في ١٧ / ٢ / ١٤٠٤ هـ من المبادئ والقرارات رقم (١٣٦٥) (ص: ٣٧٠)، ورقم (٦ / ٣٦) في ١٧ / ١ / ١٤١٥ هـ من المبادئ والقرارات رقم (١٣٩٦) (ص: ٣٧٧)، ورقم (٣ / ٦٩٧) في ١١ / ٨ / ١٤٢٥ هـ من المبادئ والقرارات رقم (١٤٤٦) (ص: ٣٨٦).

(٢) ينظر: المبدأ القضائي الصادر من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة برقم (٣ / ١٨١) في ٢٣ / ٨ / ١٤١٣ هـ من المبادئ والقرارات رقم (١٣٨٨) (ص: ٣٧٥).

وسلطة القاضي هنا تكمن في تقدير الظروف المشددة والمخففة للعقوبة ليتمكن فيها من تحديد الحكم القضائي المناسب وفق النص الذي قيد شيئاً من الاجتهاد القضائي في تقدير العقوبة، وفي حالة العود هنا فإن سلطة القاضي مُقيّدة بما حدده المنظم من عدم تجاوز الحد الأعلى المحدد له وعدم النزول عنه، وليست مطلقة.

هذا من ناحية السلطة التقديرية للقاضي في الحكم الجزائي، أما من ناحية وسائل الإثبات فإنه لم يُحدد للقاضي وسيلة محددة لإثبات التهمة على الجاني بنوع محدد أو غيره، بل جعل كل وسيلة يراها مناسبة يجوز أن تكون وسيلة إثبات فإنها مقبولة وهذا في جميع التعازير، أما في الحدود فقد جعلها مقيّدة بما تراه الشريعة الإسلامية من كونها وسيلة إثبات من عدمه؛ كحد الزنا، مثلاً فالشريعة الإسلامية لم تجعل وسيلة لإثباته إلا بالإقرار المحدد والمفصل، أو بشهادة أربعة شهود على الواقعة، على تفصيل لذلك في كتب الفقه، لذا فالمنظم السعودي يُفرق فيما كان حدّاً وما كان تعزيراً؛ فالسلطة التقديرية فيه للقاضي مُختلفة في اعتماد وسائل الإثبات، وهي في حال العود كما بينا تكون في السوابق القضائية.

أما القانونان الأردني والمصري فإنهما لم يكونا على وفق النظام السعودي، ذلك أن تلك القوانين استُمدت في جملتها من القانون الفرنسي، حيث حصرت الجرائم والعقوبات في قانون واحد لا يجوز الخروج عنه. والمتأمل في تلك القوانين يجد أنها في أغلب موادها جعلت

للقاضي سلطة تقديرية في تحديد العقوبة، وبعضها لم تجعل له هذه السلطة، بل جعلت العقوبة محددة لا يجوز النزول عنها أو الزيادة حال ثبوتها، كمن قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار على ذلك فإن عقوبته تكون الإعدام، فهنا لم يجعل القانون الأردني والمصري للقاضي سلطة تقديرية في ذلك، وهذا قليل، والأوسع والأغلب هو ما كانت فيه السلطة التقديرية للقاضي أوسع؛ فيكون للقاضي -استجابة للظروف التي تستوجب التشديد والتخفيف- المجال في تقدير العقوبة بين الحد الأدنى الأعلى، وفي حالة العود فإن هذين القانونين لم يجعلاً له حداً أدنى يخص العود ذاته، وإنما الحد الأدنى للعقوبة نفسها حال وجود حد أدنى لها، ذلك أن القانون الأردني والمصري في غالبه يضع حداً أعلى ولا يلتفت إلى الحد الأدنى، وقد جعل حالة العود حداً أعلى، وهذا الحد أيضاً مشروط بأن لا يتجاوز حداً أعلى منه -على تفصيل سنذكره إن شاء الله في أثر العود^(١).

المطلب الثالث: أثر العود في تغليظ العقوبة:

إن أثر العود في النظام السعودي هو تشديد العقوبة على الفاعل ردعاً له وزجراً لغيره، وفي هذا الأثر تفصيل؛ حيث سبق أن بينا انقسام سلطة القاضي التقديرية في النظام السعودي بشكل عام إلى

(١) ينظر: قانون العقوبات القسم العام، لمحمد صبحي (ص: ١٧٢)، وشرح الأحكام العامة في قانون العقوبات الأردني، لكامل السعيد (ص: ٤٨٥)، والوسيط في قانون العقوبات، لأحمد فتحي (١/ ٦١٠)، وشرح قانون العقوبات القسم العام، لمحمد نجيب (ص: ٢٤٧).

ثلاثة أقسام، وذلك تبعاً لتنوع الجرائم: من الحدود والقصاص والتعزير، وهو في النظام السعودي منه المنظم ومنه المرسل، وهي هنا كذلك، فيمكن أن يُقسم تفصيل هذا الأثر إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الحدود والقصاص:

هذا القسم يرجع فيه القضاء السعودي في تحديد العقوبة الأصلية أو في حال العود إلى الشريعة الإسلامية، وعند النظر في تلك الحدود نجد أن الفقهاء نصوا على عدد من الحدود تُغلظ فيها العقوبة حال العود، وهي:

حد السرقة: فإن عقوبتها الأصلية بإجمال الفقهاء هي قطع يده اليمنى من الكوع وهو مفصل الكف^(١)، وذلك عند ثبوتها، على خلاف في تفصيل شروطها: من التكليف، والحرز، والنصاب، والخفية، أما في المرة الثانية، فيرى الفقهاء وجوب التشديد على السارق على خلاف بينهم في قدر ذلك التشديد^(٢).

(١) ينظر: أحكام القرآن، للجصاص (٥٨٣/٢)، والمتقى شرح الموطأ، للباجي (١٦٧/٧)، وشرح السنة، للبعوي (٣٢٦/١٠)، والمغني، لابن قدامة (١٢١/٩).

(٢) فالحنفية ورواية عند الحنابلة يرون أنه إن عاد للمرة الثانية قطعت رجله اليسرى، وإن عاد بعدها فإنه يجب حتى الموت أو حتى تظهر توبته، والمالكية والشافعية ورواية عند الحنابلة يرون أنه إن عاد للمرة الثانية قطعت رجله اليسرى، وفي الثالثة يده اليسرى، وفي الرابعة رجله اليمنى، وفي الخامسة يجب حتى تظهر توبته أو يموت، ينظر: الاختيار، للموصلي (١١٠/٤)، والذخيرة، للقرافي (١٨١/١٢)، ومغني المحتاج، للشربيني (١٥٦/٤)، والمغني، لابن قدامة (٢٦٧/١٠).

حد شرب الخمر: فيرى قليل من الفقهاء وجوب التشديد على من تكرر شربه للخمر بعد حده أكثر من ثلاث مرات، فيرون أنه في الرابعة يُقتل^(١).

وأما في القضاء السعودي فإنه مستقر وفقاً لمبادئه على عدم القتل حداً حال تكرار شرب الخمر^(٢).

القسم الثاني: التعزير المرسل:

هنا يرجع القاضي فيه إلى الفقه الإسلامي، وإلى المصلحة العام، وظروف القضية المخففة والمشددة، وقد استقر عمل القضاء السعودي على تشديد العقوبة على العائد في الجرائم التي لم يُنص عليها بنظام يجرمها، من ذلك المبدأ القضائي رقم (٢٤ / ٢) والذي جاء فيه: «من

(١) حتى عند القليل، فهم مختلفون في كونه حداً قتله هنا حداً أم تعزيراً؟ وهو عند ابن حزم والسيوطي حد، وعند ابن القيم تعزير، والجمهور على خلاف القتل، بل حُكي الإجماع على أن حديث القتل في المرة الرابعة منسوخ، وعلى هذا المذاهب الأربعة، وأنه لم يخالف في ذلك إلا من شذ، ينظر: الأم، للشافعي (١٥٦ / ٦)، والإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (١٢٠ / ٤)، وفتح الباري، لابن حجر (٨٠ / ١٢)، والمحلى، لابن حزم (٣٦٨ / ١٢).

(٢) غير أنه يجوز قتله تعزيراً حال التكرار وعدم الردع. ينظر: المبدأ القضائي الصادر من الهيئة القضائية العليا رقم (٩١) في ١١ / ٣ / ١٣٩٤ هـ، من المبادئ والقرارات رقم (١٢٣٩) (ص: ٣٤١)، ورقم (١٨٩) في ١٢ / ٥ / ١٣٩٤ هـ، من المبادئ والقرارات رقم (١٢٤٠) (ص: ٣٤١)، والمبدأ القضائي الصادر من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة رقم (٣ / ١٨١) في ٢٣ / ٨ / ١٤١٣ هـ، من المبادئ والقرارات رقم (١٣٨٧) (ص: ٣٧٥).

ارتكب جرماً ثم عاد إليه فيعتبر من أهل السوابق، ويعاقب بأكثر مما يعاقب به من كان جرمه لا سوابق له»^(١)، بل قد يصل التغليب في حالة العود للجرائم الخطيرة إلى القتل تعزيراً، كما نص عليه المبدأ القضائي رقم (٢٣٥) والذي جاء فيه: «للقاضي التعزير بالقتل لمن كثرة جرائمه، ولم يرتدع بالعقوبة، وخشي على المجتمع منه، ولم يدفع شره إلا بالقتل؛ إذ هو كالصائل»^(٢)، ولم يجعل له المنظم حدوداً معينة في كل جريمة على أن هذا التشديد راجع إلى سلطة القاضي التقديرية، بشرط عدم تجاوز المألوف، ومخالفة العادة والمصلحة على ما بيناه في سلطة القاضي التقديرية.

القسم الثالث: التعزير المنظم:

فهنا التشديد مُقيد بنصوص نظامية لا يجوز للقاضي تجاوزها، وسلطة القاضي مُقيدة بما حدده المنظم من عدم تجاوز الحد الأعلى المحدد له وعدم النزول عنه، وفيه تفصيل بحسب اختلاف الأنظمة وذلك على نوعين:

- (١) الصادر من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة في ٩ / ١ / ١٤١١ هـ، من المبادئ والقرارات رقم (١٣٧٩) (ص: ٣٧٣).
- (٢) الصادر من الهيئة القضائية العليا في ٢٤ / ٨ / ١٣٩١ هـ، من المبادئ والقرارات رقم (١٣٤٩) (ص: ٣٦٧).

النوع الأول: يرى وجوب التشديد:

فهذا النوع جعل التشديد وجوبياً، ليس للقاضي العدول عنه، وفي النوع الأول كذلك انقسام؛ فتارة يكون التشديد بتحديد العقوبة الأدنى دون الالتفات إلى الحد الأعلى؛ كنظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية حيث حدد الحد الأدنى بما لا يقل عن خمس وعشرين سنة سجنًا، وبغرامة لا تقل عن مائة وخمسين ألفاً وذلك عند عدم الحكم بالقتل في تلك الجرائم^(١)، ونظام مكافحة جرائم المعلوماتية والذي نص على أن العقوبة حال العود يجب أن لا تقل عن نصف حدها الأعلى المنصوص عليه نظاماً^(٢)، وأما في نظام الشركات فقد ورد أن العقوبة تُضاعف حال العود للجرائم المعاقب عليها في المادتين الستين بعد المائتين والحادية والستين بعد المائتين^(٣)، والواقع أن في هذا النص الوارد في نظام الشركات قصور؛ فإن المضاعفة تكون على ما تم تحديده، وبالرجوع إلى نصوص النظام -والتي نص على مضاعفتها عند العود- نجد أنها غير محددة بقدر محدد، بل بما لا يتجاوز قدرًا محددًا، فكان لزامًا أن تُحدد بقدر أو بما لا يتجاوز الحد الأعلى للعقوبة المقررة، وذلك كمثيلاتها في الأنظمة الأخرى.

(١) ينظر: المادة رقم (٣٧ / ٣) من ذات النظام.

(٢) ينظر: المادة رقم (٨) من ذات النظام.

(٣) ينظر: المادة رقم (٢٦٣) من ذات النظام.

وتارة يضع لحالة العود حدًا أدنى لا يجوز للقاضي النزول عنه، وأعلى لا يجوز له تجاوزه، من ذلك ما ورد في نظام مكافحة غسل الأموال؛ حيث حدد العقوبة بالسجن بما لا يقل عن ثلاث سنوات ولا يتجاوز خمس عشرة سنة، أو بغرامة لا تزيد عن سبع ملايين، أو بكلتا العقوبتين^(١)، وكنظام مكافحة الاحتيال المالي وخيانة الأمانة والذي نص على أن لا تقل العقوبة عن نصف الحد الأعلى ولا تتجاوز ضعفه^(٢).

النوع الثاني: يرى جواز التشديد:

هذا النوع جعل التشديد أمر جوازيًا خاضعًا لتقدير القاضي، ولا يحدد فيه المنظم سوى الحد الأعلى للعقوبة؛ لأنه لا يتصور تحديد الحد الأدنى مع الجواز، من ذلك جعله الحد الأعلى للعقوبة في نظام مكافحة الرشوة بما لا يتجاوز ضعف الحد الأعلى للعقوبة المقررة للجريمة^(٣)، وكذلك في نظام مكافحة التسول^(٤)، ونظام الآثار والمتاحف والتراث العمراني^(٥)، ونظام الاستثمار التعديني^(٦).

(١) ينظر: المادة رقم (٢٧) من ذات النظام.

(٢) ينظر: المادة رقم (٥) من ذات النظام.

(٣) ينظر: المادة رقم (١٨) من ذات النظام.

(٤) ينظر: المادة رقم (٥) من ذات النظام.

(٥) ينظر: المادة رقم (٨٥) من ذات النظام.

(٦) ينظر: المادة رقم (٥٦ مكرر) من ذات النظام.

وعموماً فإن لا يجوز في القضاء السعودي الحكم على العائد هنا على سوابقه ذاتها، بل يكون التشديد لوجود السوابق كما نص على ذلك المبدأ القضائي رقم (١٤١ / ١ / ٢) من أنه: «لا يسوغ المعاقبة على السوابق؛ لكون الجاني قد أخذ جزاءه عليها، على أن ذلك لا يمنع من أخذ السوابق في الاعتبار عند تقرير العقوبة على الفعل الجديد»^(١)، وكذا المبدأ القضائي رقم (٣٦ / ٢ / ١) نص على أن: «إفراد السوابق بحكم مستقل مخالف للأنظمة والتعليمات، وكان ينبغي أن تؤخذ في الاعتبار عند تقرير العقوبة على الجنائية موضع المحاكمة، دون أن تفرد بعقوبة مستقلة»^(٢).

أما في قانون العقوبات الأردني فإن أثر العود هو تشديد العقوبة، وهذا التشديد كما ذكرنا في سلطة القاضي التقديرية لم يبين فيه الحد الأدنى للعقوبة، وإنما جرى تقييد الحد الأعلى لها فقط، فيرى القانون الأردني الحكم على العائد بما لا يتجاوز ضعف العقوبة التي ينص عليها القانون في هذا الفعل الجرمي الثاني، وهذا التضعيف مقيد أيضاً بعدم تجاوز الحد الأعلى للعقوبة، وهنا فرّق القانون الأردني بين ما كانت فيه الجريمة الثانية من جرائم العود المبينة في العام المقيّد أو من نوع العود الخاص، فقد حدد المدة في العود العام المقيّد وهو: في حال

(١) الصادر من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة في ٨ / ٥ / ١٤٣٤ هـ، من المبادئ والقرارات رقم (١٤٨٦) (ص: ٣٩٥).

(٢) الصادر من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة في ١٧ / ٨ / ١٤٣٣ هـ، من المبادئ والقرارات رقم (١٤٨٣) (ص: ٣٩٤).

ارتكاب جريمة لاحقة تستلزم عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو الاعتقال المؤقت بعد حكم الجناية السابقة فإن الحد هنا عدم تجاوز هذا التضعيف للعقوبة مدة عشرين سنة، أما في العود الخاص وهو: في ارتكاب جنحة لاحقة مماثلة للجنحة الأولى، فإن المدة المحكوم بها في العقوبة اللاحقة يجب أن لا تتجاوز خمس سنوات، فلا يكون التضعيف أعلى من هذا الحد^(١).

وفي قانون العقوبات المصري فإن الأثر المتحصل من توافر حالة العود في الجاني هو كغيره من القوانين وهو تشديد العقوبة، وهذا التشديد له تفصيل؛ حيث يرى القانون المصري جواز التشديد لا وجوبه، فيرى أنه يجوز للقاضي تشديد العقوبة بما لا يتجاوز ضعف العقوبة المقررة في القانون، وهذا مقيد كذلك بأن لا تتجاوز كامل مدة التضعيف عن عشرين سنة، هذا من حيث الأصل في جميع أنواع العود من حيث العموم والخصوص كذلك العود البسيط، غير أنه أجاز للقاضي أن ينتقل عن هذه المادة في حال العود المتكرر إلى الحكم بالسجن المشدد من سنتين إلى خمس سنوات، ويجوز له كذلك أن يعتبر الفاعل مجرمًا اعتاد الإجرام إذا زادت القرائن الأخرى على المجرم؛ من بواعث الجريمة، ومال المجرم، واحتمال قيامه بجريمة أخرى، ويكون له في هذه الحال أن يحكم بإيداعه مؤسسات العمل على أن لا تزيد مدة الإيداع عن ست سنوات. ونص القانون المصري أيضًا على أنه إذا

(١) ينظر: قانون العقوبات الأردني بآخر تعديل، المادتان رقم (١٠١-١٠٢).

شُدّد على المجرم وفقاً لما سبق من العود المتكرر أو اعتياد الإجرام ثم عاد خلال سنتين إلى الجريمة فإنه على المحكمة وجوباً أن تحكم بإيداعه مؤسسات العمل إلى صدور أمر وزير العدل بالإفراج، ويكون ذلك بناء على اقتراح المؤسسة وموافقة النيابة العام، وهذا مقيد بأن لا تتجاوز مدة الإيداع عن عشر سنوات^(١).

ومن خلال ما سبق يمكن أن يقال: إن النظام السعودي أخذ بالمذهبين؛ فأخذ بوجوب التشديد في أنواع معينة من الجرائم، وأخذ بجواز التشديد وأنه راجع لسلطة القاضي بأنواع أخرى، وقد تفرد بوجوب تشديد العقوبة على العائد القانون الأردني وهذا التشديد خاضع لاجتهاد القاضي، وهي السلطة التقديرية له، على أن هذا الأمر وجوبي من حيث لزوم التشديد، أما في القانون المصري فإنه يرى جواز التشديد في حال العود، وليس الأمر وجوبياً على الإطلاق، على التفصيل السابق الذي بيناه.

(١) ينظر: قانون العقوبات المصري بآخر تعديل، المواد رقم (٥٠ - ٥٣).

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين على تيسير هذا البحث، ثم الصلاة والسلام على خاتم النبيين سيدنا محمد، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً إلى يوم الدين، ثم بعد البحث في أحكام العود، وبعد دراسة آثاره تبين لنا عدد من النتائج والتوصيات.

أهم النتائج:

١- يقصد بالظروف المشددة للعقوبة: الحالة التي تقترن بالجريمة أو بمرتكبها، ويترتب على توافرها تشديد العقوبة المقررة بما يتناسب معها.

٢- تتنوع الظروف المشددة إلى نوعين هما: الظروف المادية، وهي: الظروف المرتبطة بالسلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية، والظروف الشخصية، وهي: التي ترتبط بشكل مباشر بشخص الجاني، وقد تكون مرتبطة بالمجني عليه.

٣- العائد في النظام السعودي هو: كل من ارتكب الجريمة ذاتها الصادر بشأنها حكم أو قرار نهائي.

٤- العود هو: وصف قانوني لحالة تكرار الجاني ارتكاب جريمة أخرى بعد الحكم عليه بحكم بات بجريمة سابقة.

٥- يقوم العود على ركنين أساسيين: ركن موضوعي يتمثل في صدور حكم نهائي سابق وارتكاب جريمة لاحقة، وركن زمني يتعلق بالفترة بين الجريمتين.

٦- يشترط في الحكم السابق لقيام العود أن يكون نهائياً، بما يحقق الاستقرار القانوني ويؤكد ثبوت الإدانة السابقة.

٧- يتباين موقف الأنظمة في اشتراط الركن الزمني؛ إذ يأخذ النظام السعودي باتجاهين: اشتراط المدة في بعض الأنظمة، وعدم الاعتداد بها في أخرى.

٨- يظهر من المقارنة أن القوانين المقارنة تميل إلى اشتراط الركن الزمني بصورة عامة، مع اختلافها في تحديد مدته وبداية احتسابه، بما يعكس تبايناً في تقدير السياسة الجنائية.

٩- يتنوع العود من حيث طبيعته إلى عود عام وعود خاص، ومن حيث تكراره إلى عود بسيط وعود متكرر، مما يعكس تعدد صور التشديد المرتبطة به.

١٠- يقوم العود العام على فكرة عدم اشتراط التماثل بين الجريمتين، مع اختلاف في مدى إطلاقه بين الأنظمة، بين مطلق ومقيد.

١١- يظهر أن النظام السعودي لا يُكيّف العود العام المطلق بوصفه «عوداً» اصطلاحاً، وإنما يأخذ به عملياً من خلال اعتبار السوابق القضائية ظرفاً مشدداً.

١٢- يقوم العود الخاص على اشتراط التماثل بين الجريمة السابقة واللاحقة، وغالبًا ما يُقيد بتكرار الفعل ذاته في النص النظامي نفسه.

١٣- يتفق كل من القانونين الأردني والمصري مع النظام السعودي في إقرار العود الخاص، مع اختلافهم في تحديد نطاق المماثلة بين الجرائم.

١٤- يُعد إثبات العود قائمًا أساسًا على السوابق القضائية، مع اشتراط تقديمها من جهة الادعاء، وخضوعها لتقدير القاضي من حيث صحتها وقيمتها الإثباتية.

١٥- لا يرد أثر على العود بشكل مباشر في عقوبات الحدود عدا ما ورد في حد السرقة.

١٦- استقر عمل القضاء السعودي على تشديد العقوبة على العائد في الجرائم التي لم يُنص عليها بنظام مجرمها، وقد يصل التغليب في حالة العود للجرائم الخطيرة إلى القتل تعزيرًا.

١٧- يتمثل الأثر الجوهرى للعود في تشديد العقوبة.

١٨- أثر العود في التعزير المنظم والتشديد مُقيد بنصوص نظامية لا يجوز للقاضي تجاوزها.

التوصيات:

أوصي نفسي وإخوتي بتقوى الله عَزَّوَجَلَّ في السر والعلن، وإخلاص النية لوجهه الكريم، ثم نوصي بـ:

١- تعديل نص المادة الثالثة والستين بعد المائتين في نظام الشركات فيما يتعلق بمضاعفة العقوبة حال العود للجرائم المعاقب عليها في المادتين الستين بعد المائتين والحادية والستين بعد المائتين، بأن تُحدد بقدر معين أو بما لا يتجاوز الحد الأعلى للعقوبة المقررة؛ لأن العود هنا محدد بمضاعفة العقوبة، والعقوبة غير محددة في المادتين بل جاء النص فيها بما لا يتجاوز حد معيناً، فلا يُتصور أن تكون العقوبة هي ضعف الحد الأعلى دون وجود سلطة تقديرية في ذلك الضعف.

٢- تقييد النصوص النظامية التي جعلت التشديد عامّاً في حالة العود، ولم تُقيده بنظام واحد ولا مادة محددة، ولا جريمة مماثلة، بل أطلقت، وهي كل من: نظام مكافحة الاحتيال المالي وخيانة الأمانة في المادة الخامسة، ونظام مكافحة التسول في المادة الخامسة.

٣- تضمين النظام الجزائي للعقوبات التعزيرية -عند صدوره- أحكاماً خاصة بحالة العود بما يدع للقاضي سلطة تقديرية مناسبة.

فهرس المراجع والمصادر

أولاً: مراجع في اللغة:

١. لسان العرب، ابن منظور، محمد بن بكر بن منظور (ت: ٧١١هـ) دار صادر، سنة ١٩٥٦م.
٢. معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا (ت: ٣٩٥هـ)، مطبعة عيسى الحلبي، ط ١، ١٣٦٦هـ، تحقيق عبد السلام محمد هارون.

ثانياً: مراجع في الفقه الإسلامي:

١. أحكام القرآن، الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ.
٢. الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي، أبو الحسن، علي بن محمد، مؤسسة النور بالرياض، ثم أعاد طباعتها: المكتب الإسلامي، دمشق، ١٤٠٢هـ.
٣. الاختيار لتعليل المختار، الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٥٦هـ.
٤. الأم، الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤هـ). المطبعة الأميرية، ط ١، ١٣٢٤هـ.
٥. الذخيرة في فروع المالكية، القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس (ت: ٦٨٤هـ)، تحقيق أحمد عبد الرحمن.
٦. شرح السنة، البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء، مكتب الإسلامي، دمشق، ١٤٠٣هـ.
٧. فتح الباري شرح صحيح البخاري، العسقلاني، أحمد بن حجر، (ت: ٨٥٢هـ)، ط ١٥، دار السلام، الرياض، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

٨. المحلى بالآثار، ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٨هـ.
٩. المغني، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ) دار إحياء التراث العربي، ط ١، ١٤٠٥هـ.
١٠. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الشرييني، محمد الخطيب، تحقيق: علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
١١. المنتقى شرح الموطأ، للباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد، مطبعة السعادة، ط ١، ١٣٣٢هـ، ومصور من دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط ٢.

ثالثاً: مراجع في القانون:

١. أثر الظروف المشددة على عقوبة الجريمة، مدحت، نبيل، مجلة كلية الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنيا، مصر، المجلد الرابع، العدد الثاني، ٢٠٢١م.
٢. الأحكام العامة في قانون العقوبات، السعيد، كامل، دار الثقافة لنشر والتوزيع، ٢٠١١م.
٣. تكييف الواقعة الإجرامية بين القانون الموضوعي والقانون الإجرائي، خلفي، عبد الرحمن، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد العاشر، العدد الثالث، ٢٠١٩م.
٤. حالة العود وأثرها على العقوبة في ضوء القانون والقضاء، لطفي، رضوان، المعهد العالي للقضاء، المغرب، ٢٠١١م.
٥. حجية السوابق القضائية، الدغيشر، عبد العزيز بن سعد، مجلة العدل، العدد: (٣٤)، ١٤٢٨هـ.

٦. جرائم العود في القانون الجزائري، طويل، عائشة، وبايشي، زهيرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠٢٢م.
٧. جريمة العود في التشريع الجزائري، معراج، أنور، وزعباط، فاطمة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، الجزائر، ٢٠٢٤م.
٨. السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، الكيك، علي، محمد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
٩. السوابق القضائية، العبدلي، شيخين بن محمد، بحث تكميلي، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٧هـ.
١٠. شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات الأردني، السعيد، كامل، عمان، المكتبة الوطنية، ١٩٩٨م.
١١. شرح قانون العقوبات القسم العام، حسني، محمود نجيب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٢٤م.
١٢. شرح قانون العقوبات، أبو عامر، محمد زكي، القسم العام، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، طبعة ٢٠١١م.
١٣. شرح قانون العقوبات، نجم، أحمد صبحي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٢١م.
١٤. المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، مركز البحوث بوزارة العدل، المملكة العربية السعودية ١٤٣٧هـ - ٢٠١٧م.
١٥. الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات، الحيدري، جمال إبراهيم، مكتبة القانون المقارن.

١٦. الوجيز في القانون الجنائي العام، رحمان، منصور، دار العلوم، الجزائر، طبعة ٢٠٠٦ م.
١٧. الوسيط في شرح قانون العقوبات، عالية، سمير، وهيثم سمير، الحلبي الحقوقية، ٢٠٢٠ م.

رابعاً: الأنظمة والقوانين:

١. نظام الإجراءات الجزائية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) بتاريخ: ٢٢/١/١٤٣٥ هـ، واللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٤٢) وتاريخ: ٢١/٣/١٤٣٦ هـ.
٢. نظام الآثار والمتاحف والتراث العمراني، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) بتاريخ: ٩/١/١٤٣٦ هـ.
٣. نظام الاستثمار التعديني، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٤٠) بتاريخ: ١٩/١٠/١٤٤١ هـ.
٤. نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٠) بتاريخ: ٩/٢/١٤٤٣ هـ.
٥. نظام مكافحة الاحتيال المالي وخيانة الأمانة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٩) بتاريخ: ١٠/٩/١٤٤٢ هـ.
٦. نظام مكافحة التسول، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٠) بتاريخ: ٩/٢/١٤٤٣ هـ.
٧. نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٧) بتاريخ: ٨/٣/١٤٢٨ هـ.
٨. نظام مكافحة الرشوة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٦) بتاريخ: ٢٩/١٢/١٤١٢ هـ.

٩. نظام مكافحة غسل الأموال، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) بتاريخ: ١٤٤٣/١٢/١هـ.
١٠. نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) بتاريخ: ١٤٢٦/٧/٨هـ.
١١. قانون رقم: ١٦، لسنة ١٩٦٠م، آخر تعديل سنة ٢٠٢٥م، بشأن العقوبات في المملكة الأردنية الهاشمية.
١٢. قانون رقم: ٥٨ لسنة ١٩٣٧م، آخر تعديل: ١٥ أغسطس ٢٠٢١م بالقانون ١٤١ لسنة ٢٠٢١م، بشأن العقوبات في جمهورية مصر العربية.





المفاوضات السابقة على العقد

دراسة فقهية مقارنة

د. صالح بن عبد اللطيف بن صالح العامر

أستاذ الفقه المشارك في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

جامعة الملك فيصل

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد، فمن نافلة القول أن الشريعة الإسلامية شريعةً صالحةً لكل زمانٍ ومكانٍ وحالٍ، وهي شاملةٌ لكل جوانب الحياة، وهي خالدةٌ قائمةٌ على مدى الدهور والأزمان، خاتمة الشرائع الإلهية المستوعبة أمور الحياة المتجددة وتطورها، قال تعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ﴾ (١).

وإن من أكثر الوقائع انتشارًا وتطورًا مستجدات المعاملات المالية التي تستدعي من المشتغلين بالفقه تصورها وفحصها وبيان الحكم الشرعي فيها.

ومن تلك المستجدات المفاوضات التي تسبق إبرام العقد، فلم تعد كثير من العقود تعقد بالطريقة التقليدية بالإيجاب والقبول، بل إن كثيرًا من العقود لا سيما في عقود التجارة الدولية يسبقها مرحلة من المفاوضات قد تتوج بإبرام العقد، وقد تنتهي دون التوصل إلى اتفاق، وغدت هذه المفاوضات ضرورةً، لكون هذه العقود ترد على عمليات مركبة ومعقدةً فنيًا وقانونيًا تستغرق وقتًا طويلاً يتم فيه الإعداد والتحضير للعقد، بما يتضمنه ذلك من بحثٍ لكافة جوانبه الفنية

(١) جزء من آية (٨٩) سورة النحل.

والمالية والقانونية، والوقوف على الصعوبات المتوقعة منه أثناء التنفيذ، كما وأن هذه المرحلة المهمة لا تخلو من التزاماتٍ يجب على أطراف التفاوض الالتزام بها^(١).

وبعد بحثٍ وقراءةٍ متعمقين لم أجد من أفرد هذا الموضوع ببحثٍ مستقلٍ يتناول جوانبه الفقهية، وغاية ما وجدت دراساتٍ وأبحاثاً تتناول البحث من جهةٍ قانونيةٍ بحثيةٍ فاستعنت بالله في الكتابة في هذا الموضوع لأساهم فيه وأمهّد الطريق، وما هو إلا جهد المقل لا أدعي فيه الجودة والإتقان ولا أظن فيه البراءة من العيب والنقصان، فإن يكن صواباً فمن الله تعالى وحده، وإن يكن غير ذلك فمن نفسي ومن الشيطان.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

أولاً: تعلق الموضوع بمجال العقود التي يحتاج إليها الناس، لا سيما العقود الكبرى كعقود التجارة الدولية، وعقود الترخيص وغيرها.

ثانياً: عدم وجود دراسات سابقة تتناول الموضوع من جانبه الشرعي، مما يستدعي سد هذه الثغرة والمساهمة بالكتابة فيها.

ثالثاً: اهتمامي الخاص بالعقود المستجدة وما يتصل بها.

(١) رجب، عبد الكريم عبد الله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ص (١) وما بعدها.

الدراسات السابقة:

وجدت بعض الدراسات السابقة والغالب عليها أنها درست الموضوع من الجانب القانوني، ومنها على سبيل المثال لا الحصر:

- التفاوض على العقد، للدكتور رجب عبد الكريم عبد اللاه، رسالة دكتوراه بجامعة القاهرة، وقد تناولت الرسالة البحث من جانب قانوني فقط.

- العقود التمهيدية - دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه للدكتور يونس صلاح الدين علي، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠م.

- الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، للدكتور محمد عبد الظاهر حسين مجلة الحقوق، جامعة الكويت.

وجميع هذه الدراسات منصبّة على الجانب القانوني، وقد استفدت منها في التوصيف، ولكنها لم تدرس الموضوع من الجانب الشرعي.

منهج البحث:

اتبعت في هذا البحث المنهج الاستقرائي والتحليلي حيث تتبعت أقوال الفقهاء في مسائل هذا البحث، والأدلة التي اعتمدوا عليها، مع مناقشة الأدلة وصولاً إلى القول الراجح.

خطة البحث:

وقد انتظم سلك هذا البحث في مقدمةٍ وتمهيدٍ وخمسة مباحث، وهي على النحو التالي:

المبحث التمهيدي:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: المقصود بالمفاوضات السابقة على العقد.

المطلب الثاني: مشروعية المفاوضات السابقة على العقد.

المطلب الثالث: أهمية مرحلة مفاوضات ما قبل العقد وخصائصها.

المطلب الرابع: الفرق بين مفاوضات ما قبل العقد وبين إبرام العقد.

المبحث الأول: صور المفاوضات قبل العقد:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الاتفاق على مبدأ التفاوض.

المطلب الثاني: اتفاق الإطار.

المطلب الثالث: الاتفاق على عدم التفاوض مع الغير مدة محددة.

المطلب الرابع: الاتفاق على التوقيع بالأحرف الأولى.

المبحث الثاني: التزامات الأطراف في مرحلة التفاوض قبل العقد:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: الالتزام ببدء التفاوض والاستمرار في المفاوضات.

المطلب الثاني: الالتزام بالإعلام.

المطلب الثالث: الالتزام بالتعاون وحسن النية.

المطلب الرابع: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.

المطلب الخامس: الالتزام بحظر المفاوضات الموازية.

المبحث الثالث: الاتجاهات القانونية لتكييف مرحلة التفاوض قبل العقد.

المبحث الرابع: التكييف الفقهي للمفاوضات السابقة على التعاقد:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تكييف المفاوضات السابقة على العقد على أنها من المساومة.

المطلب الثاني: تكييف المفاوضات السابقة على العقد على أنه عقد غير مسمى.

المطلب الثالث: تكييف المفاوضات السابقة على العقد على أنها وعدٌ بالتعاقد.

المبحث الخامس: الأثر الفقهي المترتب على المفاوضات السابقة على التعاقد.

ثم الخاتمة وفهرس المراجع.

المبحث التمهيدي

المطلب الأول: المقصود بالمفاوضة قبل العقد:

الفرع الأول: تعريف المفاوضة لغةً واصطلاحاً^(١):

المفاوضة في اللغة:

مفاعلة من التفويض، وتعني المساواة، والمجاراة في الأمر، والاشتراك في كل شيء، ومنه شركة المفاوضة وهي العائمة في كل شيء، وهو أن يشتركا في جميع ما يستفيدان فلا يصيب واحد منهما شيئاً إلا كان فيه للآخر شركة، وسميت مفاوضةً لأنها جميعاً يعملان ويشرعان في الأخذ والإعطاء ويستويان في الربح، ومنه يقال تفاوض الرجلان في الحديث إذا شرعا فيه جميعاً، وفوّض إليه الأمر: صيره إليه وجعله الحاكم فيه. وفي حديث الدعاء: «فوّضت أمري إليك»^(٢) أي رددته

(١) ينظر: أحمد بن فارس ابن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٣٨٩هـ، (٤/ ٤٦٠)، ابن قتيبة، عبد الله بن مسلم، غريب الحديث، تحقيق: عبد الله الجبوري، مطبعة العاني، ١٣٩٧هـ، ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب دار صادر، بيروت، (٧/ ٢١٠)، الزبيدي محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية ٤٩٦/ ١٨ وما بعدها.

(٢) متفق عليه من حديث البراء بن عازب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أخرجه البخاري محمد بن إسماعيل في الجامع المسند الصحيح تحقيق: محمد الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ، كتاب الوضوء، باب فضل من بات على وضوء (١/ ٥٨)، ومسلم بن الحجاج النيسابوري في صحيحه، كتاب الدعوات، باب التعوذ من شر ما عمل ومن شر ما لم يعمل، (٤/ ٢٠٨١)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

إليك. وفي حديث معاوية: قال لدغفل بن حنظلة: بم ضبطت ما أرى؟ قال: بمفاوضة العلماء، قال: ما مفاوضة العلماء؟ قال: «كنت إذا لقيت عالماً أخذت ما عنده وأعطيته ما عندي»^(١) ومنه قول الشاعر:

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم

ولا سراة إذا جهلهم سادوا

أي لا تصلح أمورهم وهم أكفاء متساوون في الدرجة ليس لهم رئيسٌ يقودهم فيصدروا عن أمره وينتهوا إلى رأيه^(٢) ويقال: تفاوضوا الحديث: أخذوا فيه، وتفاوضوا في الأمر: فاوض فيه بعضهم بعضاً، وقوم فوضى: مختلطون ومعناه أن كلاً فوض أمره إلى الآخر، وقيل: هم الذين لا أمير لهم ولا من يجمعهم.

(١) أخرجه الخطابي، حمد بن محمد البستي، غريب الحديث، تحقيق: عبد الكريم الغرباوي، الناشر دار الفكر، دمشق، ١٤٠٢هـ، (٢/ ٥٣٠) قال: حدثني ابن الزبيقي أخبرنا أبي عن أبيه أخبرنا الأصمعي عن أبي هلال الراسبي عن قتادة به، وقد أخرجه ابن أبي عاصم بلفظ «يا دغفل، من أين علمت هذا العلم؟ قلت: يا أمير المؤمنين، علمته بلسان سؤال وقلب عقول وأذن واعية للعلم» ابن أبي عاصم أحمد بن عمرو، الأحاد والمثاني، تحقيق: باسم الجوابرة، دار الراجعية، الرياض، ١٤١١هـ، (٣/ ٢٩٣).

(٢) الخطابي، مصدر سابق، (٢/ ٥٣٠).

المفاوضات اصطلاحاً:

عرفت المفاوضات بأنها: نقاش وتفاعل يهدف إلى حل مشكلة ما أو تحقيق هدف بطريقة ترضي جميع الأطراف، ويتضمن قائمة رسمية بالأهداف المراد تحقيقها أو المشاكل المطلوب حلها^(١).

وفي معجم لغة الفقهاء: «المفاوضات هي: المناقشات والمباحثات للوصول إلى نتيجة ترضي المتفاوضين»^(٢).

وشركة المفاوضة عند الفقهاء تطلق على نوعين:

الأول: أن يشترك الرجلان، فيتساويا في مالهما، وتصرفهما، ودينهما^(٣).

الثاني: أن يشتركا في جميع أنواع الشركة، مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان^(٤).

(١) هارفارد بزنس ريفيو <https://hbrarabic.com?p=108284>

(٢) محمد رواس قلعه جي معجم لغة الفقهاء، دار النفائس بيروت، ٢٠٠٦م، ص(٤١٥).

(٣) وهذا عند الحنفية انظر: البابري محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٣٨٩هـ، (١٥٦/٦)، شركة العنان أن يشترك رجلان بمالهما على أن يعملوا فيهما، بأبدانها، والربح بينهما. ابن قدامة، وشركة الأبدان أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم.

(٤) موفق الدين ابن قدامة عبد الله بن أحمد، المغني شرح مختصر الخرقي، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ، (٢٢/٥) وشركة العنان هي: أن يشترك رجلان بمالهما على أن يعملوا فيهما بأبدانها، والربح بينهما. المصدر السابق، (١٢/٥)، وشركة الوجوه هي: أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما، وثقة التجار بهما، من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثا، المصدر السابق، (١١/٥)، وشركة الأبدان هي: أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم، المصدر السابق، (٤/٥).

الفرع الثاني: تعريف العقد:

العقد في اللغة^(١): يرد العقد في اللغة بمعنى الشد والربط الحسي والمعنوي، وبمعنى الضمان والعهد، وبمعنى الاجتماع والثبات، قال في القاموس المحيط: «عقد الحبل والبيع والعهد يعقده شدّه وعنقه إليه، والعقد الضمان، والعهد، والجمل الموثق الظهر».

«وأصل العقد نقيض الحل، ثم استعمل في أنواع العقود من البيوعات وغيرها، ثم استعمل في التصميم والاعتقاد الجازم».

والعقد في الاصطلاح الفقهي: هو كل ما يتوقف على إيجاب وقبول^(٢). وقال بعضهم هو: ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما.

وفي مجلة الأحكام العدلية: العقد ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله^(٣)، فالعقد إذن لا يتم إلا بإيجاب وقبول، وإلا لا يسمى عقداً.

(١) انظر: ابن فارس، مصدر سابق، (٦٧٩)، ابن منظور، مصدر سابق، (٣/ ٢٩٦)، الفيروزآبادي محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ، (١/ ٣٠٠).

(٢) الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٨).
(٣) مجلة الأحكام العدلية المادة ١٠٤، ١٠٣، وانظر: محمد قديري باشا، مرشد الخيران في معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الأميرية ببولاق، ١٣٠٨هـ، ص (٢٧).

ومصطلح المفاوضات قبل العقد: مصطلحٌ حادث، لا نجد له تعريفاً في كتب الفقه، وهناك عدة اتجاهات قانونية في تعريفه تبعاً للتكييف القانوني لهذه المرحلة.

ف قيل في تعريفه «المرحلة التي تضم مجموعةً من العمليات التمهيدية التي تتمثل في المباحثات، والمسااعي، والمشورات، وتبادل وجهات النظر، بهدف التوصل إلى اتفاق»^(١).

وعرفه أحمد سلامة بأنه «عقدٌ بمقتضاه يتعهد طرفاه ببدء التفاوض أو متابعته، أو تنظيم سير المفاوضات بغرض التوصل إلى إبرام عقدٍ في المستقبل»^(٢).

وجاء في تعريف محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية لعقد التفاوض أنه «عقدٌ بمقتضاه يتعهد الطرفان بالتفاوض أو متابعة التفاوض، من أجل التوصل إلى إبرام عقدٍ معين، لا يتحدد موضوعه إلا بشكلٍ جزئي ولا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده»^(٣).

ومن تعريفاته «قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات

(١) انظر: رجب كريم عبد اللاه، مصدر سابق، ص (٦٣).

(٢) سلامة، أحمد عبد الكريم، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص (٩٧).

(٣) المصدر السابق.

الفنية ومناقشة الاقتراحات التي يضعونها معاً، أو يتفرد بوضعها أحدهما للوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما»^(١).

وهذا التعريف في نظري أفضل التعريفات لشموليته، وبعده عن إضفاء توصيف للمرحلة بأنها عقدٌ فيكون حكماً مسبقاً.

المطلب الثاني: مشروعية المفاوضات السابقة على العقد:

التفاوض قبل العقد لم يكن شائعاً بالمعنى الذي أشرنا إليه في المطلب السابق، ولذا لا نجد في كتب الفقه أحكاماً تتعلق بمفاوضات ما قبل العقد، إلا أن هناك صوراً تعتبر جزءاً من عملية التفاوض على العقد جاءت بها السنة ومن ذلك ما رواه أنس بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قدم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المدينة فنزل أعلى المدينة في حيٍّ يقال لهم بنو عمرو بن عوف، فأقام النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيهم أربع عشرة ليلة، ثم أرسل إلى بني النجار، فجاءوا متقلدي السيوف كأني أنظر إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على راحلته، وأبو بكر ردفه وملاً بني النجار حوله حتى ألقى بفناء أبي أيوب، وكان يحبُّ أن يصلي حيث أدركته الصلاة، ويصلي في مرابض الغنم، وأنه أمر ببناء المسجد، فأرسل إلى ملاً من بني النجار

(١) المبسوط في شرح القانون المدني للدكتور ياسين الجبوري، دار الثقافة، عمان، (٩٤ / ١).

فقال: «يا بني النجار ثامنوني بحائطكم هذا»، قالوا: لا والله لا نطلب ثمنه إلا إلى الله...^(١).

والشاهد من هذا الحديث قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لبني النجار: «ثامنوني بحائطكم هذا» قال الحافظ ابن حجر: «معناه: اذكروا لي ثمنه لأذكر لكم الثمن الذي أختاره. قال ذلك على سبيل المساومة. فكأنه قال: ساوموني في الثمن»^(٢) وقال ابن الأثير: «أي قررروا معي ثمنه وبيعونه بالثمن. يقال: ثمنت الرجل في المبيع أثامنه، إذا قاولته في ثمنه وساوتمته على بيعه واشترائه»^(٣).

وروى جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «أَتَبِعَنِي جَهْلَكَ هَذَا يَا جَابِرُ؟» قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، بَلْ أَهْبَهُ لَكَ. قَالَ: «لَا، وَلَكِنْ بَعْنِيهِ» قَالَ: قُلْتُ: فَسَمَنِي بِهِ. قَالَ: «قَدْ أَخَذْتَهُ بِدَرَاهِمٍ»، قَالَ: قُلْتُ: لَا. إِذَا يَغْبِنُنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: «فَبِدَرَاهِمِينَ؟» قَالَ: قُلْتُ: لَا. قَالَ: فَلَمْ يَزَلْ يَرْفَعُ لِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَتَّى بَلَغَ الْأَوْقِيَةَ، قَالَ: قُلْتُ: فَقَدْ رَضِيتُ، قَالَ: «قَدْ

(١) أخرجه البخاري ومسلم، البخاري، مصدر سابق، (٩٣/١)، برقم ٤٢٨، ومسلم، مصدر سابق، (٣٧٣/١)، برقم ٥٢٤.

(٢) ابن حجر أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، (٥٢٦/١).

(٣) ابن الأثير: أبو السعادات المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ، (٢٢٣/١)، وانظر: العيني، بدر الدين محمود بن أحمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري دار التراث العربي، بيروت، (١٧٧/٤).

رضيت؟»، قلت: نعم، قال نعم، قلت: هو لك، قال: «قد أخذته»^(١)، وفي رواية لابن ماجه: فما زال يزيدني دينارًا دينارًا حتى بلغ عشرين دينارًا^(٢).

قال ابن حجر: «وفي الحديث جواز المساومة لمن يعرض سلعته للبيع والمماكسة في المبيع قبل استقرار العقد»^(٣).

وعن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى الرَّجُلَ أَنْ يَسْتَامَ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ^(٤).

قال ابن عبد البر: «قال مالك ولا بأس بالسوم بالسلعة توقف للبيع فيسوم بها غير واحد، أقوال الفقهاء كلهم في هذا الباب متقاربة المعنى، وكلهم قد أجمعوا على جواز البيع فيمن يزيد»^(٥)، وقال ابن الحاج: «وأما قبله - أي قبل العقد - فلا حرج في المساومة بالزيادة

(١) أخرجه بهذا السياق أحمد بن محمد بن حنبل في المسند، مؤسسة الرسالة، ١٤٢١هـ، (٢٣/٢٧٠)، وحسنه المحقق الشيخ شعيب الأرنؤوط، وأصل الحديث في الصحيحين، البخاري، مصدر سابق، (٣/١٨٩-١٩٠)، برقم ٢٧١٨، ومسلم، مصدر سابق، برقم ٤٠٧٤.

(٢) ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، السنن، دار الرسالة، ١٤٣٠هـ، (٣/٣٢٣).
(٣) ابن حجر العسقلاني، مصدر سابق، (٥/٣٢١)، وإسناده صحيح، ورواه البخاري معلقاً، مصدر سابق، (٣/١٨٩).

(٤) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح، كتاب الشروط، باب الشروط في الطلاق، (٣/١٩٢)، ومسلم في صحيحه، (٢/١٠٣٣).

(٥) ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله النمري، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، وزارة الشؤون الإسلامية، المغرب، ١٣٨٧هـ، (١٨/١٩١).

والنقص فلا كراهة في ذلك بل هو مشروع مستحب لما ورد في الحديث: «ماكسوا الباعة فإن فيهم الأذلين»^(١) وعن مالك بن أوس أنه التمس صرفاً بمائة دينار، فدعاني طلحة بن عبيد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فتراوَضنا، حتى اصطرف مني، فأخذ الذهب يقلبها في يده، ثم قال: حتى يأتي خازني من الغابة، وعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يسمع ذلك، فقال: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الذهب بالذهب رباً إلا هاء وهاء، والبر بالبر رباً إلا هاء وهاء، والشعر بالشعر رباً إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر رباً إلا هاء وهاء»^(٢).

والشاهد من الحديث قول مالك بن أوس: فتراوَضنا، قال ابن قرقول: «والمُراوَضَةُ: التساوم، من: راضه يروضه، أي: كل واحد منهما يروض صاحبه ليسلس له وينقاد على ما يريد منه»^(٣) وقيل المِراوَضَةُ

(١) ابن الحاج محمد بن محمد العبدري الفاسي، كتاب المدخل، مكتبة دار التراث القاهرة، د.ت، (٥٩/٤) والحديث المذكور لم أجده في كتب السنة، وإنما ذكره السخاوي في المقاصد الحسنة وقال: «قال شيخنا-يعني الحافظ ابن حجر-: إنه ورد بسند ضعيف، لكن بلفظ: ماكسوا الباعة، فإنه لا خلاف لهم» السخاوي محمد بن عبد الرحمن، كتاب المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، تحقيق: محمد الخشت، دار الكتاب العربي بيروت، ص (٢٩١).

(٢) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح في كتاب الشروط باب الشروط في الطلاق (٣/١٩٢)، ومسلم في صحيحه (٢/١٠٣٣).

(٣) ابن قرقول، إبراهيم بن يوسف الحمزي، كتاب مطالع الأنوار على صحاح الآثار، دار الفلاح للبحث العلمي الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية القطرية، ١٤٣١هـ، (٣/١٩٧).

هنا الموصفة بالسلعة وهو أن يصف كل منهما سلعته لرفيقه^(١)، وقال ابن حجر: وفي الحديث المماكسة في البيع، والمراوضة وتقليب السلعة وفائدته الأمن من الغبن^(٢).

المطلب الثالث: أهمية مرحلة مفاوضات ما قبل العقد وخصائصها:

الفرع الأول: أهمية مفاوضات ما قبل العقد:

تعد المرحلة التي تسبق التعاقد مرحلة مهمة تضم عدداً هائلاً من العمليات، مثل القيام بأعمال تحضيرية، أو فحوص فنية أو دراسات اقتصادية، وإعداد خطط المشروع محل العقد، وتوفير وسائل التمويل أو التأمين.

وتظهر الحاجة الماسة إلى المرور بهذه المرحلة السابقة لإبرام العقد في الكثير من العقود ولا سيما ذات الأهمية المالية العظيمة مثل عقود التنقيب عن المعادن، وعقود الإنشاءات الهندسية الميكانيكية والكهربائية، ومعظم هذه العقود تتولى تنفيذها شركات عملاقة متعددة الجنسيات تسعى في خوض المنافسة التامة إلى حصد ثمار نجاحها. وقد يتم في هذه المرحلة تحرير أوراق لا حصر لها يطلق على أغلبها أوراق سكرتارية موقعة من طرف واحد أو أكثر من الأطراف التي يتم التحاور والتناقص فيما بينها في هذه المرحلة، ويطلق على هذه الاتفاقيات

(١) ابن حجر العسقلاني، مصدر سابق، (٤/٣٧٨).

(٢) المصدر السابق، (٤/٣٧٩).

عدة تسميات منها مذكرة التفاهم، وخطاب التفاهم، والاتفاقات الأساسية، وعهد الشرف، وخطاب النوايا^(١).

إن اللجوء لعملية التفاوض تفرضه ظروف قانونية أو اقتصادية أو اجتماعية، فأما الأسباب القانونية فتعود إلى صعوبة وتعقيد المعاملات التجارية الدولية اليوم، والآليات القانونية المستجدة، وأما الظروف الاقتصادية فتتمثل في إعادة التوازن العقدي لأطراف العقد، فمن خلال المفاوضات يتم تدارك ما قد يحصل من مشاكل اقتصادية تؤدي إلى الاختلال في الالتزامات، ويتم وضع كافة الحلول لكافة الاحتمالات المتوقعة خلال تنفيذ العقد^(٢). فالمفاوضات تجعل العقد متوازناً، وتقيه من الخلل، نظراً لأنها تمنح أطراف العقد فرصة الاطلاع على شروط العقد، وتجعلهم في موقف يستطيعون من خلاله إدراك مصلحتهم في إبرام العقود من عدمه، وبذلك فالمفاوضات العقدية هي مرحلة لا غنى عنها قبل إبرام العقد، ولا سيما في الحالات التي يكون فيها أحد الأطراف يملك السلطة الاقتصادية والقانونية على العقد.

(١) انظر: محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد ٢٢، عدد ٢، ١٩٩٨م، ص (٧٢٧)، عروبة العموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، الناشر: جامعة بابل، ٢٠٠٨م، ص (٧) وما بعدها.

(٢) ينظر: روان عبد المعطي، الجوانب القانونية المنظمة لمرحلة المفاوضات العقدية، ص (٣٣-٣٤)، رجب عبد الكريم عبد اللاه، مصدر سابق، ص (٦١).

وتبدأ مرحلة التفاوض منذ اللحظة التي يعلن فيها أحد طرفي العقد عن رغبته بالتعاقد، وتنتهي بإبرام العقد بالإيجاب والقبول.

الفرع الثاني: خصائص مفاوضات ما قبل العقد^(١):

لكي يتم تمييز مرحلة مفاوضات ما قبل العقد عن التصرفات المشابهة لا بد من جمع خصائص هذه المرحلة وما تتميز به. ومن أبرز تلك الخصائص:

أولاً: المفاوضات السابقة على العقد اتفاقاً تمهيدي:

تعد هذه المرحلة اتفاقاً تمهيدياً أو تحضيرياً يراد به التمهيد والتحضير لإبرام عقدٍ آخر، فهو من قبيل الاتفاقات التمهيدية التي تسبق العقد النهائي وتمهد له، حيث بمقتضاه تبدأ عملية المفاوضات بمراحلها المختلفة على نحوٍ يراد منه إبرام العقد.

ويترتب على هذه الخاصية أن التفاوض لا يلزم الأطراف بإبرام العقد النهائي بالفعل، وإنما يلزمهما بالتفاوض على ذلك العقد

(١) ينظر: عبد اللاه، مصدر سابق، ص (٧) وما بعدها، سلامة أحمد عبد الكريم، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٥٦، عام، ٢٠٠٠م، ص (٥٧)، حبيب البغدادي محمد، النظام القانوني لمرحلة التفاوض على العقد، أطروحة دكتوراه، ٢٠٢١م، ص (٤٧) وما بعدها، يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص (٢٧-٢٨).

فحسب، بغرض التوصل لإبرامه. فجوهر الالتزام الذي يفرضه هذا الاتفاق هو التفاوض فقط من أجل الوصول إلى إبرام العقد النهائي.

ثانيًا: المفاوضات تصرفٌ إرادي:

تحدث برضا الطرفين، ومن دون إجبار، فلا تبدأ إلا عندما تتجه إرادة الطرفين إلى الدخول في المفاوضات بغية إبرام العقد، وفي أثناء فترة المفاوضات تبقى إرادة الطرفين حرةً، ولهما الانسحاب من المفاوضات شريطة عدم الإضرار بالطرف الآخر.

ثالثًا: أن المفاوضات ذات نتيجة احتمالية:

ما يعني أن النتيجة المرجوة من المفاوضات وهي إبرام العقد النهائي قد تتحقق وقد لا تتحقق، فليس البدء بهذه المرحلة يعني الاستمرار فيها وصولاً إلى المرحلة النهائية فيها، ونجاح المفاوضات أو فشلها لا يلزم أطراف العقد بإبرامه، إذ قد ينجح الطرفان في التوصل إلى اتفاقٍ نهائيٍّ بشأن جميع الشروط الجوهرية في العقد، وقد تنتهي هذه المرحلة السابقة على التعاقد بإبرام العقد نهائيًا عن طريق تبادل الإيجاب والقبول المتطابقين، أو بالتوقيع نهائيًا على وثيقة العقد، وقد تفشل المفاوضات في الوصول إلى اتفاق.

رابعًا: أن المفاوضات تستلزم وجود طرفين:

إذ إن التفاوض على العقد لا يكون إلا من خلال المناقشة والحوار، وهذا لا يتصور إلا بوجود شخصين على الأقل، وللأطراف المتفاوضة

الحرية الكاملة في عملية التفاوض ولهم استخدام كافة الطرق لتقريب وجهات النظر حتى يحقق التفاوض الهدف منه.

خامساً: التفاوض يقوم على التبادل في المقابل:

يتميز التفاوض بكونه يقوم على التبادل والأخذ والعطاء، فبواسطته يتعاون الطرفان فيما بينهما عن طريق تبادل العروض والمقترحات، ومن خلال ذلك يقوم كل طرف بتقديم تنازلاتٍ من جانبه ويعدل في الشروط والمطالب التي جاء بها، حتى يتحقق نوعٌ من التوازن بين مصالح الأطراف المتعارضة، فصيغة التفاوض تتضمن وجود فرصٍ متكافئةٍ لجميع الأطراف، لطرح كل شيءٍ على طاولة الحوار.

سادساً: أنه اتفاق مؤقت:

فمرحلة المفاوضات لم توجد إلا لمدةٍ محددةٍ، وهي المدة التي يتوقع أن تستغرقها المفاوضات بين الطرفين، أو يحدد الطرفان مدة معينة لإنهاء المفاوضات خلالها، فإذا انتهت المدة أو انتهت المفاوضات سواءً بإبرام العقد أو عدم إبرامه، زال كل أثرٍ لعملية التفاوض.

سابعاً: أن المفاوضات تتم بأي وسيلةٍ يستحبها المتفاوضون:

فقد تجري تلك المفاوضات مشافهةً، أو بتبادل المكاتبات والرسائل والخطابات بين الأطراف المتفاوضة.

المطلب الرابع: الفرق بين مفاوضات ما قبل العقد وبين إبرام العقد:

يقصد بمجلس العقد: «الوحدة الزمنية التي تبدأ من وقت صدور الإيجاب، وتستمر طوال المدة التي يظل فيها العاقدان منصرفين إلى التعاقد، دون ظهور إعراضٍ من أحدهما عن التعاقد، وتنتهي بالتفرق، وهو مغادرة أحد العاقلين للمكان الذي حصل فيه العقد»^(١).

أو هو «الحالة التي ينشغل فيها المتعاقدان بالتعاقد ويصدر فيها كل من الإيجاب والقبول بحيث يعلمه المتعاقد الآخر»^(٢).

ويتحقق الاجتماع في مجلس واحدٍ في صورٍ كثيرةٍ سواءً كان العاقدان واقفين أو جالسين أو ماشيين^(٣)، وكذلك لو تم التعاقد في سيارة أو طائرة أو سفينة ونحوها من وسائل المواصلات.

وهذا هو المجلس الحقيقي الذي يجتمع فيه العاقدان اجتماعاً بالأبدان، وقد يتم التعاقد بين شخصين غائبين بأجسادهما، وذلك كالتعاقد بالمراسلة أو المكاتبة، ومثله إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، وقد ذهب عامة الفقهاء إلى صحة العقد بالمكاتبة والمراسلة^(٤).

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية، (١٦٨/٢٠-١٦٩).

(٢) انظر: الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ، (١/٤٣٢).

(٣) ينظر: الكاساني أبو بكر بن مسعود بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: محمد حليبي، دار المعرفة، ١٤٢٠هـ، (٥/٢٣١).

(٤) انظر: الكاساني، مصدر سابق، الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، (٤/٤)، الشربيني محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ، (٢/٣٣٠)، البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، (٣/١٦٩).

ويمكن التمييز بين مرحلة المفاوضات ومرحلة مجلس العقد

بما يلي:

أولاً: أن مرحلة المفاوضات تسبق عادةً مجلس العقد، وتقوم على عنصر الاحتمال فقد تؤدي تلك المفاوضات إلى إبرام العقد، وقد تنتهي بالعدول عنه والانسحاب من المفاوضات. فإرادة الطرفين غير باتة وغير نهائية في مرحلة التفاوض، فهي مجرد عروض وعروض مضادة، حيث يكون كل متفاوض متردداً وغير مستقر على قرار نهائي، فلا يعرف ما إذا كان سيتعاقد أم لا، ولا يعرف ماذا سيأخذ وماذا سيعطي، وليس هنالك إيجاب ولا قبول في هذه المرحلة، وإنما هي تصرفات غير ملزمة، ولا يترتب عليها أي أثر قانوني، فهي مجرد تحضير وتمهيد للتعاقد.

أما في مرحلة إبرام العقد، فإن إرادة الطرفين تكون باتة وعازمة دون تردد، فيقوم أحد الطرفين بتوجيه إيجاب إلى الطرف الآخر ويقوم الطرف الآخر بالقبول فينعقد العقد بين الطرفين^(١).

(١) انظر: رجب، عبد الكريم عبد اللاه، مصدر سابق، ص (٧٤)، العربي بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، ٢٠١٠هـ، ص (١٥) وما بعدها.

ولذا يشترط الفقهاء لصحة الإيجاب والقبول اتصالهما ويتحقق ذلك بأن يكونا في مجلسٍ واحدٍ، وأن لا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الآخر، وأن لا يصدر من أحد العاقلين ما يدل على إعراضه^(١).

ثانيًا: من حيث الوقت فإن مرحلة المفاوضات تستغرق وقتًا طويلاً، فقد يستمر التفاوض أشهرًا أو سنين عددًا، لما تحتاج إليه من مناقشاتٍ متأنيةٍ ومشاورات، في حين لا يستغرق إبرام العقد سوى لحظات أو دقائق، فإذا تفرق العاقدان ولم يتم القبول لم ينعقد العقد^(٢).

ثالثًا: مفاوضات ما قبل العقد ليست من أركان العقد ولا من شروطه، فيمكن أن يخلو التعاقد من أي تفاوض، أما الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما فهي من أركان العقد لا ينعقد العقد بدونها^(٣).

(١) انظر هذه الشروط وتفصيلها: الكاساني، مصدر سابق، (٥/ ٢٢٩)، الدسوقي، مصدر سابق، (٣/ ٣ وما بعدها)، الشريني، مصدر سابق، (٢/ ٣٢٩ وما بعدها)، البهوتي (٣/ ١٤٦-١٤٧).

(٢) حبيب البغدادي محمد، مصدر سابق، ص (٥٦-٥٧).

(٣) انظر: الكاساني، مصدر سابق، (٥/ ٢٢٤)، البهوتي، مصدر سابق، (٣/ ١٤٦).

المبحث الأول صور المفاوضات قبل العقد

تتميز مرحلة التفاوض على العقد عن غيرها من مراحل العقد الأخرى، بثنائها بالاتفاقات الممهدة إلى إبرام العقد النهائي، وتختلف هذه الصور باختلاف الهدف الذي يتوخاه الطرفان من ورائها، وهي كثيرة متعددة، وسأقتصر على أهمها.

المطلب الأول: الاتفاق على مبدأ التفاوض:

الأصل أن يتم التفاوض بحرية بين الأطراف، دون وجود اتفاق على تنظيمها، أو إطار يفرض التزامات على عاتق أطرافها، ولكن قد يلجأ الأطراف أحياناً إلى إبرام اتفاقات تكون الغاية منها تحديد التزامات كل طرف، وتنظيم المفاوضات ذاتياً مثل: أين ومتى ستبدأ المفاوضات؟ ومن سيمثل الأطراف فيها؟ وما اللغة التي ستستعمل؟ ومن سيتحمل المصاريف؟... الخ، ويعرف هذا الاتفاق بالاتفاق المؤقت على مبدأ التفاوض أو الاتفاق على المبدأ، وهو غالباً ما يتم قبل إجراء المفاوضات أو في الجلسة الأولى منها، لذا فهو يعد اتفاقاً إجرائياً بحثاً، حيث يتم التطرق فيه لعموميات تتعلق بالأطراف وبمحل المفاوضة ومكانها وزمانها، كأن يتقابل الطرفان في الجولة الأولى من المفاوضات مع بعضهما فيتعرف كل منهما على الآخر ويتناقشا حول المسائل المتعلقة بالتعاقد المطلوب من خلال عرض حاجة طالب

التعاقد ومدى إمكانية الطرف الآخر على تلبية ذلك، ثم يتفقا على مكان وزمان الجولة الثانية من المفاوضة^(١).

المطلب الثاني: اتفاق الإطار:

في بعض الأحيان يلجأ الطرفان المتفاوضان إلى إبرام سلسلة من العقود ذات الطبيعة الواحدة، وعلى ضوءه يقوم الطرفان بوضع شروطٍ موحدة لجميع العقود المستقبلية، ويسمى هذا الاتفاق اتفاق الإطار، وهو ذلك الاتفاق الذي يحدد الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان اتباعها فيما يبرمانه من عقودٍ لاحقةٍ تسمى عقود التطبيق، والهدف الذي يسعى إليه اتفاق الإطار هو مجرد تسيير إبرام وتنفيذ العقود المطبقة والمنفذة له عند الحاجة إلى إبرامها، وقد يتضمن اتفاق الإطار على العناصر الجوهرية للعقود التطبيقية أو التنفيذية، والقواعد العامة التي ستحكمها^(٢).

المطلب الثالث: الاتفاق على عدم التفاوض مع الغير مدة محددة:

وهو امتناع المتفاوضين أو أحدهما عن التفاوض مع الآخرين من المنافسين خلال مدةٍ زمنيةٍ معينة، وهي المدة المحددة التي يمكن بعدها قطع المفاوضات أو العدول عنها، وهذا النوع من الاتفاقات شائعٌ في

(١) انظر: نشمي، مصطفى خضير، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٣م، ص (٣٢).

(٢) عبد اللاه، مصدر سابق، ص (٤٨٠).

عقود التجارة الدولية، ومضمون هذا الاتفاق المحافظة على سرية المعلومات المتعلقة بالعقد، وغالباً ما يطلب من فرض عليه حظر إجراء مفاوضات موازية مقابلًا ماليًا لذلك^(١).

المطلب الرابع: الاتفاق على التوقيع بالأحرف الأولى:

ويقصد بالتوقيع بالأحرف الأولى إعطاء أطراف المفاوضة الذين وقعوا بهذه الأحرف الحق في الرجوع والتشاور مع الجهات العليا التي يعمل فريق التفاوض من خلالها أو لصالحها، وقد يراد به مراجعة بنود ما اتفق عليه مراجعةً متأنيةً، وبناءً عليه فهذا التوقيع هو مجرد تحديد لما أسفرت عنه المفاوضات بين الطرفين من نقاط تفاهم بينهما، فهو مشروع اتفاق، لا يتحول إلى اتفاقٍ نهائيٍّ إلا بعد التوقيع عليه توقيعاً تاماً بالأحرف الكاملة للأسماء^(٢).

(١) بلحاج، مصدر سابق، ص (١٠٥-١٠٦).

(٢) انظر: عبد اللاه، مصدر سابق، ص (٦٥٠)، نشمي، مصدر سابق، ص (٣٣)، بارود، حمدي محمود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية المجلد ١٢، ١ / ٧٤٥.

المبحث الثاني

الالتزامات في مرحلة المفاوضات

المطلب الأول: الالتزام ببدء التفاوض والاستمرار في المفاوضات:

يقصد ببدء التفاوض ابتداء التقاء الأطراف المتفاوضة، ومن ثم افتتاح المفاوضات بإجراء الحوار وتبادل الاقتراحات المتصلة بموضوع العقد، وما دام أن المفاوضات بدأت فإن ذلك يلقي على عاتق الأطراف التزامًا بالاستمرار فيها على الرغم من أن مرحلة المفاوضات لا تلزم الطرفين المتفاوضين بإبرام العقد النهائي، إذ قد يرى أحد الأطراف عدم مناسبة العقد له من نواحٍ فنيةٍ أو اقتصاديةٍ أو غيرها، إلا أن ذلك لا يعني إمكانية قيام الطرف المتفاوض بالانسحاب من المفاوضات والعدول عن إبرام العقد النهائي وقتما يشاء، بل يجب عليه أن يبذل قصارى جهده للاستمرار في المفاوضات من أجل التوصل إلى إبرام العقد النهائي، ذلك أن كل طرفٍ متفاوضٍ سيتحمل نفقاتٍ كبيرةً وبيذل جهودًا مضيئةً من أجل إعداد الدراسات والوثائق التي تتطلبها فترة المفاوضات^(١).

(١) العلواني، فؤاد، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٣م، ص (١٥).

المطلب الثاني: الالتزام بالإعلام:

يتعين بموجب هذا الالتزام على كل طرفٍ متفاوضٍ أن يقوم بالإفشاء إلى الطرف الآخر بكل ما لديه من بياناتٍ ومعلوماتٍ تتعلق بالعقد المتفاوض عليه، فيلتزم بالشفافية وعدم الكتمان طيلة فترة المفاوضات، فالطرف الذي يعلم بواقعةٍ مهمةٍ وتتصل بموضوع العقد عليه إحاطة الطرف الآخر بها قبل التعاقد، ولا يستغل عدم تخصص المتفاوض في مسائل فنيةٍ أو ماليةٍ أو قانونيةٍ ليزج به في عقدٍ لا يناسبه، ولا يتركه مخدوعاً في أمرٍ يعلم حقيقته، مما يستوجب على كل متفاوضٍ أن يلتزم بالمصارحة والتبصير والشفافية في مرحلة تكوين العقد وإبرامه^(١).

المطلب الثالث: الالتزام بالتعاون وحسن النية:

عملية التفاوض الناجحة تقوم على استراتيجية وأساليب، ولكنها تركز أيضاً على الأخلاقيات بالالتزام بالصدق والأمانة وعدم الغش والاحتيال، صيانةً لمصلحة الأطراف في إدارة المفاوضات، وتقوم هذه المفاوضات على الأخذ والعطاء المتبادل، حيث يتعاون الأطراف فيما بينهم على التقريب بين وجهات النظر المختلفة، هذه العملية التبادلية القائمة على الحوار المتبادل، توجب على كل متفاوضٍ تسهيل مهمة

(١) انظر: العقود التمهيدية (١٧٥ وما بعدها)، العربي بلحاج، مصدر سابق، ص(٦٦-٦٧)، الجوانب القانونية المنظمة لمرحلة المفاوضات العقدية، ص(١١٣ وما بعدها).

المتفاوض الآخر بما يكفل الوصول بالمفاوضات إلى نهايةٍ منطقيةٍ، إما بانعقاد العقد محل التفاوض، وإما بغض الطرف عنه كليةً، وقد يحقق التعاون النتيجة المرجوة منه في مرحلة المفاوضات إذا تم تحديد أغراضه وأهدافه بدقةٍ كتحديد مواعيد جلسات التفاوض، وعدم التراخي في ذلك، فضلاً عن احترام هذه المواعيد^(١).

وهذا المبدأ الأخلاقي في العقد قد اهتم به الفقه الإسلامي، فجاءت الشريعة الإسلامية بأهمية حسن النية والصدق في العقود، وتحريم الغش والتدليس، فعن حكيم بن حزام رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَّا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما»^(٢)، قال النووي: «أَي بَيِّن كُلِّ وَاحِدٍ لَصَاحِبِهِ مَا يَحْتَاجُ إِلَى بَيَانِهِ مِنْ عَيْبٍ وَنَحْوِهِ فِي السَّلْعَةِ وَالثَّمَنِ، وَصَدَقَ فِي ذَلِكَ، وَفِي الْإِخْبَارِ بِالثَّمَنِ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِالْعَوَاضِينَ، وَمَعْنَى مُحَقَّتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا أَيِ ذَهَبَتْ بَرَكَتُهُ وَهِيَ زِيَادَتُهُ وَنَمَائُؤُهُ»^(٣).

(١) انظر: العربي بلحاج، مصدر سابق، ص (٥٥-٥٦)، رجب عبد الكريم عبد الله، مصدر سابق، ص (٤١٦ وما بعدها).

(٢) البخاري، مصدر سابق، كتاب البيوع باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا، (٥٨/٣)، ومسلم، مصدر سابق، كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان، (٣/١١٦٤).

(٣) النووي، يحيى بن شرف، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٩٢هـ، (١٧٦/١٠).

وعن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مر على صبرة^(١) طعامٍ فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللاً فقال: «ما هذا يا صاحب الطعام؟» قال أصابته السماء يا رسول الله، قال: «أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غش فليس مني»^(٢).

ونهى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن النجش^(٣)، وأخبر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّ «الخديعة في النار»^(٤)، وعن أبي سعيد الخدري أَنَّ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

(١) الصبرة: الطعام المجتمع كالكومة، وجمعها صُبر، ابن الأثير، مصدر سابق، (٩/٣).

(٢) مسلم، مصدر سابق، كتاب الإيمان باب قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من غشنا (٩٩/١).

(٣) البخاري، مصدر سابق، كتاب البيوع، باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع (٦٩/٣)، ومسلم، مصدر سابق، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية، (١١٥٥/٣)، والنجش هو أن يمدح السلعة لينفقها ويروجها، أو يزيد في ثمنها وهو لا يريد شراءها، ليقع غيره فيها. والأصل فيه: تنفير الوحش من مكان إلى مكان، انظر: ابن الأثير، مصدر سابق، (٢١/٥).

(٤) البخاري، مصدر سابق، (٦٩/٣)، وقد أخرجه البخاري تعليقاً، قال ابن حجر: «رواه ابن عدي في الكامل من حديث سعد بن عباد، وإسناده لا بأس به، وأخرجه الطبراني في الصغير من حديث بن مسعود والحاكم في المستدرک من حديث أنس وإسحاق بن راهويه في مسنده من حديث أبي هريرة وفي إسناده كل منهما مقال لكن مجموعهما يدل على أن للمتن أصلاً» ابن حجر العسقلاني، مصدر سابق، (٣٥٦/٤).

قال: «التاجر الصدوق الأمين مع النبيين، والصديقين، والشهداء»^(١)
 قال الطيبي: «فمن تحرى الصدق والأمانة في تجارته، كان في زمرة
 الأبرار من النبيين والصديقين، ومن توخى خلافهما، كان في قرن
 الفجار من الفسقة والعاصين»^(٢).

فهذه الأحاديث الشريفة غيَّض من فيضٍ من النصوص التي
 أكدت أهمية الأخلاقيات في المعاملات والعقود.

المطلب الرابع: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات:

يعتبر الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات من أهم الالتزامات
 التي يحرص عليها أطراف المفاوضات، ويعني هذا الالتزام أن يمتنع
 المتفاوض الذي اطلع على المعلومات في عملية التفاوض من إفشائها
 للغير، سواء أثناء التفاوض أو بعده أو استغلالها لمصلحته الشخصية
 دون موافقة صاحبها.

ولا يقصد بالسرية أن تكون المفاوضات غير علنية تجري في طي
 الكتمان، بل تكمن السرية في المعلومات التي تحصل عليها المتفاوض

(١) الترمذي، محمد بن عيسى، في الجامع الكبير (السنن)، تحقيق: بشار عواد، دار
 الغرب الإسلامي بيروت، ١٩٩٨م، (٢/٤٩٨)، وقال الترمذي: وهذا
 حديث حسن.

(٢) الطيبي، الحسين بن عبد الله، شرح الطيبي على مشكاة المصابيح المسمى بـ
 (الكاشف عن حقائق السنن)، مكتبة نزار الباز، ١٤١٧هـ، (٧/٢١١٩).

من المفاوضات، سواء كانت معلوماتٍ فنيةً، أو مهنيةً، أو ماليةً، أو تكنولوجيةً، أو هندسيةً، أو كيميائيةً.

ويكتسب هذا الالتزام أهمية خاصة في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية، فيعرض المتفاوضون في مدة المفاوضات مخططات الآلات، وأسراراً خاصةً، ومعلوماتٍ فنيةً، يطلع عليها مستورد التكنولوجيا، ويحدث هذا في الغالب عندما تدخل المشروعات الكبرى في مفاوضات مع المشروعات الصغيرة، وفي المقابل يتاح لمورد التكنولوجيا الاطلاع على بيانات مستورد وطالب هذه التكنولوجيا من خلال المناقشات والحوارات التي تدور بينهما، أو ما يتبادلوه من مستندات، هنا تكمن أهمية المحافظة على سرية المعلومات، ويتوجب على أطراف المفاوضات المحافظة على الأسرار التي يطلعون عليها أثناء مفاوضاتهم، فلا يستغلوها لمصلحتهم الشخصية ولا يفشوها للغير^(١).

تجدر الإشارة أن المعلومات التي يجب أن تحظى بالسرية نوعان، يتمثل النوع الأول في تلك التي أضفى عليها صاحبها الطابع السري بمناسبة إبرام العقد، والمعيّار في ذلك هو الثقة المتبادلة بينهم مثل الوضعية المالية والتقنية للشركة، الرسوم، الأبحاث، التصميمات... إلخ، فهي معلومات لا يجوز إفشاؤها للغير بدون موافقة صاحبها، أما

(١) انظر: نشمي، مصدر سابق، ص(٦٦)، د. عبد العزيز المرسي حمود: الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذات الطابع التعاقدية - دراسة مقارنة - ٢٠٠٥ م. ص (٨١).

النوع الثاني فيشمل المعلومات التي تعد سريةً بطبيعتها، أي تلك التي يترتب على إفشائها ضررٌ ماديٌّ أو معنويٌّ لصاحبها كالمعلومات ذات الطابع الشخصي اللصيقة بالحياة الخاصة للمتفاوض مثل: المعلومات المرتبطة بالحالة الصحية للمتفاوض الراغب في التعاقد، كإصابته مثلاً بمرض أو غيره^(١).

وحفظ السر مما أكدت عليه الشريعة الإسلامية فإن السر أمانة، وحفظه واجب، وذلك من أخلاق المؤمنين، وقد روي عن أنس رضي الله عنه أنه قال: خدمت النبي صلى الله عليه وسلم عشر سنين فقال صلى الله عليه وسلم: «اكنم سري تكن مؤمناً»^(٢)، وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا حدث الرجل بالحديث ثم التفت فهي أمانة»^(٣) قال ابن بطال: «قال المهلب: والذي عليه

(١) حسين، ميلود النظام القانوني للمفاوضات السابقة على التعاقد دراسة في القانون المدني الفرنسي، مجلة الفكر القانوني والسياسي، كلية الحقوق، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، المجلد ٦، العدد ١، ٢٠٢٢م، ص (٩٥٦).

(٢) أبو يعلى، أحمد بن علي الموصلي، المسند، تحقيق: محمد حسين أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، ١٤٠٤هـ، (٣٠٦/٦) قال ابن حجر: وفيه علي بن زيد وهو صدوق كثير الأوهام، ابن حجر العسقلاني، مصدر سابق، (٨٢/١١)، وانظر: ابن الملقن، عمر بن علي المصري، التوضيح لشرح الجامع الصحيح دار النوادر، دمشق، ١٤٢٩هـ، (١٤٧/٢٩).

(٣) أخرجه أحمد في المسند، مصدر سابق، (٣٦٢/٢٢)، وأبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة العالمية، ١٤٣٠هـ، (٢٣١/٧)، والترمذي في جامعه، مصدر سابق، (٤٠٥/٣)، وحسنه.

أهل العلم أن السر لا يباح به إذا كان على المسر فيه مضرة^(١)، وقال ابن مفلح: لا يجوز الاستماع إلى كلام قوم يتشاورون، ويجب حفظ سر من يلتفت في حديثه حذرًا من إشاعته، لأنه كالمستودع^(٢).

المطلب الخامس: الالتزام بحظر المفاوضات الموازية:

هذا الالتزام يعني امتناع المتفاوضين أو أحدهما عن التفاوض مع الآخرين من المنافسين خلال مدة زمنية معينة، وهي المدة اللازمة للتوصل إلى اتفاق على جميع بنود العقد المراد إبرامه، أو هي المدة التي يمكن بعدها قطع المفاوضات أو العدول عنها.

وهذا الالتزام شائع في عقود التجارة الدولية ويكون ذلك بموجب شرط خاص يتفق عليه الأطراف صراحةً، ويسمى شرط الحصر أو الاستبعاد، وغالبًا ما يطلب الذي فرض عليه حظر إجراء مفاوضات موازية مقابلًا ماليًا لذلك^(٣).

ويمكن أن يجد هذا سندًا في الفقه الإسلامي بدخوله ضمن النهي عن سوم الرجل على سوم أخيه، فقد أخرج الشيخان عن أبي هريرة

(١) ابن بطال، علي بن خلف، شرح صحيح البخاري، مكتبة الرشد، ١٤٢٣هـ، (٦٤/٩).

(٢) ابن مفلح، محمد بن مفلح المقدسي، الآداب الشرعية والمنح المرعية، دار عالم الكتب، (٢٦٧/٢).

(٣) ينظر: العربي بلحاج، مصدر سابق، ص(١٠٥-١٠٦)، رجب، عبد الكريم عبد اللاه، مصدر سابق، ص(٧٤).

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «نهى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَسْتَامَ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ»^(١)، قال النووي: «وأما السَّوم على سَوْمِ أَخِيهِ فهو أَنْ يَكُونَ قَدْ اتَّفَقَ مَالِكُ السَّلْعَةِ وَالرَّاعِبُ فِيهَا عَلَى الْبَيْعِ وَلَمْ يَعْقِدَاهُ، فيقول الآخر للبايع أنا أَشْتَرِيهِ، وهذا حَرَامٌ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الثَّمَنِ»^(٢)، وقد نقل ابن القُطَّان الإجماع على منع السوم على سَوْمِ أَخِيهِ^(٣)، لما في ذلك من الفساد وإيقاع العداوة والبغضاء مع النهي الوارد عنه نصًّا^(٤).

(١) البخاري، مصدر سابق، كتاب الشروط، باب الشروط في الطلاق، (٣/ ١٩٢)، ومسلم، مصدر سابق، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية، (٣/ ١١٥٤).

(٢) النووي، شرح صحيح مسلم، مصدر سابق، (١٠/ ١٥٨).

(٣) ابن القُطَّان، علي بن محمد، الإقناع في مسائل الإجماع، الناشر مكتبة الفاروق الحديثة، ١٤٢٤هـ، (٢/ ٢٤٢) وانظر: الكاساني، مصدر سابق، (٥/ ٣٧٧)، ابن رشد، محمد بن أحمد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٨هـ، (٤/ ٤٥٢)، الماوردي علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ، (٥/ ٣٤٤)، موفق الدين ابن قدامة، مصدر سابق، (٤/ ١٦١).

(٤) الماوردي، مصدر سابق، (٥/ ٣٤٤).

المبحث الثالث

الاتجاهات القانونية لتكييف مرحلة التفاوض قبل العقد

انقسم فقهاء القانون بشأن القيمة القانونية الإلزامية لاتفاق التفاوض على اتجاهين:

الاتجاه الأول: أن مفاوضات ما قبل العقد المصحوبة باتفاق تعتبر بمثابة عقد، فغالبية فقهاء القانون الفرنسي قبلوا بسهولة وجود التزامات ما قبل عقدية ذات طبيعة عقدية، حيث لم يتردد الفقهاء الفرنسيون في الاعتراف باتفاق التفاوض، واعتبروه اتفاقاً حقيقياً، ينشئ على عاتق الطرفين التزامات حقيقية يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية، فإذا تخلى أحد الأطراف عن تنفيذ التزاماته، وانسحب من المفاوضات دون سبب، وأحدث ضرراً بالطرف الآخر، فإنه والحالة هذه يعتبر مخلاً بالتزامات المترتبة عليه وتجب مساءلته على أساس قواعد المسؤولية العقدية^(١).

الاتجاه الثاني: أن المفاوضات السابقة على التعاقد المصحوبة باتفاق ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها أثر قانوني، فكل متفاوض حرٌّ

(١) انظر: رجب، عبد الكريم عبد اللاه، مصدر سابق، ص (٢٧٧) وما بعدها، العربي بلحاج، مصدر سابق، ص (١٤١) وما بعدها، نشمي، مصطفى خضير، مصدر سابق، ٤٨-٤٩، جعفر، آيت سليمان، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، ٢٠١٨م، ص (٢٢-٢٣).

في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية، أو يطالب ببيان المبرر لعدوله، ولا يترتب على هذا العدول مسؤولية من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض، وعبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر يقع على عاتق ذلك الطرف، ومن ثم فلا يجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضات ذاتها المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره، بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية^(١).

وهذا الاتجاه هو الأغلب عند فقهاء القانون، وهو ما سار عليه القانون الأمريكي، والقانون الإنجليزي، وكثير من القوانين العربية كالقانون المصري والقانون الجزائري^(٢).

وهذا هو ما نص عليه نظام المعاملات المدنية السعودي، ففي المادة الحادية والأربعون: «إذا تمّ التفاوض على عقدٍ فلا يترتب ذلك على أطراف التفاوض التزاماً بإبرام هذا العقد، ومع ذلك يكون من يتفاوض أو يُنهي التفاوض بسوء نية مسؤولاً عن الضرر الذي أصاب

(١) ينظر: المصادر السابقة.

(٢) ينظر: العربي بلحاج، مصدر سابق، ١٤٥ وما بعدها.

الطرف الآخر، ولا يشمل ذلك التعويض عما فاته من كسب متوقع من العقد محل التفاوض»^(١).



(١) نظام المعاملات المدنية، المادة الحادية والأربعون، موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء:

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/655fdb42-8c96-422b-b8c4-b04f0095c94c/1>

المبحث الرابع

التكييف الفقهي للمفاوضات السابقة على التعاقد

يقصد بالتكييف الفقهي: تحرير المسألة الفقهية وبيان انتهائها إلى أصل معينٍ معتبر^(١).

وقيل في تعريفه: تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة^(٢).

وفي هذا المبحث محاولةٌ لإلحاق مرحلة المفاوضات السابقة على العقد بأصل فقهي معتبر.

المطلب الأول: تكييف المفاوضات السابقة على العقد على أنها من المساومة:

المساومة لغةً:

اسم مصدر ساوم، والسوم: عرض السلعة على البيع، يقال منه: سُمِتَ بالسلعة أسوم بها سَوَمًا، وساوَمَت سِوَامًا، واسْتَمَتَ بها وعليها: غاليت، وكذا اسْتَمَتَهُ إياها. قال ابن فارس: «السين والواو

(١) قلعه جي وآخرون، مصدر سابق، ص (١٢٣).

(٢) شبير، محمد عثمان التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، دار القلم دمشق، ١٤٢٥ هـ، ص (٣٠).

والميم أصل يدل على طلب الشيء. يقال سُمت الشيء، أسومه سَوْمًا. ومنه السَّوم في الشراء والبيع» وقال الراغب: «أصل السَّوم الذهاب في ابتغاء الشيء، فهو معنى مركب من الذهاب والابتغاء» والمساومة: المجاذبة بين البائع والمشتري على السلعة وفصل ثمنها^(١).

والمساومة اصطلاحًا:

إيقاف الرجل سلعته ليساومه فيها من أرادها^(٢).

ومن معانيها: مبادلة المبيع بأي ثمن اتفق^(٣).

وجه الشبه بين المساومة ومفاوضات ما قبل العقد:

هناك شبهة وتقارب بين المساومة والمفاوضات قبل العقد، ويتضح ذلك في جانبين:

الأول: أن المقصود منهما واحدٌ وهو بذل المحاولات للوصول إلى تفاهم متبادلٍ بين الطرفين ليقف كلٌ منهما على مدى استعداد كل طرفٍ لقبول شروط الطرف الآخر، فالمساومة والتفاوض مرحلتان تسبقان التعاقد وتمهّدان له، كما أن نتيجة كلٍ منهما نتيجةٌ احتماليةٌ لإبرام العقد، فلا يلزم إبرام العقد إذا حصلت مساومة، ولا يلزم

(١) ينظر: ابن فارس، مصدر سابق، (٣/١١٨)، ابن منظور، مصدر سابق، (١٢/٣١٠)، الزبيدي، مصدر سابق، (٣٢/٤٢٨-٤٢٩).

(٢) الخطاب، محمد بن محمد الطرابلسي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، بيروت، ٢٠٠٣م، (٦/٢٦).

(٣) الكاساني، مصدر سابق، (٥/١٣٤).

كذلك إبرام العقد إذا سبقته مفاوضات، بل إن العقد يتم بدون مفاوضات أو مساومة^(١).

قال ابن عبد البر: «وأما إن كان البيع غير واجب حتى يختار ما شاء من أجناس السلع، فهذا من باب المساومة عندهم، ولا يدخله كراهية لأنه ليس بعقد بيع»^(٢).

وقال ابن رشد: «... أن المتساومين ما لم يوجب أحدهما لصاحبه البيع، فلا يلزم البائع البيع بما طلب من الثمن ولا المبتاع الأخذ بما بذل منه في حال المساومة، وأن لكل واحدٍ منهما أن يرجع عن ذلك ما لم يتم البيع بالكلام»^(٣)، وقال النووي: «... فإن كل أحدٍ يعلم أن المتساومين بالخيار، إن شاء عقدا وإن شاء تركا»^(٤).

الثاني: أن المساومة والتفاوض على العقد يتفقان في أنهما ليسا بشرط لصحة العقد.

قال النووي: «تقديم المساومة على البيع ليس بشرط لصحته، بل لو لقي رجلاً في طريقه فقال بعثك هذا بألف فقال قبلت أو اشتريت

(١) انظر: المعموري، مصدر سابق، ص (٥٤-٥٥).

(٢) ابن عبد البر يوسف بن عبد الله النمري، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، ١٤٠٧هـ، ص (٣٦٦).

(٣) ابن رشد، محمد بن أحمد، كتاب المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمّهات مسائلها المشكلات، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ، (٢/ ٩٨).

(٤) النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، (٩/ ١٨٧).

صح البيع بلا خلاف، لأن اللفظ صريحٌ في حكمه، فلا يتوقف على قرينةٍ ولا سابقة^(١).
ووجه الفرق:

أولاً: أن المفاوضة أعم من المساومة، فالمفاوضة ترد على كل عناصر العقد، العوض والمَعَوُض وشروط العقد ومدته، في حين أن المساومة ترد على عنصرٍ واحدٍ من عناصر العقد وهو العوض أو المقابل المالي، ذلك أن البيع ينقسم باعتبار تحديد الثمن إلى أقسام: المساومة، والمزايدة، والمرابحة^(٢)، وكما ترد المساومة في عقد البيع فإنها ترد كذلك في عقود المعاوضات الأخرى، كالمساومة على الأجرة في عقد الإجارة.

ثانياً: أن المساومة تكون من جانبٍ واحدٍ وهو المشتري في الغالب، الذي يحرص على تخفيض الثمن الذي يعرضه عليه البائع، وهذا يتضح من تعريفها السابق ذكره (إيقاف الرجل سلعته ليساومه فيها من أرادها) فهي نشاطٌ من جانبٍ واحدٍ يقع من أحد الطرفين فحسب

(١) النووي، مصدر سابق، (١٧١ / ٩).

(٢) ينظر في أقسام البيع باعتبار الثمن: الكاساني، مصدر سابق، (١٣٤ / ٥)، الرجراجي علي بن سعيد، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢٨ هـ، (٧ / ٧)، الماوردي، مصدر سابق، (٢٧٩ / ٥)، عبد اللاه، مصدر سابق، ص (١٢٠)، وبيع المزايدة: أن ينادي على السلعة ويزيد الناس فيها بعضهم على بعض حتى تقف على آخر زائد فيها فيأخذها، وبيع المربحة: أن يُعرف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها ويأخذ منه ربحاً. انظر: ابن جُزي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، ضبطه: محمد الضناوي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ.

ولو لم تلق أي استجابة من الطرف الآخر، وقد تحدث من جانب البائع أيضًا، وذلك بهدف الحصول على ثمن أكبر في الشيء الذي يعرضه للبيع، في حين أن المرحلة السابقة على التعاقد هي دائماً عملٌ ثنائي الجانب، ومن أهم خصائصها أنها تقوم على الأخذ والعطاء والتبادل بين الجانبين، وكلٌ منهما يساهم بشكلٍ رئيسٍ في تحديد شروط العقد المراد إبرامه، ومن ثم لا يتصور حصولها من أحد الطرفين دون مشاركة الطرف الآخر^(١).

ثالثاً: المفاوضات لا تحدث إلا في عقدٍ قابلٍ للتفاوض، بخلاف المساومة التي يمكن أن تحدث في جميع أنواع العقود المالية، سواء أكانت قابلةً للتفاوض أم غير قابلة^(٢).

ويتبين للباحث بعد المقارنة وجود التشابه الكبير بين المساومة والتفاوض على العقد، غير أن الأخيرة أوسع بكثير من فكرة المساومة فهي مرحلةٌ طويلةٌ يتخللها تفصيلات ومناقشات، خلافاً للمساومة التي لا تستغرق إلا دقائق.

(١) انظر: عبد الله، مصدر سابق، ص (١٢٠).

(٢) يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص (٣٤).

المطلب الثاني: تكييف المفاوضات السابقة على العقد على أنها عقدٌ غير مسمى:

العقد غير المسمى: هو العقد الذي لم يصطلح على اسمٍ خاصٍ لموضوعه، ولم يكن موجوداً زمن التشريع^(١).

والأصل جواز استحداث العقود، ولا يحرم منها إلا ما دل الشرع على تحريمه، وهذا قول عامة الفقهاء، ولم يخالف في ذلك إلا الظاهرية^(٢).

ووجه إمكانية اعتبار المفاوضات السابقة على العقد عقداً، أنها عبارة عن نشاطٍ ثنائي الجانب يقوم على الاتصال والتفاعل، ويسعى الأطراف من خلالها إلى التوصل إلى اتفاقٍ لإبرام العقد، مع توافر أركان العقد من صيغة وعاقدين، ومحلٍ للعقد^(٣) وهو الالتزام

(١) ينظر: الكاساني، مصدر سابق، (٥/٢٤٨)، الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام (١/٦٣٢).

(٢) ينظر: ابن عابدين محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) دار إحياء التراث العربي، ١٤١٩هـ، (٩/٢٧)، الخطاب، مصدر سابق، (٥/٦)، الشربيني، مصدر سابق، (٢/٣٢٣)، ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، القواعد النورانية الفقهية، الناشر دار ابن الجوزي، ١٤٢٢هـ، ص (٢٦١)، ابن حزم، علي بن أحمد، المحلى شرح المجلى، دار إحياء التراث العربي بيروت، ١٤١٨هـ، (٩/١٩٢).

(٣) هذه أركان العقد عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، ويرى الحنفية أن ركن العقد هو القول والفعل أي الإيجاب والقبول، وأما بقية العناصر فهي شرائط للانعقاد ولوازم له، والخلاف هنا يشبه أن يكون لفظياً، ينظر: الكاساني، مصدر سابق، (٥/٢٢٤)، الدسوقي، مصدر سابق، (٤/٣-٤)، النووي، المجموع شرح المذهب، مصدر سابق، (٩/١٠٧).

بالتفاوض وما يلحق ذلك من التزاماتٍ اتفق عليها الطرفان كالالتزام بالتعاون، والمحافظة على سرية المعلومات.

وفي نظر الباحث أن المفاوضات السابقة على التعاقد لا ترقى أن تكون عقداً، ذلك أنها تفتقر إلى ركنٍ من أركان العقد، وهو محل العقد المعتبر شرعاً، ومحل العقد هو ما يقع عليه العقد وتظهر فيه أحكامه وآثاره، ويختلف المحل باختلاف العقود، فقد يكون المحل عيناً مالية كالبيع في عقد البيع، أو منفعة شيءٍ معينٍ، كمنفعة المأجور في عقد الإجارة، وقد يكون عملاً من الأعمال كعمل الوكيل في عقد الوكالة^(١)، ولذلك اشترط الفقهاء في العقود عليه أن يكون معلوماً، موجوداً، ومقدوراً على تسليمه^(٢)، وموضوع التفاوض على العقد هو الجلوس للتفاوض والحوار، وهذا المحل ليس عيناً مالية ولا منفعة ولا عملاً، ولا ينشئ التزاماً حقيقياً لطرفي العقد أو لأحدهما بإبرام العقد، وإنما يلتزم المتفاوضون بالبدء بالتفاوض، والتعاون وعدم إفشاء الأسرار، وهذه التزامات أخلاقية، ولذلك بمجرد التعاقد، فإن المفاوضات السابقة وما جرى فيها تعتبر لاغيةً، وإذا وجد تعارضٌ بينها وبين العقد، فلا يعتد إلا بما ورد في العقد.

(١) الموسوعة الكويتية، (٣٠ / ٢٢١).

(٢) ينظر في شروط العقود عليه: الكاساني، مصدر سابق، (٥ / ٢٢٤ وما بعدها)، الدسوقي، مصدر سابق، (٣ / ١٠)، الشربيني، مصدر سابق، (٢ / ٣٢٣)، البهوتي، مصدر سابق، (٣ / ١٤٦).

المطلب الثالث: تكييف المفاوضات السابقة على العقد على أنها وعد بالتعاقد:

الوعد بالتعاقد هو الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقدٍ معينٍ في المستقبل^(١).

وقد اتفق الفقهاء على استحباب الوفاء بالوعد^(٢)، واختلفوا في وجوبه على أقوالٍ، فذهب أكثرهم إلى عدم وجوب الوفاء بالوعد^(٣)، وذهب ابن شبرمة إلى أن الوعد يلزم مطلقاً ويجب الوفاء به ويقضى به على الواعد^(٤)، وهذا رأي عمر بن عبد العزيز والحسن البصري^(٥)، واختيار إسحاق بن راهويه^(٦)، وذهب المالكية إلى التفصيل فيما يجب الوفاء به من الوعود، فالوعد يكون لازماً يجب الوفاء به ويقضى القاضي به على الواعد إذا كان

(١) مادة ١٠١، القانون المدني المصري، انظر: السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧م، (١/٢٠٩).

(٢) النووي، يحيى بن شرف، الأذكار مطبوع مع الفتوحات الربانية لابن علان، دار إحياء التراث العربي (٦/٢٨٥).

(٣) وهو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة، ينظر: السرخسي محمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة (٢٩/٢١)، النووي، مصدر سابق، (٤/٣٣٨)، ابن مفلح، محمد ابن مفلح، الفروع تحقيق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة (١١/٩٢).

(٤) ينظر: ابن حزم، مصدر سابق، (٨/١٨١).

(٥) حكاة البخاري عنه، انظر: البخاري، مصدر سابق، (٣/١٨٠).

(٦) المصدر السابق.

الوعد قد تم على سببٍ، ودخل الموعد له بسبب الوعد في شيء^(١)، وهذا الرأي هو اختيار مجمع الفقه الإسلامي^(٢).

ووجه الشبه بين المفاوضات السابقة على العقد وبين الوعد بالتعاقد، أن كلا منهما مرحلة تسبق العقد، ولا يتم كل منهما إلا بتوافق إرادتين.

والفرق بين الوعد بالتعاقد وبين المفاوضات السابقة على العقد فرقٌ بينٌ، فالوعد بالتعاقد يكون ملزماً عند بعض الفقهاء كما تقدم، ويتحدد أثر الإلزام إما بتنفيذ الوعد بمجرد إظهار الموعد له رغبته في التعاقد دون الحاجة إلى إجراءٍ آخر، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر^(٣)، في حين أن من خصائص التفاوض على العقد، أنه غير ملزم لأيٍّ من الطرفين لإبرام العقد، وإنما جوهر الالتزام هو التفاوض فقط.

(١) انظر: القرافي، مصدر سابق، (٦/٢٩٩)، الدسوقي، مصدر سابق، (٣/٢٣٥)، حماد، نزيه، الوفاء بالوعد في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥/٦٠٤ وما بعدها).

(٢) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الطبعة الثانية، ١٤٤٤هـ، ص (١٤٦).

(٣) المصدر السابق.

الترجيح:

بعد النظر في هذه التوصيفات وما نوقشت به أجدني أميل إلى التكييف الأول بأن المفاوضات السابقة على العقد ضربٌ من المساومة، وذلك للتقارب الكبير بينهما، ولوجود الفروق الظاهرة في التكييفات الأخرى.



المبحث الخامس

الأثر الفقهي المترتب على المفاوضات السابقة على العقد

بعد أن بينت في المبحث السابق أن المفاوضات السابقة على العقد، ليست عقداً، ولا يصح تخريجها على الوعد الملزم، وأقرب التوصيفات الفقهية لها أنها من قبيل المساومة، وتأسيساً على ذلك، فلا يترتب على أطراف التفاوض أية مسؤولية عقدية، فيحق لكل طرف أن ينسحب من المفاوضات لأي سبب، فقد يقطع أحد الأطراف المفاوضات عندما يتبين له أن الصفقة يتخللها مخاطر جسيمة، أو أنه ليس من المتوقع أن تسفر عن ربح ما، أو أنه قد ينتج عنها خسائر هائلة له، وقد يقطعها عندما يتبين له أن المفاوضات الموازية الأخرى التي كان يجريها منذ البداية مع طرف آخر تعدّه بشروط أفضل^(١)، وإذا كان العدول عن المفاوضات حقاً مشروعاً لكل من العاقلين فذلك يقتضي أن لا يترتب على عدول العاقد عن المفاوضات ضمان ولا مؤاخذه، فقد نصّ الفقهاء على أن المتولّد من مأذون فيه لا أثر له^(٢)، وأنّ الجواز الشرعي ينافي

(١) بارود، حمدي محمود، الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد ٢٠، العدد ٢، يوليو، ٢٠١٢م، ص (٥٥١).

(٢) انظر: الزركشي محمد بن عبد الله، المنشور في القواعد الفقهية، الناشر وزارة الأوقاف الكويتية، ١٤٠٥هـ، (٣/١٦٣)، السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ، ص (١٤١).

الضمان^(١)، أي أن الفعل المباح شرعاً لا يستوجب الضمان أو تعويض الضرر الذي قد يحدث إلا عند التعدي أو التفريط^(٢).

ولكن قد يتضرر الطرف المقابل بقطع المفاوضات بعد أن خصص لها وقتاً ومكاناً وبذل فيها تكاليف مادية، أو فوت على الطرف المفاوض إبرام صفقة وشيكة مع الغير، أو بإفشاء المعلومات السرية التي التزم المفاوض بالمحافظة عليها، فهل يحق للطرف المتضرر المطالبة بتعويض عن هذا الضرر؟ وقبل الإجابة عن هذا التساؤل،ؤكد أن الشريعة الإسلامية جاءت بمنع الضرر ووجوب إزالته، وغدت قاعدة (الضرر يزال) من القواعد الكلية الكبرى، حتى قال بعضهم إن نصف الفقه يندرج تحت هذه القاعدة^(٣)، إذ إن من مقاصد الشريعة الإسلامية المحافظة على الضروريات الخمس وحمايتها، والتي هي الدين والنفس والعقل والنسل والمال^(٤)، وقد دل على هذه القاعدة أدلة كثيرة، منها

(١) انظر: ابن عابدين، مصدر سابق، (١١ / ٣٧٥) ومعنى هذه القاعدة أن ما ترتب على التصرف المباح شرعاً من فساد أو ضرر للآخرين، سواء كان بالفعل أو الترك، فإن هذا الضرر لا يُضمّن.

(٢) الزحيلي، وهبة مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، الناشر دار الفكر، دمشق (٤ / ٣٢٢٩).

(٣) انظر: المرداوي، علي بن سليمان، التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، الناشر مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢١هـ، (٨ / ٣٨٤٦)، وانظر: العلائي، خليل بن كيكليدي، المجموع المذهب في قواعد المذهب، (٢ / ٣٧٥).

(٤) الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، دار ابن عفان، ١٤١٧هـ، (١ / ٣١).

ما رواه ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضَرَارَ»^(١).

والضرر: هو إلحاق مفسدةٍ بالغير مطلقاً^(٢)، وعرفه بعضهم بأنه: النقص في النفس أو الطرف أو العرض أو المال^(٣).

وقد اتفق الفقهاء على أن إتلاف المال مباشرةً، أو بتسببٍ سببٍ من أسباب الضمان^(٤).

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند (٥/ ٥٥)، وابن ماجه في السنن برقم ٢٣٤١، من طريق جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس، والحديث له شواهد منها حديث أبي سعيد الخدري عند الدارقطني ٣/ ٧٧ و ٤/ ٢٢٨، والبيهقي (٦/ ٦٩)، وحديث عبادة بن الصامت في مسند أحمد (٣٧/ ٤٣٨)، وقد حسن الحديث بمجموع طرقه النووي وابن رجب، وقال أبو عمرو بن الصلاح: هذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه، ومجموعها ويقوي الحديث ويحسنه، وقد قبله جماهير أهل العلم واحتجوا به، انظر: ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة السابعة، ١٤٢٢هـ، (٢/ ٢١٠-٢١١).

(٢) الطوفي، سليمان بن عبد القوي، التعيين في شرح الأربعين، مؤسسة الريان، بيروت ١٤١٩هـ، (١/ ٢٣٦).

(٣) انظر: بوساق، محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيلية، ١٤١٩هـ، ص (٢٦).

(٤) الخطاب، مصدر سابق، (٥/ ٢٨٧)، والضمان في اصطلاح الفقهاء يطلق على معنيين، الأول: بمعنى الكفالة، ومن تعريفات الفقهاء بهذا المعنى، ما ذكره الموفق ابن قدامة بقوله: «الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق» المغني (٤/ ٣٩٩)، والمعنى الثاني للضمان: هو الالتزام والغرامة، =

قال الكاساني: «فلا شك أن الإلتلاف سببٌ لوجوب الضمان عند استجماع شرائط الوجوب؛ لأن إلتلاف الشيء إخراجُه من أن يكون منتفعًا به منفعةً مطلوبةً منه عادةً، وهذا اعتداء وإضرار»^(١)، وقال القرافي: «اعلم أن أسباب الضمان في الشريعة ثلاثة لا رابع لها، أحدها العدوان كالقتل والإحراق وهدم الدور وأكل الأطعمة وغير ذلك من أسباب إلتلاف المتمولات، فمن تعدى في شيءٍ من ذلك وجب عليه الضمان ... وثانيها التسبب للإلتلاف كحفر الآبار في طرق الحيوان، ... وللسبب الموجب للضمان نظائر كثيرة منها متفقٌ عليه، ومنها مختلفٌ فيه، لكن حصل الاتفاق من حيث الجملة على أن التسبب موجبٌ للضمان، ... وثالثها وضع اليد التي ليست بمؤتمنة»^(٢).

= ومن تعريفات الفقهاء بهذا المعنى ما ذكره ابن نجيم بقوله: هو رد مثل الهالك أو قيمته، انظر: الحموي، أحمد بن محمد، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ١٤٠٥ هـ، (٧ / ٤).

(١) الكاساني، مصدر سابق، (٧ / ١٦٤)، وانظر: الشربيني، مصدر سابق، (٣ / ٣٣٩).
(٢) القرافي، أحمد بن إدريس، الفروق، أو أنوار البروق في أنواء الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨ هـ، الفرق الحادي عشر والمائة (٢ / ٣٣٥)، وانظر: ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، تقرير القواعد وتحرير الفوائد، دار ابن عفان، القاهرة، ١٤١٩ هـ، (٢ / ٣١٦)، السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤١٨ هـ، (٥٧٨).

فإتلاف المال مباشرة^(١) موجب للضمان سواء كان بتعدي من المتلف أو بغير عدوان، وهذا باتفاق الفقهاء، قال القرافي: «العمد والخطأ في ضمان المتلفات سواء إجماعاً»^(٢)، وقال شمس الدين ابن قدامة: «ومن أتلف مالا محترما لغيره، ضمنه إذا كان بغير إذنه. لا نعلم في ذلك خلافا؛ لأنه فوته عليه، فوجب عليه ضمانه»^(٣).

والتسبب^(٤) بإتلاف المال موجب للضمان عند الفقهاء بشرط التعدي، وهو تجاوز الحق، أو ما يسمح به الشرع^(٥)، قال ابن رجب: «أسباب الضمان ثلاثة: عقدٌ ويدٌ وإتلافٌ، والمراد بالإتلاف أن يباشر الإتلاف بسببٍ يقتضيه كالقتل والإحراق، أو ينصب سبباً عدواناً فيحصل به الإتلاف بأن يحفر بئراً في غير ملكه، أو يؤجج ناراً في يوم ريح عاصفٍ، فيتعدى إلى إتلاف مال الغير، أو كان الماء محتبساً بشيءٍ وعادته الانطلاق فيزيل احتباسه»^(٦)، ومن الأدلة على مشروعية الضمان

(١) المباشر هو الذي يحصل الأثر بفعله من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار، انظر، الحموي، مصدر سابق، (١/٤٦٦).

(٢) القرافي، أحمد بن إدريس، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤هـ، (٣/٣٢٣).

(٣) ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد، الشرح الكبير على المقنع، (١٥/٢٩٧).

(٤) هو الذي حدث التلف بفعله، وتخلل بين التلف وفعله فعلٌ مختار، الحموي، مصدر سابق، (١/٤٦٦).

(٥) المصدر السابق، (١/٤٦٦)، البغدادي، غانم بن محمد، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، ص (١٤٦).

(٦) ابن رجب، كتاب القواعد، مصدر سابق، وانظر: الموفق ابن قدامة، مصدر سابق، (٨/٤٢٣).

عن الأضرار المالية ما أخرجه البخاري عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نساءه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصة^(١) فيها طعام فضربت بيدها، فكسرت القصعة، فضمها وجعل فيها الطعام، وقال: «كلوا». وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا، فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة^(٢)، وفي رواية فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «طعام بطعام، وإناء بإناء»^(٣)، قال ابن عبد البر: «قوله صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث طعام مثل طعام، مجتمع على استعماله والقول به في كل مطعم مأكول أو موزون مأكول أو مشروب إنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته...»^(٤).

وعند إجمالة النظر في الأضرار التي قد يتسبب بها الطرف المتفاوض إذا قطع المفاوضات فإنه لا يصدق عليها ضابط الضرر المادي الموجب للتعويض في الشريعة الإسلامية، فتضرر أحد الأطراف بتفويت فرصة محتملة، أو بالوقت الذي أهدره في المفاوضات قبل قطعها، أو بالنفقات التي صرفها للتحضير لإبرام العقد، كنفقات إعداد الدراسات، وتكاليف استشارة الخبراء، وأجرة الخازن والوسطاء، ومصاريف

(١) القَصْعَةُ: الصَّحْفَةُ أو الصَّخْمَةُ مِنْهَا تُشْبَعُ الْعَشْرَةُ، ج: قَصَعَاتٌ، مُحَرَّكَةٌ، الزبيدي، مصدر سابق، (١١/٣٧٥).

(٢) البخاري، مصدر سابق، (٣/١٣٦).

(٣) الترمذي، مصدر سابق، (٣/٣٣)، وقال: حديث حسن صحيح.

(٤) ابن عبد البر، مصدر سابق، (١٤/٢٨٨).

السفر لمعاينة الأجهزة والآلات التي يجري التفاوض لشرائها، فهذه الأضرار المادية لم يباشرها الطرف المفاوض أو يتسبب بها، ذلك أنه بموجب اتفاق التفاوض لا يلتزم أي من الطرفين بإبرام العقد فكل منهما حرٌّ في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده، فنتيجة التفاوض نتيجة احتمالية، وما دام أنه لم يُنصَّ في اتفاق التفاوض على أن يتحمل الطرفان تكاليف المفاوضات، فإن كل طرفٍ مسؤولٌ عن نفقاته.

ويمكن أن تعتبر هذه الأضرار من قبيل الأضرار المعنوية، إذ الضرر المعنوي: هو كل أذى يصيب الإنسان في عرضه أو عاطفته أو شعوره، ويسمى الضرر الأدبي، فهو ضررٌ لا يمس الذمة المالية وإنما يسبب ألماً نفسياً ومعنوياً، لما ينطوي عليه من مساس بشعور الإنسان، أو شرفه، أو عرضه، أو سمعته، أو مركزه الاجتماعي^(١).

وقد ذهب عامة الفقهاء إلى أن الضرر المعنوي لا يوجب تعويضاً مالياً^(٢)، قال الكاساني: «مجرد الألم لا ضمان له في الشرع كمن ضرب رجلاً ضرباً وجيعاً..»^(٣)، وهذا ما نص عليه قرار مجمع الفقه

(١) انظر: الزرقا، مصطفى بن أحمد، الفعل الضار والضمن عليه، دار القلم دمشق، ١٤٠٩هـ، ص (١٢١).

(٢) انظر: الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ص (٤٥)، وقد نقل المؤلف اتفاق المذاهب على ذلك، وانظر: الزرقا، مصدر سابق، ص (١٢٤).

(٣) الكاساني، مصدر سابق، (٣١٦/٧)، وفي مواهب الجليل، مصدر سابق، (٣٠٥/٦) «ومن صالح من قذف على شقص أو مال لم يجز ورد ولا شفعة فيه بلغ الإمام أم لا انظر أبا الحسن وجعله من باب الأخذ على العرض مالا».

الإسلامي، وجاء فيه «الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي»^(١) ومما يستدل به على هذا القول:

أولاً: عدم ورود دليل على التعويض عن الضرر المعنوي، مع وجود أسباب التعويض في عصر النبوة^(٢).

ثانياً: أن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالتعويض وذلك بإحلال مال محل مالٍ فاقدٍ مكافئ، لرد الحال إلى ما كانت عليه إزالة للضرر وجبراً للنقص، وفي التعويض عن الضرر المعنوي أخذ مال لا في مقابلة مال، وهو من أكل أموال الناس بالباطل المحرم بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٣).

ثالثاً: أن التعويض المالي عن الضرر الأدبي لا ينضبط بضابط، بل هو اعتباطي محض، والشريعة الإسلامية حريصة على التكافؤ الموضوعي بين الضرر والتعويض، وهذا متعذر هنا^(٤).

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الطبعة الثانية، ١٤٤٤هـ، ص(٣٤٦-٣٤٧).

(٢) الزرقا، مصدر سابق، ص(١٢٤).

(٣) الخفيف، مصدر سابق، ص(٤٥).

(٤) انظر: الزرقا، مصدر سابق، ص(١٢٤).

رابعاً: أن المثل العليا تأبى أن يساوم الرجل على شرفه أو عرضه كما يساوم على أمواله^(١) وذهب بعض المعاصرين إلى جواز التعويض عن الأضرار المعنوية^(٢)، وأيدوا قولهم ببعض الأدلة ومنها:

أولاً: «أن بعض الفقهاء أجازوا للقاضي أن يحكم في نطاق التعزيرات بالعقوبات المالية بدلاً من الحبس وغيره على الأضرار التي لا عقوبة مقدرة فيها شرعاً، بدليل ما ثبت من أمره صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بكسر دنان الخمر وشق ظروفها^(٣)، وهدمه مسجد الضرار للمنافقين^(٤)، ومضاعفته

(١) الخفيف، مصدر سابق، ص (٤٦).

(٢) انظر: شلتوت، محمود، المسؤولية المدنية والجناحية في الشريعة الإسلامية، ص (٣٥)، الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ص (٢٩-٣٠)، فيض الله، محمد فوزي، أحكام الضمان في الفقه الإسلامي، الكويت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م، ص (٩٢).

(٣) يشير إلى حديث أبي طلحة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: يا نبي الله، إني اشتريت خمرًا لأيتام في حجرى، قال: «أهرق الخمر، واكسر الدنان» أخرجه الترمذي في سننه، (٥٧٩/٢)، وصححه ابن الملقن، انظر: البدر المنير (٦/٣٦٠)، وفي الباب ما أخرجه أحمد في المسند، مصدر سابق، (١٠/٣٠٦-٣٠٧)، عن ابن عمر قال أخذ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شفرةً وخرج إلى السوق وبها زقاق خمر جلبت من الشام فشق بها ما كان من تلك الزقاق بحضرته، ثم أعطانيها، وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي، وأن يعاونوني، وأمرني أن آتي الأسواق كلها، فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته، ففعلت فلم أترك في أسواقها زقاً إلا شققته. والحديث حسنه الشيخ شعيب الأرناؤوط محقق المسند.

(٤) انظر: السهيلي، عبد الرحمن بن عبد الله، الروض الأنف في شرح السيرة النبوية لابن هشام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٢١هـ، (٧/٤٠٤).

الغرم على سارق ما لا حد فيه بالقطع من الثمر أو من غير
حرز^(١)»^(٢).

ونوقش: بأن العقوبة بالمال كانت في أول الإسلام ثم نسخ الحكم،
وقد نقل الإجماع على نسخ العقوبة بالمال^(٣).

«وعلى فرض التسليم بمشروعة التعزير بأخذ المال لمن أضر بغيره
أديباً أن يذهب المال إلى خزانة الدولة لا إلى المتضرر، وهذا لا يقول به
من أجاز الضمان المالي في الأضرار المعنوية، وليس هو مراد المستدلين
بجواز التعزير المالي شرعاً»^(٤).

ثانياً: أن الضرر المعنوي لا يقل أثراً على النفس من ناحية الألم
الذي يبعثه عن الضرر المادي، بل قد يكون أشد من الضرر المادي،
وإذا كان التعويض عن الضرر مبعثه تخفيف حدة الألم عن نفس
المضرور وإزالة آثاره عنه، فإن هذا يحتم التعويض عن الضرر المعنوي^(٥).

(١) يشير إلى حديث عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سئل عن الثمر
المعلق، فقال: «من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه،
ومن خرج بشيء منه، فعليه غرامة مثليه والعقوبة...» أخرجه أحمد في مسنده،
(١١/٢٧٣)، وأبو داود في سننه، (٣/١٣٥)، والنسائي في سننه، (٨/٤٥٩)،
وصححه الأرنؤوط محقق المسند.

(٢) الزحيلي، مصدر سابق، ص (٣٠).

(٣) انظر: الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، (١/١٤٧).

(٤) الزرقا، مصدر سابق، ص (١٢٤).

(٥) النجار، عبد الله مبروك، الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون،
دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠هـ، ص (٧١).

ونوقش: بأن نصوص الشريعة تضافرت على تأكيد شدة تحريم الإضرار الأدبي، لكن الأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الإضرار الأدبي إنما هو التعزير الزاجر وليس التعويض المالي^(١).

ثالثاً: أن الحنفية نصوا على وجوب التعويض في حالة الألم الجسماني، فقال محمد بن الحسن تجب حكومة عدلٍ على الجاني بقدر ما لحق المضروب أو المجروح من الألم، وسئل أبو يوسف أنه «لو شج رجلاً فالتحمت ولم يبق لها أثر فقال: عليه أرش الألم وهو حكومة عدل»^(٢).

ونوقش: بأن الضرر المذكور ليس ضرراً معنوياً خالصاً، بل هو ضررٌ ماديٌّ لا نزاع في جواز التعويض المالي عنه^(٣).

وبعد النظر في أدلة القولين، وما نوqشت به، يترجح لدي القول الأول بعدم التعويض عن الأضرار المعنوية الخالصة، وذلك لوجهة أدلته، وحصول الإجابة عن أدلة القول الثاني.

(١) الزرقا، الفعل الضار والضمان عليه، مصدر سابق، ص (١٢٤).

(٢) انظر: البغدادي، مصدر سابق، ص (١٧١)، الزحيلي، مصدر سابق، ص (٢٩).

(٣) الزرقا، الفعل الضار والضمان عليه، مصدر سابق، ص (١٢٣).

خاتمة

وبعد فأحمد الله على ما منّ به من إتمام هذا البحث، وأسأله سبحانه أن ينفع به الباحث والقارئ، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وقد انتهيت إلى جملة من النتائج أهمها:

- أن المقصود بالمفاوضات السابقة على العقد: قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات الفنية ومناقشة الاقتراحات التي يضعونها معاً، أو يتفرد بوضعها أحدهما للوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما.

- أن التفاوض على العقد لم يكن معروفاً عند الفقهاء بهذا المصطلح وبهذا التوسع، وإنما كانت هناك بعض التصرفات المشابهة مثل المساومة والوعد بالتعاقد.

- أن مرحلة المفاوضات قبل العقد مرحلة هامة لا سيما في العقود الكبرى كعقود التجارة الدولية.

- أن المفاوضات السابقة على العقد تختلف عن إبرام العقد فهي مرحلة تسبق العقد وتمهّد له.

- هناك أكثر من اتجاه قانوني لتوصيف المفاوضات السابقة على العقد بين اعتبارها علاقة تعاقدية وبين اعتبارها عملاً مادياً لا يترتب عليها أثر قانوني.

- إن التزام أطراف التفاوض بالتعاون وحسن النية وكنم الأسرار مبادئ أخلاقية أكدتها الشريعة الإسلامية حيث أوجب الشارع على المتعاقدين الصدق والبيان وحرمة الغش والتدليس.

- أقرب التكييفات الفقهية للمفاوضات السابقة على العقد أنها من قبيل المساومة، وذلك للتقارب بين المصطلحين والتشابه بينهما.

- لا يترتب على المرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد أية مسؤولية عقدية، ولا يتحمل الطرف المنسحب من المفاوضات ضمان الأضرار المعنوية كتفويت فرصة أو إضاعة وقت الطرف الآخر، أو تكاليف المفاوضات ما لم يتم الاتفاق على تحمل الطرفين لتلك التكاليف.

فهرس المراجع

١. ابن الأثير، أبو السعادات المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩ هـ.
٢. البائري، محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٣٨٩ هـ.
٣. بارود، حمدي محمود، الطبعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد ٢٠، العدد ٢، يوليو ٢٠١٢ م.
٤. البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع المسند الصحيح، تحقيق: محمد الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ.
٥. ابن بطال، علي بن خلف، شرح صحيح البخاري، تحقيق: ياسر إبراهيم، مكتبة الرشد، ١٤٢٣ هـ.
٦. البغدادي، غانم بن محمد، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، د.ت.
٧. البهوتي منصور بن يونس كشاف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب بيروت، ١٤٠٣ هـ.
٨. الترمذي محمد بن عيسى، في الجامع الكبير (السنن) تحقيق: بشار عواد، دار الغرب الإسلامي بيروت، ١٩٩٨ م.
٩. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: أحمد الخليل، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ.
١٠. جعفر، آيت سليمان، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، ٢٠١٨ م.
١١. ابن الحاج، محمد بن محمد العبدري الفاسي، المدخل، مكتبة دار التراث، القاهرة، د.ت.

١٢. حبيب البغدادي محمد، النظام القانوني لمرحلة التفاوض على العقد، أطروحة دكتوراه، ٢٠٢١م.
١٣. ابن حزم علي بن أحمد، المحلى شرح المجلى، تحقيق: أحمد شاكر، دار إحياء التراث العربي بيروت ١٤١٨هـ.
١٤. حسين، محمد عبد الظاهر، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد ٢٢، عدد ٢، ١٩٩٨م.
١٥. ابن حجر أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٧هـ.
١٦. حسين، ميلود، النظام القانوني للمفاوضات السابقة على التعاقد دراسة في القانون المدني الفرنسي، مجلة الفكر القانوني والسياسي، كلية الحقوق جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، المجلد ٦، العدد ١، ٢٠٢٢م.
١٧. الخطاب، محمد بن محمد الطرابلسي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، بيروت، ٢٠٠٣م.
١٨. حماد، نزيه، الوفاء بالوعد في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٥، الجزء ٢، ١٤٠٩هـ.
١٩. الحموي، أحمد بن محمد، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ١٤٠٥هـ.
٢٠. ابن حنبل، أحمد بن محمد بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة ١٤٢١هـ.
٢١. الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠م.
٢٢. الخطابي، حمد بن محمد البستي، غريب الحديث، تحقيق: عبد الكريم الغرباوي، دار الفكر، دمشق، ١٤٠٢هـ.

٢٣. أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، دار الرسالة العالمية، ١٤٣٠هـ.
٢٤. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
٢٥. رجب، عبد الكريم عبد الله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.
٢٦. ابن رجب، عبد الرحمن ابن أحمد، تقرير القواعد وتحرير الفوائد، تحقيق: مشهور حسن سلمان، دار ابن عفان، القاهرة، ١٤١٩هـ.
٢٧. ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة السابعة، ١٤٢٢هـ.
٢٨. الرجراجي، علي بن سعيد، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحلّ مشكلاتها، اعتنى به: أبو الفضل الدميّاطي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
٢٩. ابن رشد، محمد بن أحمد، كتاب المقدمات الممهّدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيّات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، تحقيق: محمد حجّبي دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.
٣٠. ابن فارس، أحمد بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٣٨٩هـ.
٣١. الزبيدي، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، ٢٠٠٢م.

٣٢. الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، الطبعة التاسعة، ١٤٣٣هـ.
٣٣. الزحيلي، وهبة مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، ١٤١٨هـ.
٣٤. الزرقا، مصطفى بن أحمد، الفعل الضار والضمان عليه، دار القلم، دمشق، ١٤٠٩هـ.
٣٥. الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
٣٦. الزركشي، محمد بن عبد الله، المنشور في القواعد الفقهية، تحقيق: تيسير فائق، الناشر وزارة الأوقاف الكويتية ١٤٠٥هـ.
٣٧. بوساق، محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيلية، ١٤١٩هـ.
٣٨. السخاوي، محمد بن عبد الرحمن، المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، تحقيق: محمد الخشت، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ.
٣٩. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧م.
٤٠. سلامة، أحمد عبد الكريم، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.
٤١. السهيلي، عبد الرحمن بن عبد الله، الروض الأنف في شرح السيرة النبوية لابن هشام، تحقيق: عمر عبد السلام السلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

٤٢. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع
فقه الشافعية، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤١٨هـ.
٤٣. شبير، محمد عثمان التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية،
دار القلم، دمشق، ١٤٢٥هـ.
٤٤. الشربيني، محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،
تحقيق: علي معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ.
٤٥. شلتوت، محمود، المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية، مكتب
شيخ الجامع الأزهر للشؤون العامة، ١٩٦٠م.
٤٦. الطيبي، الحسين بن عبد الله، شرح الطيبي على مشكاة المصابيح المسمى بـ
(الكاشف عن حقائق السنن)، مكتبة نزار الباز، ١٤١٧هـ.
٤٧. الطوفي، سليمان بن عبد القوي، التعيين في شرح الأربعين، مؤسسة
الريان، بيروت، ١٤١٩هـ.
٤٨. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار (حاشية
ابن عابدين)، تحقيق: صبحي حلاق وآخرون، دار إحياء التراث العربي،
١٤١٩هـ.
٤٩. ابن أبي عاصم، أحمد بن عمرو، الأحاد والمثاني، تحقيق: باسم الجوابرة،
دار الراجعية، الرياض، ١٤١١هـ.
٥٠. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله النمري، التمهيد لما في الموطأ من المعاني
والأسانيد تحقيق: مصطفى العلوي، الناشر وزارة الشؤون الإسلامية
المغرب، ١٣٨٧هـ.
٥١. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله النمري، الكافي في فقه أهل المدينة، دار
الكتب العلمية، ١٤٠٧هـ.

٥٢. عبد المعطي، روان، الجوانب القانونية المنظمة لمرحلة المفاوضات العقدية، دار الفاروق، عمان، الأردن، ٢٠١٨م.
٥٣. العربي، بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر ٢٠١٠م.
٥٤. عروبة، المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، جامعة بابل، ٢٠٠٨م.
٥٥. العلائي، خليل بن كيكلي، المجموع المذهب في قواعد المذهب، تحقيق: د. تيسير فائق، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٤٠٥هـ.
٥٦. العلواني، فؤاد، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٣م.
٥٧. العيني، بدر الدين محمود بن أحمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار التراث العربي، بيروت.
٥٨. ابن قتيبة، عبد الله بن مسلم، غريب الحديث، تحقيق: عبد الله الجبوري، مطبعة العاني، ١٣٩٧هـ.
٥٩. ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني شرح مختصر الخرقي، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ.
٦٠. ابن قدامة، شمس الدين عبد الرحمن بن محمد، الشرح الكبير على المقنع، تحقيق: د. عبد الله التركي، د. عبد الفتاح الحلو، دار هجر للطباعة، القاهرة، مكتبة القاهرة، ١٤١٥هـ.
٦١. القرافي، أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤م.
٦٢. القرافي، أحمد بن إدريس، الفروق، أو أنوار البروق في أنواء الفروق، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ.

٦٣. ابن قرقول، إبراهيم بن يوسف الحمزي، مطالع الأنوار على صحاح الآثار، دار الفلاح للبحث العلمي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية القطرية، ١٤٣١هـ.
٦٤. قلعه جي، محمد رواس معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، ٢٠٠٦م.
٦٥. الكاساني، أبو بكر بن مسعود بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: محمد حلي، دار المعرفة، ١٤٢٠هـ.
٦٦. ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، السنن، دار الرسالة، ١٤٣٠هـ.
٦٧. الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: علي معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩هـ.
٦٨. مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الطبعة الثانية، ١٤٤٤هـ.
٦٩. محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الأميرية ببولاق، ١٣٠٨هـ.
٧٠. المرداوي، علي بن سليمان، التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق: عبد الرحمن الجبرين وآخرين، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢١هـ.
٧١. مسلم، بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.
٧٢. ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب دار صادر بيروت، ١٤١٤هـ.
٧٣. الجبوري، ياسين، المبسوط في شرح القانون المدني للدكتور، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١م.

٧٤. ابن مفلح، محمد بن مفلح المقدسي، الآداب الشرعية والمنح المرعية، دار عالم الكتب.
٧٥. ابن الملقن، عمر بن علي المصري، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، تحقيق: دار الفلاح، دار النوادر، دمشق، ١٤٢٩هـ.
٧٦. نشمي، مصطفى خضير، النظام القانوني للمفاوضات التمهيديّة للتعاقد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٣م.
٧٧. حمود، د. عبد العزيز المرسي، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذات الطابع التعاقدية - دراسة مقارنة، - ٢٠٠٥م.
٧٨. أبو يعلى، أحمد بن علي الموصلي، المسند تحقيق: محمد حسين أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، ١٤٠٤هـ.
٧٩. النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٠م.



إعمال القواعد الأصولية في التفتيش القضائي

(دراسة تأصيلية مع أمثلة تطبيقية من مدونته
المعتمدة بالمملكة العربية السعودية)

د. رائد بن حسين بن إبراهيم آل سبيت

الأستاذ المشارك بقسم أصول الفقه بكلية الشريعة
في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين،
نبينا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحابه أجمعين، ومن
تبعهم بإحسانٍ إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن علم أصول الفقه علم جليل القدر عظيم الأثر، فهو القاعدة
التي استند عليها الشرع، والأصل الذي يرد إليه الفرع، والميزان
الضابط لاستخراج الأحكام، والمعيار الذي يمتاز به الدليل عن
الأوهام، وبه تنضبط مسالك الاجتهاد والاستدلال، ويحفظ الفقه عن
الاضطراب والاختلال.

وقد أسهمت قواعد هذا العلم في توجيه الاجتهاد وترشيده،
وتأسيس منهج الاستنباط وتشيينه، حتى صار أساساً لا غنى عنه
لكل من يتصدى للنظر في الأدلة أو تنزيل الأحكام على الوقائع؛
وذلك لما يكسبه من ملكة علمية تنطوي على موازين دقيقة تميز
الصحيح من الفاسد، والمعتبر من المتوهم.

ومن أبرز الميادين التي يتجلى فيها أثر إعمال القواعد الأصولية
بوضوح: ميدان القضاء المعاصر؛ إذ تظهر أهمية هذه القواعد في التعامل
مع النصوص النظامية والاجتهاد القضائي الذي يقوم - غالباً - على
الاستنباط منها وتنزيلها على الوقائع.

ومع التطور المؤسسي الذي شهده القضاء في المملكة العربية السعودية، وتنوع أدوات تقويم الأداء القضائي، برز دور إدارة التفتيش القضائي بصفتها جهة رقابية تعنى بجودة عمل القضاة وتقويم أدائهم وفق معايير محددة، يتصل بعضها بالكفاية العلمية.

وقد مثلت مدونة التفتيش القضائي الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء بتاريخ (١٨ / ١ / ١٤٣٦هـ) إنتاجاً علمياً رصيناً، أرست نهجاً معيارياً ظلّ حاضراً في تطوير العمل القضائي وتحجيدته، وبطابع وقائي لتلافي تكرار الملاحظات المشابهة لما ورد فيها، كما وثقت خلاصات موضوعية وإجرائية لجهود التقويم والرقابة على العمل القضائي في المحاكم السعودية، متضمنةً عناصر متعددة تتناول الملاحظات والتصويبات والتعليلات.

ويعد «عنصر التعليل» من أهم عناصر المدونة؛ إذ يُظهر مدى سلامة الحكم القضائي في استناده إلى الأدلة، وحُسن تطبيقه للقواعد، وجودة تسيبيه واستنباطه، غير أن المتأمل في هذا التعليل يجد أنه ينبنى في كثير من مواضعه على قواعد أصولية متنوعة، وهي قواعد تطبق عملياً في النقد والتقويم دون التصريح بها غالباً، مما يستدعي دراسة علمية تُبرز أثرها، وتوصل لدورها في تقويم الحكم القضائي وحسن تسيبيه، بما يسهم في جودة الأداء القضائي واتساقه مع مرجعية علمية من شأنها أن تعالج ما تكثر حوله ملحوظات التفتيش القضائي.

ومن هنا وجدتُ الحاجة داعية إلى أفراد هذا الموضوع بدراسة تعنى بتأصيل إعمال القواعد الأصولية في التفتيش القضائي، والتمثيل لأثره بتطبيقات موثقة من المدونة المعتمدة، وقد جعلتُ عنوانها:

إعمال القواعد الأصولية في التفتيش القضائي

(دراسة تأصيلية مع أمثلة تطبيقية من مدونته المعتمدة بالمملكة العربية السعودية)

أولاً: أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تتمثل أهمية هذا الموضوع وأسباب اختياره في النقاط الآتية:

١. أن القواعد الأصولية تمثل المرجعية العلمية التي تضبط الاجتهاد والاستدلال، ويقوم عليها بناء الأحكام، مما يجعل حضورها في التقويم القضائي أمراً جوهرياً لمراقبة سلامة الأحكام وثبات منهجها، وهذا ما تسعى الدراسة إلى تأصيله.

٢. أن طبيعة أعمال التفتيش القضائي تقتضي تقويم الأحكام القضائية وفق معايير علمية ومنهجية تتعلق ببناء الحكم وتسبيبه، مما يبين أهمية دراسة صلته بالقواعد الأصولية؛ لبيان الأصول العلمية التي تقوم عليها تطبيقات تلك المعايير.

٣. أن مدونة التفتيش القضائي تمثل خلاصة تطبيقية لمناهج هذا التفتيش، ويظهر فيها أثر القواعد الأصولية دون تنقيص صريح، مما يستحق الدراسة بكشف ذلك الأثر وتوضيحه تأصيلاً وتطبيقاً.

٤. أن تأثير القواعد الأصولية في أعمال التفتيش القضائي لم ينل حظاً كافياً من الدراسة، مما يجعله جديراً بدراسة علمية تُبرز الصلة بين التأصيل الفقهي والتطبيق القضائي.

ثانياً: أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق ما يأتي:

١. تأصيل إعمال القاعدة الأصولية ببيان حكمه وشروطه ومجالاته؛ ليكون ذلك أصلاً يستند إليه التأسيس لتأثيرها في التفتيش القضائي.
٢. إبراز العلاقة بين القواعد الأصولية والتفتيش القضائي بصفاتها مرجعاً يحتكم إليه في ضبط الاجتهاد وتقويم الأحكام القضائية.
٣. رصد تأثير إعمال القواعد الأصولية في التفتيش القضائي من خلال المدونة المعتمدة، وذلك ببيان منشأ هذا التأثير، ومحل وروده، ونوع الأثر المترتب على الإعمال.
٤. إظهار دور القواعد الأصولية في توجيه التعليقات الواردة في مدونة التفتيش القضائي من خلال دراسة أمثلة تطبيقية توضح هذا التأثير.

ثالثاً: الدراسات السابقة:

لم أقف على دراسة علمية - حسب استقرائي - استقلت بدراسة إعمال القواعد الأصولية في التفتيش القضائي من خلال المدونة المعتمدة في المملكة؛ إذ إن معظم الدراسات المتعلقة بالتفتيش القضائي

تناولته من منظور فقهي أو قانوني، أو برصد تاريخي لتطوره في المملكة، ويتجه بعضها إلى أحكام تفتيش المساكن والأشخاص ونحو ذلك مما لا يشمل موضوع هذا البحث، ومن أبرز هذه الدراسات:

- الدراسة الأولى: «التفتيش القضائي وتطوره في المملكة العربية السعودية»، للباحث: عبد المجيد بن عبد العزيز الدهيشي، وهو بحث منشور في مجلة القضائية الصادرة عن وزارة العدل في عددها (٣) عام ١٤٣٣ هـ.

- الدراسة الثانية: «التفتيش القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المحاكم الشرعية الأردنية»، للباحث: د. طارق بن معتصم الصباغ، وهي رسالة دكتوراة في القضاء والسياسة الشرعية مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بالجامعة الأردنية عام ٢٠١٨ م.

- الدراسة الثالثة: «التفتيش القضائي: مفهومه، مشروعيته، حكمه: دراسة فقهية»، للباحث: د. طارق بن معتصم الصباغ، وهو بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية الصادرة عن جامعة آل البيت، في عددها (٤) من المجلد (١٥) عام ١٤٤١ / ٢٠١٩ م.

- الدراسة الرابعة: «نحو نظام تفتيش قضائي مقترح للمحاكم الشرعية»، للباحث: د. طارق محمد أبو تايه، وهو بحث منشور في مجلة جرش للبحوث والدراسات الصادرة عن عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بجامعة جرش بالأردن، في عددها (٦) من المجلد (٢٤) عام ٢٠٢٤ م.

ويختلف هذا البحث عن الدراسات السابقة في جانبين رئيسين:

١. يسعى هذا البحث إلى تأصيل إعمال القواعد الأصولية في التفتيش القضائي بالمملكة العربية السعودية، وهو جانب لم تتناوله الدراسات السابقة.

٢. يعنى هذا البحث تطبيقاً بمدونة التفتيش القضائي المعتمدة من المجلس الأعلى للقضاء، ويبين دور القواعد الأصولية في تقويم الأحكام القضائية كما ورد في المدونة، وهو أمر لم تتجه له الدراسات السابقة.

رابعاً: حدود البحث:

تُركز هذه الدراسة على أعمال التفتيش القضائي ذات الصلة بالمجال التطبيقي للقواعد الأصولية، والتي تتعلق بتقويم أعمال القضاة من الناحية العلمية والمنهجية، وذلك وفق المعايير التي نصّت عليها المادة (٢٠) من لائحة التفتيش القضائي (١٤٣٥هـ)^(١)، ولا تشمل هذه الدراسة الجوانب الإجرائية أو الفنية الأخرى التي قد يشملها التفتيش بحكم وظيفته.

(١) حُلّت هذه اللائحة محل لائحة التفتيش القضائي الصادرة بقرار المجلس الأعلى للقضاء ذي الرقم (٣٦٤/٥/٣٠) والتاريخ (٢/١١/١٤٣٠هـ)، وتضمنت المادة (١٤) منها: المعايير المعتمدة آنذاك.

خامساً: منهج البحث:

يعتمد هذا البحث على الجمع بين المنهج التأصيلي والوصفي والتحليلي، بما يضمن التأسيس النظري لإعمال القاعدة الأصولية ورصد أثرها التطبيقي في مجالات التفتيش القضائي من خلال المدونة المعتمدة، وقد راعيتُ في إجراءاته عناصر التأصيل والتطبيق بحسب طبيعة الموضوع، وذلك من خلال ما يأتي:

- استقراء المسألة في مظانها، معتمداً على المصادر الأصلية في كل فن بحسبه، ومستفيداً من المراجع المعاصرة.

- عزو الآيات إلى سورها وبيان أرقامها في المتن.

- تخريج الأحاديث في الحاشية، ونقل حكم أهل الفن عليها إن لم تكن في الصحيحين أو في أحدهما، مكتفياً بهما في التخريج عند ورود الحديث فيهما أو في أحدهما.

- ذكر سنة وفاة كل عَلم عقب وروده في المتن.

- التعريف بالكلمات الغريبة.

- مراعاة الدقة في توثيق المعلومات، والاعتماد على النسبة المباشرة ما أمكن.

- التوازن بين الإيجاز والإطناب في الكتابة، والتركيز على هدف البحث مع الاختصار في الواضحات، وترك التكرار.

- يكون توثيق الأنظمة واللوائح بذكر رقم المادة واسم النظام وسنة صدوره في المتن، مع إدراج بيانات الأداة النظامية والمصدر الإلكتروني الرسمي لها في قائمة المصادر نهاية الدراسة - ما لم يقتض السياق خلاف ذلك -؛ تلافياً لإثقال الهوامش.

- الاكتفاء بذكر معلومات الطباعة والنشر المتعلقة بالمصادر في قائمة مستقلة نهاية الدراسة.

- اشتملت دراسة التطبيقات على ما يأتي:

أولاً: عنوان التطبيق وفق الحكم الأصولي الذي ينطلق منه التعليل.

ثانياً: وصف تصويب الملحوظة وتعليلها كما ورد في المدونة.

ثالثاً: بيان وجه تأثير القاعدة الأصولية في نتيجة التفتيش القضائي بناء على تحليل نصها.

- تركّزت الدراسة التطبيقية على تحقيق الغرض منها بتوضيح دور القاعدة الأصولية في تقويم الحكم القضائي كما ورد في المدونة، دون توسع واستطراد في مناقشة ما لا يخدم أهداف البحث.

سادساً: خطة البحث:

يتألف البحث من مقدمة وتمهيد ومبحثين وخاتمة:

المقدمة:

وفيها: أهمية الموضوع وأسباب اختياره، وأهدافه، وحدوده،
والدراسات السابقة، والمنهج، والخطة.

التمهيد: التعريف بالقاعدة الأصولية وبمدونة التفتيش القضائي:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بالقاعدة الأصولية.

المطلب الثاني: التعريف بمدونة التفتيش القضائي.

المبحث الأول: حكم إعمال القواعد الأصولية وشروطه ومجالاته:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم إعمال القاعدة الأصولية.

المطلب الثاني: شروط إعمال القاعدة الأصولية.

المطلب الثالث: مجالات إعمال القاعدة الأصولية.

المبحث الثاني: أثر إعمال القواعد الأصولية في التفتيش القضائي:

وفيه تمهيد وثلاثة مطالب:

تمهيد: في بيان العلاقة بين القواعد الأصولية ومنهج التفتيش القضائي.

المطلب الأول: منشأ تأثير القواعد الأصولية في التفتيش القضائي.

المطلب الثاني: محل تأثير القواعد الأصولية في التفتيش القضائي وتطبيقاته.

المطلب الثالث: الأثر الناتج عن إعمال القاعدة الأصولية في التفتيش القضائي.

الخاتمة:

وفيها أبرز النتائج والتوصيات.

وأخيراً؛ فهذا جهد المقل، اجتهدت فيه لبيان أهمية توظيف قواعد أصول الفقه فيما يتصل بنطاقها من ممارسات التفتيش القضائي، بما يُؤمّل أن يعود أثره على المفتش في تقويمه للأحكام، والقاضي في بنائه لها، راجياً من الله عزّ وجلّ أن يكون لبنة لدراسات علمية أكثر توسعاً، فما كان في هذا العمل من صواب فمن الله وحده، وما كان فيه من خطأ أو زلل فمن نفسي والشيطان، وأستغفر الله منه.

وصلّى الله وسلّم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



التمهيد التعريف بالقاعدة الأصولية وبمدونة التفتيش القضائي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بالقاعدة الأصولية:

مصطلح (القاعدة الأصولية) مركب وصفي يتألف من جزئين: (القاعدة) و(الأصولية)، واستعمل بهذا التركيب للدلالة على معنى خاص، والتعريف به يستدعي معرفة: المعنى الإفرادي لكل جزء، والمعنى اللقبي بعد التركيب، وبيان ذلك فيما يأتي:

أولاً: التعريف الإفرادي للقاعدة الأصولية:

أ. معنى (القاعدة):

في اللغة: اسم فاعل مؤنث من الفعل الثلاثي (قعد) يقال: قعد يقعد قعوداً فهو قاعد، وبإضافة تاء التأنيث يكون: قاعدة، ومادة الكلمة (ق ع د) تدل على معنى: الجلوس^(١)، واشتق منه إطلاق لفظ (القاعدة) بمعنى أساس الشيء وأصله؛ تشبيهاً لموالاته الأساس

(١) نص ابن فارس على أنه أصل معاني المادة في مقاييس اللغة (١٠٨/٥) مادة (ق ع د)، وانظر في المادة نفسها: تهذيب اللغة (١٣٦/١)، والصحاح (٥٢٥/٢)، ومقاييس اللغة (١٠٨/٥)، ولسان العرب (٣٥٧/٣).
وأهل اللغة مختلفون في ترادف القعود والجلوس، انظر في ذلك: تاج العروس (٩/٤٤ و٤٥) مادة (ق ع د).

لأرض بلبصوق الجالس بالأرض^(١)، ومنه: قوله عز وجل: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ﴾ [البقرة: ١٢٧] أي أسسه^(٢)، وهو المعنى المراد في الاصطلاح؛ لكون القاعدة أساساً لما يبنى عليها من أحكام، كما أن القاعدة المحسوسة أساس لما يُقام عليها من بناء.

وفي الاصطلاح: عُرِّفت القاعدة بتعريفات متقاربة، حاصلها: أن القاعدة عبارة عن أصل كلي تُردّ إليه جزئياته، وتتضمن: حكماً ومحكوماً به ومحكوماً عليه^(٣)، ومن أجود تعريفاتها: تعريف صدر الشريعة (ت ٧٤٧هـ): «القواعد: القضايا الكلية»^(٤).

والمراد بالقضية: قول يحتمل التصديق والتكذيب لذاته، ومثالها: قول الأصولي: القياس حجة^(٥).

- (١) انظر: أنوار التنزيل (١/ ١٠٥).
- (٢) انظر: جامع البيان (٣/ ٥٧)، وزاد المسير (١/ ١١١)، والجامع لأحكام القرآن (٢/ ١٢٠)، وتفسير القرآن العظيم (١/ ٦٢٣).
- (٣) انظر في تعريفات مصطلح «القاعدة»: شرح مختصر الروضة (١/ ١٢٠)، ورفع الحجب (١/ ٢٤٣)، والتعريفات للرجاني (١٧١)، والتقريب والتحبير (١/ ٢٦ و ٢٩)، والتحبير (١/ ١٧٤)، وغمز عيون البصائر (١/ ٥١)، وغيرها.
- (٤) التوضيح مع التلويح (١/ ٣٤ و ٣٥).
- (٥) انظر: معيار العلم (٧٠)، وتحرير القواعد المنطقية (٨٢)، والتوضيح مع التلويح (١/ ٣٥)، وتهذيب المنطق للفتازاني (٧)، وحاشية العطار (١/ ٣١ و ٣٢)، وطرق الاستدلال ومقدماتها (١٧٧ وما بعدها).

ويختلف نوع القضية بحسب شمول حكمها، والمقصود بها هنا: ما كان حكمها شاملاً لجميع جزئياتها، ولذا قيّدت في التعريف بـ: الكلية؛ احترازاً عن القضايا غير الكلية^(١).

ب. معنى (الأصولية):

الأصولية: وصف للقواعد يراد به نسبتها إلى أصول الفقه، و«أصول الفقه» مركب إضافي يتطلب تعريفه بيان معنى جزئيه، إلا أنني أكتفي هنا بتعريفه اللقبى طلباً للاختصار في مثل هذا التمهيد.

وقد تنوّعت عبارات العلماء في تعريف أصول الفقه، ومن أشهرها وأوضحها: تعريف القاضي البيضاوي (ت ٦٨٥هـ): «معرفة دلائل الفقه إجمالاً، وكيفية الاستفادة منها، وحال المستفيد»^(٢).

وهذا التعريف -على إيجازه- جامعٌ لموضوعات العلم الرئيسة، وبيان ذلك على النحو الآتي^(٣):

(١) تُقسّم القضية بحسب شمول حكمها إلى: مشخّصة إذا اختصت بفردٍ واحد، وكلّية إذا عمّت جميع أفراد موضوعها، وجزئية إذا تناولت بعضهم، ومهملة إذا لم يُبيّن فيها مقدار الشمول.

انظر في ذلك: معيار العلم (٧٦ و ٧٧)، وبيان المختصر (١/ ٨٨)، وطرق الاستدلال ومقدماتها (١٨١ و ١٨٢).

(٢) المنهاج مع الإبهاج (١/ ١٩).

(٣) انظر: شرح المنهاج للأصفهاني (١/ ٣٤)، والإبهاج (١/ ٢٢)، ونهاية السؤل (٨)، والتحجير (١/ ١٨١).

أولاً: دلائل الفقه الإجمالية، وأراد بها الأدلة التي يُستنبط منها الحكم الشرعي، ككتاب الله عزَّ وجلَّ وسنة رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والإجماع والقياس، وغيرها، والمقصود معرفة هذه الأدلة من حيث حجيتها ومراتبها إجمالاً، لا من حيث آحادها؛ إذ ذلك من شأن علم الفقه نفسه، ولذا وصف المعرفة بها بقوله: «إجمالاً» ليخرج معرفة الأدلة الجزئية.

ثانياً: كيفية الاستفادة من الأدلة، وأراد بها طرق الاستنباط منها، وهي المعروفة بقواعد دلالات الألفاظ، وقواعد التعارض والترجيح، ويلحق بها بعضهم: الأحكام الشرعية^(١)؛ فلا استنباط يشملها من جهة توقفه على معرفة معاني الأحكام^(٢).

ثالثاً: أحكام المستفيد، ويقصد به معرفة أحوال مَنْ يتعامل مع الدليل، وهو المجتهد في المقام الأول، ويدخل فيه المقلد تبعاً؛ فكلاهما يستفيد الحكم من الدليل، غير أن المجتهد يستفيد منه مباشرة، والمقلد يستفيد منه بواسطة المجتهد^(٣).

(١) ترتيب الموضوعات محل اختلاف بين العلماء، وانظر في إدراجها تحت كيفية الاستدلال: المحصول (١/١٦٩)، وشرح مختصر الروضة (١/١٠٤)، وشرح المنهاج (١/٣٦)، والإيهام (١/٢٤)، والفوائد السنية (١/١١٩)، ونظرية التقعيد الأصولي (٤٩).

(٢) أشار لهذا المعنى: الأصفهاني في شرح المنهاج (١/٤٤).

(٣) انظر: المحصول للرازي (١/٨١)، وشرح مختصر الروضة (١/١٠٤)، والإيهام (١/٢٤)، ونهاية السؤل (١٠)، والتحجير (١/١٨٢).

وبهذا يُعلم أن أصول الفقه يُمثل المنهج العلمي الذي يحتكم له المجتهد فيما يسلكه عند استنباط الأحكام من الأدلة على وجهٍ صحيحٍ يوافق مراد الشارع.

ثانيًا: التعريف اللقبى للقاعدة الأصولية:

لم أقف على تعريف صريح للقاعدة الأصولية عند متقدمي الأصوليين بحسب استقراي، وقد ورد عند بعض الباحثين المعاصرين عدد من التعريفات، ومنها:

- تعريف د. محمد بن عثمان شبير: «قضية كلية يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية»^(١).

- تعريف د. مسعود بن موسى فلوسي: «قضية كلية منسوبة للعلم المسمى بعلم أصول الفقه»، أو «مبدأ كلي يتوصل به إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية»^(٢).

- تعريف د. أيمن بن عبد الحميد البدارين: «حكم كلي محكم الصياغة يتوصل به إلى استنباط الفقه من الأدلة، وكيفية الاستدلال بها، وحال المستدل»^(٣).

(١) القواعد الكلية والضوابط الفقهية (٢٧).

(٢) القواعد الأصولية: تحديد وتأصيل (١٩).

(٣) نظرية التقعيد الأصولي (٦٢).

وعلى الرغم مما اشتملت عليه هذه التعريفات من جهد مقدّر إلا أنني أميل إلى تعريف القاعدة الأصولية بناء على ما سبق بيانه في المعنى الإفرادي.

وعليه، فيمكن تعريف القاعدة الأصولية بأنها: «قضية كلية موضوعها يتناول حجية الأدلة الشرعية أو أحكام ثمرتها أو طرق الاستفادة منها أو أحكام المستفيد منها على سبيل الإجمال».

ويتبين بهذا أن القاعدة الأصولية تمثّل العنصر الرئيس في مادة علم أصول الفقه، سواء أكانت متفقاً عليها أم مختلفاً فيها، وترد غالباً في أقوال العلماء المتعلقة بالحكم الأصولي، ويكون عليها مدار الاستدلالات والتحريرات والتفريعات وغيرها، مما يُعدّ خادماً لتلك القواعد.

ويؤيده تمثيل المرداوي (ت ٨٨٥هـ) لها: «ومن القواعد الأصولية ... قولنا: الأمر للوجوب، وللفور، ودليل الخطاب حجة، وقياس الشبه دليل صحيح، والحديث المرسل يحتج به، ونحو ذلك من مسائل أصول الفقه»^(١).

وإذا تقرر هذا فإن القاعدة الأصولية تتنوع باعتبارات مختلفة^(٢)، أهمها بالنسبة لموضوع البحث:

(١) التحبير (١/١٢٦).

(٢) للاستزادة، انظر: القواعد الأصولية، د. فلوسي (٣١)، ونظرية التقعيد الأصولي، د. البدارين (٤١٥).

أولاً: أنواع القاعدة الأصولية بالنظر إلى موضوعها:

النوع الأول: قواعد حجية الدليل الشرعي، وتختص بأحكام حجية الدليل، وصحة اعتباره مصدراً يستند إليه في استخراج الأحكام، وتشمل هذه القواعد ما كان متفقاً عليه من الأدلة أو محل خلاف، والقاعدة تُبنى على رأي الآخذ بها، ومثالها: قاعدة: القراءة الشاذة حجة^(١).

النوع الثاني: قواعد طرق الاستنباط من الأدلة الشرعية، وتعنى بمنهج استخراج الأحكام منها، وهي الوساطة بين النصوص والأحكام، وتشمل في المقام الأول دلالات الألفاظ، ويلحق بها: قواعد التعارض والترجيح، ومثالها: قاعدة: يحمل الظاهر على معناه الراجح^(٢).

النوع الثالث: قواعد ثمرة الاستدلال، وتتناول الأحكام الشرعية وما يتصل بها من جهة تصور حقائقها وترتيب آثارها بحسب أحكامها، ومثالها: قاعدة: الواجب الموسع يتعلق بجزء غير معين من الوقت^(٣).

(١) انظر: القواطع (٤١٤/١)، وروضة الناظر (٢٠٤/١)، ونفائس الأصول (٣٠٤٩/٧)، والتقرير والتحبير (٢١٦/٢).

(٢) نقل الإجماع على حكمها عدد من أهل العلم، انظر: البرهان (١٠٤/٢)، والعدة (٤٢٦/٢)، وكشف الأسرار (٣٤/٢).

(٣) انظر: العدة (٣١٠/١)، والمحصول (١٧٥/٢)، وشرح تنقيح الفصول (١٥٠)، والتقرير والتحبير (١١٦/٢).

النوع الرابع: قواعد المستفيد من الأدلة الشرعية، وتتناول أحكام المجتهد، وشروط أهليته، ومسالك اجتهاده وفتواه، وكافة أحواله المتعلقة باستخراج الحكم الشرعي، ويلحق به المقلد باعتباره مستفيداً من الأدلة الشرعية بواسطة المجتهد، ومثالها: قاعدة: تتبع الرخص غير جائز^(١).

ثانياً: أنواع القاعدة الأصولية بالنظر إلى مصدرها:

النوع الأول: قواعد مصدرها الشرع، وتشمل كل قاعدة ثبتت بدليل شرعي، ومثالها: قاعدة: الإجماع حجة شرعية^(٢).

النوع الثاني: قواعد مصدرها اللغة، وتتناول ما استمد من دلالات اللغة العربية، وغرضها تأسيس فهم صحيح للنصوص الشرعية لتمكين المجتهد من الاستنباط على وجه صحيح، ومثالها: قاعدة: أقل الجمع ثلاثة^(٣).

(١) انظر: جامع بيان العلم (٢/ ٩٢٧)، والموافقات (٥/ ٨٢)، وتشنيف المسامع (٤/ ٦٢١)، والتجبير (٨/ ٤٠٩٠)، وحكي الإجماع عليه.

(٢) استدلت لها بقوله عز وجل: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ ۖ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾ [النساء: ١١٥]، انظر: العدة (٤/ ١٠٦٤)، والإشارة (٢٧٥)، والبرهان (١/ ٢٦١)، وأصول السرخسي (١/ ٢٩٦).

(٣) استدلت لثبوتها بكلام أهل اللغة، انظر: العدة (٢/ ٦٥٢)، والمستصفى (٢٤٤)، والعقد المنظوم (٢/ ٧٣)، وكشف الأسرار (٢/ ٢٩).

النوع الثالث: قواعد مصدرها العقل، وتشمل ما ثبت بدلالات العقل أو ضروراته، ومثالها: قاعدة: الأمر بشيء معين نهي عن ضده^(١).
وقد تجتمع هذه الأنواع الثلاثة أو بعضها في قاعدة واحدة بحسب تنوع مصادر ثبوتها، فتكون بعض القواعد شرعية لغوية، أو شرعية عقلية، أو لغوية عقلية، ولهذا التنوع أثر في تحديد مجالات إعمال القاعدة الأصولية كما سيأتي.

المطلب الثاني: التعريف بمدونة التفتيش القضائي:

عُرِّفَ التفتيش في المادة (١) من لائحة التفتيش القضائي (١٤٣٥هـ) بأنه: «الاطلاع على أعمال المفتش عليه، وفحصها، والوقوف على أدائه؛ لجمع البيانات والمعلومات التي تؤدي إلى معرفة كفايته، ومدى حرصه على أداء واجبات وظيفته»^(٢).

وترصد ملحوظات التفتيش وتصويباته على أعمال القضاة من خلال الجولات التي يجريها المفتشون القضائيون على المحاكم، وتدوّن في تقارير دورية معلّلة بأسانيدھا العلمية والنظامية، وتمثل تلك التقارير مادة «مدونة التفتيش القضائي» محل التعريف في هذا التمھيد.

(١) استدلل لثبوتها بأدلة عقلية، انظر: العدة (٢/ ٣٧١)، وأصول السرخسي (١/ ٩٤)، والقواطع (١/ ١٣٠)، وشرح تنقيح الفصول (١٣٦).

(٢) انظر: المرجع السابق.

وتعد المدونة من أهم الإصدارات المعتمدة من المجلس الأعلى للقضاء في المملكة العربية السعودية، حيث تمثل خلاصة الجهود الرقابية والتقويمية التي تضطلع بها إدارة التفتيش القضائي، وتعدُّ أساساً لتفعيل ما رُصد من ملحوظات خلال الجولات التفتيشية الدورية، بما يعين القضاة والمستفيدين على تلافيها فيما يجدُّ لاحقاً.

وقد أُعتمد الإصدار الأول من المدونة بقرار المجلس الأعلى للقضاء ذي الرقم (١٣٥٢ / ١٢ / ٣٦) والتاريخ (١٨ / ١ / ١٤٣٦ هـ)^(١)؛ تنفيذاً لما نصّت عليه المادة (٦٢/ أ) من لائحة التفتيش القضائي (١٤٣٥ هـ): «تصدر إدارة مدونة التفتيش القضائي والدراسات: مدونة بالملحوظات المعتمدة دورياً، وتزوّد بها المحاكم بعد موافقة المجلس عليها»^(٢).

ويمكن التعريف بهذه المدونة من خلال ما يأتي:

أولاً: أهداف المدونة:

جاء في مقدمة المدونة جملة من الأهداف التي توضح الغاية من إعدادها، وهي:

(١) انظر: مدونة التفتيش القضائي (١٠).

(٢) كما قضت بالحكم ذاته: المادة (٥٢) من لائحة التفتيش القضائي السابقة الصادرة بقرار المجلس الأعلى للقضاء ذي الرقم (٣٦٤ / ٥ / ٣٠) والتاريخ (٢ / ١١ / ١٤٣٠ هـ).

١. «ترشيد العمل القضائي في المحاكم؛ لاستدراك الملحوظات التي جمعت من خلال الجولات التفتيشية.

٢. الطموح للرفي بمستوى العمل القضائي وإجراءاته في المحاكم إلى الأفضل.

٣. اختصار مساحة الاختلاف في إجراءات المحاكم، ومنظومة عملها.

٤. جمع الملحوظات المعتمدة بعد دراستها وتبويبها وإعدادها في مجموع واحد؛ ليسهل استيعابها، والرجوع إليها، والإفادة منها»^(١).

ويتضح من هذه الأهداف أن المدونة لا تقتصر على النظر الإجرائي، بل تشمل تأصيلاً يسعى إلى وحدة منهج القضاة في الاستدلال والتطبيق، واختصار مساحات الاختلاف، وهو ما يجعلها مجالاً صالحاً لدراسة الأثر الأصولي في بناء تعليقاتها.

ثانياً: منهج إعداد المدونة:

وَصَّعت إدارة مدونة التفتيش القضائي ضوابط دقيقة لآلية العمل على إعداد المدونة، ومن أهم تلك الضوابط - كما ورد في مقدمة المدونة -:

١. جمع الملحوظات المعتمدة من تقارير المفتشين القضائيين خلال الجولات التفتيشية للأعوام (١٤٣١-١٤٣٤هـ) مع ربطها باللوائح التي سرت في وقت لاحق قبيل إصدار المدونة.

(١) مدونة التفتيش القضائي (٨).



٢. انتقاء الملاحظات المناسبة للنشر بعد مراجعتها ودراستها.
 ٣. إيراد مستند كل تصويب، وتعليل وجه ملاحظته.
 ٤. صياغة الملاحظات بأسلوب واضح، وعبارة مناسبة.
 ٥. تصنيف الملاحظات، وتبويبها، وترتيبها، بما ييسر الإفادة منها.
 ٦. مراعاة ما نصّت عليه لائحة التفتيش القضائي من إجراءات اعتماد المدونة وإقرارها قبل نشرها.
 ٧. مراعاة المعايير المتبعة في إخراج مثل هذه المادة فنياً^(١).
- وقد كانت منهجية عرض الملاحظات في صُلب المدونة وفق العناصر الآتية:
- العنصر الأول:** الملاحظة مرقمة، وتتضمن محل الخطأ الذي رُصد في عملية التفتيش.
- العنصر الثاني:** الصواب، ويتضمن تصحيح الخطأ الوارد في الملاحظة.
- العنصر الثالث:** التعليل والمستند، ويتناول بيان الأساس الذي بنى عليه المفتش تصويبه^(٢).

(١) انظر في المنهجية: المرجع السابق.

(٢) وهذا المنهج يمكن استنتاجه من مطالعة مضامين المدونة، انظر: (١٦-٣٨٤).

والعنصر الثالث هو محل الاهتمام في هذه الدراسة، حيث تتنوع أصول هذا التعليل ومصادره، ومنها: القواعد الأصولية التي تعد الأساس العلمي الذي يتخرج عليه كثير من تعليقات المدونة.

ثالثاً: التقسيمات العامة للمدونة:

قُسمت مدونة التفتيش القضائي إلى أربعة أقسام رئيسة، توزعت موضوعات المدونة عليها بحسب أنواع العمل القضائي في المحاكم:

القسم الأول: الملحوظات في القضايا الجنائية، وتشمل ما يتعلق بإجراءات الدعوى الجنائية، والتنازل، والحكم القضائي فيها، بالإضافة إلى أنواع خاصة من القضايا، مثل: إثبات صفة القتل، والتعزير، والحوادث المرورية، والمخدرات، وملحوظات أخرى لا تندرج فيما سبق من تصنيفات فرعية^(١).

القسم الثاني: الملحوظات في القضايا الحقوقية، وتشمل ما يتعلق بإجراءات الدعوى، والشهادة، والصلح، والإجارة، والإعسار، والبيع، والحضانة، والديات والأروش، والديون، والرهن، والقسمة، والكفالة، والمسائل الزوجية، والنفقة، والمقاصد القضائية، والوكالة، واليمين، وملحوظات أخرى لا تندرج فيما سبق^(٢).

(١) انظر في هذا القسم: المرجع السابق (١٣-٧٣).

(٢) انظر في هذا القسم: المرجع السابق (٧٥-١٩٠).

القسم الثالث: الملحوظات في الإنهاءات، وتشمل ما يتعلق بإثبات النزاع، والرشد، والطلاق، والوصية، والوقف، والإفراغ، والتصديقات، وحجب الاستحكام، وحصر الورثة، وضم الصكوك والإضافة فيها، وعقد النكاح، وقسمة العقارات، والنظارة على الوقف، والولاية، وغيرها من ملحوظات الإنهاءات التي لا تندرج فيما سبق^(١).

القسم الرابع: الملحوظات العامة، وتشمل ملحوظات تتعلق بالإجراءات المشتركة، مثل: الاستئناف، والاعتراض على الحكم، والدعوى، والاستخلاف، والإفهام بكفارة قتل الخطأ، وتدافع الاختصاص، وتسبب الحكم، وشطب الدعوى، والشهادة، وصك الحكم، والضبط، وقيد الدعوى، ونظام الجلسة، ووقف الدعوى، والوكالة، وغيرها من ملحوظات القضايا العامة التي لا تندرج فيما سبق^(٢).

رابعاً: القيمة العلمية والقضائية للمدونة:

تعد مدونة التفتيش القضائي «خلاصةً موضوعية فنية لدراسة مُحكَّمة للعمل القضائي في المحاكم»^(٣)، من حيث الموضوع والشكل والإجراء، وقد اكتسبت -باعتقاد المجلس الأعلى للقضاء- أهميةً عاليةً

(١) انظر في هذا القسم: المرجع السابق (١٩١-٢٩٨).

(٢) انظر في هذا القسم: المرجع السابق (٢٩٩-٣٨٤).

(٣) المرجع السابق (١٠).

في الجانبين العلمي والعملي في ميدان القضاء، وأصبحت مرجعاً في تجويد العمل القضائي وتطويره^(١)، ولا سيما أنها اشتملت على تصويبات وتعليلات لها جذور في قواعد أصول الفقه، مما يمنحها قيمة علمية إضافية من جهة التأصيل.

كما أنها المدونة الأولى من نوعها في مجال التفتيش القضائي على مستوى العالم العربي -بحسب ما ورد في مقدمتها-، وهو ما يدل على قيمتها العلمية، وسبقها في ضبط الأداء القضائي في المملكة، وتأصيل منهجه العلمي والعملي^(٢).

وأخيراً يجدر التنبيه بأنه على الرغم من صدور المدونة في عام (١٤٣٦هـ) إلا أنها تعدُّ أساساً يمكن البناء عليه والإفادة منه؛ إذ لم يكن الغرض من المدونة الاختصار على النص الحرفي الوارد فيها، ولم تصدر لتصبح وثيقة محدودة الزمن والاستفادة، بل كانت تؤسس لنهج معياري -وفقاً لأهدافها وما ورد في مقدمتها- يسهم في ضبط العمل القضائي، وتحسين أدائه باستدراك ما يطرأ لاحقاً مما يشترك مع ملحوظاتها فيه، ولا يمكن تحقيق هذا الغرض دون الاسترشاد بها والقياس عليها عند التعامل مع أي مستجدات قادمة^(٣).

(١) انظر: المرجع السابق (١٠، ٣٨٥).

(٢) انظر: المرجع السابق (١١).

(٣) انظر: المرجع السابق (١٠ و ١١، ٣٨٥).

ويتأكد ذلك فيما يتصل بالملحوظات ذات السند الأصولي؛ حيث إن من خصائص القواعد الأصولية: الاطراد في جميع جزئياتها المفضي إلى كليتها^(١)، ولذا يسري أثرها إلى جميع ما تنطبق عليه من نصوص بغض النظر عن نوعها أو سريانها في وقت كتابة المدونة إن كانت تشترك في الأصل ذاته.

ومن ثمّ، فإن مدونة التفتيش القضائي تحوي مادة علمية مهمة يمكن تخريج كثير منها على القواعد الأصولية؛ فقد اشتملت على تصويبات وتعليلات تأثرت بتقريرات علم أصول الفقه، وهو ما تسعى هذه الدراسة إلى تأصيله، وبيان مجالاته التطبيقية.

(١) انظر: غمز عيون البصائر (١/ ٥١)، والقواعد الكلية والضوابط الفقهية، د. شبير (٢٩)، والقواعد الأصولية، د. فلوسي (٢٦)، ونظرية التقعيد الأصولي، د. البدارين (١٢٨).

ويعرّف الأصوليون اطراد العلة في باب القياس بأنه: استمرار حكمها في كل محل وجدت فيه، وهو المراد باطراد القاعدة الأصولية في هذا الموضع؛ إذ إن القاعدة تتضمن وصفاً وحكماً، فكلما وجد وصف القاعدة في الجزئي انطبق عليه حكمها، وهذا الاطراد هو سبب كلية القاعدة؛ لأنها تكون -حيثئذ- شاملة لجميع أفرادها.

انظر في معنى الاطراد: أصول السرخسي (٢/ ١٧٦)، والقواطع (٢/ ١٥٦)، وشرح مختصر الروضة (٣/ ٣٢٣).



المبحث الأول

حكم إعمال القواعد الأصولية وشروطه ومجالاته

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم إعمال القاعدة الأصولية:

الناظر في كلام الأصوليين لا يكاد يجد تصريحاً يتصل بحكم القاعدة الأصولية من حيث الاحتجاج والإعمال، ولعل ذلك يعود إلى ظهوره، ويستنتج من مجموع ما يذكرونه أن الأمر المقرر عندهم هو: حجية القاعدة الأصولية ولزوم إعمالها عند استخراج الأحكام الشرعية^(١).

ويمكن أن يستند في بيان ذلك على أمرين:

الأمر الأول: الأحكام الشرعية فروع تُنال بطريق الاستنباط من أدلتها:

إن الأحكام الشرعية فروع لا تُدرك إلا بردها إلى أصولها، وهذا يقتضي لزوم إعمال تلك الأصول؛ إذ إن تحصيل الحكم الشرعي واجب، ولا طريق لهذا التحصيل على وجهه الصحيح إلا بالرجوع إلى قواعد أصول الفقه^(٢)، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

(١) انظر: القواعد الأصولية، د. مسعود فلوسي (٣٧ وما بعدها)، ونظرية التقعيد الأصولي. د. أيمن البدارين (١١٢ وما بعدها).

(٢) انظر: المحصول (١/ ١٧١)، ونفائس الأصول (١/ ١٠٠)، والفروق (٢/ ٢٢٣)، والإبهاج (١/ ١٠٦)، والبحر المحيط (١/ ٢١ و٢٢).

ومقتضى ذلك: أن تكون تلك القواعد حجة يُعتمد عليها في بناء الحكم؛ إذ لا معنى لجعل التوصل إلى الواجب متوقفاً على أمر غير معتبر في نفسه.

وهذا يفهم مما يصرح به الأصوليون في بيان مكانة علم أصول الفقه، ومن ذلك:

- قول الرازي (ت ٦٠٦هـ): «لا سبيل إلى معرفة حكم الله تعالى إلا بأصول الفقه»^(١).

- وقول القرافي (ت ٦٨٤هـ): «لولا أصول الفقه لم يثبت من الشريعة قليل ولا كثير، فإن كل حكم شرعي لا بُدَّ له من سبب موضوع، ودليل يدل عليه وعلى سببه، فإذا ألغينا أصول الفقه ألغينا الأدلة، فلا يبقى لنا حكم ولا سبب، فإن إثبات الشرع بغير أدلته، وقواعدها بمجرد الهوى خلاف الإجماع»^(٢).

- وقول ابن السبكي (ت ٧٧١هـ) عن الفقه: «هيهات أن يتوصل طالب وإن جَدَّ المسير إليه أو يتحصل بعد الإعياء والنصب عليه إلا بعد العلم بأصول الفقه والمعرفة والنهاية فيه، فإنَّه صِفَتُهُ، وكيف يفارق الموصوف الصِّفَةُ؟!»^(٣).

(١) المحصول (١/ ١٧١).

(٢) نفائس الأصول (١/ ١٠٠).

(٣) الإبهاج (١/ ١٠٦).

وبهذا يتبين أن إعمال قواعد أصول الفقه شرط في صحة التوصل إلى الحكم الشرعي، ولا يكون ذلك إلا أن تكون قواعده معتبرة في الاحتجاج.

كما يمكن أن يستنتج استقرار هذا الأمر عند الأصوليين من تناولهم لبعض الأحكام المتصلة به، وقد ورد ذلك في مقامات مختلفة، وهي:

المقام الأول: تقييد تعريف علم أصول الفقه بوظيفة القاعدة الأصولية، واعتبارها قيداً يحترز به عن غيرها في التعريف عند من سلك هذا المسلك، حيث عرفوه بأنه: العلم بالقواعد التي يبنى عليها الفقه أو يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية أو نحو ذلك من التعبيرات^(١).

ومن أشهر التعريفات المتضمنة لهذا المعنى: تعريف ابن الحاجب (ت ٦٤٦هـ): «العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية»^(٢).

(١) انظر على سبيل المثال: العدة (٧٠ / ١)، وإحكام الفصول (١٧٥ / ١)، والقواطع (٢١ / ١)، والواضح (٨٧ / ١)، ومختصر المنتهى مع رفع الحاجب (٢٤٢ / ١) و (٢٤٣)، وشرح مختصر الروضة (١٢٠ / ١)، والتوضيح مع التلويح (٣٤ / ١) و (٣٦)، وأصول الفقه لابن مفلح (١٥ / ١)، والتحرير مع التقرير والتحجير (٢٦ / ١)، والتحجير (١٧٧ / ١)، وغيرها.

(٢) مختصر المنتهى مع رفع الحاجب (٢٤٢ / ١) و (٢٤٣).

وعليه، فلو لم تكن هذه القواعد حجة لما كانت وظيفة الاستنباط أصيلة فيها حتى مُيزت بها عن غيرها.

المقام الثاني: ما قرره بعضهم في حكم تعلم علم أصول الفقه من أنه فرض عين في حق المتصدي للاجتهد والفتوى والقضاء^(١)، ودليله ما سبق بيانه من توقف معرفة الحكم الشرعي على إعمال قواعده، فلو لم تكن حجة في الأعمال والتطبيق لانتفى مقصود الإيجاب على المجتهد.

قال الرازي (ت ٦٠٦ هـ): «تحصيل هذا العلم فرض، والدليل عليه: أن معرفة حكم الله تعالى في الوقائع النازلة بالملكفين واجبة، ولا طريق إلى تحصيلها إلا بهذا العلم، وما لا يتأدى الواجب المطلق إلا به وكان مقدوراً للمكلف فهو واجب»^(٢).

المقام الثالث: اشتراطهم معرفة أصول الفقه في أهلية المجتهد^(٣)، ولولا حجية قواعد هذا العلم وأثرها في بناء الاجتهاد ما احتيج إلى اشتراطها في أهليته.

(١) انظر: الواضح (١/ ٢٦٠)، والمحصول للرازي (١/ ١٧٠)، ونفائس الأصول (١/ ٤٢٣)، المسودة (٥٧١)، وأصول الفقه لابن مفلح (١/ ١٧)، والتجوير (١/ ١٩٠).

(٢) المحصول (١/ ١٧٠).

(٣) انظر: التلخيص (٣/ ٤٥٧)، والمحصول (٦/ ٢٥)، والإحكام للقرافي (٢٤٣) و٢٤٤، والبحر المحيط (٨/ ٢٣٦)، والفوائد السنية (٥/ ٢٢٢٥)، والتجوير (٨/ ٣٨٦٩).

قال الجويني (ت ٤٧٨هـ): «أجمعوا أنه لا يحل لكل من شدا شيئاً من العلم أن يفتي، وإنما يحل له الفتوى، ويحل للغير قبول قوله في الفتوى، إذا استجمع أوصافاً... والجملة الجامعة... أن يكون عالماً بأصول الفقه»^(١).

الأمر الثاني:

أن القاعدة الأصولية تكتسب حجيتها من حجية ما ثبتت به؛ إذ إن ثبوتها يتوقف على استنادها إلى أدلة معتبرة عند الجميع إن كانت القاعدة متفقاً عليها، أو عند مثبتها إن كانت القاعدة مختلفاً فيها، وعليه فحجية الدليل المثبت للقاعدة تمتد عند إعمالها، فيكون الاحتجاج بها احتجاجاً بما أنتجها من أدلة^(٢).

وإذا تقرر هذا، فينبغي التنبيه إلى أن الاحتجاج بالقاعدة الأصولية ليس مطلقاً، بل لابد أن ينضبط بشروط إعمالها، ومجالات تطبيقها كما سيأتي في المطلبين الآتين.

المطلب الثاني: شروط إعمال القاعدة الأصولية:

إن القاعدة الأصولية - بوصفها أصلاً كلياً يبنى عليه الاجتهاد - لا يصح أن تنتج حكماً ما لم يستوف الناظر جملةً من الشروط المنهجية

(١) التلخيص (٣/ ٤٥٧).

(٢) استند د. الباحسين على نظير هذا المعنى في حجية القواعد الفقهية، انظر: القواعد الفقهية (٢٧٨-٢٨٠).

التي تضمن سلامة تطبيقها على الفرع الجزئي، فإعمال القاعدة في غير موضعها أو على غير وجهها الصحيح يؤدي إلى اختلال الأحكام أو اضطرابها.

ومن خلال النظر في طبيعة القاعدة الأصولية ووظيفتها في استخراج الأحكام يمكن حصر شروط إعمالها في ثلاثة شروط رئيسة يحققها الناظر بالترتيب^(١).

(١) يجري إعمال القواعد عامة والأصولية منها خاصة على نسق قياس الشمول؛ إذ هو الانتقال من الكلي إلى الجزئي.

وهذا القياس عند المناطقة يتألف من مقدمتين: كبرى وصغرى، إذا سلمتا من الخلل، لزم أن ينتج عنهما الحكم، وهو بعينه ما يقع في تطبيق القاعدة الأصولية؛ إذ تُعدّ القاعدة كبرى القياس، وتكون الجزئية -محل التطبيق- صغراه، ومثال ذلك ما يأتي:

المقدمة الصغرى: الصيام مأمور به.

المقدمة الكبرى: الأمر يفيد الوجوب.

النتيجة: الصيام واجب.

وهذا ما نص عليه بعض الأصوليين، انظر: التلويح مع التوضيح (١/ ٣٥ و٣٦)، والتقريب والتجوير (١/ ٢٥).

والناظر في تركيب القياس المنطقي يجد اشتراطات تتصل بمادته وصورته، يمكن أن يستخلص منها شروط تطبيق القاعدة، وهي تقابل -في المعنى- ما سيأتي من شروط في المتن، ويتضح وجه العلاقة بينهما على النحو الآتي:

يشترط في المقدمتين أن تكونا مسلمتين، وهو ما يقابل في القواعد الأصولية شرط الثبوت؛ فلا عبرة بقاعدة غير ثابتة، ولا بما يبنى عليها.

ويشترط أن تكون المقدمة الصغرى داخلة تحت المقدمة الكبرى، بوجود علاقة صحيحة بينهما عن طريق الحد الأوسط الذي يربطهما، وهذا يقابل شرط شمول وصف القاعدة للجزئي؛ أي تحقق انطباق مناطقها عليه حقيقة.

=

وذلك وفق التفصيل الآتي^(١):

الشرط الأول: ثبوت القاعدة الأصولية المستند إليها:

فيشترط التحقق من ثبوت القاعدة الأصولية وصحتها قبل الاستناد إليها؛ إذ لا يُتصور أن يبنى الحكم على قاعدة لم تثبت بدليل معتبر أو كانت مرجوحة لدى الناظر.

فالقواعد الأصولية - شأنها كشأن الأدلة - تحتاج إلى تحقق من صحتها؛ إذ الاستدلال فرع الثبوت، فلا عبرة بالمردود، ولا بما يبنى عليه.

قال الإسنوي (ت ٧٧٢هـ): «ثبوت المدلول متوقف على ثبوت الدليل»^(٢).

ويُحترز بهذا الشرط عن إعمال القاعدة غير الثابتة، سواء أكان نفيها:

= ويشترط أن تسلم العلاقة من المعارضة الراجعة نتيجة للشرط السابق، وهو ما يقابل انتفاء الموانع في تطبيق القاعدة الأصولية؛ إذ يُقدّم الأرجح عند التعارض، ولا يصح إعمال القاعدة مع قيام ما يمنع من مقتضاها. انظر فيما سبق: معيار العلم (١٣١-١٩٦)، وآداب البحث والمناظرة (١/١٠٣-١١٦)، وطرق الاستدلال ومقدماتها (٢٢٧-٢٤٠).

(١) أشار د. الباحسين لهذه الشروط في تطبيق القاعدة الفقهية، انظر: القواعد الفقهية (١٧٦-١٧٨).

(٢) نهاية السؤل (٢٩١)، وقال الكفوي في الكليات (٤٤٠): «ثبوت المدلول فرع ثبوت الدليل».

- عامًّا عند الجميع، ومثالها على وجه الافتراض: حجية الحديث المكذوب^(١).

- أو خاصًّا بالناظر، ومثالها افتراضًا: احتجاج الحنفي بمفهوم المخالفة خلافًا لقاعدته^(٢).

فإذا أعملت القاعدة في المحل الجزئي دون تحقق من ثبوتها كان تطبيقها غير معتبر؛ لعدم تحقق شرط الثبوت.

الشرط الثاني: شمول وصف القاعدة الأصولية للفرع الجزئي:

ويقصد به: أن يتحقق الناظر من انطباق موضوع القاعدة على الواقعة الجزئية محل النظر، بحيث يثبت أن وصف القاعدة موجود في ذلك الفرع حقيقةً لا توهُمًا، ويتوقف ذلك على حصول تصوّر صحيح للقاعدة من جهة مفرداتها ومجالها، وفهم دقيق للفرع من حيث أوصافه المؤثرة، ثم الموازنة بينهما للتحقق من مطابقة أحدهما للآخر.

(١) نقل شيخ الإسلام ابن تيمية الإجماع على منع حجية الأحاديث الضعيفة - غير الصحيحة والحسنة - في الأحكام، فمن باب أولى الأحاديث المكذوبة، انظر: مجموع الفتاوى (١/ ٢٥٠ و ٢٥١).

ولذا كان أحد شروط أهلية المجتهد معرفة أصول الرواية؛ لتمييز الصحيح من السقيم، انظر: المستصفى (٣٤٤)، وكشف الأسرار (١٦/٤).

(٢) ذهب جمهور الحنفية إلى منع الاحتجاج بمفهوم المخالفة في نصوص الشارع، انظر: أصول السرخسي (١/ ٢٥٥)، وكشف الأسرار (٢/ ٢٥٣)، والتقريب والتجوير (١/ ١١٧).

وقد نبه لذلك تقي الدين السبكي (ت ٧٥٦هـ) فيما نُقل عنه: «الفقيه الحاذق يحتاج إلى تيقن القاعدة الكلية في كل باب ثم ينظر خاصاً في كل مسألة، ولا يقطع شوقه عن تلك القاعدة حتى يعلم هل تلك المسألة يجب سحب القاعدة عليها أو تمتاز بما ثبت له تخصيص حكم من زيادة أو نقص؟ وفي هذا تتفاوت رتب الفقهاء؛ فكم من واحد متمسك بالقواعد قليل الممارسة للفروع وماخذها يزل في أدنى المسائل، وكم من آخر مستكثر في الفروع ومداركها قد أفرغ جهام ذهنه فيها غفل عن قاعدة كلية، فتخطت عليه تلك المدارك وصار حيران»^(١).

ويُحترز بهذا الشرط عن صور التطبيق الخاطئ التي تنشأ عن أحد الأمرين الآتين:

الأمر الأول: القصور في تصور القاعدة باختلال فهم معناها أو مجالها:

ويمكن أن يمثل له: بأن يُستدل بقاعدة «شرع من قبلنا حجة» في واقعة ورد في شرعنا ما يخالفها؛ إذ إن مجال القاعدة مقيد بما لم يرد في شرعنا ما ينسخه، فلا يكون تطبيقها مطلقاً، بل مقيّداً فيما لم يخالفه

(١) نقله التاج السبكي في الأشباه والنظائر (١/ ٣٠٨ و ٣٠٩)، ويرد مثله في تحقيق المناط، انظر: شرح مختصر الروضة (٣/ ٢٣٣).

شرعنا^(١)، ومنشأ الخطأ هنا عائد إلى اختلال فهم قيود القاعدة ومجال تطبيقها.

الأمر الثاني: القصور في تصور الفرع - محل التطبيق - باختلال إدراك حقيقته أو مناطه:

ويمكن أن يمثل له: بأن يُستدلّ بقاعدة «عدم حجية قول الصحابي» في نص لا مجال للرأي فيه مروى عن صحابي؛ إذ إن هذا النوع لا يَكَيّف بأنه قول صحابي، بل يأخذ حكم المرفوع إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٢)، فلا تطبّق عليه قاعدة الاحتجاج بقول الصحابي، ومنشأ الخطأ هنا عائد إلى اختلال تكييف حقيقة الجزئي محل التطبيق.

ويجدر التنبيه هنا بأن اختلال هذا الشرط من أبرز أسباب اضطراب الأحكام أو ورود النقد عليها، والشواهد على ذلك كثيرة في مدونة التفتيش القضائي - محل الدراسة التطبيقية -، بل رَصَدَت المدونة ملحوظة مستقلة قريبة من هذا المعنى، مؤكّدةً على مقتضى الشرط المذكور في تطبيق النص النظامي، ونصّها: «الملحوظة (٤٤١): الاستناد في الأحكام إلى مواد نظامية لا تنطبق على الواقعة ... الصواب: الاستناد

(١) العلماء متفقون على عدم الاحتجاج بشرع من قبلنا إذا ورد في شرعنا ما يخالفه، نقل الاتفاق على ذلك عدد من أهل العلم، انظر: الأذكار للنووي (٣٦٣)، وفتح الباري لابن حجر (١٣٠/١٠).

(٢) انظر: العدة (٤/١١٩٦)، والمستصفى (١٧٠ و ١٧١)، وكشف الأسرار (٣/٢١٩)، وحاشية العطار على المحلي (٣٩٦/٢).

في الأحكام إلى مواد نظامية تنطبق على الواقعة عند الاقتضاء، التعليل: صحة الحكم هنا مبنية على صحة الاستناد إلى المواد النظامية التي يركز عليها^(١).

الشرط الثالث: انتفاء المعارض الراجع لتطبيق القاعدة الأصولية:

ويُقصد به: أن يتحقق الناظر من خلوّ محل تطبيق القاعدة من دليل خاص أو قرينة راجحة تمنع من اطرادها وتستثنيه من عمومها؛ لأن القواعد الأصولية - وإن كانت كلية في الأصل - لا تُعارض ما هو أقوى منها، بل تُخصّص به عند التعارض.

وقد قرر هذا المعنى بعض الأصوليين:

- قال القرافي (ت ٦٨٤هـ): «لا ينبغي أن يلغى ما شهدت له القواعد إلا لمعارض أرجح منه»^(٢).

- وقال الطوفي (ت ٧١٦هـ): «القواعد والأصول يجوز تخصيصها بدليل أقوى منها عند المجتهد»^(٣).

ويُحترز بهذا الشرط عن إعمال القاعدة في موضع قام فيه معارض أرجح منها، فيمنع تنزيل القاعدة على الفرع بسبب المعارض الراجع،

(١) مدونة التفتيش القضائي (٣٤٤).

(٢) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام (١٢٩).

(٣) شرح مختصر الروضة (٢/٣٨٨).

فالناظر يقرُّ بتحقيق الانطباق إلا أن وجود المعارض يمنع اطراد القاعدة في هذا الموضع.

ويمكن أن يمثل لهذا: بأن يُستند إلى قاعدة: «عدم لزوم المندوب بالشروع فيه» في جواز قطع العمرة المندوبة بعد الشروع فيها، من غير تنبُّه إلى ورود الدليل الخاص بلزوم إتمامها بالشروع، في قوله عزَّوَجَلَّ: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦]^(١)، ومنشأ الخطأ هنا عائد إلى عدم التحقق من انتفاء المعارض الراجع، لا إلى القاعدة ولا إلى الفرع بالنظر إلى إمكانية الانطباق.

فهذه الشروط الثلاثة تحدد كيفية إعمال القاعدة الأصولية عند التطبيق، وفي سياق تقويم الحكم القضائي -محل النظر في هذه الدراسة- تُقاس سلامة بنائه وتسببه عند التفتيش بمدى تحقيقها؛ إذ إنَّ كثيراً من الملحوظات المرصودة في المدونة -من خلال استقرائي- ترجع في حاصلها إلى الإخلال بأحد هذه الشروط، وهي تمثل أصول الاستدلال الرئيسة في الثبوت أو الدلالة أو الاطراد.

(١) نقل عدد من العلماء الإجماع على ذلك، انظر: مجموع الفتاوى (٢٧ / ٢٦٥)، وتفسير القرآن العظيم (٢ / ٩٠).

ولهذا عدَّ بعض الأصوليين العمرة مستثناة من القاعدة، انظر في ذلك: شرح مختصر الروضة (٢ / ٤١٠)، والتجوير (٢ / ٩٩١)، وحاشية العطار على المحلى (١ / ١٣١).

المطلب الثالث: مجالات إعمال القاعدة الأصولية:

يتمثل المجال الرئيس لإعمال القاعدة الأصولية في: كل ما يحتاج إثباته إلى الأدلة الشرعية، من حيث حجيتها، ودلالاتها، وثمرتها، وحال المستفيد منها، وذلك على وجه الإجمال؛ فهذه المباحث الأربعة هي موضوعات علم أصول الفقه، ومجال تطبيقه الرئيس، بغض النظر عن نوع الحكم المستخرج من تلك الأدلة سواء أكان عقدياً أم أصولياً أم فقهياً أم تفسيرياً أم غير ذلك من التطبيقات الجزئية بمختلف أنواعها في العلوم الشرعية^(١).

قال الغزالي (ت ٥٠٥ هـ) مقسماً موضوعات أصول الفقه: «الأحكام ثمرات، وكل ثمرة فلها صفة وحقيقة في نفسها، ولها مثمر، ومستثمر، وطريق في الاستثمار، والثمرة هي الأحكام ... والمثمر هي الأدلة ... وطرق الاستثمار هي وجوه دلالة الأدلة ... والمستثمر هو المجتهد ... فإذا جملة الأصول تدور على أربعة أقطاب:

القطب الأول: في الأحكام، والبداءة بها أولى؛ لأنها الثمرة المطلوبة.

القطب الثاني: في الأدلة، وبها التنية؛ إذ بعد الفراغ من معرفة الثمرة لا أهم من معرفة المثمر.

(١) انظر في موضوع علم أصول الفقه: معيار العلم (٢٥١)، ونفائس الأصول (٩٨/١)، ومجموع الفتاوى (٤٠١/٢٠)، والتلويح (٤٠/١)، والفوائد السنينة (١١٤/١)، والتقارير والتحجير (٣٢/١)، والتحجير (١٤٢/١).

القطب الثالث: في طريق الاستثمار، وهو وجوه دلالة الأدلة ...

القطب الرابع: في المستثمر، وهو المجتهد الذي يحكم بظنه،
ويقاله المقلد»^(١).

غير أن تقييد علم الأصول بإضافته إلى الفقه في التسمية المشهورة له «أصول الفقه» يفهم منه اختصاصه بالفقه فقط، وصرف محل الإعمال في القاعدة الأصولية - من حيث الأصل - إلى استنباط الأحكام الفقهية دون غيرها.

وقد ظهر أثر هذا التقييد في تعريفات عدد من الأصوليين لهذا العلم، حيث صرحوا بأن موضوعه يتناول معرفة دلائل الفقه الإجمالية، أو بأن وظيفته هي التوصل إلى الفقه أو إلى استنباط الأحكام العملية أو الفرعية^(٢).

فجعلوا مجال تطبيق هذا العلم - من خلال تلك التعريفات - محدودًا بما يتصل باستخراج الأحكام الفقهية دون غيرها من مجالات الخطاب الصادر من الشارع أو ما يشترك معه غيره فيه إن صدر بمقتضى العقل أو أصول اللغة.

(١) المستصفي (٧).

(٢) انظر: العدة (١/ ٧٠)، والقواطع (١/ ٢١)، ومختصر المنتهى مع رفع الحاجب (١/ ٢٤٢ و ٢٤٣)، وشرح مختصر الروضة (١/ ١٢٠)، والتوضيح مع التلويح (١/ ٣٤)، والتعريفات (٢٨)، والتحرير مع التقرير والتحبير (١/ ٢٦)، والتحبير (١/ ١٧٧).

والذي يظهر أن هذا القيد -أعني إضافة الأصول إلى الفقه المصطلح عليه- ليس قيداً حاصراً لعموم تطبيقات القاعدة الأصولية في هذا الباب دون سواه، بل هو قيد أغلبي ليس له مفهوم مخالف، أريد به الغالب في تطبيقات هذا العلم، وحكاية غايته الأصلية في التوصل إلى أحكام الفقه الفرعية^(١).

وقد اختار ذلك بعض الباحثين، حيث قال أ.د. عياض بن نامي السلمي: «ربما يظن كثير من الناس أن أصول الفقه تقتصر فائدته على الفقه في المسائل العملية، والحق خلاف ذلك؛ فإن فائدة هذا العلم لا يستغني عنها المفسر والمحدث والمتكلم والباحث في العقائد، وكل من يحتاج إلى فهم نصوص الوحي والاستدلال بها، فإن هذا العلم عبارة عن قواعد للفهم الصحيح والاستدلال الصحيح، والجمع بين ما ظاهره التعارض، ولهذا نستطيع القول إن تسميته بأصول الفقه لا يعني اقتصار فائدته على استنباط الأحكام الفقهية، ولعل الذين سموا مؤلفاتهم بالأصول من غير تقييد بالفقه لحظوا هذا الملحظ فعمموا، ومن هؤلاء الغزالي الذي سمى كتابه: «المستصفى من علم الأصول»، والرازي سمى كتابه: «المحصول من علم الأصول»، والبيضاوي

(١) وذلك إن حُمِلَ «الفقه» على معناه الاصطلاحي، أما إن حمل على معناه العام الشامل لكل الشريعة فالظاهر أن القيد يكون حاصراً في هذه الحالة، انظر: البحر المحيط (١/ ٣٦-٣٨).

ويفهم ما ورد في المتن مما أشار له البخاري في كشف الأسرار (١/ ١٩)، والباقر في التقرير (١/ ١٢٥).

سماء: «منهاج الأصول في علم الأصول»، والشوكاني سماء: «إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول»^(١).

وقال أيضاً: «علم أصول الفقه لم ينسب للفقه نسبة اختصاص، ولذا فالأحرى به أن يسمى أصول الفهم الصحيح أو منهج البحث الصحيح؛ لأن قواعده يمكن أن يستعين بها كل باحث في علوم الشريعة»^(٢).

ويمكن أن يستند في تقرير ذلك إلى ثلاثة أمور:

الأمر الأول: ما عبر به بعض العلماء في تسمية «أصول الفقه» بـ«أصول العلم» أو «أصول الشرع» أو «الأصول» بإطلاق^(٣)؛ ليشمل كل معلوم يُدرك عن طريق هذه الأصول دون أن يقيّد بالنطاق الفقهي فقط^(٤).

(١) أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله (٢٠).

(٢) أثر علم أصول الفقه في منهجية البحث في العلوم الشرعية «بحث محكم» (٢١٦).

ويُلاحظ أن تسمية علم أصول الفقه بـ«أصول الفهم» كما ورد في النص المنقول: فيها التفات للمعنى اللغوي للفقه.

(٣) وهذا فيما إذا كان استعمال «ال» في «الأصول» لغير العهد الذهني، وانظر: أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله (٢٠).

(٤) انظر: الأم (٢٩٩/١)، وأصول البزدوي مع كشف الأسرار (١٩/١)، والمستصفي (٤)، وشرح تنقيح الفصول (١٧)، وشرح مختصر الروضة (١٠٠/١)، والإبهاج (١٧/١)، ونهاية السؤل (١١)، والموافقات (٤٤/٥) والتلويح (٢/١).

قال الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ): «أصول العلم عندك أربعة أصول، أوجبها وأولها أن يؤخذ به فلا يترك: كتاب الله وسنة نبيه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ... إلخ»^(١)، فجعلها أصولاً للعلم لا للفقهاء فقط، وينصرف العلم في المقام الأول للعلم الشرعي.

وقال البزدوي (ت ٤٨٢هـ): «اعلم أن أصول الشرع ثلاثة: الكتاب، والسنة، والإجماع»^(٢).

وعلق البخاري (ت ٧٣٠هـ) على إضافته الأصول إلى الشرع دون الفقه: «كأنه إنما عدل عن لفظ الفقه إلى لفظ الشرع مخالفاً لسائر الأصوليين؛ لأن الإضافة تفيد الاختصاص، وهذه الأدلة سوى القياس لا تختص بالفقه، بل هي حجة فيما سواه من أصول الدين، ولفظة الشرع أعم، ويطلق على أصول الدين كإطلاقه على فروعه، قال تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا﴾ [الشورى: ١٣]، فيكون إضافة الأصول إلى الشرع أعم فائدة، وأكثر تعظيماً للأصول»^(٣).

الأمر الثاني: ما يلحظه الناظر في تقارير الأصوليين المتصلة بهذه القواعد، حيث يتناولون أحكاماً خارجة عن نطاق الفقه المتصل بالدليل في المسائل التي تقبل ذلك؛ إذ لا يقتصرون في تطبيقاتها أو تقريرها على ما كان من أدلة الشرع، بل يتوسعون في تناول ما يصدر

(١) الأم (١/٢٩٩).

(٢) أصول البزدوي مع كشف الأسرار (١/١٩).

(٣) كشف الأسرار (١/١٩)، وانظر: التقرير للبابرتي (١/١٢٥).

عن المكلف نفسه من تصرفات قولية أو فعلية، ويذكرون ذلك في مقامات متعددة:

المقام الأول: تصوير المسألة الأصولية بذكر أمثلة لها من هذا الجنس.

ومن أمثلته: قول الجويني (ت ٤٧٨هـ): «اختلف الأصوليون في دخول المخاطب تحت الخطاب في مثل قول القائل لمأموره: من دخل هذه الدار فأعطه درهماً، فلو دخل هذا المخاطب الدار فهل يعطيه المأمور بحكم اقتضاء اللفظ كما يعطى غيره من الداخلين؟»^(١).

المقام الثاني: الاستدلال لإثبات القاعدة الأصولية القابلة لذلك^(٢).

ومن أمثلته: استدلال ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ) للقول بدلالة الأمر بعد الحظر على الإباحة: «أن السيد لو قال لعبده: «لا تأكل هذا الطعام» ثم قال: «كُلْهُ» ... اقتضى ذلك رفع الحظر دون الإيجاب»^(٣).

المقام الثالث: التمثيل لثمرات الخلاف المعنوي.

(١) البرهان (١/ ١٣٠).

(٢) ومما يناسب ذكره هنا: ما أشار إليه شيخ الإسلام ابن تيمية من استدلال الأصوليين بكلام الناس في تقرير حجية مفهوم المخالفة، مستنكراً تفريق بعضهم بين دلالة في كلام الشارع وفي كلام الناس، وهذا يدل على أن الاستدلال بكلام الناس في تقرير الأصل يفيد اطراده في كلامهم أيضاً؛ إذ هو أحد أدلته، انظر: مجموع الفتاوى (١٣٦/ ٣١).

(٣) روضة الناظر (١/ ٥٦١).

ومن أمثلته: قول ابن السبكي (ت ٧٧١هـ) في سياق بيانه لثمرة الخلاف في أقل الجمع: «وأما الفوائد الفروعية فمنها: لو قال: «لَهُ عَلَيَّ دراهم»، لزمه ثلاثة، وقيل: درهمان»^(١).

المقام الرابع: تخريج الفروع على الأصول، حيث يخرجون فروعاً من غير خطاب الشرع على قواعد الأصول.

ومن أمثلته: قول الإسنوي (ت ٧٧٢هـ) في تخريجه على الخلاف في دلالة الواو العاطفة: «إذا علمت ذلك فللمسألة فروع: الأول: إذا قال لزوجته: «إن دخلت الدار وكلمت زيدا فأنت طالق»، فلا بد منهما، ولا فرق بين أن يتقدم الكلام على الدخول، أو يتأخر عنه، وأشار في التتمة إلى وجه في اشتراط تقديم المذكور أولاً؛ تفرعاً على أن الواو تقتضي الترتيب»^(٢).

الأمر الثالث: يقرر الأصوليون تطبيق أنواع من قواعد أصول الفقه على النصوص الواردة عن الأئمة المجتهدين لتحرير مذاهبهم، ولولا اتساع مجالها التطبيقي لذلك لما شملت نصوص المكلفين من الأئمة^(٣).

(١) رفع الحاجب (٣/ ٩٥).

(٢) التمهيد (٢١٠).

وقد كان مثل هذا التخريج محل نقد عند من لم يرتض التوسع في مجالات القاعدة، انظر: تشنيف المسامع (١/ ٣٦٨).

(٣) انظر: شرح تنقيح الفصول (٤١٩)، وشرح مختصر الروضة (٣/ ٦٣٩ و ٦٦٨)، والموافقات (٥/ ٦٨)، ونشر البنود (٢/ ٢٧٥).

قال القرافي (ت ٦٨٤هـ): «نصوص المجتهد بالنسبة إلى المقلد كنسبة نصوص صاحب الشرع للمجتهد، ولذلك يحمل عام المجتهد على خاصه، ومطلقه على مقيده، وناسخه على منسوخه، وصريحه على محتمله، كما يعمل ذلك في نصوص صاحب الشرع»^(١).

ويضاف إلى ما سبق: تصريح بعض العلماء باطراد نوع من القواعد الأصولية في خطاب الشرع وخطاب غيره، ومن ذلك: ما نُقل عن الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ): «فكل خطاب في سنة رسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أو في كلام الناس فهو على عمومته وظهوره إلا أن يأتي دلالة تدل على أنه خاص دون عام، وباطن دون ظاهر»^(٢).

وقال الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي (ت ١٣٧٦هـ) في جريان جملة من قواعد دلالات الألفاظ في عموم الكلام: «يجب تقييد اللفظ بملحقاته من وصف أو شرط، أو استثناء، أو غيرها، وهذا الأصل واضح معلوم من لغة العرب، وغيرها، ومن العرف بين الناس؛ لأنه لو لم يعتبر ما قيد به الكلام لفسدت المخاطبات وتغيرت الأحكام وانحل النظام، وهذا مطرد في كلام الله وكلام رسوله وكلام جميع الناطقين، فكما أننا نستفيد من كلام الله وكلام رسوله، ونعتبر ما فيها من القيود المخصصة لإطلاقات الكلام، فكذلك نعتبر ذلك في كلام الناس ونحكم عليهم بما نطقوا به من إطلاق وعموم ومن قيود

(١) شرح تنقيح الفصول (٤١٩).

(٢) البحر المحيط (٢٥/٤).

وتخصيصات، ويدخل تحت هذا الأصل من الأحكام ما لا يُعدُّ ولا يحصى من ألفاظ المتعاقدين، ومن شروط الوقف والوصايا ومن التقييدات الواقعة في العتق والطلاق، وشروط الطلاق والأيمان داخلية في هذا الأصل»^(١).

وبالنظر فيما سبق فالذي يترجح لدي في مجال إعمال القاعدة الأصولية: التفصيل، وبيانه فيما يأتي:

أولاً: القواعد الأصولية ليست على رتبة واحدة:

- فمنها ما يقتصر نطاق إعماله على خطاب الشرع فقط؛ لخصوصيتها، كقاعدة: القرآن حجة.

- ومنها ما يتسع لغيره، كقاعدة: حمل اللفظ على ظاهره.

وسبب اتساع مجال النوع الثاني يعود إلى طبيعة مصدر القاعدة إضافة إلى خصائص صياغتها، فهذا ما يحدد مجالها التطبيقي، وبيان ذلك على النحو الآتي:

١. إن كانت القاعدة ناشئة عن أصل شرعي، فأحكام الشرع لا تقتصر على الفقه، فيمتد تطبيقها إلى غيره من علوم الشريعة، وفي عدول بعض الأصوليين إلى التعبير بـ «أصول الشرع» - كما تقدم - دلالة على تقرير هذا المعنى^(٢).

(١) القواعد والأصول الجامعة (٨٠ و ٨١).

(٢) انظر: كشف الأسرار (١/ ١٩)، والتقارير للبابرتي (١/ ١٢٥).

٢. وإن كانت القاعدة ناشئة عن أصل عقلي، فسيشترك جميع العقلاء في تطبيقهم لها، ولن تختص بالأحكام الشرعية العملية فقط، بل تمتد آثارها إلى ما وراء ذلك بصفتها قاعدة كلية عقلية.

نقل الزركشي (ت ٧٩٤هـ): «الأمور العقلية لا تختلف باختلاف اللغات»^(١).

٣. وإن كانت القاعدة ناشئة عن أصل لغوي، فإن تطبيقها لا ينحصر في خطاب الشارع ذي الموضوع العملي، بل يتعداه إلى الخطاب العربي الصادر عن المكلفين أيضًا؛ لأن القاعدة قائمة على مبادئ لغوية تحكم اللسان العربي الذي هو وعاء لكل خطاب جاء به.

وفي هذا السياق يمكن الاستشهاد بما ذكره شيخ الإسلام (ت ٧٢٨هـ) في مسألة جريان مفهوم المخالفة في كلام الشرع وكلام الناس - وهي من المسائل البارزة التي تأثرت بالمجال التطبيقي للقاعدة الأصولية - : «مما يقضي منه العجب ظن بعض الناس أن دلالة المفهوم حجة في كلام الشارع دون كلام الناس؛ بمنزلة القياس، وهذا خلاف إجماع الناس؛ فإن الناس إما قائل بأن المفهوم من جملة دلالات الألفاظ، أو قائل أنه ليس من جملتها، أما هذا التفصيل فمحدث، ثم القائلون بأنه حجة، إنما قالوا هو حجة في الكلام مطلقاً؛ واستدلوا على كونه حجة بكلام الناس، وبما ذكره أهل اللغة، وبأدلة عقلية»^(٢).

(١) البحر المحيط (٢/ ٢٨٥).

(٢) مجموع الفتاوى (٣١/ ١٣٦).

وفي ذكره للاستدلال اللغوي والعقلي إشارة إلى مصدر القاعدة المؤثر في اتساع مجالها التطبيقي.

وإذا انضم إلى هذا ما تتطلبه طبيعة القاعدة من صياغة متجردة وعامة يتحقق بها معنى «القضية الكلية»^(١) فيتضح أن القواعد الأصولية من هذا الجنس -بمقتضى صياغتها ومصادرها- يتجاوز مجال إعمالها النطاق الفقهي العملي -وإن كان هذا النطاق يتصدر تطبيقاتها- إلى ما يقتضيه مدلولها في الجملة بغض النظر عن نوع جزئياته.

ثانيًا: ينبغي أن يتقيد القول باتساع مجال بعض أنواع القاعدة الأصولية بما يأتي:

١ - مراعاة الفروق المؤثرة بين أدلة الشرع وغيرها، حيث تبنى بعض القواعد على مراعاة خصائص خطاب الشرع وأحكامه من العصمة والإحاطة ونحو ذلك، وهو ما لا يتحقق في غيره، مما قد يوقع التطبيق في الخلل إذا أهملت هذه الفروق.

ومن ذلك على سبيل المثال: ما نقل عن تقي الدين السبكي (ت ٧٥٦هـ) في تفريقه بين كلام الشارع وكلام الناس - بحسب رأيه في تأثير الفرق - في تطبيق قاعدة مفهوم المخالفة: «إنما هو حجة في خطاب

(١) نظرية التقعيد الأصولي، د. البدارين (١٢٥ وما بعدها).

الشارع؛ لعلمه بواطن الأمور وظواهرها، وليس بحجة في كلام المصنفين والناس؛ لغلبة الذهول عليهم»^(١).

٢- خلو المحل المتصل بتصرفات المكلفين عن القاعدة الفقهية أو القاعدة المشتركة بين الأصول والفقه؛ إذ إن وجود هذا النوع من القواعد يغني عن إعمال القاعدة الأصولية في ذلك المحل، فموضوع القاعدة الفقهية هو فعل المكلف، وروعي في بنائها هذا الموضوع، بخلاف القاعدة الأصولية المبنية على التعلق بالدليل الشرعي، وخصائصه من حيث الأصل^(٢).

وإذا تقرر هذا، فإن القواعد الأصولية -وبخاصة اللغوية منها- يمكن أن يمتد أثرها إلى سائر أنواع الكلام إذا ترجح اطرادها، مع مراعاة الفروق بين خصائص خطاب الشارع وخطاب غيره إن كان لتلك الخصائص أثر في بناء القاعدة^(٣).

(١) تشنيف المسامع (١/٣٦٦ و ٣٦٧).

وقد وقع الخلاف بين القائلين بحجية مفهوم المخالفة هل يجري في كلام الناس؟، فمنهم من أجراه بناء على كلية القاعدة كما تقدم في تقرير ابن تيمية، ومنهم من استثناه من عمومها كما قرره تقي الدين السبكي، وكذلك الحال مع الحنفية المانعين من حجية مفهوم المخالفة، فمنهم من استثنى كلام الناس منها، ورأى جريان المفهوم فيه، انظر: التقرير والتحجير (١/١١٧).

(٢) انظر: القواعد الكلية، د. شبير (٣٠)، والقواعد الفقهية، د. الباحسين (١٣٨ و ١٣٩)، ونظرية التقعيد الأصولي، د. البدارين (١٦٠).

(٣) نقل الزركشي خلافاً في مجالات قواعد دلالات الألفاظ، هل تكون شاملة لكلام الناس أو تختص بكلام الشارع؟ =

ومن جملة الكلام المقصود هنا: النصوص النظامية التي تبنى عليها الأحكام القضائية بالملكة العربية السعودية، وما يرد عليها من نقد وتقويم - كما ورد في مدونة التفتيش القضائي -، إضافة إلى منهج الاجتهاد القضائي عند غياب النص الصريح، فذلك كله من مجالات إعمال القاعدة الأصولية، كما سيأتي تفصيله في المبحث الآتي بمشيئة الله.

= على قولين، ولم يذكر مستند الفريقين، والذي يترجح لي في هذا هو: التفصيل السابق:

فما كان من القواعد مبنياً على ما يختص به خطاب الشرع فلا تشمل تطبيقاتها كلام الناس، ومثاله: قاعدة: تقديم الحقيقة الشرعية على الحقيقة اللغوية عند التعارض، فالأصل فيها أنها قائمة على استقراء خطاب الشارع كما يظهر من دليلها، أما خطاب الناس فيختلف فيه التطبيق باختلاف أعرافهم والسائد في استعمالهم.

وما كان من القواعد مبنياً على معان يشترك فيها كلام الشرع وكلام الناس فالحكم فيهما مطرد، وعليه يحمل صنيع الأصوليين في المقامات السابقة.

انظر: روضة الناظر (١/ ٤٩٧)، وتشنيف المسامع (١/ ٣٦٨)، والفوائد السنية (٣/ ١٠٤٥).

المبحث الثاني

أثر إعمال القواعد الأصولية في التفتيش القضائي

وفيه تمهيد وثلاثة مطالب:

تمهيد في بيان العلاقة بين القواعد الأصولية ومنهج التفتيش القضائي:

تُعَدّ القواعد الأصولية بمنزلة المعيار الضابط للفهم والاستنباط والتطبيق، وتمثل ميزاناً علمياً يمكن أن يقاس به العمل القضائي في المملكة العربية السعودية نظراً لطبيعته، سواء أكان ذلك في بناء الأحكام أو في تقويمها.

والناظر في تصويبات مدونة التفتيش القضائي وتعليقاتها يجد منطلقاتها تراعي التقعيد الأصولي فيما يلتقيان فيه وإن لم يُصرّح به، مما يدل على وجود التأثير والتأثير بينهما.

وتقرير هذا التأثير أساس لفهم المرجعية العلمية التي يقوم عليها منهج التفتيش القضائي -من واقع مدونته المعتمدة- بصفته نتاجاً مراعيّاً لقواعد أصول الفقه في هذا الباب.

ويمكن بيان هذا التقرير من ثلاثة جوانب:

الجانب الأول: منشأ التأثير:

ويتناول الجهات التي ينفذ منها تأثير القواعد الأصولية إلى التفتيش القضائي.

الجانب الثاني: محل التأثير:

ويتناول المجالات الموضوعية التي يظهر فيها تأثر التفتيش القضائي بإعمال القاعدة الأصولية، مع إيراد الأمثلة التطبيقية لكل محل.

الجانب الثالث: الأثر الناتج عن إعمال القاعدة الأصولية:

ويتناول ما يترتب على هذا الإعمال في أعمال التفتيش القضائي. وسيعنى هذا المبحث بتقرير هذه الجوانب الثلاثة في المطالب الآتية.

المطلب الأول: منشأ تأثير القواعد الأصولية في التفتيش القضائي:

ينشأ تأثير القاعدة الأصولية في عملية التفتيش القضائي بالملكة العربية السعودية من تعلقه بالحكم القضائي ذاته، وكيفية بنائه، سواء عند استنباط مُصَدِّره للحكم من النصوص الشرعية أو النظامية، وتنزيله على الوقائع، أو في حالات اجتهاده عند غياب النص الصريح، ويقع هذا التأثير من جهات متعددة تعود إلى ما يأتي:

الجهة الأولى: يطبق القضاء السعودي في أحكامه ما دلت عليه الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية التي لا تتعارض معها، ويدل على ذلك جملة من النصوص النظامية المقررة لهذا المعنى، ومنها:

١. نصت المادة (٤٦) من النظام الأساسي للحكم (١٤١٢هـ): «القضاء سلطة مستقلة، ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية».

٢. نصت المادة (٤٨) من النظام الأساسي للحكم (١٤١٢هـ): «تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة».

٣. نصت المادة (١) من نظام القضاء (١٤٢٨هـ): «القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية».

٤. نصت المادة (١١) من نظام القضاء (١٤٢٨هـ) في سياق بيانها لاختصاصات المحكمة العليا: «تتولى المحكمة العليا -بالإضافة إلى الاختصاصات المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية- مراقبة سلامة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها في القضايا التي تدخل ضمن ولاية القضاء العام...».

٥. نصت المادة (١٨٧) من نظام الإجراءات الجزائية (١٤٣٥هـ): «كل إجراء يخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، أو الأنظمة المستمدة منها، يكون باطلاً».

وبناء على ذلك، فإن تطبيق القضاء لأحكام الشريعة الإسلامية يتطلب الرجوع إلى القواعد الموصلة إلى استخراج فقهاها، وهي قواعد علم أصول الفقه؛ إذ لا يتصور استنباط الأحكام أو تنزيل النصوص على الوقائع دون الاعتماد على أصول الاستدلال المقررة في هذا العلم.

ونتيجة لهذا الاحتياج جاءت أحكام المواد (٣١) و(٣٣) و(٣٥-٤١) من نظام القضاء (١٤٢٨هـ) مراعية لتخصص الفقه وأصوله فيمن يشغل وظائف السلك القضائي، فاشتراط ذلك في أهلية القاضي دال على التأثير المراد تقريره هنا، ويجري هذا الاشتراط -تبعاً- على المفتش؛ إذ يشترط فيه أن يكون قاضياً ذا درجة أعلى من القاضي المفتش عليه وفقاً للمادة (٥٥) من نظام القضاء (١٤٢٨هـ).

وإذا كانت هذه هي مرجعية القضاء فهي مرجعية التفتيش عليه أيضاً؛ إذ لا يمكن تقويم الحكم القضائي دون الرجوع إلى المنهج المشترك بينهما علمياً، ومنه: القواعد الأصولية.

الجهة الثانية: يتطلب فهم النصوص النظامية وتطبيقها في العمل القضائي الرجوع إلى أصول جامعة تضبط سلامة التصور والاستنتاج والتنزيل؛ لضمان تحقيق مقاصد المنظم دون تفاوت بين القضاة، أو تباين في الأحكام المتماثلة^(١)، وهو ما يستلزم الرجوع إلى قواعد أصول الفقه عند تطبيق النص النظامي، حيث تكفل توجيه الناظر نحو مصادر الاحتجاج، ومسالك الاستدلال الصحيح.

ولذا جاء التصريح بمرجعية علم أصول الفقه في بعض القوانين الرسمية في العالم العربي، ومن ذلك:

(١) انظر في هذه المقاصد: تصريح سمو ولي العهد بشأن تطوير منظومة التشريعات المتخصصة (<https://www.spa.gov.sa/2187777>).

١. نصت المادة (٣) من القانون المدني الأردني (١٩٧٦م): «يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي».

٢. نصت المادة (٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي (١٩٨٥م): «يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي».

٣. نصت المادة (٨٧) من وثيقة الكويت للنظام «القانون» المدني الموحد لدول مجلس التعاون (١٩٩٧م): «يرجع في تحديد مضمون النص وتفسيره إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي».

وفي هذا السياق يمكن أن يفهم إعمال قواعد دلالات الألفاظ -أيضاً- من خلال ما أشار له المنظم السعودي بشأن تطبيق نصوص نظام المعاملات المدنية (١٤٤٤هـ)، حيث جاء في مادته (١): «تُطبق نصوص هذا النظام على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها».

فقواعد دلالات الألفاظ يعود الاستدلال فيها إلى محلّي النطق والسكوت^(١)، وهو ما عبّر عنهما باللفظ والفحوى بناء على هذا

(١) اشتهر عند جمهور الأصوليين تقسيم الدلالة اللفظية إلى منطوق ومفهوم، يمثل المنطوق استخراج الحكم من محل النطق، ويدخل فيه كافة القواعد التي تحكم دلالة اللفظ المنطوق الصريح وغير الصريح -كما في الأمر والنهي والعموم والخصوص ونحوها-، ويمثل المفهوم استخراج الحكم من محل السكوت -كما في مفاهيم الموافقة والمخالفة-، انظر: البرهان (١/١٦٥)، ومختصر ابن الحاجب مع رفع الحاجب (٣/٤٨٣)، وتشنيف المسامع (١/٣٢٨)، والتحبير (٦/٢٨٦٧).

التقابل، ولازم تحقيق التطبيق الوارد في المادة: تقرير الرجوع إلى قواعد الدلالات الحاكمة له.

بل إن صياغة النصوص النظامية ذاتها تتطلب تجويداً في بنائها، وإحكاماً لمعانيها، وتدقيقاً عالياً في السبك اللغوي الخالي عن الحشو والزيادة أو الأساليب الإنشائية أو الغامضة؛ ليؤدي النص مقاصد المنظم بدقة، ويكون قابلاً للتنفيذ دون أن يخلّ بتلك المقاصد^(١)، وهو ما يبين حاجتها إلى القواعد الأصولية التي تعنى بالدلالات اللفظية.

ويمكن أن يدل عليه عموم المادة (٦٧) من النظام الأساسي للحكم (١٤١٢هـ): «تختص السلطة التنظيمية بوضع الأنظمة واللوائح، فيما يحقق المصلحة، أو يرفع المفسدة في شؤون الدولة وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية».

وقواعد أصول الفقه من جملة قواعد الشريعة، وهي المعنية بضبط النظر في تحقيق المصلحة ورفع المفسدة.

ومن ثمّ، فإن النصوص النظامية لا تُقاس بكلام الناس في مخاطباتهم الاعتيادية التي قد يعثرها الاضطراب أو التفاوت أو الذهول، بل هي أعلى رتبة من جهة إحكام الصياغة وانضباط المعاني، وأقرب إلى صياغة قرارات الفقهاء في مصنفاتهم، فهي صالحة لتطبيق القواعد الأصولية عليها؛ لأن تلك القواعد وضعت لضبط الفهم والاستنباط من النصوص المحكمة.

(١) انظر: إعداد التشريعات وصياغتها (١٢٠).

ولئن كان الأصوليون قد طبّقوا جملةً من قواعدهم على تصرفات المكلفين في كلامهم وأفعالهم كما تقدم، فمن باب أولى أن تُطبّق تلك القواعد على النصوص النظامية وفق القيود المذكورة سابقاً^(١)، بما يفضي إلى تحقيق مقاصد المنظم من مراعاة وحدة التطبيق بين الأحكام -ولو نسبياً-، وهو ما كانت تستهدفه مدونة التفتيش القضائي من خلال سعيها لوضع نهج معياري يكون مرجعاً ضابطاً يستفيد منه القضاة والممارسون^(٢).

وهذا وجه من الاشتراك في المرجعية بين المنظم الذي يصوغ النصوص، والقاضي الذي يطبّقها، والمفتش الذي يقوم تطبيقها من جهة المنهجية العلمية المتمثلة في قواعد أصول الفقه المؤثرة في عمل كلّ منهم.

وكما تقرر سابقاً فإن مجال إعمال القواعد الأصولية يمتد ليشمل النصوص النظامية من حيث فهمها وتنزيلها فضلاً عن تأثيره في صياغتها، وهذه النصوص عليها مدار عمل القاضي والمفتش في الأصل، ومن ثم إذا كان للقاعدة الأصولية تأثير في هذا المدار، فيتجاوز تأثيرها إلى التعامل معها تطبيقاً وتقويماً.

(١) انظر: المطلب الخاص بمجالات إعمال القاعدة الأصولية.

(٢) انظر: مدونة التفتيش القضائي (١٠، ٣٨٥).

الجهة الثالثة: يظهر تأثير القواعد الأصولية في الحالات التي لا يتناولها نص نظامي صريح، حيث تجيز بعض الأنظمة للقاضي الاجتهاد في استخراج حكمها المستمد من الشريعة، ومن ذلك ما يأتي:

١. نصت المادة (١) من نظام المعاملات المدنية (١٤٤٤هـ): «تطبق نصوص هذا النظام على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها، فإن لم يوجد نص يمكن تطبيقه طبقت القواعد الكلية الواردة في الأحكام الختامية، فإن لم توجد قاعدة يمكن تطبيقها طبقت الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لهذا النظام».

٢. نصت المادة (٢٥١) من نظام الأحوال الشخصية (١٤٤٣هـ): «فيما لم يرد فيه نص في هذا النظام، تطبق أحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لترجيحات هذا النظام».

٣. نصت المادة (١٢٥) من نظام الإثبات (١٤٤٣هـ): «تطبق الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لترجيحات هذا النظام على مسائل الإثبات التي لم يرد في شأنها نص في هذا النظام».

ويتأثر العمل القضائي هنا بالقاعدة الأصولية بوضوح؛ إذ إن مرده إلى الاجتهاد الشرعي الذي يُبنى على قواعد أصول الفقه بلا نزاع، وتعد معرفة المجتهد بها أحد شروط أهليته^(١).

(١) انظر: التلخيص (٤٥٧/٣)، والبحر المحيط (٢٣٦/٨)، والفوائد السنية (٢٢٢٥/٥)، والتحجير (١٩٠/١) و(٣٨٦٩/٨).

قال ابن السبكي (ت ٧٧١هـ) عن الفقه: «هيئات أن يتوصل طالب وإن جد المسير إليه أو يتحصل بعد الإعياء والنصب عليه إلا بعد العلم بأصول الفقه والمعرفة والنهاية فيه، فإنه صفتُهُ، وكيف يفارق الموصوف الصِّفة؟»^(١).

ونطاق عمل المفتش يشمل الاجتهاد القضائي في هذه الحالة^(٢)، فيكون تفتيشه مبنياً على قواعد أصول الفقه أيضاً فيما يتعلق بها؛ إذ هو الأصل المحتكم إليه بين المفتش والمفتَّش عليه لتقويم الحكم الناتج عن تطبيقها.

الجهة الرابعة: ينشأ تأثير القواعد الأصولية في أعمال التفتيش القضائي تحديداً من خلال احتياج معايير -التي يلتزمها المفتش ويسير عليها إجرائياً في عملية التفتيش- إلى مرجعية علمية فيما له صلة بها.

وذلك كما نصّت عليه المادة (٢٠) من لائحة التفتيش القضائي (١٤٣٥هـ)، حيث أوجبت على المفتش إعداد تقريره عن عمل القاضي المفتَّش عليه استناداً إلى معايير محددة، من أبرزها: تكييف القضية،

(١) الإبهاج (١/١٠٦)، وانظر: المحصول للرازي (١/١٧١) و(٦/٢٥)، ونفائس الأصول (١/٤٢٤).

(٢) حيث لم يرد في لائحة التفتيش القضائي الصادرة عام (١٤٣٥هـ) ما يستثنيها من أعمال التفتيش.

وانظر: المادة (١٩) من اللائحة نفسها.

وتسبب الأحكام، وصحتها ودقة منطوقها، وشمولها للطلبات، وحسن الصياغة، ومراعاة القواعد اللغوية والنحوية والإملائية. وهذه المعايير - عند التأمل - تتطلب تحقيقها على وجه الانضباط والاطراد احتكامها إلى منهج مؤسس على أصول علمية، وهو ما يبحثه علم أصول الفقه، وذلك من وجوه متعددة:

أولاً: «تكييف القضية» يقوم على إدراك مناط الحكم في الواقعة، وتعيين وجه إلحاقها بأصلها، وهذا يتأثر بما تتناوله القواعد الأصولية في أحكام تحقيق المناط وتنقيحه وتخريجه^(١) بحسب نوع الواقعة.

ثانياً: «تسبب الأحكام» يتضمن سلامة طريق الاستدلال، وصحة الانتقال من المصدر المحتج به إلى الحكم، وهو ثمرة مباشرة لإعمال القواعد الأصولية في حجية الأدلة ودلالات الألفاظ.

ثالثاً: «صحة الأحكام، ودقة منطوقها» ترجع إلى التزام القاضي المفتش عليه بأصول بناء الأحكام وصياغتها، وتأثير القاعدة الأصولية في هذا الأمر مباشر من جهة قواعد الاحتجاج والدلالات.

(١) الفرق بين تحقيق المناط وتنقيحه وتخريجه:

تحقيق المناط: الثبت من وجود علة الأصل - سواء أكان كلياً أم جزئياً - في الفرع. تنقيح المناط: تعيين الوصف المؤثر من بين الأوصاف المذكورة غير المؤثرة في النص.

تخريج المناط: استخراج العلة من بين الأوصاف غير المذكورة في النص. انظر: شرح تنقيح الفصول (٣٨٩)، وشرح مختصر الروضة (٢٤٣/٣)، وتشنيف المسامع (٣/٣٢٠)، والفوائد السنية (٥/٢٠١٠)، والتحبير (٧/٣٤٥٤).

رابعاً: «مراعاة القواعد اللغوية» تشمل القواعد الأصولية اللغوية؛ إذ يتعلق المعيار بدلالات الصياغة اللفظية من عموم وخصوص وإطلاق وتقييد وإجمال وبيان ونحوها -بناء على التقابل المذكور في المادة بين القواعد اللغوية والنحوية-، وهي الأدوات التي يُحكم بها على دقة الفهم وصحة التنزيل.

وعليه، فإن هذه المعايير ذاتها تتطلب مرجعية علمية تضمن اطراد منهج التفتيش وعدم اضطرابه، وهو ما يستدعي استصحاب مقتضيات القواعد الأصولية عند التقويم والنقد بصفتها تمثل تلك المرجعية.

وحاصل ما سبق: أن القواعد الأصولية تعدُّ الميزان العلمي الموجه لكل من المفتش والمفتَّش عليه في منهج النظر والاستدلال فيما يتصل بنطاق إعمالها، وهو ما يؤكِّد وجود التأثير المراد تقريره في هذا المقام.

المطلب الثاني: محل تأثير القواعد الأصولية في التفتيش القضائي وتطبيقاته:

يتعلق تأثير القاعدة الأصولية في عمليات التفتيش القضائي -من خلال النظر في مدونته المعتمدة- بعدد من المحالّ من الناحية الموضوعية، وهي متصلة بالموضوعات الرئيسة لعلم أصول الفقه، وتمثّل أركانه الأربعة: الدليل، والاستدلال، والمستدل، والمدلول، حيث إنها المواضيع التي تتجه إليها ملحوظات التفتيش - على تفاوت في

مقدارها- بحسب طبيعة كل منها، واحتياج الحكم القضائي إليه في ظل الآليات والإجراءات المتبعة^(١).

المحل الأول: الدليل المحتج به:

ينصرف التأثير هنا إلى حجية المصدر الذي بنى عليه القاضي حكمه، من حيث ثبوته وصلاحيته للاحتجاج، وهذا ما يتناوله علم أصول الفقه في أهم أبوابه: «حجية الأدلة»، فالمفتش ينظر هنا في مدى بناء الحكم على مصدرٍ صحيح ومعتبر بمقتضى قواعد حجيته. ومن أمثلته التطبيقية:

المثال الأول: تطبيق: شرط الحجة على مصدر الاحتجاج، وقاعدة حجية الكتاب والسنة:

ما رُصد في الملاحظة ذات الرقم (١٠٠) من المدونة، حيث سَبَّب القاضي حكمه - في سياق الاحتجاج - بعبارة: «العقد

(١) يجدر التنبيه إلى أن دراسة التطبيقات في هذا المطلب تهدف لبيان أثر القاعدة الأصولية في صنيع المفتش وفق ما رُصد في المدونة المعتمدة، لا استقصاء أصول الحكم المتقدم ولا رصد أسباب الخلاف الأصولي بين القاضي والمفتش، وإنما المراد: تخريج تصويب المفتش على القاعدة الأصولية، ولا يلزم من ذلك: أن يكون القاضي مخالفاً لها أو مرجحاً لغيرها - وإن كان ذلك وارداً-؛ إذ قد ترجع مأخذ الحكم عنده إلى أسباب متعددة لا تنحصر في تلك القاعدة بعينها أو في مسلك الاجتهاد نفسه.

شريعة المتعاقدين»^(١).

وصوب المفتش العدول عنها إلى قوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقوله صلى الله عليه وسلم: ((المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً))^(٢)، وعلل لذلك بأن العبارة المذكورة غير صحيحة في نفسها؛ إذ يفيد ظاهرها إجازة كل العقود بناء على إرادة الطرفين ولو لم يأذن بها الشرع، فهي بذلك تخالف قوله جل جلاله: ﴿فَإِنْ تَنَزَّعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾

(١) هذه العبارة قاعدة قانونية يلزم من عمومها محذور القبول بالعقود المخالفة شرعاً بحجة اتفاق العاقدين، وهو ما نبه عليه المفتش في التصويب، انظر: معجم المناهي اللفظية، د. بكر أبو زيد (٣٨٢).

(٢) أخرجه بهذا اللفظ: البيهقي في «سننه الكبرى» في (كتاب الشركة - باب الشرط في الشركة وغيرها) في (٦/٧٩) برقم (١١٥٤٦).

وأخرجه بنحوه: الترمذي في «سننه» في (أبواب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم - باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس) في (٣/٦٢٧) برقم (١٣٥٢)، والحاكم في «المستدرک» في (كتاب الأحكام) في (٤/١١٣) برقم (٧٠٥٩).

وأخرجه مختصراً بلفظ: ((المسلمون على شروطهم)): أبو داود في «سننه» في (كتاب القضاء - باب في الصلح) في (٥/٤٤٦) برقم (٣٥٩٤)، والدارقطني في «سننه» في (كتاب البيوع - باب الصلح) في (٣/٤٢٦) برقم (٢٨٩٠).

والخبر رواه البخاري في «صحيحه» معلقاً بصيغة الجزم بلفظ: ((المسلمون عند شروطهم)) في (كتاب الإجارة - باب أجرة السمسار) في (٣/٩٢) برقم (٢٢٧٤)، والطحاوي باللفظ نفسه في «شرح معاني الآثار» في (كتاب الهبة والصدقة - باب العمرى) في (٤/٩٠) برقم (٥٨٤٨).

وصححه الألباني في إرواء الغليل (٥/١٤٢).

ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿٥٩﴾ [النساء: ٥٩]، بالإضافة إلى مقتضى الاستثناء الوارد في الحديث السابق، مما يجعل العبارة غير صالحة للاحتجاج^(١).

ويتبين من هذه الملحوظة أثر القاعدة الأصولية في تصحيح مصدر الاحتجاج الوارد في التسبيب من وجهين:

الوجه الأول: في تخطئة العبارة المحتج بها؛ إذ إنها ليست دليلاً معتبراً؛ للمخالفة المذكورة، فضلاً عن أن يحتج بها في تقرير الحكم، ويتخرج هذا على تطبيق اشتراط الحجية في الدليل عند الأصوليين، فلا عبرة بما لم تثبت حجيته^(٢).

قال أبو الوليد الباجي (ت ٤٧٤ هـ): «المستدل والمحتج إنما يحتج بما ثبت عنده به الحكم ولا يعدل عند ... قصد إثبات الحق إلى ما ليس بدليل ولا حجة عنده»^(٣).

(١) انظر: مدونة التفتيش القضائي (٨٦ و ٨٧).

(٢) اشتراط الحجية في الدليل أمر ظاهر في أصول الفقه، بل إن موضوع العلم يتناول أحكام الأدلة من جهة حجيتها، انظر: نفائس الأصول (٩٨/١)، ومجموع الفتاوى (٤٠١/٢٠)، والفوائد السنية (١١٤/١)، والتقارير والتجوير (٣٢/١ و ٣٣).

وهو المفهوم من تصريح بعضهم برّد ما لم تثبت حجيته، انظر: شرح العضد (٥٧٦/٣)، وتحفة المسؤول (٢٤١/٤).

(٣) الإشارة (٣٠٦)، وسياق العبارة يشمل المناظرة، وثبوت الدليل عند الخصم، إلا أنني اكتفيت بمحل الشاهد منها.

الوجه الثاني: في تصويب مصدر الاحتجاج؛ إذ ردّ المفتش التسبيب الصحيح إلى أدلة معتبرة من الكتاب والسنة؛ وذلك مبني على قواعد حجيتها: قاعدة حجية القرآن، وحجية السنة الثابتة^(١).

قال الشاطبي (ت ٧٩٠هـ): «الكتاب والسنة لا خلاف فيهما عند أهل الإسلام، وهما الدليل والأصل المرجوع إليه في مسائل التنازع»^(٢).

المثال الثاني: تطبيق اشتراط ثبوت السنة في الاحتجاج بها:

ما رُصد في الملاحظة ذات الرقم (٤٣٦) من المدونة، حيث لاحظ المفتش أن بعض القضاة يستدلون في تسبيب أحكامهم بأحاديث عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هي في حقيقتها أقوال أو آثار أو قواعد لا تثبت عنه، مثل: «لا عذر لمن أقر»^(٣)، و«الضرر يزال»^(٤).

(١) وهما من القواعد المجمع عليها، وقد نقل الإجماع عدد من أهل العلم، انظر: الأم (١٧٨/١) و(٢٨٧/٧)، والإحكام لابن حزم (١٢٨/٤)، وأصول السرخسي (٦٦/٢)، ومجموع الفتاوى (٢٢٧/٢)، والموافقات (٣٣٥/٤).

(٢) الموافقات (٣٣٥/٤).

(٣) هي قاعدة فقهية يعلل بها بعض الفقهاء، ويستدل بها بعضهم بصفتها حديثاً عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، انظر على سبيل المثال: كشاف القناع (١٧٣/٨)، ورد المحتار (٦٠٢/٥)، والقواعد والأصول الجامعة (١٠٤).

ونقل عن الحافظ ابن حجر قوله في اعتبارها حديثاً: «لا أصل له، وليس معناه على إطلاقه صحيحاً»، انظر: المقاصد الحسنة (٣٨٨/٥)، وكشف الخفاء (٤٥١/٢).

(٤) هي إحدى القواعد الفقهية الكبرى، ولا تنسب للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بهذا اللفظ، انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٤١/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٨٣)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (٧٢).

وقد نصّ التصويب على أنه: «لا يُنسب إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في تسبیب الأحكام القضائية إلا ما ثبت عنه»^(١)، مع التأكيد على وجوب العناية والدقة فيما يُنسب إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في تسبیب الأحكام القضائية وغيرها^(٢).

ويتضح في هذه الملاحظة تأثير شرط تطبيق قاعدة الاحتجاج بالسنة، وهو ثبوتها عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ إذ إن الحكم بصحة الاستدلال بها متوقف على ذلك^(٣)؛ ليصح أن تكون من جنس دليل السنة.

= ويستدل لها بعض العلماء - كالسيوطي في الأشباه والنظائر (٨٣)، وابن نجيم في الأشباه والنظائر (٧٢) - بحديث: ((لا ضرر ولا ضرار))، وقد أخرجه بهذا اللفظ من حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: ابن ماجه في سننه في (أبواب الأحكام - باب من بنى في حقه ما يضر بجاره) في (٤٣٢ / ٣) برقم (٢٣٤١)، والدارقطني في سننه في (كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك - باب الشفعة) في (٤٠٧ / ٥) برقم (٤٥٤٠)، وأحمد في مسنده في (مسند بني هاشم رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - مسند عبد الله بن العباس بن عبد المطلب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) في (٥٥ / ٥) برقم (٢٨٦٥).

وللخبر شواهد أخرى من طرق مختلفة يقوي بعضها بعضاً، بل صححه الألباني بها، انظر: إرواء الغليل (٤٠٨ / ٣ - ٤١٣).

(١) مدونة التفتيش القضائي (٣٤١).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: الأم (١٧٨ / ١) و (٢٨٧ / ٧)، والإحكام لابن حزم (١٢٨ / ٤)، وأصول السرخسي (٦٦ / ٢)، ومجموع الفتاوى (٢٢٧ / ٢)، والمواصفات (٣٣٥ / ٤).

والناظر في تعريفات الأصوليين للسنة يعلم أن شرط الثبوت أصيل في حقيقتها، فلا يطلق لفظ السنة على النص المنقول ما لم يثبت صدوره عن النبي =

قال الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ) مبيناً هذا الشرط: «إذا ثبت عن رسول الله الشيء فهو لازم لجميع من عرفه، لا يقويه ولا يوهنه شيء غيره، بل الفرض الذي على الناس اتباعه، ولم يجعل لأحد معه أمراً يخالف أمره»^(١).

فإذا انتفى هذا الشرط سقط الاستدلال بما نسب إلى السنة - من حيث كونها سنة -؛ لأن الدليل حينئذ لا تثبت نسبته إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولهذا كان تصويب المفتش متجهاً نحو تحقيق مناط الحجية في الأدلة المنسوبة للسنة خطأً، وهو الثبوت الصحيح عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولهذا أثره في رتبة الدليل، فما ينسب إليه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ليس كما ينسب لمن دونه.

قال ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ): «لا يجوز أن يعتمد في الشريعة على الأحاديث الضعيفة التي ليست صحيحة ولا حسنة ... ولم يقل أحد من الأئمة إنه يجوز أن يجعل الشيء واجباً أو مستحباً بحديث ضعيف، ومن قال هذا فقد خالف الإجماع»^(٢).

= صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولذا يعرفونها بأنها: ما صدر عنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأثر عنه أو نحو ذلك، ويرتبون أحكام الحجية بناء على قوة الثبوت، انظر على سبيل المثال: شرح مختصر الروضة (٢/ ٦١)، والإبهاج (٢/ ٢٦٣)، والتلويح (٢/ ٣).

(١) الرسالة (٣٣٠).

(٢) مجموع الفتاوى (١/ ٢٥٠ و ٢٥١).

ويبقى بعد ذلك النظر في حجية ما استدل به من أقوالٍ أو قواعدٍ فقهيةٍ -نسبت خطأً للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- من أوجه أخرى، دون أن تُساق على أنها من جنس دليل السنة، وهو ما يؤثر في رتبة الدليل عند توهم التعارض.

ويتبين مما سبق أن أثر القاعدة الأصولية اتجه إلى ضبط مصدر الحجية؛ فسلامة التسبيب القضائي متوقفة على التمييز بين النص النبوي الثابت والقول الاجتهادي أو القاعدة الفقهية المستنبطة؛ إذ يترتب على هذا التمييز قوة الحكم أو ضعفه من جهة رتبة الدليل المحتج به.

المثال الثالث: تطبيق قاعدة حجية الإجماع السكوتي^(١):

ما رُصد في الملحوظة ذات الرقم (١٥٥) من المدونة، حيث لاحظ المفتش خلو الحكم بدية قتل الخطأ على العاقلة^(٢) من النص على تنجيمها^(٣) عليهم في ثلاث سنين، فصوّب التنصيب على ذلك،

(١) الإجماع السكوتي هو: أن ينتشر القول من بعض علماء أهل العصر، ويسكت الباقون عن إظهار الخلاف بعد اطلاعهم عليه، ومضي مدة التأمل فيه، انظر: أصول السرخسي (٣٠٣/١)، وكشف الأسرار (٢٢٨/٣).

(٢) العاقلة هم: الذكور من عصبة القاتل، وهم أقرباؤه من جهة الأب، والفقهاء مختلفون في تعريفها، انظر: المغني لابن قدامة (٣٩/١٢)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٢٢٢/٢٩ و ٢٢٣).

(٣) التنجيم هو التقسيم والتوزيع، انظر: تاج العروس (٤٧٧/٣٣)، والمعنى: أن تُسدّد الدية على دفعات في ثلاث سنوات.

واستدل بقضاء عمر^(١) وعلي^(٢) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين، ونص على أنه لا يُعلم لهما مخالف من الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ^(٣).

ويتبين من مستند هذا التصويب إعمال قاعدة حجية الإجماع السكوتي^(٤)؛ إذ إن الاستدلال بقضاء الصحابين مع التنصيص على عدم وجود المخالف مبني على الاحتجاج بهذا النوع من الإجماع، وقد قرر بعض الأصوليين بأن انتشار قول الصحابي مع عدم وجود المخالفة يعد من قبيل الإجماع السكوتي^(٥).

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» في (كتاب العقول - باب في كم تؤخذ الدية؟) في (٩/ ٤٢٠) برقم (١٧٨٥٧)، وابن أبي شيبة في «المصنف» في (كتاب الديات - الدية في كم تؤدى؟) في (١٥٨/ ١٥) برقم (٢٩٢٣١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» في (كتاب الديات - باب تنجيم الدية على العاقلة) في (٨/ ١٩٠) برقم (١٦٣٩٠).

وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (٤/ ٩٥): «هو منقطع»، وضعف إسناده الألباني في إرواء الغليل (٧/ ٣٣٧).

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» في (كتاب الديات - باب تنجيم الدية على العاقلة) في (٨/ ١٩١) برقم (١٦٣٩١).

وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (٤/ ٩٥ و ٩٦): «منقطع»، ووافقه الألباني في إرواء الغليل (٧/ ٣٣٧ و ٣٣٨).

(٣) انظر: مدونة التفتيش القضائي (١٣٢).

(٤) الاحتجاج بالإجماع السكوتي بشروط هو قول الجمهور، انظر: الإشارة (٢٨٢)، والقواطع (٤/ ٢)، وشرح مختصر الروضة (٣/ ٧٩)، وكشف الأسرار (٣/ ٢٢٨).

(٥) بل فرضها بعض الأصوليين في الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، انظر: القواطع (٤/ ٢)، وشرح مختصر الروضة (٣/ ٧٨)، ورفع الحاجب (٢/ ٢١٥)، والفوائد السننية (٥/ ٢١١)، والتجبير (٨/ ٣٧٩٩)، والمذكرة (٢٥٦).

قال البرماوي (ت ٨٣١هـ) عن قول الصحابي: «إذا انتشر ولم يخالف دخل في قبيل الإجماع السكوتي»^(١).

كما أن بعض الفقهاء كَيَّفُوا المسألة محل التطبيق بأنها من قبيل الإجماع، ومن ذلك: قول ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ): «روي عن عمر، وعلي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين، ولا مخالف لهما في عصرهما، فكان إجماعاً»^(٢).

وبعد عرض هذه الأمثلة تجدر الإشارة إلى أنه يُلَحَظ -بتتبع تعليقات مدونة التفتيش القضائي - ظهور تأثير القواعد الأصولية في الدليل المحتج به في مواضع عديدة؛ فقد بُني التصويب فيها على الاستناد إلى نصوص الكتاب والسنة، وأدلة الإجماع، وقول الصحابي، والاستصحاب، والاستصلاح، وسدّ الذرائع، وجملة من القواعد الفقهية التي تعود في أصلها إلى دليلي القياس أو الاستصحاب^(٣).

وكلها نُخْرِج على قواعد حجيتها الأصولية التي انطلقت منها تصويبات المدونة وإن لم يُصَرَّح بها في مواضعها، حيث يشهد واقع

(١) الفوائد السنية (٥/ ٢١١١).

(٢) المغني (١٢/ ١٧).

(٣) انظر على سبيل المثال: مدونة التفتيش القضائي (م ٨/ ص ٢٠، م ١٩/ ص ٢٥، م ٥٣/ ص ٤٩، م ١٣٠/ ص ١٠٧، م ١٥٥/ ص ١٣٢، م ٢٥٢/ ص ٢١٠، م ٣٧٤/ ص ٢٩٢، م ٤١٣/ ص ٣٢١).

تلك الأدلة بإعمال قواعد حجيتها؛ إذ لو لم تكن معتبرة لما ساغ بناء التصويب عليها.

المحل الثاني: كيفية الاستدلال:

يتعلق تأثير القاعدة في هذا المحل بكيفية فهم النص المحتج به، واستنباط الحكم منه، وهو أكثر المحال التي رصدت عليها ملحوظات المدونة من خلال استقرائي، فالمفتش ينظر هنا في سلامة الاستدلال واستخراج الحكم من النص المستند عليه؛ انطلاقاً من قواعد دلالات الألفاظ وإن لم يُصرَّح بها.

ومن أمثله التطبيقية:

المثال الأول: تطبيق قاعدة حمل العام^(١) على جميع أفرادها ما لم يرد تخصيصه:

ما رُصد في الملحوظة ذات الرقم (٤٧) من المدونة، حيث لاحظ المفتش أن القاضي ترك بعض الطلبات الواردة في دعوى المدعي العام، ولم يتعرض لها في الحكم إثباتاً أو ردّاً، كطلب المنع من السفر أو طلب المصادرة، خلافاً لمقتضى نص المادة (١٥٦) من نظام الإجراءات الجزائية (١٤٣٥هـ)، حيث تدل بعمومها على سماع جميع أقواله.

(١) «العام هو: اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد»، انظر: المحصول للرازي (٣٠٩/٢).

فقد نصت المادة (١٥٦) على: «يجب أن يحضر المدعي العام جلسات المحكمة في الحق العام، وذلك في الجرائم التي تحددها لوائح هذا النظام، وعلى المحكمة سماع أقواله والفصل فيها».

ولذا نصّ التصويب على وجوب شمول الحكم لجميع طلبات المدعي العام؛ استناداً لعموم المادة^(١).

وتعليل هذا التصويب -المتمثل في عموم المادة- مبني على دلالة اللفظ العام عند الأصوليين، ومقتضاها: أن يحمل اللفظ العام على جميع أفراد ما لم يرد ما يخصه^(٢).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ): «الذي دل عليه جميع السلف وعامة الخلف من طوائف العلماء على اختلاف اعتقاداتهم، وتفنن علومهم، بل الذي عليه طبقات بني آدم أن هذه الألفاظ المعروفة بصيغ العموم دالة عند تجردها عن القرائن على الشمول والاستغراق»^(٣).

(١) انظر: مدونة التفتيش القضائي (٤٤).

(٢) انظر: العدة (٢/ ٥٢٥)، والمحصول (٣/ ٢١)، وروضة الناظر (٢/ ٥٦)، والعقد المنظوم (٢/ ١٥٠)، والتقريب والتجوير (١/ ٢١٠).

ونقل الغزالي إجماع الصحابة وأهل اللغة عليها، انظر: المستصفى (٢٢٨).

(٣) تنبيه الرجل العاقل (١/ ٢٦٠)، علماً بأنه نص في تكملة عبارته على مخالفة الواقفية والمرجئة؛ لبيان شذوذهم عن هذا الاتفاق.

ومن صيغ العموم المتبعة عند جمهور الأصوليين: الجمع المعرف بالإضافة^(١).

وهذا هو الوارد في نص المادة (١٥٦): «سماع أقواله والفصل فيها»، فلفظ «أقواله» جمع مضاف، فيفيد العموم في جميع أقوال المدعي العام وطلباته دون استثناء.

وعليه، فإن اكتفاء القاضي ببعض الطلبات دون غيرها قد أخلّ بدلالة النص العامة؛ مما استدعى تصويبه.

ولذا يمكن عدّ تصويب المفتش تطبيقاً عملياً لقاعدة حمل العام على كافة أفرادها على نص المادة؛ إذ ألزم القاضي بالفصل في جميع طلبات المدعي العام؛ تحقيقاً لمقتضى النص العام.

المثال الثاني: تطبيق قاعدة اقتضاء النهي^(٢) المطلق للفساد^(٣):

ما رُصد في الملحوظة ذات الرقم (١٤٥) من المدونة، حيث لاحظ المفتش أن القاضي حكم بتصحيح عقد بيع ذهبٍ ثمنه مؤجل أو مقسط.

(١) انظر: نفائس الأصول (١٨٤١/٤)، والتلويح (١٠٠/١)، وتشنيف المسامع (٢٦٢/٢)، والتجبر (٢٣٥٨/٥).

(٢) النهي هو: «طلب كف عن الفعل استعلاءً»، انظر: التلويح (٤١٤/١).

(٣) الفساد والبطلان مترادفان عند القائلين بهذه القاعدة، ويشتركان في معنى: عدم ترتيب الأثر عليهما، انظر: المستصفى (٧٦)، وشرح مختصر الروضة (٤٤٥/١)، ونشر البنود (٤٩/١).

وقد نصّ على أن الصواب هو الحكم ببطان عقد بيع الذهب المؤجل أو المقسط، معللاً بأنه من قبيل ربا النسيئة، فلا يصح بيع الذهب بالنقد إلا حالاً يداً بيد؛ استناداً إلى ما ثبت عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه: ((نهى عن بيع الذهب بالورق ديناً))^(١).^(٢)

وينطلق هذا التصويب من القاعدة الأصولية: اقتضاء النهي المطلق للفساد، ومقتضاها: عدم ترتيب الآثار المقصودة من العقد المنهي عنه؛ لأن النهي يقتضي فساد المنهي عنه^(٣).

ومن ثمّ، فإن الحكم القضائي بتصحيح العقد مع وجود النهي الصريح عن صورة هذا البيع يُعدّ مخالفاً لمقتضى القاعدة الأصولية؛ إذ لم يُنزل النهي منزله الصحيحة في إفساد المنهي عنه، فوقع الخلل في عدم استحضار الحديث المذكور أو في وجه الاستدلال به.

ولهذا كان تصويب المفتش تطبيقاً ظاهراً لقاعدة اقتضاء النهي للفساد، من حيث نفي الآثار المترتبة على العقد المنهي عنه شرعاً.

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» في (كتاب البيوع - باب بيع الورق بالذهب نسيئة) في (٧٦٢ / ٢) برقم (٢٠٧٠)، ومسلم في «صحيحه» في (كتاب المساقاة - باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً) في (١٢١٢ / ٣) برقم (١٥٨٩).

(٢) انظر: مدونة التفتيش القضائي (١٢٢ و ١٢٣).

(٣) وهي من المسائل الكبرى في أصول الفقه، وفيها اختلاف طويل ولها متعلقات متعددة، والتخريج المذكور في المتن مبني على من أخذ باقتضاء النهي للفساد بعمومها أو بسبب عود النهي إلى الوصف الملازم، انظر: العدة (٢ / ٤٣٢)، والقواطع (١ / ١٤٠)، وشرح تنقيح الفصول (١٧٣)، وشرح مختصر الروضة (٢ / ٤٣٠).

المثال الثالث: تطبيق قاعدة حجية مفهوم المخالفة:

ما رُصد في الملاحظة ذات الرقم (٢٧) من المدونة، حيث لاحظ المفتش قبول القاضي تنازل المدعي العام عن الدعوى الجزائية العامة بعد رفعها، سواء أكان ذلك على سبيل الإطلاق أو تأسيساً على تنازل المدعي بالحق الخاص عن دعواه.

وقد نصّ التصويب على عدم قبول التنازل في الحالتين، مستنداً في ذلك إلى مفهوم المادة (٢٢) من نظام الإجراءات الجزائية (١٤٣٥هـ)^(١)، التي نصت على أن الدعوى الجزائية العامة تنقضي في أربع حالات محصورة هي:

١. صدور حكم نهائي،

٢. عفو ولي الأمر فيما يدخله العفو،

٣. ما تكون التوبة فيه بضوابطها الشرعية مسقطاً للعقوبة،

٤. وفاة المتهم، ولا يمنع ذلك من الاستمرار في دعوى الحق الخاص^(٢).

وينطلق هذا التصويب من قاعدة جمهور الأصوليين في الاحتجاج بمفهوم المخالفة، وتحديدًا مفهوم الحصر؛ إذ إن النص إذا ورد على سبيل الحصر دلّ على نفي الحكم عما عداه^(٣).

(١) انظر: مدونة التفتيش القضائي (٣٠ و ٣١).

(٢) انظر: العقد المنظوم (١/ ٢٦٢)، وشرح مختصر الروضة (٢/ ٧٥١)، ورفع

الحاجب (٤/ ١٩)، والبحر المحيط (٥/ ١٨٤).

قال الطوفي (٧١٦هـ): «إجماع الفصحاء والعقلاء على فهم اختصاص الشيء بالحكم لاختصاصه بالذكر»^(١).

فقد حصر المنظم في المادة (٢٢) حالات انقضاء الدعوى الجزائية العامة في أربع، فكان مفهوم المخالفة أنه لا تنقضي الدعوى في غير هذه الحالات، ومنها: حالة تنازل المدعي العام، أو تنازل صاحب الحق الخاص.

وبناءً على ذلك، فإن الحكم بقبول التنازل مخالف لمقتضى مفهوم الحصر المخالف؛ إذ أثبت حكم الانقضاء في غير منطوق النص.

وعليه، فإن هذا التصويب يمكن أن يعدّ في تطبيقات إعمال مفهوم المخالفة.

وبعد عرض تطبيقات هذا المحل تجدر الإشارة إلى ما يلاحظ من خلال تتبع تعليقات مدونة التفتيش القضائي:

أولاً: تعددت التصويبات المتعلقة بصياغة الحكم القضائي، وذلك في المواضع التي يكون الخلل فيها ناتجاً عن تعبير يوهم معنى غير

= وفي سياق التطبيق على النص النظامي -الذي هو من كلام الناس- يجدر التنبيه بأن المنكرين لقاعدة المفهوم المخالف- وهم الحنفية- قد أجازوا إجراءه في كلام الناس، انظر: التقرير والتحجير (١/ ١١٧).

ويقابلهم بعض المقرّين بقاعدة المفهوم المخالف، فقد منعوا إجراءه في كلام الناس، انظر: تشنيف المسامع (١/ ٣٦٦ و ٣٦٧).

(١) شرح مختصر الروضة (٢/ ٧٢٨).

مراد، وهو ما يُبرز أثر القواعد الأصولية في توجيه صياغة الحكم القضائي ومتعلقاته نحو المعنى المطابق للمراد، لا المعنى الذي يوهمه التعبير المشكّل^(١).

وهذا الوجه من التأثير يتصل بهذا المحل من جهة أن نتيجة الاستدلال لا بد أن تُصاغ في لفظ معبّر عن الحكم، وتتأثر هذه الصياغات في أصل استعمالها بقواعد دلالات الألفاظ.

ومثال ذلك: ما ورد في الملاحظة ذات الرقم (١٣) من المدونة، حيث صاغ القاضي الحكم عندما لم يتوافر عنده دليل على إدانة المدعى عليه بعبارة: «ثبت لدي براءة المدعى عليه».

فصحح المفتش التعبير إلى: «لم يثبت لدي إدانة المدعى عليه»، أو: «حكمت بعدم إدانة المدعى عليه»^(٢).

ويتخرج تصويب مثل هذه الصياغة على بعض قواعد دلالات الألفاظ، وهي في هذا المثال: حمل اللفظ الظاهر على معناه الراجح، ومقتضاها أن يُجعل اللفظ جاريًا على معناه الظاهر المتبادر ما لم تقم قرينة تصرفه عنه^(٣).

(١) انظر على سبيل المثال: مدونة التفتيش القضائي (٢٥، ١٢٦، ١٣١، ١٣٧، ١٨٨، ١٩٨، ٢٤٧، ٣٣٢، ٣٧٧).

(٢) انظر: المرجع السابق (٢٢).

(٣) نقل الإجماع على حكمها عدد من أهل العلم، انظر: البرهان (٢/ ١٠٤)، والعدة (٢/ ٤٢٦)، وكشف الأسرار (٢/ ٣٤).

ووجه ذلك في هذا المثال: أن المفتش لما حمل عبارة القاضي: «ثبت لدي براءة المدعى عليه» على ظاهرها، وجد أن هذا الظاهر يتضمن إثبات البراءة ونفي التهمة في نفس الأمر، وهو حكم لا ينهض به الدليل في مثل هذه الحال؛ إذ المقصود: عدم ثبوت الإدانة؛ لعدم الدليل، لا الجزم بانتفاء التهمة.

ولما كان هذا المعنى غير مراد، ولم تقم قرينة في السياق تصرف اللفظ عن ظاهره إلى ما يوافق المقصود، اتجه المفتش إلى العدول عن هذا التعبير إلى صياغة يكون ظاهرها مطابقاً للمراد، كقوله: «لم يثبت لدي إدانة المدعى عليه» أو «حكمت بعدم إدانته»، وبهذا يتبين أن باعث التصويب هو إجراء اللفظ على ظاهره ثم ملاحظة عدم انطباقه على المعنى المراد، فاقضى التعديل؛ ليتسق مع القاعدة.

ولا يخفى أن لتخريج المسألة وجهاً آخر يتصل بالنظر في لوازم الحكم وسلامة ترتيب النتائج على المقدمات، إلا أن جهة التخريج -هنا- تقتصر على ما يتعلق بضبط دلالة اللفظ ومنع إيهامه.

ثانياً: أن تأثير القواعد الأصولية في كيفية الاستدلال ظاهر في مواضع متعددة، منها: حمل الظاهر على المعنى الراجح، والتوقف في المجمل حتى يرد البيان، ودلالة الأمر على الوجوب، وحمل المطلق

على إطلاقه، والمقيد على تقييده، ومفهوم الشرط المخالف، ونحو ذلك^(١).

المحل الثالث: أحكام المستدل:

ويتعلق التأثير هنا بإعمال القاعدة الأصولية في حال القاضي وأحكامه بما يتسق مع ما تقرر في أبواب الاجتهاد في أصول الفقه، فالفتش هنا ينظر في مدى التزام القاضي بأحكام المجتهد وأهليته وحدود اجتهاده.

وهذا الجانب يتصل بالغاية المنصوص عليها في المادة (٥٥) من نظام القضاء (١٤٢٨هـ) التي نصت على أن إدارة التفتيش القضائي تتولى: «التفتيش على أعمال قضاة محاكم الاستئناف ومحاكم الدرجة الأولى؛ وذلك لجمع البيانات التي تؤدي إلى معرفة كفايتهم، ومدى حرصهم على أداء واجبات وظيفتهم».

والكفاية التي نصت عليها المادة تشمل الكفاية العلمية، والتي ترجع أصولها إلى تطبيق القواعد الأصولية؛ إذ يتحقق بها سلامة الاستدلال والأحكام، ولذا كانت معرفة أصول الفقه أحد شروط أهلية المجتهد عند أهل العلم^(٢).

(١) انظر على سبيل المثال: مدونة التفتيش القضائي (م ٢١/ص ٢٦، م ٩٤/ص ٨٣، م ١١٨/ص ٩٨، م ١٨٠/ص ١٥٦، م ١٨١/ص ١٥٧، م ١٨٩/ص ١٦٢).

(٢) انظر: التلخيص (٣/٤٥٧)، والمحصل (٦/٢٥)، والإحكام للقرافي (٢٤٣) و (٢٤٤)، والبحر المحيط (٨/٢٣٦)، والفوائد السنية (٥/٢٢٢٥)، والتجوير (٨/٣٨٦٩).

ومن أمثله التطبيقية:

المثال الأول: تطبيق قاعدة لزوم الاجتهاد على المجتهد عند القدرة:

ما رُصد في الملاحظة ذات الرقم (٤٨٠) من المدونة، حيث انتقد المفتش التوقف في المسائل الاجتهادية الخلافية بحجة عدم رجحان أحد الأقوال، وصوّب أن يجتهد القاضي في ترجيح أحد الأقوال، فإن لم يترجح له قول منها أخذ بالمشهور من مذهب الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ)^(١).

ويظهر تأثر هذا التصويب بما قرره جمهور الأصوليين من لزوم الاجتهاد في حق المجتهد متى قدر عليه^(٢)؛ لأن التوقف مع القدرة على الاجتهاد تعطيل للحكم، وهو مخالف لمقتضى تكليفه بالقضاء، فإن عجز عن ذلك جاز له التقليد وفقاً لما نظّمه ولي الأمر، وهو ما نص عليه المفتش في تصويبه.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ): «متى أمكن في الحوادث المشكلة معرفة ما دل عليه الكتاب والسنة كان هو الواجب؛ وإن لم يمكن ذلك لضيق الوقت أو عجز الطالب أو تكافؤ الأدلة عنده أو

(١) انظر: مدونة التفتيش القضائي (٣٧٨ و ٣٧٩).

(٢) انظر: مجموع الفتاوى (٢٠/٢٠٤ و ٢١٢)، ونهاية السؤل (٤٠٤)، والتقريب (٣/٣٣٠)، ونشر البنود (٢/٣٣٧).
وخصص بعض الأصوليين القاضي بجواز التقليد عند العجز دون غيره، انظر: البحر المحيط (٨/٣٣٧).

غير ذلك فله أن يقلد من يرتضي علمه ودينه، هذا أقوى الأقوال ... وكذلك ما يشترط في القضاة والولاة من الشروط يجب فعله بحسب الإمكان»^(١).

وبذلك يُعد هذا المثال تطبيقاً عملياً لحكم وجوب الاجتهاد في حق من قدر عليه.

المثال الثاني: تطبيق قاعدة عدم تخيير العامي بين الأقوال:

ما رُصد في الملاحظة ذات الرقم (٢٦٩) من المدونة، حيث لاحظ المفتش تخيير القاضي للمطلق والمطلقة في حكم وقوع طلاقهما البدعي، مستنداً إلى قول شاذ، دون أن يبت في الحكم بناء على ما ترجح لديه.

وقد نصّ التصويب على أن البت في حكم وقوع الطلاق البدعي من عدمه من عمل القاضي وحده، فلا يُخَيَّر المطلق والمطلقة في ذلك، مستنداً إلى قولٍ للشاطبي (ت ٧٩٠هـ) يتضمن التعليل بإفضاء هذا التخيير إلى إيقاع العامي في محذور تحكيم الهوى دون الشرع^(٢).

ونص قوله: «إذا عرض العامي نازلته على المفتي؛ فهو قائل له: «أخرجني عن هواي ودلني على اتباع الحق»؛ فلا يمكن - والحال هذه - أن يقول له: «في مسألتك قولان؛ فاختر لشهوتك أيهما شئت؟»، فإن معنى هذا تحكيم الهوى دون الشرع، ولا ينجيه من هذا أن يقول:

(١) مجموع الفتاوى (٣٨٨/٢٨)، وانظر منه: (٢٠٣/٢٠ و ٢٠٤ و ٢١٢).

(٢) انظر: مدونة التفتيش القضائي (٢١٩).

ما فعلت إلا بقول عالم؛ لأنه حيلة من جملة الحيل التي تنصبها النفس، وقاية عن القال والقليل، وشبكة لنيل الأغراض الدنيوية، وتسليط المفتي العامي على تحكيم الهوى بعد أن طلب منه إخراجَه عن هواه رمي في عماية، وجهل بالشرعية، وغش في النصيحة، وهذا المعنى جار في الحاكم وغيره»^(١).

ويتخرج هذا التصويب على ما يقرره الأصوليون من منع تتبع الرخص بغرض الهوى والتشهي، ومن منع التحكم بترجيح الحكم بلا مرجح؛ إذ إن تخييره بين الأقوال يفضي إليهما، وهما ممنوعان^(٢). قال المرداوي (ت ٨٨٥هـ): «لا يجوز للعامي تتبع الرخص، وحكي إجماعاً»^(٣).

وقال الزركشي (ت ٧٩٤هـ): «التحكم باطل إجماعاً»^(٤).

وبذلك يظهر أثر القاعدة الأصولية في ضبط اجتهاد القاضي ومنع المحاذير الناتجة عنه، وفي هذا السياق نُقل عن القاضي الباقلاني (ت ٤٠٣هـ) قوله: «أجمع الكل -يعني: المصوبة والمخطئة»^(٥) - أنه ليس

(١) الموافقات (٩٧/٥).

(٢) انظر: الموافقات (٩١/٥)، والاعتصام (٢٩٩/١)، وتشنيف المسامع (٦٢٠/٤) و (٦٢١)، والتحبير (٤٠٩٠/٨).

(٣) التحرير مع التحبير (٤٠٩٠/٨).

(٤) البحر المحيط (٤٢٢/٧).

(٥) وفي هذا ما يدل على أن التخيير لا يتسق مع الأصول المقررة في القضاء، حتى مع القول بالتصويب رغم أنه يتفرع عنه؛ إذ إن التخيير -عند المصوبة- من شأن الفتوى لا القضاء، ومن ثم جاء إجماعهم على منع القاضي من التخيير في حكمه.

له تخيير المتحاكمين في الحكم بأيهما شاء، بل عليه بتُّ الحكم باعتقاده؛ لأنه نُصِبَ لقطع الخصومات، ولو خيَّرهما لما انقطعت خصومتها؛ لأن كل واحد منهما يختار الذي هو أرفق له، بخلاف حال المفتي»^(١).

المثال الثالث: تطبيق قاعدة تجويز الخطأ على المجتهد:

ما رُصد في الملحوظة ذات الرقم (٤٧٧) من المدونة، حيث لاحظ المفتش سماع بعض القضاة للدعوى على أساس عبارات المدعي الموهمة لمعانٍ غير مقبولة، مثل: «أطلب حكم الله» أو «أطلب شرع الله» أو «أطلب حكم الله وحكم رسوله» ونحو ذلك.

وقد نصّ التصويب على عدم سماع الدعوى المتضمنة لهذه العبارات، مستنداً في ذلك على تجويز الخطأ على القاضي المجتهد^(٢).

ويتخرج هذا على أصل المخطئة في مسألة التصويب والتخطئة، والذي يقضي بأن المصيب واحد في الفروع، وليس كل مجتهد مصيباً^(٣)، فليس كل حكم صادر عن القاضي المجتهد صواباً فضلاً عن أن يُجزم

(١) نقله الزركشي في البحر المحيط (٨/ ١٣٠).

(٢) انظر: مدونة التفتيش القضائي (٣٧٦).

والمقصود هنا بيان تأثير التصويب بالقاعدة الأصولية، أما حكم سماع الدعوى نظاماً في هذه الحالة فغير مقصود بالدراسة.

(٣) انظر: العدة (٥/ ١٥٤١)، والقواطع (٢/ ٣٠٩)، وشرح تنقيح الفصول (٤٣٨)، وكشف الأسرار (٤/ ١٧).

بأنه حكم الله عَزَّوَجَلَّ، حيث يتمثل المحذور في اعتبار حكم القاضي الذي وقع في الخطأ حكماً لله عَزَّوَجَلَّ أو للشرع.

واستدل المفتش بحديث: ((وإذا حاصرت أهل حصن، فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله، فلا تنزلهم على حكم الله، ولكن أنزلهم على حكمك، فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا؟))^(١).

وهذا عين ما استدل به بعض الأصوليين -من المخطئة- القائلين بعدم إصابة كل مجتهد^(٢).

ولذا جاء التصويب بالتحرز عن الاستجابة المباشرة للطلبات التي يُعَبَّر عنها بطلب حكم الله عَزَّوَجَلَّ أو شرعه في الدعوى، حتى لا يُخلط بين حكم الله عَزَّوَجَلَّ، واجتهاد القاضي القابل للصواب والخطأ، وبه يتبين تأثير التصويب هنا بما تقرر في مسألة التصويب والتخطئة في علم أصول الفقه.

ويمكن للناظر في تصويبات المدونة أن يُدرج تحت هذا المحل أيضاً: ما يتصل بملحوظات الإفهام التي تطالب القاضي بالقيام بدوره في إفهام أطراف القضية بما يلزم لمعرفة الحكم الشرعي على

(١) أخرجه مسلم بهذا اللفظ في «صحيحه» في (كتاب الجهاد والسير - باب تأمير الإمام الأمراء على البعث، ووصية إياهم بأداب الغزو وغيرها) في (٣/ ١٣٥٨) برقم (١٧٣١).

(٢) انظر: العدة (٥/ ١٥٥٥)، وكشف الأسرار (٤/ ٢٢)، والبحر المحيط (٨/ ٣٠١)، والتحجير (٨/ ٣٩٤٥).

وجه الدقة والبيان^(١)، وهو ما يتسق مع وظيفة المجتهد المبلغ للحكم الشرعي عند الأصوليين^(٢).

ومن ذلك: ما ورد في تعليل الملاحظة ذات الرقم (٢٦٧): «من عمل القاضي إيضاح الأحكام الشرعية، وإفهام أصحاب الشأن بالمشروع منها من الممنوع»^(٣).

المحل الرابع: الحكم الناتج عن الاستدلال:

يتعلق تأثير القاعدة الأصولية في هذا المحل بثمرة الاجتهاد القضائي، وهو ما يتناوله الأصوليون في أبواب الحكم الشرعي والتكليف من جهة تحرير اصطلاحات الأحكام وتقرير مقتضياتها، فالمفتش ينظر هنا في صحة الاصطلاح المستعمل في الحكم القضائي أو ترتب آثاره عليه وفقاً لما يقتضيه التقعيد الأصولي.

ومن أمثله التطبيقية:

المثال الأول: تطبيق قاعدة ملازمة السبب للمسبب وجوداً وعدماً:

ما رُصد في الملاحظة ذات الرقم (٢٠٨) من المدونة، حيث جعل القاضي قناعة المدعي بيمين المدعى عليه النافية للدعوى أحد أسباب

(١) انظر على سبيل المثال: مدونة التفتيش القضائي (٩٨، ١٥٩، ١٦٠، ١٧٨، ١٨٤، ٢٠٤، ٢٠٧، ٢١٨، ٣٣٢).

(٢) انظر: أدب المفتي والمستفتي (١٣٤)، وآداب الفتوى والمفتي والمستفتي (٤٤)، وإعلام الموقعين (٤/١٣٦).

(٣) مدونة التفتيش القضائي (٢١٨).

الحكم، فانتقد المفتش ذلك، وحكم بعدم صحة هذا التسيب؛ لأن القناعة هنا لا أثر لها في ثبوت الحق، فلا يصح اعتبارها سبباً^(١).

ويلحظ أن تعليل هذه الملاحظة يستند إلى لوازم السبب عند الأصوليين، حيث يستلزم السبب التأثير في المسبب وجوداً وعدمًا بالنظر لذاته، فلا يصح تكيف المعنى غير المؤثر من جنس السبب^(٢).

قال القرافي (ت ٦٨٤هـ): «ينبغي أن يفهم من السبب: ما يلزم من وجوده وجود الحكم، ومن عدمه عدمه»^(٣).

وبتطبيق هذا المعنى على ما ورد في التصويب المذكور يتبين أثر قاعدة ملازمة السبب للمسبب؛ إذ إن وجود قناعة المدعي لا يلزم منها وجود الحكم، ولا يلزم من عدمها عدمه، وعليه فلا تصلح أن تكون سبباً.

(١) انظر: مدونة التفتيش القضائي (١٧٧).

(٢) انظر: شرح تنقيح الفصول (٨١)، وشرح مختصر الروضة (٤٣٧/١)، والإبهاج (٢٠٦/١)، والبحر المحيط (٤/٤٤٠)، والفوائد السنية (٢٥٢/١)، والتقرير (٢٤٩/١).

ولمسألة تأثير الأسباب أصول عقدية وعقلية، وفيها خلاف طويل لا يتسع المقام للتفصيل فيه.

(٣) نفائس الأصول (٢٢٨/١).

المثال الثاني: تطبيق قاعدة سقوط أثر الإكراه في التصرفات:

ما رُصد في الملاحظة ذات الرقم (٩) من المدونة، حيث لاحظ المفتش عدم طلب بينة دعوى الإكراه على الإقرار من المدعى عليه في القضايا الجزائية، مما أغفل أثر الإكراه في تحديد صحة الإقرار.

وقد نصّ التصويب على طلب البينة من المدعى عليه على دعواه بالإكراه على الإقرار، وتدوين ذلك في ضبط القضية؛ استناداً إلى كونها دعوى تتطلب إثباتاً^(١).

ويتخرج هذا على أصل اعتبار الإكراه من عوارض الأهلية المانعة من قبول تصرفات المكلف، فالإكراه يزيل أثر التكليف عند القائلين بذلك^(٢)، فلا يؤخذ المكروه بإقراره، ولذا فإن طلب البينة يُعد ضرورياً للتحقق من صحة الدعوى، وتحديد مدى تأثير الإكراه على التصرف.

(١) انظر: مدونة التفتيش القضائي (٢٠).

(٢) انظر: شرح مختصر الروضة (١/ ٢٠٠)، والتلويح (٢/ ٣٩٢)، والبحر المحيط (٢/ ٧٣)، والفوائد السنية (١/ ١٩١).

وفي المسألة تفاصيل كثيرة بحسب نوع الإكراه ودرجته ولها متعلقات متعددة، لخصها الطوفي في شرح مختصر الروضة (١/ ٢٠٢) بقوله: «هاتان المسألتان - أعني مسألة تكليف الناسي والمكروه - أصل لأحكام أفعالهما، وما يترتب عليها في أبواب الفقه، فمن قال بتكليفهما، رتب على أفعالهما أحكام التكليف الخطابي ... ومن لم يقل بتكليفهما، منهم من طرد أصله، وألغى أفعالهما، فلم يترتب عليها تكليفاً ... ومنهم من رتب على أفعالهما أحكام الوضع والأخبار، وجعلها من باب ربط الأحكام بالأسباب ... والمختار فيهما: أن لا يترتب على أفعالهما حكم تكليفي، لعدم تكليفهما، إلا ما قام عليه دليل يثبت ذلك الحكم بمثله، فيكون ثبوت الحكم حينئذ وضعياً سببياً».

وبهذا يظهر أثر القاعدة الأصولية في مراعاة حالة الإكراه عند النظر في صحة الإقرار والتصرفات.

ويمكن للناظر في محتوى مدونة التفتيش القضائي أن يلحظ استعمال مصطلحات الحكم الشرعي في العديد من المواضع بما يتفق مع ما تقرر في علم أصول الفقه، مما يفيد استصحاب تلك المعاني عند الاستعمال، وهو من علامات التأثير المقصود بيانها في هذا المحل^(١).

ومثال ذلك: ما ورد في تعليل تصويب الملاحظة ذات الرقم (١٧٩) من استعمال ألفاظ الوجوب، والاستحباب، والاشتراط في سياق يتسق مع المعاني التي يتناولها الأصوليون في مباحث الأحكام^(٢).

وفي ختام هذا المطلب يجدر التنبيه إلى أن الأمثلة التطبيقية السابقة يمكن أن تعدّ شواهد على دور القاعدة الأصولية في منهج التفتيش القضائي، وعلى أصالة تأثيرها فيه باعتبارها مرجعية علمية مشتركة بين القاضي والمفتش.

(١) انظر على سبيل المثال: مدونة التفتيش القضائي (٥٥، ١٢٢، ١٤٤، ١٥٦، ٢٠٢، ٢٢٦، ٢٥٧).

(٢) انظر: المرجع السابق (١٥٥ و ١٥٦).

المطلب الثالث: الأثر الناتج عن إعمال القاعدة الأصولية في التفتيش القضائي:

تقدم أن من جهات تأثر التفتيش القضائي بالقاعدة الأصولية تعلقها ببعض معايير التفتيش المتصلة بنطاق إعمال القواعد الأصولية^(١)، وأن قياس هذه المعايير لا يستقيم على وجه الاطراد إلا بالاحتكام إلى مرجعية علمية تضبط الفهم والاستدلال، وهي القواعد الأصولية بصفاتها ميزاناً يمكن أن تُختبر به سلامة الحكم القضائي من عدة جوانب؛ وذلك لتحقيق غاية التفتيش القضائي المنصوص عليها في المادة (٥٥) من نظام القضاء (١٤٢٨هـ)، وفي المادة (٣) من لائحة التفتيش القضائي (١٤٣٥هـ)، وهي: جمع البيانات التي تؤدي إلى معرفة كفاية القاضي المفتش عليه، ومدى حرصه على أداء واجبات وظيفته.

وتلك المعايير -بطبيعتها- تستدعي التحقق من سلامة فهم النصوص المستند إليها، وجودة الاستنتاج منها، وحسن تنزيلها على الوقائع إلى غير ذلك، وهو ما يجعل القواعد الأصولية جزءاً أصيلاً من الأدوات العلمية لقياس تطبيق تلك المعايير.

(١) انظر: المطلب الأول من المبحث الثاني.

وانظر في معايير التفتيش القضائي: المادة (٢٠) من لائحة التفتيش القضائي الصادرة عام (١٤٣٥هـ).

وفي ضوء هذا يمكن بيان الأثر الذي ينتجه إعمال القواعد الأصولية في عملية التفتيش القضائي، حيث يُثمر أثرين متقابلين يرتبطان بحكم المفتش على الحكم القضائي قبولاً أو رداً تبعاً لمدى الالتزام بتلك القواعد في البناء والتسييب:

الأثر الأول: الحكم بصحة الحكم القضائي:

فإذا التزم القاضي بمقتضى القواعد الأصولية، فأقام حكمه على مصدر يُحتجُّ به، وراعى مراتب الأدلة، ووجوه دلالاتها، ومسالك دفع التعارض، وطرق الترجيح بينها، واستوفى شروط الاجتهاد وأحكامه؛ فإن الحكم - من جهة بنائه الأصولي - يُعدُّ سليماً في مأخذه، صحيحاً في استدلاله، منسجماً في دلالاته، ومتفقاً مع قواعد بنائه، ومحققاً لمقاصد ما استند إليه من حجج.

وفي هذه الحالة لا يفضي تقويم المفتش إلى رصد ملحوظة أو تصويب يتصل بتطبيق القواعد الأصولية؛ لسلامة الحكم من جهة بنائه على أصوله.

الأثر الثاني: الحكم باختلال الحكم القضائي:

فإذا أهملت مقتضيات القاعدة الأصولية، أو فقد شرط من شروط إعمالها في محلها، فإن ذلك يؤدي إلى الإخلال بأصول الاستدلال، ويمتد أثره إلى الإخلال بنتيجته المترتبة عليه.

وفي هذه الحالة يكون من مقتضى التفتيش رصد الملاحظة وتصويبها

وفق المنهج الأصولي المعتمد.

وعليه، فإن عملية التفتيش القضائي - فيما يتصل بنطاق تطبيق

القاعدة الأصولية - لا تخرج عن هذين الأثرين؛ إذ إن نتيجة التحقق

من سلامة أحكام القاضي المفتش عليه أو رصد مواطن الخلل فيها

بحسب معايير التفتيش المشار إليها هي عين ما تنتجه القاعدة

الأصولية من أثر عند إعمالها أو إغفالها، فهي ميزان يُختبر به الفروع،

وقد قيل: «علم الأصول بمجردده كالميلق الذي يُختبر به جيد الذهب

من رديئه، والفقهاء كالذهب»^(١).

(١) البحر المحيط (١/ ٢٢).

الخاتمة

أحمد الله في البدء والختام، وأشكره على التمام، وأختتم البحث بأبرز ما أسفر عنه من نتائج وتوصيات:

أولاً: أبرز نتائج البحث:

- القاعدة الأصولية هي: قضية كلية موضوعها يتناول حجية الأدلة الشرعية أو أحكام ثمرتها أو طرق الاستفادة منها أو أحكام المستفيد منها على سبيل الإجمال.

- تنوع القواعد الأصولية باعتبار موضوعها إلى: قواعد حجية الدليل، وقواعد طرق الاستنباط، وقواعد الأحكام، وقواعد المستفيد من الدليل، وباعتبار مصدرها إلى: قواعد شرعية، وقواعد لغوية، وقواعد عقلية.

- القاعدة الأصولية حجة يلزم إعمالها عند استخراج الأحكام الشرعية. - يشترط لإعمال القاعدة الأصولية ثلاثة شروط رئيسية: البناء على قاعدة ثابتة، والتحقق من شمول وصف القاعدة للفرع، ومن انتفاء المعارض الراجع.

- مجال إعمال القاعدة الأصولية الرئيس يتعلق بالدليل الشرعي من حيث حجيته ودلالته وثمرته وحال المستفيد منه على وجه الإجمال.

- ليست القواعد الأصولية على رتبة واحدة؛ فمنها ما يقتصر نطاق إعماله على خطاب الشرع فقط، ومنها ما يتسع لغيره بسبب

مصدره وصياغته، ويمتد تطبيق النوع الثاني إلى النصوص النظامية والاجتهاد القضائي بشرط:

١. مراعاة ما بنيت عليه بعض القواعد من خصائص للدليل الشرعي لا توجد في غيره.

٢. خلو محل التطبيق عن القاعدة الفقهية أو المشتركة بين الأصول والفقه؛ اكتفاء بها.

- التفتيش القضائي هو: الاطلاع على أعمال المفتش عليه، وفحصها، والوقوف على أدائه؛ لجمع البيانات والمعلومات التي تؤدي إلى معرفة كفايته، ومدى حرصه على أداء واجبات وظيفته.

- تُعد مدونة التفتيش القضائي خلاصة موضوعية لجهود تقويم العمل القضائي من حيث الموضوع والشكل والإجراء، وقد اكتسبت باعتماد المجلس الأعلى للقضاء أهمية علمية وعملية عالية في ميدان القضاء، وأصبحت مرجعاً في تجويد العمل القضائي وتطويره.

- تمثل المدونة -على الرغم من صدورها عام ١٤٣٦هـ- أساساً يمكن البناء عليه والإفادة منه؛ إذ سعت إلى وضع نهج معياري يسهم في تجويد العمل القضائي، وتلافي ما يطرأ لاحقاً من ملحوظات مشابهة لما ورد فيها.

- ينشأ تأثير القاعدة الأصولية في التفتيش القضائي بالمملكة العربية السعودية من تعلقه بالحكم القضائي ذاته وكيفية بنائه، وذلك من جهات متعددة:

١. المرجعية الشرعية للقضاء السعودي.
 ٢. حاجة النص النظامي إلى أصول منضبطة لفهمه وتطبيقه.
 ٣. بناء الاجتهاد على قواعد أصول الفقه في حال غياب النص النظامي الصريح.
 ٤. احتياج بعض معايير التفتيش للقواعد الأصولية بصفاتها ميزاناً علمياً تقاس به جودة الحكم.
- يتعلق تأثير القاعدة الأصولية في عملية التفتيش القضائي بأربعة محالّ: الدليل المحتج به، وكيفية الاستدلال به، والمستدل، وثمره الاستدلال.
- يشهد واقع المدونة بوجود تصويبات وتعليقات كثيرة تأثرت بما تقرر في أصول الفقه، مما يبين دور القاعدة الأصولية في تقويم الأحكام القضائية.
- يثمر إعمال القاعدة الأصولية في التفتيش القضائي أثرين متقابلين بالنسبة للحكم القضائي: الحكم بصحته، أو الحكم باختلاله، وذلك في النطاق المتصل بوظيفة القاعدة الأصولية.

ثانيًا: التوصيات:

١. إجراء دراسة تحليلية موسعة لمدونة التفتيش القضائي، تُعنى بتخريج تصويباتها وتعليقاتها على القواعد الأصولية والفقهية؛ إسهامًا في دعم الهدف الذي وُضعت من أجله.

٢. النظر في تضمين مرجعية أصول الفقه في معايير التفتيش القضائي وآلياته المتصلة بها؛ لتكون مرجعًا علميًا مشتركًا بين القضاة والمفتشين، بما يساهم في توحيد المنهج العلمي في الفهم والتسبيب، ويحد من التفاوت والاعتراض على نتائج التفتيش.

٣. النظر في وضع تنظيم خاص يقرر القواعد الأصولية المعتمدة في القضاء السعودي، ويحسم الخلاف الأصولي - عمليًا - في التطبيقات القضائية؛ اتساقًا مع ما أُعتمد من أنظمة لضبط الأحكام الفرعية.

فغياب هذا الحسم يؤدي إلى تفاوت الأحكام المتماثلة بسبب الخلاف في أصولها، كما يظهر - مثلاً - في الملاحظة ذات الرقم (٤٢٨) من المدونة^(١) المتعلقة بإفهام المُدان بالقتل الخطأ بأن عليه كفارته، وفيها الانتقال من الصيام إلى الإطعام؛ إذ نشأ الخلاف بين القاضي والمفتش من اختلافهما في تطبيق قاعدة حجية القياس في الكفارات، فالقاضي سار على جواز القياس، فقاسها على كفارة الظهار، بينما منعه

(١) انظر: مدونة التفتيش القضائي (٣٣٣).

المفتش؛ التزاماً بظاهر النص، وهو ما يتفق مع أصل منع القياس في الكفارات، فكان حكم الإفهام متردداً بينهما.

ويجري ذلك أيضاً في الأحكام التي تعتمد على دلالات لغوية تختلف في حقيقتها - كمفهوم المخالفة - مما يبرز الحاجة إلى اعتماد قواعد أصولية موحدة تحدد من تفاوت الاجتهادات في القضايا المتماثلة.

وأخيراً فهذا ما تيسر إعداده، وناسب إيراده، فالحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً، وأسأله عَزَّوَجَلَّ أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، نافعاً لمن اطلع عليه، وأن يعفو عما فيه من زلل أو تقصير، وبالله التوفيق.



قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر المطبوعة:

١. القرآن الكريم.
٢. الإبهاج في شرح المنهاج، علي بن عبد الكافي السبكي (ت ٧٥٦هـ)، وابنه تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي (ت ٧٧١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، عام ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
٣. أثر علم أصول الفقه في منهجية البحث في العلوم الشرعية، أ.د. عياض بن نامي السلمي، بحث منشور في حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية التابع لكلية دار العلوم بجامعة القاهرة، في العدد (١٨) من المجلد (٧) عام ٢٠١١م.
٤. إحكام الفصول في أحكام الأصول، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت ٤٧٤هـ)، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، ط ٢، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
٥. الإحكام في أصول الأحكام، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت ٤٥٦هـ)، تقديم: إحسان عباس، دار الآفاق الجديدة، بيروت.
٦. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي المالكي (ت ٦٨٤هـ)، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط ٢، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
٧. آداب البحث والمناظرة، محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي (ت ١٣٩٣هـ)، تحقيق: سعود عبد العزيز العريفي، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، وهو من مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي بجدّة.

٨. آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق: بسام عبد الوهاب الجابي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط ١، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
٩. أدب المفتي والمستفتي، أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن المعروف بابن الصلاح الشهرزوري (ت ٦٤٣هـ)، دراسة وتحقيق: موفق بن عبد الله بن عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم بالمدينة، وعالم الكتب، ط ١، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م.
١٠. الأذكار، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط (ت ١٤٢٥هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط جديدة منقحة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
١١. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السيل، تأليف محمد ناصر الدين الألباني (ت ١٤٢٠هـ)، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
١٢. الإشارة في أصول الفقه، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت ٤٧٤هـ)، تحقيق: د. محمد علي فركوس، المكتبة المكية، مكة المكرمة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط ١، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.
١٣. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم (ت ٩٧٠هـ)، تخريج: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
١٤. الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي (ت ٧٧١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
١٥. الأشباه والنظائر، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت ٩١١هـ)، دار الكتب العلمية ببيروت، ط ١، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

١٦. أصول السرخسي، شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت ٤٨٣هـ)، دار المعرفة، بيروت.
١٧. أصول الفقه، تأليف: شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي الصالحي (ت ٧٦٣هـ)، تحقيق: أ.د. فهد بن محمد السدحان، مكتبة العبيكان بالرياض، ط ١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
١٨. أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، أ.د. عياض بن نامي السلمي، دار التدمرية، الرياض - السعودية، ط ١، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
١٩. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي (ت ١٣٩٣هـ)، دار عطاءات العلم (الرياض) - دار ابن حزم (بيروت)، ط ٥، ١٤٤١هـ - ٢٠١٩م.
٢٠. الاعتصام، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت ٧٩٠هـ)، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، ط ١، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
٢١. إعداد التشريعات وصياغتها (دليل إرشادي)، اللجنة التحضيرية لإعداد التشريعات القضائية، المركز الوطني للتنافسية، الإصدار الأول، محرم ١٤٤٤هـ - أغسطس ٢٠٢٢م.
٢٢. إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر الشهير بابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
٢٣. الأم، الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٢٤. أنوار التنزيل وأسرار التأويل، ناصر الدين القاضي عبد الله بن عمر البضاوي (ت ٦٨٥هـ)، تحقيق: محمد المرعشي، دار إحياء التراث العربي بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ.
٢٥. البحر المحيط في أصول الفقه، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت ٧٩٤هـ)، دار الكتبي، ط ١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
٢٦. البرهان في أصول الفقه، إمام الحرمين أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني (ت ٤٧٨هـ)، تحقيق: صلاح محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، عام ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٢٧. بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، أبو الشاء محمود بن عبد الرحمن الأصفهاني (ت ٧٤٩هـ)، تحقيق: د. محمد مظهر بقا، دار المدني بالسعودية، ط ١، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
٢٨. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد الحسيني الملقب بمرتضى الزبيدي (ت ١٢٠٥هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.
٢٩. التجميع في شرح التحرير في أصول الفقه، علي بن سليمان المرداوي (ت ٨٨٥هـ)، تحقيق: عدة محققين، مكتبة الرشد بالرياض، ط ١، ١٤٢١هـ.
٣٠. تحرير القواعد المنطقية شرح الرسالة الشمسية، قطب الدين محمود بن محمد الرازي (ت ٧٦٦هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط ٢، ١٣٦٧هـ-١٩٤٨م.
٣١. تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السؤل، أبو زكريا يحيى بن موسى الرهوني (ت ٧٧٣هـ)، تحقيق: د. الهادي بن الحسين شبيلي، ويوسف الأخضر القيم، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط ١، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠٢م.

٣٢. تشنيف المسامع بجمع الجوامع، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر بن عبد الله الزركشي (ت ٧٩٤هـ)، دراسة وتحقيق: د. سيد عبد العزيز، ود. عبد الله ربيع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، توزيع المكتبة المكية، ط ١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
٣٣. التعريفات، علي بن محمد الشريف الجرجاني (ت ٨١٦هـ)، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، عام ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
٣٤. تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي (ت ٧٧٤هـ)، تحقيق: حكمت بن بشر بن ياسين، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، السعودية، ط ١، ١٤٣١هـ.
٣٥. التقرير لأصول فخر الإسلام البزدوي، أكمل الدين محمد بن محمود البابري (ت ٧٨٦هـ)، تحقيق: أ.د. عبد السلام صبحي حامد، مراجعة: أ.د. حمدي صبح طه، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط ١، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
٣٦. التقرير والتحرير على تحرير الكمال ابن الهمام، أبو عبد الله محمد بن محمد المعروف بابن الحاج الحنفي (ت ٨٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢، عام ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
٣٧. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٩هـ - ١٩٨٩م.
٣٨. التلخيص في أصول الفقه، إمام الحرمين أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني (ت ٤٧٨هـ)، تحقيق: عبد الله جولم النبالي، وبشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية، بيروت.

٣٩. التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (ت ٧٩٣هـ)، مكتبة صبيح، مصر.
٤٠. التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي (ت ٧٧٢هـ)، تحقيق: د. محمد هيتو، مؤسسة الرسالة بيروت، ط ١، ١٤٠٠هـ.
٤١. تنبيه الرجل العاقل على تمويه الجدل الباطل، شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ)، تحقيق: علي بن محمد العمران، ومحمد عزيز شمس، مراجعة: محمد أجمل الإصلاحي، ورابع مختاري الجزائري، دار عطاءات العلم، الرياض، دار ابن حزم، بيروت، ط ٣، ١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م.
٤٢. تهذيب اللغة، أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى الهروي (ت ٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١، ٢٠٠١م.
٤٣. تهذيب المنطق والكلام، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (ت ٧٩٣هـ)، مطبعة السعادة، مصر، ط ١، ١٣٣٠هـ - ١٩١٢م.
٤٤. جامع البيان عن تأويل آي القرآن، أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (ت ٣١٠هـ)، تحقيق: الشيخ أحمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٢٠هـ.
٤٥. الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (ت ٦٧١هـ)، تحقيق: أحمد البردوني، إبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط ٢، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.
٤٦. حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، حسن بن محمد العطار (ت ١٢٥٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.

٤٧. رد المختار على الدر المختار المعروف بـ «حاشية ابن عابدين»، محمد أمين الشهير بابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط ٢، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.
٤٨. الرسالة، محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، تحقيق وشرح: أحمد محمد شاكر، ط ١، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م.
٤٩. رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تاج الدين عبد الوهاب علي السبكي (ت ٧٧١هـ)، تحقيق: علي معوض، وعادل عبد الموجود، عالم الكتب، بيروت، ط ١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
٥٠. روضة الناظر وجنة المناظر، موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة الجماعلي المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط ٢، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
٥١. زاد المسير في علم التفسير، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (ت ٥٩٧هـ)، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ١، ١٤٢٢هـ.
٥٢. سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني المعروف بابن ماجه (ت ٢٧٣هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، وفيصل عيسى البابي الحلبي.
٥٣. سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (ت ٢٧٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط (ت ١٤٣٨هـ)، دار الرسالة العالمية، ط ١، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
٥٤. سنن الترمذي المسمى «الجامع الكبير»، محمد بن عيسى الترمذي (ت ٢٧٩هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ومحمد عبد الباقي، وإبراهيم

- عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، ط ٢، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.
٥٥. سنن الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني (ت ٣٨٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وحسن شلبي، وعبد اللطيف حرز الله، وأحمد برهوم، مؤسسة الرسالة بيروت، ط ١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.
٥٦. السنن الكبرى، أحمد بن الحسين الخسروجدي المعروف بالبيهقي (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٣، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٥٧. شرح المنهاج للبيضاوي في علم الأصول، أبو الثناء محمود بن عبد الرحمن الأصفهاني (ت ٧٤٩هـ)، تحقيق: أ.د. عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد، الرياض، ط ١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
٥٨. شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ)، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط ١، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م.
٥٩. شرح مختصر الروضة، أبو الربيع سليمان بن عبد القوي الطوفي (ت ٧١٦هـ)، تحقيق: د. عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
٦٠. شرح مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب، عضد الدين عبد الرحمن الإيجي (ت ٧٥٦هـ)، وعلى المختصر والشرح: حاشية سعد الدين التفتازاني (ت ٧٩١هـ) وحاشية السيد الشريف الجرجاني (ت ٨١٦هـ)، وعلى حاشية الجرجاني: حاشية الشيخ حسن الهروي الفناري (ت ٨٨٦هـ)، وعلى المختصر وشرحه وحاشية السعد والجرجاني: حاشية الشيخ محمد أبو الفضل الوراقي الجيزاوي (ت ١٣٤٦هـ)، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.

٦١. شرح معاني الآثار، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي (ت ٣٢١هـ)، تحقيق: محمد سيد جاد الحق، ومحمد زهري النجار، اعتنى به: د. يوسف المرعشلي، عالم الكتب، بيروت، ط ١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٦٢. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري (ت ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط ٤، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
٦٣. صحيح البخاري المسمى بـ: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ق وسننه وأيامه، محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ)، تحقيق: محمد الناصر، دار طوق النجاة، ط ١، عام ١٤٢٢هـ.
٦٤. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٦٥. طرق الاستدلال ومقدماتها عند المناطق والأصوليين، د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، ط ٢، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
٦٦. العدة في أصول الفقه، القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين الفراء البغدادي الحنبلي (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق وتعليق: د. أحمد بن علي بن سير المباركي، ط ٢، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
٦٧. العقد المنظوم في الخصوص والعموم، أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ)، تحقيق: أحمد الختم عبد الله، المكتبة المكية ودار الكتب، ط ١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
٦٨. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، شهاب الدين أحمد بن محمد الحسيني الحموي (ت ١٠٩٨هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.

٦٩. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، إخراج وتصحيح: محمد فؤاد عبد الباقي، ومحب الدين الخطيب، المكتبة السلفية بمصر، ط ١، ١٣٨٠-١٣٩٠هـ.
٧٠. الفروق المسمى بـ: أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ)، عالم الكتب.
٧١. الفوائد السنية في شرح الألفية، الحافظ شمس الدين محمد بن عبد الدائم البرماوي (ت ٨٣١هـ)، تحقيق: عبد الله موسى، مكتبة التوعية الإسلامية، ومكتبة دار النصيحة بالمدينة المنورة، ط ١، ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م.
٧٢. القواطع في أصول الفقه أو قواطع الأدلة، أبو المظفر منصور بن محمد السمعاني (ت ٤٨٩هـ)، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٨هـ-١٩٩٩م.
٧٣. القواعد الأصولية: تحديد وتأصيل، د. مسعود بن موسى فلوسي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط ١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٧٤. القواعد الفقهية: المبادئ، المقومات، المصادر، الدليلية، التطور: دراسة نظرية تحليلية تأصيلية تاريخية، د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، وشركة الرياض، ط ١، عام ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.
٧٥. القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، أ. د. محمد بن عثمان شبير، دار النفائس، عمان، ط ٢، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.
٧٦. القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقسيم البديعة النافعة، الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي (ت ١٣٧٦هـ)، اعتنى بتحقيقه: د. خالد بن علي المشيقح، دار الوطن، الرياض، ط ٢، ١٤٤٢هـ-٢٠٠١م.

٧٧. كشف القناع عن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١هـ)، تحقيق وتحرير وتوثيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، ط ١، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
٧٨. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت ٧٣٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي.
٧٩. كشف الخفاء ومزيل الإلباس، إسماعيل بن محمد بن عبد الهادي الجراحي العجلوني الدمشقي، أبو الفداء (ت ١١٦٢هـ)، تحقيق: عبد الحميد بن أحمد بن يوسف بن هنداي، المكتبة العصرية، ط ١، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
٨٠. الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي (ت ١٠٩٤هـ)، تحقيق: عدنان درويش، ومحمد المصري، نشر: مؤسسة الرسالة بيروت.
٨١. لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي المعروف بابن منظور (ت ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، ط ٣، ١٤١٤هـ.
٨٢. مجموع الفتاوى، شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت ٧٢٨هـ)، تحقيق: عبد الرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، عام ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
٨٣. المحصول في علم أصول الفقه، فخر الدين محمد بن عمر التيمي الرازي (ت ٦٠٦هـ)، مؤسسة الرسالة، ط ٣، عام ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٨٤. مدونة التفتيش القضائي، المجلس الأعلى للقضاء بالملكة العربية السعودية، الإصدار الأول، ١٤٣٦هـ (١).

(١) رابط المدونة من الموقع الرسمي لوزارة العدل:

<https://www.moj.gov.sa/ar/Ministry/Departments/ResearchCenter/>

(Documents/ResearchPDF/Tafteesh.pdf).

٨٥. مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي (ت ١٣٩٣هـ)، دار عطاءات العلم، الرياض، دار ابن حزم، بيروت، ط ٥، ١٤٤١هـ - ٢٠١٩م.
٨٦. المستدرك على الصحيحين، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري (ت ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عطا، مع تضمينات: الذهبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
٨٧. المستصفى، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط ١، عام ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
٨٨. مسند الإمام أحمد بن حنبل، الإمام أحمد بن حنبل (ت ٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، عادل مرشد وآخرون، إشراف: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
٨٩. المسودة في أصول الفقه، آل تيمية: المجد عبد السلام (ت ٦٥٢هـ)، وابنه عبد الحليم (ت ٦٨٢هـ)، وابنه أحمد (ت ٧٢٨هـ)، تحقيق: محمد عبد الحميد، دار الكتاب العربي.
٩٠. المصنف، أبو بكر عبد الرازق بن همام الحميري الصنعاني (ت ٢١١هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢، ١٤٠٣هـ.
٩١. المصنف، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبه العبسي الكوفي (ت ٢٣٥هـ)، تحقيق: د. سعد بن ناصر الشثري، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ط ١، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.
٩٢. معجم المناهي اللفظية وفوائد في الألفاظ، د. بكر بن عبد الله أبو زيد (ت ١٤٢٩هـ)، دار العاصمة بالرياض، ط ٣، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

٩٣. معيار العلم في فن المنطق، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ)، تحقيق: د. سليمان دنيا، دار المعارف بمصر، ١٩٦١م.
٩٤. المغني، المؤلف: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، تحقيق: د. عبد الله التركي، نشر: دار عالم الكتب بالرياض، ط ٣، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
٩٥. المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي (ت ٩٠٢هـ)، تحقيق: عدة محققين، مكتبة الميمنة المدنية، المدينة النبوية، دار الميمنة للنشر والتوزيع، دمشق، ط ١، ١٤٣٩هـ - ٢٠١٧م.
٩٦. مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا الرازي (ت ٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
٩٧. الموافقات، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي (ت ٧٩٠هـ)، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، تقديم: بكر بن عبد الله أبو زيد، دار ابن عفان، ط ١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
٩٨. الموسوعة الفقهية الكويتية، صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، ط: ١٤٠٤ - ١٤٢٧هـ.
٩٩. نشر البنود على مراقي السعود، عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي (ت ١٢٣٣هـ)، تقديم: الداوي ولد سيدي بابا، وأحمد رمزي، مطبعة فضالة بالمغرب.
١٠٠. نظرية التقعيد الأصولي، د. أيمن عبد الحميد البدارين، دار ابن حزم، بيروت، ط ١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

١٠١. نفائس الأصول في شرح المحصول، أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ)، تحقيق: علي معوض، وعادل عبد الموجود، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط ١، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

١٠٢. نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي (ت ٧٧٢هـ)، ضبطه وصححه ووضع حواشيه: عبد القادر محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

١٠٣. الواضح في أصول الفقه، أبو الوفاء علي بن عقيل البغدادي الظفري (ت ٥١٣هـ)، تحقيق: د. عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة بيروت، ط ١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

ثانيًا: المصادر الإلكترونية:

– البوابة القانونية بوزارة العدل:

١٠٤. لائحة التفتيش القضائي، الصادرة بقرار المجلس الأعلى للقضاء (٣٥ / ٩ / ٩٨٦) بتاريخ (٢٢ / ٧ / ١٤٣٥هـ).

https://laws.moj.gov.sa/ar/legislation/q6y4Fv9_lxsqwjH7E0Qvhg

١٠٥. لائحة التفتيش القضائي، الصادرة بقرار المجلس الأعلى للقضاء (٣٠ / ٥ / ٣٦٤) بتاريخ (٢ / ١١ / ١٤٣٠هـ).

<http://iu.sa/s6Z2H>

– الموقع الرسمي للأمانة العامة لمجلس التعاون لدول الخليج العربي:

١٠٦. وثيقة الكويت للنظام «القانون» المدني الموحد لدول مجلس التعاون، عام ١٩٩٧م.

<https://www.gcc-sg.org/ar/MediaCenter/DigitalLibrary/Documents/1424331671.pdf>

- الموقع الرسمي لديوان التشريع والرأي بالمملكة الأردنية الهاشمية:

١٠٧. القانون المدني الأردني، الصادر برقم (٤٣) عام ١٩٧٦ م.

<https://www.lob.gov.jo/?v=1&lang=ar#!/LegislationDetails?LegislationID=536&LegislationType=2&isMod=false>

- الموقع الرسمي لهيئة الخبراء بمجلس الوزراء بالمملكة العربية السعودية:

١٠٨. النظام الأساسي للحكم، الصادر بأمر ملكي ذي الرقم (أ/ ٩٠) والتاريخ (٢٧/ ٨/ ١٤١٢ هـ).

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/16b97fcb-4833-4f66-8531-a9a700f161b6/1>

١٠٩. نظام الإثبات، الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم (م/ ٤٣) والتاريخ (٢٦/ ٥/ ١٤٤٣ هـ).

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/2716057c-c097-4bad-8e1e-ae1400c678d5/1>

١١٠. نظام الأحوال الشخصية، الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم (م/ ٧٣) والتاريخ (٦/ ٨/ ١٤٤٣ هـ).

<https://laws.boe.gov.sa/boelaws/laws/lawdetails/4d72d829-947b-45d5-b9b5-ae5800d6bac2/1>

١١١. نظام الإجراءات الجزائية، الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم (م/ ٢) والتاريخ (٢٢/ ١/ ١٤٣٥ هـ).

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/8f1b7079-a5f0-425d-b5e0-a9a700f26b2d/1>

١١٢. نظام القضاء، الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم (م/ ٧٨) والتاريخ (١٩/ ٩/ ١٤٢٨ هـ).

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/ea1765a3-dec3-41a0-a32f-a9a700f26d58/1>

١١٣. نظام المرافعات الشرعية، الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم (م/ ١) والتاريخ (٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ).

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/f0eaae46-9f84-40ee-815e-a9a700f268b3/1>

١١٤. نظام المعاملات المدنية، صادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم (م/ ١٩١) والتاريخ (٢٩/ ١١/ ١٤٤٤هـ).

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/>

[Laws/LawDetails/655fdb42-8c96-422b-b8c4-b04f0095c94c/1](https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/655fdb42-8c96-422b-b8c4-b04f0095c94c/1)

– الموقع الرسمي لمنصة تشريعات الإمارات:

١١٥. قانون المعاملات المدنية بدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بالقانون الاتحادي ذي الرقم (٥) في عام ١٩٨٥م..

<https://uaelegislation.gov.ae/ar/legislations/1025>

– الموقع الرسمي لوكالة الأنباء السعودية (واس):

١١٦. تصريح سمو ولي العهد بشأن تطوير منظومة التشريعات المتخصصة، بتاريخ (٢٦/ ٦/ ١٤٤٢هـ).

<https://www.spa.gov.sa/2187777>

استحالة تنفيذ الالتزام وأثرها على انقضاء الالتزام دون وفاء

دراسة تحليلية وفقاً لأحكام نظام المعاملات
المدنية السعودي

**Impossibility of Performance and Its Effect on the
Extinguishment of Obligations without Performance**
An Analytical Study under the Saudi Civil Transactions Law

د. أحمد بن محمد الخميس

أستاذ القانون الخاص المساعد

في كلية الحقوق بجامعة طيبة

Dr. Ahmad Mohammad Alkhamis

Assistant Professor of Private Law

College of Law in Taibah University

المقدمة

بسم الله، والحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد:

فيُعد صدور نظام المعاملات المدنية السعودي نقلةً نوعيةً للنظام المدني في المملكة العربية السعودية. فقد نظم الحقوق المالية (الشخصية والعينية) من نشأتها وحتى انقضائها. ونشأة الالتزام أو الحق الشخصي بأحد مصادرة النظامية ترتب آثارًا على أطراف الالتزام تتمثل في نشوء التزام في ذمة كل طرف لصالح الطرف الآخر^(١). ويعرف الالتزام بأنه واجب نظامي في ذمة شخص لصالح شخص آخر ويرتب الالتزام على الملتزم التزامًا ماليًا يتمثل بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل يجب عليه تنفيذه^(٢). ويتسم الالتزام بطبيعته المؤقتة، ف«مصير الالتزام حتمًا إلى الانقضاء»^(٣). فمن غير المقبول أن يظل المدين مرتبًا بالتزامات تجاه الدائن إلى أجل غير مسمى، إذ إن ذلك يتنافى مع مبدأ الحرية الشخصية^(٤). وتستند هذه القاعدة إلى مبدأ أساسي مفاده أن الأصل في الذمة المالية هو البراءة، بينما الالتزام يمثل حالة استثنائية طارئة على

(١) الأحدي، محمد عواد، مصادر الالتزام الإرادية وفقًا لنظام المعاملات المدنية، جمعية قضاء، الطبعة الأولى، الرياض، (٢٠٢٤)، ص ٣٥.

(٢) القرني، محمد علي، أحكام الالتزام وفقًا لنظام المعاملات المدنية، جمعية قضاء، الطبعة الأولى، الرياض، (٢٠٢٤)، ص ١٥.

(٣) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، (٢٠٢٥)، ٣/٦٣٤.

(٤) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣/٦٣٤.

هذا الأصل، والاستثناء بطبيعته لا يستمر إلى الأبد^(١). فالحق الشخصي هنا يعتبر مختلفاً عن الحق العيني في كونه يتجه حتماً إلى الزوال والانقضاء، ولا يكون مؤبداً بطبيعته. بينما أبرز الحقوق العينية وهو حق الملكية يغلب عليه التأييد بطبيعته، كما قد ينطبق ذلك أيضاً على بعض الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وذلك في حال لم يرد فيها تحديد مدة، فإنه يتأبد مع حق الملكية الذي يلزمه^(٢). وينقضي الالتزام في الأحوال العادية بتنفيذه إما اختياراً، أو جبراً، أو ما يقوم مقام الوفاء كالمقاصة أو اتحاد الذمة^(٣). كما قد ينقضي دون الحاجة للوفاء الفعلي من خلال عدة طرق كالإبراء من الدائن أو التقادم المسقط أو استحالة التنفيذ^(٤). وفي هذا البحث سنتناول استحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الالتزام دون وفاء.

أهمية البحث وأهدافه:

انقضاء الالتزام بسبب استحالة التنفيذ يرتب آثاراً قانونية مما يدعو إلى البحث في النصوص النظامية المتعلقة باستحالة تنفيذ الالتزام في نظام المعاملات المدنية وتحليلها للوقوف على شروط استحالة تنفيذ

(١) السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣/ ٦٣٤.

(٢) السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣/ ٦٣٥.

(٣) نظام المعاملات المدنية، الباب الخامس، الفصل الأول والثاني، المواد (٢٥٩-٢٩١).

(٤) نظام المعاملات المدنية، الباب الخامس، الفصل الثالث، المواد (٢٩٢-٣٠٦).

الالتزام في انقضاء الالتزام دون وفاء وما يترتب عليها من آثار على طرفي الالتزام. وأهداف هذا البحث تتمثل في الآتي:

١. التعرف على مفهوم استحالة تنفيذ الالتزام وصورها وحدود تطبيقها المنصوص عليها في نظام المعاملات المدنية.
٢. توضيح الشروط النظامية الواجب تحققها لاعتبار تنفيذ الالتزام مستحيلاً وما يترتب على عدم تحققها.
٣. تحليل الآثار المترتبة على استحالة تنفيذ الالتزام من حيث انقضاء الالتزام دون وفاء وتحمل تبعة الهلاك.

مشكلة البحث وتساؤلاته:

يكمّن تحديد مشكلة البحث في أن انقضاء الالتزام بسبب استحالة التنفيذ يترتب عليه آثار قانونية معينة تحتاج إلى دراسة مستقلة لبيان أحكامها وآثارها النظامية. كما أن حداثة نظام المعاملات المدنية السعودي تتطلب من الباحثين تناول موضوعات النظام وتحليلها، وهذا يقودنا إلى التساؤلات التالية:

١. ما هو مفهوم استحالة تنفيذ الالتزام وما هي صورها وحدود تطبيقها الواردة في نظام المعاملات المدنية؟
٢. ما هي الشروط الواجب تحققها لاعتبار تنفيذ الالتزام مستحيلاً وما هو المترتب على عدم تحققها؟

٣. ما هي الآثار المترتبة على استحالة تنفيذ الالتزام من حيث انقضاؤه دون وفاء وتحمل تبعة الهلاك؟

الدراسات السابقة:

منذ صدور نظام المعاملات المدنية السعودي، ظهرت بعض الدراسات العلمية والكتب والبحوث وتناولت هذا النظام بالتحليل والدراسة. وقد وقفت من خلال بحثي في المصادر المعتمدة على عدد من هذه الكتابات، إلا أنني لم أجد - حسب ما توفري - دراسة تناولت هذا الموضوع بشكل مستقل؛ والمتعلق باستحالة تنفيذ الالتزام وأثرها على انقضاء الالتزام دون وفاء.

منهج وخطة البحث:

المنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج الوصفي التحليلي، وذلك باستخلاص النصوص النظامية الواردة في نظام المعاملات المدنية السعودي والأنظمة ذات العلاقة المتعلقة بمشكلة الدراسة وتحليلها؛ وذلك للوصول إلى نتائج البحث المراد تحقيقها. كما تستعين الدراسة، عند الاقتضاء، بالمنهج المقارن، وهو ما يُسهم في بناء تصور أكثر دقة بين استحالة التنفيذ بسبب أجنبي أو بسبب المدين.

قسمت هذا البحث إلى مقدمة، ومبحثين، وخاتمة فيها أهم النتائج والتوصيات. وجاء المبحثان وفق التقسيم الآتي:

المبحث الأول: مفهوم استحالة تنفيذ الالتزام، وحدود تطبيقه:



المطلب الأول: مفهوم وصور استحالة تنفيذ الالتزام:

- الفرع الأول: المقصود باستحالة تنفيذ الالتزام.

- الفرع الثاني: صور استحالة تنفيذ الالتزام.

المطلب الثاني: حدود استحالة تنفيذ الالتزام:

- الفرع الأول: استحالة تنفيذ الالتزام الناشئ عن المصادر الإرادية.

- الفرع الثاني: استحالة تنفيذ الالتزام الناشئ عن المصادر غير الإرادية.

المبحث الثاني: شروط استحالة تنفيذ الالتزام، وأثرها:

المطلب الأول: شروط استحالة التنفيذ:

- الفرع الأول: أن تكون استحالة التنفيذ لاحقة لقيام الالتزام.

- الفرع الثاني: أن يكون تنفيذ الالتزام مستحيلاً فعلاً.

- الفرع الثالث: أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه.

المطلب الثاني: آثار استحالة تنفيذ الالتزام:

- الفرع الأول: أثرها على انقضاء الالتزام دون وفاء.

- الفرع الثاني: أثرها على تحمل تبعة الهلاك.



- الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة على انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه.



المبحث الأول

مفهوم استحالة تنفيذ الالتزام، وحدود تطبيقه

في مستهل الحديث عن استحالة تنفيذ الالتزام كسبب من أسباب انقضاء الالتزام، نعرض في هذا المبحث لمفهوم استحالة تنفيذ الالتزام وصوره والتي يترتب عليها انقضاء الالتزام. كما يلزم هنا أيضاً الحديث عن حدود استحالة تنفيذ الالتزام ونطاقه من حيث ارتباطه بمصادر الالتزام. هذا ما سنحاول توضيحه في هذا المبحث، وفق التقسيم التالي:

المطلب الأول: مفهوم وصور استحالة تنفيذ الالتزام:

من المهم قبل البدء في طرح هذا الموضوع والتعمق فيه، أن نفهم المقصود باستحالة تنفيذ الالتزام وصوره في الواقع العملي وهو ما سنعرض فيه من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول: المقصود باستحالة تنفيذ الالتزام:

ورد للاستحالة عدة معانٍ في اللغة، فمحال تدل على ما عدل به عن جهة، واستحال الكلام لما أحاله أي صار محالاً، وحالت القوس واستحالت أي انقلبت عن حالها واعوججت، ويطلق على الأرض المعوجة بالأرض المستحيلة بمعنى أنها استحالت عن الاستقامة

وصارت معوجة^(١). ويقصد باستحالة تنفيذ الالتزام هو أن يطرأ على الالتزام عائق يحول دون تنفيذ المدين لالتزامه تنفيذاً عينياً، فيصبح تنفيذ الالتزام العيني غير ممكن من المدين^(٢). واستحالة تنفيذ الالتزام قد تكون بسبب من المدين كما لو تأخر المدين بتنفيذ التزامه حتى أصبح التنفيذ غير مجدٍ للدائن. كما قد تكون استحالة تنفيذ الالتزام بسبب لا يد للمدين فيه كتلف العين محل الالتزام بفعل قوة قاهرة. ففي الحالتين ينقضي الالتزام لاستحالة تنفيذه، وهذا أمر تقتضيه طبيعة الأشياء فالقاعدة العامة تقضي بأنه لا تكليف بمستحيل^(٣). وأساس هذه القاعدة في قوله تعالى: ﴿لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]. وكما ورد عن النبي ﷺ: «لَوْ بَعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ»^(٤). كما قد تعد استحالة تنفيذ الالتزام حالة استثنائية تتعارض مع مبدأ أساسي

(١) الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الخامسة، (١٩٩٩)، ص ٨٤.

(٢) المادة (١١٠) من نظام المعاملات المدنية. مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، مكتبة صادر، بيروت، الطبعة الخامسة، (٢٠١٩)، ٦/ ٤٤٩. الأهمدي، محمد عواد، أحكام الالتزام - دراسة موسعة وفقاً لنظام المعاملات المدنية، جمعية قضاء، الطبعة الأولى، (٢٠٢٥)، ص ٧٣٤.

(٣) إبراهيم، جلال محمد، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، مطبعة الإسرائ، (٢٠٠٠)، ص ٦٢١.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، ٣/ ١١٩٠، رقم الحديث ١٥٥٤.

وهو ضمان استقرار المعاملات والالتزامات بين الأطراف، ويتحقق هذا الاستقرار من خلال إلزام كل طرف بتنفيذ التزاماته كما اتفق عليها^(١). وسنعرض في المبحث الثاني في هذا البحث لمزيد من التفاصيل عند الحديث عن شروط استحالة تنفيذ الالتزام وأثرها إن شاء الله.

الفرع الثاني: صور استحالة تنفيذ الالتزام:

استحالة تنفيذ الالتزام لها صورتان في الواقع العملي ينطبق عليها مفهوم الاستحالة، وهما:

الصورة الأولى: الاستحالة المادية، ويقصد بها استحالة التنفيذ بسبب مادي مثل هلاك العين محل التسليم في حال كان محل الالتزام نقل حق عيني، أو إصابة المدين في حال كان محل الالتزام عملاً^(٢). وهذا يظهر فرقاً جلياً بين ما لو كان محل الالتزام عيناً أو عملاً. ففي حال كان الالتزام نقل حق عيني، تتحقق الاستحالة المادية بصور متعددة تشمل تلف الشيء المعين بذاته، كتلف السيارة المتفق على بيعها في يد البائع قبل تسليمها للمشتري، أو انهيار المبنى المؤجر، أو نفوق الماشية محل البيع. كما قد تتحقق الاستحالة بالفقدان التام

(١) الفجال، عادل عبد الحميد، الأحكام المتعلقة باستحالة تنفيذ الالتزام المعلق على شرط قبل تحقيقه، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بدمههور، مج ٣، ع ١٤، ص ٥٤٨-٦٠٦، (٢٠٢٤)، ص ٥٥٥.

(٢) القرني، أحكام الالتزام وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٤٢٢. مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٦/ ٤٤٩.

للشيء، كغرق السفينة المتعاقد على نقلها، أو سرقة المخطوطة النادرة المتفق على تسليمها. وأما ما يتعلق بالالتزام بعمل، فتظهر الاستحالة المادية جلية عند عجز المدين عن القيام بالعمل المتفق عليه لأسباب تتعلق بقدراته الجسدية أو الذهنية. فإصابة الجراح في يده تجعل من المستحيل عليه إجراء العملية المتفق عليها، وإصابة الرسام في يده تجعل من المستحيل تسليم اللوحة الفنية المتفق على رسمها، وفقدان المترجم لحاسة السمع يمنعه من تقديم خدمات الترجمة الفورية. كما تتصور الاستحالة المادية في الالتزام بالامتناع عن عمل، فيصبح تنفيذه مستحيلاً إذا اضطر المدين إلى القيام بهذا العمل الذي التزم بالامتناع عنه^(١).

الصورة الثانية: الاستحالة النظامية، وهذا يحدث إذا أصبح محل الالتزام ممنوعاً بحكم النظام^(٢). وتتنوع صور الاستحالة النظامية في الممارسة العملية لتشمل عدة مجالات، ففي نطاق الملكية العقارية، يُعد نزع الملكية للمنفعة العامة أبرز الأمثلة، حيث تصبح ملكية العقار المتفق على نقله غير قابلة للانتقال للغير كونها آلت للدولة بقوة

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣/ ٩٩٨. الأحمدى، أحكام الالتزام - دراسة موسعة وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٧٣٢.

(٢) مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٦/ ٤٤٩.

النظام^(١). وفي المجال التجاري، قد تفرض الجهات المختصة حظرًا على تصدير أو استيراد سلع معينة، مما يجعل تنفيذ عقود التوريد أو التصدير طويلة الأجل مستحيلًا نظامًا^(٢). كما قد تصدر أنظمة جديدة تحظر ممارسة أنشطة كانت مشروعة وقت التعاقد، كتنظيم بعض المهن. فتتحقق الاستحالة النظامية عندما يتدخل المشرع أو الجهات المختصة لتغيير الإطار النظامي الذي يحكم محل الالتزام، مما يجعل تنفيذه مخالفًا للنظام. وعلى ذلك فإن الاستحالة المادية تختلف جذريًا عن الاستحالة النظامية في مصدرها، حيث تنشأ الأخيرة عن إرادة المُنظم وليس عن واقعة مادية خارجة عن إرادة المدين كما في الصورة الأولى.

المطلب الثاني: حدود استحالة تنفيذ الالتزام:

تفاوتت حدود تطبيق نظرية استحالة التنفيذ تفاوتًا كبيرًا بحسب مصدر الالتزام الذي نشأ عنه، مما يعكس الطبيعة المتنوعة لمصادر الالتزام في نظام المعاملات المدنية. وقد حصر نظام المعاملات المدنية مصادر الالتزام في الباب الأول وهي؛ العقد، التصرف بإرادة منفردة، الفعل الضار، الإثراء بلا سبب، النظام. فاستحالة التنفيذ قد تكون متصورة في العقد والإرادة المنفردة كمصدري التزام. وفي المقابل قد

(١) تناغو، سمير، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، (٢٠٠٩)، ص ٤٣٣.

(٢) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٩٩٨ / ٣.

يضيّق تصور استحالة تنفيذ الالتزام في الفعل الضار والإثراء بلا سبب^(١). وهذا ما سنعرضه في هذا المطلب من خلال التقسيم الآتي:

الفرع الأول: استحالة تنفيذ الالتزام الناشئ عن المصادر الإرادية:

الالتزامات التعاقدية، سواء كانت ملزمة للجانبين أم ملزمة لجانب واحد، تخضع لإمكانية الانقضاء بالاستحالة عندما تصبح غير قابلة للتنفيذ بسبب لا يد للمدين فيه^(٢). فقد ورد في المادة (١١٠ / ١) فيما يتعلق بانقضاء الالتزام في العقود الملزمة للجانبين أنه: «في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا بسبب لا يد للمدين فيه، انقضى التزامه والالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه». وهذا يظهر جليًا في -على سبيل المثال- الالتزام بنقل حق عيني كتسليم المبيع، حيث تؤدي استحالة تسليم المبيع إلى انقضاء التزام البائع. وفي عقود الإيجار، تؤدي استحالة الانتفاع بالعين المؤجرة إلى انقضاء التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة. وكذلك يظهر جليًا في حال كان الالتزام قيامًا بعمل كعقود الخدمات المهنية والفنية التي يقدمها الطبيب أو الفنان أو المحامي. فعجز أحد هؤلاء عن تنفيذ التزامه يؤدي إلى استحالة التنفيذ.

- (١) القرني، أحكام الالتزام وفقًا لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٤٢٣.
- (٢) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٩٩٤ / ٣. مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٤٥٠ / ٦. القرني، أحكام الالتزام وفقًا لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٤٢٣.

كذلك الأمر في العقود الملزمة لجانب واحد، ففي حال استحالة التنفيذ بسبب لا يد للمدين فيه ينقضي الالتزام دون وفاء^(١). فقد نصت المادة (٢٩٤) من نظام المعاملات المدنية على أنه: «ينقضي التزام المدين إذا أثبت استحالة التنفيذ عليه بسبب لا يد له فيه، وينقضي كذلك الالتزام المقابل له إن وجد». فعبارة «إن وجد» يفهم منها أن حكم المادة يشمل كذلك الالتزام الملزم لجانب واحد. ففي عقد الهبة، إذا هلك الشيء الموهوب قبل تسليمه للموهوب له بسبب خارج عن إرادة الواهب، تنقضي التزامات الواهب بالاستحالة. فلو هلكت السيارة الموهوبة في حادث قبل تسليمها للموهوب له فهذا يحرر الواهب من التزامه بالتسليم، ولا يلتزم بالتعويض. وكذلك في الوديعة بلا أجر، فالمودع لديه يلتزم برد الوديعة عيناً لا مثلاً، فإذا تلفت الوديعة أو فقدت لسبب أجنبي لا يد للمودع له فيه كالحريق أو السرقة رغم اتخاذه العناية المطلوبة، فتنتضي التزاماته بالاستحالة^(٢). لكن إذا كان تلف الوديعة أو فقدها بسبب تقصيره أو إهماله، فلا وجه لانطباق الاستحالة على هذه الحالة ويبقى المودع له ملتزماً بالتعويض، كما نصت عليه المادة (٥١٤) من نظام المعاملات المدنية: «يلتزم المودع

(١) السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٩٩٤/٣. مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٤٥٠/٦. القرني، أحكام الالتزام وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٤٢٣.

(٢) الأحدي، مصادر الالتزام الإرادية وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٦٢٦.

بدفع نفقات رد الوديعة وتسليمها، وكذلك تعويض المودع لديه عن أي ضرر لحقه بسبب الوديعة ما لم يكن ناشئاً عن تعديه أو تقصيره...».

أما الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، فقد تشهد تطبيقاً لنظرية الاستحالة، فالوصية قد تقبل الاستحالة، ولكن ضمن حدود أضيق مما هو عليه الحال في العقود. ويتضح ذلك عند هلاك العين الموصى بها قبل وفاة الموصي، فحكم الوصية هنا هو البطلان كما نصت عليه المادة (١٩٦) من نظام الأحوال الشخصية^(١). وهذا يعني انقضاء الالتزام الناشئ عن إرادة منفردة دون وفاء.

الفرع الثاني استحالة تنفيذ الالتزام الناشئ عن المصادر غير الإرادية:

استحالة التنفيذ في الالتزامات الناشئة عن مصادر غير إرادية قد لا تنطبق إلا في حدود ضيقه^(٢). وذلك لأن استحالة التنفيذ في الفعل الضار والإثراء بلا سبب تتطلب فعلاً مادياً يترتب عليه تصرف مباشر من المدين ينتج عنه أن يكون له يد فيه وليس بسبب أجنبي كما أسلفنا

(١) نص المادة السادسة والتسعين بعد المائة: «تبطل الوصية في الحالات الآتية: ١- رجوع الموصي عن وصيته قولاً أو فعلاً. ٢- وفاة الموصى له المعين قبل الموصي أو موتها معاً أو جهل أيهما أسبق وفاة، إلا إذا كانت الوصية بقضاء دين الموصى له. ٣- رد الموصى له الوصية بعد وفاة الموصي وقبل القبول. ٤- قتل الموصى له الموصي قتلاً يمنع الإرث. ٥- تلف الموصى به المعين أو استحقاقه لغير الموصي».

(٢) القرني، أحكام الالتزام وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٤٢٣.

في المصادر الإرادية^(١). بل إن بعض الفقهاء يرون أن نطاق تطبيق استحالة تنفيذ الالتزام ينحصر في العقود دون غيرها^(٢). ومع ذلك، فقد ينشأ التزام من الإثراء بلا سبب ويستحيل تنفيذه كما في حالة الحيازة بسوء نية، وذلك كما نصت عليه المادة (٦٧٨/٢) من نظام المعاملات المدنية: «الحائز سبب النية مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك بسبب لا يد له فيه، إلا إذا أثبت أن الشيء كان سيهلك أو يتلف ولو كان تحت يد مالكة». فعندما يهلك الشيء في يد الحائز ويعجز عن رده بسبب لا يد له فيه فإنه يكون ملزماً بالتعويض. فعلى سبيل المثال، لو استولى شخص على سيارة جاره دون إذن واستخدمها مع علمه أنها ليست ملكاً له، وأثناء وجودها تحت حيازته حصل له حادث لا يتحمل خطأه، وتلفت السيارة بسببه، فالحائز هنا يعتبر سبب النية ويكون مسؤولاً عن تلف السيارة رغم أن الحادث بسبب أجنبي لا دخل له فيه، ويلزم بتعويض قيمتها كاملة للمالك. إلا إذا أثبت الحائز أن الحادث الذي تسبب بتلف السيارة قد أتلّف جميع المركبات في الحي بما في ذلك السيارات المحفوظة لدى المالك، مما يعني أنها ستلتف حتى ولو كانت تحت يد مالكة وفي مكانها الأصلي، فإنه يتحرر من المسؤولية في هذه الحالة وفقاً لنص المادة (٦٧٨/٢) سالفة

(١) القرني، أحكام الالتزام وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٤٢٣.

(٢) الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، (١٩٩٨)، ٦٠٢/١. القرني، أحكام الالتزام وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٤٢٣.

الذكر. ففي المثال السابق نشأ التزام على المدين بسبب إثرائه وهلك الشيء في يده واستطاع أن يثبت أنه سيهلك ولو كان تحت يد مالكة فتحقق استحالة التنفيذ ويترتب عليها انقضاء الالتزام دون وفاء.

كما يمكن القول إن الالتزامات الناشئة مباشرة عن النظام قد تكون أوسع في قابليتها لتطبيق الاستحالة عن باقي الالتزامات الناشئة عن مصادر غير إرادية. فاستحالة تنفيذ الالتزام قابلة للتحقق مع الالتزام النظامي كما في القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المتضرر^(١). وذلك كما نصت عليه المادة (١٢٥) من نظام المعاملات المدنية: «لا يكون الشخص مسؤولاً إذا ثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يدل له فيه، كقوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المتضرر؛ ما لم يُتفق على خلاف ذلك».

فعلى سبيل المثال، التزام الوصي بالمحافظة على أموال القاصر قد يقبل الاستحالة في ظروف استثنائية بسبب القوة القاهرة. حيث نصت المادة (١٥٥) من نظام الأحوال الشخصية على أنه: «يجب على الوصي والولي المعين من المحكمة إدارة أموال القاصر ورعايتها بما يحقق مصلحة القاصر». واشترطت المادة (١٤٠) من ذات النظام أن يكون الولي أميناً. ونصت المادة (١٦٨) من نظام المعاملات المدنية فيما يتعلق بالتزامات المدين أنه: «إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على

(١) الأحدي، أحكام الالتزام - دراسة موسعة وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٧٣٥.

الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيلة في تنفيذ التزامه، فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه عناية الشخص المعتاد ولو لم يتحقق الغرض المقصود، ما لم يقض نص نظامي بخلاف ذلك، أما إذا كان المطلوب هو تحقيق غاية فلا يُعدُّ الوفاء حاصلًا إلا بتحقيق تلك الغاية». بناء على هذه النصوص النظامية، يمكننا القول أن التزام الوصي بالمحافظة على أموال القاصر وفقًا للمادة (١٥٥) والمادة (١٤٠) من نظام الأحوال الشخصية يندرج ضمن الالتزامات المنصوص عليها في المادة (١٦٨) من نظام المعاملات المدنية، والتي تجعل الوفاء بالالتزام مرهونًا ببذل «عناية الشخص المعتاد» وليس بتحقيق الغاية. وهذا يقضي أنه إذا بذل الوصي في المحافظة على أموال القاصر عناية الشخص المعتاد، فإنه يعتبر قد وفى بالتزامه، حتى لو تعرضت هذه الأموال للهلاك أو التلف لأسباب لا يد له فيها. وعليه، فإن تعرضت أموال القاصر للهلاك بسبب أجنبي لا يد له فيه، رغم بذل الوصي لعناية الشخص المعتاد، تشكلت حالة استحالة تنفيذ التزام نظامي ينقضي معها الالتزام دون وفاء. مع مراعاة أن الالتزام بعمل ينقضي إذا استحال تنفيذه سواء كان الالتزام بذل عناية أو تحقيق غاية.

استحالة التنفيذ في الالتزامات الناشئة عن مصادر غير إرادية قد لا تنطبق إلا في حدود ضيقه جدًا كما أسلفنا. وبذلك يتضح أن حدود تطبيق استحالة التنفيذ تتسع في مصادر الالتزام الإرادية وتضيق جدًا في مصادر الالتزام غير الإرادية، وذلك تبعًا لطبيعة كل مصدر.

المبحث الثاني

شروط استحالة تنفيذ الالتزام وأثرها

يشترط لتحقيق استحالة تنفيذ الالتزام شروط يجب توافرها، فإذا تحققت هذه الشروط ترتبت عليها الآثار المرتبطة بالالتزام محل الاستحالة. وسنعرض في هذا المبحث لهذه المفاهيم من خلال المطالب والفروع التالية:

المطلب الأول: شروط استحالة تنفيذ الالتزام:

شروط استحالة تنفيذ الالتزام تتمحور حول استحالة تنفيذ الالتزام، استحالة دائمة، مطلقة، لاحقة على نشوء الالتزام، وبسبب أجنبي لا يد للمدين فيها^(١). وسنعرض هذه الشروط من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: أن تكون استحالة التنفيذ لاحقة لقيام الالتزام:

يشترط لاستحالة تنفيذ الالتزام أن تكون الاستحالة لاحقة لنشوء الالتزام وليست سابقة أو مقارنة لنشوءه^(٢). فإذا نشأ الالتزام مستحيلاً وأصبح تنفيذه مستحيلاً من البداية فلا محل لانقضاء الالتزام لعدم

(١) إبراهيم، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، مرجع سابق، ص ٦٢٢.

(٢) الأحدي، محمد عواد، أحكام الالتزام - دراسة موسعة وفقاً لنظام المعاملات المدنية، جمعية قضاء، الطبعة الأولى، (٢٠٢٥)، ص ٧٣٧.

وجود التزام أصلاً بسبب بطلان العقد^(١). وسبب بطلانه عدم توفر شروط محل الالتزام وهي إمكانية تنفيذه إذا كان عملاً ووجود العين إذا كان الالتزام بنقل حق عيني^(٢). فلو أن شخصاً باع سيارته لآخر، لكن السيارة كانت قد احترقت بالكامل قبل يومين من إبرام العقد دون علم الطرفين فالعقد باطل لأن محل العقد وهي السيارة لا وجود لها وقت التعاقد.

الفرع الثاني: أن يكون تنفيذ الالتزام مستحيلاً فعلاً:

ومما يشترط لتحقيق استحالة تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذ المدين لالتزامه مستحيلاً فعلاً. أما إذا ظل التنفيذ ممكناً - وإن أصبح شاقاً ومرهقاً لكن غير مستحيل - فإن الالتزام يبقى قائماً ولا ينقضي^(٣). وفي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروطها، والتي لا تؤدي إلى إلغاء الالتزام وإنما إلى تعديله ورده إلى الحد المعقول^(٤). وهذا ما نصت عليه المادة (٩٧/ ١) من نظام المعاملات المدنية والتي تنص على أنه: «إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن

(١) مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٦/ ٤٤٩.

(٢) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣/ ٩٩٤.

(٣) عبد الباقي، عبد الفتاح، دروس أحكام الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة ص ٤٧٩. إبراهيم، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، مرجع سابق، ص ٦٢٢.

(٤) الأحدي، أحكام الالتزام - دراسة موسعة وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٧٣٦.

في الوسع توقعها وقت التعاقد وترتب على حدوثها أن يصير تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة؛ فله -دون تأخير غير مسوغ- دعوة الطرف الآخر للتفاوض...» كما أكدت المادة (٩٧/٣) على سلطة المحكمة في تعديل العقد وذلك «... إذا لم يُتوصل إلى اتفاق خلال مدّة معقولة؛ فللمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...».

ولتحقق الاستحالة الفعلية لتنفيذ الالتزام يجب أن تتصف الاستحالة بالأوصاف التالية:

أولاً: أن يستحيل تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة:

وتُعرّف الاستحالة المطلقة بأنها الاستحالة التامة التي تجعل الوفاء بالالتزام مستحيلاً بصورة قطعية، بحيث لا يمكن تنفيذه مطلقاً^(١). فيُشترط أن تكون الاستحالة مطلقة وشاملة، فلا يقتصر العجز عن التنفيذ على المدين وحده، بل يشمل جميع الأشخاص^(٢). فإذا كانت الاستحالة خاصة بالمدين فقط، بينما يستطيع غيره تنفيذ الالتزام ذاته، فلا ينقضي الالتزام في هذه الحالة. وللدائن عندئذٍ الخيار بين المطالبة بالتنفيذ على نفقة المدين، أو اللجوء إلى التعويض النقدي كبديل عن

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٩٩٦/٣.

(٢) إبراهيم، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، مرجع سابق، ص ٦٢٤. الأحدي، مصادر الالتزام الإرادية وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٦١٩.

التنفيذ العيني^(١). فقد أكدت المادة (٢٩٤) من نظام المعاملات المدنية على انقضاء التزام المدين إذا أثبت المدين استحالة التنفيذ عليه. فيشترط لانقضاء الالتزام أن يكون المدين عاجزاً كلياً عن الوفاء بالتزامه. وهذه الاستحالة ترتب آثارها على انقضاء الالتزام سواء كانت هذه الاستحالة مادية كهلاك الشيء محل الالتزام أم نظامية كنزع الملكية للمنفعة العامة كما سبق الإشارة إليها^(٢).

ثانياً: أن يستحيل تنفيذ الالتزام استحالة كلية دائمة:

يجب أن تكون الاستحالة كلية تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام بشكل كلي كما لو احترقت السيارة محل الالتزام بالكامل. كما يجب أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام دائمة بمعنى ألا يكون من طبيعتها أن تصبح بعد فترة من استحالتها ممكنة التنفيذ^(٣). فلا ينقضي الالتزام إذا كانت الاستحالة جزئية أو مؤقتة. وهذا ما نصت عليه المادة (١١٠ / ٢) من نظام المعاملات المدنية: «إذا كانت الاستحالة جزئيةً انقضى الالتزام في الجزء المستحيل وما يقابله فقط، ويسري هذا الحكم على الاستحالة الوقوتية في العقود الزمنية، وفي كلتا الحالتين يجوز للدائن طلب فسخ العقد، وللمحكمة رفض طلب الفسخ إذا كان القدر المستحيل قليل

- (١) إبراهيم، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، مرجع سابق، ص ٦٢٤.
 (٢) راجع الفرع الثاني: صور استحالة تنفيذ الالتزام: في المطلب الأول: مفهوم وصور استحالة تنفيذ الالتزام.
 (٣) الأحمد، مصادر الالتزام الإرادية وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٦٢٠.

الأهمية بالنسبة إلى الالتزام». بناء عليه، لا تؤدي الاستحالة الجزئية إلى انقضاء الالتزام، بل ينقضي في الجزء الذي أصبح مستحيل التنفيذ^(١). وإما إذا كانت استحالة تنفيذ الالتزام مؤقتة فلا ينقضي الالتزام، بل يمكن وقفه إلى حين إمكانية تنفيذه فينفذ حينئذ^(٢).

الفرع الثالث: أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه:

شرط استحالة تنفيذ المدين لالتزامه سالف الذكر لا يكفي بذاته لتحقيق انقضاء الالتزام، بل يجب أن يقترن معه أن سبب استحالة تنفيذ الالتزام تعود إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه. وهذا ما نصت عليه المادة (١١٠ / ١) فيما يتعلق بانقضاء الالتزام في العقود حيث نصت على أنه: «في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب لا يد للمدين فيه، انقضى التزامه والالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه».

وهذا السبب الأجنبي قد يكون قوة قاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المتضرر كما نصت عليه المادة (١٢٥) من نظام المعاملات المدنية ونصها: «لا يكون الشخص مسؤولاً إذا ثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المتضرر؛ ما لم

(١) الأحمدى، مصادر الالتزام الإرادية وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٦٢٠.

(٢) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣ / ٩٩٧.

يُتفق على خلاف ذلك». وهذه الأسباب الأجنبية التي قد تؤدي إلى استحالة التنفيذ تتنوع وتختلف عن بعضها. فالقوة القاهرة تعرف بأنها واقعة لا يرجع حدوثها إلى فعل المدين، ولا يمكن له توقعها ولا دفعها، وتؤدي مباشرة إلى الضرر مما يستحيل معها على المدين تنفيذ الالتزام النظامي بعدم الإضرار بالغير^(١). ويمكن أن يمثل لها بالحوادث الطبيعية أو الظروف الاستثنائية التي لا يمكن توقعها أو دفعها كاحتراق محل الالتزام بسبب صاعقة^(٢). بينما يقصد بخطأ الغير هو الخطأ الصادر من شخص غير المتضرر وغير المدعى عليه وغير الأشخاص الذين يسأل عنهم^(٣). ويقصد بخطأ المتضرر الخطأ الصادر من المتضرر أثناء وقوع الخطأ عليه من المدعى عليه ويكون سبباً في إصابته بالضرر^(٤). مثل الأفعال التي يقوم بها الدائن وتحول دون تنفيذ المدين لالتزامه^(٥).

- (١) الأحدي، محمد عواد، مصادر الالتزام غير الإرادية وفقاً لنظام المعاملات المدنية، جمعية قضاء، الطبعة الأولى، الرياض، (٢٠٢٤)، ص ٢٠٥.
- (٢) الأحدي، مصادر الالتزام الإرادية وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٦٢١.
- (٣) الأحدي، مصادر الالتزام غير الإرادية وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٢٠٥.
- (٤) الأحدي، محمد عواد، مصادر الالتزام غير الإرادية وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٢٠٥.
- (٥) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣/ ١٠٠٠.

أما في حالة كان سبب استحالة تنفيذ الالتزام خطأ المدين، فيتحمل المدين مسؤولية هذا السبب الأجنبي، فلا ينتهي الالتزام حتى وإن أصبح تنفيذه مستحيلاً بسبب أجنبي، بل تنشأ هنا المسؤولية المدنية ويتبدل محله إلى التعويض^(١). وهذا ما نصت عليه المادة (١٧٠ / ١) من نظام المعاملات المدنية والتي تنص على أنه: «يحكم على المدين بالتعويض لعدم الوفاء إذا استحال التنفيذ عيناً، بما في ذلك أن يتأخر فيه المدين حتى يصبح غير مجدٍ للدائن». ومثال ذلك أن تحرق العين محل الالتزام أو تُسرق مع وجود إهمال من جانب المدين، فلا عبء بالسبب الأجنبي في هذه الحالة، بل تُعزى استحالة التنفيذ إلى خطأ المدين، فلا ينتهي الالتزام، وإنما يتبدل محله من التنفيذ العيني إلى التعويض^(٢). وينطبق هذا المبدأ كذلك على التأخير في تنفيذ الالتزام بعد إعدار الدائن للمدين، فإذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي، ولكن الدائن كان قد وجه الإنذار للمدين قبل حدوث الاستحالة، فإن هذا الإنذار يجعل المدين مسؤولاً عن استحالة التنفيذ كما لو كانت هذه الاستحالة ناتجة عن خطئه، فلا ينتهي الالتزام وإنما يتبدل محله إلى التعويض^(٣).

(١) السنيهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣ / ١٠٠٠.

(٢) السنيهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣ / ١٠٠٠.

(٣) عبد الرحمن، أحمد شوقي محمد، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام والإثبات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، (٢٠٠٨)، ص ١٧٣.

ويجب التنبيه إلى أنه في هذه الحالة وعندما يصبح التنفيذ العيني مستحيلاً ويتوجب اللجوء للتعويض بدلاً منه، فإنه لا يصح القول بانقضاء الالتزام الأصلي وإحلال التزام جديد بدلاً منه محله التعويض، بل إن الالتزام يظل قائماً كما هو، غير أن محله قد تغير من التنفيذ العيني إلى التعويض^(١). وهذا له أثر بالغ، فلو قلنا بإحلال التزام جديد لأدى ذلك إلى انقطاع فترة التقادم -على سبيل المثال- أما عند الأخذ بالمفهوم القائل ببقاء الالتزام ذاته مع تبدل محله، فإن فترة التقادم لا تنقطع، بل تستمر في السريان ضد الالتزام بعد تحول محله من التنفيذ العيني إلى التعويض^(٢). فعلى سبيل المثال، إذا انقضت تسع سنوات، ثم استحال تنفيذ الالتزام بخطأ من المدين فتحول موضوعه إلى التعويض، فإن حق الدائن في التعويض يسقط بالتقادم بعد انقضاء سنة واحدة تكمل المدة المنقضية إلى عشر سنوات وفقاً لنظام المعاملات المدنية، وليس بانقضاء مدة تقادم جديدة كما لو قلنا إن التزام التعويض هو التزام جديد^(٣).

إلا أن هذا يختلف جذرياً عن محل هذا البحث وهو استحالة تنفيذ الالتزام بسبب لا يد للمدين فيه وما يترتب عليها من انقضاء الالتزام دون وفاء. فقد نصت المادة (٣/١٧٠) على أنه: «لا يحكم بالتعويض

(١) السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣/ ٩٩٩.

(٢) السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣/ ٩٩٩.

(٣) المادة (٢٩٥) من نظام المعاملات المدنية.

وفقاً للفقرتين (١) و(٢) من هذه المادة إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بسبب لا يد له فيه».

المطلب الثاني: آثار استحالة تنفيذ الالتزام:

يترتب على استحالة التنفيذ وفق التفصيل السابق آثار منها ما هو متعلق بانقضاء الالتزام دون وفاء ومنها ما هو متعلق بتحمل تبعة انقضاء الالتزام دون وفاء.

الفرع الأول: أثرها على انقضاء الالتزام دون وفاء:

تؤدي استحالة تنفيذ الالتزام وفق الشروط المفصلة آنفاً إلى آثار متعلقة بانقضاء الالتزام. أولها زوال هذا الالتزام عن عاتق المدين، لأن التنفيذ قد بات مستحيلاً، والمدين لا يتحمل مسؤولية هذه الاستحالة، فيتحتم القول بزوال الالتزام^(١). وهذا ما نصت عليه المادة (٢٩٤) من نظام المعاملات المدنية ونصها: «ينقضي التزام المدين إذا أثبت استحالة التنفيذ عليه بسبب لا يد له فيه، وينقضي كذلك الالتزام المقابل له إن وجد». ففي هذه الحالة لا يحق للدائن مطالبة المدين بالوفاء ولا يحق له كذلك المطالبة بالتعويض عن عدم الوفاء بالالتزام، وذلك لانطباق شروط استحالة تنفيذ الالتزام على المدين وبالتالي لا تكليف بمستحيل^(٢). وانقضاء الالتزام ينسحب كذلك على توابعه، وذلك

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣/ ١٠٠٢.

(٢) المادة (٢٩٤) والمادة (٣/١٧٠) من نظام المعاملات المدنية. الأحمد، أحكام الالتزام - دراسة موسعة وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٧٣٨.

يشمل الضمانات سواء كانت عينية أو شخصية^(١). ففي حالة وجود تأمينات عينية على محل الالتزام وكان مضموناً برهن أو حق امتياز تم إنشاؤه قبل استحالة التنفيذ، فإن انقضاء الالتزام يؤدي حتماً إلى انقضاء هذه الضمانات العينية^(٢). وكذلك الأمر فيما يتعلق بالضمانات الشخصية إذا كان الالتزام مكفولاً بكفالة شخصية، ثم أصبح تنفيذه مستحيلاً بسبب خارج عن إرادة المدين مما أدى إلى انقضائه وتحرر المدين من مسؤوليته، فإن الكفيل الشخصي يتحرر أيضاً من التزامه تبعاً لتحرر المدين الأصلي^(٣).

ومن آثار استحالة التنفيذ على انقضاء الالتزام أنه في حالة كان الالتزام مستحقاً على المدين لصالح مجموعة من الدائنين المتضامنين، فإن انقضاء هذا الالتزام بسبب استحالة التنفيذ الناشئة عن سبب أجنبي خارج عن إرادة المدين يكون له أثر شامل يطال جميع الدائنين المتضامنين بلا تمييز^(٤). كذلك الأمر في حالة وجود التزام واحد في ذمة عدة مدينين متضامنين، فإذا أصبح تنفيذه مستحيلاً بسبب خارج عن إرادة المدينين، فإنه ينقضي الالتزام وتحرر ذمم جميع المدينين

(١) الحكيم، عبد المجيد، أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، الطبعة الأولى، (١٩٦٥)، ص ٤٤٦.

(٢) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣/ ١٠٠٢.

(٣) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣/ ١٠٠٢.

(٤) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣/ ١٠٠٣.

المتضامنين^(١). ويستثنى من ذلك في حالة استحالة التنفيذ بسبب خطأ أحد المدينين المتضامنين دون الآخرين، فإن أثر هذا الخطأ يقتصر على المدين المخطئ ولا ينتقل إلى بقية المدينين المتضامنين، بحيث يتحمل المدين المخطئ وحده مسؤولية التعويض^(٢). أما بالنسبة للمدينين الآخرين، فيعد خطأ المدين بمواجهتهم بمثابة فعل الغير، أي سبباً خارجياً، مما يؤدي إلى انقضاء الدين في حقهم وبراءة ذمهم منه، لأنه لا ينوب عنهم إلا فيما يحقق النفع فقط دون الضرر^(٣).

الفرع الثاني: أثرها على تحمل تبعة الهلاك:

تحمل تبعة انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ لها رأيان في الفقه القانوني:

الاتجاه الأول: يرى أنها تختلف في العقد الملزم لجانب واحد عن العقد الملزم للجانبين^(٤). وبيان ذلك كالآتي:

أولاً: في حالة استحالة التنفيذ في العقود الملزمة لجانب واحد ينقضي فيها الالتزام ويعفى المدين من الالتزام بتنفيذ العقد وهذا يوقع تحمل

(١) السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣/ ١٠٠٢.

(٢) الجمال، مصطفى، أحكام الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، (٢٠٠٠)، ص ٢١٦.

(٣) الجمال، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٢١٦.

(٤) السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٢/ ٥٩. مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٦/ ٤٥١. إبراهيم، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، مرجع سابق، ص ٦٣٠.

التبعة على عاتق الدائن. ففي الوديعة بلا أجر، المودع لديه يلتزم برد الوديعة عيناً لا مثلاً، فإذا تلفت الوديعة أو فقدت لسبب أجنبي لا يد للمودع له فيه كالحريق أو السرقة رغم اتخاذ العناية المطلوبة، تنقضي التزاماته بالاستحالة^(١). ففي هذه الحالة، يتحرر المدين من التزامه وتنتهي مسؤوليته عندما يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، دون أن يحق للدائن المطالبة بأي تعويض، والسبب في ذلك أن العقد لم ينشئ سوى هذا الالتزام الواحد في حق المدين^(٢).

ثانياً: أما فيما يتعلق بالعقود الملزمة للجانبين، كما نصت عليه المادة (١١٠ / ١): «في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب لا يد للمدين فيه، انقضى التزامه والالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه». فعندما ينقضي التزام المدين بسبب استحالة التنفيذ بسبب خارجي، فإن المدين هو الذي يتحمل عبء هذه الاستحالة وليس الدائن، على خلاف العقود الملزمة لطرف واحد^(٣). والسبب في ذلك أن المدين عندما يتحرر من التزامه بسبب استحالة التنفيذ، يجد في المقابل أن حقه في الحصول على الالتزام المقابل من الدائن قد سقط أيضاً نتيجة لانقضاء التزامه الأصلي وانفساخ

(١) الأحدي، مصادر الالتزام الإرادية وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٦٢٦.

(٢) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣ / ١٠٠٤.

(٣) الأحدي، مصادر الالتزام الإرادية وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٦٢٥.

العقد، وبالتالي يقع الضرر عليه، مما يجعله هو المسؤول عن تحمل تبعات الاستحالة^(١).

فلو أبرم طرفان عقد بيع سيارة، فالبائع هنا مدين للمشتري بتسليم السيارة والمشتري مدين للبائع بدفع ثمن الشراء، فإذا افترضنا أنه قبل موعد التسليم وقبل دفع الثمن احترقت السيارة بسبب خارج عن إرادة البائع، فأصبح تنفيذ التزام البائع مستحيلًا لهلاك محل العقد، ووفقًا للمادة (١١٠ / ١) انقضى التزام البائع بتسليم السيارة وانقضى في المقابل التزام المشتري بدفع الثمن وانفسخ العقد تلقائيًا، والنتيجة أن البائع يتحمل تبعه الاستحالة لأنه فقد السيارة المحترقة ولم يحصل على الثمن، حتى وإن كان تحرر من التزامه بتسليم السيارة لاستحالة التنفيذ، بينما المشتري لم يتضرر لأنه لم يدفع شيئًا ولم يفقد شيئًا. وهنا يظهر فرق جلي بين استحالة التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين وبين استحالة التنفيذ في العقود الملزمة لجانب واحد وذلك أن تبعه الاستحالة في الأول على عاتق المدين، بينما تبعه الاستحالة في الثاني على عاتق الدائن^(٢).

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣ / ١٠٠٤.

(٢) سلطان، أنور، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (٢٠٠٥)، ص ٤٠٨. تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، مرجع سابق، ص ٤٣٤.

الاتجاه الثاني: يفرق أصحاب هذا الرأي بين ما إذا كانت يد المتعاقد يد أمانة أم يد ضمان^(١). ففي حالة كانت يد المتعاقد يد أمانة فيتحمل الدائن تبعه الهلاك، كما لو هلكت العين المؤجرة في يد المستأجر قبل ردها للمؤجر بسبب لا يد للمستأجر فيه فإن المؤجر يتحمل تبعه الهلاك. أما في حالة كانت يد المتعاقد يد ضمان فيتحمل المدين تبعه الهلاك، كما لو هلك المبيع في يد البائع قبل تسليمه للمشتري بسبب لا يد للبائع فيه فإن البائع - كونه مدينًا للمشتري بتسليم المبيع - يتحمل تبعه الخسارة.

وتطبيقاً لذلك، فالمادة (١٦٦) من نظام المعاملات المدنية بينت موقف المنظم السعودي من تحمل تبعه الهلاك، فقد نصت المادة (١٦٦ / ١) على أن: «الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى تسليمه، فإذا لم يقم المدين بتسليمه حتى هلك أو تلف كانت تبعه ذلك عليه». فقد قرر النص هنا أنه في حال كان الالتزام يتضمن نقل حق عيني فإن تبعه الهلاك على المدين مطلقاً من غير تفرقة بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد.

بينما نصت المادة (١٦٦ / ٢) على أنه: «إذا كان محل الالتزام عملاً وتضمن تسليم شيء ولم يقم المدين بتسليمه بعد أن أعذر حتى هلك أو تلف؛ كانت تبعه ذلك عليه؛ ما لم يُثبت أن الهلاك أو التلف سيحدث

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٣ / ١٠٠٤. الأحمدي، مصادر الالتزام الإرادية وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٦٢٦.

ولو سلم الشيء للدائن». ففي هذه الفقرة فرق النظام بين تبعة الهلاك قبل الإعذار بالتسليم وبعد الإعذار به. فمنطوق الفقرة من المادة أن تبعة الهلاك تقع على المدين بعد إعذاره بالتسليم. ويفيد مفهوم المخالفة لهذه الفقرة أن تبعة الهلاك قبل الإعذار تقع على الدائن. ونأخذ من هذا كله أنه في الحالة الأولى أعذره المدين بالتسليم ولم يسلم فيه يد ضمان لأنه أمسكها بغير إذن مالکها. وفي الحالة الثانية قبل الإعذار التبعة على الدائن، فيد المدين يد أمانة لأنه أمسكها بإذن مالکها^(١). ويمكن القول أن هذا الاتجاه يتوافق مع الرأي الفقهي الذي يفرق بين يد الأمانة ويد الضمان، إذ إن فقهاء الشريعة يقررون أن من كانت يده يد أمانة فإنه لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، أما من كانت يده يد ضمان فإنه يضمن بشكل مطلق^(٢).

الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة على انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه:

توصلنا في هذا البحث إلى أن استحالة التنفيذ - وفق الشروط الموضحة آنفاً - يترتب عليها انقضاء التزام المدين والالتزام المقابل له. ولا يلجأ إلى التعويض إلا إذا ثبت أن هناك تعدياً وتقصيراً من المدين أو لم يستطع المدين أن يثبت أن استحالة التنفيذ تعود إلى سبب أجنبي لا

(١) للاستزادة في تفاصيل هذا الرأي، راجع: مصادر الالتزام الإرادية وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٦٢٦-٦٣٦.

(٢) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني، دار عالم الكتب، الطبعة الثالثة، الرياض، (١٩٩٧)، ١٢/٥٥٠.

علاقة له به. إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناءات، بحيث لا ينقضي الالتزام بسبب استحالة التنفيذ حتى وإن تحققت الشروط الموضحة آنفاً. وهذه الاستثناءات من القاعدة العامة لانقضاء الالتزام عند الاستحالة لسبب أجنبي بيانا في الحالات التالية:

أولاً: الاتفاق على تشديد المسؤولية:

قد يتفق المدين مع الدائن على تحمل تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة وفقاً للمادة (١٧٤) من نظام المعاملات المدنية، والتي تنص على أنه: «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة». ففي هذه الحالة، يظل المدين ملزماً بالتعويض، حتى لو أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه، حيث ينتقل التزامه من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض. فالقصد من هذا الاتفاق توسيع نطاق مسؤولية المدين ليشمل حتى الظروف الاستثنائية التي عادة ما تعفيه من المسؤولية^(١).

ثانياً: هلاك الشيء في يد الحائز سيئ النية:

بموجب المادة (٢/٦٧٨) من نظام المعاملات المدنية، والتي تنص على أنه: «الحائز سيئ النية مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك بسبب لا يد له فيه، إلا إذا أثبت أن الشيء كان سيهلك أو يتلف

(١) سلطان، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، مرجع سابق، ص ٦٣٢. عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام والإثبات)، مرجع سابق، ص ١٧٣. أحكام الالتزام وفقاً لنظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٤٢٥.

ولو كان تحت يد مالكه». فيتحمل الحائز سيئ النية تبعة هلاك الشيء، حتى لو كان الهلاك لسبب أجنبي لا يد له فيه، وذلك لأن حيازته غير مشروعة وقائمة على سوء النية، مما يجعله ضامناً في جميع الأحوال بصرف النظر عن سبب الهلاك. فسوء النية في الحيازة يُحمل المدين تبعة الاستيلاء على الشيء بغير وجه حق، ويكون ملزماً برده إلى صاحبه، مع تحمل جميع المخاطر حتى الاستثنائية منها كعقوبة على تصرفه غير المشروع، إلا إذا أثبت أن الشيء كان سيهلك أيضاً لو كان في حيازة صاحبه.

الخاتمة

وبعد عرض مفهوم استحالة تنفيذ الالتزام وصورها وحدود تطبيقها وفقاً لنظام المعاملات المدنية، وتوضيح الشروط الواجبة لتحقيق استحالة تنفيذ الالتزام، وبيان الآثار المترتبة على استحالة تنفيذ الالتزام من حيث انقضاء الالتزام دون وفاء وتحمل تبعة الهلاك، فقد توصلت من خلال هذه الدراسة إلى النتائج التالية:

النتائج:

(١) يُقصد باستحالة تنفيذ الالتزام حدوث عائق يحول دون تنفيذ المدين لالتزامه، سواء كان هذا العائق حدث بخطأ من المدين أو بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه.

(٢) لاستحالة تنفيذ الالتزام صورتان في الواقع العملي تتمحوران حول الاستحالة المادية كهلاك العين محل التسليم في حال كان محل الالتزام نقل حق عيني، أو إصابة المدين في حال كان محل الالتزام عملاً. والصورة الثانية هي الصورة النظامية وتحدث إذا أصبح محل الالتزام ممنوعاً بحكم النظام كنزع ملكية العين محل الالتزام للمنفعة العامة.

(٣) اتضح من خلال هذا البحث أن حدود تطبيق استحالة التنفيذ تتسع في مصادر الالتزام الإرادية كما في الالتزامات العقدية فينسخ العقد لاستحالة تنفيذه ويترتب على ذلك الآثار اللازمة، ويضيق نطاق

تطبيق استحالة تنفيذ الالتزام في الالتزامات الناشئة عن مصادر الالتزام غير الإرادية.

(٤) مما يشترط لتحقيق استحالة تنفيذ الالتزام والتي يترتب عليها انقضاء الالتزام دون وفاء أن تكون الاستحالة لاحقة لنشوء الالتزام وليست سابقة أو مقارنة لنشوئه، كما يشترط أن تكون استحالة فعلية تتصف بكونها استحالة دائمة، كلية، مطلقة، فلا تتحقق استحالة تنفيذ الالتزام في حالة كانت الاستحالة وقتية، أو جزئية، أو نسبية.

(٥) كما لا تتحقق استحالة تنفيذ الالتزام ويترتب عليها انقضاء الالتزام دون وفاء إلا إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب لا يد للمدين فيه. أما إذا كانت استحالة تنفيذ الالتزام بسبب المدين فلا ينقضي الالتزام دون وفاء وإنما يتحول محله من تنفيذ عيني إلى التعويض.

(٦) من آثار استحالة تنفيذ الالتزام أن انقضاء الالتزام دون وفاء لاستحالة تنفيذه ينسحب كذلك على توابعه، فتنتضي تبعاً لانقضائه الضمانات الشخصية والعينية التابعة لهذا الالتزام.

(٧) ومن آثار استحالة تنفيذ الالتزام أن تحمل تبعة هلاك محل الالتزام يقع على عاتق الدائن إذا كانت يد المتعاقد يد أمانة. أما في حالة كانت يد المتعاقد يد ضمان فيتحمل المدين تبعة الهلاك.

التوصيات:

(١) أورد نظام المعاملات المدنية أسباب انقضاء الالتزام وبين بعض الآثار المترتبة عليها، فمنها ما يترتب على انقضاء الالتزام بسببه الوفاء، ومنها ما ينقضي معه الالتزام بما يعادل الوفاء، ومنها ينقضي معه الالتزام دون وفاء، فقد يكون من المناسب أن يُوصى بأن يتضمن نظام المعاملات المدنية أو الشروح المعتمدة له مزيداً من التوضيح للفروق الجوهرية بين أسباب انقضاء الالتزام، لما لذلك من أثر في فهم طبيعة هذه الالتزامات وشروط تحققها والآثار المترتبة عليها.

(٢) أوصي الباحثين بمزيد عناية وبحث لهذه الجوانب المتعلقة بنظرية الالتزام وفق نظام المعاملات المدنية السعودي، وتوضيح كل ما يتعلق بالآثار القانونية المترتبة على نشأة الالتزام وما يتعلق به من أوصاف وآلية انقضائه بوفاء ودون وفاء والآثار المترتبة على ذلك.

(٣) تتعدد أسباب انقضاء الالتزام، ولا يتسع المجال لذكرها كلها في بحث واحد، فقد يكون من المناسب أولاً بحث كل سبب من أسباب انقضاء الالتزام على حدة، ثم يتهى المجال للمقارنة بينها في بحث مستقل.

المصادر والمراجع

الكتب والأبحاث:

١. إبراهيم، جلال محمد، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، مطبعة الإسرائ، (٢٠٠٠).
٢. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني، دار عالم الكتب، الطبعة الثالثة، الرياض، (١٩٩٧).
٣. الأحمدى، محمد عواد، أحكام الالتزام - دراسة موسعة وفقاً لنظام المعاملات المدنية، جمعية قضاء، الطبعة الأولى، الرياض، (٢٠٢٥).
٤. الأحمدى، محمد عواد، أصول الأنظمة السعودية، دار المتنبى، الطبعة الأولى، الدمام، (٢٠٢٣).
٥. الأحمدى، محمد عواد، مصادر الالتزام الإرادية وفقاً لنظام المعاملات المدنية، جمعية قضاء، الطبعة الأولى، الرياض، (٢٠٢٤).
٦. تناغو، سمير، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، (٢٠٠٩).
٧. الجمال، مصطفى، أحكام الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، (٢٠٠٠).
٨. الحكيم، عبد المجيد، أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، الطبعة الأولى، بغداد، (١٩٦٥).
٩. الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، الطبعة الخامسة، بيروت، (١٩٩٩).
١٠. الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام، دار القلم، الطبعة الثانية، دمشق، (٢٠١٣).

١١. سلطان، أنور، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (٢٠٠٥).
١٢. السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، (٢٠٢٥).
١٣. عبد الباقي، عبد الفتاح، دروس أحكام الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة.
١٤. عبد الرحمن، أحمد شوقي محمد، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام والإثبات)، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، (٢٠٠٨).
١٥. الفجبال، عادل عبد الحميد، الأحكام المتعلقة باستحالة تنفيذ الالتزام المعلق على شرط قبل تحقيقه، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بدمنهور، مج ٣، ع ١، ص ٥٤٨-٦٠٦ (٢٠٢٤).
١٦. القرني، محمد علي، أحكام الالتزام وفقاً لنظام المعاملات المدنية، جمعية قضاء، الطبعة الأولى، الرياض، (٢٠٢٤).
١٧. مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، مكتبة صادر، الطبعة الخامسة، بيروت، (٢٠١٩).
١٨. النيسابوري، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (١٩٥٥).

الأنظمة والقوانين:

١٩. نظام الأحوال الشخصية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٣) وتاريخ ١٤٤٣/٨/٦هـ.
٢٠. نظام الرهن العقاري المسجل، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٩) وتاريخ ١٤٣٣/٨/١٣هـ.

٢١. نظام المعاملات المدنية السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ.







المركز القانوني للشريك بحصة عمل في شركات الأشخاص وفقًا لأحكام نظام الشركات السعودي

د. بندر بن خالد الذبياني

أستاذ القانون التجاري والتحكيم المشارك، قسم القانون الخاص، كلية القانون،
الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة

مقدمة

تبنت أنظمة وقوانين الشركات أنواعاً متعددة من الحصص التي يقدمها الشركاء في الشركة، وسار على هذا النهج نظام الشركات السعودي، حيث أقر العديد من الحصص التي يمكن للشركاء تقديمها لاستيفاء المتطلب النظامي لتأسيس الشركات. ومن ضمن الحصص التي اعترف بها المنظم السعودي حصة العمل، إذ يجوز للشريك أن يقدم حصة عمل كحصة نظامية معتبرة يستحق مقابلها أرباحاً، إلا أن حصة العمل تختلف عن الحصص الأخرى، النقدية والعينية، لكون هذه الأخيرة مالا يبذله الشركاء، أما حصة العمل فتقوم على الجهد الذي يبذله الشريك، مما يقتضي أن تكون لها أحكام وقواعد قانونية مختلفة.

وبناءً على ذلك، أفرد لها المنظم بعض الأحكام القانونية الخاصة بها، بل ذهب إلى ما هو أبعد من ذلك، بوضع أحكام متعلقة بحصة العمل لكل شكل من أشكال الشركات. لذلك، منع وجودها في بعض أشكال الشركات، لإدراكه أنها لا تتناسب إلا مع أنواع معينة منها. في هذا البحث، سنناقش أحكام حصة العمل في شركات الأشخاص في نظام الشركات السعودي، للوقوف على المركز القانوني للشريك بحصة العمل.

أهمية البحث:

تُعد حصة العمل إحدى الحصص المعتبرة في نظام الشركات السعودي، بل قد تكون في بعض الأحيان هي الحصة الأهم لما يمتلكه الشريك بحصة العمل من خبرة فنية تمكنه من القيام بنشاط الشركة على الوجه الأمثل. وعلى الرغم من وجود أحكام متعلقة بحصة العمل في نظام الشركات، إلا أن هناك جوانب تثير إشكالات نظامية. ويأتي هذا البحث لمناقشة هذه الجوانب، وتوضيح أحكامها، وتقديم المقترحات التي تعالجها.

مشكلة البحث:

أقر نظام الشركات السعودي حصة العمل، ومنح الشريك بحصة عمل حقوقاً، إلا أنها أقل من حقوق الشركاء أصحاب الحصص النقدية والعينية، مما يعني عدم مساواة الشريك بحصة عمل مع الشركاء الآخرين في الحقوق. فالمنظم لم يراع في الأحكام القانونية المتعلقة بحصة العمل مدى مساهمتها في الشركة، سواء في إدارة نشاطها أم في زيادة قيمتها السوقية. وبناءً على هذه الإشكالية، سيجيب البحث عن الأسئلة الآتية:

١. ما مفهوم حصة العمل؟
٢. ما خصائص حصة العمل؟
٣. ما التزامات الشريك بحصة عمل؟

٤. ما حقوق الشريك بحصة عمل؟

أهداف البحث:

يسعى البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:

١. بيان مفهوم حصة العمل.
٢. مناقشة خصائص حصة العمل.
٣. الكشف عن التزامات الشريك بحصة العمل.
٤. دراسة حقوق الشريك بحصة العمل.

الدراسات السابقة:

هناك عدد من الدراسات المتعلقة بحصة العمل المقدمة من الشريك في نظام الشركات السعودي، ومنها دراسة: رويدة موسى عبد العزيز بعنوان «التعهد بتقديم حصة العمل في الشركة التجارية دراسة فقهية مقارنة»، (مجلة الدراية، المجلد ١٩، العدد ١٩، الجزء ١، ٢٠٢٠م). تناول هذا البحث الأحكام القانونية المتعلقة بتعهد الشريك بتقديم حصة عمل في الشركة التجارية، وتوصلت الدراسة إلى عدد من النتائج، من أهمها أن التزام الشريك يتمثل في تقديم عمل له قيمة مادية تعود على الشركة بالنفع. وعلى الرغم من أهمية نتائج هذه الدراسة، إلا أن نطاقها يقتصر على نظام الشركات، الصادر عام ١٣٨٥هـ، والفرق واضح بينها وبين هذه الدراسة التي تتناول أحكام حصة العمل في نظام الشركات، الصادر عام ١٤٤٣هـ.

وفي دراسة أعدها محمد مصطفى مرسى، بعنوان «الحصة بالعمل في نظام الشركات التجارية السعودي والقانون المصري»، نُشرت في مجلة جامعة الملك سعود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٣٥، العدد ٢، ٢٠٢٣م، الصفحات ٢٩١-٣١٧، تناولت هذه الدراسة الأحكام القانونية المتعلقة بحصة العمل في النظام السعودي والقانون المصري. وقد خلصت الدراسة إلى عدد من النتائج، أهمها: التزام مقدم حصة العمل بأداء العمل شخصياً، والامتناع عن كل ما يتعارض مع العمل المقدم، وعدم منافسة الشركة. وعلى الرغم من أن موضوع الدراسة يتعلق بحصة العمل، إلا أن نطاقها يختلف عن هذه الدراسة الحالية؛ فدراسة محمد مصطفى تُعد مقارنة بين النظام السعودي والقانون المصري، في حين تركز هذه الدراسة على حصة العمل في شركات الأشخاص ضمن نظام الشركات السعودي.

وفي دراسة عبد الرحمن يوسف النمش بعنوان «الإطار القانوني للحصة بالعمل: دراسة في نظام الشركات السعودي»، (مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد ٤٣، أكتوبر ١٤٤٥هـ)، تناولت هذه الدراسة أحكام حصة العمل وفقاً لنظام الشركات، الصادر لعام ١٤٤٣هـ. وتوصلت الدراسة إلى عدد من النتائج، أهمها أن الشريك بحصة عمل يعد شريكاً كامل الأهلية يتمتع بالحقوق ذاتها التي يتمتع بها الشريك بحصة مالية. وعلى الرغم من التشابه في نطاق البحث بين دراسة الدكتور النمش وبين هذه الدراسة، إلا أن هذه الدراسة ستتناول مزيداً

من الأحكام المتعلقة بحصة العمل في شركات الأشخاص التي لم تتناولها تلك الدراسة، ومن أهمها: ضابط العمل المعتبر حصة عمل قانونية، والحقوق التي لا يتمتع بها الشريك بحصة عمل، وحدود حصة العمل المقدمة من الشخصية الاعتبارية، ومدى جواز تأسيس شركة من حصص عمل فقط، وحق الشريك في فائض التصفية.

منهج البحث:

سيطبق هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي في دراسة المشكلة؛ من خلال تحليل القواعد القانونية ذات العلاقة بموضوع الدراسة، للوصول إلى النتائج التي تهدف إلى تحقيقها هذه الدراسة، وسيعتمد البحث على المصادر الرئيسة كالأنظمة واللوائح والقرارات، بالإضافة إلى كتب شراح القانون، والأبحاث القانونية المتخصصة في حصص العمل، والأحكام القضائية.

تقسيم البحث:

تمهيد:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم حصة العمل.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لحصة العمل في الشركات.

المبحث الأول: خصائص حصة العمل:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: حاجة الشركة إلى حصة العمل.

المطلب الثاني: مشروعية العمل.

المطلب الثالث: حصة العمل من قبيل الالتزامات المستمرة.

المطلب الرابع: عدم دخول الحصة بالعمل ضمن تكوين رأس المال.

المطلب الخامس: الاعتبار الشخصي في حصة العمل.

المبحث الثاني: التزامات الشريك مقدم حصة العمل:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التزام الشريك بالقيام بالعمل المحدد للشركة.

المطلب الثاني: التزام الشريك بالامتناع عن ممارسة العمل خارج نطاق الشركة.

المطلب الثالث: التزام الشريك بالمساهمة في خسائر الشركة.

المبحث الثالث: حقوق الشريك مقدم حصة العمل:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حق الشريك في التصويت على قرارات الشركة.

المطلب الثاني: حق مقدم حصة العمل في الاشتراك في إدارة الشركة.

المطلب الثالث: حق الشريك في الحصول على الأرباح.

المبحث الرابع: الحقوق التي يفقدها الشريك بحصة العمل:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عدم اعتبار الشريك بحصة عمل شريكاً مؤسساً.

المطلب الثاني: عدم حصول الشريك بحصة عمل على نصيب من فائض التصفية.

الخاتمة:

وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

المصادر والمراجع.



تمهيد

المطلب الأول: مفهوم حصة العمل:

هو العمل الذي يقدمه الشريك كحصة ضمن الحصص التي يقدمها الشركاء مقابل شراكته في الشركة. ويطلق عليها البعض الحصة الصناعية، وهو كل ما يقدمه الشريك للشركة من أعمال وخبرات جادة ونافعة، وقد تكون هذه الأعمال من قبيل الأعمال الفنية الهندسية أو الصناعية، أو الإدارية كالإشراف على خطوط الإنتاج التابعة للشركة، أو تقديم خبرات تجارية في البيع والشراء والاستيراد والتصدير، أو أعمالاً إدارية كإدارة الشركة أو أعمال قانونية كالمحاماة^(١).

المطلب الثاني: الأساس القانوني لحصة العمل في الشركات:

أجاز نظام الشركات السعودي تقديم حصص العمل في الشركة، وتُعد إحدى الحصص المعتمدة التي يمكن أن يقدمها الشريك، ويكتسب مقدمها صفة الشريك^(٢). حيث نصت المادة الثانية من نظام الشركات على أن «الشركة كيان قانوني يؤسس وفقاً لأحكام النظام بناءً على عقد

(١) ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢م، ص ٢٤٤. محمد بهجت قايد، حصة العمل في الشركة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، ص ٣١؛ عبد الهادي الغامدي، القانون التجاري السعودي، بدون ناشر، الطبعة السادسة، ١٤٤٤هـ، ص ١٥٧.

(٢) نايف الشريف، القانون التجاري السعودي، بدون ناشر، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ، ص ١٤٠.

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^(١)، فأقر المنظم بذلك حصة العمل المقدمة من الشركاء، وجعلها حصة معتبرة في تأسيس الشركة، ورتب عليها العديد من الآثار.

وأجاز المنظم السعودي تقديم العمل كحصة في بعض أنواع الشركات، وهي: شركة التضامن، والتوصية البسيطة، والشركة ذات المسؤولية المحدودة، في حين منعها في شركتي المساهمة والمساهمة المبسطة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الثالثة عشرة من نظام الشركات السعودي على أنه «فيما عدا شركتي المساهمة والمساهمة المبسطة، يجوز أن تكون حصة الشريك عملاً»^(٢). ويعني ذلك أن الشركات التي يصح أن تقدم فيها حصص العمل هي شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، والشركة ذات المسؤولية المحدودة.

وقد منع المنظم تقديم حصة عمل في شركتي المساهمة والمساهمة المبسطة لأن هذه الشركات قائمة على الاعتبار المالي المحض، ولعدم وجود أي ضمان لدائني الشركة سوى رأس المال، على عكس الشركات الأخرى فإنها تقوم على الاعتبار الشخصي للشركاء، أي أن مسؤولية

(١) المادة الثانية من نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١٤٤٣/١٢/١هـ.

(٢) الفقرة الثانية من المادة الثالثة عشرة من نظام الشركات السعودي.

الشركاء شخصية تجاه الدائنين، وتُعد ضماناً احتياطياً عند عدم كفاية رأس المال في تغطية ديون الشركة^(١).

وقد يرد اعتراض على هذا الرأي بأن الشركة ذات المسؤولية المحدودة ليست قائمة على الاعتبار الشخصي، ومع ذلك أجاز المنظم تقديم حصة عمل فيها. فعلى الرغم من صحة هذا الاعتراض، تأسيساً على أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة تُعد من شركات الأموال، وأن مسؤولية الشريك فيها محدودة بحصته في رأس المال، إلا أن هناك من يرى أنها مزيج من خصائص شركات الأموال وشركات الأشخاص، وأنها ذات طبيعة مختلطة^(٢)، وربما يكون هذا هو السبب الذي دفع المنظم السعودي إلى إجازة الحصة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

وعلى الرغم من وضوح النص في جواز الحصة بالعمل في شركة التوصية البسيطة، إلا أن الغموض يكتنف وضع الشركاء الموصين فيها. حيث ذهب البعض إلى القول بأن الشريك الموصي ممنوع من تقديم حصة عمل، فلا يمكنه أن يقدم سوى حصة نقدية أو عينية، وعللوا ذلك بأن الشريك الموصي لا يحق له القيام بأعمال الإدارة^(٣). إلا

(١) محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦م، ص ٣٦.

(٢) محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، بدون ناشر، الطبعة الخامسة، ١٤٢١هـ، ص ١٧١.

(٣) ثروت عبد الرحيم، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

أنه لا يمكن التسليم بهذا الرأي على إطلاقه؛ لأن الشريك الموصي ممنوع من المشاركة في أعمال الإدارة الخارجية فقط، أي أنه يستطيع تقديم حصة عمل في حدود ما قرر النظام له من مساحة للعمل في الإدارة الداخلية للشركة^(١). لذا، يمكن للشريك الموصي أن يقدم حصة عمل في شركات التوصية البسيطة، ولكنها تكون محصورة في أعمال الإدارة الداخلية للشركة.

(١) المادة الثالثة والخمسون من نظام الشركات السعودي.

المبحث الأول

خصائص حصة العمل

لحصة العمل المعتبرة في الشركة عدد من الخصائص، وعدم توفر هذه الخصائص في حصة العمل يخرجها من كونها حصة قانونية في الشركة. وسنعرض هذه الخصائص على النحو الآتي:

المطلب الأول: حاجة الشركة إلى حصة العمل:

ذهب البعض إلى القول بأن العمل المعتبر حصة صحيحة في الشركة هو العمل الفني والمجهود الشخصي للشريك الذي يعود بالنفع المادي على الشركة، ويُستثنى من ذلك الأعمال اليسيرة التافهة والعمل اليدوي البسيط، فلا يمكن اعتبارها حصة لانتفاء الوصف المعتبر للعمل كحصة في الشركة^(١). وأيد القضاء المصري هذا الرأي فيما نصه: «العمل الذي يصح اعتباره حصة في رأس مال شركة ما هو العمل الفني كالخبرة التجارية في مشتري الصنف المتجر فيه وبيعه. أما العمل التافه الذي لا قيمة له فإنه لا يعتبر حصة في رأس المال»^(٢).

(١) هاني دويدار، مبادئ القانون التجاري دراسة في قانون المشروع الرأسمالي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م، ص ١٢٨.

(٢) إيهاب الضويني وآخرون، المبادئ القانونية لمحكمة النقض في الشركات التجارية، نادي القضاة، ٢٠١٦م، ص ٤٦. (الطعن رقم ٨ لسنة ٣ ق- جلسة ٢٢/٦/١٩٣٣).

وذهبوا إلى تكييف العلاقة مع مقدم حصة العمل اليسيرة على أنه أجير في الشركة، وما يأخذه من أرباح يُعد أجرًا مقابل العمل الذي يقوم به، وتتفي عنه صفة الشريك مطلقًا.

ولكن تطبيق الرأي السابق قد يؤدي إلى العديد من الصعوبات؛ ومن ذلك أن هذا الرأي قد يؤثر في ركني نية المشاركة واقتسام الأرباح والخسائر. وتفصيل ذلك، أن نية الشركاء اتجهت إلى قبولهم بنوع العمل الذي سيقدمه الشريك في الشركة، وبأن مقدم العمل شريك في الشركة له ما للشركاء الآخرين من حقوق وعليه ما عليهم من التزامات في حدود الإطار القانوني والاتفاقي.

بل إن عدم اعتبار العمل الذي يقدمه الشريك حصة في الشركة قد يؤثر في وجود الشركة ذاتها. فماذا لو كان هناك شريكاً فقط في شركة ما، أحدهما بحصة مالية والآخر بحصة العمل؟ فإذا لم نعتبر العمل - أيًا كان نوعه - الذي قدمه الشريك الآخر حصة في الشركة، فسيعود ذلك بالبطلان على الشركة بأكملها لعدم توفر ركن تعدد الشركاء، لأن الشركة تؤسس من شخصين على الأقل، فإذا اعتبرنا الشريك الآخر أجيرًا، فإن العقد سيكون باطلاً لعدم توفر أحد أهم أركانه النظامية، وهو تعدد الشركاء، وانتفاء نية الشريك الآخر في إنشاء شركة شخص واحد.

وبالرجوع إلى ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية في ضابط نوع العمل المقدم كحصة في الشركة، نجد أنهم أباحوا المشاركة بالعمل

عمومًا، ولم يضعوا شروطًا أو ضوابط لنوع العمل، فأجازوا أن يقوم الشريك بجمع الثمار، ويظهر من ذلك أنهم جعلوا ضابط حصة العمل المعتبرة هو الحاجة إلى نوع العمل^(١).

والحقيقة أن نظام الشركات السعودي لم يبين صفة العمل المقدم من الشريك، هل هو عمل فني أم لا، وهل يعود بالنفع على الشركة أم لا. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الثالثة عشرة على أنه «...يجوز أن تكون حصة الشريك عملاً مقابل نسبة في الأرباح يحدد عقد تأسيس الشركة مقدارها، ولا يجوز أن تكون حصته ما له من سمعة أو نفوذ»^(٢). فأتى شراح القانون وقيدوا هذا العمل وجعلوا لحصة العمل أوصافًا، فإذا لم تتوفر، حُكم بطلانها، بل ذهبوا إلى ما هو أبعد من ذلك، بجعل الشريك مقدم حصة العمل عاملاً في الشركة، وأن المقابل الذي يأخذه من مال يُعد أجرًا لا ربحًا^(٣). وبهذا يكونون قد تدخلوا في إرادة الشركاء الصريحة التي اتفقت على قبولهم لحصة العمل المقدمة من

(١) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، ١٣٨٨هـ، ص ٤/٥.

(٢) الفقرة الثانية من المادة الثالثة عشرة من نظام الشركات السعودي.

(٣) محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص ١٨٢. هاني دويدار، مرجع سابق، ص ١٢٨. على اعتبار مقدم حصة العمل أجيرًا (عاملاً) وأن ما أخذه من أرباح هي مقابل ما قدمه من عمل، سيظهر لنا إشكالية القانون الواجب التطبيق؛ فنظام الشركات لا يمكن تطبيقه لعدم تمتع مقدم هذه الحصة بصفة الشريك، وكذلك لا يمكن تطبيق نظام العمل لعدم توفر أحد العناصر الجوهرية لعقد العمل وهو عنصر التبعية.

الشريك، وأنه يستحق مقابلها على أرباح، وقاموا بتغيير صفة مقدم حصة العمل من شريك في الشركة يحصل على أرباح إلى عامل في الشركة يحصل على أجر، وفي رأبي أن ذلك تحكم بتفسير النص القانوني ليس عليه دليل، وتقويض لإرادة المنظم التي جعلت النص عامًا ليشمل كل نوع من أنواع العمل.

وأما من قيد عمل الشريك بأن يكون فنيًا فقد استند إلى قرار مجلس الوزراء رقم (١٧) الصادر عام ٢٠ / ١ / ١٤٠٢ هـ في تفسير نظام الشركات^(١)، ونصه «إذا كانت حصة الشريك عملاً فنيًا فيجب أن يكون هذا العمل غير يدوي»^(٢)، ولكن الذي يظهر لي أن هذا قيد على حصة العمل الفنية، وليس على العمل عمومًا بأنه يجب أن يكون فنيًا، ويعني ذلك أنه إذا اتفق الأطراف على أن تكون حصة العمل فنية فلا تصح أن تكون يدوية، بدلالة أن حصة العمل الواردة في النظام ما زالت مطلقة، ولو أراد المنظم تقييدها بحصة عمل فنية لنص على ذلك في النظام.

ويظهر لي أن نظام الشركات السعودي تبنى ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية في عدم تحديد نوع العمل، وجعل إرادة الأطراف هي المعبرة في تحديد نوع العمل المقدم من الأطراف، ويترتب على ذلك اكتساب

(١) محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص ١٨٢.

(٢) قرار مجلس الوزراء رقم (١٧) الصادر عام ٢٠ / ١ / ١٤٠٢ هـ.

الشريك بحصة العمل صفة الشريك طالما رضي الشركاء بنوع العمل المقدم.

المطلب الثاني: مشروعية العمل:

يجب أن يكون العمل الذي يقدمه الشريك كحصة في الشركة مشروعاً، أي غير مخالف للنظام^(١). وعليه، فلا يجوز أن تكون حصة العمل التي يقدمها الشريك نفوذاً سياسية عملاً بالفقرة الثانية من المادة الثالثة عشرة من نظام الشركات والتي نصت على «...يجوز أن تكون حصة الشريك عملاً مقابل نسبة من الأرباح يحدد عقد التأسيس مقدارها، ولا يجوز أن تكون حصته ما له من سمعة أو نفوذ»^(٢)، ومنع المنظم نفوذ الشريك من أن تكون حصة لأن استعمال النفوذ جريمة يعاقب عليها القانون، حيث نصت المادة الخامسة من نظام مكافحة الرشوة على أن «كل شخص طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية لاستعمال نفوذ حقيقي أو مزعوم للحصول أو لمحاولة الحصول من أية سلطة عامة على عمل أو أمر أو قرار أو التزام أو ترخيص أو اتفاق توريد أو على وظيفة أو خدمة أو مزية من أي نوع، يعد مرتشياً

(١) محمد مصطفى مرسى، الحصة بالعمل في نظام الشركات التجارية السعودي والقانون المصري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الملك سعود، المجلد ٣٥، العدد ٢، ٢٠٢٣م، ص ٢٩٨.

(٢) الفقرة رقم (٢) من المادة رقم (١٣) من نظام الشركات السعودي.

ويعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا النظام^(١)، ويظهر من هذا النص أن أساس منع النفوذ من أن يكون حصة عمل، لكونها عملاً غير مشروع. لذا، فلا تصح أن تكون حصة عمل فضلاً عن استحقاق الشريك أرباحاً عليها.

وضابط استخدام النفوذ هو حصول المنافع للشركة بناءً على النفوذ والعلاقات مع أصحاب القرار في الدولة، ويخرج من هذا المفهوم ما إذا قام الشريك بالحصول مثلاً على تراخيص وتصاريح بناءً على جهده فتكون حينئذ حصة عمل معتبرة^(٢).

إضافة إلى ذلك، حظر المنظم أن تكون السمعة التي يتمتع بها الشريك حصة في الشركة، ويقصد بها السمعة التي يتمتع بها التاجر بين التجار، ومن ذلك الملاءة المالية، والثقة في الوسط التجاري، ويرجع السبب في عدم الاعتداد بكونها حصة ليس لعدم مشروعيتها كما في استغلال النفوذ، وإنما لأنها ليست حصة بالمعنى القانوني، لأن الحصص إما أن تكون مالاً أو عملاً، وضابط العمل أن يكون له قيمة مالية والسمعة ليست منها، لأنها ليست عملاً صحيحاً ويستحيل تقديرها نقداً، وليست قابلة للتملك^(٣).

(١) المادة رقم (٥) من نظام مكافحة الرشوة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٦) بتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٩هـ.

(٢) (نقض مدني مصري ١٦/١٠/١٩٥٢) مجموعة أحكام النقض، ٤ رقم (٥)، ص ٢١.

(٣) محمود الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٣٥؛ علي الزيني، أصول القانون التجاري، المطبعة الأميرية بولاق، القاهرة، ١٩٣٥م، ١/٢/ص ١١٧.

وذهب البعض إلى القول بأن السمعة يمكن أن تعتبر حصة عمل إذا اقترنت مع عمل مقدم من الشريك^(١)، إلا أن هذا الرأي منحصر في القوانين التي أجازت ذلك^(٢)، وبالتالي، لا يمكن أن تقدم السمعة لوحدها كحصة العمل، ولابد من وجود عمل يعضدها ليصح تقديمها، ولكن المنظم السعودي منعها البتة ولم يجز تقديمها، حتى لو اقترنت بعمل حقيقي مقدم من هذا الشريك للوضوح المطلق في نص النظام حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الثالثة عشرة على أنه «..ولا يجوز أن تكون حصته ما له من سمعة أو نفوذ»^(٣).

المطلب الثالث: حصة العمل من قبيل الالتزامات المستمرة:

ويعني ذلك أن الشريك يجب أن يقوم بالعمل الذي تعهد به للشركة بصفة متتابعة ومستمرة، ومتى انقطع عن تقديم الحصة التي تعهد بها لأي سبب كمرض أو عجز، فحينئذ تنقضي الشركة بالنسبة له وتزول عنه صفة الشريك^(٤).

(١) المرجع السابق.

(٢) من القوانين التي أجازت ذلك القانون المصري حيث نصت المادة ٥٠٩ من القانون المدني المصري على أنه «لا تقتصر حصة الشريك على ما يتمتع به من ثقة مالية».

(٣) الفقرة رقم (٢) من المادة رقم (١٣) من نظام الشركات السعودي.

(٤) أحمد الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، الطبعة الثانية، ٢٠١٤م، ص ١٢٨؛ عاطف الفقي، الشركات التجارية في القانون المصري، بدون ناشر، بدون طبعة، ص ٧٥؛ سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السابعة، ٢٠١٦م، ص ٦١.

ومن تطبيقات القضاء التجاري ما حكمت به محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بانقضاء شراكة المدعى عليه في الشركة بعد ادعاء المدعي بأن المدعى عليه أبدى رغبته في عدم الاستمرار بأداء عمله في إدارة الشركة، وانقطاعه عن تقديم العمل الذي تعهد بتقديمه منذ إشعار الشركة بذلك^(١).

فالقضاء السعودي يؤكد على أن الشراكة بحصة العمل تدور وجوداً وعدمًا مع تقديم العمل، فإذا كان الشريك يقدم العمل للشركة وفقاً لما تم الاتفاق عليه؛ فيكتسب مقدمها صفة الشريك، ويأخذ ما للشركاء من حقوق، ويتحمل ما عليهم من التزامات، ومتى انقطع عن تقديمها لأي سبب؛ زالت صفة الشريك عنه، وبالتالي لا يحق له المطالبة بحقوقه النظامية والتي منها الأرباح والخسائر.

وذهب القضاء المقارن إلى منح الشخص الذي قام باستخراج تصاريح للشركة صفة الشريك بحصة عمل على الرغم من قيامه بالعمل المتفق عليه مرة واحدة في فترة محددة حيث قررت محكمة النقض المصرية: «أنه متى كان يتبين مما أورده الحكم من شرائط الاتفاق المحرر، أن المحكمة كيفت العقد التكييف القانوني الصحيح، إذ اعتبرته عقد شركة، وتحديث عما قامت به المطعون عليها من جهد للحصول على تصاريح الاستيراد وأن هذا الجهد كان محل تقدير الطاعن نفسه،

(١) قرار رقم (٣٤٠٧) الصادر من محكمة الاستئناف التجارية بمنطقة مكة المكرمة في ١٩/١١/١٤٤٢هـ.

حتى لقد قبل أن يعطى للمطعون عليها لقاءه النصف من أرباح الشركة، كما كتب إلى مدير الشركة مشيداً بهذا الجهد، وبأنه لولاه لاستحال على الطاعن الحصول على التصاريح، وكانت المحكمة قد اعتبرت هذا العمل الذي قامت به الشركة حصة قانونية بالإضافة إلى ما تتمتع به من سمعة تجارية^(١)، ولكن الحقيقة أن هذا العمل لا يتوفر فيه خاصية الاستمرار والتتابع، ويعني ذلك أن هذا العمل لا يعد حصة عمل قانونية وفقاً لنصوص نظام الشركات السعودي، ويؤيد ذلك ما ذهب إليه البعض من أن الأعمال التي يبذلها الشركاء عند تأسيس الشركة والتي لا يعقبها عمل يفيد الشركة أثناء حياتها لا تعتبر حصة عمل لأن ما بذل من عمل يتوقف عند تأسيس الشركة ولا يمتد العمل أثناء ممارسة الشركة نشاطها، أي تخلف الشريك بحصة العمل عن أداء التزاماته تجاه الشركة^(٢).

المطلب الرابع: عدم دخول الحصة بالعمل ضمن تكوين رأس المال:

يتكون رأس مال الشركة من الحصص النقدية والحصص العينية فقط، ولا تدخل حصة العمل في تكوين رأس مال الشركة، إعمالاً لنص الفقرة الثالثة من المادة الثالثة عشرة من نظام الشركات السعودي حيث نصت على أنه «تكون الحصص النقدية والعينية وحدها رأس

(١) (نقض مدني مصري ١٦ / ١٠ / ١٩٥٢) مجموعة أحكام النقض، ٤ رقم (٥)، ص ٢١.

(٢) محمد بهجت قايد، مرجع سابق، ص ٣٧.

المال». ويرجع السبب في ذلك إلى أن حصة العمل لا تمثل ضماناً لدائني الشركة، لعدم إمكانية الحجز والتنفيذ عليها، وأن حصة العمل تقوم على الاعتبار الشخصي، وأن حقوق مقدمي حصص العمل تقتصر على اقتسام الأرباح والخسائر^(١).

وناقش شراح القانون مدى إمكانية تأسيس شركة من حصص عمل فقط، أي يتم تأسيس شركة بدون حصص مالية سواء كانت نقدية أو عينية، فقد ذهب البعض إلى عدم جواز أن تكون حصص الشركة حصص عمل فقط دون وجود حصة نقدية أو عينية على الأقل لأن رأس مال الشركة هو الضمان العام لدائني الشركة^(٢).

وذهب فريق آخر إلى جواز تكوين الشركة من حصص عمل فقط في شركات الأشخاص، لأن الضمان العام للدائنين لا يقتصر على رأس المال، بل يمتد ليشمل الأموال الشخصية للشركاء، أي قدرة دائني الشركة بالحجز والتنفيذ على أموال الشركاء الشخصية لاستيفاء

(١) سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٦٤؛ لحسن مدرأوي، المركز القانوني للشريك بحصة عمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، المجلد ١٩، العدد ١-٢٠٢٢م، ص ٣٠٢.

(٢) محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٣٦؛ محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص ١٨٣؛ سامي أبو صالح، الشركات التجارية، بدون ناشر، ٢٠١٣م، ص ٢٠.

حقوقهم، ومما يؤيد رأيهم عدم وجود حد أدنى لرأس المال في شركات الأشخاص^(١).

وأما حقيقة وجود شركة بدون رأس مال؛ فإن ذلك قد يتصور عند اشتراك مجموعة من الأفراد في تأسيس شركة يعتمدون فيها على مجهوداتهم الشخصية للقيام بنشاط الشركة دون الحاجة إلى أموال نقدية أو عينية، مثل: ممارسة أعمال الوكالة بالعمولة أو السمسرة، وكذلك مثل: بعض الصناعات التي يعتمد القيام بها على طلب العملاء المسبق ودفع جزء من قيمة العمل مقدماً^(٢).

وذهب فريق ثالث إلى القول بأنه ليس هناك ما يمنع أن تكون حصص جميع الشركاء في الشركة حصصاً للعمل إلا أنه يصعب تصور استغناء الشركة عن رأس مال^(٣).

وبعرض هذه الآراء على النصوص النظامية ذات العلاقة في نظام الشركات السعودي؛ نجد أن المنظم السعودي أوجب وجود رأس مال لجميع أشكال الشركات ولم يفرق بين شركات الأشخاص وشركات الأموال، حيث نصت المادة ٦٣ من نظام الشركات على «يجب أن يشتمل عقد تأسيس شركة التضامن بصفة خاصة على البيانات

(١) سامي أبو صالح، مرجع سابق، ص ٢٠-٢١؛ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٦٦؛ عاطف الفقي، مرجع سابق، ص ٧٧ وما بعدها.

(٢) سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٣) هاني دويدار، مرجع سابق، ص ١٢٨.

التالية:..هـ- رأس مال الشركة وتوزيعه على الشركاء، وتعريف كاف بالحصة التي تعهد كل شريك بتقديمها وموعد استحقاقها»، وفي المادة رقم (٥٢) من نظام الشركات نصت على «يجب أن يشتمل عقد تأسيس شركة التوصية البسيطة بصفة خاصة على البيانات الآتية:..هـ- رأس مال الشركة وتوزيعه على الشركاء، وتعريف كاف بالحصة التي تعهد كل شريك بتقديمها وموعد استحقاقها»، ونصت المادة رقم (١٥٨) على «يجب أن يشتمل عقد تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة بصفة خاصة على البيانات التالية: هـ- رأس المال، وتوزيعه بين الشركاء»، وبما أن رأس المال وفقاً لنظام الشركات السعودي يتألف من الحصص النقدية والعينية فقط، إذن، لا يمكن تأسيس شركة من حصص عمل فقط وفقاً لنظام الشركات السعودي.

المطلب الخامس: الاعتبار الشخصي في حصة العمل:

تتمتع حصة العمل بأنها ذات طابع شخصي، أي أنها تعتمد على مجهود الشخص وخبراته في تقديمها، ولا يصح إسناد القيام بعمله إلى أحد غيره، ويترتب على إضفاء طابع الشخصية عليها، أنها تنتهي بمجرد التوقف عن تقديمها لأي سبب كان، حتى وإن كان سبباً خارجياً عن إرادته كالموت أو العاهة المستديمة، وألحق بعضهم السجن بأنه سبب لانحلال الشركة أو على الأقل انفساخ العقد بالنسبة إلى الشريك بحصة العمل، وقد تسري على الشركة كلها، إذا كانت حصة العمل

المقدمة يتوقف عليها نشاط الشركة وعدم وجود بديل لهذا الشريك كما لو كان مديرًا تنفيذيًا للشركة^(١).

ويظهر مما سبق، عدم التفريق بين التوقف الدائم عن تقديم الحصة والذي لا يمكن معه العودة مرة أخرى لتقديم حصة العمل، وبين التوقف المؤقت عن تقديمها، مثل: سجن الشريك لفترة قصيرة. ويظهر لي أنه لا بد من التفرقة بين عدم إمكانية تقديم الشريك حصة العمل بنفسه بصفة دائمة، وبين عدم إمكانية تقديمها بصفة مؤقتة، أي بسبب عارض مصيره إلى الزوال ويعود بعد زواله لتقديم الحصة بنفسه، فالحالة الأولى: تنتهي معها الشركة بالنسبة له لعدم إمكانية الكلية لتقديم حصة العمل، وأما الحالة الثانية: فلا تنتهي معها الشركة مباشرة لأن التوقف عن تقديمها مؤقت وسيزول ويعود مجددًا لتقديم حصة العمل التي تعهد بتقديمها، ولذلك لا بد من تقدير قدرته على تقديم العمل من عدمه خلال مدة معقولة بشرط ألا يؤدي ذلك إلى الإضرار بالشركة ويكون هذا الإضرار بأمر متعلق بحصة العمل، وأن يكون العارض مؤقتًا كالمرض المؤقت، والسفر، وغيره من الأسباب التي يتتبع عنها الشريك بحصة العمل عن أداء العمل بصفة مؤقتة.

ونتساءل عن مدى سريان هذه الخاصية على الشخصية الاعتبارية، فأجاز نظام الشركات صحة تكوين شركة يكون أحد

(١) سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٦٣؛ قرار رقم (٣٤٠٧) الصادر من محكمة الاستئناف التجارية بمنطقة مكة المكرمة في ١٩/١١/١٤٤٢هـ.

شركائها شخصية اعتبارية^(١)، وتطبيقاً لذلك في نطاق تقديم حصة عمل من الشركاء، أن تقوم شركة من الشركات بتأسيس شركة مع أشخاص طبيعيين على أن تقدم حصة عمل فقط، فالجواب عن هذا التساؤل يقتضي الإجابة عن صحة تقديم حصة عمل من الشخصية الاعتبارية، فالنظام أجاز بصفة عامة تقديم حصة عمل من الشركاء، وأجاز أن يكون أحد الشركاء شخصية اعتبارية، لذا، فلا يوجد مانع نظامي من ذلك، وعلى ذلك، فإنه يمكن للشخصية الاعتبارية تقديم حصة عمل ينطبق عليها الوصف القانوني الذي أراده المنظم، كما لو كانت الشخصية الاعتبارية شركة تسويق متميزة، واتفق الشركاء على أن تدخل كشريك بحصة عمل من خلال القيام بالتسويق لمنتجات الشركة أو خدماتها، فالشخصية الاعتبارية عمومًا يصح لها أن تقدم حصة عمل مع العلم بأنه ليست كل حصة عمل تتناسب مع الشريك الاعتباري^(٢).

بناءً على ما سبق؛ تسري أحكام الاعتبار الشخصي على الشخصية الاعتبارية، وبالتالي، متى ما انتهت أو انحلت الشركة التي قدمت حصة عمل أو أفلست، أو عجزت عن تقديم ما تعهدت به؛ فتنتهي الشركة بالنسبة لها.

(١) المواد رقم (٣٥) ورقم (٥١)، (١٥٦) من نظام الشركات السعودي.

(٢) المرجع السابق.

المبحث الثاني

التزامات الشريك مقدم حصة العمل

بعد تأسيس الشركة، واشتمالها على حصة عمل، فإن الشريك بحصة عمل يترتب عليه عدد من الالتزامات تجاه الشركة، وهذه الالتزامات دائرة بين القيام بعمل والامتناع عن عمل.

المطلب الأول: التزام الشريك بالقيام بالعمل المحدد للشركة:

أوجب نظام الشركات السعودي على الشريك المقدم حصة عمل أن يقوم بالعمل الذي تعهد بالقيام به للشركة^(١)، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة عشر على أنه «إذا كانت حصة الشريك عملاً، وجب أن يقوم بالعمل الذي تعهد به..»، ويجب أن تتوفر في حصة العمل الوصف القانوني الصحيح لها وفقاً لما سبق تقريره. ويعتبر هذا الشريك مديناً للشركة بالحصة التي تعهد بتقديمها، لذا، يجب تقديمها في ميعادها المتفق عليه وإلا اعتبر مقصراً في تقديمها.

ويجب على الشريك في سبيل تنفيذ التزامه أن يبذل العناية اللازمة للشخص المعتاد في تقديم الالتزام المطلوب^(٢)، فإذا تعهد - على سبيل المثال - بالقيام بالأعمال المحاسبية للشركة؛ فإن عليه أن يقوم بالمهام

(١) الفقرة رقم (٢) من المادة رقم (١٤) من نظام الشركات السعودي.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المصري، المصرية للنشر والتوزيع، ٢٠٢٥م، ٥/٢٣٩.

المهنية للمحاسبين على الوجه المعتاد لدى أصحاب مهنة المحاسبة وإلا سترتب على تقصيره المسؤولية وفقاً للأحكام العامة للمسؤولية^(١).

ويعد الشريك بحصة العمل مدينًا للشركة بالحصة التي تعهد بتقديمها^(٢)، لذا، فإن إخلاله بتقديم الحصة في الميعاد المتفق عليه، أو الإخلال بتقديمها على الوجه المعتاد، يؤدي إلى قيام المسؤولية تجاه هذا الشريك وفقاً للأحكام العامة للمسؤولية، حيث نصت المادة رقم (١٧٢) من نظام المعاملات المدنية على أنه «يحكم على المدين بالتعويض لعدم الوفاء إذا استحال التنفيذ عيناً، بما في ذلك أن يتأخر فيه المدين حتى يصبح غير مجد للدائن»^(٣) ونص المادة ١٧١ من ذات النظام «إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وجب عليه تعويض الدائن عما يلحقه من ضرر بسبب التأخير»^(٤).

ويرجع السبب في تطبيق الأحكام العامة للمسؤولية على عدم تقديم الشريك لحصة العمل التي تعهد بتقديمها دون تطبيق أحكام نظام الشركات؛ أن مسؤولية التأخر في تقديم الحصص التي نص عليها نظام الشركات لا تشمل حصص العمل وأن المنظم قيدها بحصص رأس مال الشركة، وحصة العمل لا تعد من تكوين رأس المال كما بينا

(١) المرجع السابق.

(٢) الفقرة رقم (١) من المادة رقم (١٥) من نظام الشركات السعودي.

(٣) المادة رقم (١٧٢) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ.

(٤) المادة رقم (١٧١) من نظام المعاملات المدنية.

ذلك سلفاً، لذا، فإن التأخر في تقديم حصة العمل لا ينطبق عليها حكم الفقرة الثانية من المادة الخامسة عشرة والتي نصت على أنه «إذا تأخر الشريك عن تقديم حصته في رأس مال الشركة، في الأجل المحدد لذلك، كان للشركة مطالبة بتنفيذ ما تعهد به تجاهها، أو تعليق نفاذ الحقوق المتصلة بحصصه كالحق في الحصول على أرباح أو حق التصويت في الجمعية العامة أو على قرارات الشركة، مع احتفاظ الشركة في جميع الأحوال بالحق في مطالبة بالتعويض عن الضرر المترتب على ذلك»^(١).

لذا، نوصي بتعديل حصر المسؤولية على من قدم رأس مال في الشركة، وذلك بأن تشمل جميع أنواع الحصص: النقدية والعينية والعمل، لتسري على حصة العمل نفس الأحكام التي تسري على الحصص النقدية والعينية فيما يتعلق بعدم تقديم الحصة أو التأخر في تقديمها.

المطلب الثاني: التزام الشريك بالامتناع عن ممارسة العمل خارج نطاق الشركة:

إذا تعهد الشريك بتقديم حصة عمل في الشركة وجب عليه أن يقوم بالعمل الذي تعهد بتقديمه، وأن يكرس للشركة كل نشاطه. ولا يجوز له أن يباشر نفس العمل لحسابه الخاص خارج الشركة؛ لأن تعهد

(١) الفقرة رقم (٢) من المادة رقم (١٥) من نظام الشركات السعودي.

الشريك بهذا العمل للشركة يصبح حقاً استثنائياً لها وحدها. وكذلك فإن تقديم نفس العمل خارج الشركة ينطوي على منافسة الشركة من جهة أخرى^(١). فإذا أخل الشريك بهذا الالتزام، يحق للشركة عندئذ الحصول على كل كسب ينتج عن هذا العمل عملاً بالفقرة الثانية من المادة الرابعة عشرة، حيث نصت على أنه «إذا كانت حصة الشريك عملاً، وجب أن يقوم بالعمل الذي تعهد به، ويكون كل كسب ينتج من هذا العمل من حق الشركة، ولا يجوز أن يمارس هذا العمل لحسابه الخاص...»^(٢).

ويُستثنى من ذلك ما يحصل عليه الشريك جراء العمل الذي يقوم به إذا كان مغايراً للعمل الذي تعهد بتقديمه للشركة. وعليه، يجوز له أن يحتفظ لنفسه بالكسب من العمل المغاير ولا يلزمه تقديمه للشركة، وفقاً لمفهوم المخالفة من نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة عشرة والتي نصت على أنه «إذا كانت حصة الشريك عملاً، وجب أن يقوم بالعمل الذي تعهد به، ويكون كل كسب ينتج من هذا العمل من حق الشركة...» وعليه، إذا كان الكسب من غير العمل الذي تعهد به فلا يكون من حق الشركة، وهذا الجواز ليس على إطلاقه، بل مشروط

(١) سعيد يحيى، الوجيز في النظام التجاري السعودي، عكاظ للنشر والتوزيع، جدة، الطبعة الرابعة، ١٤٠٣هـ، ص ١٢٩. عبد الرحمن النمش، الإطار القانوني للحصة بالعمل دراسة في نظام الشركات السعودي، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الأزهر، العدد ٤٣، أكتوبر ١٤٤٥هـ، ص ١٥٥٣.

(٢) الفقرة رقم (٢) من المادة رقم (١٤) من نظام الشركات السعودي.

بألا يكون قيامه بالنشاط الآخر متعارضاً مع قيامه بالعمل الذي تعهد به للشركة^(١).

ولا يُشترط على الشريك التفرغ التام لتقديم الأعمال التي تعهد بها للشركة ما لم يُشترط ذلك في عقد الشركة، ولكن يجب عليه أن يمنح الشركة الوقت الكافي لتقديم العمل الذي تعهد به. فإذا كان قيامه بالأعمال الأخرى يؤثر على أدائه للعمل الذي تعهد بتقديمه، فيجب عليه التوقف عن القيام بها، وإلا فإن الأضرار الناتجة عن عدم تقديمه لحصة العمل على الوجه المعتاد وفقاً لأصول المهنة، يترتب عليها المسؤولية التي تلحق بالشركة؛ إذ كان الضرر بسبب الإخلال بحصة العمل التي تعهد بتقديمها^(٢).

وخلاصة القول: إن الشريك بحصة العمل يمتنع عليه تقديم العمل الذي تعهد به خارج الشركة، ولكن لا يعني ذلك أن تُسلب منه حريته في أداء عمل آخر إذا توافرت الشروط الآتية:

١. عدم تضمين العقد نصاً يمنعه من القيام بعمل آخر.

٢. أن يكون النشاط مختلفاً عن نشاط الشركة.

(١) مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٢) إلياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠٠٨م، ص ٣١.

٣. ألا يؤثر أداء هذا العمل على التزامه بالعمل الذي تعهد بتقديمه للشركة.

٤. ألا يؤدي هذا العمل إلى منافسة الشركة.

٥. ألا يؤدي هذا العمل إلى الإضرار بمصالح الشركة.

المطلب الثالث: التزام الشريك بالمساهمة في خسائر الشركة:

الأصل أن جميع الشركاء يتحملون الخسائر كما يكتسبون الأرباح، تطبيقاً لقاعدة «الغنم بالغرم»، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة والعشرون على أنه «يتقاسم جميع الشركاء الأرباح والخسائر بحسب نسبة حصة كل منهم في رأس المال، فإن اتفق على حرمان أي منهم من الربح أو على إعفائه من الخسائر، عد هذا الاتفاق كأن لم يكن»^(١). فهذا نص واضح على تحمل جميع الشركاء الخسائر بمن فيهم الشريك بحصة العمل.

إلا أن المنظم أجاز الاتفاق بين الشركاء على إعفاء الشريك بحصة عمل من المساهمة في الخسائر، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الثالثة والعشرين من نظام الشركات على أنه «يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسارة بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر عن عمله»^(٢).

(١) الفقرة رقم (١) من المادة رقم (٢٣) من نظام الشركات السعودي.

(٢) الفقرة رقم (٢) من المادة رقم (٢٣) من نظام الشركات السعودي.

وإعفاء الشريك بحصة العمل من المساهمة في الخسارة لا تعني إعفاءه من الخسارة بالكلية، فالشريك بحصة العمل يتحمل خسارة مع بقية الشركاء، إلا أنها تقتصر على خسارة جهده فقط عند الاتفاق على إعفائه من المساهمة في الخسارة، فلن يحصل مقابل جهده المقدم على شيء إذا مُنيت الشركة بخسارة. لذلك فرق المنظم بين الإعفاء من الخسارة والإعفاء من المساهمة في الخسارة، ويعني ذلك أن الشريك بحصة العمل إذا لم يُعفَ من المساهمة في الخسارة، ستكون خسارته أكبر من الشركاء الآخرين، لأنه سيخسر جهده الذي قدمه، وسيقوم بالمساهمة في الخسارة بالبذل من ماله بمقدار نصيبه من الخسارة^(١).

والاتفاق على إعفاء الشريك بحصة العمل من المساهمة في الخسارة ليس على إطلاقه، بل قيده المنظم بألا يتقاضى أجرًا عن عمله^(٢). أي أن من يتقاضى أجرًا مقابل حصة العمل التي قدمها لا يجوز إعفاؤه من المساهمة في الخسارة. وسبب المنع؛ لكيلا تظهر صورة من صور شرط الأسد^(٣)، فجميع الشركاء يجب أن يتحملوا خسارة دون النظر إلى نوع الخسارة، هل هي خسارة مالية أم خسارة جهد. فإذا كان الشريك يتقاضى أجرًا لقاء عمله المقدم كحصة عمل وخسرت الشركة وأُعفي من الخسارة فالحقيقة أن هذا الشريك لم يتحمل خسارة، ويعد ذلك

(١) سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٧٣.

(٢) الفقرة رقم (٢) من المادة رقم (٢٣) من نظام الشركات السعودي.

(٣) شرط الأسد: هو الشرط الذي يقضي يحرم أحد الشركاء من الأرباح أو يعفيه من الخسائر. انظر: عبد الهادي الغامدي، مرجع سابق، ص ١٦٠.

تعارضاً مع ركن اقتسام الأرباح والخسائر، وإخلالاً بقاعدة «الغنم بالغرم». لذلك تدخل المنظم ومنع إعفاء الشريك الذي يتقاضى أجراً عن عمله من الخسارة.

وينبغي الإشارة إلى أن هذا الشريك الأخير يتمتع بالمركز القانوني للشريك بحصة عمل حتى وإن كان يتقاضى أجراً، لأن الأجر الذي يأخذه يعد أرباحاً، وليس أجراً مقابل العمل المقدم، ويخضع أجره للأحكام القانونية المتعلقة بالأرباح^(١).

ونشير إلى أن هذه الأحكام لا تسري إلا على الشريك الذي يقدم حصة عمل فقط. أما الشريك الذي تقدم بحصة نقدية أو عينية إلى جانب حصة العمل فلا يجوز إعفاؤه من المساهمة في الخسارة، عملاً بالفقرة الثانية من المادة الثالثة والعشرين من نظام الشركات التي نصت على أنه «يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسارة»^(٢). فمفهوم المخالفة يقرر أن الشريك مقدم الحصة النقدية أو العينية مع حصة العمل لا يجوز أن يُعفى من المساهمة في الخسارة.

وخلاصة القول: إن الأصل إذا مُنيت الشركة بخسارة، فإن الشريك بحصة عمل سيخسر جهده الذي قدمه، وسيخسر ماله أيضاً لأنه

(١) أنور طلبه، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، بدون ناشر، بدون طبعة، ص ٤٩٤.

(٢) الفقرة رقم (٢) من المادة رقم (٢٣) من نظام الشركات السعودي.

سيساهم بالخسارة بمقدار نصيبه الاتفاقي أو النظامي من الخسارة. ولكن يمكن الاكتفاء بخسارة جهده الذي بذله إذا اتفق الشركاء على إعفائه من المساهمة في الخسارة، وعندئذ سيخسر الشريك جهده الذي قدمه دون المساهمة بهاله في هذه الخسارة. ووفقاً لذلك لم يعف الشريك بحصة عمل من الخسارة بالكلية التي منعها المنظم، بل خسر مع بقية الشركاء، ولكن خسارته متمثلة في خسارة جهده فقط.



المبحث الثالث حقوق الشريك مقدم حصة العمل

كما أن للشريك بحصة العمل التزامات، فله حقوق قررها نظام الشركات، وسنسلط الضوء على حقوق الشريك بحصة العمل فيما يلي:

المطلب الأول: حق الشريك في التصويت على قرارات الشركة:

يشارك الشريك بحصة العمل مع بقية الشركاء في إصدار قرارات الشركة في شركة التضامن؛ لأن النظام اعتبر عدد الشركاء في إصدار قرارات شركة التضامن. حيث نصت المادة الثامنة والثلاثون من نظام الشركات على أنه «تصدر قرارات الشركاء بالأغلبية العددية، إلا إذا كان القرار متعلقاً بتعديل عقد تأسيس الشركة فيجب أن يصدر بإجماع الشركاء، ما لم ينص عقد التأسيس على غير ذلك»^(١). إذن، فإن صوت الشريك بحصة العمل معتبر في شركات التضامن.

وأما الشريك بحصة العمل في شركات التوصية البسيطة، فإن الشريك بحصة عمل المتضامن تسري عليه أحكام الشريك بحصة عمل في شركة التضامن، عملاً بالفقرة الثانية من المادة الحادية والخمسين من نظام الشركات السعودي والتي نصت على أنه «يخضع

(١) المادة رقم (٣٨) من نظام الشركات السعودي.

الشركاء المتضامنون في شركة التوصية البسيطة للأحكام المطبقة على الشركاء في شركة التضامن»^(١).

وأما الشريك الموصي مقدم حصة العمل^(٢)، فلا يحق له طلب حل الشركة ولا التصويت على القرارات الخاصة بتعيين مدير الشركة أو عزله. وأما القرارات المتعلقة بتعديل عقد تأسيس الشركة، فلا يوجد ما يمنع من المشاركة في القرار إلا أن مشاركته ليس لها أثر؛ لأن القرار يصدر بإجماع الشركاء المتضامين وموافقة أغلبية حصص رأس المال للشركاء الموصين، والشريك الموصي مقدم حصة عمل ليس له حصص في رأس المال، وبالتالي، مشاركته وعدمها سواء. وما عدا ذلك من قرارات، فإن له الحق في المشاركة إلا أنها ليس لها أثر أيضًا لأنها تصدر بالأغلبية العديدة للشركاء المتضامين.

وخلاصة القول: إن المركز القانوني للشريك بحصة العمل فيما يتعلق بالتصويت على قرارات الشركة يساوي المركز القانوني لبقية الشركاء المقدمين حصصًا نقدية أو عينية في شركة التضامن، في حين أن الشريك الموصي المقدم لحصة عمل فقط في مركز قانوني أقل من الشركاء الموصين الذين قدموا حصصًا مالية سواء كانت نقدية أو عينية.

(١) الفقرة رقم (٢) من المادة رقم (٥١) من نظام الشركات السعودي.

(٢) يرجع إلى ما قرره سابقًا بخصوص حدود عمل الشريك الموصي.

المطلب الثاني: حق مقدم حصة العمل في الاشتراك في إدارة الشركة:

يجوز للشريك بحصة العمل أن يتولى إدارة شركة التضامن أو شركة التوصية البسيطة إذا كان شريكاً متضامناً فيها، حيث نصت المادة السابعة والثلاثون على أنه «يتولى إدارة شركة التضامن الشركاء فيها...»^(١). ونص النظام عام يشمل جميع الشركاء أيّاً كان نوع حصصهم المقدمة في الشركة. وعلى ذلك، فالشريك بحصة العمل يحق له تولي إدارة الشركة مثل بقية الشركاء في الشركة، بل يصح أن تكون حصة العمل التي يقدمها هذا الشريك هي إدارة الشركة.

وعلى ضوء ذلك، يمارس الشريك بحصة العمل الذي يتولى إدارة الشركة في شركة التضامن كافة أعمال الإدارة، ويمثل الشركة أمام الغير في إبرام التصرفات لصالح الشركة، ويمثلها كذلك أمام كافة الجهات القضائية بما في ذلك الوسائل البديلة لتسوية المنازعات كالوساطة والصلح والتحكيم.

إلا أن هذا الحق لا يسري على الشريك الموصي مقدم حصة عمل؛ لأنه محظور من المشاركة في أعمال الإدارة الخارجية للشركة، وليس له سوى المشاركة في أعمال الإدارة الداخلية. فإن خالف ذلك وشارك في الأعمال الخارجية للشركة، أو شارك في الأعمال الداخلية، ولكنه أوهم

(١) المادة رقم (٣٧) من نظام الشركات السعودي.

الغير بأنه شريك متضامن؛ فحينئذ تصبح مسؤوليته المحدودة شخصية وتضامنية عن التزامات وديون الشركة^(١).

ونخلص مما سبق، أن الشريك المتضامن في مركز قانوني أفضل من الشريك الموصي من ناحية الحق في الاشتراك في إدارة الشركة. فالشريك بحصة عمل في شركة التضامن يحق له ما يحق للشركاء الآخرين في إدارة الشركة وله كافة الصلاحيات التي تخوله إدارة الشركة، في حين الشريك الموصي المقدم حصة العمل في شركة التوصية البسيطة ليس له سوى المشاركة في أعمال الشركة الداخلية.

المطلب الثالث: حق الشريك في الحصول على الأرباح:

يُعد اقتسام الأرباح والخسائر ركناً جوهرياً من أركان عقد الشركة، ويجوز الاتفاق بين الشركاء على تفاوت نسبهم من أرباح الشركة وخسائرها. وعند عدم الاتفاق، يكون اقتسام الأرباح والخسائر بنسبة حصصهم في رأس مال الشركة. ولا يجوز حرمان أحد الشركاء من الأرباح أو إعفائه من الخسائر، وعد المنظم السعودي الاتفاق على ذلك كأن لم يكن^(٢).

ولكن الشريك بحصة عمل له أحكام مختلفة عن بقية الشركاء فيما يتعلق بنصيبه من الأرباح والخسائر، لاختلاف طبيعة حصته عن

(١) المادة رقم (٥٣) من نظام الشركات السعودي.

(٢) المادة رقم (٢٣) من نظام الشركات السعودي.

حصص الشركاء الآخرين. فإذا لم يتفق على تحديد نصيبه من الأرباح والخسائر فلا يمكن أن يُقدر نصيبه بناءً على حصته من رأس المال؛ لأن رأس مال الشركة يتألف من الحصص النقدية والعينية فقط كما بينا ذلك أعلاه. لذا، تدخل المنظم وحدد نصيبه من الأرباح والخسائر، وجعل حصته مماثلة لحصة أقل شريك في رأس مال الشركة، فعلى سبيل المثال، لو كانت الشركة مؤسسة من عدد من الشركاء وكان أقل الشركاء يمتلك نسبة ١٥٪ من رأس المال، فسيكون نصيب الشريك بحصة العمل من الأرباح والخسائر ١٥٪ من رأس المال^(١).

وسلك المنظم مسلكاً مغايراً عن فكرة تقدير نصيب الشريك من الأرباح والخسائر بناءً على الجهد الذي قدمه وما عاد على الشركة من نفع، والتي كانت سائدة في نظامي الشركات السابقة لعام ١٣٨٥م وعام ١٤٣٧هـ في تحديد نصيب الشريك بحصة عمل من الأرباح والخسائر، وجعل تقويمها هي الأساس في تحديد الأرباح والخسائر سواء كان ذلك عند تأسيس الشركة أم عند توزيع الأرباح والخسائر^(٢).

والحقيقة أن تحديد نصيب الشريك وفقاً لنصوص نظامية منضبطة يُقلل من الاجتهاد في تحديدها، ويجعل تحديدها أمراً يسيراً عند غياب الاتفاق على ذلك، إلا أن تطبيق ذلك سيُظهر تفاوتاً في نصيب الشريك

(١) المادة رقم (٢٤) من نظام الشركات السعودي.

(٢) نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦) وتاريخ ٢١/٣/١٣٨٥هـ؛ ونظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٨/١/١٤٣٧هـ.

بحصة العمل من شركة إلى أخرى، لأنه تحديد نصيبه سيكون وفقاً لعدد الشركاء في الشركة، وحصة كل شريك. ففي شركة قد يصل نصيبه إلى ١٠٠٪ في حال كان معه شريك واحد فقط يكون هو من دفع رأس المال بالكامل، وفي شركة أخرى سيكون نصيبه مساوياً للشركاء كما لو كانوا ٣ شركاء أحدهم قدم حصة عمل والآخرون قدما ٥٠٪ من رأس المال بالتساوي؛ فسيكون نصيب الشريك بحصة العمل من الأرباح والخسائر ٥٠٪. وفي صورة ثالثة، إذا قدم أحد الشركاء حصة نقدية تعادل ٩٠٪ من رأس المال، وقدم الشريك الآخر حصة نقدية ١٠٪ من رأس المال، فسيكون نصيب الشريك بحصة العمل ١٠٪ فقط، وليس هذا فحسب؛ بل إن انسحاب أقل الشركاء نصيباً في رأس المال الشركة، أو بيع حصته لأحد الشركاء؛ سيغير تبعاً نصيب الشريك بحصة العمل من الأرباح والخسائر.

ومن خلال استقراء النصوص النظامية ذات العلاقة بالشريك بحصة العمل^(١)؛ تبين أن الشريك بحصة العمل في مركز قانوني أقل من الشركاء الذين تقدموا بحصة نقدية أو عينية. فالشريك بحصة عمل لا يعد شريكاً مؤسساً، وحصته لا تُعد من مكونات رأس المال، ولزم من ذلك أن تكون الحقوق التي تُمنح للشريك بحصة العمل بموجب نصوص نظامية على نسق واحد مع بقية الحقوق الأخرى الواردة في ذات النظام، الأمر الذي فرض منحه مركزاً قانونياً مساوياً

(١) المواد رقم (٦) و(١٣) و(٢٤) من نظام الشركات السعودي.

لنصيب أقل الشركاء الذين تقدموا بحصة نقدية أو عينية على الأقل، لكيلا يكون في مركز قانوني أفضل منهم فيما يتعلق بقسمة الأرباح والخسائر.

وربما قد يكون السبب من وضع معيار موضوعي لتحديد نصيب الشريك بحصة العمل هو تسهيل تقديره من الشركاء أو السلطة القضائية عند غياب الاتفاق على تحديد نصيب الشريك من الأرباح والخسائر^(١).

بناءً على المناقشة أعلاه، يرى الباحث أن تحديد النظام لنصيب الشريك بحصة العمل من الأرباح والخسائر عند عدم الاتفاق على ذلك، لا يحقق العدالة لأن نصيب مقدم حصة العمل من الأرباح والخسائر يجب أن يكون متناسبًا مع حجم العمل المقدم وما عاد بالنفع على الشركة، فتحديد نصيبه بأن يكون مماثلًا لأقل حصة مالية مقدمة في الشركة، قد يؤدي إلى أن يأخذ الشريك أكثر أو أقل من عمله المقدم والجهد الذي بذله في الشركة.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، وزارة العدل، مطابع مذكور بالقاهرة، بدون طبعة، ص ٣٢٨ / ٤.

المبحث الرابع

الحقوق التي يفقدها الشريك بحصة العمل

للشركاء في الشركة العديد من الحقوق التي منحها لهم النظام إلا أن المنظم السعودي منح الشركاء بالحصص النقدية والعينية حقوقاً أكثر من الشركاء الذين قدموا حصة عمل فقط، لذلك سنناقش هذه الحقوق التي لا يتمتع بها الشريك بحصة عمل في شركات الأشخاص.

المطلب الأول: عدم اعتبار الشريك بحصة عمل شريكاً مؤسساً:

ليس كل شريك في الشركة يُعد شريكاً مؤسساً لها، وإنما اشترط المنظم شروطاً لكي يُعد الشريك مؤسساً، أولها أن يشترك الشريك فعلياً في تأسيس الشركة، ويُقصد بالاشتراك الفعلي المساهمة بالأفعال في تأسيس الشركة كتقديم الخدمات الإدارية، مثل: خطة عمل تأسيس الشركة، أو تنظيم الاتفاقيات الأولية للتأسيس، وتجهيز المستندات اللازمة لتأسيس الشركة، والخدمات الاستشارية كتقديم المشورة اللازمة التي أسهمت فعلياً في تأسيس الشركة^(١).

ولكن الاشتراك الفعلي غير كاف لكي يُعد الشريك مؤسساً، بل يجب أن يساهم بحصة نقدية أو عينية في رأس مال الشركة، ولم يشترط المنظم مقداراً لهذه المساهمة، وبالتالي، يكفي الحد الأدنى من الحصة

(١) الفقرة رقم (١) من المادة رقم (٦) من نظام الشركات السعودي.

النقدية بشرط أن تنتفي عنها الصورية، أي لا تكون المساهمة تافهة للدرجة التي لا يُعتد بها^(١).

وعلى ذلك؛ فإن الشريك إذا اشترك فعلياً في تأسيس الشركة وقدم حصة نقدية أو عينية في رأس مال الشركة فإنه يُعد شريكاً مؤسساً.

ومن آثار ذلك أن الشريك الذي لم يقدم سوى حصة عمل لا يمكن أن يكون شريكاً مؤسساً حتى وإن اشترك فعلياً في تأسيس الشركة؛ لأنه يفتقر لشرط المساهمة في رأس مال الشركة، وحصة العمل لا تدخل في تكوين رأس مال الشركة، كما قررت ذلك الفقرة الثالثة من المادة الثالثة عشر من نظام الشركات «تكون الحصص النقدية والحصص العينية وحدها رأس مال الشركة»^(٢).

لذلك إذا أراد الشريك بحصة العمل أن يكون من مؤسسي الشركة؛ لا بد أن يقدم حصة نقدية أو عينية واحدة على الأقل إلى جانب حصة العمل، وأن يشترك فعلياً في تأسيس الشركة، ليُعد من الشركاء المؤسسين للشركة، ولا شك بأن الشركاء المؤسسين يستأثرون بحقوق أكثر من بقية الشركاء لذلك هم في مركز قانوني أفضل.

(١) الفقرة رقم (١) من المادة رقم (٦) من نظام الشركات السعودي.

(٢) الفقرة رقم (٣) من المادة رقم (١٣) من نظام الشركات السعودي.

المطلب الثاني: عدم حصول الشريك بحصة العمل على نصيب من فائض التصفية:

إذا صُنِّيت الشركة ونتج عن ذلك فائض في التصفية؛ فإن الشريك بحصة العمل لا يحصل على شيء من هذا الفائض إذا خلا عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس من نص يمنحه شيئاً من الفائض^(١).

وقرر المنظم السعودي أن توزيع فائض التصفية يكون وفقاً لنسبة حصص الشركاء في رأس المال، أي أنه قصر قسمة فائض التصفية على الشركاء الذين قدموا حصصاً نقدية أو عينية فقط، وبالتالي، فإن الشريك بحصة العمل لن يحصل على شيء من فائض التصفية حتى وإن كان مساهماً في قيمة الشركة السوقية وموجوداتها من خلال العمل الذي قدمه طيلة حياة الشركة؛ لأن حصته ليست من مكونات رأس مال الشركة^(٢).

فعلى الرغم من أن حصة العمل حصة نظامية معترف بها في النظام السعودي إلا أن نظام الشركات لم يعتبر فائض التصفية أرباحاً، ورأى أن القسمة السليمة لها - عند غياب الاتفاق - أن توزع وفقاً لرأس مال كل شريك ولا علاقة لطريقة توزيع الأرباح بين الشركاء في فائض التصفية، وأن الشريك بحصة العمل يتحلل من التزامه تجاه الشركة

(١) الفقرة الثالثة من المادة رقم (٢٥٥) من نظام الشركات السعودي.

(٢) الفقرة الثالثة من المادة رقم (٢٥٥) من نظام الشركات السعودي.

عند الإعلان بانقضاء الشركة خصوصاً إذا كان معفيًا من المساهمة من الخسارة.

وذهب بعض شراح القانون إلى أن فائض التصفية بعد سداد حصص الشركاء يُعد أرباحاً وتسمى أرباح التصفية، وتقسم بين الشركاء بحسب نصيب كل منهم في الأرباح، وهو ما عليه الفقه الإسلامي بأن من حق الشريك بالعمل أن يشارك في نهاية الشركة في صافي موجوداتها، وأن توزيع الفائض يكون بحسب نصيب كل شريك في الأرباح، وأخذ بهذا الاتجاه بعض القوانين^(١).

على الرغم من أن المنظم السعودي ترك الحرية ابتداءً في الاتفاق على قسمة فائض التصفية إلا أن الأفضل أن يسير المنظم السعودي على ما سار عليه الفقه الإسلامي والقوانين الأخرى، وأن يقوم بقسمة فائض التصفية بحسب نسبة الأرباح المقررة لكل شريك، ومساواة الشركاء في الحكم القانوني لفائض التصفية، لمساهمتهم جميعاً في هذا الفائض، وأن صافي الموجودات يُعد نتيجة لتداخل المال والعمل مع بعضهما البعض، بل قد تكون مساهمة الشريك بحصة العمل أكبر من مساهمة الشريك بحصة نقدية أو عينية، لذا أقترح على المنظم السعودي

(١) سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٢٧٦-٢٤٥؛ محمد بهجت قايد، مرجع سابق، ص ٨٧؛ علي جمال الدين معوض، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢م، ص ٢٤٥. عاطف الفقي، مرجع سابق، ي ١٩٢. ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، ١٣٨٨هـ، ص ٤٦/٥.

أن يكون الأصل في توزيع فائض التصفية بحسب نصيب كل شريك في الأرباح ما لم يتفق على غير ذلك.



الخاتمة

بعد مناقشة أحكام حصة العمل في شركات الأشخاص، تبين أن الشريك بحصة العمل في مركز قانوني أقل من الشركاء الآخرين الذين تقدموا بحصة نقدية أو عينية في الشركة، وسنعرض تفصيل ذلك في النتائج.

أهم النتائج:

١. لا يمكن تأسيس شركة من حصص عمل فقط في النظام السعودي.
٢. مشروعية تقديم حصة العمل في شركات الأشخاص في النظام السعودي.
٣. أن حصة الشريك الموصي بحصة العمل في شركة التوصية البسيطة محصورة في الأعمال الداخلية للشركة.
٤. أن ضابط العمل المعتبر كحصة في الشركة هو حاجة الشركة لهذا العمل، ويصح أن يكون العمل غير فني.
٥. يجب أن يكون العمل المقدم كحصة في الشركة عملاً مشروعاً.
٦. لا يُعد العمل المقدم من الشريك من أجل تأسيس الشركة حصة عمل معتبرة لافتقارها لخاصية التابع والاستمرار.
٧. تنتهي الشركة بالنسبة للشريك بحصة العمل إذا توقف عن تقديمها بشكل دائم، في حين لا تنتهي إذا توقف عن تقديمها بشكل مؤقت إلا إذا سبب ذلك ضرراً للشركة.

٨. عدم شمول نظام الشركات على نصوص خاصة بشأن مسؤولية الشريك بحصة العمل عند عدم تقديمها أو التأخر في تقديمها.

٩. يتحمل الشريك بحصة العمل خسارة مع بقية الشركاء، ولكنها مقتصرة على جهده.

١٠. يتحمل الشريك بحصة العمل خسارة أكبر من بقية الشركاء عن خسارة الشركة، فسيخسر جهده المقدم، وسيساهم في الخسارة بمقدار نسبته من الخسارة ما لم يُعَفَّ من المساهمة بالاتفاق بين الشركاء.

١١. يحق للشريك بحصة العمل المشاركة في قرارات الشركة في شركة التضامن وأن صوته مؤثر في قرارات الشركة. وأن الشريك الموصي بحصة العمل في شركة التوصية البسيطة لا يحق له طلب حل الشركة ولا التصويت على القرارات الخاصة بتعيين مدير الشركة أو عزله.

١٢. عند عدم الاتفاق على نصيب الشريك بحصة العمل من الأرباح والخسائر، يكون نصيبه مماثلاً لحصة أقل شريك في الشركة.

١٣. لا يُعد الشريك مقدم حصة العمل فقط شريكاً مؤسساً في الشركة.

١٤. لا يحصل الشريك بحصة عمل على نصيب من فائض التصفية.

التوصيات:

١. نُوصي الجهات التي تتعامل مع تطبيق نظام الشركات بعدم قصر العمل المقدم من الشريك كحصة بأن يكون عملاً فنياً.
٢. اقترح تعديل الفقرة الثانية من المادة الخامسة عشرة من نظام الشركات لتكون بالنص التالي: «إذا تأخر الشريك عن تقديم حصته في الشركة، ...» لتشمل الشريك بحصة عمل.
٣. تعديل نصيب الشريك بحصة العمل من الأرباح والخسائر عند غياب الاتفاق ليكون بناءً على تقدير الجهد المقدم وما عاد على الشركة بالنفع.
٤. تعديل قسمة فائض التصفية ليكون شاملاً لجميع الشركاء في الشركة وليس أصحاب الحصص في رأس المال فقط.

المصادر والمراجع

١. ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، ١٣٨٨هـ.
٢. أحمد الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، الطبعة الثانية، ٢٠١٤م.
٣. إلياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠٠٨م.
٤. أنور طلبه، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، بدون ناشر، بدون طبعة.
٥. إيهاب الضويني وآخرون، المبادئ القانونية لمحكمة النقض في الشركات التجارية، نادي القضاة، ٢٠١٦م.
٦. ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢م.
٧. سامي أبو صالح، الشركات التجارية، بدون ناشر، ٢٠١٣م.
٨. سعيد يحيى، الوجيز في النظام التجاري السعودي، عكاظ للنشر والتوزيع، جدة، الطبعة الرابعة، ١٤٠٣هـ.
٩. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السابعة، ٢٠١٦م.
١٠. عاطف الفقي، الشركات التجارية في القانون المصري، بدون ناشر، بدون طبعة.
١١. عبد الرحمن النمش، الإطار القانوني للحصة بالعمل دراسة في نظام الشركات السعودي، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الأزهر، العدد ٤٣، أكتوبر ١٤٤٥هـ.

١٢. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المصري، المصرية للنشر والتوزيع، ٢٠٢٥م.
١٣. عبد الهادي الغامدي، القانون التجاري السعودي، بدون ناشر، الطبعة السادسة، ١٤٤٤هـ.
١٤. علي الزيني، أصول القانون التجاري، المطبعة الأميرية بولاق، القاهرة، ١٩٣٥م.
١٥. علي جمال الدين معوض، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢م.
١٦. لحسن مدرأوي، المركز القانون للشريك بحصة عمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، المجلد ١٩، العدد ١-٢٠٢٢م.
١٧. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، وزارة العدل، مطابع مذكور بالقاهرة، بدون طبعة.
١٨. محمد بهجت قايد، حصة العمل في الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.
١٩. محمد بهجت قايد، حصة العمل في الشركة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة.
٢٠. محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، بدون ناشر، الطبعة الخامسة، ١٤٢١هـ.
٢١. محمد مصطفى مرسي، الحصة بالعمل في نظام الشركات التجارية السعودي والقانون المصري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الملك سعود، المجلد ٣٥، العدد ٢، ٢٠٢٣م، ٢٩١-٣١٧.



٢٢. محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦م.
٢٣. نايف الشريف، القانون التجاري السعودي، بدون ناشر، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ.
٢٤. هاني دويدار، مبادئ القانون التجاري دراسة في قانون المشروع الرأسمالي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.

القرارات والأنظمة:

١. قرار مجلس الوزراء، رقم (١٧) الصادر عام ٢٠ / ١ / ١٤٠٢هـ.
٢. نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١ / ١٢ / ١٤٤٣هـ.
٣. نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦) وتاريخ ٢١ / ٣ / ١٣٨٥هـ.
٤. نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٨ / ١ / ١٤٣٧هـ.
٥. نظام مكافحة الرشوة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٦) بتاريخ ٢٩ / ١٢ / ١٤١٢هـ.
٦. نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩ / ١١ / ١٤٤٤هـ.

الأحكام القضائية:

١. (نقض مدني مصري ١٦ / ١٠ / ١٩٥٢) مجموعة أحكام النقض، ٤ رقم (٥).
٢. قرار رقم (٣٤٠٧)، الصادر من محكمة الاستئناف التجارية بمنطقة مكة المكرمة في ١٩ / ١١ / ١٤٤٢هـ.





الاندماج والاستحواذ للشركات المدرجة في السوق المالية السعودية

Mergers and Acquisitions of Companies
Listed on the Saudi Exchange

عبد الله حامد السحيمي

باحث قانوني

Abdullah Hamed Alsuhaimi

Abdullah.Alsuhaimi@outlook.com

المقدمة

تعد صفقات الاندماج والاستحواذ من الأدوات الاستراتيجية الرئيسة التي تعتمد عليها الشركات لتحقيق النمو والتوسع في الأسواق، خاصةً في ظل التطور الاقتصادي والتشريعي الذي يشهده السوق المالية السعودية، وتؤدي هذه الصفقات دورًا محوريًا في تعزيز التنافسية ودعم الشركات المدرجة لتحقيق أهدافها، بالإضافة إلى أن البيئة التشريعية في المملكة العربية السعودية شهدت تحولات كبيرة تهدف إلى تنظيم وضمان توافق ممارسات السوق مع أفضل الممارسات العالمية، لذلك أسعى في هذا البحث إلى توضيح الإطار العام لكل من صفقات الاندماج والاستحواذ، وكما سأستعرض بشكل موجز مراحل تطور نظام الشركات، كذلك أسعى إلى محاولة توضيح كل من أنواع وشروط وإجراءات صفقات الاندماج والاستحواذ ثم بعد ذلك سوف أتطرق إلى بعض الآثار التي تأتي نتيجة الدخول في صفقات الاندماج والاستحواذ، كذلك سوف أعرض بعض التحديات التشريعية أو القانونية التي من الممكن أن تواجه الشركات المدرجة عند الدخول في صفقات الاندماج والاستحواذ، وبعد ذلك سوف أضع بعض الصفقات التي تمت في السوق المالية السعودية، وبعد ذلك سوف أضع بعض الاستراتيجيات أو الحلول التي يمكن أن تحفز دخول الشركات في هذه الصفقات، أو تقلل من الوقت في إجراء هذه الأنواع من الصفقات.

أهمية البحث:

تأتي أهمية البحث من ندرة الكتب التي تطرقت إلى الاندماج والاستحواذ بالنسبة للشركات المدرجة في السوق المالية السعودية بشكل مستقل ومفصل عن أنواع أو شروط أو حتى الإجراءات المتبعة عند الدخول في هذه الصفقات، كذلك تأثيرها على أداء الشركات المدرجة أو حتى السوق والاقتصاد ككل، ويساهم البحث في تقديم فهم عام عما يحدث خلال إجراء صفقات الاندماج والاستحواذ، وكما يركز البحث على استكشاف التحديات القانونية التي قد تواجه الشركات عند الدخول في صفقات الاندماج والاستحواذ، بالإضافة إلى وضع بعض الصفقات التي تمت في السوق المالية السعودية، كذلك طرح عدد من الاستراتيجيات المبتكرة التي يمكن أن تسهم في تقليل التعقيدات وتعزيز التنافسية وبالتالي زيادة النمو الاقتصادي.

أسباب اختيار البحث:

أولاً: أهمية الاندماج والاستحواذ في دعم النمو والتوسع للشركات المدرجة بالسوق المالية السعودية.

ثانياً: التحديات القانونية التي تواجه الشركات عند الدخول في صفقات الاندماج والاستحواذ.

ثالثاً: الحاجة إلى توضيح أنواع، وشروط، وإجراءات كل من صفقات الاندماج والاستحواذ.

رابعاً: حاجة مجتمع الأعمال، والمجتمع القانوني خاصةً إلى الإلمام بالموضوع في ظل التطورات التشريعية التي تحدث في المملكة العربية السعودية.

خامساً: ندرة الكتب والبحوث في موضوع البحث، خاصةً وفق النظام السعودي.

مشكلة البحث:

المشكلة التي دفعني لكتابة هذا البحث تتمثل في عدم وضوح لوائح هيئة السوق المالية المتعلقة بالاندماج والاستحواذ وقلة الدراسات السابقة عن الاندماج والاستحواذ للشركات المدرجة في السوق المالية خاصةً وفق النظام السعودي، على الرغم من الأهمية البالغة للاندماج والاستحواذ في تعزيز النمو الاقتصادي وتوسع الشركات، ومن هنا يهدف البحث إلى سد الفجوة المعرفية وتقديم منظور أبسط لصفقات الاندماج والاستحواذ، مع التركيز على توفير اقتراحات عملية تساهم في تحسين المشهد لهذه الصفقات في السوق المالية.

أهداف الموضوع:

تهدف هذه الدراسة إلى فهم صفقات الاندماج والاستحواذ، ومعرفة الإطار العام لأنواع وشروط وإجراءات الاندماج والاستحواذ، بالإضافة إلى استكشاف العوامل المؤثرة على قرارات الشركات فيما يخص صفقات الاستحواذ والاندماج، وكما أسعى إلى تقييم تطوير

السوق المالية السعودية وتأثيره على الاندماج والاستحواذ، وتهدف الدراسة أيضًا إلى استعراض آثار الدخول في صفقات الاندماج والاستحواذ، وأخيرًا، تهدف إلى استعراض التحديات القانونية والفرص المرتبطة بعمليات الاندماج والاستحواذ.

الدراسات السابقة:

توجد العديد من الدراسات التي تناولت جانبًا واحدًا من موضوع البحث إما الاندماج فقط أو الاستحواذ فقط أو ركزت على أنظمة مختلفة، إلا أن بحثي يجمع بين الموضوعين في إطار السوق المالية السعودية وتشريعاته، ومن هذه الدراسات:

الدراسة الأولى: أثر عمليات الاندماج والاستحواذ على مؤشرات الأداء المالي للشركات المقتنية، تأليف: رانيا هاني رمزي عازر، أحمد محمود محمد يوسف، نانسي محمد محمود أحمد، مجلة الدراسات المالية والتجارية، جامعة بني سويف كلية التجارة، ٢٠٢١م.

تركز هذه الدراسة على أثر عمليات الاندماج والاستحواذ على الأداء المالي للشركات، دون تناول الجوانب القانونية والتنظيمية.

الدراسة الثانية: عمليات الاندماج والاستحواذ ودورها في تحقيق ميزة تنافسية وزيادة القيمة للمساهمين، تأليف: قالون الجليلي، مجلة التكامل الاقتصادي، جامعة أحمد دراية مخبر التكامل الاقتصادي الجزائري الإفريقي، ٢٠١٤م.

تسلط الدراسة الضوء على الجانب الاقتصادي والقيمة المضافة للمساهمين، لكنها لم تتطرق للتشريعات الخاصة بالسوق المالية السعودية.

الدراسة الثالثة: أحكام الاستحواذ على الشركات (دراسة مقارنة)
بين القانون الأردني والقوانين الأخرى مثل القانون المصري والإنجليزي والفرنسي، تأليف: فريجات، حنين محمود أحمد، رسالة ماجستير في القانون الخاص بجامعة الإسراء بكلية الحقوق، ٢٠٢٢م.

تقدم هذه الدراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية للاستحواذ فقط، وتركز على القانون الأردني والقوانين المقارنة دون التطرق إلى السوق المالية السعودية أو الجمع بين الاندماج والاستحواذ.

خطة البحث:

المبحث التمهيدي: الإطار النظري والتشريعي للاندماج والاستحواذ في السوق المالية السعودية:

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم عمليات الاندماج والاستحواذ.

المطلب الثاني: أهمية الاندماج والاستحواذ.

المطلب الثالث: دوافع الاندماج والاستحواذ.

المطلب الرابع: الفرق بين صفقات الاندماج والاستحواذ.

المطلب الخامس: التطور التاريخي لصفقات الاندماج والاستحواذ في السوق المالية السعودية.

المطلب السادس: مراحل تطور نظام الشركات.

المبحث الأول: أنواع وشروط وإجراءات صفقات الاندماج والاستحواذ: وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أنواع الاندماج والاستحواذ.

المطلب الثاني: شروط الاندماج والاستحواذ.

المطلب الثالث: الإجراءات القانونية للاندماج والاستحواذ.

المبحث الثاني: الآثار والتحديات والاستراتيجيات المبتكرة للاندماج والاستحواذ: وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: دور هيئة السوق المالية في التنظيم والإشراف على صفقات الاندماج والاستحواذ.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة من الدخول في صفقات الاندماج والاستحواذ.

المطلب الثالث: التحديات التشريعية للاندماج والاستحواذ.

المطلب الرابع: دراسة تطبيقية لصفقات الاندماج والاستحواذ

المطلب الخامس: الاستراتيجيات المبكرة لتسهيل صفقات الاندماج والاستحواذ في السوق المالية السعودية.

منهج البحث:

سوف أتبع في بحثي هذا المنهج الوصفي التحليلي، حيث سأقوم بوصف وتحليل عمليات الاستحواذ والاندماج للشركات المدرجة في السوق المالية السعودية، مع التركيز على تأثير نظام الشركات الجديد، وتحليل التحديات والفرص التنظيمية والمالية من خلال دراسة النصوص القانونية والتطبيقات العملية.

كذلك سوف أقوم بجمع المادة العلمية من مصادرها المعتمدة وتوثيقها والإشارة إليها قدر الإمكان، إلا إذا كانت منقولة من مصدر آخر مفقود، أو تعذر الوصول إليه فأقوم بالإشارة إلى الناقل، مع مراعاة ما يلي:

- الالتزام بكتابة البحث بأسلوب علمي صحيح، والاعتناء بقواعد اللغة العربية، وقواعد الإملاء، وعلامات الترقيم، في الكتابة قدر المستطاع.

- ترتيب موضوعات البحث إلى مباحث ومطالب وفق الخطة المعتمدة.
- جمع المواد العلمية من مصادرها الأصلية ما أمكن.
- الرجوع إلى الأنظمة المتعلقة بالبحث في النظام السعودي.

- عزو الآيات القرآنية إلى سورها بالقرآن الكريم بذكر رقم الآية واسم السورة وكتابتها بالرسم العثماني.
- توثيق النصوص من مصادرها الأصلية وعزوها إلى قائلها.
- وضع خاتمة في نهاية البحث أبين فيها أهم نتائجه.
- وضع الفهارس الفنية حسب ما هو موضح في الخطة.





المبحث التمهيدي

الإطار النظري والتشريعي للاندماج والاستحواذ في السوق المالية السعودية

سوف أتحدث في هذا المبحث عن مفهوم الاندماج والاستحواذ وذلك بتعريفهما في المطلب الأول، ثم أتناول الحديث بعد ذلك عن أهمية الاندماج والاستحواذ في المطلب الثاني، ثم بعد ذلك سوف أتطرق إلى دوافع الاندماج والاستحواذ في المطلب الثالث، ثم بعد ذلك سوف أتطرق إلى التطور التاريخي للاندماج والاستحواذ في السوق المالية السعودية في المطلب الرابع، ثم بعد ذلك سوف أتطرق إلى تطور مراحل نظام الشركات وذلك في المطلب الخامس.

المطلب الأول: مفهوم صفقات الاندماج والاستحواذ:

أولاً: مفهوم الاندماج:

الاندماج وفقاً لنظام الشركات السعودي: يكون الاندماج بضم شركة أو أكثر إلى شركة أخرى قائمة، أو بمزج شركتين أو أكثر لتأسيس شركة جديدة^(١).

(١) الفقرة (١) من المادة (٢٢٥) من نظام الشركات السعودي لعام ١٤٤٣ هـ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١٢/١/١٤٤٣ هـ.

الاندماج وفقاً للقانون: يكون بضم شركتين أو أكثر في شركة أخرى من ذات شكلها القانوني أو من شكل آخر^(١).

ويظهر هنا أن المنظم السعودي نظم مفهوم الاندماج وفقاً للتوجه العالمي، ولم يظهر تعقيداً لمفهوم الاندماج، كذلك لم يشترط طريقة محددة من طرق الاندماج؛ بل جعل الأمر بالاتفاق بين الشركاء أو المساهمين في الشركة المندمجة - التي سوف تصبح لا وجود لها قانونياً أو بعبارة أخرى سوف تفقد شخصيتها القانونية - أو الشركة الداخلة - التي سوف تصبح الشركة الناتجة عن مزج الشركتين.

ثانياً: مفهوم الاستحواذ:

الاستحواذ وفقاً للقانون السعودي: صفقة تتضمن بيع وشراء أسهم لشركة مدرجة أسهمها في السوق من خلال تقديم عرض أو صفقة بيع وشراء خاصة^(٢)،

ولتوضيح مفهوم الاستحواذ بشكل أكبر يمكن الرجوع إلى المنظم الإنجليزي حيث إنه هو أول من نظم قواعد وأساليب الاستحواذ على الشركات، والحقيقة أن المشرع الإنجليزي ليس هو من قام بتنظيم مفهوم الاستحواذ بشكل مباشر، بل أتى التعريف بمبادرة من البنوك

(١) عزيز العكيلي، «الوسيط في الشركات التجارية» (ط ٥، دار الثقافة، ٢٠١٩م)، ص ٥٢٥.
(٢) قائمة المصطلحات المستخدمة في لوائح هيئة السوق المالية وقواعدها صادرة عن مجلس هيئة السوق المالية بموجب القرار رقم ٤-١١-٢٠٠٤ وتاريخ ٢٠/٨/١٤٢٥ هـ الموافق ٤/١٠/٢٠٠٤ م.

التجارية الإنجليزية التي تشرف على طرح الإصدارات الجديدة مقابل تقاضي رسوم معينة.

وعلى ذلك فإن الاستحواذ وفقاً للقانون الإنجليزي هو: عبارة عن العرض العام لعمليات الاستحواذ مقدم من الشركة المتنازل إليها لشركة أخرى من المزمع أن تتنازل عن أسهمها ويتضمن هذا العرض إيجاباً من الشركة العارضة «المستحوذة» بدفع سعر محدد مرتفع لأسهم الشركة المقدم إليها العرض خلال فترة محددة للعرض^(١).

الاستحواذ في الفقه القانوني: يعني السيطرة المالية والإدارية لإحدى الشركات على نشاط شركة أخرى، وذلك عن طريق شراء كل الشركة المستحوذ عليها أو نسبة منها، وذلك بغرض الهيمنة على مجلس إدارة الشركة المستحوذ عليها، والسيطرة على قراراتها والتصويت فيها. فهو إما شراء كامل الشركة، أو شراء نسب كبرى للاستحواذ عليها لأغراض اقتصادية تشمل التوسع، أو تنوع المنتجات والنشاطات، أو تقليل المصاريف، وذلك في حال كانت الشركة المستحوذة تحتاج لخدمات الشركة المستحوذ عليها للقيام بنشاطاته^(٢).

(١) د. حسين فتحي، «الأسس القانونية لعروض الاستحواذ على إدارات الشركات». (ط بدون، القاهرة: دار النهضة العربية)، ص ١٠٥.

(٢) د. عبد العزيز المفصلي «الشركات حسب نظام الشركات السعودي». (ط ١)، الرياض، ١٤٤٠هـ)، ص ٢٢٠.

فيظهر من مفهوم الاستحواذ أنه عبارة عن عملية تقوم بها الشركة «الراغبة» بتقديم عرض للاستحواذ على جميع أو غالبية الأسهم في مجلس إدارة الشركة «المستهدفة».

المطلب الثاني: أهمية الاندماج والاستحواذ:

للاندماج والاستحواذ أهمية كبيرة نحو تحقيق أهداف اقتصادية كبرى، من خلال صفقات توحيد الكيانات القانونية، سواءً عن طريق دمج الشركات بعضها مع البعض بالتالي تضاعف الموارد سواءً من الخدمات، أو السلع المقدمة، أو الموارد البشرية، أو الاستحواذ على تلك الموارد أيًا كانت، ولذلك فقد اهتم المنظم السعودي بوضع الأحكام العامة والقواعد المنظمة لصفقات الاندماج والاستحواذ وذلك بإصدار لائحة الاندماج والاستحواذ الصادرة عن مجلس إدارة هيئة السوق المالية.

بالإضافة إلى ذلك، تُسهم صفقات الاندماج والاستحواذ في تطوير البنية التحتية الاقتصادية بشكل عام، حيث تؤدي إلى زيادة فرص العمل واستقطاب الاستثمارات، وكذلك هذه الصفقات تساعد في توحيد الجهود وتحقيق التناغم بين الشركات مما يعزز من قدرتها على الابتكار ومواجهة التحديات الاقتصادية المتغيرة، وكما أن هيئة السوق المالية في السعودية تعمل على توفير بيئة تشريعية تحفز هذه الأنواع من الصفقات وتضمن الشفافية والنزاهة في تنفيذها، مما يعزز من ثقة

المستثمرين في السوق ويسهم في تعزيز استقرار النظام المالي؛ لذلك فإن من النقاط المهمة في عمليات الاندماج والاستحواذ ما يلي:

١- حيث تسعى الشركات من وراء الاندماج والاستحواذ إلى تحسين كفاءة الإنتاج لديها، من خلال الحصول على تكنولوجيا إنتاج جديدة، أو الاستفادة من مزايا اقتصادات التوسع، أو حتى الوصول إلى مدخلات الإنتاج بسهولة وبتكلفة أقل، ومن ناحية أخرى، فإن صفقات الاندماج والاستحواذ تساهم في تعزيز الكفاءة الإدارية للشركات، خاصة تلك الشركات المدرجة في أسواق المال، تجنباً لتراجع الأرباح والقيمة السوقية للشركة.

٢- زيادة إيرادات الشركة بالتالي زيادة حصتها في السوق: حيث إن الشركة ستضم أحد المنافسين، وبالتالي ستزيد قوتها السوقية بالحصول على حصة أكبر في السوق^(١).

٣- دخول أسواق جديدة: حيث قد تقوم الشركات بالاندماج أو الاستحواذ من أجل التمكن من الوصول إلى أسواق جديدة في دول أخرى، ومن ذلك على سبيل المثال قيام شركات الأدوية الدولية الكبرى بشراء شركات أدوية محلية صغيرة في دول أخرى، من أجل الوصول إلى أسواق هذه الدول، وأحياناً تستفيد الشركات الكبيرة من المنتجات المبتكرة للشركات الصغيرة، سواءً في تطوير

(١) د. رشارضوان عبد الحي، «الحوكمة في قواعد وإجراءات الاندماج والاستحواذ»، (مجلة الكويت العالمية - العدد ٤٤ - السنة الرابعة، مايو ٢٠١٦م)، ص ٤٨٠.

منتجاتها أو بيع هذه المنتجات في الأسواق العالمية. وقد اتبعت شركة آي بي إم (IBM) هذه الاستراتيجية، فقامت بشراء نحو ٧٠ شركة، بقيمة صفقات إجمالية تبلغ نحو ١٤ مليار دولار خلال الفترة ٢٠٠٢-٢٠٠٩م، من أجل الوصول بمنتجاتها إلى أسواق الدول التي تنتمي إليها هذه الشركات^(١).

٤- التنويع: حيث إن تنويع الأنشطة يمكن أن يحمي الشركة من الهبوط الذي يمكن أن يحدث في صناعة معينة^(٢).

٥- تنوع وزيادة فئات العملاء: حيث يمكن للشركة المستحوذة زيادة قنواتها التسويقية من خلال الشركات المستحوذ عليها، وعلى سبيل المثال، يمكن للبنك الذي يستحوذ على شركة وساطة (سمسرة) في الأسهم، بيع منتجاته البنكية إلى عملاء شركة الوساطة في الأسهم، بينما تستطيع شركة الوساطة توقيع عقود مع عملاء البنك لفتح حسابات خاصة بالسمسرة.

(١) نورة الشحي «تأثيرات إيجابية ومخاطر يمكن تجنبها»، (بدون ط، المكتبة السعودية الرقمية) ص ٥٩.

(٢) د. رشارضوان عبد الحي، «الحوكمة في قواعد وإجراءات الاندماج والاستحواذ»، (مجلة الكويت العالمية - العدد ٤٤ - السنة الرابعة، مايو ٢٠١٦م)، ص ٤٨٠.

٦- دمج الموارد: حيث يمكن أن يؤدي تفاعل موارد الشركة المستهدفة والشركة المستحوذة إلى خلق قيمة من خلال التغلب على عدم اتساق المعلومات أو عن طريق دمج الموارد التي هناك شح فيها^(١).

٧- اكتساب خبرات وتكنولوجيا متقدمة بصورة سريعة أو بتكلفة منخفضة: ومن ذلك قيام شركة (سيسكو سيستمز) بالاستحواذ على عدد كبير من الشركات، حتى تحولت من شركة متخصصة في إنتاج منتج واحد إلى شركة تنتج العديد من الأجهزة المتعلقة بالإنترنت، خلال الفترة ١٩٩٣-٢٠٠١م استحوزت شركة سيسكو على ٧١ شركة أخرى، وبلغت قيمة صفقات الاستحواذ مجتمعة نحو ٣٥٠ مليون دولار، وقد أدى ذلك إلى زيادة مبيعات شركة سيسكو من ٦٥٠ مليون دولار في عام ١٩٩٣م إلى ٢٢ مليار دولار في عام ٢٠٠١م، وكان نحو ٤٠٪ من الزيادة التي طرأت على مبيعاتها يعود إلى صفقات الاستحواذ التي أجرتها^(٢).

- (١) د. رشارضوان عبد الحي، «الحوكمة في قواعد وإجراءات الاندماج والاستحواذ»، مجلة الكويت العالمية - العدد ٤٤ - السنة الرابعة، مايو ٢٠١٦م ص ٤٨٠.
- (٢) نورة الشحي «تأثيرات إيجابية ومخاطر يمكن تحجيمها»، (ط بدون، المكتبة السعودية الرقمية) ص ٥٩.

المطلب الثالث: دوافع الاندماج والاستحواذ:

أولاً: دوافع الاندماج:

١- مزايا الحجم: أي أن الشركة الناتجة عن صفقة الاندماج يمكن أن تؤدي في كثير من الأحيان إلى خفض عدد الإدارات والعمليات التشغيلية المزدوجة، مما ينتج عنه خفض تكاليف الشركة مقارنة بإيراداتها، وبالتالي تصبح أكبر حجماً.

٢- الاندماج بدافع المنافسة: قد تلجأ الشركات للاندماج بهدف المنافسة حيث ستحصل على نسبة أكبر من السوق أو البقاء والقدرة على الوقوف في مواجهة الشركات الأكبر حجماً^(١).

٣- الاندماج في حالات التعثر أو الخسائر المتراكمة: قد تلجأ بعض الشركات إلى الاندماج كحل في حالة كانت الشركات متعثرة فتلجأ هذه الشركات إلى الاندماج مع شركة أخرى ذات إمكانيات اقتصادية وإدارية أفضل للتخلص من الظروف الصعبة التي تعاني منها الشركة.

٤- التنوع: صفقات الاندماج توفر للشركات فرصة التنوع من عدة نواحٍ من النواحي الإدارية أو تنوع مجالات وتخصصات الشركة،

(١) سامر محمد معين، «دوافع تحقيق الاندماج بين شركات التأمين»، (رسالة ماجستير الجامعة الإسلامية بغزة، ٢٠١٢م)، ص ٣٦.

وكذلك تنوع الأسواق التي تنافس فيها الشركة، كذلك الاستفادة من موظفي الشركة المندمجة وتحسين الأداء العام لشركة^(١).

ثانيًا: دوافع الاستحواذ:

توفر صفقات الاستحواذ دورًا مهمًا في تطوير وتوسيع مجالات الشركات، حيث إنها تعمل كإستراتيجية لإعادة هيكلة الشركات ومراقبتها، وتسهل النمو السريع للشركات خاصة بالنسبة للشركات الناشئة الأمر الذي يحسن من كفاءة الإدارة ويحسن الكفاءة التشغيلية مما يزيد من عوائد الشركة، ويمكن أن نلخص دوافع الاستحواذ وفقًا للآتي:

١- إمكانية الوصول إلى عملاء في أسواق جديدة وتعزيز نسبة الوصول للأسواق الحالية.

٢- تغيير وضع السوق، عن طريق نقل الشركة من مركز تابع إلى مركز أكثر أهمية.

٣- تشجيع وجذب الاستثمارات الأجنبية سواء المباشرة أو غير المباشرة، لما له من دور في تحقيق التكامل الاقتصادي والانفتاح على الأسواق الجديدة فالمستثمر الأجنبي لا يفضل بناء مشروعات جديدة أو إقامة مشروعات مشتركة مع القطاع العام أو الخاص، بل يفضل

(١) سامر محمد معين، «دوافع تحقيق الاندماج بين شركات التأمين»، (رسالة ماجستير الجامعة الإسلامية بغزة، ٢٠١٢م)، ص ٣٦.

استثمار رأس ماله في مشروعات قائمة، تجنباً للإجراءات القانونية والإدارية الطويلة المترتبة على إنشاء مشروعات جديدة، وعادة ما تكون مقعدة وتتطلب تكلفة مالية إضافية، ولذلك تكون عملية الاستحواذ أفضل وسائل الاستثمار للمستثمر الأجنبي^(١).

٤- زيادة الكفاءة التشغيلية من خلال إعادة تنظيم الخدمات لتقليل تكلفة تقديمها بشكل كبير، وتقديمها ضمن إطار زمني أفضل^(٢).

٥- تحسين الوضع المالي والتصنيف الائتماني للشركة^(٣).

٦- تركيز المشروعات وتكوين كيانات اقتصادية كبيرة، من خلال إخضاع مجموعة شركات تمارس نشاطاً اقتصادياً واحداً أو مكماً لإدارة اقتصادية موحدة، ورقابة على ذمها المالية من قبل إحدى الشركات (المستحوذة)، وسيطرتها على ملكية الأسهم في هذه الشركة.

(١) وسمي أحمد حسن، «الآثار الاقتصادية والقانونية لعمليات الاستحواذ على إدارة شركات المساهمة المقيدة في سوق الأوراق المالية: دراسة مقارنة»، (المجلة القانونية - مجلد ٤، عدد ٤، ٢٠١٨م)، ص ٢٠٩.

(٢) عبد الله حمدان المطيري، «استحواذ المصرف التقليدي على المصرف الإسلامي: تقييم فقهي مالي: حالة استحواذ بنك الكويت الوطني على بنك بوبيان»، (رسالة ماجستير جامعة اليرموك، ٢٠٢١م)، ص ٣٦.

(٣) المرجع السابق.

المطلب الرابع: الفرق بين صفقات الاندماج والاستحواذ:

١- الاندماج عبارة عن دمج منشأتين أو أكثر في منشأة واحدة قائمة، أو تأسيس منشأة جديدة تضم جميع الكيانات المندمجة، بينما الاستحواذ يكون عبارة عن عملية شراء كلي أو جزئي للحصص أو الأسهم.

٢- في الاندماج يتم دمج العمليات وتوحيد الأولويات بهدف تحقيق التوافق والانسجام بين المنشأتين، بينما في الاستحواذ تظل عمليات المنشأة المستحوذ عليها مستقلة عن المنشأة المستحوذ.

٣- الاندماج يؤدي إلى نشوء كيان قانوني جديد أو توسع كيان قائم بضم منشآت أخرى إليه، في حين أن الاستحواذ لا يغير الكيان القانوني للشركة المستهدفة، وإنما يغير هيكل ملكيتها وقد يؤثر على سلطة التحكم في قراراتها لصالح الجهة المستحوذ.

٤- يُنتج الاندماج تكاليف أعلى نسبياً، نظراً لما يتطلبه من توحيد للهياكل التنظيمية والأنظمة والإجراءات التشغيلية بين الشركات المندمجة، بينما يكون الاستحواذ عادةً أقل تكلفة من الاندماج، إذ يتم من خلال شراء كلي أو جزئي للحصص أو الأسهم في المنشأة المستهدفة، دون الحاجة إلى دمج هياكل المنشأتين.

المطلب الخامس: التطور التاريخي لصفقات الاندماج والاستحواذ في السوق المالية السعودية:

مع تنامي عدد شركات المساهمة بشكل ملحوظ بعد طفرة البترولية التي شهدتها المملكة، ودمج الحكومة شركات الكهرباء في شركات موحدة، وما ترتب على ذلك من توزيع أسهم إضافية على مساهميها، بالإضافة إلى سعودة فروع البنوك الأجنبية العاملة في المملكة وطرح أسهمها للاكتتاب العام، وارتفاع وعي المواطنين بأهمية الادخار والاستثمار واجتذاب سوق الأسهم السعودية كثيرًا من مدخرات المواطنين، كل هذه العوامل أدت إلى زيادة عدد الأسهم المتاحة للتداول، فنشأت الحاجة إلى تنظيم وضبط عمليات التداول بعد أن غلب عليها في المرحلة السابقة غياب اللوائح التنظيمية.

لم يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل بعد ازدهار فكر المساهمة والتوسع في التخصيص وطرح أسهم الشركات الحكومية بات الأمر توجهاً عاماً للدولة، خصوصاً بعد إقبال المواطنين على الاكتتاب في أسهم شركة سابك عام ١٩٨٣م، وفي الوقت ذاته، طفت على السطح أزمات مالية في بعض دول الجوار دفعت للانتقال إلى اتباع مسار جديد ينبغي اتباعه لتطوير سوق الأسهم وتحويلها إلى سوق رسمية وتنظيم عمليات التداول فيها، وتوجت هذه الجهود بإنشاء اللجنة الوزارية واللجنة الدائمة للإشراف على تداول الأسهم، وحصر عمليات البيع والشراء وأنشطة تبادل الأسهم من خلال

البنوك المحلية فقط، وما بعد ذلك من تطورات تنظيمية وإدارية وتقنية عملت على وضع الأسس واللبنات الأولى للسوق المالية السعودية^(١).

وفقاً لنظام الشركات لعام ١٩٦٥م، يجوز للشركة ولو كانت في دور التصفية أن تندمج في شركة أخرى، ويكون الاندماج بضم شركة أو أكثر إلى شركة أخرى قائمة، أو بدمج شركتين أو أكثر في شركة جديدة تحت التأسيس، ويحدد عقد الاندماج شروطه، وعدد حصص أو أسهم الشركة المندمجة، التي تخصها في رأس مال الشركة الدامجة. ويكون عقد الاندماج صحيحاً إذا صدر به قرار من كل شركة طرف فيه، على أن يشهر قرار الاندماج ولا ينفذ إلا بعد انقضاء تسعين يوماً من تاريخ إشهاره لإعطاء الفرصة لدائني الشركة المندمجة لمعارضة القرار. إلا أن النظام افتقر إلى تحديد قواعد محددة وواضحة للاندماج والاستحواذ لشركات المساهمة المدرجة في السوق المالية^(٢).

وبعد تأسيس هيئة السوق المالية، أصبحت هي المختصة بتنظيم صفقات الاندماج والاستحواذ ذات العلاقة بالشركات المدرجة أسهمها في السوق المالية، بناءً على الفصل التاسع من نظام السوق المالية، الذي يشترط موافقة مجلس الهيئة على صفقات

(١) هيئة السوق المالية «قصة السوق توثيق تاريخ السوق المالية السعودي»، (ط ١)، موقع هيئة السوق المالية، (١٤٤٢هـ)، ص ٦١.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٤٢.

الاندماج والاستحواذ المتعلقة بالشركات المدرجة في السوق المالية وفي ٣ أكتوبر ٢٠٠٧م، اعتمد مجلس الهيئة لائحة الاندماج والاستحواذ، التي تعد إضافة أساسية إلى المنظومة التشريعية للسوق المالية^(١).

وبينت اللائحة جميع الأحكام المتعلقة بعروض الاستحواذ والإعلانات المرتبطة بها، والحظر والقيود على التعاملات ذات العلاقة، والإفصاح عنها، وأحكام العرض الإلزامي والعرض الاختياري، وطريقة السداد، والالتزام بنظام المنافسة، ومحتويات ومتطلبات مستند العرض، واستحواذ الأطراف ذوي العلاقة. وقبل إصدار اللائحة استقبلت الهيئة ثلاثة طلبات للاستحواذ والاندماج في عام ٢٠٠٦م، وتلقت طلباً واحداً في عام ٢٠٠٧م ووافقت عليه. ووافقت الهيئة في عام ٢٠٠٩م على طلب زيادة رأس مال شركة المراعي ومستند العرض المقدم من قبلها للاستحواذ على كامل رأس المال المصدر لشركة حائل للتنمية الزراعية، فاستحوذت شركة المراعي على حصة ١٠٠٪ من أسهم شركة حائل الزراعية عن طريق عملية تبادل أسهم بواقع خمسة أسهم من حائل مقابل سهم من المراعي يضاف إليه نصف ريال عن كل سهم^(٢).

(١) المرجع السابق، ص ٢٤٢.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٤٣.

استمر العمل بموجب لائحة الاندماج والاستحواذ الصادرة في ٣ أكتوبر ٢٠٠٧م إلى أن صدرت لائحة محدثة لتحل محلها، وذلك في ١٥ أكتوبر ٢٠١٧م، واستهدفت اللائحة المحدثّة تعزيز الإفصاح الكامل والعادل في عمليات الاندماج والاستحواذ، مع مراعاة توضيح الإجراءات والالتزامات ذات العلاقة بتملك أسهم أو حصص سيطرة في الشركات المدرجة في السوق أو الاستحواذ عليها، وتمكين الشركات المدرجة ومساهميها وفتح المجال لإتمام صفقات الاندماج والاستحواذ. ومن أبرز ما تضمنته اللائحة المحدثّة تنظيم عمليات تقديم عروض مبادلة الأوراق المالية للاستحواذ على كامل أسهم الشركة المدرجة أو الاندماج معها بشرط الحصول على موافقة الجمعيات العامة للمساهمين، وفتح المجال لتقديم عروض الاستحواذ الجزئية على أسهم الشركة المدرجة، وهي جوانب لم تكن موجودة في اللائحة السابقة. وتضمنت اللائحة المحدثّة ضوابط تنطبق على أي شخص يقوم بزيادة ملكيته بحيث يصبح مالكا لما نسبته ٤٠٪ أو أكثر من أسهم الشركة المدرجة، وفي ٢٣ أبريل ٢٠١٨م، جرى تعديل بعض الفقرات من اللائحة^(١).

ومن أوائل صفقات الاندماج في المملكة هي صفقات اندماج شركات الكهرباء الصغيرة مع شركة الكهرباء في المنطقة الوسطى، كذلك اندماج شركات الكهرباء الصغيرة مع شركة الكهرباء في المنطقة

(١) المرجع السابق، ص ٢٩٤.

الشرقية، كذلك اندماج شركات الكهرباء الصغيرة مع شركة الكهرباء في المنطقة الغربية، وكذلك اندماج شركات الكهرباء الصغيرة مع شركة الكهرباء في المنطقة الجنوبية، وهي على النحو التالي:

- تأسيس الشركة السعودية الموحدة للكهرباء بالمنطقة الشرقية عام ١٩٧٦م باندماج ٢٦ شركة صغيرة في المنطقة الشرقية، برأس مال قدره خمسة مليارات ريال، وبعدد أسهم بلغ ٥٠ مليون سهم، وبلغ عدد المساهمين ٦ آلاف و ٣٠٠ مساهماً.

- تأسيس الشركة السعودية الموحدة للكهرباء بالمنطقة الوسطى عام ١٩٧٩م باندماج ٣٦ شركة صغيرة في المنطقة الوسطى، برأس مال قدره ثمانية مليارات ريال، وبعدد أسهم بلغ ٨٠ مليون سهم، وتوزعت حصص الأسهم بين ٧٧٪ للحكومة و ٢٠,٥٪ للأفراد و ٢,٥٪ للشركات والمؤسسات^(١).

- تأسيس الشركة السعودية الموحدة للكهرباء بالمنطقة الجنوبية عام ١٩٧٩م باندماج ٢١ شركة صغيرة في المنطقة الجنوبية، برأس مال قدره أربعة مليارات ريال، وبعدد أسهم بلغت ٤٠ مليون سهم، وتوزعت حصص الأسهم بين ٩٨,٥٪ للحكومة و ١,٥٪ للأفراد.

(١) المرجع السابق، ص ٤٤-٤٥.

- تأسيس الشركة السعودية الموحدة للكهرباء بالمنطقة الغربية عام ١٩٨١م باندماج ١٢ شركة صغيرة في المنطقة الغربية، برأس مال قدره ثمانية مليارات ريال، وبعدد أسهم بلغ ٨٠ مليون سهم^(١).

المطلب السادس: مراحل تطور نظام الشركات:

كان نظام الشركات الصادر في عام ١٣٨٥هـ الموافق ١٩٦٥م أول نظام شركات سعودي صدر في عهد الملك فيصل بن عبد العزيز آل سعود رحمه الله، وقد أحدث نقلة نوعية في ذلك الوقت، ولكنه واجه تحديات لاحقاً مع مرور الوقت، أتى بعده نظام الشركات لعام ١٤٣٧هـ الموافق ٢٠١٥م، والذي هدف إلى تحسين بيئة الأعمال، وقد أحدث نقلة نوعية لأن بينه وبين النظام الأسبق قرابة ٥٠ عامًا، وفي ظل رؤية ٢٠٣٠ لسمو ولي العهد الأمير محمد بن سلمان آل سعود حفظه الله، صدر نظام الشركات لعام ١٤٤٣هـ الموافق لعام ٢٠٢٢م لمواكبة التغيرات والتطورات في الأسواق العالمية، ولمواكبة أساليب الحوكمة والشفافية ومما يدل على ذلك ما نص عليه نظام الشركات الجديد في عدة نقاط منها ما يتعلق بوجوب الاهتمام بتطبيق لائحة حوكمة الشركات بالنسبة للشركات المدرجة ومنها ما يوجب الإفصاح عن تعارض المصالح ومنها ما يتعلق بالشفافية، ويأتي ذلك على حرص المشرع السعودي على الالتزام بأفضل طرق وأساليب الحوكمة

(١) المرجع السابق.

المتبعة عالمياً، مما ينعكس على السوق المحلي بشكل إيجابي عند اتباع أفضل الممارسات.

أبرز التغيرات التي حدثت في نظام الشركات الجديد مقارنةً بالنظام القديم:

أولاً: تأسيس شركة بالإرادة المنفردة (شركة الشخص الواحد) بلا قيود:

إن نظام الشركات لعام ١٤٣٧ هـ، لم يحز تأسيس الشركة من شخص واحد، إلا في حالة استثنائية لشركة المساهمة، وذلك وفقاً للمادة الثانية والتي نصت على 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»^(١)، وهذه المادة عرفت مفهوم الشركة ولم تتطرق حول إمكانية تأسيس الشركة من قبل شخص واحد، بل أوضحت أن الشركة تنشأ بوجود شخصين أو أكثر، كذلك في المادة الخامسة والخمسون والتي تنص على «استثناءً من المادة (الثانية) من النظام، يجوز للدولة والأشخاص ذوي الصفة الاعتبارية العامة والشركات المملوكة بالكامل للدولة والشركات التي لا يقل رأس مالها عن خمسة ملايين ريال، تأسيس شركة مساهمة من شخص واحد، ويكون لهذا الشخص صلاحيات جمعيات المساهمين بما فيها الجمعية التأسيسية وسلطاتها»^(٢).

(١) المادة (٢) من نظام الشركات السعودي لعام ١٤٣٧ هـ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) بتاريخ ٢٨/١/١٤٣٧ هـ.

(٢) المادة (٥٥) من نظام الشركات السعودي لعام ١٤٣٧ هـ.

بينما في نظام الشركات الجديد لعام ١٤٤٣هـ نص على أنه يجوز تأسيس الشركة من شخص واحد على الإطلاق وليس فقط في شركة المساهمة وذلك وفقاً للمادة الثانية والتي تنص على «الشركة 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 الأمر يوضح مدى تطور النظام، حيث إن النظام أصبح أكثر مرونة في تعامله مع شركة الشخص الواحد في وقت التأسيس، وعلى عكس السابق فإن إمكانية تأسيس شركة الشخص الواحد خاضعة لحالات خاصة أو استثناءات.

ثانياً: عدم وضع قيد للحد الأدنى للقيمة الاسمية للسهم الواحد:

في نظام الشركات القديم لعام ١٤٣٧هـ وضع قيد بحيث لا تقل القيمة الاسمية للسهم الواحد عشرة ريالات، وذلك وفقاً للفقرة الثانية من المادة الخامسة بعد المائة والتي تنص على «تكون القيمة

(١) المادة (٢) من نظام الشركات السعودي لعام ١٤٤٣هـ.

الاسمية للسهم عشرة ريالات، وللوزير تعديل هذه القيمة بعد الاتفاق مع الرئيس»^(١)؛ أما في نظام الشركات لعام ١٤٤٣هـ لم يضع أي قيد لتحديد القيمة الاسمية للسهم الواحد حيث نص النظام «يحدد نظام الشركة الأساس القيمة الاسمية لأسهمها، وتكون الأسهم من ذات النوع أو الفئة متساوية القيمة الاسمية»^(٢).

ثالثاً: استحداث شركة المساهمة المبسطة:

وهو شكل جديد يستهدف رواد الأعمال والشركات الناشئة والتقنية، حيث يمكن تأسيسها من شخص واحد أو أكثر وتنظيم أكثر مرونة (مثل عدم اشتراط مجلس إدارة أو جمعيات عامة بالضرورة)، وبدون حد أدنى لرأس المال.

رابعاً: مرونة مجلس الإدارة:

في نظام الشركات لعام ١٤٣٧هـ كان مجلس الإدارة مقيداً بقيود تنظيمية صارمة حيث كان يشترط النظام في ذلك الوقت حداً أدنى وحداً أعلى لعدد أعضاء مجلس الإدارة، كذلك حتى في طريقة تكوين المجلس ومدة عضوية مجلس الإدارة وذلك وفقاً للمادة التي تنص على «١- يدير شركة المساهمة مجلس إدارة يحدد نظام الشركة الأساس عدد أعضائه، على ألا يقل عن ثلاثة ولا يزيد على أحد عشر.....٣-

(١) الفقرة (٢) من المادة (١٠٥) من نظام الشركات السعودي لعام ١٤٣٧هـ.

(٢) الفقرة (٢) من المادة (١٠٣) من نظام الشركات السعودي لعام ١٤٤٣هـ.

تنتخب الجمعية العامة العادية أعضاء مجلس الإدارة للمدة المنصوص عليها في نظام الشركة الأساس، بشرط ألا تتجاوز ثلاث سنوات. ويجوز إعادة انتخاب أعضاء مجلس الإدارة ما لم ينص نظام الشركة الأساس على غير ذلك. ويبين نظام الشركة الأساس كيفية انتهاء عضوية المجلس أو إنهاؤها بطلب من مجلس الإدارة. ومع ذلك يجوز للجمعية العامة العادية في كل وقت عزل جميع أعضاء مجلس الإدارة أو بعضهم ولو نص نظام الشركة الأساس على غير ذلك، وذلك دون إخلال بحق العضو المعزول تجاه الشركة بالمطالبة بالتعويض إذا وقع العزل لسبب غير مقبول أو في وقت غير مناسب. ولعضو مجلس الإدارة أن يعتزل، بشرط أن يكون ذلك في وقت مناسب؛ وإلا كان مسؤولاً قبل الشركة عما يترتب على الاعتزال من أضرار^(١).

وعلى النقيض تمامًا أتى النظام الجديد بدون قيود معقدة ومرونة أكثر وذلك وفقًا للمادة التي تنص على «١- يدير شركة المساهمة مجلس إدارة على ألا يقل عدد أعضائه عن (ثلاثة) ٣.....- يجوز أن يحدد نظام الشركة الأساس طريقة تكوين مجلس الإدارة وفق الضوابط التي تحددها اللوائح. ٤- يحدد نظام الشركة الأساس مدة عضوية مجلس الإدارة، على ألا تتجاوز (أربع) سنوات. ويجوز إعادة انتخاب أعضاء مجلس الإدارة، ما لم ينص نظام الشركة الأساس على غير ذلك. ٥- يبين نظام الشركة الأساس كيفية انتهاء العضوية في مجلس الإدارة

(١) المادة (٦٨) من نظام الشركات السعودي لعام ١٤٣٧هـ.

أو إنها بطلب من المجلس. ومع ذلك، يجوز للجمعية العامة العادية عزل جميع أعضاء مجلس الإدارة أو بعضهم ولو نص نظام الشركة الأساس على غير ذلك، وعلى الجمعية العامة العادية في هذه الحالة انتخاب مجلس إدارة جديد أو من يحل محل العضو المعزول - بحسب الأحوال - وذلك وفقاً لأحكام النظام. وللجهة المختصة وضع ضوابط عزل أعضاء مجلس الإدارة من قبل الجمعية العامة العادية»^(١).

خامساً: إلزامية اتفاقية الشركاء أو الميثاق العائلي للشركات العائلية:

يجوز للمؤسسين أو الشركاء أو المساهمين - سواءً خلال مدة تأسيس الشركة أو بعدها - إبرام اتفاق أو أكثر ينظم العلاقة فيما بينهم أو مع الشركة، بما في ذلك كيفية دخول ورثتهم في الشركة سواءً بأشخاصهم أو من خلال شركة يؤسسونها لهذا الغرض، أو إبرام ميثاق عائلي يتضمن تنظيم الملكية العائلية في الشركة وحوكمتها وإدارتها وسياسة العمل وسياسة توظيف أفراد العائلة وتوزيع الأرباح والتصرف بالحصص أو الأسهم وآلية تسوية المنازعات أو الخلافات، وغيرها ويكون الاتفاق أو الميثاق العائلي ملزماً، ويجوز أن يكون جزءاً من عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس ويشترط ألا يخالف النظام أو عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس^(٢)، وذلك على عكس ما كان العمل عليه في النظام القديم حيث كانت اتفاقية الشركاء أو الميثاق

(١) المادة (٦٧) من الشركات السعودي لعام ١٤٤٣هـ.

(٢) المادة (١١) من نظام الشركات السعودي لعام ١٤٤٣هـ.

العائلي ليس إلزاميًا بل يمكن العمل به بشكل استرشادي وفي نفس الوقت لم يكن ملزمًا لأحد الأطراف.

سادسًا: إتاحة وسائل بديلة لحل النزاعات الشركات:

فيما عدا الأفعال الجنائية، يجوز أن ينص في عقد تأسيس الشركة على تسوية المنازعات أو الخلافات أيًا كانت طبيعتها التي قد تقع بين الشركاء أو بين الشركة ومديرها باللجوء إلى التحكيم أو غيره من الوسائل البديلة لتسويتها^(١).

سابعًا: تبني الحوكمة والشفافية:

اعتمد نظام الشركات الجديد منهجًا واضحًا في تعزيز الحوكمة والشفافية من خلال رفع مستوى الإفصاح وتنظيمه، إذ ألزم الشركات بتقديم بيانات مالية وتقارير دورية دقيقة وواضحة، وتوسيع نطاق المعلومات التي يجب إتاحتها للمساهمين. كما عزّز حقوق المساهمين في الحصول على المعلومات والمشاركة الفاعلة في اتخاذ القرارات، مع تنظيم تعارض المصالح وحماية حقوق الأقلية. واهتم النظام بتنفيذ دور مجلس الإدارة عبر تحديد مسؤولياته وصلاحياته وإلزام الشركات بتشكيل لجان متخصصة كلجنة المراجعة وتطبيق ضوابط للرقابة الداخلية. إضافة إلى ذلك، نظم النظام الموافقة على العقود والصفقات

(١) المادة (١٧٣) من الشركات السعودي لعام ١٤٤٣هـ.

ذات العلاقة وفرض الإفصاح عن مكافآت أعضاء المجلس والإدارة التنفيذية، مما أسهم في بناء بيئة أكثر شفافية داخل الشركات.

لذلك نجد أن نظام الشركات الجديد ركز على تحسين الحوكمة وتعزيز الشفافية في إدارة الشركات، وجاء ذلك من خلال تنظيم أفضل لآليات عمل مجلس الإدارة وتحديد الضوابط بمرونة أكبر، مما يسهم في دعم استدامة الشركات وحماية حقوق المساهمين، مع ضمان توازن أفضل بين الكفاءة والشفافية في اتخاذ القرارات.

المبحث الأول

أنواع وشروط وإجراءات صفقات الاندماج والاستحواذ

سوف أتحدث في هذا المبحث عن أنواع الاندماج والاستحواذ وذلك في المطلب الأول، ثم سوف أتناول الحديث بعد ذلك عن شروط الاندماج والاستحواذ في المطلب الثاني، ثم بعد ذلك سوف أتطرق إلى الإجراءات القانونية التي تمر بها الشركات عند الدخول في صفقات الاندماج والاستحواذ في المطلب الثالث.

المطلب الأول: أنواع الاندماج والاستحواذ:

سوف نقسم هذا المطلب إلى قسمين نتطرق بالحديث في أولهما لأنواع الاندماج، وفي ثانيهما لأنواع الاستحواذ.

القسم الأول: أنواع الاندماج:

١ - الاندماج عن طريق الضم:

يجوز أن تندمج الشركة المندمجة مع كيان آخر عن طريق الضم من قبل الشركة الدامجة، سواءً أكانت الشركة الدامجة مدرجة أسهمها في السوق أم غير مدرجة^(١)، والاندماج عن طريق الضم يقسم إلى قسمين:

(١) فقرة (أ) من المادة (٤٩) من لائحة الاندماج والاستحواذ الصادرة عن مجلس إدارة هيئة السوق المالية بموجب قرار ٥٠-١-٢٠٠٧ وتاريخ ٢١/٩/١٤٢٨ هـ الموافق ١٠/٣/٢٠٠٧ م.

أ- الاندماج مع شركة مدرجة:

إذا ضُمَّت الشركة المندمجة من قبل الشركة الدامجة المدرجة أسهمها في السوق، فيجب أن يُقدم عرض مبادلة أوراق مالية لشراء كل أسهم مساهمي الشركة المندمجة من قبل الشركة الدامجة وفقاً لأحكام الباب الثاني من لائحة الاندماج والاستحواذ، وأن تُعرض الأسهم الجديدة في الشركة الدامجة على مساهمي الشركة المندمجة وتُصدر لهم وفقاً لأحكام النظام ونظام الشركات ولوائحهما التنفيذية^(١).

عند الإتمام الناجح لعملية تبادل الأسهم المشار إليها في الفقرة السابقة وإتمام صفقة الاندماج، ستنقل أصول الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة التي ستستمر في الوجود، ويبقى إدراج الشركة الدامجة، أما المندمجة فستنقضي وسيُلغى إدراج أسهمها في السوق وفقاً لأحكام النظام ولوائحها التنفيذية^(٢).

ب- الاندماج مع الشركة غير المدرجة:

إذا ضُمَّت الشركة المندمجة من قبل شركة داخجة غير مدرجة أسهمها في السوق، فيجب أن يقدم عرض مبادلة أوراق مالية لشراء أسهم مساهمي الشركة المندمجة من قبل الشركة الدامجة وفقاً للباب الثاني من لائحة الاندماج والاستحواذ، وأن تعرض الأسهم الجديدة لمساهمي

(١) فقرة أ من فقرة (١) من المادة (٤٩) من لائحة الاندماج والاستحواذ.
(٢) فقرة (ب) من فقرة (١) من المادة (٤٩) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

الشركة المندجة وتُصدر لهم وفقاً لأحكام النظام ونظام الشركات ولوائحها التنفيذية.

عند الإتمام الناجح لتبادل الأسهم المشار إليها في الفقرة السابقة وإتمام صفقة الاندماج، ستُنقل أصول الشركة المندجة إلى الشركة الدامجة التي ستستمر في الوجود، أما الشركة المندجة فستنقضي وسيُلغى إدراج أسهمها في السوق وفقاً لأحكام النظام ولوائحها التنفيذية^(١).

٢- الاندماج عن طريق إنشاء كيان قانوني جديد:

إذا تم الاندماج عن طريق إنشاء كيان قانوني جديد تندمج فيه الشركة المندجة وشركة أخرى مندجة معها في هذا الكيان القانوني الجديد، فيجب على الكيان القانوني تقديم عرض مبادلة أوراق مالية لشراء كل أسهم مساهمي الشركة المندجة وفقاً لأحكام الباب الثاني من لائحة الاندماج والاستحواذ، وأن تُصدر أسهم في الكيان القانوني الجديد لمساهمي الشركة المندجة والشركة الأخرى المندجة معها في هذا الكيان، وذلك وفقاً لأحكام النظام ونظام الشركات ولوائحها التنفيذية^(٢).

عند الإتمام الناجح للعروض المشار إليها في الفقرة السابقة وإتمام صفقة الاندماج، تحول أصول الشركة المندجة والشركة الأخرى

(١) فقرة (ب) من فقرة (٢) من المادة (٤٩) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) فقرة (١) من فقرة (ب) من المادة (٤٩) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

المندمج معها إلى الكيان القانوني الجديد، وستنقضي الشركة المندمجة والشركة الأخرى المندمجة معها، وسيلغى إدراج أسهم الشركة المندمجة في الأسواق وفقاً لأحكام النظام ولوائحه التنفيذية^(١)، ويجب على الكيان القانوني الذي يرغب في إدراج أسهمه في السوق أن يقدم طلباً جديداً لإدراج أسهم الكيان الجديد إلى الهيئة وفقاً لأحكام النظام ولوائحه التنفيذية وقواعد السوق^(٢).

٣- اندماج شركة أو أكثر في شركة مالكة لها بالكامل:

يأتي هذا النوع من أنواع الاندماج استثناءً من متطلبات الفقرات (٢، ٤، ٥) من المادة الخامسة والعشرين بعد المائتين من نظام الشركات، وذلك شريطة استيفاء الآتي:

١- يكون الاندماج بموجب قرار يصدر من الجمعية العامة غير العادية لكل شركة طرف في الاندماج على أن يتضمن القرار المشار إليه المعلومات المطلوبة بموجب الفقرة (٢) من المادة الخامسة والعشرين بعد المائتين من نظام الشركات^(٣).

٢- أن تلغى جميع أسهم الشركة أو الشركات المندمجة^(٤).

- (١) فقرة (٢) من فقرة (ب) من المادة (٤٩) من لائحة الاندماج والاستحواذ.
- (٢) فقرة (٣) من فقرة (ب) من المادة (٤٩) من لائحة الاندماج والاستحواذ.
- (٣) فقرة (١) من المادة (٥٢) من لائحة الاندماج والاستحواذ.
- (٤) فقرة (٢) من المادة (٥٢) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

القسم الثاني: أنواع الاستحواذ:

نظم المشرع السعودي أنواع مختلفة للاستحواذ، منها الاستحواذ الإلزامي والاستحواذ الجزئي والاستحواذ الكلي والاستحواذ العكسي؛ ويعكس ذلك تطور السوق المالية السعودي، وذلك لمواكبة أفضل الممارسات العالمية، وسوف يأتي بيان كل نوع وفقاً للآتي:

١ - الاستحواذ الإلزامي:

عند قيام أي شخص (أو مجموعة من الأشخاص يتصرفون بالاتفاق معه) بزيادة ملكيته في أسهم شركة من الشركات عن طريق شراء مقيد لأسهم، أو عرض مقيد لأسهم، إلى حد تبلغ فيه ملكيته (منفرداً أو مجتمعاً مع الأشخاص الذين يتصرفون باتفاق معه) نسبة ٥٠٪ أو أكثر من فئة معينة من الأسهم المتمتعة بحقوق التصويت، والمدرجة في السوق، فلمجلس الهيئة ممارسة سلطته التقديرية بموجب المادة الرابعة والخمسون من النظام وذلك بإلزام ذلك الشخص (أو الأشخاص الذين يتصرفون بالاتفاق معه) تقديم عرض لشراء الأسهم التي لا يملكها من الفئة نفسها، وفقاً لأحكام هذه المادة والأحكام الأخرى ذات العلاقة من هذه اللائحة، ولا يشمل الالتزام الوارد في هذه المادة تقديم عرض فيما يخص أسهم خزانة الشركة المعروض عليها^(١).

(١) فقرة (أ) من المادة (٢٣) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

٢- الاستحواذ الجزئي:

يجوز للعارض بعد الحصول على موافقة هيئة السوق المالية المسبقة أن يقدم إلى مجلس إدارة الشركة المعروض عليها عرضاً جزئياً^(١)، ويجب أن لا يكون العرض الجزئي لغرض تملك نسبة ٣٠٪ أو أكثر مشروطاً إلا بحصول العارض على الموافقات المتعلقة بالأسهم التي (تؤدي مع الأسهم المستحوذ عليها أو المتفق على الاستحواذ عليها من قبل العارض قبل أو خلال العرض) إلى امتلاك العارض لأسهم تتمتع بما نسبته ٣٠٪ أو أكثر من حقوق التصويت (وذلك في حال عدم وجود أي موافقات نظامية أخرى لازمة لتنفيذ العرض)^(٢).

٣- الاستحواذ الكلي:

يجوز للعارض (على أن يكون شركة مساهمة) أن يقدم عرضاً إلى مجلس إدارة الشركة المعروض عليها لشراء جميع أسهم الشركة المعروض عليها عن طريق مبادلة أوراق مالية في العارض مقابل جميع أسهم الشركة المعروض عليها^(٣).

(١) فقرة (أ) من المادة (٢٥) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) فقرة (ب) من المادة (٢٥) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٣) فقرة (أ) من المادة (٢٦) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

٤ - الاستحواذ العكسي:

يقصد به قيام الشركة المدرجة بعرض أسهم جديدة على مساهمي شركة غير مدرجة بدلاً من أسهمهم بحيث تمثل هذه الأسهم الجديدة أكثر من ٥٠٪ من أسهم الشركة المدرجة المتمتعة بحق التصويت بعد عملية الاستحواذ^(١).

المطلب الثاني: شروط الاندماج والاستحواذ:

سوف أتحدث في هذا المطلب عن هذه الشروط بشكل عام وفق لائحة الاندماج والاستحواذ، ويأتي بيانه وفقاً للآتي:

١ - تعيين المستشارين القانونيين والماليين مستقلين لكل من للشركة العارضة والشركة المعروض عليها: باستثناء صفقات الشراء والبيع الخاصة، يجب على العارض، والشركة المعروض عليها، تعيين مستشاريهم الماليين على أن يكونوا مستقلين ومرخصاً لهم من قبل الهيئة، وكذلك مستشاريهم القانونيين على أن يكونوا مستقلين ومرخصاً لهم في ممارسة مهنة المحاماة في المملكة. ويجب أن يكون المستشارون الماليون للعارض أو الشركة المعروض عليها ضابط الاتصال للتنسيق مع الهيئة نيابة عن كل منهم فيما يتعلق بالاستحواذ المحتمل أو الاندماج المحتمل^(٢).

(١) قائمة المصطلحات المستخدمة في لوائح هيئة السوق المالية وقواعدها.

(٢) فقرة (أ) من المادة (٣) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

٢- الإبلاغ الأولي لهيئة السوق المالية: حيث يجب على المستشار المالي للشركة العارضة إبلاغ هيئة السوق المالية قبل مخاطبة أي مساهم في الشركة المعروض عليها^(١).

٣- الالتزام بنظام المنافسة وإبلاغ الهيئة العامة للمنافسة: في حال انطباق أحكام نظام المنافسة وتعديلاته ولائحته التنظيمية والتعليمات المتعلقة به، على عرض أو صفقة بيع أو شراء خاصة أو في حال وجود متطلب للحصول على موافقة أي جهة أخرى محلية أو أجنبية أو عدم ممانعة منها، يجب على العارض أن يوضح ذلك في الإعلان عن العرض ويجب على كل من العارض والشركة المعروض عليها إبلاغ الهيئة العامة للمنافسة وفقاً لأحكام نظام المنافسة^(٢)، وتجدر الإشارة إلى أن الهيئة العامة للمنافسة قامت بتحديث معايير الإبلاغ عن التركيز الاقتصادي، لتشمل متطلب الارتباط المحلي التي ستطبق على صفقات الاندماج والاستحواذ، بما يزيد من صعوبة انطباق متطلبات الإبلاغ الإلزامي. فأصبح الآن الإبلاغ إلزامياً في حال استيفاء جميع الشروط التالية تتجاوز حجم المبيعات السنوية للأطراف ٢٠٠ مليون ريال سعودي، وتجاوز حجم المبيعات السنوية للمنشأة الهدف ٤٠ مليون ريال سعودي، وتجاوز حجم المبيعات السنوية المحلية (في المملكة) للأطراف ٤٠ مليون ريال سعودي.

(١) فقرة (ج) من المادة (١٩) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) فقرة (أ) من المادة (٥) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

٤- الحصول على الموافقات النظامية من الجهات القطاعية المختصة.

٥- إجراءات المفاوضات بسرية تامة حيث يجب أن تبقى المفاوضات أو المناقشات بين المساهم البائع والعارض بخصوص صفقات البيع والشراء الخاصة محاطة بسرية تامة وأن تقتصر على عدد محدود من الأشخاص ذوي الصلة بالمساهم البائع والعارض ومستشاريهم المباشرين إن وجدوا، ويجب على المساهم البائع والعارض اللذين يتفاوضان ويتناقشان في شأن صفقة البيع والشراء الخاصة، اتخاذ الإجراءات اللازمة للحد من تسرب المعلومات السرية أو المؤثرة في سعر الورقة المالية أو استخدامها بشكل غير نظامي^(١).

٦- الحصول على المعلومات السرية المتعلقة بالشركة المعروض عليها^(٢)، ويجب على جميع الأشخاص المطلعين على معلومات سرية، وبخاصة تلك التي تؤثر في سعر الورقة المالية، تتعلق بالاستحواذ أو أي صفقة محتملة من هذا النوع، أن يعاملوا هذه المعلومات بسرية ولا يجوز تقديمها إلى شخص آخر إلا إذا كان ذلك ضرورياً، وكان ذلك الشخص يعلم بضرورة الالتزام بالسرية. ويجب على جميع هؤلاء الأشخاص أن يتصرفوا بشكل يحد من فرص حدوث تسرب المعلومات السرية أو المعلومات التي تؤثر في سعر الورقة المالية^(٣).

(١) المادة (٧) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) المادة (٩) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٣) فقرة (ط) من المادة (٣) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

٧- يجب على الشركة العارضة قبل الإعلان عن الصفقة اتخاذ التدابير اللازمة: لا يجوز للعارض الإعلان عن العرض إلا بعد اتخاذ التدابير اللازمة وفقاً لأحكام لائحة الاندماج والاستحواذ والتأكد من قدرته وعزمه على الاستمرار في تنفيذ العرض، وتقع مسؤولية تقديم المشورة إلى العارض واتخاذ جميع الخطوات اللازمة بهذا الشأن على مستشاره المالي^(١).

٨- يجب على العارض التأكد من قدرته على تنفيذ العرض والاستمرار فيه: يجب على الشخص الذي يعتزم الدخول في عملية استحواذ ينشأ بموجبها التزام بتقديم عرض إلى جميع المساهمين التأكد - قبل إتمام العملية - من قدرته على تنفيذ العرض والاستمرار فيه وذلك قبل قيامه بالاستحواذ^(٢).

٩- وجوب نشر إعلان نية الأطراف على إتمام الصفقة: يجب عدم الإعلان عن النية المؤكدة لتقديم عرض إلا عند توافر أسباب كافية لدى العارض للاعتقاد بأنه قادر وسيظل قادراً على تنفيذ العرض، وتقع مسؤولية تقديم المشورة إلى العارض بهذا الخصوص على مستشاره المالي^(٣).

- (١) فقرة (و) من المادة (٣) من لائحة الاندماج والاستحواذ.
(٢) فقرة (ف) من المادة (٣) من لائحة الاندماج والاستحواذ.
(٣) فقرة (هـ) من المادة (١٧) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

١٠- التحقق من حالة العرض الإلزامي المنصوص عليه في لائحة الاندماج والاستحواذ^(١).

١١- القيود على التعاملات والتصرف في الأصول: حيث لا يجوز لمجلس إدارة الشركة المعروض عليها خلال فترة العرض (أو قبل بداية فترة العرض إذا كان لدى مجلس إدارة الشركة المعروض عليها سبب يجعله يعتقد بوجود عرض حقيقي وشيك الحدوث) القيام ببيع أو التصرف أو الاستحواذ، أو الموافقة على بيع أو التصرف أو الاستحواذ على أي أصول ذات قيمة تساوي ١٠٪ أو أكثر من صافي موجودات الشركة المعروض عليها وفقاً لآخر قوائم مالية أولية مفحوصة، أو قوائم مالية سنوية مراجعة، أيهما أحدث سواء عن طريق صفقة واحدة أم عدة صفقات، دون موافقة الجمعية العامة للمساهمين باستثناء ما نص عليه في عقد ملزم مبرم مسبقاً، يجب أن تتضمن مذكرة الدعوة لعقد الجمعية العامة للمساهمين معلومات عن العرض أو العرض المحتمل^(٢).

١٢- وجوب الإعلان وتكملة بيانات مستند العرض^(٣).

(١) فقرة (أ) من المادة (٢٣) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) فقرة (أ) من المادة (٣٦) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٣) المادة (٣٨) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

١٣- وضوح البيانات: يجب على الأطراف المعنية في الاستحواذ أو الاندماج بذل العناية بحيث لا تكون البيانات معدة على نحو قد يؤدي إلى تضليل المساهمين أو السوق^(١).

١٤- يجب أن تقدم خلال الصفقة المعلومات إلى جميع المساهمين دون استثناء: في حالة العرض، يجب على العارض معاملة جميع مساهمي الشركة المعروض عليها من ذات النوع أو الفئة بالتساوي^(٢)، ولا يجوز للعارض أو للشركة المعروض عليها أو أي من مستشاريهما، خلال فترة العرض أو أثناء دراسته، تقديم معلومات إلى بعض المساهمين دون إتاحتها لجميع المساهمين الآخرين، ولا ينطبق هذا المبدأ في أي من الحالتين الآتيتين: تقديم المعلومات بشكل سري من قبل الشركة المعروض عليها إلى عارض محتمل حسن النية أو العكس في سياق العرض، أو تقديم المعلومات بشكل سري من قبل المساهم البائع أو الشركة المعروض عليها إلى العارض في سياق صفقة بيع وشراء خاصة^(٣).

١٥- يجب أن تكون جميع المستندات المتعلقة بالصفقة صحيحة وعادلة وغير مضللة: يجب أن يكون أي مستند أو إعلان ذي صلة بالعرض أو العرض المحتمل يقدم من قبل العارض أو مجلس إدارة

(١) فقرة (ب) من المادة (٣) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) فقرة (ج) من المادة (٣) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٣) فقرة (هـ) من المادة (٣) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

الشركة المعروض عليها أو أي من مستشاريهم المعنيين للمساهمين صحيحًا وعادلاً وغير مضلل^(١).

١٦- يجب على الشركة العارضة تزويد مساهمي الشركة المعروض عليها بالمعلومات والتوصيات الكافية: في حالة العرض، يجب على العارض ومجلس إدارة الشركة المعروض عليها تزويد مساهمي الشركة المعروض عليها بالمعلومات والتوصيات الكافية؛ لتمكينهم من التوصل إلى قرار سليم بشأن قبول أو رفض العرض، وإتاحة الوقت الكافي لهم لاتخاذ ذلك القرار، وعدم حجب أي معلومات ذات صلة عنهم^(٢).

١٧- يجب إفصاح المساهمين عند وجود تعارض المصالح: عند وجود أطراف ذوي علاقة في الاندماج أو الاستحواذ الذي تنطبق عليه أحكام هذه اللائحة، يجب الإفصاح للمساهمين المعنيين بشكل كامل عن مصالح تلك الأطراف في الصفقة قبل إتمامها، ويجب أن تكون بشروط مساوية للشروط المطبقة على أي صفقة اشترك فيها أشخاص آخرون في ظروف مماثلة^(٣).

١٨- حظر التصويت عند وجود مصلحة: لا يحق للمساهم الذي يملك أسهمًا في العارض (أو الشركة الداجنة) والشركة

(١) فقرة (د) من المادة (٣) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) فقرة (ح) من المادة (٣) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٣) فقرة (ك) من المادة (٣) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

المعروض عليها (أو الشركة المندمجة) التصويت في الجمعية العامة للمساهمين على قرارات تتعلق بعروض تنطبق عليها هذه اللائحة إلا في إحدى الشريكتين^(١).

١٩- يجب على مجلس إدارة الشركة المعروض عليها التصرف دائماً وفقاً لمصلحة المساهمين^(٢).

٢٠- يجب عدم خلق سوق غير حقيقية تتذبذب فيها أسعار الأوراق المالية: لا يجوز خلق سوق غير حقيقية تتذبذب فيها أسعار الأوراق المالية للشركة المعروض عليها أو (الشركة المندمجة)، أو الشركة العارضة أو (الشركة الداخلة) أو أي شركة لها علاقة بالاستحواذ أو الاندماج، أو أي شركة أخرى ذات علاقة بالعرض على نحو يكون فيه ارتفاع أو انخفاض في أسعار الأوراق المالية ذات العلاقة وهمياً ويخل بالوظيفة الطبيعية للسوق^(٣).

٢١- يجب أن لا تتأثر أعمال الشركة المعروض عليها أكثر من المدة المعقولة نتيجة للاستحواذ أو الاندماج^(٤).

٢٢- يجب على الشركة العارضة تقديم الجدول الزمني المقترح للعرض: يجب على العارض مخاطبة الهيئة لغرض تقديم الجدول

(١) فقرة (ن) من المادة (٣) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) فقرة (ل) من المادة (٣) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٣) فقرة (ص) من المادة (٣) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٤) فقرة (ق) من المادة (٣) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

الزمني المقترح للعرض خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام تلي اليوم الذي تم فيه الإعلان^(١)

٢٣- تقييم الأصول: عند تقييم أصول أو ممتلكات مادية أو غير مادية متعلقة بالعرض، يجب تأييدها في وقت النشر بتقرير التقييم المتضمن رأي مقيم معتمد مستقل مع ذكر اسمه، وإيضاح الأساس الذي اعتمد عليه في التقييم. ويجب أيضاً أن يتضمن مستند التقييم بياناً يفيد بموافقة ذلك المقيم وعدم تراجعها عنها على نشر تقرير التقييم المعد من قبله، ويجب أن يتضمن تقرير تقييم الأصول المتعلق بالعرض المعد وفقاً لهذه المادة تاريخ سريان التقييم وعنوان المقيم ومؤهلاته المهنية. وإذا كان التقييم غير حديث، فيجب على المقيم نفسه أن يؤكد أن التقييم الحالي لن يكون مختلفاً بشكل جوهري، وإذا تعذر إعطاء مثل هذا التأكيد، وجب تحديث التقييم^(٢).

٢٤- حق سحب القبول: يجوز لأي شخص قبل العرض، سحب قبوله خلال الوقت المحدد لذلك في الجدول الزمني وفقاً للفقرة الفرعية (١/ ط) من الفقرة (ج) من المادة السابعة عشرة من لائحة الاندماج والاستحواذ^(٣).

(١) فقرة (ج) من المادة (١٧) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) المادة (٤٢) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٣) المادة (٤٦) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

٢٥- تحديد السعر في صفقات البيع والشراء الخاص: للمساهم البائع والعارض في صفقة البيع والشراء الخاصة بالاتفاق على أي سعر شراء للأسهم محل الصفقة يروونه مناسباً إما عن طريق علاوة أو خصم عن سعر أسهم الشركة المعروض عليها في السوق، ويجب على كل من المساهم البائع والعارض والشركة المعروض عليها (حيثما ينطبق) في صفقة البيع والشراء الخاصة الإفصاح عن سعر الشراء المتفق عليه في تلك الصفقة من خلال الإعلان الذي يجب عليهم القيام به وفقاً للمادة العاشرة من لائحة الاندماج والاستحواذ^(١).

٢٦- الشروط غير الموضوعية وشروط التمويل: يجب أن لا يخضع العرض لشروط تعتمد فقط على قرارات غير موضوعية للعارض أو الشركة المعروض عليها، أو مجلس إدارة أي منهما، أو أن يكون تحقيق تلك الشروط خاضعاً لآرائهم، ويجب أن لا يخضع العرض لشروط متعلقة بالتمويل^(٢).

٢٧- يجب على الشركة العارضة تقديم عرض يمكن مقارنته لكل نوع أو فئة من فئات أسهم الشركة المعروض عليها: إذا كان لدى الشركة المعروض عليها أكثر من نوع أو فئة من أسهم رأس المال، فيجب تقديم عرض يمكن مقارنته لكل نوع أو فئة من فئات أسهمها (سواء أكان لهذا النوع أو الفئة حقوق تصويت أم لا) على أن تخاطب

(١) المادة (١٤) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) المادة (٢٩) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

الهيئة في هذا الشأن مسبقاً. ويجب أن لا يكون العرض المقدم للأسهم غير المتمتعة بحقوق التصويت مشروطاً بأي مستوى معين من القبول لذلك النوع أو الفئة ما لم يكن العرض المقدم للأسهم المتمتعة بحقوق التصويت مشروطاً أيضاً بنجاح العرض المقدم للأسهم غير المتمتعة بحقوق التصويت، وتنطبق أحكام هذه الفقرة على أي شركة معروض عليها تمتلك حقوق خيار أو حقوق اكتتاب قائمة^(١).

٢٨- مسؤولية الشركة المعروض عليها عن تحديث سجل المساهمين: يجب على مجلس إدارة الشركة المعروض عليها إشعار السوق ومركز الإيداع بالعرض للتأكد من تحديث سجل المساهمين خلال فترة العرض^(٢).

٢٩- مع عدم الإخلال بما نصت عليه الفقرة (١) من المادة (٤٩) من لائحة الاندماج والاستحواذ يجب قبل إتمام صفقة الاندماج الحصول على موافقة المساهمين على ذلك في الجمعية العامة غير العادية للعارض والشركة المعروض عليها، وبما يتوافق مع نظام الشركات^(٣).

٣٠- الالتزام برسوم الإنهاء: في حال الاتفاق على إدراج رسوم الإنهاء ضمن الصفقة بعد موافقة هيئة السوق المالية بين العارض أو العارض المحتمل والشركة المعروض عليها التي تلتزم بموجبها الشركة المعروض

(١) المادة (٣٠) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) المادة (٣٧) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٣) فقرة (٢) من المادة (٥٠) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

عليها بدفع مبلغ مالي محدد عند وقوع حدث معين من شأنه إيقاف العرض أو التسبب في فشله، ويشمل ذلك على سبيل المثال لا الحصر توصية إدارة الشركة المعروض عليها بقبول عرض منافس أعلى، ويجب أن تكون رسوم الإنهاء المقترحة بقيمة محدودة وأن لا تتجاوز نسبة ١٪ من قيمة العرض، ويجب على مجلس إدارة الشركة المعروض عليها ومستشارها المالي التأكيد للهيئة كتابياً أن تلك الرسوم لمصلحة المساهمين في الشركة المعروض عليها، ويجب الإفصاح الكامل عن الترتيبات المتعلقة برسوم الإنهاء في مستند العرض وفي الإعلان المطلوب بموجب الفقرة (هـ) من المادة السابعة عشرة من هذه اللائحة^(١).

٣١- فترة الحظر اللاحقة: في حال تم سحب العرض أو بطلانه، لا يجوز للعارض، ولا لأي شخص يعمل بالاتفاق معه، القيام بتقديم عرض جديد لتلك الشركة، أو شراء أسهم في تلك الشركة تؤدي إلى وجوب تقديم عرض إلزامي، وذلك لمدة (٦) أشهر من تاريخ سحب العرض أو بطلانه، إلا بعد الحصول على موافقة هيئة السوق المالية.

على الرغم من مواءمة لائحة الاندماج والاستحواذ لأفضل المعايير والممارسات العالمية، إلا أنه يُلاحظ أن صياغتها الفنية اتسمت بتوزيع الشروط عبر أبواب وفصول متفرقة من اللائحة، بدلاً من سردها في تسلسل موحد. هذا التوزيع قد يلقي بعبء إضافي على كل من المستشارين القانونيين وأطراف الصفقة في استقراء كافة الالتزامات

(١) فقرة (ب) من المادة (٣٦) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

لضمان الامتثال التام ومنعاً لإسقاط أي شرط جوهري؛ وهو التحدي الذي سعت لمعالجته من خلال الحصر والترتيب المنهجي لهذه الشروط في هذا المطلب.

المطلب الثالث: الإجراءات القانونية للاندماج والاستحواذ:

سوف أقوم في هذا المطلب بالتطرق لهذه الإجراءات وفق لائحة الاندماج والاستحواذ الصادرة عن هيئة السوق المالية، ويأتي بيان ذلك وفقاً للآتي:

١- إجراء المفاوضات الأولية وإبلاغ الشركة المعروض عليها: فيجب تقديم العرض إلى مجلس إدارة الشركة المعروض عليها أو مستشاريها قبل أو بحد أقصى وقت تقديمه إلى مساهمي الشركة المعروض عليها، ويجب أن يوضح العرض، أو التفاوض بشكل أولي في شأنه، هوية المساهمين الكبار لدى العارض أو العارض المحتمل وأي أشخاص آخرين يتصرفون بالاتفاق معهم، إذا لم يكن العرض، أو التفاوض بشكل أولي في شأنه، مقدماً من قبل العارض أو العارض المحتمل، فإنه يجب الإفصاح عن هوية ذلك العارض أو العارض المحتمل لمجلس إدارة الشركة المعروض عليها في بداية تقديم العرض أو التفاوض بشكل أولي في شأنه^(١).

٢- إجراء وتقديم مستند الفحص النافي للجهالة.

(١) المادة (١٦) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

٣- إجراء كل من الشركة العارضة والشركة المعروض عليها استشارة مستقلة: فيجب على كل من مجلس إدارة العارض (في حال كون العارض شركة مساهمة مدرجة) ومجلس إدارة الشركة المعروض عليها الحصول على استشارة مستقلة ومختصة بشأن العرض من مستشارين ماليين، يتم تعيينهم بموجب الفقرة (أ) من المادة الثالثة من لائحة الاندماج والاستحواذ، ويجب إبلاغ مساهميها بمضمون هذه الاستشارة^(١).

٤- الإعلان الأولي: قبل بدء المفاوضات الأولية مع مجلس إدارة الشركة المعروض عليها، تقع مسؤولية إصدار الإعلان المطلوب وفقاً للفقرة (أ) من المادة (١٧) من لائحة الاندماج والاستحواذ على عاتق العارض. ويجب على العارض في هذه الحالة مراقبة أي مؤشرات على وجود تغير غير معتاد في سعر أسهم الشركة المعروض عليها أو عند تعرض الشركة المعروض عليها للشائعات والتوقعات ويكون العارض مسؤولاً أيضاً عن الإعلان بمجرد نشوء التزام بموجب المادة الثالثة والعشرين من هذه لائحة الاندماج والاستحواذ^(٢)، وبعد بدء المفاوضات الأولية مع مجلس إدارة الشركة المعروض عليها - سواء أدى ذلك أو لم يؤد إلى تقديم عرض - فإن المسؤولية الرئيسية عن القيام بالإعلان المطلوب وفقاً للفقرة (أ) من هذه المادة تقع على عاتق مجلس

(١) المادة (١٨) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) فقرة (١) من فقرة (ب) من المادة (١٧) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

إدارة الشركة المعروض عليها الذي تجب عليه في هذه الحالة مراقبة أي مؤشرات على وجود تغير غير معتاد في سعر أسهم الشركة المعروض عليها أو عند تعرض الشركة المعروض عليها للشائعات والتوقعات^(١)، وفي حال وجود توصية بقبول العرض وتقديم طلب إلى الهيئة لتعليق التداول بشكل مؤقت، وموافقة الهيئة على ذلك الطلب، يجوز للشركة المعروض عليها الاستعاضة عن الإعلان الفوري بالحصول على الموافقة على التعليق المؤقت للتداول، وقيامها بالإعلان بعد ذلك مباشرة^(٢)، ولا يجوز للعارض المحتمل أن يسعى إلى منع مجلس إدارة الشركة المعروض عليها من إصدار الإعلان أو من طلب تعليق التداول بشكل مؤقت من الهيئة^(٣).

٥- الإعلان عن النية المؤكدة لتقديم العرض: يجب عدم الإعلان عن النية المؤكدة لتقديم عرض إلا عند توافر أسباب كافية لدى العارض للاعتقاد بأنه قادر وسيظل قادرًا على تنفيذ العرض. وتقع مسؤولية تقديم المشورة إلى العارض بهذا الخصوص على مستشاره المالي^(٤)، ويجب أن تتضمن بيانات الإعلان الواردة في الفقرة (هـ) من المادة (١٧) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

- (١) فقرة (٢) من فقرة (ب) من المادة (١٧) من لائحة الاندماج والاستحواذ.
- (٢) فقرة (٣) من فقرة (ب) من المادة (١٧) من لائحة الاندماج والاستحواذ.
- (٣) فقرة (٤) من فقرة (ب) من المادة (١٧) من لائحة الاندماج والاستحواذ.
- (٤) فقرة (١) من فقرة (هـ) من المادة (١٧) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

٦- مخاطبة العارض هيئة السوق المالية وتقديم الجدول الزمني المقترح للعرض: يجب على العارض مخاطبة الهيئة لغرض تقديم الجدول الزمني المقترح للعرض خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام تلي اليوم الذي تم فيه الإعلان^(١).

٧- إبلاغ الهيئة العامة للمنافسة: في حال انطباق أحكام نظام المنافسة وتعديلاته ولائحته التنظيمية والتعليمات المتعلقة به، على عرض أو صفقة بيع أو شراء خاصة أو في حال وجود متطلب للحصول على موافقة أي جهة أخرى محلية أو أجنبية أو عدم ممانعة منها، يجب على العارض أن يوضح ذلك في الإعلان عن العرض ويجب على كل من العارض والشركة المعروض عليها إبلاغ الهيئة العامة للمنافسة وفقاً لأحكام نظام المنافسة^(٢).

٨- تحديد طبيعة العوض المتعلق بالعرض: يكون تحديد العوض للعرض على ثلاثة أشكال في صفقات الاندماج والاستحواذ، وهي كالآتي:

أ- العرض النقدي: في حال شراء أسهم من أي فئة من فئات أسهم الشركة المعروض عليها مقابل مبلغ نقدي من العارض أو أي شخص يتصرف بالاتفاق معه خلال فترة العرض أو خلال الاثني عشر شهراً السابقة لفترة العرض، يجب أن يكون العرض المقدم إلى تلك الفئة من

(١) فقرة (ج) من المادة (١٧) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) فقرة (أ) من المادة (٥) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

الأسهم نقدًا أو مصحوبًا ببديل نقدي لا يقل عن أعلى سعر دفعه العارض أو أي شخص يتصرف بالاتفاق معه للأسهم من تلك الفئة خلال فترة العرض أو خلال الاثني عشر شهرًا السابقة لها^(١).

ب- الإعفاء من أعلى سعر: يجوز للعارض إذا رأى أن أعلى سعر يلزم دفعه لغرض تطبيق الفقرة (١) من المادة (٢٨) من لائحة الاندماج والاستحواذ، وينبغي عدم تطبيقه في حالة معينة التقدم إلى الهيئة لاتخاذ ما تراه مناسبًا بشأن السعر المعدل^(٢).

ج- العرض غير النقدي: إذا كان العارض شركة، فيجوز له تقديم عرض يشمل مقابلًا غير نقدي بشكل كامل أو جزئي ويشمل ذلك إصدار أسهم من العارض إلى مساهمي الشركة المعروض عليها وفقًا للشروط الواردة الفقرتين الفرعيتين (١ و ٢) من الفقرة (ج) من المادة (٢٨) من لائحة الاندماج والاستحواذ^(٣).

٩- تقييم الأصول المتعلقة بالعرض أو الصفقة: عند تقييم أصول ممتلكات مادية أو غير مادية متعلقة بالعرض، يجب تأييدها في وقت النشر بتقرير التقييم المتضمن رأي مقيم معتمد مستقل مع ذكر اسمه، وإيضاح الأساس الذي اعتمد عليه في التقييم. ويجب أيضًا أن يتضمن مستند التقييم بيانًا يفيد بموافقة ذلك المقيم وعدم مراجعته عنها على

(١) فقرة (أ) من المادة (٢٨) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) فقرة (ب) من المادة (٢٨) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٣) فقرة (ج) من المادة (٢٨) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

نشر تقرير التقييم المعد من قبله^(١)، ويجب أن يتضمن تقرير تقييم الأصول المتعلق بالعرض المعد وفقاً لهذه المادة تاريخ سريان التقييم وعنوان المقيم ومؤهلاته المهنية. وإذا كان التقييم غير حديث، فيجب على المقيم نفسه أن يؤكد أن التقييم الحالي لن يكون مختلفاً بشكل جوهري، وإذا تعذر إعطاء مثل هذا التأكيد، وجب تحديث التقييم^(٢).

١٠ - إعداد مجلس إدارة الشركة العارضة أو الشركة المعروض عليها توقعات الأرباح القادمة: يجب أن يعد مجلس الإدارة ذو العلاقة توقعات الأرباح بعناية وحرص، مع الاستعانة بالاستشارة المهنية المتخصصة، وتقع مسؤولية هذه التوقعات على مجلس الإدارة. ويجب على المستشارين الماليين التأكد من أن توقعات الأرباح أعدت بعناية وحرص من مجلس الإدارة^(٣)، وعند تضمين توقعات الأرباح في أي مستند موجه للمساهمين بشأن العرض، أو في أي إعلان صحفي، يجب إيضاح الافتراضات التي تم بناء توقعات الأرباح عليها^(٤).

١١ - تقديم ونشر مستند العرض: تقديم مستند العرض النهائي إلى الهيئة للموافقة على نشره، وبعد ذلك يجب نشر مستند العرض

-
- (١) فقرة (أ) من المادة (٤٢) من لائحة الاندماج والاستحواذ.
 (٢) فقرة (ب) من المادة (٤٢) من لائحة الاندماج والاستحواذ.
 (٣) فقرة (أ) من المادة (٤١) من لائحة الاندماج والاستحواذ.
 (٤) فقرة (ب) من المادة (٤١) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

الموافق على نشره من قبل الهيئة والمعد من قبل العارض وتزويد الشركة المعروض عليها ومساهمي الشركة المعروض عليها به^(١).

١٢ - تعميم مجلس إدارة الشركة المعروض عليها رأيها على المساهمين بشأن العرض: يجب على مجلس إدارة الشركة المعروض عليها تعميم رأيها على المساهمين بشأن العرض بما في ذلك أي عرض بديل، وعليه في الوقت نفسه إبلاغ المساهمين في الشركة بتفاصيل المشورة التي قدمت إليه من المستشارين الماليين المستقلين المعيّنين بموجب المادة الثامنة عشرة من هذه اللائحة. كما يجب أن تنشر تعاميم مجلس إدارة الشركة المعروض عليها وفقاً للجدول الزمني للاستحواذ المعلن عنه من قبل الهيئة وفقاً للفقرة (ج) من المادة السابعة عشرة من لائحة الاندماج والاستحواذ^(٢)، ويجب أن يتضمن تعميم مجلس إدارة الشركة المعروض عليها المشار إليه في الفقرة (أ) من المادة (٣٩) من لائحة الاندماج والاستحواذ رأيها متى كان ذلك مناسباً حول خطط العارض بشأن الشركة المعروض عليها وموظفيها^(٣)، ويجب أن يبين أول تعميم صادر عن مجلس إدارة الشركة المعروض عليها للمساهمين بخصوص العرض سواء أكان التعميم يوصي

(١) فقرة (١) من فقرة (ج) من المادة (١٧) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) فقرة (أ) من المادة (٣٩) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٣) فقرة (ب) من المادة (٣٩) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

بالموافقة على العرض أم رفضه وفق ما تم النص عليه في الفقرتين (ج) و(د) من المادة (٣٩) من لائحة الاندماج والاستحواذ^(١).

١٣- المدد المتعلقة بالعرض: يجب أن تكون جميع المدد المتعلقة بالعرض -سواء أكان معدلاً أم لا- مطابقة للجدول الزمني المقدم من العارض المشار إليه في الفقرة الفرعية (١) من الفقرة (ج) من المادة السابعة عشرة من لائحة الاندماج والاستحواذ، بما في ذلك المدة التي يكون العرض فيها متاحاً، والموعد الذي يصبح فيه العرض أو يعلن عنه بأنه غير مشروط بالنسبة للقبول، وإذا كان العرض خاضعاً لنظام المنافسة، فلا يجوز أن يصبح العرض غير مشروط أو يعلن عنه بأنه غير مشروط بالنسبة للقبول بعد نهاية المدة المحددة في الجدول الزمني للعرض المشار إليه في الفقرة الفرعية (١/ي) من الفقرة (ج) من المادة السابعة عشرة من لائحة الاندماج والاستحواذ، وفي حال تأكيد العارض على أنه لن يتم تمديد فترة العرض بعد يوم محدد، فلا يجوز أن يصبح هذا العرض غير مشروط، أو أن يعلن عنه بأنه غير مشروط بالنسبة للقبول، بعد ذلك اليوم، وعندما يصبح العرض أو أن يتم الإعلان عنه بأنه غير مشروط بالنسبة للقبول، يجب أن يبقى متاحاً للقبول وفقاً للفقرة الفرعية (١/ك) من الفقرة (ج) من المادة السابعة عشرة من لائحة الاندماج والاستحواذ، وإذا كان العرض غير مشروط

(١) فقرة (ج) من المادة (٣٩) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

بالنسبة للقبول منذ البداية، فلا يلزم تمديد فترة العرض شريطة بيان ذلك بشكل واضح في مستند العرض^(١).

١٤ - فترة الحظر والقيود: لا يجوز للعارض وأي شخص يتصرف بالاتفاق معه خلال فترة العرض بيع أي ورقة مالية في الشركة المعروض عليها دون الحصول على موافقة مسبقة من الهيئة، وفي جميع الأحوال لا يجوز البيع بقيمة تقل عن قيمة العرض، ولا يجوز للعارض وأي شخص يتصرف بالاتفاق معه خلال فترة العرض التعامل في أي ورقة مالية للعارض إذا كان العارض شركة مساهمة مدرجة في حالة وجود معلومات تتعلق بالعرض أو عرض محتمل تعد بالنسبة إلى العارض معلومات مؤثرة في سعر ورقته المالية^(٢).

١٥ - الإفصاح عن التعاملات خلال فترة العرض: يجب على الشركة المعروض عليها وأي شخص يتصرف بالاتفاق معها الإفصاح للجمهور خلال فترة العرض عن تعاملاتها لحسابها الخاص في الأوراق المالية للعارض في حال كان العارض شركة مساهمة مدرجة أو للشركة المعروض عليها بنهاية ثالث يوم تداول يلي اليوم الذي تمت فيه التعاملات ذات الصلة، كذلك يجب على العارض وأي شخص يتصرف بالاتفاق معه الإفصاح للجمهور خلال فترة العرض عن تعاملاته لحسابه الخاص في الأوراق المالية للشركة المعروض عليها أو للعارض

(١) فقرة (أ) من المادة (٤٤) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) فقرة (ب) من المادة (١٩) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(في حال كان العارض شركة مساهمة مدرجة) بنهاية ثالث يوم تداول يلي اليوم الذي تمت فيه التعاملات ذات الصلة^(١)، ويجب الإفصاح بشكل خاص للهيئة خلال فترة العرض عن التعاملات التي تتم لحساب عملاء من قبل العارض أو الشركة المعروض عليها وأي شخص يتصرف بالاتفاق مع أي منهما في الأوراق المالية للشركة المعروض عليها أو العارض في حال كان شركة مساهمة مدرجة بنهاية ثالث يوم تداول يلي اليوم الذي تمت فيه التعاملات ذات الصلة^(٢).

١٦- التحقق من المعلومات المتعلقة بالعرض: يجب أن تكون المعلومات المتعلقة بالعرض وفق ثلاثة عناصر رئيسية:

أ- معيار العناية: يجب أن يكون أي إعلان أو وثيقة أو بيان متعلق بالعرض صدر خلال فترة العرض مستوفياً لمعايير الدقة والعناية كما هو الحال في أي نشرة إصدار وفقاً للنظام ولوائح التنفيذ، وأن تقدم تلك المعلومات بطريقة مناسبة وعادلة، سواء صدرت عن الشركة المعروض عليها أم العارض أم مستشاريهما الماليين، وإذا كان الإعلان أو الوثيقة أو البيان المنشور بخصوص عرض يحتوي على مشورة أو رأي أو تقرير أو تقييم مستقل أعدته مستشارون خارجيون فيجب أن يشمل ذلك الإعلان أو الوثيقة على نص يفيد بأن كل الأطراف (كالمستشارين الماليين أو المراجعين الخارجيين أو المقيمين المستقلين وافقوا دون سحب

(١) فقرة (أ) من المادة (٢٢) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) فقرة (ب) من المادة (٢٢) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

هذه الموافقة على تضمين مشورتهم أو تقريرهم أو رأيهم حيثما ينطبق) في الوثيقة ذات العلاقة بالشكل والسياق المذكورين^(١).

ب- البيانات غير الصحيحة: يجب على الأطراف المشاركة ومستشاريهم - في أي عرض - عدم إصدار أي بيان غير دقيق أو غير صحيح قد يكون مضللاً للمساهمين أو للسوق^(٢).

ج- توزيع الوثائق والإعلانات وتوفيرها: يجب تزويد الهيئة والمستشارين الماليين للأطراف ذات العلاقة بالعرض بنسخ من جميع الوثائق والإعلانات والدعايات وأي مواد مرسلة إلى الإعلام متعلقة بالعرض عند طلبها. وفي حال إصدار تلك الوثائق والإعلانات والدعايات وأي مواد متعلقة بالعرض خارج أوقات العمل الرسمية، يجب إبلاغ المستشارين الماليين للأطراف ذات العلاقة بالعرض فوراً، ويلزم اتخاذ الترتيبات الكافية لضمان حصول الهيئة والمستشارين الماليين لجميع الأطراف ذوي العلاقة بالعرض على تلك المواد بشكل مباشر، ولا يجوز الإضرار بأي طرف معني بالعرض بسبب التأخر في تزويده بأي معلومة جديدة عن العرض^(٣).

١٧- حق سحب القبول: يجوز لأي شخص قبل العرض، سحب قبوله خلال الوقت المحدد لذلك في الجدول الزمني وفقاً للفقرة

(١) فقرة (أ) من المادة (٣٤) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) فقرة (ب) من المادة (٣٤) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٣) فقرة (ج) من المادة (٣٤) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

الفرعية (١/ ط) من الفقرة (ج) من المادة السابعة عشرة من لائحة الاندماج والاستحواذ^(١).

١٨- مراجعة العرض: يجب في حال تعديل العرض أن لا تكون شروطه أقل تفضيلاً لمساهمي الشركة المعروض عليها من سابقه، وأن يكون لجميع المساهمين الذين قبلوا العرض الأصلي الحق في القيمة المعدلة^(٢)، ويجوز للعارض وضع شروط جديدة في العرض إذا كان الغرض من ذلك تقديم عرض أفضل أو لزيادة قيمته، شريطة الحصول على موافقة هيئة السوق المالية المسبقة^(٣).

١٩- إمكانية تمديد العرض: لا يلزم تمديد عرض لم يتم الوفاء بشروطه في اليوم الأول من تاريخ إقفاله أو أي تاريخ إقفال لاحق، ويجب في أي إعلان يتضمن تمديد العرض إما ذكر تاريخ الإقفال التالي، أو تقديم بيان يفيد بأن العرض سيبقى متاحاً حتى إشعار آخر إذا كان العرض غير مشروط بالنسبة للقبول وفقاً للفقرة الفرعية (١/ ك) من الفقرة (ج) من المادة السابعة عشرة من لائحة الاندماج والاستحواذ^(٤).

(١) المادة (٤٦) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) فقرة (أ) من المادة (٤٥) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٣) فقرة (ب) من المادة (٤٥) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٤) فقرة (ج) من المادة (٤٤) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

٢٠- الوقت المحدد للوفاء بجميع الشروط: يجب الوفاء بجميع شروط العرض وإلا عد منتهياً خلال الفترة المحددة في الجدول الزمني المشار إليه في الفقرة الفرعية (١/ل) من الفقرة (ج) من المادة السابعة عشرة من لائحة الاندماج والاستحواذ^(١).

٢١- صدور قرار الجمعية العامة للمساهمين: يجب أن تتضمن مذكرة الدعوة لعقد الجمعية العامة للمساهمين معلومات عن العرض أو العرض المحتمل، ويعد العرض منتهياً عند صدور قرار من الجمعية العامة للمساهمين بعدم الموافقة عليه ويجب على شركة العارض أن تشعر الهيئة بذلك^(٢).

٢٢- الإعلان عن نتيجة القبول: يجب على العارض الإعلان عن نتيجة قبول العرض قبل نصف ساعة من الوقت المقرر لافتتاح السوق وبما لا يتجاوز اليوم التالي للموعد المحدد لانتهاء العرض، أو اليوم التالي بعد أن يصبح العرض أو يتم الإعلان عنه بأنه غير مشروط بالنسبة للقبول، أو اليوم التالي لتعديل العرض أو تمديده، على أن يحدد الإعلان العدد الإجمالي للأسهم والحقوق المترتبة عليها^(٣).

(١) فقرة (د) من المادة (٤٤) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٢) فقرة (٦) من الفقرة (ب) من المادة (٤٨) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

(٣) فقرة (أ) من المادة (٣٢) من لائحة الاندماج والاستحواذ.

٢٣- سداد قيمة العرض: يجب سداد قيمة العرض خلال الفترة المحددة في الجدول الزمني المشار إليه في الفقرة الفرعية (١) من الفقرة (ج) من المادة السابعة عشرة من لائحة الاندماج والاستحواذ^(١).

٢٤- إقفال الصفقة: سواءً بإتمام الصفقة وتسوية المقابل المالي أو عدم إتمام الصفقة.

وعلى الرغم من أن لائحة الاندماج والاستحواذ قد نصت على الإجراءات النظامية اللازمة للدخول في هذه الصفقات، إلا أن هذه الإجراءات لم تأتِ بشكل متسلسل ومستقل، بل وردت نصوصها متفرقة بين ثنايا اللائحة؛ وهو التحدي الذي حاولت معالجته من خلال محاولة ترتيب التسلسل لهذه الإجراءات.

(١) فقرة (هـ) من المادة (٤٤) من لائحة الاندماج والاستحواذ.



المبحث الثاني الآثار والتحديات والاستراتيجيات المبتكرة للاندماج والاستحواذ

المطلب الأول: دور هيئة السوق المالية في التنظيم والإشراف على صفقات الاندماج والاستحواذ:

تعد هيئة السوق المالية السلطة التنظيمية والرقابية العليا المسؤولة عن تنظيم صفقات الاندماج والاستحواذ والإشراف عليها في السوق المالية السعودية، ويتمحور دور الهيئة حول تحقيق أهدافها الأساسية المتمثلة في حماية المستثمرين، وتعزيز الاستقرار المالي، والحفاظ على المنافسة العادلة في السوق المالية، وتمثل أدوار الهيئة الرئيسية في الآتي:

١ - إصدار وتطوير التشريعات للسوق المالية: تعمل هيئة السوق المالية على إعداد وتحديث اللوائح المتعلقة بعمليات الاندماج والاستحواذ، سواءً لائحة الاندماج والاستحواذ أو كذلك القواعد واللوائح التي تطرقت للاندماج أو الاستحواذ لضمان توافقها مع أهداف النظام المالي السعودي وحماية مصالح الأطراف المختلفة، وتشمل هذه اللوائح شروط ومتطلبات الشفافية وغيرها من الأمور لتجنب أي تلاعب سواء كان بحق المساهمين أو السوق أو حتى النظام العام^(١).

(١) الفقرة (أ) من المادة (٥) من نظام السوق المالية السعودي مرسوم ملكي رقم (م/٣٠) وتاريخ ١٤٢٤/٦/٢هـ.

٢- الموافقة والإشراف: تتطلب الهيئة تقديم طلب رسمي للموافقة على أي صفقة اندماج أو استحواذ، حيث تقوم بمراجعة العروض المقدمة لضمان توافقها مع الأنظمة واللوائح والقواعد لضمان عدم وجود تأثيرات سلبية على المنافسة^(١).

٣- حماية حقوق المساهمين: تلتزم الهيئة بضمان حماية حقوق المساهمين خلال عمليات الاندماج والاستحواذ، وتطلب الهيئة من الشركات الإفصاح عن جميع المعلومات الهامة المتعلقة بصفقات الاندماج أو الاستحواذ، حتى يتمكن المساهمون من اتخاذ قرارات مبنية على معلومات دقيقة^(٢).

٤- صلاحية هيئة السوق المالية في فرض العقوبات: تتجاوز صلاحيات الهيئة الإشراف إلى الردع، حيث تملك الحق في اتخاذ إجراءات الإنفاذ وفرض العقوبات والغرامات المالية على أي من الأطراف المخالفة لأحكام لائحة الاندماج والاستحواذ ونظام السوق المالية، مما يشكل ضماناً فعلياً لسلامة الإجراءات.

٥- ضمان الشفافية والإفصاح: تفرض هيئة السوق المالية على الشركات الالتزام بلائحة حوكمة الشركات والالتزام بمعايير الشفافية والإفصاح خلال صفقات الاندماج والاستحواذ، حيث تُلزم الشركات بالإعلان عن تفاصيل الصفقة وتقييم آثارها

(١) المادة (٥) من نظام السوق المالية السعودي.

(٢) المادة (٥) من نظام السوق المالية السعودي.

المحتملة، وتهدف هذه الإجراءات إلى بناء الثقة بين المستثمرين وتعزيز الشفافية في السوق المالية^(١).

٦ - مراقبة هيئة السوق المالية في مدى تأثير السوق بالصفقات: تتابع الهيئة تأثيرات صفقات الاندماج والاستحواذ على التنافسية في السوق، وتحرص على ألا تؤدي هذه الصفقات إلى احتكار الأسواق أو تقليل الفرص المتاحة للشركات الأخرى، وتقوم الهيئة بالتنسيق مع الجهات الأخرى مثل الهيئة العامة للمنافسة لضمان عدم حدوث أي احتكار أو تركيز ضار في السوق.

٧- التطوير: تساهم الهيئة في تطوير بيئة السوق المالية والقطاع المالي لتشجيع دخول الشركات المدرجة في صفقات الاندماج والاستحواذ التي تعود بالفائدة على الاقتصاد المحلي، باستخدام أفضل الممارسات العالمية، مما يدعم كفاءة السوق ويساهم في تحقيق الأهداف الاستراتيجية لـ رؤية المملكة العربية السعودية ٢٠٣٠ وخطط التطوير للقطاع المالي.

(١) الفقرة (٤) من المادة (٣) من لائحة حوكمة الشركات الصادرة عن مجلس إدارة هيئة السوق المالية بموجب القرار رقم ٨-١٦-٢٠١٧ وتاريخ ١٦/٥/١٤٣٨هـ الموافق ١٣/٢/٢٠١٧م.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة من الدخول في صفقات الاندماج والاستحواذ:

لصفقات الاندماج والاستحواذ آثار عدة، وسأقسم هذا المطلب إلى قسمين، أتطرق في أولهما لآثار صفقات الاندماج، وفي ثانيهما لآثار صفقات الاستحواذ.

القسم الأول: آثار صفقات الاندماج:

يترتب على صفقات الاندماج عدة آثار منها ما يكون إيجابياً ومنها ما يكون سلبياً ومنها ما يكون مترتباً على الشركة الدامجة ومنها ما يكون مترتباً على الشركة المدمجة ومنها آثار اقتصادية وآثار قانونية وكذلك آثار على السوق بشكل عام، فلذلك سوف أقوم بالتطرق إلى آثار الاندماج بشكل عام، وهي وفقاً للآتي:

١ - انقضاء وزوال الشخصية المعنوية: هذا هو الأثر القانوني الأهم، حيث يترتب على الاندماج زوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة (أو لكليتهما في حال كان الاندماج عن طريق إنشاء كيان قانوني جديد)، وانتقال كل ما لها وما عليها إلى الكيان الجديد أو الشركة الدامجة.

١ - الإعلان عن قرار الاندماج: ليعلم به كل من يعنيه أمر ذلك الاندماج قبل حدوثه سواء كان الغير أو أحد الشركاء^(١).

(١) د. خالد بن عبد العزيز الرويس، «اندماج الشركات في إجراءات تحقيقه ونتائج وقوعه وفق النظام التجاري السعودي»، (مجلة جامعة الملك سعود - الحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٢٩، العدد ٢، ٢٠١٧م)، ص ٢٢٢.

٢- تحقيق التوازن والاستقرار المالي: يمكن أن يعزز الاندماج الوضع المالي للشركات الضعيفة عن طريق استيعابها في شركات أكثر استقراراً، مما يقلل من مخاطر الإفلاس أو التدهور المالي^(١).

٣- الوصول أو الدخول إلى أسواق جديدة: يمنح الاندماج الشركات المندمجة إمكانية الوصول إلى أسواق جغرافية أو ديموغرافية جديدة، مما يزيد من فرص النمو^(٢).

٤- تعزيز القيمة السوقية للشركة: تسهم صفقات الاندماج في زيادة القيمة السوقية للشركات المندمجة وتحقيق عوائد إضافية للمساهمين من خلال توحيد قوى الشركات المتنافسة، مما يعزز من تواجدها وتأثيرها في السوق المالي. وبعبارة أخرى يؤدي الاندماج إلى خلق كيان اقتصادي أقوى يتمتع بحصة سوقية أكبر^(٣).

(١) د. نجوى بن إبراهيم البدالي، «الآثار القانونية لاندماج الشركات في المملكة العربية السعودية»، (مجلة جامعة الملك سعود - الحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٣٤، العدد ٢، ٢٠٢٢م)، ص ٣٣٣.

(٢) د. نجوى بن إبراهيم البدالي، «الآثار القانونية لاندماج الشركات في المملكة العربية السعودية»، (مجلة جامعة الملك سعود - الحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٣٤، العدد ٢، ٢٠٢٢م)، ص ٣٣٤.

(٣) محمد العتيبي، «أثر الاندماج على المنافسة في السوق المالية السعودية»، (مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي - المجلد ١٥، العدد ١، ٢٠٢١م)، ص ٣٧.

٦- زيادة الشفافية والإفصاح المالي: تتطلب صفقات الاندماج الإفصاح الكامل عن جميع معلومات الشركة سواء المالية أو غيرها، مما يزيد من الشفافية في السوق.

٨- تعزيز الكفاءة التشغيلية: يساهم الاندماج في تقليل التكاليف عبر دمج الموارد والعمليات المشتركة، مما يؤدي إلى تحسين الكفاءة التشغيلية للشركات المندمجة.

٩- تحسين القدرة التنافسية الدولية: يمكن للاندماج أن يساعد الشركات المحلية في المنافسة على المستوى الدولي، خاصة عند الجمع بين الخبرات والمزايا التنافسية لكل شركة في الكيان الجديد.

١٠- تحقيق التوفير في الموارد البشرية: يمكن أن يؤدي الاندماج إلى تحسين كفاءة إدارة الموارد البشرية وتجنب التكرار الوظيفي، مما يساعد الشركات على تحسين استخدام رأس المال البشري المتاح بشكل أفضل.

القسم الثاني: آثار صفقات الاستحواذ:

يترتب على صفقات الاستحواذ عدة آثار منها ما يكون مترتباً على الشركة المستحوذة ومنها ما يكون مترتباً على الشركة المستحوذ عليها ومنها آثار اقتصادية وآثار قانونية وكذلك آثار على السوق بشكل عام فلذلك سوف أقوم بالتطرق إلى آثار الاستحواذ بشكل عام وهي وفقاً للآتي:

١- الاحتفاظ بالشخصية المعنوية: لا تؤثر صفقة الاستحواذ على بقاء الشخصية المعنوية للشركة المستحوذ عليها سواء كان الاستحواذ جزئياً أو كلياً، وهذه الصفة تميز صفقات الاستحواذ عن صفقات الاندماج بين الشركات والتي يترتب عليها انقضاء إحدى الشركات على الأقل إذا كان الاندماج بطريق الضم أو انقضاء الشركتين إذا كان الاندماج عن طريق إنشاء كيان قانوني جديد، وبالتالي يترتب عند الدخول في صفقة الاستحواذ احتفاظ الشركة المستحوذ عليها بشخصيتها المعنوية بالتالي بقاء اسمها التجاري وعلامتها التجارية وموطنها وجنسيته واستقلال ذمتها المالية عن المساهمين فيها وهذا الأمر من الأمور البديهية بالنسبة للشركات المساهمة كذلك حقها في اللجوء إلى القضاء في المسائل المتعلقة بالشركة قبل عملية الاستحواذ^(١).

٢- تغير هيكل الملكية والإدارة.

٣- السيطرة الكاملة: يُتيح الاستحواذ للشركة المستحوذة التحكم الكامل في موارد الشركة المستحوذ عليها ويتيح للشركة المستحوذة التحكم في الموارد بشكل كامل لتحقيق أهدافها.

٤- تحقيق نمو سريع وتنويع المخاطر للشركة: يسرع الاستحواذ من نمو الشركة من خلال امتلاك أصول جديدة كذلك الجمع بين موظفي الشركتين يساعد في نمو الشركة وعلى حدٍ سواء تنويع المخاطر.

(١) عبد السلام محسن الوهبي، «الاستحواذ على الشركات: دراسة وصفية تحليلية»، (المجلة العربية للنشر العلمي، - العدد ٤٨ - ٢٠٢٢م)، ص ٩٥٦.

٥- تعزيز الابتكار من خلال نقل المعرفة: يتيح الاستحواذ للشركات تبادل الخبرات والتقنيات.

٦- تحسين العوائد المالية للمساهمين: تُحقق صفقات الاستحواذ عادةً عوائد مالية أكبر للمساهمين.

٧- زيادة القدرة التنافسية: يُمكن للشركة المستحوذة تعزيز موقعها التنافسي في السوق من خلال الدخول في صفقات الاندماج والاستحواذ.

٨- تقليل المنافسة والسيطرة على المنافسين: يُؤدي الاستحواذ إلى تقليل عدد اللاعبين في السوق، مما قد يرفع من قدرة الشركة على تحديد الأسعار^(١)، بحيث يتيح الاستحواذ للشركة الاستيلاء على المنافسين وتقليل المنافسة المباشرة، مما يسمح لها بالاستفادة من موقع أقوى في السوق^(٢).

٩- تعزيز الإيرادات والأرباح: يمكن للاستحواذ أن يزيد من الإيرادات الإجمالية للشركة المستحوذة بضم مصادر دخل جديدة، مما يساهم في رفع الأرباح.

(١) علي الزايدي، «التأثير الاحتكاري لعمليات الاستحواذ في السوق السعودي»، (مجلة القانون والاقتصاد - المجلد ١٢، العدد ٢، ٢٠١٩م)، ص ٧١.

(٢) د. نجوى بن إبراهيم البدالي، «الآثار القانونية لاندماج الشركات في المملكة العربية السعودية»، (مجلة جامعة الملك سعود - الحقوق والعلوم السياسية، المجلد ٣٤، العدد ٢، ٢٠٢٢م)، ص ٣٣٤.

١٠- الوصول إلى تقنيات أو موارد جديدة: يساعد الاستحواذ الشركات على الوصول إلى تقنيات جديدة أو موارد غير متوفرة لديها، مما يعزز قدراتها التكنولوجية والإنتاجية.

المطلب الثالث: التحديات التشريعية للاندماج والاستحواذ:

تعد عمليات الاندماج والاستحواذ من أبرز أدوات التطوير والنمو الاقتصادي وتعزيز التنافسية بين الشركات، إلا أن هذه العمليات تواجه عدة تحديات تشريعية تؤثر على تحقيق أهدافها المرجوة، لذا فإن التحديات التشريعية التي تواجه عمليات الاندماج والاستحواذ تستدعي تعاوناً بين الجهات التشريعية والتنفيذية، لضمان تحقيق التوازن بين حماية السوق ودعم النمو الاقتصادي، وفيما يلي التحديات الرئيسية التي تواجه صفقات الاندماج والاستحواذ:

١- تنازع القوانين في الصفقات العابرة للحدود: تنشأ هذه المشكلة عند الدخول في صفقات الاندماج أو الاستحواذ بين شركات تعمل في دول مختلفة كل دولة لديها نظام قانوني خاص بها قد يتعارض مع النظام الآخر خصوصاً مع الوضع الراهن للسوق المالية السعودية مع زخم دخول المستثمرين الجدد للسوق، ما يؤدي إلى تعقيدات في تحديد القانون الواجب تطبيقه، على سبيل المثال العمليات التي تتعلق بعقود التحكيم أو اختلاف النظم الضريبية التي تزيد من تعقيد التنفيذ^(١).

(١) بشينة صالح الجهاني، «أثر الاندماج والاستحواذ على التحكيم: دراسة مقارنة»، (رسالة ماجستير جامعة قطر، ٢٠٢٠م)، ص ٦٩.

٢- الديون والالتزامات القانونية: تتطلب صفقات الاندماج والاستحواذ نقل المسؤوليات القانونية والديون من الشركة المستحوذ عليها إلى الشركة الجديدة أو من الشركة الداخلة إلى الشركة المدججة، وهذه النقطة تثير نزاعات بين الأطراف حول توزيع الالتزامات المالية، خاصة عندما تكون الديون غير محددة بشكل واضح.

٣- حماية حقوق المساهمين: كثيراً ما يثار الجدل حول حماية حقوق صغار المساهمين، الذين قد يتعرضون لتغيرات مفاجئة نتيجة الدخول في صفقات الاندماج والاستحواذ والقوانين الخاصة بحماية حقوقهم، كالالتزام بالإفصاح، وقد تكون غير كافية في بعض الأحيان، مما يجعل من الضروري وضع آليات رقابية صارمة.

٤- متطلبات الإفصاح والشفافية: تفرض الأنظمة واللوائح الصادرة عن هيئة السوق المالية، ونظام الشركات، معايير صارمة للإفصاح عن البيانات المالية قبل وبعد تنفيذ صفقات الاندماج والاستحواذ، وهذه المتطلبات تهدف إلى ضمان الشفافية، لكنها قد تسبب في تأخير العمليات أو تعقيدها، خاصة في ظل نقص المعلومات الدقيقة^(١).

٥- التأثير على المنافسة: قد تؤدي بعض صفقات الاندماج أو الاستحواذ إلى تقليل المنافسة في السوق، مما يثير مشاكل الاحتكار،

(١) د. رشارضوان عبد الحي، «الحوكمة في قواعد وإجراءات الاندماج والاستحواذ»، مجلة الكويت العالمية - العدد ٤٤ - السنة الرابعة، مايو ٢٠١٦م ص ٤٧٥.

وهذا يتطلب تدخل الجهات الرقابية كهيئة المنافسة لضمان توازن السوق ومنع الممارسات الاحتكارية^(١).

٦- التكيف مع الأنظمة واللوائح التنظيمية الحديثة: مع تطور وتحديث الأنظمة المحلية، يتعين على الشركات إعادة النظر في استراتيجياتها لضمان الامتثال ولمواكبة الأنظمة الجديدة، وهذا قد يفرض تحديات إضافية، خصوصاً للشركات التي لديها هياكل تنظيمية معقدة كالشركات العائلية أو الضخمة.

المطلب الرابع: دراسة تطبيقية لصفقات الاندماج والاستحواذ:

في هذا المطلب سوف أقوم بوضع تطبيقات عملية لصفقات الاندماج والاستحواذ قدمت في السوق المالية السعودية وقمت باختيار نموذجين رئيسيين؛ أحدهما لصفقة اندماج، والآخر لصفقة استحواذ، وذلك وفقاً الآتي:

أولاً: صفقة اندماج شركة الدرع للتأمين التعاوني وشركة الأهلي للتكافل:
بيانات الصفقة:

تاريخ نفاذ الاندماج: ١٢ يناير ٢٠٢٢ م.

الشركة الدامجة: شركة الدرع العربي للتأمين التعاوني.

(١) المرجع السابق، ص ٤٨٩.

الشركة المدجة: شركة الأهلي للتكافل^(١).

القيمة والهيكلية: تمت الصفقة من خلال زيادة رأس مال شركة الدرع للتأمين التعاوني من (٤٠٠) مليون ريال سعودي إلى (٦٢٠, ٥٢٤, ٦٣٨) ريال سعودي، وذلك عن طريق إصدار (٤٦٢, ٨٥٢, ٢٣) سهمًا جديدًا لصالح مساهمي شركة الأهلي للتكافل، مقابل انتقال جميع أصول والتزامات شركة الدرع العربي للتأمين التعاوني^(٢).

الإجراءات والآثار القانونية المطبقة:

نوع الصفقة: اندماج عن طريق الضم، حيث انتقلت جميع أصول والتزامات شركة الأهلي للتكافل إلى شركة الدرع العربي للتأمين التعاوني.

الأثر القانوني: ترتب على الصفقة الأثر القانوني الجوهري للاندماج والمتمثل في انقضاء شركة الأهلي للتكافل، وإلغاء جميع أسهمها، وشطب سجلها التجاري، مع استمرار شركة الدرع العربي للتأمين التعاوني^(٣).

(١) موقع أرقام، «إعلان شركة الدرع العربي للتأمين التعاوني عن نفاذ قرار دمج شركة الأهلي للتكافل»، تاريخ النشر ١٢ يناير ٢٠٢٢م، <https://www.argaam.com/ar/article/articledetail/id/1526988>.

(٢) موقع هيئة السوق المالية، «الموافقة على طلب شركة الدرع العربي للتأمين التعاوني زيادة رأس مالها لغرض دمج شركة الأهلي للتكافل»، تاريخ النشر ٣ نوفمبر ٢٠٢١م، https://cma.gov.sa/MediaCenter/NEWS/pages/CMA_N_2983.aspx.

(٣) شركة الدرع العربي للتأمين التعاوني، «تعميم المساهمين بخصوص عرض مبادلة الأسهم لغرض دمج شركة الأهلي للتكافل»، منشور على موقع هيئة السوق المالية، ٧ نوفمبر ٢٠٢١م، https://cma.gov.sa/Market/Circulars/Documents/Arabian_Shield.pdf.

موافقات الجهات التنظيمية: حصلت الصفقة على الموافقات اللازمة من ثلاث جهات رئيسية: البنك المركزي السعودي لضمان الملاءة المالية، والهيئة العامة للمنافسة لمنع الاحتكار، وهيئة السوق المالية لحماية المساهمين وغيرها من الجهات ذات العلاقة.

تفعيل فترة اعتراض الدائنين: طبقت الشركات المادة النظامية الخاصة بحماية الدائنين، حيث أعلنت شركة الأهلي للتكافل عن انتهاء فترة اعتراض الدائنين بنهاية يوم ١١ / ٠١ / ٢٠٢٢م دون استلام أي اعتراضات لم تتم تسويتها، وهو الشرط الذي أصبح بموجبه الاندماج نافذاً.

معالجة كسور الأسهم: تم تجميع كسور الأسهم الناتجة عن معامل المبادلة وبيعها بالسعر السوقي وتوزيع متحصلاتها على المستحقين خلال ٣٠ يومًا، مما يعكس الامتثال الدقيق لحماية حقوق صغار المساهمين^(١).

ثانيًا: صفقة استحواذ الشركة العربية لخدمات الإنترنت والاتصالات (سلوشنز) على شركة مراكز الاتصال (ccc):
بيانات الصفقة:

تاريخ إتمام الصفقة: ٣ أبريل ٢٠٢٣م.

(١) موقع أرقام، «إعلان شركة الدرع العربي للتأمين التعاوني عن نفاذ قرار دمج شركة الأهلي للتكافل»، تاريخ النشر ١٢ يناير ٢٠٢٢م، <https://www.argaam.com/ar/article/articledetail/id/1526988>.

الشركة المستحوذة: الشركة العربية لخدمات الإنترنت والاتصالات (سلوشنز).

الشركة المستحوذ عليها: شركة مراكز الاتصال (ccc).

القيمة والهيكلة: استحوذت الشركة العربية لخدمات الإنترنت والاتصالات (سلوشنز) على كامل حصص رأس المال (١٠٠٪) في شركة مراكز الاتصال (ccc) بمقابل نقدي كامل، حيث بلغت قيمة المنشأة للصفقة ٤٥٠ مليون ريال سعودي.

الإجراءات والآثار القانونية المطبقة:

نوع الصفقة: استحواذ كلي بمقابل نقدي، وليس عن طريق مبادلة أوراق مالية.

الأثر القانوني الجوهرى: بخلاف الاندماج، تميزت الصفقة ببقاء الشخصية المعنوية لشركة مراكز الاتصال (ccc) حيث استمرت ككيان قانوني قائم (شركة تابعة مملوكة بالكامل لـ الشركة العربية لخدمات الإنترنت والاتصالات (سلوشنز)، مع انتقال حق تعيين مجلس الإدارة والسيطرة المالية والإدارية للشركة المستحوذة.

موافقات الجهات التنظيمية: تطلب إتمام الصفقة الحصول على «شهادة عدم ممانعة» من الهيئة العامة للمنافسة، كذلك استيفاء المتطلبات النظامية لكل من هيئة السوق المالية، وهيئة الاتصالات

والفضاء والتقنية وغيرها من الجهات ذات العلاقة لضمان أن الاستحواذ الكامل لا يؤدي إلى أي نوع من أنواع احتكار في السوق^(١).

التوحيد المالي: ترتب على الصفقة توحيد القوائم المالية للشركة المستحوذ عليها مع الشركة المستحوذة بدءاً من الربع الثاني لعام ٢٠٢٣م^(٢).

المطلب الخامس: استراتيجيات مبتكرة لتسهيل صفقات الاندماج والاستحواذ في السوق المالية السعودية:

لتسهيل إجراءات صفقات الاندماج والاستحواذ في السوق المالية السعودية، تتطلب المرحلة الحالية من النهضة الاقتصادية والتشريعية التي تعيشها المملكة العربية السعودية تبني استراتيجيات مبتكرة تراعي التطور والنمو الاقتصادي ولضمان تحقيق أهداف الاندماج والاستحواذ بما يتوافق مع رؤية المملكة ٢٠٣٠ وخاصةً مع دخول المستثمرين الجدد في السوق المالية السعودية لذلك وجب وضع إستراتيجيات يمكن أن تطور وتسهل صفقات الاندماج والاستحواذ، والاستراتيجيات التي أراها، هي كما يلي:

١- تبني أعلى معايير الحوكمة والشفافية: الحوكمة الجيدة والشفافية تُعدان من الأسس المهمة لنجاح صفقات الاندماج والاستحواذ

(١) موقع الشركة العربية لخدمات الإنترنت والاتصالات (سلوشنز)، تاريخ النشر ٣ أبريل ٢٠٢٥م، <https://solutions.com.sa/ar/news>.

(٢) موقع أرقام، تاريخ النشر ٣ أبريل ٢٠٢٣م، <https://www.argaam.com/ar/article/articleDetail/id/1633896>.

ففرض متطلبات إفصاح شاملة تتيح للمستثمرين الحصول على معلومات دقيقة وشفافة حول الشركات المستهدفة، ولتعزيز آليات مكافحة غسل الأموال والتلاعب المالي لضمان نزاهة عمليات الاندماج والاستحواذ وتعزيز ثقة المستثمرين^(١).

٢- تطوير البيئة التنظيمية: إحدى الركائز الأساسية لتسهيل صفقات الاندماج والاستحواذ هي تطوير الإطار التنظيمي بما يتوافق مع أفضل الممارسات العالمية، وتحديث الأنظمة واللوائح المتعلقة بالاندماج والاستحواذ، كنظام السوق المالية ولائحة الاندماج والاستحواذ، لضمان وضوح الإجراءات ولتقليل التداخل بين الجهات التنظيمية المختلفة، وتعزيز التعاون بين الهيئات التنظيمية، مثل هيئة السوق المالية ووزارة التجارة وهيئة المنافسة العامة، مما يساهم في تقليل تأخر إتمام الصفقات وزيادة سرعة اتخاذ القرارات، وفرض رقابة مشددة لضمان الحوكمة والشفافية في صفقات الاندماج والاستحواذ.

٣- استخدام التكنولوجيا الحديثة لإنشاء منصة موحدة لصفقات الاندماج والاستحواذ: التكنولوجيا تُعد عاملاً حاسماً لتبسيط وتسريع إجراءات الاندماج والاستحواذ، وإنشاء منصة إلكترونية تابعة لهيئة السوق المالية أو على الأقل تكون مشرفة على المنصة بحيث يُتاح للشركات تقديم طلبات الاندماج والاستحواذ إلكترونياً كذلك يتم في

(١) صبري نوفل، «إيجابيات الاندماج والاستحواذ وسلبياتها» (مجلة الاقتصاد والمحاسبة - العدد ٦٦٣ نوفمبر ٢٠١٦م)، ص ١٠.

المنصة جميع الإجراءات المطلوبة لإتمام الصفقة بحيث تقيم المنصة مدى موافقة الصفقة لشروط الاندماج والاستحواذ وغيرها من الأمور التي تقيمها المنصة إلى أن تتم الصفقة أو حتى ترفض أو تطلب من الأطراف تكملة بعض الشروط أو الإجراءات واجبة الاتباع، وهدف المنصة ربط جميع الجهات التنظيمية بهذه المنصة لتسهيل التواصل مع كل الجهات المعنية وتوفير الوقت للشركات المدرجة في إتمام صفقات الاندماج والاستحواذ.

٤- تقديم الحوافز الاستثمارية: لجذب الاستثمارات المحلية والدولية، يجب تقديم حوافز واضحة تدعم صفقات الاندماج والاستحواذ كتقديم إعفاءات ضريبية مؤقتة للشركات التي تدخل في صفقة اندماج أو استحواذ، خاصة في القطاعات ذات الأولوية، وتوفير دعم مالي وإداري للشركات الصغيرة والمتوسطة التي ترغب في الاندماج أو الاستحواذ مع شركات كبرى، مما يضمن نمو القطاع الخاص، وتقديم استشارات قانونية مجانية أو مدعومة للأطراف المشاركة في صفقات الاندماج والاستحواذ.

٥- تعزيز التعاون الإقليمي والدولي: فهو يساهم في تطبيق أفضل الممارسات عند توقيع مذكرات تفاهم مع الأسواق المالية العالمية لتبادل الخبرات وتسهيل دخول المستثمرين الدوليين، وتنظيم فعاليات تجمع بين المستثمرين والشركات الناشئة لتعزيز فرص التعاون وتبادل

المعرفة، وتأسيس مراكز إقليمية تقدم خدمات استشارية للشركات التي تسعى للدخول في صفقات الاندماج والاستحواذ.



الخاتمة

تناول البحث موضوع الاندماج والاستحواذ للشركات المدرجة في السوق المالية، ساعياً إلى توضيح مبسط لصفقات الاندماج والاستحواذ وفق لائحة الاندماج والاستحواذ للشركات المدرجة، مع تسليط الضوء على أبعاد التطوير التنظيمي للسوق المالية السعودية، وقد توصلت في هذا إلى عدة نتائج وتوصيات إجمالاً كما يلي:

أولاً: النتائج:

توصل البحث إلى عدد من النتائج المهمة، منها:

١. محورية الاندماج والاستحواذ كأدوات استراتيجية: إذ أكد البحث أن صفقات الاندماج والاستحواذ ليست مجرد عمليات مالية، بل هي أدوات استراتيجية رئيسية تعتمد عليها الشركات لتحقيق النمو والتوسع وتعزيز التنافسية في ظل التطور الاقتصادي الذي تشهده المملكة. وقد أثبت التاريخ مدى تطور المشرع السعودي بأهمية هذه الأدوات مبكراً، كما ظهر جلياً في دمج شركات الكهرباء منذ عام ١٩٧٦م لتوحيد الموارد ورفع الكفاءة، وحتى قبل نشأة هيئة السوق المالية.

٢. الأثر النوعي لتطور نظام الشركات الجديد: حيث إن صدور نظام الشركات الجديد لعام ١٤٤٣هـ أحدث نقلة تشريعية نوعية مقارنة بنظام ١٤٣٧هـ، حيث منح مرونة غير مسبقة تدعم بيئة

الأعمال. تجلّى ذلك في السماح بتأسيس شركة الشخص الواحد بالإرادة المنفردة دون القيود السابقة، وإلغاء الحد الأدنى للقيمة الاسمية للسهم مما يمنح خيارات تمويلية أوسع، بالإضافة إلى زيادة مدة عضوية مجلس الإدارة إلى أربع سنوات، مما يعزز الاستقرار الإداري اللازم لإتمام الصفقات الاستراتيجية الكبرى.

٣. الفارق الجوهرى في الأثر القانونى لا سيما في الجانب التطبيقى: حيث إن الفارق الحاسم بين صفقات الاندماج والاستحواذ يكمن في مآل الكيان القانونى؛ ففي صفقات الاندماج (كما في حالة شركة الدرعى العربى للتأمين التعاونى وشركة الأهلى للتكافل) يترتب عليها انقضاء الشخصية المعنوية للشركة المدججة وزوال وجودها القانونى. فى المقابل، تتميز صفقات الاستحواذ (كما فى حالة شركة سلوشنز وشركة ccc) ببقاء الشخصية المعنوية للشركة المستحوذ عليها قائمة ومستقلة، رغم انتقال السيطرة الكاملة لشركة المستحوذ، ولكن الأمر يختلف بحسب ماهية طبيعة صفقة الاندماج أو الاستحواذ التى تمت.

٤. تعددية الموافقات الرقابية وحماية الدائنين: إذ كشف البحث أن إتمام الصفقات فى السوق السعودى لا يعتمد فقط على اتفاق الأطراف، بل يخضع لرقابة صارمة ومتعددة؛ حيث تتطلب الموافقات التنظيمية بين هيئة السوق المالية، والبنك المركزى والهيئة العامة للمنافسة لضمان عدم الاحتكار، وغيرها من الجهات التنظيمية كما تبين أن «فترة

اعتراض الدائنين» تمثل شرطاً نظامياً جوهرياً لا ينفذ الاندماج إلا بانتهائها وتسوية أي اعتراضات، حمايةً للحقوق المالية.

٥. تشنت الأحكام الإجرائية على الرغم من أن لائحة الاندماج والاستحواذ غطت جميع الجوانب التنظيمية، إلا أنه من خلال البحث واجهت تحدياً يتمثل في أن الشروط والإجراءات الواجب اتباعها لم تأت في تسلسل إجرائي موحد، بل وردت موزعة بين ثنايا اللائحة وفصولها المختلفة، مما قد يلقي عبئاً على الشركات والمستشارين القانونيين في الامتثال.

ثانياً: التوصيات:

وبناءً على هذه النتائج، يقدم البحث التوصيات الآتية:

١. إطلاق منصة رقمية موحدة لصفقات الاندماج والاستحواذ: فنظراً لتعدد الجهات الرقابية وتداخل الاختصاصات، يوصي الباحث بإنشاء منصة إلكترونية موحدة تحت إشراف هيئة السوق المالية، تتيح للشركات تقديم طلبات الاندماج والاستحواذ إلكترونياً، وتربط بين الجهات التنظيمية (مثل وزارة التجارة وهيئة المنافسة) وغيرها من الجهات التنظيمية لتسريع الموافقات وتقليل الوقت المستغرق في الإجراءات.

٢. إصدار دليل إجرائي تفصيلي لمعالجة تشتت المواد التنظيمية: بحيث تقوم هيئة السوق المالية بإصدار أدلة إرشادية أو لوائح تفصيلية

توضح الشروط والإجراءات بشكل متسلسل ومبسط، مما يسهل على الشركات المدرجة فهم المتطلبات والامتثال لها بدقة.

٣. تقديم حوافز استثمارية داعمة وتماشياً مع أهداف رؤية ٢٠٣٠ في تعزيز القطاع المالي: إذ يوصي الباحث بتقديم حوافز ملموسة، مثل الإعفاءات الضريبية المؤقتة للشركات التي تدخل في صفقات اندماج أو استحواذ نوعية، وتقديم الدعم المالي أو الاستشاري للشركات الصغيرة والمتوسطة الراغبة في الاندماج أو الاستحواذ لتكوين كيانات تنافسية أكبر.

٤. تعزيز معايير الحوكمة والشفافية، إذ يوصي الباحث بالاستمرار في تبني أعلى معايير الحوكمة من خلال فرض متطلبات إفصاح شاملة ودقيقة حول تفاصيل الصفقات، لتعزيز ثقة المستثمرين وضمان نزاهة السوق، والحد من أي ممارسات قد تضر بصغار المساهمين أو تؤثر سلباً على عدالة المنافسة أو التقييم.

المصادر والمراجع

الكتب والأبحاث:

١. بثينة صالح الجهاني، أثر الاندماج والاستحواذ على التحكيم: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة قطر.
٢. قائمة المصطلحات المستخدمة في لوائح هيئة السوق المالية وقواعدها، الصادرة عن مجلس هيئة السوق المالية بموجب القرار.
٣. د. حسين فتحي، الأسس القانونية لعروض الاستحواذ على إدارات الشركات، بدون ط، القاهرة: دار النهضة العربية.
٤. د. خالد بن عبد العزيز الرئيس، اندماج الشركات في إجراءات تحقيقه ونتائج وقوعه وفق النظام التجاري السعودي، مجلة جامعة الملك سعود - الحقوق والعلوم السياسية.
٥. د. عبد العزيز المفضل، الشركات حسب نظام الشركات السعودي. ط ١، الرياض.
٦. د. رشا رضوان عبد الحي، الحوكمة في قواعد وإجراءات الاندماج والاستحواذ، مجلة الكويت العالمية.
٧. د. نجوى بن إبراهيم البدالي، الآثار القانونية لاندماج الشركات في المملكة العربية السعودية، مجلة جامعة الملك سعود - الحقوق والعلوم السياسية.
٨. سامر محمد معين، دوافع تحقيق الاندماج بين شركات التأمين، رسالة ماجستير الجامعة الإسلامية بغزة.
٩. صبري نوفل، إيجابيات الاندماج والاستحواذ وسلباتها مجلة الاقتصاد والمحاسبة.

١٠. عبد السلام محسن الوهبي، الاستحواذ على الشركات: دراسة وصفية تحليلية، المجلة العربية للنشر العلمي.
١١. عبد الله حمدان المطيري، استحواذ المصرف التقليدي على المصرف الإسلامي: تقييم فقهي مالي: حالة استحواذ بنك الكويت الوطني على بنك بوبيان، رسالة ماجستير جامعة اليرموك.
١٢. عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية ط ٥، دار الثقافة.
١٣. علي الزايدي، التأثير الاحتكاري لعمليات الاستحواذ في السوق السعودي، مجلة القانون والاقتصاد.
١٤. محمد العتيبي، أثر الاندماج على المنافسة في السوق المالية السعودية، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي.
١٥. نورة الشحي، تأثيرات إيجابية ومخاطر يمكن تجنبها، ط بدون، المكتبة السعودية الرقمية.
١٦. وسمي أحمد حسن، الآثار الاقتصادية والقانونية لعمليات الاستحواذ على إدارة شركات المساهمة المقيدة في سوق الأوراق المالية: دراسة مقارنة، المجلة القانونية.
١٧. هيئة السوق المالية قصة السوق توثيق تاريخ السوق المالية السعودي، ط ١، موقع هيئة السوق المالية.

الأنظمة واللوائح:

١. نظام السوق المالية السعودية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٠) وتاريخ ١٤٢٤/٦/٢هـ.
٢. لائحة الاندماج والاستحواذ، الصادرة عن مجلس إدارة هيئة السوق المالية بموجب قرار ١-٥٠-٢٠٠٧ وتاريخ ١٤٢٨/٩/٢١هـ الموافق ٢٠٠٧/١٠/٣م، بناءً على نظام السوق المالية، الصادر بالمرسوم الملكي

- رقم م/ ٣٠ وتاريخ ٢/ ٦/ ١٤٢٤ هـ المعدلة بقرار مجلس هيئة السوق المالية رقم ٢٠٢٣-٥-٨ وتاريخ ٢٥/ ٦/ ١٤٤٤ هـ الموافق ١٨/ ١/ ٢٠٢٣ م.
٣. نظام الشركات السعودي لعام ١٤٣٧ هـ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣) وتاريخ ٢٨/ ١/ ١٤٣٧ هـ.
٤. لائحة حوكمة الشركات، الصادرة عن مجلس إدارة هيئة السوق المالية بموجب القرار رقم ٨-١٦-٢٠١٧ وتاريخ ١٦/ ٥/ ١٤٣٨ هـ الموافق ١٣/ ٢/ ٢٠١٧ م.
٥. نظام الشركات السعودي لعام ١٤٤٣ هـ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٣٢) وتاريخ ١/ ١٢/ ١٤٤٣ هـ.

المواقع الإلكترونية:

١. موقع هيئة السوق المالية،
<https://cma.gov.sa/Pages/default.aspx>.
٢. موقع شركة السوق المالية السعودية (تداول)،
<https://www.saudiexchange.sa/wps/portal/saudiexchange?locale=ar>.
٣. موقع أرقام،
<https://www.argaam.com>.
٤. موقع الشركة العربية لخدمات الإنترنت والاتصالات (سلوشنز)،
<https://solutions.com.sa/ar/>.

أثر التخصيص على أحكام المساءلة التأديبية
للموظفين والعاملين المنقولين إلى القطاع الخاص في
المملكة العربية السعودية
دراسة نظامية

د. سلطان بن سالم بن عويند البلوي
باحث في القانون الإداري

مقدمة

ما تزال موضوعات المساءلة التأديبية بحاجة إلى دراسات تفصيلية تنسجم مع المتغيرات والمستجدات في العمل الإداري الحديث، وتواكب ما تشهده المملكة العربية السعودية من تطور كبير في مجال الوظيفة العامة وإدارة المرفق العام؛ والذي يظهر من خلال إطلاق برنامج التخصيص وتفعيل دور القطاع الخاص في تقديم الخدمات العامة، فقد صدر نظام التخصيص الذي يتضمن سعي الحكومة من خلال مشاريع التخصيص إلى تحقيق الأهداف الاستراتيجية للجهات الحكومية، وترشيد الإنفاق العام، ورفع كفاءة الأصول ذات الصلة بمشاريع التخصيص، وزيادة فرص العمل والتشغيل الأمثل للقوى الوطنية العاملة^(١)، ولأن لهذا التطور أثره المباشر في المراكز الوظيفية للعاملين في القطاعات العامة المستهدفة بالتخصيص، حيث يترتب عليه انتقال تبعيتهم من القطاع العام إلى القطاع الخاص؛ نتيجة لصدور قرار التخصيص^(٢)، مع استمرارهم بتأدية الخدمات العامة والقيام بالعديد

(١) انظر: المادة (الثالثة) من نظام التخصيص، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦٣) وتاريخ ١٤٤٢/٨/٥ هـ، كما حدد البند (ثانياً) من قواعد عمل اللجان الإشرافية للقطاعات المستهدفة بالتخصيص (١٣) قطاع حكومي جميعها مستهدفة بالتخصيص.

(٢) المادة (الأولى) من القواعد والترتيبات الخاصة بكيفية معاملة الموظفين والعمال في القطاعات المستهدفة بالتحويل والتخصيص، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٦١٦) وتاريخ ١٤٤٢/١٠/٢٠ هـ.

من الإجراءات المرتبطة بالوظيفة العامة، الأمر الذي يقتضي دراسة أثر هذا المتغير على أحكام المساءلة التأديبية.

أهمية الدراسة:

تظهر أهمية الدراسة بالنظر إلى طبيعة الارتباط بين الوظيفة العامة والتأديب الوظيفي، فالتأديب جزء لا يتجزأ من نظام الوظيفة العامة، ومن ثم فإن أي متغير في طبيعة المرفق العام أو تبعية العاملين فيه يكون له أثره المباشر على أحكام المساءلة التأديبية المطبقة عليهم، إضافة إلى أن التأديب الوظيفي إنما يستهدف الموظف أو العامل؛ فهو الذي يراد تأديبه وهو الذي تسعى أنظمة التأديب إلى ضمان حسن أدائه لعمله، ولا شك أن نقل تبعيته من القطاع العام إلى القطاع الخاص يحمل في طياته مستجدات تغير من شكل العلاقة التي تربطه بجهة عمله، ويدخل في ذلك ما يكون من مساءلة تأديبية يشترط لصحتها أن تكون منسجمة مع مبدأ الشرعية، وأن تمارسها السلطة المختصة التي حددها المنظم، ووفقاً للنظام التأديبي الذي يخضع له الموظف أو العامل.

مشكلة الدراسة:

إن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص ونقل ملكية الأصول من الجهة العامة إلى القطاع الخاص أو إلى الشركة ذات الشخصية الاعتبارية الخاصة يترتب عليه إيجاد علاقة بين الحكومة والقطاع الخاص، يقوم بموجبها الأخير بتأدية خدمات عامة أو تشغيل

المرفق العام عبر موظفين كانوا يعملون لدى الجهة العامة، وتغيرت مراكزهم الوظيفية بانتقال تبعيتهم من القطاع العام إلى القطاع الخاص مع استمرارهم بالقيام بالعديد من الإجراءات المرتبطة بصرف أموال منقولة وثابتة يعود أصل ملكيتها للدولة، مما يشير إشكالات عملية عند ارتكابهم مخالفات مالية أو إدارية تستوجب المساءلة التأديبية، وبالنظر إلى أن الدراسات السابقة اقتصرَت على أحكام المساءلة التأديبية في القطاع العام، دون دراسة تفصيلية لأثر انتقال الموظفين إلى القطاع الخاص في ظل نظام التخصيص، وما يترتب عليه من تغيرات في أحكام التأديب الوظيفي، لذا تسعى هذه الدراسة إلى بحث أثر التخصيص على إجراءات المساءلة التأديبية التي تقوم بها الجهة التي يعمل لديها الموظف أو العامل، أو تمارسها الدولة عبر أحد أجهزتها الرقابية المختصة وفقاً لسلطتها في الرقابة على جميع إيراداتها ومصرفاتها، وإشرافها على الخدمات العامة والتأكد من حسن الأداء الإداري وتطبيق الأنظمة^(١).

ولذا يمكن إيجاز مشكلة الدراسة في التساؤلات التالية:

- هل ثمة أثر لتخصيص المرافق والخدمات العامة على مفهوم الموظف العام في نطاق التأديب الوظيفي.

(١) انظر: المواد (التاسعة والسبعين) و(الثمانين) من النظام الأساسي للحكم.

- ما الأساس النظامي لمنح سلطة التأديب للجهة التي يعمل بها الموظف بعد اكتمال عملية التخصيص؟
- هل هناك متغيرات في إجراءات المساءلة التأديبية نتيجة لاختلاف المركز الوظيفي، وما الإشكالات المترتبة على ذلك، وسبل معالجتها؟
- كيف تمارس أجهزة الدولة المختصة سلطتها في المساءلة التأديبية بما يتوافق مع مبدأ الشرعية ويضمن الحماية النظامية للعاملين بعد انتقائهم للقطاع الخاص؟

أهداف الدراسة:

يهدف البحث إلى دراسة أثر التخصيص على أحكام وإجراءات المساءلة التأديبية للموظفين والعاملين المنقولين من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وبيان الأسس النظامية التي تنطلق منها سلطة التأديب المختصة في أداء مهامها، واستعراض الضوابط التي تحكم إجراءات تأديب الموظف بعد انتقاله للقطاع الخاص، وتحديد حدود الدور الرقابي والتأديبي لأجهزة الدولة في حماية المال العام وضمان حسن الأداء الإداري.

حدود الدراسة:

تقتصر هذه الدراسة على بحث أثر التخصيص على أحكام المساءلة التأديبية للموظفين والعاملين المدنيين لدى الجهات الحكومية المشمولين بالتخصيص في المملكة العربية السعودية وفقاً لما نصت عليه القواعد

والترتيبات الخاصة بكيفية معاملة الموظفين والعمال في القطاعات المستهدفة بالتحويل والتخصيص، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٦١٦) وتاريخ ٢٠ / ١٠ / ١٤٤٢ هـ، دون التطرق إلى الموظفين المشمولين بالتحويل أو المتقلين لأنظمة وظيفية أخرى مع استمرار عملهم لدى الجهات الحكومية.

الدراسات السابقة:

بعد مراجعة المكتبات العلمية، وسؤال المختصين، لم أجد دراسات متخصصة تتناول مباشرة أثر انتقال الموظفين من القطاع العام إلى القطاع الخاص بموجب قرارات التخصيص على أحكام المساءلة التأديبية في المملكة العربية السعودية، والذي ظهر لي توافر عدد من الدراسات التي تناولت أحكام المساءلة والتأديب الوظيفي على نحو عام، وكذلك دراسات تناولت آثار التخصيص على الأداء المؤسسي، دون أن تشمل هذه الدراسات تحليلاً قانونياً لآثار التخصيص على أحكام وإجراءات المساءلة التأديبية.

منهجية الدراسة:

المنهج المتبع في هذه الدراسة هو (المنهج الاستقرائي التحليلي)، وذلك من خلال الاستقراء التام لمصادر المسائل ومراجعتها العلمية في الكتب والمؤلفات والأنظمة واللوائح، وتحليل آراء شراح الأنظمة والأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن.

خطة الدراسة:

احتوت الدراسة على هذه المقدمة، والتي شملت: أهمية الدراسة ومشكلتها وأهدافها وحدودها، ثم الدراسات السابقة، ومنهجية الدراسة وخطتها، ثم انتظم صلب الدراسة في تمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة على النحو الآتي:

تمهيد: تعريف مصطلحات العنوان.

المبحث الأول: أثر تخصيص القطاعات العامة على مفهوم الموظف العام في مجال التأديب الوظيفي.

المبحث الثاني: الأساس النظامي لسلطة تأديب العاملين في القطاع العام المشمول بالتخصيص.

المبحث الثالث: أثر تغير المركز الوظيفي للموظف أو العامل نتيجة لصدور قرار التخصيص على إجراءات مساءلته تأديبياً:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: جهة الاختصاص التأديبي.

المطلب الثاني: إجراءات التحقيق الإداري والجزاءات التأديبية التي يمكن إيقاعها.

المطلب الثالث: حدود الدور الرقابي والتأديبي لأجهزة الدولة بعد التخصيص.

الخاتمة:

وفيها النتائج والتوصيات.

ثم فهرس مصادر البحث ومراجعته.



تمهيد

تعريف مصطلحات العنوان

التَّخْصِصُ في اللغة:

القصر ويعني جعل الشَّيء منحصراً في آخر، وخصَّصَه واختصَّه: أفردَه به دون غيره^(١).

التَّخْصِصُ في الاصطلاح النظامي:

يعرف التخصيص بأنه: «الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو نقل ملكية الأصول»، وقد أوضح نظام التخصيص المقصود بهذه الشراكة بأنها: ترتيب تعاقدى مرتبط بالبنية التحتية أو الخدمة العامة، ينتج عنه علاقة بين الحكومة والطرف الخاص لمدة خمس سنوات فأكثر، ويؤدي بموجبه الطرف الخاص أعمالاً تشمل تصميم الأصول أو تشييدها أو إدارتها أو تشغيلها أو صيانتها أو تمويلها، وكذلك تضمن النظام تحديد المقصود بنقل ملكية الأصول بأنه: ترتيب تعاقدى مرتبط بالبنية التحتية، أو الخدمات العامة، ينتج عنه نقل ملكية أي من الأصول من أي جهة حكومية إلى الطرف الخاص^(٢)، وقد حدد المنظم القطاعات العامة المستهدفة بمشاريع التخصيص وتشمل «قطاع البيئة والمياه والزراعة، وقطاع النقل، وقطاع الطاقة، وقطاع الصناعة والثروة

(١) انظر: لسان العرب (٧/ ٢٤)، ومعجم اللغة العربية المعاصرة (١/ ٦٥١).

(٢) المادة (الأولى) من نظام التخصيص، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٦٣) وتاريخ ١٤٤٢/ ٨/ ٥هـ.

المعدنية، وقطاع العمل والتنمية الاجتماعية، وقطاع الإسكان، وقطاع التعليم، وقطاع الصحة، وقطاع البلديات، وقطاع الحج والعمرة، وقطاع الاتصالات وتقنية المعلومات، وقطاع الإعلام، وقطاع الرياضة^(١)، ولأن الموافقة على البدء بمشروع التخصيص يترتب عليه تغير المركز الوظيفي للعاملين في القطاعات المشمولة بالتخصيص؛ فقد صدر عن مجلس الوزراء القرار رقم (٦١٦) وتاريخ ٢٠/١٠/١٤٤٢هـ والمتضمن تحديد القواعد والترتيبات التي توضح كيفية معاملة الموظفين والعمال في القطاعات المستهدفة بالتحويل والتخصيص، وهذه القواعد تعد الإطار النظامي الذي يُنظّم انتقال خضوع الموظفين والعاملين أو تبعيتهم بين القطاع العام والقطاع الخاص.

وقد اشتملت هذه القواعد على تعريف التخصيص بأنه: «انتقال تبعية موظفي وعمال جهة حكومية من القطاع العام إلى القطاع الخاص؛ نتيجة لصدور قرار التخصيص»^(٢)، وهو المعنى المقصود في هذا البحث.

ومما يجدر التنبيه إليه أن (التخصيص) - محل هذه الدراسة - يختلف عن (التحوّل) المنصوص عليه في ذات القواعد؛ فالتحوّل يقتصر على

(١) البند (ثانيًا) من قواعد عمل اللجان الإشرافية للقطاعات المستهدفة بالتخصيص ومهامها (المعدلة)، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٥٥) وتاريخ ٢٠/١٠/١٤٤٢هـ.

(٢) المادة (الأولى) من القواعد والترتيبات الخاصة بكيفية معاملة الموظفين والعمال في القطاعات المستهدفة بالتحويل والتخصيص، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٦١٦) وتاريخ ٢٠/١٠/١٤٤٢هـ.

«انتقال خضوع موظفي الجهة الحكومية من نظام الخدمة المدنية أو أي نظام وظيفي آخر إلى نظام العمل، أو انتقال خضوع عمالها من لائحة وظيفية إلى أخرى»، مع بقاء تبعيتهم الوظيفية في نطاق الجهة الحكومية (القطاع العام)، في حين أن التخصيص يترتب عليه انتقال تبعية الموظفين والعاملين من القطاع العام إلى منشآت القطاع الخاص، وتغيّر مركزهم القانوني بخضوعهم لأحكام نظام العمل لدى الجهة الخاصة.

التأديب في اللغة:

من أدب، والأدبُ: أدب النفس والدّرس، تقول منه: أدّب الرجلُ بالضم فهو أديبٌ، وأدّبته فتأدّب^(١).

المسؤولية التأديبية في الاصطلاح النظامي:

وفي الاصطلاح النظامي يقصد بالمسؤولية التأديبية: تلك المسؤولية الناشئة عن إخلال الموظف بواجباته الوظيفية^(٢).

وقد عرف المنظم السعودي المخالفة التأديبية بأنها: كل عمل، أو امتناع عن عمل، يصدر عن الموظف، يتضمن خروجاً على الواجبات، أو ارتكاباً للمحظورات الوظيفية المنصوص عليها نظاماً، أو يشكل مساساً بشرف وكرامة الوظيفة^(٣).

(١) انظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (١/٨٦)،

(٢) انظر: فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها، د. مصطفى عفيفي، ١٩٧٦م، ص ٢٤.

(٣) المادة (الأولى) من نظام الانضباط الوظيفي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) وتاريخ ٨/٢/١٤٤٣هـ.

الوَظِيفَةُ فِي اللُّغَةِ:

هي العَهْدُ والشَّرْطُ، ويقال: وَظَّفَ عَلَيْهِ الْعَمَلُ، ووظيفه: عين له في كل يوم وظيفة وعليه العمل والخراج^(١).

الموظف في الاصطلاح النظامي:

هو: كل شخص ذي صفة طبيعية يشغل وظيفة مدنية عامة في الدولة أو يمارس مهماتها، مهما كانت طبيعة عمله أو اسم وظيفته، ويخضع لنظام الخدمة المدنية-أو أي نظام وظيفي آخر- ونظام التقاعد المدني.

بينما ورد تعريف العامل لدى المنظم بأنه: كل شخص ذي صفة طبيعية يعمل لمصلحة جهة حكومية وتحت إدارتها أو إشرافها مقابل أجر، ولو كان بعيداً عن نظارتها، ويخضع لنظام العمل ونظام التأمينات الاجتماعية^(٢).

القطاع الخاص:

ورد التعبير عنه في نظام التخصيص «بالطرف الخاص» ونص على تعريفه بأنه: شخص يتمتع بالشخصية الاعتبارية الخاصة، يكون طرفاً

(١) انظر: تاج العروس من جواهر القاموس (٢٤/ ٤٦٥)، والمعجم الوسيط (٢/ ١٠٤٢).

(٢) المادة (الأولى) من القواعد والترتيبات الخاصة بكيفية معاملة الموظفين والعمال في القطاعات المستهدفة بالتحويل والتخصيص، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٦١٦) وتاريخ ٢٠/ ١٠/ ١٤٤٢هـ.

في عقد تخصيص مع الحكومة^(١).



(١) المادة (الأولى) من نظام التخصيص، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦٣) وتاريخ ١٤٤٢/٨/٥هـ.

المبحث الأول

أثر تخصيص القطاعات العامة على مفهوم الموظف العام في مجال التأديب الوظيفي

تختلف الدول في المصطلح الذي تستخدمه لوصف شاغلي الوظيفة العامة، ويُعد هذا التباين نتيجة طبيعية لاختلاف طبيعة المرافق العامة وطريقة إدارتها داخل كل دولة، فضلاً عن اختلاف الأنظمة الوظيفية التي تصدر بما يتناسب مع الظروف التاريخية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة، ومع تباين المسميات فإنها جميعها تأتي للدلالة على «الجهاز البشري المنظم والمخول السلطات والاختصاصات وصاحب الكفاية اللازمة لتحقيق الإدارة المنظمة والفعالة وغير القابلة للانقطاع أو التوقف للمرافق العامة»^(١).

ويتفق الفقه والقضاء على أن مفهوم الموظف العام يختلف باختلاف المجال القانوني الذي يُدرس فيه، فمعناه في القانون الإداري لا يطابق معناه في القانون الجنائي، وقد يكون أوسع أو أضيق منه، لذلك لا يمكن وضع تعريف موحد للموظف العام في جميع فروع القانون، لاختلاف الغاية من كل نظام^(٢).

(١) الموظف العام فقهاً وقضاً، محمد حامد الجمل، دار النهضة العربية (الطبعة الثانية)، القاهرة ١٩٦٩م، ص ٣٥.

(٢) انظر: المسؤولية التأديبية للموظف العام، محمد جودت الملط، دار النهضة العربية ١٩٦٧م، ص ٨.

وعند النظر في تحديد مفهوم الموظف العام لدى المنظم السعودي يظهر لنا أنه لم يضع تعريفاً عاماً وشاملاً للموظف العام يسري على جميع المجالات القانونية، وإنما ترك لكل نظام أن يحدد مفهومه الخاص بالموظف وفقاً لطبيعة الأحكام التي ينظمها.

وبما أن هذا البحث يركّز على أحكام المساءلة التأديبية للعاملين في القطاعات العامة، فمن المناسب حصر مناقشة مفهوم الموظف العام في الإطار التأديبي دون التوسع في المفهوم الجنائي.

وقد اشتملت الأنظمة الوظيفية على عدة تعريفات للموظف العام بيانا كما يلي:

١- نظام الانضباط الوظيفي عرف الموظف العام بما نصه: «من يعمل لدى الدولة، أو لدى أحد الأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة بوظيفة مدنية - بأي صفة كانت - سواء كان يعمل بصورة دائمة أو مؤقتة»^(١).

٢- مدونة قواعد السلوك الوظيفي وأخلاقيات الوظيفة العامة عرفت الموظف العام بما نصه: «كل من يشغل وظيفة مدنية في الدولة أيّاً كانت طبيعة عمله أو اسم وظيفته»^(٢).

(١) نظام الانضباط الوظيفي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) وتاريخ ١٤٤٣/٢/٨هـ.

(٢) مدونة قواعد السلوك الوظيفي وأخلاقيات الوظيفة العامة، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٥٥٥) وتاريخ ١٤٣٧/١٢/٢٥هـ.

٣- اللائحة التنفيذية للموارد البشرية في الخدمة المدنية عرفت الموظف بما نصه: «كل من يشغل وظيفة مدنية عامة في الدولة أو يمارس مهامها، أيًا كانت طبيعة عمله أو اسم وظيفته سواء كان ذلك عن طريق التعيين أو التعاقد بصفة دائمة أو مؤقتة»^(١).

وبتأمل هذه التعريفات يتبين لنا التشابه الكبير بينها، وأن جميعها تدور حول تحديد مفهوم الموظف العام في مجال الوظائف العامة بمعناه الواسع ليشمل كل من يعمل لدى الدولة بوظيفة مدنية، أيًا كانت الصفة التي يعمل بها، أو الجهاز الذي يعمل لديه، أو طبيعة العلاقة الوظيفية القائمة بينه وبين جهة عمله سواء كانت علاقة لائحية بالتعيين، أو علاقة تعاقدية بالتعاقد معه للعمل بصفة مؤقتة.

وتجدر الإشارة إلى أن وجود استثناءات في بعض الأنظمة الخاصة بفئات معينة - كالقضاة والممارسين الصحيين - لا ينفي عنهم صفة الموظف العام، نظرًا لاتساع هذا المفهوم وشموله لجميع العاملين في مرافق الدولة المدنية.

ولأن تحديد طبيعة التغيير الذي طرأ على شريحة الموظفين والعاملين المتقلين بالتبعية من القطاع العام إلى القطاع الخاص كنتيجة وأثر من آثار تخصيص القطاع الذي يعملون فيه، ومدى شمولهم بمفهوم الموظف العام يعد من أهم الجزئيات التي ينبغي دراستها؛ «إذ إن ما

(١) اللائحة التنفيذية للموارد البشرية في الخدمة المدنية، الصادرة بالقرار الوزاري رقم (١٥٥٠) وتاريخ ٩/٦/١٤٤٠هـ.

يميز الموظف العام ليس هو العمل الإداري الذي يشغله فحسب، ولكن خضوعه لمتطلبات الوظيفة العامة هو ما يجعله يلتزم بالتزامات صارمة أكثر من تلك التي تفرض عادة على العاملين في القطاع الخاص»^(١).

وعند النظر في كلام شراح النظام يتبين أنهم يذكرون شروطاً من الواجب توافرها لاعتبار الشخص موظفاً عاماً تشمل في ذلك ما يلي^(٢):

١ - تعيينه من سلطة عامة مختصة.

٢ - قيامه بعمل دائم.

٣ - أن يكون عمله في خدمة مرفق عام، تديره الدولة أو سلطة إدارية بإدارة مباشرة.

ولذا فإن ما يحمله نظام التخصيص من تغيير في طريق إدارة المرفق العام من خلال حصر دور الدولة بالإشراف على شركات ومؤسسات تتولى تشييد أو إدارة أو تشغيل هذه المرافق وتقديم الخدمات العامة للجمهور يمسّ في أثره الصفة العمومية التي تكون للموظف الذي

(١) انظر: التأديب الإداري في الوظيفة العامة، د. علي جمعة محارب، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٠م، ص ٦٦.

(٢) انظر: القانون الإداري السعودي، د. عبد القادر الشبخلي، جامعة الإمام محمد بن سعود، دار الثقافة، ١٤٣٦هـ، ص ٢٧٦، والقانون الإداري السعودي، د. هاني الطهراوي، جامعة الإمام محمد بن سعود، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ، ص ٢٥.

يعمل في هذه الشركات والمؤسسات والذي يرتبط معها بعقد عمل يندرج في أحكامه ضمن نطاق القانون الخاص.

ولهذا يمكن لنا القول أن هناك اتجاهاً لدى بعض شراح النظام يتضمن نفي صفة العمومية عن العاملين في الشركات الخاصة المشغلة للمرافق العامة والتي تعمل تحت إشراف جهة عامة؛ وسندهم في ذلك أن مجرد المساهمة في عمل دائم في مرفق عام لم يعد كافياً لتحديد الصفة العمومية للموظف وخضوعه لنظام القانون العام، وقد عبر عن هذا الاتجاه الدكتور سليمان الطماوي بتقريره «أن التكييف السليم ينتهي إلى التمييز بين العاملين بالمؤسسات العامة والعاملين في الوحدات الاقتصادية التابعة لها؛ وذلك أن شركات القطاع العام هي من أشخاص القانون الخاص، وأول شروط الموظف أن يعمل لدى شخص عام»^(١)، كما يستند أصحاب هذا الاتجاه على أن إدارة المرفق العام بصفة مؤقتة أو بصفة دائمة وفقاً لأحكام وقواعد القانون الخاص يمتد في تأثيره ليشمل العاملين الذين يعدون مرتبطين بالمرفق بعقد إجارة أشخاص وتختص -في هذه الحالة- المحاكم المدنية بنظر منازعاتهم.

وبناء عليه فإن الرأي لدى أصحاب هذا الاتجاه يتمثل بأن تطبيق القانون العام وإدارة وتشغيل المرفق العام عن طريق هيئات عامة تتمتع بالشخصية المعنوية العامة يجعل من الوظيفة وشاغلها موظفاً

(١) انظر: القضاء الإداري - قضاء التأديب، د. سليمان الطماوي، دار الفكر العربي، ١٩٨٧م، ص ٦١.

عمومياً، وتطبيق القانون الخاص وتشغيل المرفق العام عن طريق شركات تؤسس وفقاً لأحكام النظام الخاص وارتباط العامل بها بعقد تحكمه قواعد وأحكام نظام العمل، يعدم الصفة العمومية عن الموظف.

وهناك اتجاه آخر لدى شراح النظام يتضمن ارتباط صفة الموظف العام ارتباطاً تاماً بصفة المرفق العام، فالموظف العمومي هو «الفرد الذي يساهم بصفة دائمة وعادية في تسيير المرافق العامة المتمثلة بالأنشطة ذات الأهمية اللازمة لتحقيق وتنمية التضامن الاجتماعي والتي يعتبرها الضمير القانوني في وقت معين وبلد معين ضمن الالتزامات التي يقع على عاتق الحكومة ضمان تسييرها»، فالأفراد الذي يساهمون بصفة دائمة في تسيير هذه المرافق العامة يجب أن يكونوا في مركز قانوني متميز، ويخضعون لقواعد قانونية متميزة^(١)، ويستند هذا الاتجاه على عدم وجود أساس سليم من القانون للأخذ بالفرقة بين العاملين في المرافق العامة، فالعمال في أي دولة لا يمكن أن يخرجوا عن كونهم أحد نوعين، إما عمالاً لدى أشخاص عامة ولحسابها وتحت إشرافها فهم حينئذ موظفون عموميون، وإما أن يكونوا عمالاً لدى رب عمل خاص وهم حينئذ ليسوا موظفين عموميين، ومن الناحية المنطقية والقانونية لا يوجد صنف ثالث من العاملين لا يحملون صفة الموظف العام وليسوا عمالاً في قطاع خاص.

(١) الموظف العام فقهاً وقضاء، محمد حامد الجمل، ص ٦٣٠.

ومن خلال الاطلاع على بعض الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن يتبين أن القضاء الإداري اتجه إلى أن خضوع الموظف الذي يعمل لدى مؤسسة عامة لنظام العمل لا ينفي عنه صفة الموظف العام، «إذ إن كلمة موظف أو عامل هي مسميات لمدلول واحد، ولا حجر في الاصطلاحات، كما أن المبادئ والقواعد القانونية تعرف الموظف العام بأنه كل شخص تعينه السلطة العامة المختصة كي يؤدي بقدر من الدوام والاستقرار خدمة في مرفق عام، دون النظر إلى العمل الذي يمارسه الشخص أو المستوى الوظيفي الذي يوكل إليه، وأن القول بخلاف ما سبق تفرقة بين متماثلين»^(١)، وبالتالي: يتبين أن القضاء الإداري يتفق مع ما قرره المنظم السعودي من سعة في تحديد مفهوم الموظف العام، ما دام الموظف مرتبطاً بسلطة عامة دون النظر إلى طبيعة العلاقة الوظيفية سواء كانت لائحية أو تعاقدية.

وبناء عليه يظهر أن الإشكال في تحديد مفهوم الموظف العام الذي يعمل في قطاع شمله التخصيص، ليس في تغير طبيعة العلاقة الوظيفية التي تربطه بجهة عمله، بل في التغير الذي طرأ على طبيعة ووصف الجهة ذاتها التي يعمل لديها الموظف أو العامل، وكذلك في التغير الذي شمل مهام إدارة وتشغيل المرفق العام بنقلها من القطاع العام

(١) حكم ديوان المظالم في القضية رقم (٦/د/ف/٣٠) لعام ١٤١٤هـ، المؤيد من هيئة التدقيق في الحكم رقم (١٨٦/ت/١) لعام ١٤١٤هـ، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، ص ٤٢٤.

إلى القطاع الخاص، وذلك أن النصوص الواردة في نظام التخصيص صريحة في نقل ملكية أي من الأصول من أي جهة حكومية إلى القطاع الخاص، كما أن الأحكام التفصيلية الواردة في اللائحة التنفيذية لنظام التخصيص ولائحة حوكمة شركات مشاريع التخصيص المملوكة للحكومة تبين بشكل واضح أن إدارة وتشغيل المرفق العام المشمول بالتخصيص تكون عن طريق شركات تؤسس لهذا الغرض وتخضع في أحكامها لنظام الشركات، وبالتالي نكون في هذه الحالة أمام عاملين في شركات ومؤسسات تخضع لأحكام القانون الخاص وتقوم بإدارة وتشغيل المرافق العامة.

والذي نخلص إليه من خلال ما سبق هو: أن التخصيص يؤثر على وصف الموظف العام المنصوص عليه في نظام الانضباط الوظيفي بالنسبة للعاملين المتنقلين إلى الشركات الخاصة، إذ يترتب على انتقالهم إلى القطاع الخاص عدم شمولهم بوصف الموظف العام الوارد في الأنظمة ذات الصلة بالمجال التأديبي، وذلك لأن من أهم الشروط الواجب توافرها في الموظف العام هو تعيينه من قبل سلطة عامة مختصة وأن يعمل لدى الدولة، أو لدى أحد الأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة، وهو ما لا ينطبق على العاملين في شركات لا يصح وصفها أنها مؤسسات وهيئات عامة وإن كانت مملوكة للدولة أو ساهمت فيها؛ نظراً لخضوع هذه الشركات لأحكام القانون الخاص، ولأن تأسيسها وطريقة إدارتها يكونان طبقاً لأحكام نظام الشركات

ولوائحه^(١)، أما الموظفون الذين يواصلون عملهم في الجهات العامة المشرفة على القطاعات المشمولة بالتخصيص، فيبقى وصف الموظف العام قائماً في حقهم، سواء كانت علاقتهم بجهة عملهم لائحية أم تعاقدية، لارتباطهم الوظيفي المباشر بجهة عامة من أجهزة الدولة.



(١) ومن ذلك ما ورد في المادة (الأولى) من النظام الأساس لشركة «الصحة القابضة»، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٤٦٩) وتاريخ ١٩/٨/١٤٤٣هـ، ويأتي تأسيس شركة الصحة القابضة بغرض تملك المرافق والمنشآت الصحية وتشغيلها وإدارتها.

المبحث الثاني

الأساس النظامي لسلطة تأديب العاملين في القطاع العام المشمول بالتخصيص

نظام التأديب نظام قانوني يجب أن يجد سنده في القانون، وتخضع فيه إجراءات المساءلة والتحقيق لمعايير وضوابط قانونية^(١)، كما أن السلطة المختصة بمباشرة الإجراءات التأديبية يقع على عاتقها الالتزام بمبدأ المشروعية في توقيع الجزاء التأديبي، فلا يجوز لها إيقاع جزاء لم يقرره النص النظامي، ولذلك كان من اللازم بيان الأساس القانوني الذي تنطلق منه سلطة تأديب العاملين في القطاع العام المشمول بالتخصيص؛ فالمقرر في الفقه والقضاء أن السعي لتحقيق أهداف الجهات العامة وأداء رسالتها والوفاء بواجباتها، لا يعني الإعفاء من الخضوع للأنظمة والتعليمات التي وضعت لضمان مبدأ الشرعية^(٢)، ويتأكد هذا الأمر في تلك الإجراءات التي تتخذها جهة العمل وتمثل سلطة عقابية تجاه العامل ولها تأثيرها المباشر على مركزه وامتيازاته وحقوقه الوظيفية.

(١) مبادئ القانون الإداري في الأموال العامة والوظيفة العامة، د. محمود البناء، ص ٢٨٨.

(٢) انظر: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، د. عصام البرزنجي، ص ١.

وقد ذكر شراح النظام عدداً من النظريات في محاولة تحديد الأساس القانوني للنظام التأديبي في العلاقة بين الجهة العامة والموظف أو العامل لديها، ومن ذلك^(١):

١. النظرية التنظيمية:

ومضمونها أن العلاقة بين الجهة العامة والموظف أو العامل هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح، ومن هذا يتبين أن تكييف المركز القانوني للموظف هو مركز تنظيمي ولائحي؛ إذ إن الجهات العامة وحدها هي السلطة التي تقدر حاجات المرفق العام، ولها أن تحدد بإرادتها المنفردة مراكز موظفيها وأوضاعهم القانونية، وأن تعدل من هذه الأوضاع في أي وقت تراه ملائماً بما يتجاوب مع الحاجات المتغيرة للمرفق العام، وأن لجهاز الدولة ممارسة سلطة الجزاء التأديبي بصفته التشخيص القانوني للجماعة الوطنية، وهو يمارس هذه السلطة لحساب الشعب على النحو الذي يحدده نظام الوظيفة العامة^(٢)، وقد جاء في حكم لديوان المظالم: «أن السلطة التأديبية للدولة على الموظف تستند إلى مركزه باعتباره مركزاً تنظيمياً يفرض عليه التزامات عديدة؛

(١) انظر: المسؤولية التأديبية للموظف العام، محمد جودت الملط، دار النهضة العربية ١٩٦٧م، ص ٣٩، وينظر الجريمة التأديبية بين القانون الإداري وعلم الإدارة العامة (دراسة مقارنة)، محمد مختار عثمان، دار الاتحاد العربي للطباعة ١٩٧٣م، ص ٣١.

(٢) النظام القانوني للجزاء التأديبي، د. عبد القادر الشبخلي، دار الفكر ١٩٨٣م، ص ٧٦.

فكانت المسؤولية التأديبية ناشئة عن مخالفة واجب نظامي -إذا ما أخل الموظف بواجبات أو مقتضيات أعمال الوظيفة العامة سلباً أو إيجاباً-؛ ولهذا فإن العقوبة التأديبية تعد إحدى وسائل السلطة لضمان حماية الوظيفة واحترام القواعد النظامية، والسير المنتظم والفعال للمرفق العام^(١).

وبناء على ذلك، فإن أساس ومشروعية ممارسة التأديب الوظيفي وفقاً لهذه النظرية، ينبعان من طبيعة المركز القانوني للموظف أو العامل باعتباره مركزاً تنظيمياً، وخضوعه لسلطة التأديب المختصة في الدولة وأنظمة ونصوص التأديب الوظيفي التي تصدر من السلطة التنظيمية؛ ضماناً لسير المرفق العام بانتظام واطراد، وحماية للوظيفة العامة، كما يتبين أن النظرية التنظيمية تجعل قواعد التأديب الوظيفي مرتبطة بقواعد القانون الإداري، فالعلاقة بين الجهة العامة والموظف أو العامل تنظم وفقاً لأحكام القانون العام.

٢. النظرية التعاقدية:

وتقوم هذه النظرية على أساس أن العلاقة بين الجهة العامة والموظف أو العامل ذات طابع تعاقدية، وتستمد أحكامها من القانون الخاص، ومن ثم تنشأ السلطة التأديبية من العقد المبرم بين طرفيه^(٢)،

(١) حكم ديوان المظالم في الدعوى رقم (٣١٥) لعام ١٤٤١هـ، المؤيد من محكمة الاستئناف برقم (٥٥٣٨) لعام ١٤٤١هـ (غير منشور).

(٢) انظر: التأديب الإداري في الوظيفة العامة، د. علي جمعة محارب.

وأن أساس سلطة التأديب هو الالتزامات المتبادلة التي يقررها العقد، حيث يرتب الخطأ الذي يقترفه الموظف حق الإدارة في توقيع الجزاء التأديبي، باعتبار أن ذلك الخطأ مخالف للالتزامات التعاقدية^(١)، ويرى أصحاب هذه النظرية أن الجزاء التأديبي لا يستمد أساسه ومشروعيته من سلطة الدولة الأمرة بخلاف العقاب الجنائي؛ فالدولة ليست وحدها من يملك حق التأديب، وإنما ثمة هيئات خاصة تملك هذا الحق، ويضاف إلى ذلك أن الدولة لا تستطيع إجبار الموظف على أداء الخدمة، فإذا امتنع عن ذلك، فإن العزل هو أقصى إجراء تملكه سلطة التأديب^(٢).

ونتيجة لذلك، يمكن القول بأن الأساس القانوني لسلطة التأديب والصلاحيات في إيقاع الجزاء التأديبي على الموظف لدى أصحاب هذه النظرية يأتي من العقد الذي أبرم بين الموظف أو العامل والجهة العامة، وأن جهاز الدولة الممثل بالجهة العامة هنا شأنه شأن رب العمل الذي يستمد سلطته التأديبية بموجب العلاقة التعاقدية التي تكون بينه وبين العامل، وبالتالي فإن القواعد الخاصة بالتأديب الوظيفي تكون مرتبطة بقواعد القانون الخاص وتخضع لأحكام نظام العمل.

(١) انظر: النظام القانوني للجزاء التأديبي، د. عبد القادر الشخيلي، ص ٤٧.

(٢) المرجع السابق، ص ٥٤.

ومن خلال ما سبق من استعراضٍ لأهم ما ورد في النظريات التي تسعى لتحديد الأساس القانوني للنظام التأديبي، يتبين أن غالبها ارتكزت على فكرة وجود علاقة بين جهاز الدولة والموظف أو العامل سواء كانت هذه العلاقة لائحية أم تعاقدية، إلا أن هناك محاولة سعت إلى إيجاد قدر من الكفاية في تحديد الأساس الذي تنطلق منه سلطة التأديب وعدم حصرها في مجرد العقد والالتزامات المتبادلة بين الطرفين سواء كانت الدولة أحد أطرافه أم لا، وأن الاتفاق والعقد بين العامل ورب العمل قد ينظم شروط ممارسة التأديب لكنه لا يعد أساساً لها.

وقد عبّر أصحاب هذه الاتجاه عن وجهة نظرهم بما أطلقوا عليه (نظرية المؤسسة) وتقوم هذه النظرية على أساس أن قيام المؤسسة يكون من خلال عناصر رئيسية تتمثل في فكرة مشتركة تسعى جماعة من الأفراد لتحقيقها، ومبادئ وقواعد تحكم التصرفات والسلوك في سبيل تحقيق الهدف، وتنظيم دائم يجمع الأعضاء ويتولى تحقيق الهدف ويوفر للمؤسسة الدوام والاستمرار.

وبالتالي فإن قيام المؤسسة بهذه الصورة يقتضي وجود سلطة تتولى اتخاذ القرارات والإجراءات اللازمة لتحقيق الهدف والعمل على احترام المبادئ والقواعد التي تحكم تصرفات الأفراد تحت التهديد بتوقيع العقاب على كل عضو بالمؤسسة يأتي سلوكاً يعتبر ضاراً بحسن سير العمل، وهذه السلطة لا تستند إلى رابطة تعاقدية بين الأعضاء،

وإنما تنبع أساساً من طبيعة المؤسسة فلا يتصور وجود كيان اجتماعي دون سلطة عليا تتولى أموره^(١).

ووفقاً لهذه النظرية لا تنشأ العلاقة بين الرئيس والمرؤوس على أساس تعاقدية بل تنشأ وفقاً لمبدأ السلطة الذي يقتضي خضوع كل عضو للسلطة الأعلى من أجل صالح الجماعة المشترك.

وبناء على ما سبق، وتأسيساً على ما ظهر لنا في المبحث السابق من أن العاملين في القطاعات العامة المشمولة بالتخصيص تنتفي عنهم صفة الموظف العام عند انتقالهم للعمل لدى الشركات والمؤسسات التي تنشأ وفقاً لأحكام القانون الخاص، فإن التأديب لهذه الفئة ينطلق من العلاقة التعاقدية بين العامل وصاحب العمل، وبالتالي يكون أساس سلطة التأديب في القطاع العام المشمول بالتخصيص مستمداً من النصوص والأحكام النظامية المتعلقة بالتأديب والمنصوص عليها في نظام العمل ولوائح العمل الداخلية، والالتزامات المتبادلة التي يقررها عقد العمل الذي أبرم بين الموظف والشركة أو المؤسسة التي انتقل للعمل لديها؛ لأن ما ورد في نظام التخصيص والقواعد والترتيبات الخاصة بكيفية معاملة الموظفين والعمال في القطاعات المستهدفة بالتحويل والتخصيص يبين أن من آثار التخصيص انتقال تبعية موظفي وعمال الجهة الحكومية من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وهو ما

(١) انظر: الجريمة التأديبية بين القانون الإداري وعلم الإدارة العامة (دراسة مقارنة)، محمد مختار عثمان، ص ٣١.

ينفي وجود علاقة وظيفية تربط العامل بالدولة، وبالتالي لا يمكن القول بأننا أمام سلطة عامة تمارس حقها في التأديب وفقاً لأحكام القانون العام.



المبحث الثالث

أثر تغير المركز الوظيفي للموظف أو العامل نتيجة لصدور قرار التخصيص على إجراءات مساءلته تأديبياً

التحول في طبيعة العلاقة الوظيفية للعاملين في الجهات الحكومية التي شملها برنامج التخصيص يترتب عليه انتقالهم إلى القطاع الخاص وفقاً لما نصّ عليه نظام التخصيص^(١)، وبالتالي خروجهم عن التبعية لأنظمة الخدمة المدنية ولوائحها، وارتباطهم بالنظم واللوائح المنصوص عليها في نظام العمل، وعند النظر في مدى وجود أثر يمتد لإجراءات المساءلة التأديبية نتيجة لهذا الانتقال وتغير المركز النظامي يتبين لنا ضرورة دراسة بعض العناصر الرئيسية وفقاً لما يلي:

المطلب الأول: جهة الاختصاص التأديبي:

تعد الجهة الحكومية صاحبة الاختصاص الأصيل في إجراء التحقيق الإداري مع موظفيها والعاملين لديها؛ إذ يعد التأديب الوظيفي امتداداً للسلطة الرئاسية الممنوحة للجهاز الإداري، كما نص نظام الانضباط الوظيفي على سلطة الجهة الإدارية في التأديب مؤكداً على اختصاصها

(١) المادة (الأولى) من القواعد والترتيبات الخاصة بكيفية معاملة الموظفين والعمال في القطاعات المستهدفة بالتحول والتخصيص، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٦١٦) وتاريخ ٢٠/١٠/١٤٤٢هـ.

الأصيل في إجراء التحقيق الإداري^(١)؛ إلا أن انتقال تبعية الموظف إلى القطاع الخاص بموجب قرار التخصيص يترتب عليه إنهاء علاقته الوظيفية مع الجهة الحكومية وبدء علاقة عمل تُنظم بعقد يوقع بينه وبين الشركة أو المؤسسة المرتبطة بعقد تخصيص مع الحكومة، ويترتب على هذا التغير في المركز الوظيفي انتقال اختصاص المساءلة التأديبية إلى الجهة الجديدة (الشركة أو المؤسسة)، لتصبح هي المختصة بمساءلته تأديبياً؛ ويعود ذلك إلى أن خضوع الموظف لنظام تأديبي يرتبط باكتسابه الصفة الوظيفية وفقاً للنظام القانوني الذي يحكم العلاقة التي تربطه بجهة عمله، ولا يمكن تحت أي ظرف من الظروف توقيع عقوبة تأديبية على أحد الموظفين إلا من قبل السلطة التأديبية المختصة^(٢).

وقد حدد المنظم الجهة المختصة بإيقاع الجزاءات التأديبية المنصوص عليها نظاماً في العلاقات الوظيفية التي يحكمها نظام العمل، حيث حصرها في صاحب العمل^(٣)، وقد جاء في أحد الأحكام الصادرة عن ديوان المظالم عند نظره في مشروع قرار تأديبي صدر تجاه طبيب متعاقد مع مؤسسة خاصة متعهدة بالتشغيل والصيانة في مستشفى تابع

(١) المادتان (التاسعة) و(العاشرة) من نظام الانضباط الوظيفي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) وتاريخ ٨/٢/١٤٤٣هـ.

(٢) القضاء الإداري - قضاء التأديب، د. سليمان الطماوي، دار الفكر العربي، ١٩٨٧م، ص ٤٥١.

(٣) المادة (السادسة والستون) من نظام العمل، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ٢٣/٨/١٤٢٦هـ.

للسؤون الصحية «أن الدائرة تبين لها خضوع المدعي لأنظمة العمل، والواضح أن المستند النظامي الذي انبثق منه القرار إنما يختص بالموظفين المشمولين بنظام الخدمة المدنية دون غيرهم، وأن المدعي بصفته طبيياً متعاقداً مع مؤسسة خاصة لا يقع تحت سلطان الجهة الإدارية من جهة القدرة على إصدار مثل هذا القرار بحقه؛ إذ إن من اللازم للحكم بصحة القرار الإداري أن يكون واقعاً على محل جائز لإنزاله عليه حتى يكون متصفاً بالصحة منتجاً للآثار، وعليه يكون القرار قد لحقه عيب الاختصاص في المحل الواقع عليه؛ إذ إنه صدر من جهة لا تملك الحق النظامي بإصداره نسبة إلى المحل الذي وقع عليه، تكييفاً على أن إصدار مثل هذه القرارات من اختصاص جهات أخرى تملك السلطة النظامية الصحيحة لإصداره إذا توافرت موجباته»^(١)، كما أكد أحد الأحكام الصادرة عن ديوان المظالم انتفاء التبعية الإدارية لإدارة التعليم تجاه مديرة مدرسة أهلية متعاقدة مع مالك المدرسة بموجب عقد عمل خاص، ومما ورد في الحكم «أن المدعى عليها لا تملك إصدار قرارها ضد المدعية؛ لعدم تبعيتها لها، حيث أن دور إدارة التعليم ما هو إلا دور فني إشرافي لمنح التراخيص

(١) حكم ديوان المظالم رقم (٥٤/د/١٥) لعام ١٤٢٤هـ، المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم (٢٣٥/ت/٦) لعام ١٤٢٥هـ، منشور في مجموعة أحكام ديوان المظالم.

للمنشآت التعليمية الأهلية والإشراف والرقابة على المناهج والوسائل التعليمية»^(١).

ومن خلال ما سبق يتبين أن الاختصاص التأديبي بعد صدور قرار التخصيص ينتقل من الجهة العامة إلى الجهة الجديدة التي يرتبط معها الموظف أو العامل بعقد العمل، وأن على الجهة العامة المشرفة على القطاع المشمول بالتخصيص عند ممارستها لدورها الإشرافي والرقابي أن تراعي قواعد الاختصاص في التأديب، وترك تقرير الجزاء التأديبي المناسب وإيقاعه لصاحب الصلاحية في الشركة أو المؤسسة التي يعمل لديها الموظف المتسبب بوقوع المخالفة.

وتجدر الإشارة إلى أن مساءلة الموظف أو العامل عن مخالفات تأديبية ارتكبها أثناء عمله لدى الجهة العامة وقبل انتقاله للقطاع الخاص، يكون الاختصاص فيه لهيئة الرقابة ومكافحة الفساد والمحكمة الإدارية، وفقاً لما نصّ عليه نظام الانضباط الوظيفي؛ باعتبار عدم ولاية الجهة الإدارية على الموظف وانتهاء علاقته الوظيفية بها بعد انتقاله للقطاع الخاص^(٢).

(١) حكم ديوان المظالم رقم (٣٦٠٣/٢/ق) لعام ١٤٣٨هـ، المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم (١٠٢٥/٢/س) لعام ١٤٣٩هـ، منشور في مجموعة أحكام ديوان المظالم.

(٢) المادة (الثانية عشرة) من نظام الانضباط الوظيفي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) وتاريخ ١٤٤٣/٢/٨هـ.

المطلب الثاني: إجراءات التحقيق الإداري، والجزاءات التأديبية التي يمكن إيقاعها:

الفرع الأول: إجراءات التحقيق الإداري:

يعد التحقيق الإداري من أهم مظاهر التأديب الوظيفي، ولا يمكن بحال القول بمشروعية الإجراءات التأديبية وإيقاع الجزاء التأديبي دون إجراء التحقيق الإداري مع الموظف، ويقصد بإجراءات التحقيق: «تلك الخطوات المنظمة التي يتعين اتباعها للتحقق من ارتكاب الموظف للمخالفة المنسوبة إليه؛ تمهيداً لتوقيع الجزاء التأديبي المناسب بحقه»^(١)، وتعد هذه الإجراءات من أبرز الموضوعات التي تستدعي دراسة أثر التخصيص عليها، نظراً لكثرة تناول القضاء الإداري لها في أحكامه، ولما تتسم به من طابع عملي ملموس، ومع انتقال فئة من العاملين من القطاع العام إلى القطاع الخاص بموجب قرارات التخصيص، تبرز جملة من المتغيرات المرتبطة باختلاف إجراءات التحقيق التأديبي بين النظامين، فالتحقيق الإداري في القطاع العام، يخضع لمبادئ القانون الإداري وضماناته، مثل: وجوب مباشرته من لجنة مختصة (لجنة النظر في المخالفات)، ووجوب توثيق إجراءاته، وارتباطه برقابة قضائية لاحقة، أما في القطاع الخاص، فتتسم إجراءات التحقيق بقدر أكبر من المرونة، إذ يُنَاط بصاحب العمل أو من يفوضه إجراء التحقيق دون اشتراط لجنة محددة تتولى سماع أقوال العامل وجمع

(١) قضاء التأديب، د. سليمان الطماوي، ص ٥٣٩.

الأدلة، ويميز النظام استجواب العامل شفهيًا في المخالفات البسيطة، بينما كان يُشترط قبل انتقاله إلى القطاع الخاص أن يكون الاستجواب كتابيًا، وفقًا لما نصّت عليه اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، ويلاحظ أن نظام العمل السعودي لم يضع تفاصيل دقيقة تماثل ما هو مقرر في أنظمة الخدمة المدنية ونظام الانضباط الوظيفي، مما قد يؤدي إلى تفاوت في التطبيق العملي من منشأة لأخرى، وفي رأيي أن معالجة هذا التفاوت تستلزم وضع قواعد موحدة للتحقيق الإداري تُضمّن في لائحة تنظيم العمل الخاصة بالمنشآت المشاركة في مشاريع التخصيص، مع مراعاة خصوصية المخالفات التي قد تؤثر على حسن سير المرفق العام، والاستفادة في ذلك مما ورد في نظام الانضباط الوظيفي ولائحته التنفيذية.

ومن أبرز المتغيرات في إجراءات التحقيق الإداري ما يتعلق بمدد تقادم المخالفة التأديبية إذ يمكن في القطاع العام إجراء التحقيق الإداري وتحريك الدعوى التأديبية في أي وقت ما دامت لم تمض مدة ستين من تاريخ اكتشاف وقوع المخالفة أو من تاريخ اتخاذ آخر إجراء من إجراءات التحقيق، ويبرّر ذلك بخصوصية الوظيفة العامة وارتباطها بالصالح العام، حيث تُعتبر المخالفة إخلالًا بالثقة العامة، وهو ما يستدعي عدم التسامح معها، وفي المقابل ينص نظام العمل على سقوط الحق في معاقبة العامل إذا لم تُبأشر الإجراءات خلال ثلاثين يومًا من تاريخ علم صاحب العمل بالمخالفة، كما ينص على عدم جواز توقيع

جزاء تأديبي على العامل بعد مضي ثلاثين يومًا من تاريخ انتهاء التحقيق في المخالفة، وهذا التقييد الزمني يهدف إلى حماية العامل من استمرار تهديده بالمساءلة لفترات طويلة، وضمان سرعة الحسم في العلاقة العمالية، ويراعي نظام العمل في مسألة التقادم أهمية استقرار العلاقة التعاقدية بين العامل وصاحب العمل، وترى الدراسة أهمية إيجاد معالجة نظامية تهدف لتخفيف التباين بين نظام الانضباط الوظيفي ونظام العمل في مدة تقادم المخالفة التأديبية ومناسبة التفريق بين المخالفات المرتبطة بالمال العام وغيرها من المخالفات ذات الطابع التعاقدية المنظم للعلاقة بين العامل وصاحب العمل.

الفرع الثاني: الجزاءات التأديبية التي يمكن إيقاعها:

فيما يتعلق بالجزاءات التأديبية فإن المبدأ المستقر عليه في أنظمة الخدمة المدنية ونظام العمل هو عدم جواز إيقاع جزاء تأديبي غير وارد في النصوص النظامية؛ وذلك وفقًا لقاعدة (لا عقوبة إلا بنص)^(١)، «فسلطة التأديب لها حرية اختيار أي من العقوبات المنصوص عليها لأي مخالفة تأديبية، وليس لها الخروج على ما حدده النظام من جزاءات تأديبية مهما كانت الدوافع؛ لأن ذلك يعد خروجًا على مبدأ مشروعية العقوبة أو الجزاء»^(٢)، كما يشترك النظامان في وضع سلم متدرج من

(١) انظر: المادة (السادسة) من نظام الانضباط الوظيفي، والمادة (السابعة والستون) من نظام العمل.

(٢) أحكام تأديب الموظفين في المملكة العربية السعودية، د. خالد الظاهر، ص ٨٧.

الجزاءات التأديبية يتدرج من الإنذار، مرورًا بالحسم من الراتب أو الحرمان من العلاوة، وعدم النظر في الترقية، وانتهاءً بالفصل من الخدمة.

وعند النظر في الأثر الذي يترتب على انتقال الموظف أو العامل إلى القطاع الخاص نتيجة لصدور قرار التخصيص على الجزاءات التأديبية التي يمكن إيقاعها عليه يتبين لنا عدم جواز إيقاع الجزاءات التأديبية المنصوص عليها في نظام الانضباط الوظيفي، ويكون لصاحب العمل اختيار أي من الجزاءات الواردة في نظام العمل أو في لائحة تنظيم العمل المعتمدة من وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية، وهو ما يوجد قدرًا من المرونة تتناسب مع طبيعة العلاقة التعاقدية بين العامل وصاحب العمل، إلا أنه قد يؤدي إلى وجود تفاوت في شدة الجزاءات بين الجهات المشمولة بالتخصيص، الأمر الذي يقتضي مراجعة هذه الجزاءات التأديبية للنظر في مدى كفايتها لمواجهة المخالفات المتصلة بالمرفق العام ومدى مناسبة توحيدها بما يحقق التوازن بين ضمانات الموظف، وحماية المرافق العامة، ومراعاة طبيعة الأعمال التي يؤديها الموظف والمتصلة بالخدمة العامة، وكذلك النظر في مناسبة إيجاد تقنين جزئي للمخالفات بإعداد لوائح للجزاءات تشتمل على قائمة بالمخالفات التأديبية وتسعى للربط بين الجزاء والمخالفة، لاسيما أن مدونة قواعد السلوك وأخلاقيات الوظيفة العامة قد مهدت لهذا الاتجاه، حيث حددت الواجبات والمحظورات الوظيفية التي تمثل

الإطار العام الذي يجب التقيد به، وتضمنت المبادئ العامة الشاملة لمقتضيات العمل في الخدمة العامة، ونصت على أن أحكام المدونة غير محيطة بجميع المعايير وقواعد السلوك لكل الجهات التي تقدم الخدمات العامة، وإزاء ذلك قد يتطلب الأمر إضافة معايير وقواعد أخرى تتناسب مع الظروف الخاصة بالجهات ذات الطابع الوظيفي أو المهني الخاص^(١).

المطلب الثالث: حدود الدور الرقابي والتأديبي لأجهزة الدولة المختصة بعد التخصيص.

الجهات الرقابية كهيئة الرقابة ومكافحة الفساد، والديوان العام للمحاسبة تستمد ولايتها من الأنظمة العامة ذات الصلة بمكافحة الفساد وحماية الأموال العامة، وهذه الأنظمة ذات طبيعة أمر لا يمكن تعطيلها بمجرد انتقال العامل إلى علاقة تعاقدية خاصة^(٢)، ومن ثم فإن انتقال الموظف أو العامل من القطاع العام إلى القطاع الخاص بموجب قرارات التخصيص لا يعني بحالٍ من الأحوال انتفاء الدور الرقابي والتأديبي لأجهزة الدولة المختصة حيال ما يرتكبه الموظف من مخالفات؛ إذ إن هذه الأجهزة تظل صاحبة ولاية أصيلة في مجال حماية

(١) انظر: مقدمة مدونة قواعد السلوك الوظيفي وأخلاقيات الوظيفة العامة، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٥٥٥) وتاريخ ٢٥/١٢/١٤٣٧هـ.

(٢) انظر: نظام هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٥) وتاريخ ٢٣/١/١٤٤٦هـ، ونظام الديوان العام للمحاسبة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩) وتاريخ ١١/٢/١٣٩١هـ.

المال العام وضمان نزاهة الوظيفة العامة، وإن اختلف نطاق تدخلها تبعاً لطبيعة العلاقة الوظيفية الجديدة، كما أن المخالفات التي يرتكبها الموظف قبل تاريخ انتقاله إلى القطاع الخاص تظل خاضعة لاختصاص هذه الأجهزة، ولو تم إنهاء خدمته وانتقل لنظام العمل؛ وذلك باعتبار أن مناط المسؤولية هنا هو الصفة الوظيفية التي اكتسبها وقت ارتكاب المخالفة^(١).

وفيما يتعلق بالمخالفات التي قد تُرتكب بعد انتقال الموظف إلى القطاع الخاص، فإن الأصل فيها هو خضوعه الكامل لنظام العمل ولوائحه، وما يترتب على ذلك من اختصاص صاحب العمل بالتحقيق وتوقيع الجزاءات التأديبية - كما تقدم معنا -، غير أن هذا لا يحول دون تدخل أجهزة الدولة المختصة إذا ما ارتبطت تلك المخالفات بمساس مباشر بالمال العام أو بإحدى جرائم إساءة استعمال السلطة لتحقيق منافع غير مشروعة، ففي هذه الحالة يمتد الاختصاص الرقابي لأجهزة الرقابة بالدولة؛ لضمان عدم إفلات المخالف من المساءلة، وذلك وفقاً لاختصاصات هذه الأجهزة المنصوص عليه في أنظمتها، واتساقاً مع

(١) نصت المادة (الثامنة) من نظام الانضباط الوظيفي أن انتهاء خدمة الموظف لا يمنع من اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في النظام أو الاستمرار فيها، ويكون الجزاء غرامة لا تزيد على ما يعادل (ثلاثة) أمثال صافي آخر راتب شهري كان يتقاضاه.

مبدأ حماية المرافق العامة، ولضمان استمرارية الرقابة المالية للدولة، وقيامها بالتأكد من حسن الأداء الإداري، وتطبيق الأنظمة^(١).

ويتضح من ذلك أن الدور الرقابي والتأديبي لأجهزة الدولة المختصة بالرقابة والتحقيق الإداري بعد التخصيص يظل قائماً، لكنه يتخذ نطاقاً أكثر تحديداً، بحيث يقتصر على:

١. المساءلة عن المخالفات السابقة على التخصيص، والتي تُباشرها هيئة الرقابة ومكافحة الفساد والمحكمة الإدارية، وفقاً لما نص عليه نظام الانضباط الوظيفي، وبوصفهما أصحاب ولاية أصيلة في هذا الشأن.

٢. التدخل عند ظهور مخالفات تمس المال العام مرتبطة بجرائم فساد، حتى وإن كان مرتكبها قد أصبح خاضعاً لنظام العمل.

٣. صدور أوامر ملكية أو أوامر سامية بإجراء التحقيق حول وقائع محددة، تتطلب تدخل أجهزة الدولة المختصة لإجراء الرقابة والتحقيق وكشف أوجه القصور واتخاذ ما يلزم نظاماً في شأنها.

وبناء عليه يظهر أن التخصيص أحدث تحولاً في نطاق سلطة الدولة الرقابية والتأديبية، لا من حيث وجودها، وإنما من حيث حدودها؛ فهي لم تعد سلطة شاملة على الموظف بعد انتقاله للقطاع الخاص، وإنما أصبحت محكومة بمدى ارتباط المخالفة بالمصلحة العامة وحماية المال

(١) المادتان (التاسعة والسبعون) و(الثمانون) من النظام الأساسي للحكم.

العام، وهو ما يعكس التوازن بين متطلبات ضمان سير المرافق العامة بانتظام، وبين استقلالية العلاقة التعاقدية الخاصة التي ينظمها نظام العمل.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض المسائل الدقيقة التي يثيرها انتقال الموظف إلى القطاع الخاص، ومنها مسألة المخالفات التأديبية (الإدارية أو المالية) التي يكون لها تأثير مباشر على أموال الدولة أو ممتلكاتها، ولكنها لا ترقى إلى مستوى شبهة الفساد المنصوص عليها في أنظمة مكافحة الفساد، وهذه المخالفات مثل الإهمال الجسيم في المحافظة على المال العام، أو سوء التصرف الإداري الذي يترتب عليه هدر مالي، تطرح إشكالية في تحديد حدود الدور الرقابي والتأديبي لأجهزة الدولة بعد التخصيص، فمن ناحية، لا يمكن إغفال أن هذه المخالفات قد تؤثر على الخزينة العامة للدولة والمصلحة العامة، وهو ما يجعلها تتجاوز مجرد العلاقة التعاقدية الخاصة التي تربط العامل بصاحب العمل، ومن ناحية أخرى، فإنها لا تُصنف بالضرورة في نطاق جرائم الفساد التي تُباشرها هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، مما يفرض البحث عن إطار نظامي يحدد الجهة المختصة في مواجهتها.

وعند النظر في النصوص النظامية يتبين أن مساءلة الموظف أو العامل تأديبياً أمام الأجهزة الرقابية إنما يكون وفقاً للنظام التأديبي

الذي يخضع له^(١)، كما أن هيئة الرقابة ومكافحة الفساد قد نص نظامها على عنايتها «بإجراء الرقابة اللازمة للكشف عن المخالفات الإدارية واتخاذ ما يلزم في شأنها، وذلك وفقاً للنصوص النظامية ذات الصلة»^(٢)، بينما نجد أن الديوان العام للمحاسبة يحتفظ بدور أصيل في رصد المخالفات المالية ورفع تقارير بشأنها للجهات المختصة، بما في ذلك المطالبة باسترداد الأموال أو تحميل المسؤولية المالية للعامل^(٣)، ما يعزز استمرار الولاية الرقابية للدولة على المال العام.

وبذلك يمكن القول أن المخالفات ذات الأثر المالي على الدولة - من دون أن تشكل فساداً - تظل محلاً لاختصاص الأجهزة الرقابية في جانب رصدها، مع بقاء سلطة التحقيق فيها منوطة بصاحب العمل في القطاع الخاص^(٤)، بما يحقق التوازن بين حماية الأموال العامة

(١) حيث نصت المادة (الثالثة) من نظام الانضباط الوظيفي على أن الموظفين الذين يعملون وفقاً لأنظمة ينظم فيها الجزء بقواعد خاصة، يعاملون وفقاً لتلك القواعد، وفي حدود ما تتضمنه من أحكام.

(٢) المادة (الرابعة) من نظام هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٥) وتاريخ ٢٣/١/١٤٤٦هـ.

(٣) انظر: المادة (السادسة عشرة) من نظام الديوان العام للمحاسبة، ولائحة رقابة الديوان العام للمحاسبة على المؤسسات الخاصة والشركات التي تساهم الدولة في رأس مالها أو تضمن لها حداً أدنى من الأرباح، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٣٩٠) وتاريخ ١٨/٤/١٣٩٨هـ.

(٤) نصت المادة (السابعة) من لائحة رقابة الديوان العام للمحاسبة على المؤسسات الخاصة والشركات التي تساهم الدولة في رأس مالها، على أن لرئيس الديوان أن يطلب من الجهات المختصة إجراء التحقيق اللازم وتوقيع العقوبات المناسبة

واستقرار العلاقة العمالية، ومع ذلك فإن التحدي الأكبر يتمثل في تحقيق الانسجام التنظيمي والعملي بين الأجهزة المختصة جميعها؛ بما يكفل وضوح الاختصاصات وتكامل الأدوار، ويضمن في الوقت ذاته عدم إفلات أي مخالفة من المساءلة، وهو ما يتطلب إيجاد معالجة نظامية للحالات التي يتتقل فيها الموظف من الجهة الخاصة وتنتهي علاقته الوظيفية بها بعد ارتكابه مخالفات ذات تأثير مباشر على أموال الدولة أو ممتلكاتها.

على من يتبين أنه أخفى بسوء نية معلومات بقصد عدم تمكين الديوان من أداء مهامه، أو ارتكب مخالفة مالية للقواعد المنصوص عليها في أنظمة ولوائح المؤسسات الخاصة والشركات الخاضعة لرقابة الديوان.

الخاتمة

التائج:

توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج التي تُبرز أثر قرار التخصيص على إجراءات المساءلة التأديبية، ويمكن تلخيصها فيما يأتي:

١- يترتب على انتقال الموظف أو العامل من القطاع العام إلى القطاع الخاص بموجب قرار التخصيص انتفاء صفة الموظف العام عنه في المجال التأديبي، في حين يبقى هذا الوصف قائماً بالنسبة لمن يستمر عمله لدى الجهة العامة المشمولة بالتخصيص، سواء كانت علاقته بها تنظيمية أو تعاقدية.

٢- يستمد الأساس النظامي لتأديب الموظفين والعاملين المشمولين بقرار التخصيص من النصوص المنظمة لأحكام التأديب الواردة في نظام العمل ولوائح تنظيم العمل الداخلية، إضافةً إلى الالتزامات المتبادلة التي يُنشئها عقد العمل المبرم بين الموظف والجهة الخاصة المنتقل إليها.

٣- ينتقل الاختصاص في المساءلة التأديبية من الجهة العامة إلى الجهة الخاصة التي يرتبط معها الموظف أو العامل بعقد العمل، بوصفه أثراً من آثار شموله بقرار التخصيص.

٤- كشفت الدراسة عن وجود تباين في إجراءات التحقيق الإداري بين نظام الانضباط الوظيفي ونظام العمل، سواء من حيث الضمانات

النظامية أو مدد التقادم أو الجهة المختصة بالتحقيق، مما قد يؤدي إلى تفاوت في الممارسات العملية بين المنشآت المشمولة بالتخصيص.

٥- يظل الدور الرقابي والتأديبي لأجهزة الدولة المختصة قائماً بعد التخصيص، غير أنه يقتصر على الحالات ذات الصلة بالمال العام، أو المتعلقة بجرائم الفساد، أو بالمخالفات التي ارتكبت قبل شمول الموظف بقرار التخصيص.

التوصيات:

في ضوء النتائج التي توصلت إليها الدراسة، يمكن إجمال التوصيات فيما يلي:

١- تضمين لوائح تنظيم العمل في المنشآت المشاركة في مشاريع التخصيص والمشغلة للمرافق العامة قواعد موحدة للتحقيق الإداري، تشمل على ضمانات إجرائية مستمدة من المبادئ العامة الواردة في نظام الانضباط الوظيفي، ويُراعى فيها خصوصية العمل واتصاله بالخدمة العامة.

٢- تعزيز التنسيق بين أجهزة الدولة الرقابية، ممثلة في هيئة الرقابة ومكافحة الفساد والديوان العام للمحاسبة، وبين القطاعات المشمولة بالتخصيص، بهدف معالجة الحالات التي تتطلب قيام جهة العمل بالتحقيق في المخالفات ذات الصلة بالمال العام، دون أن ترقى إلى

مستوى جرائم الفساد، وبما يضمن وضوح حدود الاختصاص الرقابي والتأديبي.

٣- توصي الدراسة بأن تقوم وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية، بالتنسيق مع هيئة الرقابة ومكافحة الفساد والديوان العام للمحاسبة، بدراسة وضع معالجة نظامية تُمكن من إعمال المساءلة التأديبية في الحالات التي تنتهي فيها العلاقة الوظيفية بين العامل المشمول بالتخصيص والجهة الخاصة، بعد ارتكابه مخالفات ذات تأثير مباشر على المال العام أو ممتلكات الدولة.



المصادر والمراجع

١. أحكام تأديب الموظفين في المملكة العربية السعودية، د. خالد خليل الظاهر، معهد الإدارة العامة ١٤٢٦هـ.
٢. التأديب الإداري في الوظيفة العامة، د. علي جمعة محارب، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٠م.
٣. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الزبيدي، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بدولة الكويت، ١٤٢٢هـ.
٤. الجريمة التأديبية بين القانون الإداري وعلم الإدارة العامة (دراسة مقارنة)، محمد مختار عثمان، دار الاتحاد العربي للطباعة، ١٩٧٣م.
٥. السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧١م.
٦. القضاء الإداري - قضاء التأديب، د. سليمان الطماوي، دار الفكر العربي، ١٩٨٧م.
٧. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الفارابي، دار العلم للملايين - بيروت، ١٤٠٧هـ.
٨. القانون الإداري السعودي، د. عبد القادر الشخيلي، جامعة الإمام محمد بن سعود، دار الثقافة، ١٤٣٦هـ.
٩. القانون الإداري السعودي، د. هاني الطهراوي، جامعة الإمام محمد بن سعود، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ.
١٠. لسان العرب، ابن منظور، دار صادر - بيروت، ١٤١٤هـ.
١١. الموظف العام فقهاً وقضاءً، محمد حامد الجمل، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٦٩م.

١٢. المسؤولية التأديبية للموظف العام، محمد جودت الملط، دار النهضة العربية، ١٩٦٧م.
١٣. النظام القانوني للجزاء التأديبي، د. عبد القادر الشخيلي، دار الفكر، ١٩٨٣م.
١٤. مبادئ القانون الإداري في الأموال العامة والوظيفة العامة، د. محمود البناء، دار الفكر العربي.
١٥. معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عبد الحميد عمر، عالم الكتب، إصدار مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة، ١٤٢٩هـ.
١٦. فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها، د. مصطفى عفيفي، دار الكتاب العربي، ١٩٧٦م.

قائمة الأنظمة واللوائح:

١٧. النظام الأساسي للحكم، الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/ ٩٠) بتاريخ ٢٧/ ٨/ ١٤١٢هـ.
١٨. النظام الأساس لشركة «الصحة القابضة»، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٤٦٩) وتاريخ ١٩/ ٨/ ١٤٤٣هـ.
١٩. نظام الانضباط الوظيفي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٨) وتاريخ ٨/ ٢/ ١٤٤٣هـ.
٢٠. نظام التخصيص، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٦٣) وتاريخ ٥/ ٨/ ١٤٤٢هـ.
٢١. نظام الديوان العام للمحاسبة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٩) وتاريخ ١١/ ٢/ ١٣٩١هـ.
٢٢. نظام العمل، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥١) وتاريخ ٢٣/ ٨/ ١٤٢٦هـ.

٢٣. نظام هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٥) وتاريخ ٢٣/١/١٤٤٦هـ.
٢٤. القواعد والترتيبات الخاصة بكيفية معاملة الموظفين والعمال في القطاعات المستهدفة بالتحويل والتخصيص، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٦١٦) وتاريخ ٢٠/١٠/١٤٤٢هـ.
٢٥. قواعد عمل اللجان الإشرافية للقطاعات المستهدفة بالتخصيص، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٥٥) وتاريخ ٢٠/١/١٤٤٢هـ.
٢٦. لائحة رقابة الديوان العام للمحاسبة على المؤسسات الخاصة والشركات التي تساهم الدولة في رأس مالها أو تضمن لها حدًا أدنى من الأرباح، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٣٩٠) وتاريخ ١٨/٤/١٣٩٨هـ.
٢٧. مدونة قواعد السلوك الوظيفي وأخلاقيات الوظيفة العامة، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٥٥٥) وتاريخ ٢٥/١٢/١٤٣٧هـ.
٢٨. اللائحة التنفيذية للموارد البشرية في الخدمة المدنية، الصادرة بالقرار الوزاري رقم (١٥٥٠) وتاريخ ٩/٦/١٤٤٠هـ.

