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

قضاء

قَضَاء

مجلة علمية محكمة

العـدد الخامس والثلاثون • شوال ١٤٤٥هـ • مايو ٢٠٢٤م

قاعدة: «المفرِّط أولى بالخسارة» - دراسة تحليلية نقدية
د. طارق بن طلال عنقاوي

مصرف في سبيل الله من ضِيقِ الجزئيات إلى سَعَةِ الكليات
د. محمد علي الصليهم

أثر نزع ملكية العقار للمنفعة العامة على عقد التمويل العقاري في ضوء الفقه الإسلامي والنظام السعودي
أ. د. عبد الرحمن بن نافع السلمي
د. تركي بن سعد الخثلان

صيغ العقود المستحدثة في تعاقدات رأس المال الجريء وموقف الفقه الإسلامي منها
د. مشعل بن صالح السمحان

عوارض تقادم الحقوق المالية.. أثرها، وضوابطها، وإثباتها - دراسة فقهية استقرائية ومقارنة بنظام المعاملات المدنية السعودي
د. محمد بن عبد المحسن السعوي

قياس أثر التشريعات في المملكة العربية السعودية إطار تنظيمي مقترح لتقييم الأثر التشريعي
د. راكان بن فهد الحربي

الادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري في المملكة العربية السعودية - دراسة تطبيقية مقارنة
محمد سلطان العمري

الحماية الدولية لحق ذوي الإعاقة في التعليم
د. أحمد بن علي الدباسي

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

قضاء

مجلة علمية محكمة

العـدد الخامس والثلاثون • شوال ١٤٤٥هـ • مايو ٢٠٢٤م

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

© الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) ١٤٤٥هـ (٢٠٢٤م)

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

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

هيئة التحرير

رئيس التحرير

فضيلة أ. د. مَنْصُورُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الحَيْدَرِيّ

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

أعضاء هيئة التحرير

فضيلة أ. د. خَالِـدُ بْنُ عَبْدِ اللهِ المُصْلِح

أستاذ الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية
في جامعة القصيم

فضيلة أ. د. عَبْدُ الوَاحِدِ بْنُ حَمَدٍ المزْرُوع

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

فضيلة أ. د. مُحَمَّـدُ بْنُ جَبْرٍ الأَلْفِيّ

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

فضيلة د. مِشْعَلُ بْنُ سَعْدٍ آلُ عَسْكَر

قاضي استئناف

فضيلة د. خَالِـدُ بْنُ عُثْمَانَ الْعُمَـيْر

عميد كلية الحقوق بكليات الشرق العربي

فضيلة الشيخ/ عَبْدُ الإله بْنُ إِبْرَاهِيمَ العَـرْوَان

محامٍ

ضوابط النشـر في مجـلة قضاء

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

(٢) اتصاف البحث بالجدة والأصالة.

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

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

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

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

(٧) عدم تجاوز عدد الصفحات (٥٠ صفحة).

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

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

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

إجراءات التحكيم في مجلة قضاء

المرحلة الأولى:

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

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

المرحلة الثانية:

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

المرحلة الثالثة:

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

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

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

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

المرحلة الرابعة:

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

محتويات العدد

كلمة التحرير ٧

قاعدة: «المفرِّط أولى بالخسارة» - دراسة تحليلية نقدية
د. طارق بن طلال بن محسن عنقاوي ٩

مصرف في سبيل الله من ضِيقِ الجزئيات إلى سَعَةِ الكليات
د. محمد علي الصليهم ٧١

أثر نزع ملكية العقار للمنفعة العامة على عقد التمويل العقاري في ضوء الفقه الإسلامي والنظام السعودي
أ. د. عبد الرحمن بن نافع السلمي - د. تركي بن سعد الخثلان ١٢٣

صيغ العقود المستحدثة في تعاقدات رأس المال الجريء وموقف الفقه الإسلامي منها
د. مشعل بن صالح عبد العزيز السمحان ١٨٩

عوارض تقادم الحقوق المالية.. أثرها، وضوابطها، وإثباتها - دراسة فقهية استقرائية ومقارنة بنظام المعاملات المدنية السعودي
د. محمد بن عبد المحسن بن محمد السعوي ٢٥٧

قياس أثر التشريعات في المملكة العربية السعودية إطار تنظيمي مقترح لتقييم الأثر التشريعي
د. راكان بن فهد الحربي ٣٣١

الادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري في المملكة العربية السعودية - دراسة تطبيقية مقارنة
محمد سلطان أحمد العمري ٣٨٩

الحماية الدولية لحق ذوي الإعاقة في التعليم
أحمد بن علي بن عبد الله الدباسي ٤٧٧

كلمة التحرير

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

فربما يكون هذا العدد الخامس والثلاثون من الأعداد المميزة التي غطت -في معظمها- موضوعات غير تقليدية في عناوينها ومضامينها؛ إذ يتناول البحث الأول قاعدة «المفرط أولى بالخسارة» من ناحية تحليلية نقدية؛ وهي قاعدة مهمة يتطرق لها القضاة والخصوم كثيراً في الدعاوى، فيما يتناول البحث الثاني «مصرف في سبيل الله: من ضيق الجزئيات إلى سعة الكليات» من زاوية مختلفة جانبًا متصلاً بشمول المصرف لأنواع مختلفة من العمل الخيري وإن كانت طرقت من قبل، ويناقش البحث الثالث أثر نزع الملكية على عقد التمويل العقاري، وهذا ملحظ مهم دقيق لنازلة من النوازل التي تستدعي البحث، ويأتي البحث الرابع ليناقش صيغ العقود المستحدثة في تعاقدات رأس المال الجريء، وهي من المسائل المستجدة المعاصرة التي تدعو الحاجة لتناولها، ويغطي البحث الخامس عوارض تقادم الحقوق المالية مقارنة بنظام المعاملات المدنية السعودي، وهي مسألة مهمة في ظل النظام الجديد، ويتناول البحث السادس جزئية نوعية في قياس أثر التشريعات من خلال عرض إطار تنظيمي مقترح لتقييم الأثر التشريعي، وهذه مسألة غاية في الأهمية في ظل التسارع التنظيمي في المملكة العربية السعودية، بينما

يتناول البحث السابع جزئية الادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري في المملكة، وهي جزئية مهمة في ظل الحراك المستمر من الحكومة الرشيدة -حفظها الله- في مكافحة الفساد بكافة أشكاله وصوره، ويختتم العدد أبحاثه ببحث يتناول جانباً دولياً متصلاً بفئة غالية وهم ذوو الإعاقة.

وهذا التنوع في نوعية الأبحاث المنشورة يأتي محققاً لاهتمامات أكبر قاعدة من القراء المتخصصين في المجالات المختلفة. وغني عن الذكر أن جهود الباحثين واجتهاداتهم العلمية فيما طرحوا من مسائل لا تمثل وجهة نظر المجلة، ولا هيئة التحرير. وترحب المجلة بكل ما يثري المحتوى العلمي فيها من نقد، أو تعليق، أو تعقيب.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

رئيس هيئة التحرير
أ. د. منصور بن عبد الرحمن الحيدري

قاعدة: «المفرِّط أولى بالخسارة»

دراسة تحليلية نقدية

د. طارق بن طلال بن محسن عنقاوي

أستاذ مشارك بقسم الفقه بكلية الشريعة

جامعة أم القرى

ttangawi@uqu.edu.sa

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين. أما بعد:

فإنَّ من القواعد التي يكثر تداولها على ألسنة المهتمين بالمجال القضائي قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة)، وقد تساق في موضع الاحتجاج لتضمين الأمين الذي فرَّط فيما يجب عليه تجاه مال غيره، أو للحكم على من فرَّط فيما يلزم لحفظ مال نفسه.

والناظر في كلام الفقهاء يجد صوراً متنوعة للتفريط، يمكن أن يسفر استقراؤها وتحليلها عن ضبطٍ للتفريط المؤثر بما يحرِّر الموقف من هذه القاعدة، فكان من مهمات البحث الفقهي أن يلج في مثل هذه الفجوات محاولاً التحرير والتفصيل بعون الله.

مشكلة البحث:

يمكن تحديد مشكلة البحث بالسؤال الرئيس التالي: هل قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة) قاعدة صحيحة يحتج بها بهذا الإطلاق؟ ويتفرَّع عن هذا السؤال الأسئلة الفرعيَّة التالية:

السؤال الأوَّل: ما معنى قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة)؟ وماذا تشمل من أنواع التفريط؟

السؤال الثاني: هل توجد قاعدة فقهية بهذه الصيغة؟ ومتى بدأ استعمالها بهذه الصيغة؟ وما القواعد القريبة منها وما موضع الشبه والفرق بينها؟

السؤال الثالث: هل أخذ الفقهاء بهذه القاعدة أو بمعناها بإطلاق؟ وما الذي أخذوا به من مشمولاتها إن كان الجواب بالنفي؟

السؤال الرابع: ما الأدلَّة والأصول الشرعية التي يمكن أن تتعلَّق بهذه القاعدة؟ وما العلاقة الصحيحة بينها وبين القاعدة؟ وما الموقف من القاعدة في ظلِّ ذلك؟

السؤال الخامس: كيف يطبِّق القضاة هذه القاعدة؟ وما مدى دقَّة التطبيق من الناحية الشرعية؟

أهداف البحث:

١. بيان معنى قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة) وما تشمله من أنواع التفريط.

٢. تحليل حضور قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة) بصيغتها أو معناها أو حضور ما يقاربها من قواعد في كلام الفقهاء.

٣. بيان الموقف الصحيح من قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة) في ضوء الأدلة والأصول الشرعية.

٤. دراسة نماذج من تطبيقات القضاء للقاعدة.

أهمية موضوع البحث:

تبرز أهمية موضوع البحث من خلال كثرة تداول هذه القاعدة في تسبيبات القضاة وعلى ألسنة المحامين والمهتمين بالقضاء عموماً، حتَّى إنَّ البوابة

القضائية العلميَّة التابعة لوزارة العدل السعوديَّة أدرجتها ضمن تصنيف القواعد والضوابط الفقهية، إضافة إلى حضورها في جانب الاحتجاج على بعض من تعرضوا لخسائر مالية ادَّعي أنَّ تفريطهم تسبَّب فيها، ومن ثمَّ فقد يقضى عليهم بأحكام تحمِّلهم شيئاً من الخسائر بحجَّة التفريط، بينما تبرئ غيرهم من التبعة بحجَّة أنَّ المفرط أولى بالخسارة، فاجتمع في موضوع البحث الكثرة وخطر الأثر لتعلُّقه بإثبات أو نفي الحقوق، ومثل هذا لا بد من القضاء فيه بحجَّة شرعيَّة غير ملتبسة.

الدراسات السابقة:

لم أجد من أفرد هذه القاعدة ببحث شامل، غير أنِّي وجدت بشبكة الإنترنت بحثاً للدكتور فهد بن عبد الله آل طالب مؤرخاً بشعبان ١٤٤١هـ عنوانه: توثيق قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة). وقد نصَّ الباحث على أنَّ غرضه التوثُّق من ذكر القاعدة في كلام الفقهاء وتوثيق نسبها، وأنَّ ورقته البحثية لم تُعنَ بذكر أدلتها وأمثلتها والاعتراضات عليها.

منهج البحث:

سيتبع هذا البحث منهج الاستقراء والتحليل للوصول لمعنى القاعدة وتوثيقها ومعرفة مواقف الفقهاء منها، كما سيتبع مناهج الاستنباط والتحليل والنقد للوصول إلى الموقف الصحيح من الاحتجاج بالقاعدة وتوظيفها في الأحكام القضائية.

خطَّة البحث:

جعلت هذا البحث في مقدِّمة وخمسة مباحث وخاتمة.

المقدِّمة:

وفيها بيان موضوع البحث ومشكلته وأهدافه، والحديث عن أهميته، والدراسات السابقة فيه، وبيان المنهج المتَّبع وتقسيمات الخطَّة.

المبحث الأوَّل: معنى قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة).

المبحث الثاني: توثيق قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة).

المبحث الثالث: ما يُستفاد من تعليلات الفقهاء بالتفريط.

المبحث الرابع: الموقف الصحيح من قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة) في ضوء الأدلة والأصول الشرعية

المبحث الخامس: دراسة بعض تطبيقات قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة) في أحكام القضاء.

الخاتمة: وفيها أهم نتائج وتوصيات البحث.

فهرس المراجع.

أسأل الله التيسير والسداد وأن يجعل فيه النفع والبركة، والله أعلم وصلى الله على نبينا محمد.

المبحث الأوَّل
معنى قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة)

المطلب الأوَّل: بيان معنى مفردات القاعدة:

المفرِّط في اللُّغة:

جاء في مقاييس اللُّغة: «الفاء والراء والطاء أصل صحيح يدل على إزالة شيء من مكانه وتنحيته عنه.. وكذلك التفريط، وهو التقصير، لأنه إذا قصر فيه فقد قعد به عن رتبته التي هي له»(١)، وفي لسان العرب: «وفَرَط في الأمر يَفرُط فرطاً أي قصَّر فيه وضيَّعه حتى فات، وكذلك التفريط»(٢)، وفي النهاية في غريب بالحديث والأثر: «هو بالتخفيف: المسرف في العمل، وبالتشديد: المقصر فيه»(٣).

المفرِّط في اصطلاح الفقهاء:

لا يخرج التفريط في استعمال الفقهاء عن المعنى اللغوي، فهو من «التهاون في الشيء حتى يتلف، وإهمال الشيء»(٤). قال ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «والتفريط: هو ترك ما يجب عليه من غير عذر»(٥)، وقال السعدي: «التفريط ترك ما يجب»(٦). وقال بنفس الموضع: «والتعدي فعل ما لا يجوز».

(١) مقاييس اللغة ٤/ ٤٩٠.
(٢) لسان العرب ٧/ ٣٦٨.
(٣) النهاية في غريب الحديث والأثر، ٣/ ٤٣٥.
(٤) الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي، ٢/ ٣٣٣.
(٥) الفتاوى، ٣٠/ ١٨٣.
(٦) القواعد والأصول الجامعة، ص٤٦.

الخسارة في اللغة:

جاء في مقاييس اللُّغة: «الخاء والسين والراء أصل واحد يدل على النقص»[(١)]، و«الخاسر الذي وضع في تجارته، ومصدره الخسارة والخسر»[(٢)].

الخسارة في اصطلاح الفقهاء:

لا تخرج الخسارة في استعمال الفقهاء عن المعنى اللغوي، فهي «ضد الربح»[(٣)].

المطلب الثاني: بيان المعنى الإجمالي للقاعدة:

سنؤسِّس بيان معنى القاعدة الإجمالي على استعمالها القضائي المعاصر، وذلك لسببين:

الأوَّل: أنَّ البحث يتَّجه بأهدافه لاستعمال القاعدة المعاصر في المجال القضائي.

الثاني: أنَّ استعمال القاعدة بهذا اللفظ والإطلاق ليس شائعاً عند الفقهاء، وما يُورد على أنَّه شاهد له يحتاج لنقد[(٤)]، لذا لن يكون تحرير معناها الإجمالي دقيقاً إن انطلق من النظر فيما يورد من شواهد استعمال الفقهاء لها.

وعليه، فقد رجعتُ إلى مجموعة من الأحكام القضائية بالمحاكم السعودية لاستقراء استعمال القاعدة في مجال القضاء، بلغت أربعةً وعشرين تطبيقاً

(١) مقاييس اللغة، ٢/ ١٨٢.
(٢) لسان العرب، ٤/ ٢٣٩.
(٣) معجم لغة الفقهاء، ص١٩٥.
(٤) وهو ما سيتناوله هذا البحث لاحقاً.

قضائياً[1]، خمسة عشر منها في القضاء التجاري، وسبعة في القضاء العام، واثنان في المحاكم الإدارية، يضاف لذلك مبدأ قضائي قرره مجلس القضاء الأعلى، وقد تبيَّن من دراستها تنوُّع أوجه التفريط المستند له في الأحكام، ويرجع ذلك ملخصاً لما يلي:

١- التأخُّر في المطالبة بالحق[2].

٢- الإقرار أو إجراء التعاقدات ثمَّ الادعاء بأنَّها كانت صوريَّة على غير ظاهرها[3].

٣- تحرير الشيكات ثمَّ ادعاء أنَّها ليست على الظاهر المراد منها[4].

(١) اعتمدت في الاستقراء على البحث بدلالة لفظ القاعدة في موقع البوابة العلمية التابع لوزارة العدل، إضافة لما تحتها من أحكام مصنفة لأنَّ الموقع جعل القاعدة ضمن تصنيفاته للأحكام، كما اعتمدت على مدونات الأحكام التابعة لديوان المظالم، ثم وجدت بعض القضايا منشورة على منصة إكس، وانتقيت منها ما رأيت أنَّه يضيف جديداً لهذا الاستقراء دون ما هو من جنس ما وجدته وأدرجته قبل ذلك، واستفدت من صكوك قضيتين في المحاكم العامة حصلت عليها من أحد الأقارب.

(٢) انظر: حكم المحكمة التجارية بالرياض (٦٥٠٦) في ٢٥/ ١٢/ ١٤٤٢هـ. الرابط: https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/38800؛ حكم المحكمة الإدارية رقم القضية (٥٩٧٨/ ٢/ ق) لعام ١٤٣٦هـ، من مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٧هـ، ٤/ ٤٠٧.

(٣) انظر: حكم المحكمة التجارية بالرياض (١٢٣٣٤) في ٣/ ٥/ ١٤٤٠هـ. الرابط: https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/40991

(٤) انظر: حكم المحكمة التجارية بالرياض (١٠٩٧٧) في ٢١/ ١١/ ١٤٤٠هـ. الرابط: https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/35076، حكم المحكمة التجارية بالرياض (٨٠٤) في ٢٢/ ٥/ ١٤٤٢هـ. الرابط: https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/38438

٤- التفريط في إعطاء إخلاء طرف[١] أو الاتفاق على التخارج قبل تدقيق الحسابات[٢].

٥- التفريط في الإفراغ الصوري للعقار أو التوكيل في إفراغه لغرض التمويل[٣].

٦- التعامل مع شخص على أنه مفوَّض أو وكيل دون التحقق من تفويضه ووكالته[٤].

٧- التفريط في توثيق أو تعديل عقد الشركة وما يتضمَّنه من مستحقات[٥].

(١) انظر: رقم القضية (٣٢١٤/ ٢/ ق) لعام ١٤٣٥هـ، من مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٧هـ، ٣/ ٥٠٢.

(٢) انظر: حكم المحكمة الإدارية رقم القضية (٥٩٧٨/ ٢/ ق) لعام ١٤٣٧هـ، من مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٧هـ، ٣/ ٣٨٠.

(٣) صكوك غير منشورة من المحاكم العامة، وهي صك حكم محكمة الاستئناف في القضية (٤٣٩٢١٢٨٧٠) برقم الصك (٤٤٣٠٨٩٧٢٥٦) بتاريخ ٢٥/ ١٠/ ١٤٤٤هـ، وصك المحكمة العامة بجدة في الدعوى المقيدة برقم (٤٢١٣٨٦٦٠١) برقم الصك (٤٣٢٠٤٢٦٩٨) بتاريخ ١٠/ ٦/ ١٤٤٣هـ.

(٤) انظر: حكم المحكمة التجارية بجدة (٤١٩) في ١٤/ ٤/ ١٤٤٢هـ. الرابط: https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/27296، وحكم المحكمة التجارية ببريدة (٤٣٣٦٢٥٩٧٦) في ٢٧/ ١٢/ ١٤٤٣هـ. الرابط: https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/41430

(٥) انظر: حكم المحكمة العامة بتبوك (٣٨) في ١٩/ ١٠/ ١٤٣٩هـ. الرابط: https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/17982؛ حكم المحكمة الإدارية رقم القضية (٥٩٧٨/ ٢/ ق) لعام ١٤٣٦هـ، من مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٧هـ، ٤/ ٤٠٧.

٨- إتاحة وسائل المراسلة مثل البريد الإلكتروني[١] أو وسائل التوثيق مثل الأختام لغير صاحبها[٢].

٩- التفريط في ضبط المطلوب في المرافعة أو تحصيل وسائل الإثبات الكافية وتقديمها وقت الحاجة لها أو التفريط في الدراية بعمل المؤسسة[٣].

١٠- التفريط في تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها في العقد لإثبات الخلل في تنفيذ التعاقد من الطرف الآخر[٤].

١١- التفريط في معرفة واتباع إجراءات الجهات الحكومية المشترطة لإثبات الحقِّ في التقدُّم لوظيفة[٥].

(١) انظر: حكم المحكمة العامة بسكاكا (٧٤٠) في ١١/ ٣/ ١٤٤٠هـ. الرابط: https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/15293

(٢) انظر: حكم المحكمة التجارية بالدمام (٢٢٨٦) في ٢٢/ ٣/ ١٤٤١هـ. الرابط: https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/18637

(٣) انظر: حكم المحكمة التجارية بمكة المكرمة (٦٧٩/ ٢/ ق) في ١٥/ ٨/ ١٤٣٩هـ. الرابط: https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/17890. وقد قرَّر مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة أنَّ «التعامل مع البنوك يحصل بموجب مستندات يحتفظ بها العميل، وأمَّا التعامل الخاطئ مع موظف البنك فلا يُلزم البنك بشيء، وتبعة ذلك تقع على المفرط وعلى عامل البنك». (م ق د): (٥/ ٤٤٥)، (٢٢/ ٨/ ١٤٢٢هـ) ص٦٥ رقم (٩٨). المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ. مركز البحوث، وزارة العدل، الرياض، ١٤٣٨هـ.

(٤) انظر: حكم المحكمة التجارية بجدة (٣٣٠٤) في ١٦/ ١١/ ١٤٣٩هـ. الرابط: https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/17883

(٥) انظر: حكم المحكمة الإدارية رقم القضية (٤٨٠/ ٧/ ق) لعام ١٤٣٤هـ، من مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٥هـ، ١/ ٣١٦.

١٢- التفريط في القيام بالالتزامات التعاقدية[١].

١٣- التفريط بإلزام النفس بشرط دفع ربح مقدم في شركة مضاربة ثم ادعاء الإفلاس[٢].

١٤- التفريط من المؤتمن في حفظ الأمانة[٣].

ويلاحظ ممَّا سبق أنَّ جزءاً كبيراً من التفريط الذي تُورَد القاعدة عليه هو تفريط في حقِّ النفس، وقد تُورَد أحياناً على التفريط في حقِّ الغير، وهذا الاستعمال الأخير ضعيف التناسب مع لفظ (أولى بالخسارة) الذي يدلُّ على تنازع الخسارة بين طرفي نزاع، وكأنَّ في تضمين من فرَّط في حقِّ نفسه خروجاً عن المألوف وتقريعاً له حتى كأنَّه استحقَّ خسارته. أمَّا التفريط في حقِّ الغير فيُضمَّن المفرِّط فيه بلا مشاركة من الطرف الآخر في استحقاق الضمان، ولا منازعة ولا غرابة في تضمين المتعدِّي أو المفرِّط في حقِّ الغير حتى يقال فيه

(١) انظر: حكم المحكمة العامة بالمدينة (٦٨٥) في ١٣/ ٧/ ١٤٤٠هـ. الرابط: https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/25169، وحكم المحكمة العامة بحائل (٢٤٧) في ٢٠/ ٧/ ١٤٤٠هـ. الرابط: https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/25290، وحكم الدائرة التجارية الثانية في القضية رقم (٧٢٩) لعام ١٤٣٩هـ. مصورة على شبكة إكس: https://twitter.com/NaifLegal/status/1480546094878703619/photo/1

(٢) انظر: حكم الدائرة التجارية الثالثة من المحكمة التجارية بجدة في القضية رقم (٥١٦٤) لعام ١٤٣٩هـ. مصورة على شبكة إكس: https://twitter.com/Aldusaymani/status/1182247563233234944/photo/2

(٣) انظر: حكم المحكمة العامة بالمدينة (٦٨٥) في ١٣/ ٧/ ١٤٤٠هـ. الرابط: https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/25169

إنَّه (أولى بالخسارة)! ومع ذلك فقد تطبق القاعدة على هذا النوع من التفريط مع عدم تناسبه مع ألفاظها[1].

وعليه يمكن صياغة المعنى الإجمالي للقاعدة كما يلي:

إنَّ المقصِّر في حقِّ نفسه بعدم حفظه أو إثباته، أو عدم اتخاذ الوسائل التي يُقدِّر القضاء أنَّها لازمة لحمايته أو استعادته، أو بفعل ما يؤدي لضياعه، هو أولى بأن يخسر ذلك الحقَّ قضاءً ولا يحكم له به في مواجهة غيره، كما يُضمَّن من يقصِّر في حقِّ غيره.

وإنَّما قُيِّدت الوسائل اللازمة بتقدير القضاء لأنَّ بعضها يقدِّر القضاء لزومه استناداً لقواعد تنظيمية، فليس اللزوم المقدَّر مبنياً باطراد في التطبيقات القضائية على أصول شرعية محضة، وقد يدخل التقدير القضائي أيضاً في جانب تقدير حصول التفريط بالرجوع لفهم الوقائع والاستنباط من القرائن في ضوء العرف.

وظاهر إطلاق القاعدة أنَّه قد لا يحكم للمفرط في مواجهة غيره ولو وُجد سبب لثبوت ذلك الحقِّ له، وذلك مبني على أنَّ التفريط في حقِّ النفس مؤثِّر استقلالاً، لا أنَّه يؤثِّر تبعاً لغيره من الأوصاف المعتبرة شرعاً فقط، وهو ما نجده في بعض التطبيقات كما سيأتي[2].

وعلى سبيل المثال وتوضيح الفرق بين تأثير التفريط في حق النفس استقلالاً أو تبعاً، فقد يخسر المدَّعي ولا يُحكم له بملك عقار غُصب منه

(١) انظر الهامش السابق.
(٢) سيأتي آخر البحث دراسة بعض التطبيقات القضائية.

استغلالاً لوكالة مطلقة؛ لأنَّه فرط في التوكيل المطلق، مع كون تصرف الوكيل ظاهرًا في خلاف مصلحة الموكِّل وأنَّه جرى لمصلحة نفسه، ففي هذا المثال جُعل التفريط في حقِّ النفس مؤثِّراً استقلالاً.

ومثال ما يكون التأثير فيه تبعيّاً: خسارة المدعي دعواه لكونه يدعي أمراً خلافاً لأصل ولم يقدِّم عليه بيِّنة، فهنا يكون تفريطه في إثبات حقِّه تابعاً لأصل شرعي يوجب خسارته لدعواه ظاهراً، ولا يستقل التفريط بالتأثير؛ لأنَّه لو وجدت قرينة تثبت حقَّه لحكم له ولو كان مفرِّطاً.

وقد شبَّهتُ في آخر التعريف المعنى السائد المتناسب مع ألفاظ القاعدة بالمعنى الثابت شرعاً والشائع في كلام الفقهاء وهو التفريط في حقِّ الغير، لأبيِّن أنَّ معنى القاعدة يدور على تنزيل المقصِّر في حقِّ نفسه منزلة المقصِّر في حقِّ غيره المستحق للتضمين، ولأَشملَ بذلك من يُدخل في لفظ القاعدة صورة التفريط في حقِّ الغير.

وأنبِّه أخيراً إلى أنَّ باقي البحث مبني على هذا المعنى الذي يدور عليه أغلب الاستعمال ويتناسب مع ألفاظ القاعدة، وهذا لا يعني أنَّ مشكلة البحث ناتجة عن التعريف، فالجانب النقدي في هذا البحث مبني على الاستعمال الظاهر في التطبيقات.

المبحث الثاني
توثيق قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة)

كتب د. فهد بن عبد الله آل طالب ورقة في توثيق هذه القاعدة، أورد فيها عدَّة نقول من كتب التراث، بعضها في سياق الفقه وبعضها ليس كذلك، وقسَّم تلك النقول إلى ما جاء بلفظ القاعدة، وما جاء بمعناها.

وسأركِّز هنا على نقاش ما أورد في سياق الفقه لأنَّه المتعلِّق بالغرض، غير أنِّي أشير إلى أنَّ ورودها في بعض كتب الأدب قديم كما يظهر ممَّا أوردت الورقة من نقول، وهو سابق لورود ما يشبهها في بعض الكتابات الشرعية، ولعلَّها إذ كان الأمر كذلك استعملت في قلَّة من النقول الفقهية على سبيل المَثَل لا على سبيل التقعيد الفقهي المحكم، وهذا التحليل الذي أطرحه يثبته أو ينفيه فحص تلك النقول لفهم سياقها، وغير ذلك مما سيأتي -إن شاء الله-.

كما سأركز في نقد النقول على دلالتها على إهدار حقِّ الإنسان الذي فرَّط في حقِّ نفسه مع وجود ما يستدعي بحث التضمين في حقِّ غيره، إذ هذا التقابل بين خسارة الحقِّ وبين تضمين الغير هو الذي ترد عليه هذه القاعدة أصالة كما تشير ألفاظها وتطبيقاتها.

المطلب الأوَّل: النقول التي أوردت على أنَّها توثِّق القاعدة مطابقة للفظها:

النقل الأوَّل: لابن عرفة المالكي (٨٠٣هـ):

يقول د. فهد آل طالب: «أقدم من وقفت على كلامه ممَّن ذكر هذه القاعدة بلفظها في سياقها الفقهي هو ابن عرفة المالكي (٨٠٣هـ) رَحِمَهُ ٱللَّهُ

في كتابه (المختصر الفقهي).. يقول في باب الرجوع عن الشهادة معقِّباً على قول من قال لم يُضمِّن أهل المذهب الشاهدين للمشهود له أخيراً، وعذروهما بالنسيان، وذلك لأنَّ الشاهد قد يكثر تحمله للشهادات فلو ضمن بالنسيان كان عليه ضرر عظيم، قال ابن عرفة: «وقوله: (فلو ضمن بالنسيان كان ضرر عظيم) مقابل بأن عدم تضمينه ضرر بالمشهود عليه، وهو غير مفرط والشاهد هو المفرط فكان أولى بالخسارة»[1]»[2].

ونقل هذا النقل عن ابن عرفة الونشريسيُّ (٩١٤هـ) في كتابه (عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق)[3].

أقول: هذا النقل لا يصلح مستنداً للقاعدة بالمعنى الإجمالي الذي قدمناه، فالشاهد هنا متسبب في ضياع حقِّ غيره بتفريطه في ضبط الشهادة، وهذا النوع من التفريط يتعلَّق بحقِّ الغير لا بحقِّ النفس.

النقل الثاني: للمنتصر الكتاني (١٤١٩هـ):

في تفسيره في قصة حكم سليمان وداود عَلَيْهِمَا ٱلسَّلَامُ في الحرث، قال: «ومن الأصول والقواعد فيها: أن المفرط أولى بالخسارة، فعندما فرط أصحاب البساتين ليلًا من رعاية بساتينهم فالخسارة عليهم ولا ضمان، وعندما يفرط أصحاب الدواب والأغنام نهارًا وكان ينبغي ألا يفعلوا فالخسارة عليهم، والضمان عليهم»[4].

(١) المختصر الفقهي، ٩/ ٤٦٠.
(٢) توثيق قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة)، ص٢.
(٣) عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق، ٥١٤.
(٤) تفسير المنتصر الكتاني، ٥٩/ ٧ بترقيم المكتبة الشاملة آليا، وأصله تفريغ للدرس الصوتي رقم (٥٩).

أقول: الضمان جُعل على أهل البساتين نهاراً لا ليلاً، وهذا نصُّ الحديث الوارد(١)، فعلَّه سبق قلم. والواضح أنَّ التفريط من أصحاب الدواب ليلًا هو من قبيل التفريط في حقِّ الغير، وأمَّا هدر ما يقع لأصحاب البساتين نهاراً، فلأنَّ الأصل أنَّ ضمان المال يكون على مالكه ما لم يوجد سبب لتضمين غيره، وهنا لم يقع من أصحاب الدواب تفريط يوجب تضمينهم، لأنَّ الرعي نهاراً معتاد ويصعب التحرُّز منه، والجناية هنا هي جناية بهيمة خلت عن تفريط صاحبها، وقد جاء في الحديث: ((**الْعَجْمَاءُ جُبَارٌ**))(٢)، فيكون الضمان على مالك المال كما هو الأصل، ويكون ذكر تفريطه في حفظ ماله مساعداً في التعليل ووصفاً تابعاً في التأثير ولا يتمحَّض تأثيره كما يوحي إطلاق القاعدة. وسيأتي تمام توجيه علاقة الحديث بالقاعدة عند الكلام عن تأصيلها من الأدلة إن شاء الله.

فالحاصل أنَّ إيراد هذا النقل ليس قوياً في توثيق القاعدة، لما فيه من معانٍ أخرى أثَّرت ولم يتمحَّض التفريط في حقِّ النفس مؤثراً في الضمان، ثمَّ إنَّ تاريخ وفاة المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ متأخرة، فهو من جملة المعاصرين لا المتقدِّمين.

وبقية النقول التي جاءت بلفظ القاعدة مما أورد الدكتور فهد آل طالب غير فقهية، فلننتقل لما اعتبر أنَّه جاء بمعنى القاعدة.

(١) يأتي إيراده والكلام على علاقته بالقاعدة في الحديث عن تأصيلها من الأدلة الشرعية.
(٢) يأتي تخريجه ضمن الكلام على تأصيل القاعدة. قال ابن عبد البر في التمهيد (٥/ ١٩): «والعجماء عند العرب: كل بهيمة وسبع وحيوان غير ناطق مفصح.. الجبار: الهدر الذي لا يجب فيه شيء».

المطلب الثاني: النقول التي أوردت على أنَّها توثِّق القاعدة مطابقة لمعناها:

وقد أورد د. فهد آل طالب في ورقته ستة نقول أوردها مع دراستها فيما يلي:

١- قول ابن تيمية: «وأيضاً فالبائع إذا مكن المشتري من القبض: فقد قضى ما عليه. وإنما المشتري هو المفرط بترك القبض فيكون الضمان عليه؛ بخلاف ما إذا لم يمكنه من القبض: بأن لا يوفيه التوفية المستحقة؛ فلا يكيله ولا يزنه ولا يعده فإنه هنا بمنزلة ما لم يوفه إياه من الدين. وإذا لم يفعل البائع ما يجب عليه من التوفية؛ كان هو المفرط فكان الضمان عليه؛ إذ التفريط يناسب الضمان»[(١)].

أقول: هذا النقل لابن تيمية جاء في سياق نقاش الرأي القائل بأنَّ الضمان والتصرف متلازمان، فبيَّن أنَّ التصرف قد يمنع مع ثبوت الضمان، ومن فروع ذلك مسألة المشتري إذا ترك قبض السلعة مع أنَّ البائع وفَّى ما عليه من التسليم، فإنَّه يكون ضامناً مع كونه ممنوعاً من بيع ما لم يقبض.

وهذا النقل لا يتَّفق مع إطلاق القاعدة، لأنَّ تفريط المتمكِّن من القبض هنا جاء مع انتفاء سبب تضمين البائع، لأنَّ ضمانه مع انتقال الملكيَّة للمشتري إنَّما يكون لبقاء واجب التسليم عليه، فإذا قام بما عليه من تمكين المشتري من القبض فقد انتفى سبب تضمينه، وارتبط الضمان بالمالك كما هو الأصل فيه[(٢)] ما لم يحصل من غيره التعدِّي أو التفريط، والتمكُّن من القبض يُعطى حكم

(١) مجموع الفتاوى، ٢٩/ ٤٠١-٤٠٢.

(٢) وهو معنى قاعدة (الخراج بالضمان). انظر: القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، ١/ ٢٠٢، ٢٠٥.

القبض حسب رأي ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ولذلك جعله ضامناً، فتأثير التفريط في مسألة النقل تأتي تبعاً لوجود الملك وحكم القبض وانتفاء سبب التضمين عن البائع، فلا وجه لتضمين البائع إذاً، والضمان متعيِّن في حقِّ المالك المشتري، لا أنَّه أولى بالخسارة مع وجود سبب التضمين من غيره، وتأمَّل حصر التفريط في قوله رَحِمَهُ ٱللَّهُ في نفس النقل: «وإنما المشتري هو المفرط».

٢- قول ابن تيمية: «وهذا طرد أصلهم في أن المعتبر هو القدرة على الاستيفاء المقصود بالعقد، ولهذا يقولون: لو أن المشتري فرط في قبض الثمرة بعد كمال صلاحها حتى تلفت كانت من ضمانه كما لو فرط في قبض المعين حتى تلف. وهذا ظاهر في المناسبة والتأثير؛ فإن البائع إذا لم يكن منه تفريط فيما يجب عليه وإنما التفريط من المشتري: كان إحالة الضمان على المفرط أولى من إحالته على من قام بما يجب عليه ولم يفرط؛ ولهذا اتفقوا على مثل ذلك في الإجارة؛ فإن المستأجر لو فرط في استيفاء المنافع حتى تلفت كانت من ضمانه. ولو تلفت بغير تفريط كانت من ضمان المؤجر»[1].

أقول: هذا النقل أيضاً لا يساعد على إطلاق القاعدة، فإحالة الضمان على المفرِّط هنا مرتبط بأنَّ الطرف الآخر أدَّى ما عليه ولم يوجد سبب لتضمينه غير الملك، والملك السابق أو الجاري مع التمكين من تسلُّم المبيع أو المنفعة وإمكان استيفائها -كما ذكر الشيخ في صدر كلامه رَحِمَهُ ٱللَّهُ- لا يوجب ضمان ما فات بسبب من المشتري للثمرة أو المستأجر للمنفعة، وتأمل قوله في نفس النقل نافياً سبب التضمين عن الغير: «إحالة الضمان على المفرط أولى من إحالته على من قام بما يجب عليه ولم يفرط».

(١) مجموع الفتاوى، ٣٠/ ٢٣٩.

٣- ما جاء في شرح منتهى الإرادات للبهوتي: «(ولو حصل مال شخص) من حيوان أو غيره (في دار آخر وتعذر إخراجه) من الدار (بدون نقض) بعضها (وجب) النقض وأخرج (وعلى ربه) أي: المال المخرج (ضمانه) أي إصلاحه. لأنه لتخليص ماله (إن لم يفرط صاحب الدار) فإن فرط فلا ضمان على رب المال. لأن المفرط أولى بحصول الضرر، كما لو كان بتعديه»[(١)].

وهذا النقل لا يساعد على إطلاق القاعدة، إذ هو في تسبُّب صاحب المال في إتلاف مال غيره لمصلحة ماله، وهذا التسبُّب إن ساغ للضرورة فلا يُذهب حقَّ غيره في الضمان إن لم يكن متعدياً، فلا يصلح النقل مسوِّغاً لإحالة الضمان على من فرَّط في حفظ ماله مع وجود سبب تضمين غيره.

٤- جاء في كشاف القناع للبهوتي: «(ولو أدخلت البهيمة رأسها في قدر ونحوه ولم يمكن إخراجه) أي الرأس (إلا بذبحها وهي) أي البهيمة (مأكولة فقال الأكثرون) منهم القاضي وابن عقيل: (إن كان) دخول رأسها (لا بتفريط من أحد كسر القدر) لرد ما حصل فيه بغير عدوان لربه (ووجب الأرش على مالك البهيمة) لأنه لتخليص ماله.

(وإن كان) دخول رأسها (بتفريط مالكها بأن أدخل رأسها بيده) في نحو القدر (أو كانت يده عليها) حال الدخول (ونحوه ذبحت [مِن] غير ضمان) على رب الإناء؛ لأن التفريط من جهته فهو أولى بالضرر ممن لم يفرط.

(وإن كانت) الفعلة (بتفريط مالك القدر، بأن أدخله بيده أو ألقاها) أي القدر (في الطريق كسرت) القدر أو نحوها (ولا أرش) لها على رب الشاة

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي، ٢/ ٣٠٢.

ونحوها لأن المفرط أولى بالضرر وقال الموفق والشارح: يعتبر أقل الضررين فإن كان الكسر هو الأقل تعين وإلا ذبح والعكس كذلك ثم قال من أيهما كان التفريط فالضمان عليه.

وإن لم يحصل تفريط من واحد منهما فالضمان على صاحب البهيمة إن كسر القدر وإن ذبحت البهيمة فالضمان على صاحب القدر»[1].

أقول: يلاحظ في هذا النقل عدَّة صور: في أوَّلها -كالنقل السابق- إناطة للضمان بالتسبُّب في التلف تخليصاً للمال، وفي ثانيها تعدٍّ بإدخال الحيوان يناسب الضمان، وفي ثالثها تفريط بإلقاء القدر في طريق، وهذا هو الذي يستحق النظر، وغاية ما فيه أنَّه لا سبب لتضمين صاحب البهيمة لأنَّ فعل البهائم مع عدم تفريط أصحابها في الحفظ الواجب لا يحال عليه ضمان[2]، فيناسب أن يتحمَّل صاحب المال ضمان ماله تبعاً لقاعدة ضمان الأملاك مع عدم وجود سبب لتضمين غيره، وهذا أيضاً يخرج النقل من مساعدة إطلاق القاعدة الذي يقضي بتضمين المفرِّط ولو وجد تسبُّب من غيره موجب لضمانه.

٥- قال د. فهد آل طالب: «قاعدة (المفرط ضامن)، استخرجها د. محمد الروكي من كتاب الإشراف على مسائل الخلاف (٢/ ٧٨) للقاضي عبد الوهاب بن نصر المالكي (٤٢٢هـ) رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وإن كان لم ينص عليها، ثم نقلها عنه غير واحد»[3].

(١) كشاف القناع، ٤/ ٨٦.

(٢) وسيأتي ذكر الحديث الدال على ذلك في تأصيل القاعدة.

(٣) توثيق قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة)، ص٦. وانظر: القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف للقاضي عبد الوهاب البغدادي، د. محمد الروقي، ص٣٣٩.

وقد نقل د. حمد الهاجري في كتابه (القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي) هذه القاعدة عن كتاب قواعد الفقه الإسلامي للروكي، وذكر أنَّه وقف على ست صيغ للقاعدة، وذكر منها النقل الأوَّل الذي سبق التعليق عليه لابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وذكر مجموعة أخرى من النقول[1]، وبدراستها يظهر أنَّ جميعها يرجع إلى تفريط الأمين وينصُّ على ذلك صراحة، وليس فيها تفريط الإنسان في حق نفسه مع وجود موجب الضمان من تسبُّب غيره.

وذكر د. الهاجري أيضاً صياغة الدكتور الروكي للقاعدة وأنَّه استنبطها من كلام القاضي عبد الوهاب المالكي، ونظراً لرجوع الصياغة لهذا الأصل فسأقف مع كلام القاضي عبد الوهاب بعد نقله. يقول رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الإشراف على مسائل الخلاف:

«مسألة: ما أفسدت البهائم من زرع وغيره في رعيها، فإن كان نهارًا فلا ضمان على أرباب الغنم إن لم يكونوا معها، وإن كان معها صاحبها ويقدر على حفظها ضمن، فإن كان ليلاً فأرسلها أو فلتت فإنَّه ضامن، وقال أبو حنيفة: إن كان صاحبها معها فلا ضمان عليه في ليل ولا نهار؛ ودليلنا حديث البراء أنَّ ناقة له دخلت حائط رجل فأفسدت زرعًا له فقضى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن على أرباب الأموال حفظها بالنهار، وما أفسدت المواشي بالليل فهو ضمان على أهلها، وروي: «أن على أهلها ما أصابت بالليل»، ولأنَّ العادة أن أرباب الزروع يحفظونها نهارًا، لأن المواشي تسرح للرعي، ولا يمكن أهلها الكون معها في كل موضع، وأن أرباب المواشي يحفظونها

(١) انظر: القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، ١/ ١٦٠.

ليلاً ويمنعونها من السرح، فإذا أرسلوها ليلاً وفرطوا في حفظها ضمنوا بتفريطهم، وتحريره أن يقال إنَّها بهيمة أتلفت زرعًا فكان الضمان ممن كان التفريط منه، أصله إذا كانت يد صاحبها عليها. وبالله التوفيق»[1].

وظاهر من النقل أنَّ الضمان هنا للتعدي على مال الإنسان من غيره، ووجه التعدي أنَّه فرط في الواجب عليه من حفظ البهيمة، فهو تفريط في الحفظ الواجب لمال غيره لا تفريط في حفظ مال النفس مع وجود التعدِّي من غيره عليه. لذا فإنَّ استخراج قاعدة مطلقة في ضمان المفرط من هذا النقل غير دقيق، إلَّا إذا حملنا ذلك على المعهود في كلام الفقهاء من أنَّه المفرط في حقِّ غيره لا في حقِّ نفسه مع وجود التعدِّي من الغير، فتكون القاعدة بهذا الفهم سالمة من الإطلاق المعيب في قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة).

٦- قال الدكتور فهد آل طالب: «ما علَّل به الفقهاء في كثير من مسائل الفقه بقولهم: «لأنَّه مفرط» أو «لأنَّه لم يفرط» ونحو ذلك، فكلُّها تدل على أنَّ المفرط أولى بالضمان أو الخسارة أو النقص أو الضرر»[2].

وهذا الذي ذكر يحتاج لاستقراء كلام الفقهاء للوقوف على ما يشمله من التفريط، ومعرفة دخول التفريط في حقِّ النفس مع وجود التعدِّي من الغير في ذلك من عدمه، والأنسب أن يكون ذلك في مبحث تالٍ مستقل.

(١) الإشراف على مسائل الخلاف، ٢/ ٦٦٩.
(٢) توثيق قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة)، ص٦.

المبحث الثالث
ما يُستفاد من تعليلات الفقهاء بالتفريط

لا يعسر على الناظر أن يدرك أنَّ قسماً كبيراً ممَّا يتناوله كلام الفقهاء في التعليل بالتفريط هو في تفريط الأمين في مال غيره، ويمكن ملاحظة ذلك من قراءة كلام الفقهاء بعد جمعه بواسطة أي محرك بحث من خلال الكلمات الدلالية التي ذكرها د. آل طالب «لأنه مفرط» أو «لأنَّه غير مفرط»، كما يمكن ملاحظته من الفروع المذكورة تحت قاعدة المفرط ضامن التي أوردها د. حمد الهاجري في كتاب القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي[1].

وقد قمت باستقراء كل ما يخرج بالكلمات الدلالية السابقة بالبحث في مراجع برنامج جامع الفقه الإسلامي -ويضمُّ أهم الأمهات في الفقه وعلومه-، وقد كشف ذلك عن (١٤١) نتيجة، منها (٤٥) استبعدت لكونها في التفريط في حقِّ الله تعالى، واستبعدت أيضاً (٥٨) منها كانت في تصرفات الأمناء والأولياء[2]، و(٩) كانت في التفريط في التصرف لمنفعته أو في ملكه بما يسبِّب الضرر لغيره[3]،

(١) انظر: القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، ١/ ١٦٠.

(٢) منها (٢٣) في تفريط المؤتمن في فعل ما يجب للحفظ، و(١٠) منها في التفريط بترك توثيق أداء الأمانة من الأمين، و(١٠) منها في تفريط الأولياء، و(٦) منها في تفريط الوكيل في فعل ما يجب في التصرف عن موكله، ومنها (٣) في عدم ضمان الوكيل إذا عزل بغير علمه لعدم التفريط، ومنها (٣) في التفريط في الاستئذان المشترط للرجوع في النفقة على بهيمة غيره، ومنها (٣) في تضمين القاضي بتفريطه في فعل الواجب في الحكم والتفريط في الواجب في إقامة الحد.

(٣) منها (٤) في التفريط في حفظ البهائم عن التعدي، و(٣) في ترك إصلاح ما أوشك على الانهدام من البنيان، و(٢) في التفريط في إيقاد نار وتلف مال جار.

و(٤) في الجنايات[١]، ليتبقى بعد ذلك (١٦) نتيجة من أصل (١٤١) (١١,٣٤٪) هي المتضمنة للتفريط في حق النفس، وهي التي تستحق الفحص، وقد وجدتها على ثلاثة أنواع:

النوع الأوَّل: التفريط في حفظ حق نفسه مع وجود أصل أو ظاهر معتبر شرعاً يحكم به عليه، أو حكم شرعي على خلاف تصرفه. وتحت هذا النوع إحدى عشر نتيجة، تفصيلها فيما يلي:

أ- ثلاث نتائج في تفريط من استعجل الزكاة فظهرت زيادة قد دفعت فلا يرجع على الآخذ[٢].

ب- نتيجتان في عدم رجوع المغرور بالزواج من أَمَةٍ لاعتماده على ظنه وعدم اشتراطه الحرية على قول[٣].

ت- نتيجة في إلزام المشتري الذي اختلط عليه ثوبان مشتريان على الخيار من بائعين بالثمن الأعلى لكل منهما[٤].

ث- نتيجة في إمضاء الوارث للوصية ثم ادعائه أنَّه ظنَّ الباقي كثيراً بعدها[٥].

---

(١) ثلاث منها في سقوط الإذن الشرعي في رمي الناظر للحرمة إذا فرط في الستر الواجب أو المعتاد، وواحدة في تضمين الجاني المخطئ للتفريط.

(٢) انظر: حاشية العدوي ٢/ ٢٠٠؛ حاشية الدسوقي، ١/ ٤٧٧؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير ١/ ٦٤٢. ويرى الأخير أنَّه يرجع إن بيَّن له أنَّها زكاة.

(٣) انظر: المبدع ٦/ ١٥٦، شرح الزركشي ٥/ ١١٨.

(٤) انظر: الذخيرة، ٤/ ٢٨٠.

(٥) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي، ٢/ ٤٥٩.

ج- نتيجة في التفريط في التعامل مع السفيه المحجور عليه[١].

ح- نتيجة في عدم الاعتداد بالبينة التي تظهر بعد الصلح لكون المصالح فرط في البحث على قول[٢].

خ- نتيجة في عدم الخيار للبائع الذي فرقت عليه الصفقة المشتملة على حرام[٣].

د- نتيجة في التفريط بتسليم الرهن وفاء بالشرط معتقداً وجوبه، مع أنَّه غير واجب عند الشافعية لعدم صحة اشتراطه، فلا يسترد[٤].

ذ- نتيجة في جعل زكاة الميت من الثلث إذا فرَّط فيها وأوصى بإخراجها[٥].

ر- نتيجة في تضمين المشتري من الغاصب لعدم التثبت في شراء المغصوب[٦].

النوع الثاني: تفريط المتعاقد في تحصيل حق نفسه مع أداء الطرف الآخر ما عليه، وذلك في مسألة التفريط بترك القبض حتى تحصل جائحة مع إمكان القبض وبذل البائع ما عليه، ومسألة استحقاق الهبة للموهوب الثاني إذا لم يقبض الأول. وعدد النقول الواردة في هذا النوع أربعة[٧].

(١) انظر: شرح الزركشي، ٤/ ١٠٠.
(٢) انظر: تبصرة الحكام، ٢/ ٤٩.
(٣) انظر: أسنى المطالب، ٢/ ٤٣.
(٤) انظر: فتاوى السبكي، ١/ ٣٤٧.
(٥) انظر: حاشية الدسوقي، ١/ ٤٤٤. وهو مفرع على عدم إيجابها على الورثة بلا وصية.
(٦) انظر: حاشية العدوي، ٦/ ١٤٥.
(٧) انظر: المغني، ٤/ ٨٢؛ المبدع، ٤/ ١٦٥، البيان للعمراني، ٥/ ٣٩١. وقد ذكر الأخير نحو ذلك في مسألة استحقاق الهبة للموهوب الثاني إذا لم يقبض الأول لضعف الهبة =

النوع الثالث: في تفريط المتعاقد في أداء الواجب عليه لحق غيره، وذلك في مسألة واحدة في دفع الزوج المهر لأب الزوجة بغير إذنها[1].

ويلاحظ في هذه المسائل أنَّه ليس في شيء منها هدر حق الإنسان لكونه فرَّط في حقِّ نفسه مع وجود موجب الضمان من غيره، بل الموجود فيها هو:

١- أصل معتبر شرعاً اقتضى الحكم بضمانه لا لمجرد تفريطه في حق نفسه، كأصل لزوم العقد أو ظاهر علم البائع بما باع في مسألة خيار المشتري في ثوبين اختلطا، وأصل عدم رجوع الساقط وصحة الإمضاء للوصية في من ادعى أنَّه أمضى وظنَّ الباقي كثيراً، وأصل عدم تضمين السفيه ومقتضى حكم الحجر عليه شرعاً، وأصل لزوم الصلح بعد صحَّته عند من قال بأنَّ ظهور البينة بعده لا يُعتدُّ بها، وأصل هدر المحرَّم مع أصل لزوم البيع في مسألة تفريق الصفقة المتضمنة حلالاً وحراماً، وربما أثَّر في ذلك عدم مناسبة المعصية للتخفيف، وأصل لزوم الرهن بالقبض، وأصل كون الوصية غير لازمة فوق الثلث في مسألة من فرَّط وأوصى بالزكاة، وربما يعدُّ تفريطه هنا من باب المحرَّم الذي لا يناسب تعدِّي الغرم لغيره لكونه من ارتكب الإثم، وأصل بطلان بيع المغصوب لفوات شرط ملك التصرف، مع استحقاق المالك لثمن المبيع إن حكم بصحة البيع وثبوت الثمن في ذمة المشتري حتى يؤدِّيه له.

= قبل القبض وتفريط الموهوب له. انظر: ٥/ ٣٦٠. ولعل الملحظ الأبرز في المسألة الأخيرة أنَّ الحق لم يثبت له لا أنَّه ثبت وخسره، لعدم لزوم الهبة قبل القبض.

(١) انظر: مطالب أولي النهى، ٥/ ١٨٨.

٢- ظاهر معتبر شرعاً اقتضى الحكم بضمانه لا لمجرد تفريطه في حق نفسه، كاستحقاق الفقير للزكاة التي دفعت له ظاهراً، وظاهر علم العاقد بكون الزوجة أمة عند من قال بذلك، وظاهر صحَّة العقد.

٣- عدم وجود موجب الضمان من غيره كما في مسألة حصول الجائحة بعد بذل البائع واجب التمكين من القبض، مع وجود موجب الضمان منه وهو الملك. ويمكن ردُّ هذا المذكور إلى أصل براءة الذمَّة.

٤- أصل ثبوت الحق عليه لغيره وبقائه في الذمة حتى يؤدِّيه الإنسان لمستحقه، كما في مسألة دفع الزوج المهر لأب الزوجة بعير إذنها[1]. ويمكن ردُّ هذا المذكور إلى أصل بقاء الذمة مشغولة بعد ثبوت شغلها.

والحاصل أنَّ جميع ما سبق يمكن ردُّه إلى اقتضاء أصل أو ظاهر للحكم بالضمان، لا لمجرد التفريط، مع عدم وجود موجب الضمان من غيره كما هو ظاهر من كل المسائل.

(١) انظر: مطالب أولي النهى، ٥/ ١٨٨-١٨٩. وانظر: كشاف القناع، ٥/ ١٣٨.

المبحث الرابع
الموقف الصحيح من قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة) في ضوء الأدلة والأصول الشرعية

المطلب الأوَّل: دراسة الأدلة والأصول الشرعية ذات العلاقة بقاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة).

ظهر لي بالاستقراء للاستدلالات المذكورة في كلام من ذكر هذه القاعدة، ومن التأمُّل في النصوص ذات العلاقة، أنَّ ثمَّة نصوصاً وأصولاً يمكن استثمارها لدراسة القاعدة وفق الأصول الشرعية، ولنتناول ذلك في قسمين:

القسم الأوَّل: النصوص:

النصَّان الأوَّل والثاني: قوله تعالى: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ فِيهِ غَنَمُ ٱلۡقَوۡمِ وَكُنَّا لِحُكۡمِهِمۡ شَٰهِدِينَ﴾ [الأنبياء: ٧٨].

وحديث البراءِ بنِ عازبٍ قال: كانت له ناقةٌ ضاريَةٌ، فدخلت حائطاً، فأفسدت فيه، فكُلِّمَ رسولُ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيها، فقضى أن حفظَ الحوائطِ بالنهار على أهلِها، وأن حفظ الماشيةِ بالليل على أهلِها، وأن على أهل الماشية ما أصابت ماشيَتُهُم بالليل[1].

(١) أخرجه أبو داود، ٥/ ٤٢٢ رقم الحديث ٣٥٧٠؛ وأحمد، ٣٠/ ٥٦٨ رقم الحديث ١٨٦٠٦؛ وابن ماجة، ٢/ ٧٨١ رقم الحديث ٢٣٣٢. قال ابن عبد البر: «هذا الحديث وإن كان مرسلاً، فهو حديث مشهور أرسله الأئمة، وحدث به الثقات، واستعمله فقهاء الحجاز، وتلقوه بالقبول، وجرى في المدينة به العمل، وقد زعم الشافعي: أنه تتبع مراسيل سعيد بن المسيب، فألفاها صحاحاً، وأكثر الفقهاء يحتجون بها.. وحسبك باستعمال أهل المدينة، وسائر أهل الحجاز لهذا الحديث». التمهيد، ٧/ ٢٢٧-٢٢٨.

قال ابن عبد البر في تعليل تضمين الجمهور أهل المواشي لما أفسدت بالليل دون النهار: «ولا خلاف بين أهل اللغة، أن النفش لا يكون إلا بالليل، وكذلك قال جماعة العلماء بتأويل القرآن»[(١)].

وقد سبق إيراد الكتَّاني نصَّ القاعدة في كلامه على قصة حكم سليمان وداود عَلَيْهِمَا ٱلسَّلَامُ في الحرث، وجعله مناط التضمين هو التفريط من أصحاب البساتين أو أصحاب الدواب، وسبق بيان أنَّ التفريط من أصحاب الدواب ليلاً هو من قبيل التفريط في واجب عليهم في حقِّ الغير، وأمَّا هدر ما يقع لأصحاب البساتين نهاراً، فبجانب التفريط منهم لم يقع من أصحاب الدواب تفريط يوجب تضمينهم، لأنَّ الرعي نهاراً معتاد ويصعب التحرُّز منه، كما أنَّ الجناية هنا هي جناية بهيمة خلت عن تفريط صاحبها، وقد جاء في حديث أبي هريرة المتفق عليه مرفوعاً: ((**العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار**)) الحديث[(٢)]. قال ابن عبد البر: «وأجمع العلماء على أن العجماء إذا جنت جناية نهاراً، أو جرحت جرحاً لم يكن لأحد فيه سبب، أنه هدر، لا دية فيه على أحد ولا أرش»[(٣)].

قال ابن عبد البر: «والفرق عند أهل العلم في حديث البراء، وحديث أبي هريرة في العجماء، وبين ما تتلفه العجماء ليلاً من الزرع والحرث، وبين ما تتلفه نهاراً، أن أهل المواشي بهم ضرورة إلى إرسال مواشيهم لترعى بالنهار،

(١) التمهيد لابن عبد البر، ٧/ ٢٢٩.
(٢) صحيح البخاري، ٢/ ١٣٠ رقم الحديث ١٤٩٩؛ صحيح مسلم، ٣/ ١٣٣٤ رقم الحديث ١٧١٠.
(٣) التمهيد لابن عبد البر، ٥/ ١٩.

ولأهل الزرع حقوق في أن لا تتلف عليهم زروعهم، والأغلب عندهم أن من له الزرع يتعاهده بالنهار، ويحفظه عمن أراده، لانتشار البهائم للرعي وغيره، فجُعل حفظ ذلك بالنهار على أهل الزرع، لأنه وقت التصرف في المعاش، والرعي، وحفظ الأموال، وإرسال الدواب، والمواشي، وإذا أتلفت بالنهار من الزرع شيئاً، فصاحب الزرع إنما أُتي من قِبل نفسه، حيث لم يحفظه، في الوقت الذي الأغلب من الناس أنهم يحفظونه فيه ممن أراده، إذ لو مُنع الناس من ترك مواشيهم للرعي من أجل الزرع للحقتهم في ذلك مضرة ومشقة، فإذا جاء الليل فقد جاء الوقت الذي يرجع كل شيء إلى موضعه، ويرجع أهل الزرع إلى منازلهم، ويرد أهل الماشية ماشيتهم إلى مواضعهم ليحفظوها فيها، فإذا تركوها ليلاً، حتى أفسدت، فالجناية من أهل المواشي، لا من أهل الزرع، لأن الأغلب أن الناس لا يحفظون زروعهم بالليل، لاستغنائهم عن ذلك، وعلمهم أن المواشي بالليل تُرَد إلى أماكنها.

فإذا فرط صاحب الماشية في ردها إلى منزله، أو فرط في ضبطها وحَبْسِها عن الانتشار بالليل، حتى أتلفت شيئاً، فعليه ضمان ذلك، إلا أن تكون الماشية ضالة أو نافرة، فلا يتهيأ لصاحبها ضمها ولا ردها إلى مكانها، فإذا كان كذلك، لم يلزمه ضمان ما أتلفت بالليل، كما لا يلزمه ضمان ما أتلفت بالنهار»[1].

والخلاصة أنَّ الدلالة على إطلاق القاعدة لا تقوم من هذه النصوص؛ لأنَّ الضمان فيها مبني على تفريط في حق واجب للغير عند إفساد الماشية

(١) التمهيد لابن عبد البر، ٧/ ٢٣١-٢٣٢.

ليلاً، أو على انتفاء موجب تضمين الغير في حالة إفساد الماشية نهاراً، فيبقى الضمان على المالك كما هو الأصل.

النص الثالث: عن ابن عباس أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((**لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم. ولكن اليمين على المدعى عليه**))[1].

يدلُّ الحديث على إعمال أصل براءة الذمَّة للمدَّعى عليه، وأنَّ النقل عن الأصل يحتاج إلى دليل، ويقتضي ذلك أنَّ من ادعاه بلا دليل مع إنكار المدعى عليه خسر دعواه ظاهراً لو كان صادقاً في نفسه.

وقد يكون المدعي مفرطاً في إثبات حقِّه، لكن لا ينبغي أن يُغفل الناظر في دلالة هذا الحديث أنَّ المناط أصالة هو إعمال الأصول دفعاً للأخذ بكل دعوى تخالفها لما يفضيه ذلك من الفساد والاضطراب في الحقوق، ومن هنا جاء الاستنكار في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**لادعى ناس دماء رجال وأموالهم**)).

وهذا يختلف عن خسارة حقِّ النفس بمجرد التفريط في الحفظ مع وجود سبب الضمان على الغير، فلا دلالة في الحديث على هذا الجانب الذي يوحي به إطلاق القاعدة.

النص الرابع: عن أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((**إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته**

(١) متفق عليه. «صحيح البخاري» (٦/ ٣٥ ط السلطانية): رقم الحديث «٤٥٥٢»؛ «صحيح مسلم» (٣/ ١٣٣٦ ت عبد الباقي): رقم الحديث ١٧١١. واللفظ لمسلم.

من بعض، فأقضي نحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار))[1].

يدل الحديث على أنَّه «حيث لم يأت المظلوم بحجة يحكم له بها، فالحاكم معذور، إذ لا حجة معه يوصل بها صاحب الحق إلى حقه»[2]، وإن كان حكم بشاهدين مثلاً فكانا «شاهدي زور أو نحو ذلك فالتقصير منهما وممن ساعدهما وأما الحكم فلا حيلة له في ذلك ولا عيب عليه بسببه»[3].

وهذا الذي سبق لا إشكال فيه، **لكن هل فيه دلالة على أنَّ المفرط في إظهار حجَّته يخسر حقَّه لتفريطه، فيكون أولى بالخسارة بإطلاق؟** الجواب: لو فرَّط خسر جرياً على الأصول الثابتة شرعاً كبراءة الذمَّة، ولعدم ظهور ما يوجب الحكم له، لا لمجرد تفريطه، فلو فرَّط لكن وجد الحاكم ما يظهر أنَّه محقٌّ من القرائن وطرق الحكم المعتبرة كالنكول عند من يقول به، لم يجز أن يجعل تفريطه مع ظهور حقِّه مسقطاً له.

النصوص الخامس والسادس والسابع والثامن: حديث أبي هريرة قال: إنَّ رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((**لا تلقوا الجلب. فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق، فهو بالخيار**))[4].

(١) صحيح البخاري، ٩/ ٦٩ رقم الحديث ٧١٦٩؛ صحيح مسلم، ٣/ ١٣٣٧ رقم الحديث ١٧١٣.
(٢) «الطرق الحكمية في السياسة الشرعية – ط البيان» (ص١٦٧).
(٣) «شرح النووي على مسلم» (١٢/ ٦).
(٤) صحيح مسلم، ٣/ ١١٥٧، رقم الحديث ١٥١٩.

وعنه أيضاً أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((**من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام. إن شاء أمسكها وإن شاء ردها. ورد معها صاعاً من تمر**))[1].

وعن محمد بن يحيى بن حبان، قال: هو جدي منقذ بن عمرو وكان رجلاً قد أصابته آمَّة في رأسه فكسرت لسانه، وكان لا يَدعُ على ذلك التجارة، وكان لا يزال يُغبن، فأتى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فذكر ذلك له فقال له: ((**إذا أنت بايعت، فقل: لا خلابة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها**))[2].

وعن عائشة: أن رجلاً ابتاع غلاماً، فأقام عنده ما شاء اللهُ أن يُقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فردَّه عليه، فقال الرجلُ: يا رسولَ الله قد استغلَّ غلامي، فقال رسولُ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**الخَرَاجُ بالضمَانِ**))[3].

ففي هذه الأحاديث السابقة نقضٌ للبيع لأجل المشتري الذي خُدع أو وجد بالسلعة عيباً أو غبن في الثمن، وهذه الأحوال لا تخلو من تفريط

(١) متفق عليه واللفظ لمسلم. صحيح البخاري، ٣/ ٧٠، رقم الحديث ٢١٤٨. صحيح مسلم، ٣/ ١١٥٨، رقم الحديث ١٥٢٤.

(٢) ابن ماجة، ٢/ ٧٨٩ رقم (٢٣٥٥)، وقد حسَّنه الألباني ٦/ ٨٨٣ سلسلة الأحاديث الصحيحة.

(٣) أخرجه مع ذكر الردِّ بالعيب أبو داود، ٥/ ٣٧٠ رقم الحديث ٣٥١٠، وابن ماجة، ٢/ ٧٥٤، رقم الحديث ٢٢٤٣، وغيرهما. وقد ضعفه جماعة من المحدثين لأنَّ في طريقيه عن عروة راويين فيهما ضعف، وحسَّنه بعضهم بالطريقين، ولفظ الخراج بالضمان تلقَّاه العلماء بالقبول. انظر: إرواء الغليل، ٥/ ١٥٩.

يعرض أحياناً للمشتري في حال التدليس أو العيب، ومع ذلك فقد أثبت الحقَّ فيه للمشتري بإطلاق لوجود التسبُّب من البائع إمَّا لتفريطه في البيان الواجب لحال السلعة أو تعدِّيه بالتدليس فيها، وكذلك الأمر في البائع الذي قد يعرض له التفريط فيغبن في الثمن كما في تلقِّي الجلب، فيقضى له رغم تفريطه لوجود التعدِّي من المشتري الذي تلقَّاه.

ولا يقدح في دلالة هذه الأحاديث أنَّ التفريط محتمل، لأنَّ الأحاديث أطلقت الحكم مع قيام الاحتمال، فدلَّ ذلك على عدم الالتفات لوجود التفريط في بعض الصور والأحيان ما دام سبب الحكم قائماً.

القسم الثاني: أصول القضاء الشرعي:

ممَّا يمكن الإفادة منه في تأصل هذه القاعدة أصول القضاء الشرعي، وأعني بها ما ينطلق منه ويهدف إليه ذلك القضاء الشريف من تحقيق العدل والحكم بالحق والتوصُّل إليه بما يوصل إليه من البيِّنات والقرائن وطرق الحكم المعتبرة، فالناظر في ذلك يدرك بلا ريب أنَّ شوائب التفريط التي تكثر في الناس لا تمنع استخراج الحق من القضاء والحكم به إذا استبان بطريق صحيح، بل إنَّ النزوع لنوع من الظواهر مع إهمال البواطن وقرائن الأحوال إضاعة للحق.

وقد أفاض ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ في كتابه الجليل الطرق الحكمية في تقرير هذا الأصل وحشد له أدلة كثيرة وتطبيقات متنوعة من الأقضية وتقريرات الفقهاء، مثل استدلاله بحكم داود عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ بين المرأتين المدعيتين للولد، وتقرير القرآن لقرينة قدِّ القميص من دبر في قصَّة يوسف، واعتبار الشرع

للَّوَث[1] في القسامة[2]، واعتبار القيافة[3]، واعتبار الصفة في دفع اللقطة لصاحبها، والقضاء بالنكول، وإقامة حدِّ الزنا بالحبل مع عدم الزوج والسيد، وغير ذلك مما لا يتسع له هذا المقام[4]، ولعلي أكتفي هنا بنقل بعض تقريراته الجامعة في هذا الباب.

يقول رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات، ودلائل الحال، ومعرفة شواهده، وفي القرائن الحالية والمقالية، كفقهه في كليات الأحكام: أضاع حقوقًا كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه، اعتمادًا منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله»[5].

ويقول: «فالبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره.. والشاهدان من البينة، ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها، كدلالة الحال على صدق المدعي، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد»[6].

(١) قال الخطابي في أعلام الحديث (٢/ ١٤٦٧): «شاهد حال يدل نوعاً من الدلالة على صدق المدعين، وذلك مثل الحال في العداوة القائمة بين اليهود وبين المسلمين، والدار دار اليهود، لا يخالطهم فيها غيرهم».

(٢) قال البهوتي في شرح منتهى الإرادات (٥/ ١٠٦): «وهي أيمان مكررة في دعوى قتل معصوم».

(٣) جاء في إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام (٢/ ٢٠٧): «اعتبار الأشباه لإلحاق الأنساب».

(٤) انظر ص٨ فما بعدها من الطرق الحكمية.

(٥) الطرق الحكمية، ١/ ٦.

(٦) الطرق الحكمية، ١/ ٢٥-٢٦.

ويقول: «فإن الله سبحانه أرسل رسله، وأنزل كتبه، ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسماوات، فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة، فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق، أن مقصوده إقامةُ العدل بين عباده، وقيامُ الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له»[1].

وظاهر من النقول السابقة أنَّ هذا الأصل يفضي إلى بطلانِ التمسُّكِ بانتفاء الطرق المعتادة، وخطأ ترك الحكم بحقٍّ ثابت بطريق صحيح بدعوى تفريط المدَّعي في أخذ إجراءات وتراتيب معتادة في حفظ وإثبات حقِّه، بل تأمَّل ما يقول رَحِمَهُ ٱللَّهُ في هذا النقل:

«والمقصود: أن الشريعة لا ترد حقًّا، ولا تكذب دليلًا، ولا تبطل أمارة صحيحة، وقد أمر الله سبحانه بالتثبت والتبين في خبر الفاسق، ولم يأمر برده جملة. فإن الكافر والفاسق قد يقوم على خبره شواهد الصدق، فيجب قبوله والعمل به»[2]. أقول: فإذا كان الخبر الذي يأتي من طريق فاسق يقبل أحياناً، فكيف يبطل حقَّ المفرِّط بإطلاق؟!

بل قد يحكم بهذه الطرق مع وجود ظواهر مقدوحة تخالفها، يقول رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

(١) الطرق الحكمية، ١/ ٣١.
(٢) الطرق الحكمية، ١/ ٦٣.

«ولم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات، فإذا ظهرت لم يُقدِّموا عليها شهادة تخالفها ولا إقرارًا. وقد صرح الفقهاء كلهم بأن الحاكم إذا ارتاب بالشهود فرَّقهم وسألهم: كيف تحمَّلوا الشهادة؟ وأين تحمَّلوها؟ وذلك واجب عليه، متى عدل عنه أثم، وجار في الحكم. وكذلك إذا ارتاب بالدعوى سأل المدعي عن سبب الحق، وأين كان، ونظر في الحال: هل يقتضي صحة ذلك؟ وكذلك إذا ارتاب بمن القول قوله كالأمين والمدعى عليه وجب عليه أن يستكشف الحال، ويسأل عن القرائن التي تدل على صورة الحال»[1].

وأختم بتوجيه نفيس للشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يقول فيه تعليقاً على قضية ترك القاضي فيها الحكم بالملك مع وجود الإحياء لأنَّ المدَّعي لم يحتجَّ به، فقال:

«إن القاضي إذا جلس إليه الخصوم: فعليه أن يجتهد في كلِّ طريقٍ لإيضاح وجه الحكم وتبيينه وإيصال الحق إلى صاحبه، فيحرر الدعوى، ويسأل الخصم عن كل حجة يدلي بها، ويتحرَّى الصواب، ويحرص على استخراج الحق ولو بقوله سأفعل كذا وهو لا يريد أن يفعله، ولا يقف عند ظواهر الألفاظ ويترك حقائق المعاني، ويدل لهذا حديث أبي هريرة الصحيح: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((**بينما امرأتان معهما ابنان لهما إذ جاء الذئب فأخذ أحد الابنين، فتحاكمتا إلى نبي الله داود، فقضى به للكبري، فخرجتا، فدعاهما سليمان فقال: هاتوا السكين أشقُّه بينكما. فقالت الصغرى: يرحمك الله، هو ابنها لا تشقه. فقضى**

(١) الطرق الحكمية، ١/ ٦٥.

به للصغرى)). متفق عليه. فعرف صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بشفقة الصغرى أنه ابنها، ولم يعتبر إقرارها به للكبرى.. وهذا فيه من الفوائد، وردع الظلمة، وإيصال الحقوق إلى أهلها ما لا يخفى. وكأنَّ القاضي تحرَّج من هذا ظاناً أنه من باب تلقين الخصم حجَّتَهُ، مع أنَّه ليس منه؛ لأن المقصود من المنع من تلقين الخصم حجته: إذا مال الحاكم إلى أحد الخصمين على وجه الجور والظلم، لما فيه من كسر نفس خصمه وعدم إقامة حجته، وليس هذا مما نحن بصدده، ولهذا ذكر العلماء أن القاضي يستفسر من الخصوم عن كلِّ ما تتطلَّبُهُ القضية، ويحرر الدعوى، وهذا لا يتأتى غالباً إلا بزيادة إيضاحاتٍ تشبه ما ذُكِرَ، فعلى القاضي أن يَسْلُكَ أقرب الطرق التي تُنْهِي القضية، ولا يطيلُ على الخصوم الأخذَ والردَّ، أو يتركَهُم يتخبَّطون في وجهةٍ غير مجديةٍ وهو يجد لهم طريقاً شرعيةً أقربَ منها، وكلُّ هذا من أعمال القاضي المسؤولِ عنها»[1].

المطلب الثاني: الموقف الصحيح من قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة) في ضوء الأدلة والأصول الشرعية:

يظهر من دراسة الأدلة والأصول الشرعية وتحليل كلام الفقهاء أنَّ إطلاق القاعدة الذي يفهم منه أنَّ ذات تفريط الإنسان في حق نفسه مسقطٌ لحقِّه لا يصح شرعاً، وإنَّما يؤثِّر التفريط من الإنسان إذا كان تفريطاً في حقِّ

(١) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، ١٢/ ٣٨١. ومسألة التلقين ليست مسألتنا بالضرورة وإن كان لها نوع صلة، ولمزيد حولها انظر: تلقين القاضي الخصوم والشهود، دراسة فقهية تطبيقية على الأحكام القضائية بالمحاكم السعودية، د. فهيد بن وزير العتيبي، مجلة مداد الأدب، م٢٦ ع١، المقال السادس: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/midad/vol26/iss1/6

غيره، ويكون مساعداً في التعليل لعدم ثبوت حقِّه ظاهراً على الغير إذا جاءت الدعوى منه خلافاً لأصل مستصحب أو ظاهر شرعي معتبر، دون ظهور ما يثبت حقَّ المدَّعى ويوجب تقديم جانبه.

ووجه هذا التفصيل أنَّ مخالفة الظاهر المعتبر أو الانتقال عن الأصل الثابت شرعاً يحتاج لدليل ناقل، فيسقط اعتبار الدعوى العارية عنه، ويكون ذكر التفريط في توثيق دليل الدعوى مساعداً في التعليل لردِّ الدعوى، ولا يخفى أنَّ هذا لا يوجب اعتبار التفريط مسقطاً للدعوى بإطلاق، بل يثبت الحقَّ ولو مع التفريط إذا وجد ما يرجِّح جانبه، ولا دليل على إسقاط الحقِّ بمجرد التفريط.

ومهمة القضاء الشرعي إحقاق الحق وإنصاف المظلوم، والبيِّنة ما أبان الحقَّ كما قرَّر العلماء، ومتى استبان الحق فالعدول عنه ظلم، ولذا جاءت الشريعة بإثبات الخيار في حالات التدليس والغبن والعيوب الخفية، مع أنَّ شائبة التفريط توجد كثيراً مع هذه الأسباب.

والنقد السابق يتوجَّه للقاعدة بما فيها من إطلاق ظهر أثره في بعض التطبيقات كما سيأتي، ويظهر لي أنَّ تصحيح هذا الخلل لا يكفي فيه النظر إلى التطبيقات وضبطها بما سبق من التفصيل فقط، فالقاعدة نفسها بهذه الألفاظ تساعد على هذا الخلل، لذا فإنَّ الموقف الصحيح من هذه القاعدة هو عدم اعتبارها قاعدة فقهية تصلح للاستدلال والتسبيب القضائي.

المبحث السادس
دراسة بعض تطبيقات قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة) في أحكام القضاء

سأنتقي من التطبيقات القضائية ما يظهر تنوُّعها وأنَّها ليست على نمط واحد في الرجوع للقاعدة، ولكل نمط ما يرد عليه من النقد، وبهذا يحصل تكميل نقد هذه القاعدة بطريقة تطبيقية تراعي تنوُّع التطبيقات.

الجانب التطبيقي الأوَّل: قضية توكيل في إفراغ أدَّى إلى انتقال العقار دون مقابل:

تتلخص وقائع القضية محلِّ التمثيل حسب صكِّها وضبوطها في إبرام المدعي اتفاقية تمويل تتضمن النصَّ على عمل وكالة بالهبة والبيع لعقار قُدِّم كضمان، ونصَّت الاتفاقية على إعادة إفراغه بعد سداد التمويل، وبعد صدور الوكالة قام الوكيل بإفراغ العقار بالهبة من المدَّعي إلى زوجة الوكيل مباشرة، ثم توكَّل عنها في بيعه بسعر يقل كثيراً عن قيمته الحقيقية، واستلمت الزوجة الشيك، ثمَّ توفَّى الله تعالى الوكيل بعد فترة من المطالبة والمماطلة منه دون جدوى، وقام المدعى عليه -وهو من آلت إلى يده العين- برهن العقار أكثر من مرة وحصل على تمويلات بمبالغ كبيرة عليه، وأقرَّ أثناء مرافعة الاستئناف بأنَّه دفع عمولات غير معتادة عليه تزيد عن نصف قيمته التي اشتراه بها.

وقد أقام المدعي دعواه على المشتري لأنَّ العين بيده وهو يطلب استردادها لكونها آلت إليه بطريق باطل شرعاً، واحتج بأنَّ الاتفاقية مقيدة

لتصرف الوكيل وبإحالة العادة لهبة امرأة أجنبية عقاراً بهذه القيمة دون مقابل مما يدل على بطلان تصرف الوكيل لمصلحة نفسه خلافاً لمصلحة موكله وإذنه، وحاول بهذه البيِّنات وغيرها من قرائن الحال بيان بطلان التصرُّف في العقار، لكنَّ دائرة الدرجة الأولى حكمت بردِّ الدعوى مستندة للتوكيل وصحَّة الشراء وحجيَّة الصكوك العقارية وعدم صحَّة الطعن فيها إلَّا بالتزوير وحفظاً لاستقرار عقود الناس ومبايعاتهم إن تعدَّى الوكلاء[1].

ثم انتهت دائرة الاستئناف بالأغلبية -خلافاً لرئيسها- إلى ردِّ الدعوى، وسبَّبت ذلك بوجود «وكالة نظامية وصريحة في ذكر الهبة، والموكل يتحمل هذا التفريط وكان الأولى منه في حفظ حقِّه بطرق غير الوكالة والتصريح بالهبة للوكيل، وفي نقض مثل هذا الإجراء يحصل منه إشكال في إلغاء كثير من البيوع النظامية التي تمت بمستندات رسمية وأفرغت لدى جهات رسمية، ويحدث أيضاً خلل في ميثاقية تصرفات الوكلاء المبنية على ما تم توكيلهم به، ويفتح باب لتراجع كل موكل فيما يراه مناسباً له سيما لو ارتفعت الأسعار أو أي أمر يتعلق بذلك، والمفرط أولى بالخسارة»[2].

أمَّا رئيس الدائرة فقد كان له رأي آخر، فقد قال حسب نصِّ ضبط جلسة الحكم: «أرى نقض حكم الدرجة الأولى والحكم بإعادة العقار للمستأنف أصالة، لكونه بعد الاطلاع والدراسة وسماع ما لدى الطرفين ومناقشتهم

(١) صك حكم الدرجة الأولى الصادر من الدائرة العامة الحادية عشرة بمكة المكرمة بتاريخ ٢٥/ ١٢/ ١٤٤٣هـ ورقم صكِّه (٤٣٣٩٢٦٥٨١) في القضية (٤٣٩٢١٢٨٧٠).

(٢) صك حكم محكمة الاستئناف في القضية (٤٣٩٢١٢٨٧٠) برقم الصك (٤٤٣٠٨٩٧٢٥٦) بتاريخ ٢٥/ ١٠/ ١٤٤٤هـ.

ولقوة جانب المستأنف وما جاء في استئنافه، ولكونه لم تجر العادة أن تكون الهبات بمثل هذه العقارات وبهذه القيمة، كما أنه لم تجر العادة أيضاً أن يتم هبة مثل ذلك للزوجة أو الأولاد أو الأقارب فمن باب أولى لمن كان أجنبيا عنه، كما أنه يفهم من التوكيل بالهبة وعلى إطلاقه أن تكون لمن له صلة بالموكل لا أن تكون الهبة لمن له علاقة وصلة بالوكيل، مما يجعل أن في هذه الهبة ما يوجب الريبة في تصرفات الوكيل وفيما أوكل به، لا سيما وأنه قام بهبة العقار لزوجته ومن ثم قام بأخذ وكالة منها في بيع العقار الذي وهبه لها دون القيام بما تم الاتفاق عليه في مسألة التمويل والاتفاقين المذكورين في القضية، وما جاء أيضاً في مسألة البيع والغبن فيها لكون العقار تم بيعه بأقل من قيمته، لا سيما وأن المنطقة التي فيها العقار لا يتم بيع مثل هذا العقار بهذا المبلغ.

أما ما يتعلق بحجية الصكوك العقارية المعتبرة شرعاً ونظاماً وأنه لا يكون هنالك استقرار لعقود الناس ومبايعاتهم إن تعدى الوكلاء، فإنه في حالة ثبوت عدم ملكية العقار لمن لديه صك عليها بظهور ما يثبت عدم صحتها من أدلة أو قرائن أو ما يتعلق بتجاوز الوكلاء في تصرفاتهم، فالقضاء شرعاً ونظاما لم يوضع إلا لأجل الفصل في المنازعات في مثل هذه القضايا وإعادة الحقوق لأصحابها والله الموفق»[1].

وهذا الرأي من رئيس الدائرة يتضمَّن مناقشة وافية لهذا الحكم وبيان أنَّه لم يجر على أصول الشرع القضائية ولم يعمل مقتضيات الوقائع والقواعد الشرعية في إبطال التصرف، ويلاحظ في الحكم أنَّه جعل التفريط بذاته موجباً

(١) ضبط جلسة الحكم بتاريخ ١٩/ ١٠/ ١٤٤٤هـ للقضية (٤٣٩٢١٢٨٧٠).

لخسارة الحقِّ مع وجود ما يظهره من دلائل وقرائن، كما يلاحظ النزوع إلى الأخذ بظواهر على خلاف ذلك لمجرد أنَّها أخذت صفة رسمية.

وبالتأمل في هذا الملاحظ في الحكم يجدر التنبُّه والتنبيه إلى أنَّ النزوع المجرد للجانب الرسمي في الأوراق والإجراءات قد يوقع في الغلط إذا كانت قد أوقعت على خلاف مقتضى الشرع، ولا يبرِّر هذا النزوع وجود التفريط إذا قام سبب الحكم للمفرِّط في حقِّ نفسه بما ثبت له شرعاً، ولا يصح أن يجعل شيء مسقطاً لمقتضيات الشرع.

وأيضاً يلحظ من وقائع القضية أنَّ التعويل على التفريط في مثل هذه الصور قد يفضي للتناقض من القاضي لكون التفريط متصوَّراً في الطرفين، فيمكن التعليل به في جانب المدعى عليه أيضاً، فهو بشرائه لعقار بقيمة منخفضة جداً عن قيمته الحقيقية وبعمولة عالية تبلغ أضعاف العمولة المعتادة، يكون قد فرَّط في التثبت من سلامة ملكيته مع هذه القرائن الظاهرة على عدم السلامة، وقد جاء في حاشية العدوي: «لا يقال كيف يغرم مع كونه اشتراه، لأنا نقول هو اشتراه من غير مالكه فيجب عليه غرم القيمة لمالكه، ويرجع بثمنه على الغاصب البائع له إن وجده وإلا ضاع عليه الثمن؛ لأنه مفرط بعدم تثبته في الشراء حيث اشترى من الغاصب»[1].

ويظهر مما سبق أنَّ القاعدة في هذا الحكم كانت أساساً لردِّ الدعوى باعتبار التفريط موجباً لسقوط الحق، رغم وجود ما يدلُّ على ثبوته واستحقاقه، وقد

(١) حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي، ٦/ ١٤٥.

وجدتُ بدراسة التطبيقات التي وقفت عليها أنَّ هذا النوع يوجد في بعض دعاوى الإفراغ الصوري للعقار أو التوكيل في هبته لغرض التمويل[1].

الجانب التطبيقي الثاني: دعوى بثمن جوال ببيع غير موثَّق بعقد مكتوب:

خلاصة الوقائع أنَّ المدَّعي ادعى بثمن جوال ذكر أنَّه باعه بثمن آجل كان قد حلَّ وقت رفع القضية، وقد أجابت المدعى عليها بأنَّ الجوال أهدي لها ولم يبع، وذكرت وجود علاقة بينها وبين المدعي تتمثَّل في محاولة تقرُّبه منها ليتزوج ابنتها، وقد أقرَّ المدعي بالعلاقة المذكورة لكنَّه أصر على نفي الهبة، وقامت الدائرة بتوجيه اليمين نحو المدعى عليها، فحلفت على نفي البيع وردت الدائرة الدعوى.

وفي التسبيب ظهر أنَّ الدائرة أعملت قرينة إقرار المدعى عليها مباشرة باستلام الجوال رغم عدم بيِّنة المدعي، وقرينة وجود العلاقة المذكورة، وقرينة عدم تحرير عقد كما جرت العادة في البيوع الآجلة، وهنا عضَّدت

(١) وهي دعاوى تقام بالمحكمة العامة التي لا تتوفر نصوص أحكامها في موقع البوابة العلمية التابعة لوزارة العدل، لذا لم يظهر له عندي نماذج كثيرة، غير أنَّه توفر لي صكان من هذا النوع بتواصل شخصي مع صاحب قضيتين تعرَّض فيهما لخسارة عقارين، وذكرت القاعدة في تسبيب الحكمين، أحدهما القضية المعروضة أعلاه، والأخرى قضية مضمَّنة في صك المحكمة العامة بجدة في الدعوى المقيدة برقم (٤٢١٣٨٦٦٠١) برقم الصك (٤٣٢٠٤٢٦٩٨) بتاريخ ١٠/ ٦/ ١٤٤٣هـ، وخلاصتها إبرام عقد شراكة في عقار مقابل تشطيب مبنى، وتضمَّن إفراغ العقار لأخي الشريك لغرض جلب التمويل، إلَّا أنَّ الأخ قام بهبته لأمه لتقوم الأخيرة ببيعه! ومع إقرار الأخ بأنَّه كان مجرد صورة وتناقض الشريك إلَّا أنَّ الدعوى ردَّت وتضمَّن التسبيب ذكر القاعدة.

الدائرة التسبيب بالتفريط وأنَّ المفرِّط أولى بالخسارة، ثم أعملت أيضاً قرينة سكوت المدعي سنة دون استلام أي قسط، ثم ذكرت بعض القواعد المتعلِّقة بإعمال القرائن وتوجيه اليمين[1].

وبالتأملِ نجد أنَّ القاعدة استعملت للتعضيد ولم يبن الحكم على مجرد التفريط مع وجود مستند سليم للحكم للمدعي، وأنَّ الدائرة نظرت في القرائن المحتفَّة لتستظهر منها التوصيف الأرجح للتصرُّف، وأعملت أصل براءة الذمة، وفي هذا ما يكفي للحكم دون الاستناد للتفريط من المدَّعي.

وهذا النوع من التطبيق الذي تردُّ الدعوى فيه استناداً لأصل أو ظاهر شرعي معتبر، وتذكر القاعدة تبعاً لذلك لا على أنها أساس مؤثِّر استقلالاً، منتشر حسب ما رأيت في القضايا التجارية.

ويلاحظ في هذا التسبيب أنَّ التفريط إنَّما يفهم إيراده في هذا السياق على تقدير صدق المدَّعي، وكأنَّ الدائرة تلوم المدعي على تقدير صدقه في عدم تثبيت حقِّه والتفريط في ذلك، في حين أنَّها لم تبن حكمها عليه على مجرد ذلك، بل على أصول معتبرة أخرى، فلا يمكن توجيه النقد لنتيجة الحكم هنا لقيامها على أصول معتبرة، لكن يمكن انتقاد الاعتضاد بالقاعدة لأنَّ التفريط بمجرده غير مؤثر، وذكره إنَّما يؤلم المدَّعي على تقدير صدقه ويزيده ألماً على ألم خسارته.

(١) يوجد نصُّ المرافعة ضمن صك أزيلت منه البيانات، ويظهر منه أنَّ تاريخه في العام ١٤٤٢هـ بالمحكمة العامة دون تحديد البلد، وهو منشور على منصة إكس: https://x.com/kkmz_f/status/1698203495168430488?t=eOv25dbTWRFiORF8MCoF9A&s=35

الجانب التطبيقي الثالث: التفريط بإلزام النفس بشرط دفع ربح مقدم في شركة مضاربة ثم ادعاء الإفلاس:

تتلخَّص وقائع هذه الدعوى في إبرام عقود مضاربة مع مساهمين وسندات لأمر على أن يلتزم المدعي بالتالي: سداد مبالغ شهرية محددة تحديداً نسبيا من رأس المال المدفوع، وتحرير سند لأمر وقت توقيع العقد لضمان رأس المال، وبعد أن اكتشف المدعي عدم صحة وشرعية تلك العملية التجارية وبعد إفلاسه بسبب تلك العملية رغب الاكتفاء برد رأس المال وإنهاء العقود وتسليم السندات، فرفضت المدعى عليها ذلك وتقدموا لمحكمة التنفيذ لتنفيذ السندات لأمر، وطلب المدعي الحكم ببطلان العقد وفساده، وإبطال السند لأمر وإنهاء كافة آثاره بين الطرفين، كما طلب إثبات سداد المدعي للمبالغ المستلمة من قبل المدعى عليها وإبراء ذمة.

وقد ذكرت المدعى عليها جواباً أنَّ المدعي رجل أعمال وأبرم أكثر من ثلاثين عقداً ويعادل ما استلمه من مبالغ ١٤,٢٠٠,٢٠٠ ريالاً، وأنَّ العقود صحيحة.

وقد حكمت الدائرة بردِّ الدعوى وسبَّبت بما يلي: «وبما أن المدعي أسس طلبه على عدم تحديد الأرباح بنسبة مشاعة معينة إضافة إلى اشتراط ضمان رأس المال وكلا الشرطين مؤثر في صحة العقد، ولأن الدائرة وبرجوعها إلى العقد تبين أنه قد نص على أرباح متوقعة تدفع لرب المال شهرياً، ولم يرد شرط صريح بإلزام المضارب بذلك المبلغ المتوقع إذ الأصل توزيع الأرباح المتحققة فعلاً لا ظناً، ولأنه من المتصور معرفة التاجر الماهر بأرباح تجارته

وتوقعه بما استثمره من أرباح حال سلامتها من معوقات حسن سيرها، ولأن المدعي ظل يصرف للمدعى عليها الأرباح التي توقع بنفسه تحصيلها طوال فترة المشاركة للعقد الأصلي والمدة الإضافية دون أن يشعر المدعى عليها بنقصها أو تعثر سيرها طوال تلك الفترة، وذلك مؤذن بنجاح سير المضاربة وتحصيلها للأرباح المتوقعة، ولأنه عند انتهاء العقد وحلول موعد إعادة رؤوس الأموال لأربابها تقدم المدعي بطلب لإبطال العقود إثر صمته فترة سريانها، مما يدلل على أن دعوى المدعي قائمة على التملص من إعادة رأس المال حين انتهاء فترة المضاربة وذلك بالموافقة لطبيعة عقود المضاربة التي تقتضي إعادة رأس المال حين انتهاء العقد وسلامته من الخسارة، ولأن القاعدة الفقهية نصت على أن: «من سعى إلى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه» ولقاعدة: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولأن العقود انتهت فترة سريانها مما يقيد سلطة المحكمة في تصحيحها نظراً لفوات مدتها ونفاذ مضمونها على ما هو عليه وهو ما يجعل من القول بصحتها واحتساب ما استلمته المدعى عليها ربحاً خالصاً وثبوت الحق له في استرداد رأس ماله كاملا أولى بالإعمال وإن كان قولا مرجوحاً، ويجعل من المدعي المفرط أولى بالخسارة، حيث إنَّه من فرط في إلزام نفسه بهذه الشروط الواردة في العقد، ولا ينال من ذلك دعوى وكيل المدعي بعدم علم موكله بمشروعية العقد باشتراط ربح مقدر وضمان لرأس المال، إذ ذلك ليس بشرط لازم عليه علاوة على أنه لا يعذر بجهله ذلك، لأنه مفرط ولما يظهر من ذلك من أنه طريق لأكل أموال الناس بالباطل ولما كان شرع الله المطهر أشرف وأعظم من أن

يلحق به مثل هذه التصرفات الملتوية، وحتى لا يكون القضاء الشرعي ملجأ لأهل الحيل الباطلة، فإن الدائرة تنتهي إلى الحكم برفض الدعوى وفق ما هو ثابت في منطوقها»[1].

ويلاحظ في تسبيب الدائرة أنَّها أعملت قرائن متعدِّدة رأت أنَّها تورث التهمة في احتيال المدَّعي على إعادة رأس المال، منها أنَّها استنتجت من عدم الشرط الصريح على إلزام المضارب بالمبلغ المتوقَّع أنَّه بادر بالسداد لحصول الأرباح، وكذلك من كونه استمر في السداد دون إشعار بأي إشكال في سير المضاربة، ثم قوَّت تسبيبها بتفريط المدعي بإلزام نفسه بهذا الشرط وتفريطه في العلم بالحكم.

والإشكال الذي يلوح بالتأمُّل في هذا الاستناد للقاعدة هو أنَّها قوَّت الاستناد لهذه القرائن التي قد يقال بضعفها وعدم كفايتها لمقاومة عدَّة أصول شرعية كانت تستوجب نظراً مغايراً من الدائرة، مثل أصل عدم الربح، واللجوء للمحاسبة والسؤال عن تفاصيل العمل التجاري وعن بيِّنات المدَّعي على خسارته، وكان من الممكن أن يظهر من ذلك صدق المدَّعي أو على الأقل نقص الربح الحقيقي عن الربح المقدَّر المدفوع، إضافة لتصحيح الدائرة للعقد رغم الشرط للمقتضي للفساد، ولا يمنع فوات المدة ونفاذ المضمون أن يعاد على ما مضي بالتصحيح وفق مقتضيات الشرع.

(١) انظر: حكم الدائرة التجارية الثالثة من المحكمة التجارية بجدة في القضية رقم (٥١٦٤) لعام ١٤٣٩هـ. https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/23600

أيضاً يمكن أن يعارض وجود التفريط من المدعي بوجود تفريط من المدعى عليهم في عدم الاطلاع على حسابات المضاربة وتحصيل ما يثبت الربح من خلال ذلك طول مدَّتها، وهذا وإن كان غير موجب للحكم لكنَّه قد يكون صالحاً للإيراد والمعارضة؛ إذ الجنوح إلى تفريط من طرف دون طرف لا يخلو من نوع تحكُّم.

وهذا التطبيق يوحي بأنَّ بعض الأحكام قد تستند لظاهر غير قوي لا يكفي للحكم، فيلقى القضاء عن كاهله معاناة التدقيق وسماع البيِّنات بالتسبيب بالتفريط في حقِّ النفس، غير أنَّ هذا الانطباع قد لا يكون دقيقاً في عين هذا التطبيق نظراً لكون المنشور حوله ناقصاً لا يتضمَّن نصَّ العقد، وربَّما يتضمَّن ما يقوِّي نظر الدائرة.

الجانب التطبيقي الرابع: مقارنة حكمين متغايرين في الحكم بثبوت التعامل مع وجود الختم وكون التوقيع من غير مفوض:

جاء في حكم الدائرة الثانية من المحكمة التجارية بجدة الصادر في القضية رقم (٥٩٣) لعام ١٤٣٨هـ: «وحيث قرر المدعى عليه وكالة بأن موكله لم يرتبط بأي علاقة تعاقدية مع المدعية ولم يوقع أي عقد تأجير للمعدات، وأن الفواتير لا تحمل توقيع مالك المؤسسة أو شخص يحمل تفويضاً رسمياً من المؤسسة، ومصدق عليه من الغرفة التجارية ولديه صلاحيات مخولة بالتعاقد في التعاملات التجارية، وحيث إنَّ الدائرة وبعد سماعها للدعوى، ودفوع الطرفين، وبعد اطلاعها على أصول الفواتير المقدَّمة من المدعية تبين لها بأنها صادرة على مطبوعات المدعى عليه، وعليها ختمه، وحيث إنَّ التعامل محل

الدعوى كان مع العمال، وحيث إن العمال غير مفوضين من المدعى عليه، مما يتضح معه للدائرة تفريط المدعية وحيث نص الفقهاء على أنَّ المفرِّط أولى بالخسارة.. مما تنتهي معه الدائرة إلى رفض هذه الدعوى..»[1].

وجاء في حكم المحكمة العامة بمكة المكرمة الصادر في القضية رقم (٧٧٨) بتاريخ ١٤/ ٩/ ١٤٣٩هـ: «ولما دفعت به المدعى عليها من أن محرر تلك السندات هو أحد الموظفين لديها والمنضوين تحت كفالتها، وأن على المدعي مواجهته بالمطالبة، وحيث إن المدعى عليها لم تطعن في تلك السندات بأي مطعن يؤثر على صحة مضمونها من تسليم المدعي لمحررها ما كتب عليها من المبالغ، ولما يظهر من خلال ذلك من أنه لا يمكن أن يحدث التصرف في مطبوعات المدعى عليها وأختامها بهذه الصفة التي عليها السندات إلا في أحد حالين: الأولى/ أن تكون متواطئة مع محررها، والثانية/ أن تكون مفرطة ومهملة في حفظها، وهي في كلا الحالين مسؤولة عن نتيجتها، ولها في حال ثبوت ما ادعته من تصرف مكفولها (...) بغير إذنها أن ترجع عليه في جميع الحقوق التي ترتبت في ذمتها بسبب تصرفاته.. فترك المدعى عليها لعاملها أوراقها وأختامها وتسليطه للتعامل مع الآخرين، يجعل مسؤولية تصرفاته عليها ولا يجوز لها التنصل منها بحال، لأن (المفرط أولى بالخسارة)، ولأن الأصل في الشرع أن الإنسان ضامن لأفعاله كلها لا يتحمل غيره عنه شيئًا من تبعاتها، ذلك أن الأصل مسؤولية الشخص عن الضرر الذي نشأ

(١) وهو منشور بمنصة إكس على الرابط: https://twitter.com/s_m_shaalan/status/1184758396827910144

عن فعله لا فعل غيره، لكن الفقهاء استثنوا من هذا الأصل ضمان الشخص لأفعال التابعين له كالخدم والعمال والموظفين، لأنهم يصيرون نوابًا عنه، فيصير فعلهم منقولاً إليه كأنه فعل نفسه، ولأن الأعمال التي قام بها العامل لم تكن في الخفاء الذي لا يمكن الاطلاع عليه، مع ما وازاه من صمت مطبق من المدعى عليها، وهو دليل موجب للظن الغالب على رضاها وإذنها، وعليه فإن الدائرة تتجه إلى الحكم بإلزام المدعى عليها بمبلغ المطالبة، ولا ينال من ذلك ما دفعت به المدعى عليها من عدم صفة، إذ إن العامل استلم المبالغ محل المطالبة من المدعي بصفته ممثلاً للمدعى عليها، لا بصفته الشخصية، وعليه فإنه يجب عليها أن تتحمل ما حدث بسبب تفريطها في حفظ كيانها ونشاطها وممتلكاتها من استغلال الغير عمومًا بأي نوع استغلال أو تصرف غير مخول لهم، ومن بعد يحق لها محاسبتهم على تصرفهم»[1].

يلاحظ أنَّ وجود الختم اعتبر تارة ولم ينظر لكون الموقع غير مفوض وجعل المدعي مفرطاً في إتاحته، ومرة أهدر وجود الختم وجعل المتعامل مع غير المفوَّض هو المفرِّط! وهذا يؤكد أنَّ وصف التفريط في حق النفس لا ينضبط تعليل الأحكام به، ويمكن رميه في بعض الدعاوى على طرفيها.

(١) https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/17373

الخاتمة

وفيها أهم نتائج وتوصيات البحث:

النتائج:

أورد في نهاية هذا البحث بعض النتائج المهمَّة، وبعضها ليس من باب التلخيص فقط، بل فيه استنتاجات هذا محلُّها، وأهمُّ تلك النتائج:

١. كثرة تداول القاعدة محل البحث في مجال القضاء وتنوُّع تطبيقاتها.

٢. الأغلب في الاستعمال حسب استقراء البحث هو إيراد القاعدة على التفريط في حقِّ النفس.

٣. تدور تطبيقات القاعدة على إهدار ما يدَّعي به المقصِّر في حقِّ نفسه بعدم حفظه أو إثباته أو بذل ما يقدِّر القاضي أنَّه لازم لحمايته أو استعادته، أو بفعل ما يؤدِّي لضياعه، وقد يهدر ذلك مع وجود سبب لتضمين غير المفرِّط في حقِّ نفسه.

٤. النقول التي أوردت لتوثيق القاعدة بلفظها هي نقول من مصادر أدبيَّة لا علاقة لها بالفقه، ونقلان فقهيان أحدهما لابن عرفة المالكي (٨٠٣هـ) استعملت القاعدة فيه على سبيل المَثَل لا التقعيد الفقهي، والتفريط فيه هو تفريط في حقِّ الغير لا النفس، ونقل عن المنتصر الكتَّاني (١٤٢٠هـ) وهو معاصر، ولا يتمحَّض فيه هدر حقِّ المفرِّط في حقِّ نفسه لأجل تفريطه.

٥. النقول التي أوردت لتوثيق القاعدة بمعناها لا تتَّفق مع إطلاق القاعدة، وجميعها في التفريط في حقِّ الغير لا النفس، أو فيه انتفاء لسبب

الضمان عن غير المفرِّط، وليس فيها تفريط الإنسان في حق نفسه مع وجود موجب الضمان من تسبُّب غيره.

٦. أظهر استقراء كلام الفقهاء في تضمين المفرِّط أنَّ أغلبه جاء في تفريط الأمين والتفريط في حقِّ الغير، أما ما يتعلَّق منه بالتفريط في حقِّ النفس فلا يصل إلى نسبة ١٢٪، وهذا القسم جاء على ثلاثة أنواع: نوع هو التفريط في حفظ حق نفسه مع وجود أصل أو ظاهر معتبر شرعاً يحكم به عليه، أو حكم شرعي على خلاف تصرفه (١١ من أصل ١٦ نتيجة)، ونوع هو تفريط المتعاقد في تحصيل حق نفسه مع أداء الطرف الآخر ما عليه (٤ من أصل ١٦ نتيجة)، ونوع هو تفريط المتعاقد في أداء الواجب عليه لحق غيره فيبقى في ذمَّته (نتيجة واحدة من أصل ١٦ نتيجة).

٧. لم أجد أي مسألة فقهية قال فيها فقيه بخسارة الإنسان حقَّ نفسه لمجرد تفريطه مع وجود سبب التضمين في غيره، وهو ما ينزع السند من القاعدة من كلام الفقهاء تماماً.

٨. كشفت دراسة النصوص الشرعية التي يمكن تعلُّقها بالقاعدة أنَّ دلالتها على القاعدة غير قائمة، لأنَّ الضمان فيها مبني على التفريط في حق الغير أو على انتفاء موجب تضمين الغير، والتعويل على الأصول الشرعية كبراءة الذمَّة وارتباط الخراج بالضمان وإعمال الظاهر والاتساق معها بيِّنٌ في هذه النصوص.

٩. تدلُّ نصوص الخيارات على إثبات الحقِّ لمن يُتصوَّر في حاله التفريط تصوُّراً ظاهراً، فيقضى به للتعدِّي أو التفريط من خصمه في حقِّ الغير.

١٠. تدلُّ أصول القضاء الشرعي على أنَّ شوائب التفريط لا تمنع استخراج الحق والقضاء به إذا استبان بطريق صحيح كالقرائن المعتبرة التي توصل لخلاف ما يظهر أولاً، وتفضي بالناظر إلى ترك الجمود على الظواهر والطرق المعتادة في الحكم التي يؤول الجمود عليها وإهمال ما يقدح فيها من قرائن إلى تضييع بعض حقوق المفرِّطين في إثبات حقوقهم.

١١. ظهر من التأصيل الشرعي وتحليل كلام الفقهاء أنَّ ما قد يُفهم من القاعدة من إسقاط حق الإنسان لمجرد تفريطه في حق نفسه يخالف أصول الشريعة ومقرَّرات الفقهاء، وأن التفريط من الإنسان إنَّما يؤثِّر إذا كان تفريطاً في حقِّ غيره، ويكون مساعداً في التعليل لعدم ثبوت حقِّه ظاهراً على الغير إذا جاءت الدعوى منه خلافاً لأصل مستصحب أو ظاهر شرعي معتبر، دون ظهور ما يثبت حقَّ المدَّعى ويوجب تقديم جانبه.

١٢. ظهر من بعض التطبيقات حصول الجمود أحياناً على ظاهر الإجراءات الرسمية مع هدر ما يثبت الطعن فيها وأنَّها على غير الظاهر المعتاد منها، وأنَّ بعض القضاة يُخطِّئُ البعض في ذلك.

١٣. بعض صور التفريط التي تعتمد في بعض القضايا مقابلة بتفريط من الطرف الآخر، ويظهر من هذا عدم انضباط التسبيب بالتفريط في حقِّ النفس، وأنَّه قد يفضي للتناقض والتحكُّم، حتَّى إنَّ بعض الإجراءات التي يعوَّل عليها في الإثبات تعتبر ويهدر ما يخالفها مما يثبت عكسها في تطبيق، ثم يأتي تطبيق آخر فيعتبر ما أهدر ويهدر ما اعتبر التطبيق الآخر.

١٤. جرت بعض التطبيقات على إعمال الأصول والظواهر والقرائن المعتبرة شرعاً، وجاء التسبيب بالتفريط فيها تبعاً لذلك فيما يشبه الاستئناس، لكن يعاب عليه التعويل على ما يشبه الوصف الطردي مع أثره النفسي السيء على تقدير صدق الطرف المحكوم عليه باطناً.

١٥. تشير بعض التطبيقات إلى نزعة محتملة عند بعض القضاة في التعويل على قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة) مع وجود ما قد يقوي جانب المفرِّط، وقد تُقصِّر في التحقُّق من البيِّنات أو تهمل النظر في القرائن واستيفاء إجراءات التقاضي، وتكتفي بظاهر غير منضبط أو أصل يحتمل وجود ما يقتضي الانتقال عنه، نزوعاً إلى هذه القاعدة.

١٦. بعض التطبيقات القضائية المنشورة يظهر عليها نقص المعلومات المنشورة بطريقة قد تؤثِّر على ثقة الباحث في استيعاب التطبيق والخروج من دراسته باستنتاجات يطمئن لصحتها.

التوصيات:

يوصي الباحث بما يلي:

١. عدم التسبيب القضائي بهذه القاعدة لما فيها من الإطلاق الموهم لما يخالف أصول الشرع مع عدم صحَّة نسبتها للفقهاء، ولما فيها من التعويل على وصف غير مؤثِّر بذاته شرعاً وهو التفريط المجرَّد في حقِّ النفس، مع ما فيها من التبكيت والتحزين على تقدير صدق ذلك المفرِّط، ولما تفتحه من ذرائع التساهل في الاجتهاد في استخراج الحقِّ والقضاء به لمن يستحقُّه شرعاً.

٢. عناية الباحثين بدراسة التسبيبات القضائية التي تتضمَّن تعليلات مستحدثة دراسة نقدية جادَّة في الاستقراء والتحليل والتفهُّم لكلام الفقهاء وأدلَّة وأصول الشرع، وقد يفيد في بعضها الدراسة التاريخية لمعرفة جذور التسبيب التي قد تكون وافدة من ثقافات خارجة في مصدريتها عن الشرع.

٣. العناية بتنمية الملكة النقدية والبحثية في التأهيل العلمي للمجال القضائي.

٤. تطوير النشر العلمي للأحكام القضائية ليكون أشمل من جهة، وأيسر في البحث من جهة، لما ظهر للباحث من صعوبة البحث الدقيق وعدم وجود أو عدم فاعلية الأدوات المعتمدة في بعض المواقع العلمية التي تقوم بالنشر، والاضطرار للقراءة الموسَّعة للوصول للمطلوب عوضاً عن الاختصار عبر أدوات البحث الفعَّالة.

فهرس المراجع

١. **إحكام الإحكام شرح عمدة الأحكام**، ابن دقيق العيد، ط. مطبعة السنة المحمدية، (د. م)، (د. ط)، (د. ت).

٢. **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، لمحمد ناصر الدين الألباني، ط. المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، بيروت، ١٤٠٥هـ.

٣. **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، لزكريا الأنصاري الشافعي (ت ٩٢٦هـ)، دار الكتاب الإسلامي، (د. م)، (د. ط)، (د. ت).

٤. **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (٤٢٢هـ)، ت. الحبيب بن طاهر، ط. دار ابن حزم، ط١، ١٤٢٠هـ.

٥. **أعلام الحديث**، أبو سليمان حمد بن محمد الخطابي (ت ٣٨٨هـ)، ت. د. محمد بن سعد آل سعود، ط. جامعة أم القرى (مركز البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي)، ط١، ١٤٠٩هـ.

٦. **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، ليحيى بن أبي الخير العمراني (ت ٥٥٨هـ)، ت. قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ط١، ١٤٢١هـ.

٧. **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت ٧٩٩هـ)، ط. مكتبة الكليات الأزهرية، ط١، ١٤٠٦هـ.

٨. **تفسير المنتصر الكتاني**، بترقيم المكتبة الشاملة آليا، وأصله تفريغ للدرس الصوتي رقم (٥٩).

٩. **تلقين القاضي الخصوم والشهود**، دراسة فقهية تطبيقية على الأحكام القضائية بالمحاكم السعودية، د. فهيد بن وزير العتيبي، مجلة مداد الأدب، م٢٦ ع١، المقال السادس:
https://digitalcommons.aaru.edu.jo/midad/vol26/iss1/6

١٠. **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد في حديث رسول الله** – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ =، لأبي عمر بن عبد البر النمري القرطبي (٤٦٣هـ)، ت. بشار عواد معروف وآخرون، ط. مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، لندن، ط.١، ١٤٣٩هـ.

١١. **توثيق قاعدة (المفرِّط أولى بالخسارة)**، د. فهد بن عبد الله آل طالب، بحث منشور على شبكة الإنترنت، شعبان من ١٤٤١هـ.

١٢. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، لمحمد بن عرفة الدسوقي، ط. دار الفكر، (د. ط)، (د. ت).

١٣. **حاشية الصاوي على الشرح الصغير**، أبو العباس أحمد الصاوي، د. دار المعارف، (د. ط)، (د. ت).

١٤. **حاشية العدوي على شرح الخرشي**، لعلي بن أحمد العدوي (ت ١١٨٩هـ)، ط. دار الفكر، بيروت، (د. ط)، (د. ت).

١٥. **الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي**، لجمال الدين يوسف بن حسن بن عبد الهادي الحنبلي المعروف بـ «ابن المبرد» (ت ٩٠٩هـ)، ت. د. رضوان بن غربية، ط. دار المجتمع للنشر والتوزيع، ط١، جدة، ١٤١١هـ.

١٦. **الذخيرة**، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ.

١٧. **سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها**، لمحمد ناصر الدين الألباني، ط. مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، (د. ت).

١٨. **سنن ابن ماجه**، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٣هـ)، ت. محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، (د. م) (د. ت).

١٩. **سنن أبي داود**، لأبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (ت ٢٧٥هـ)، ت. شعيب الأرنؤوط – محمد كامل قره بللي، ط. دار الرسالة العالمية، ط١، (د. م)، ١٤٣٠هـ.

٢٠. **سنن الترمذي**، لمحمد بن عيسى الترمذي (ت ٢٧٩هـ)، ت. أحمد شاكر ومحمد عبد الباقي، البابي الحلبي، القاهرة، ط٢، ١٣٩٥هـ.

٢١. **سنن النسائي**، لأحمد بن شعيب النسائي (ت ٣٠٣هـ)، ت. عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط٢، ١٤٠٦هـ.

٢٢. **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي (ت ٧٧٢هـ)، ط. دار العبيكان، ط١، ١٤١٣هـ.

٢٣. **شرح منتهى الإرادات**، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتى، ط. عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ

٢٤. **شرح النووي على مسلم**، ليحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٢، ١٣٩٢هـ.

٢٥. **صحيح البخاري**، لمحمد بن إسماعيل البخاري (ت. ٢٥٦هـ)، دار طوق النجاة، بيروت، ط١، ١٤٢٣هـ.

٢٦. **صحيح مسلم**، لمسلم بن الحجَّاج النيسابوري (ت. ٢٦١هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د. ط)، ١٣٧٤هـ.

٢٧. **صكوك غير منشورة من المحاكم العامة للقضايا (٤٣٩٢١٢٨٧٠)، (٤٢١٣٨٦٦٠١)**.

٢٨. **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، ط. مكتبة دار البيان، (د. ط)، (د. ت).

٢٩. **عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق**، لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، ت. حمزة أبو فارس، ط. دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٤١٠هـ.

٣٠. **فتاوى السبكي**، لتقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (ت ٧٥٦هـ)، ط. دار المعرفة، بيروت، (د. ت).

٣١. **فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ**، ت. محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، ط. مطبعة الحكومة بمكة المكرمة، ط١، ١٣٩٩هـ.

٣٢. **القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة**، لعبد الرحمن بن ناصر السعدي، ط. مكتبة السنة، (د. ط)، (د. ت).

٣٣. **القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف للقاضي عبد الوهاب البغدادي**، د. محمد الروكي، ط. دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط١، ١٤٢٤هـ.

٣٤. **القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي**، لحمد بن محمد الجابر الهاجري، ط. دار كنوز إشبيليا، الرياض، ١٤٣٠هـ.

٣٥. **كشاف القناع عن متن الإقناع**، لمنصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١هـ)، دار الفكر، بيروت، (د. ط)، ١٤٠٢هـ.

٣٦. **لسان العرب**، لمحمد بن مكرم بن على، ابن منظور الإفريقى (ت ٧١١هـ)، ط. دار صادر، بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ.

٣٧. **المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ. مركز البحوث**، وزارة العدل، الرياض، ١٤٣٨هـ.

٣٨. **المبدع في شرح المقنع**، لإبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن مفلح (ت ٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ.

٣٩. **مجموع فتاوى ابن تيمية**، لأحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحرَّاني (ت ٧٢٨هـ)، ت. عبد الرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، (د. ط)، ١٤١٦هـ.

٤٠. **مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٧هـ**، ديوان المظالم، الرياض، ١٤٣٧هـ.

٤١. **مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٥هـ**، ديوان المظالم، الرياض، ١٤٣٨هـ.

٤٢. **المختصر الفقهي**، لمحمد بن محمد ابن عرفة الورغمي المالكي، (ت ٨٠٣هـ)، ت. د. حافظ خير، ط. مؤسسة خلف الحبتور للأعمال الخيرية، ط١، ١٤٣٥هـ.

٤٣. **مسند الإمام أحمد**، للإمام أحمد بن حنبل (٢٤١هـ)، ت. شعيب الأرنؤوط – عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط. مؤسسة الرسالة، ط١، (د. م)، ١٤٢١هـ.

٤٤. **مطالب أولي النهى**، مصطفى بن سعد الرحيباني، ط. المكتب الإسلامي، ط٢، (د. م)، ١٤١٥هـ.

٤٥. **معجم لغة الفقهاء**، لمحمد رواس قلعة جي حامد قنيبي، ط. دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط٢، ١٤٠٨هـ.

٤٦. **المغني**، لعبد الله بن أحمد بن قدامة (ت ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، (د. م)، ط١، ١٣٨٨هـ.

٤٧. **مقاييس اللغة**، لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (ت ٣٩٥هـ)، ت. عبد السلام محمد هارون، ط. دار الفكر، ١٣٩٩هـ.

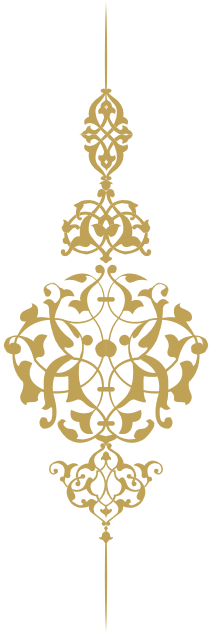
٤٨. **النهاية في غريب الحديث والأثر**، لمجد الدين المبارك بن محمد ابن عبد الكريم الجزري ابن الأثير (ت ٦٠٦هـ)، ت. طاهر الزاوي – محمود الطناحي، ط. المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ.

مواقع الإنترنت:

١. **البوابة العلمية القضائية التابعة لوزارة العدل السعودية:**

https://sjp.moj.gov.sa/

٢. **أحكام عدَّة مصورة من شبكة إكس (مثبتة روابطها في الهوامش).**



مصرف في سبيل الله
من ضِيقِ الجزئيات إلى سَعَةِ الكليات

د. محمد علي الصليهم

أستاذ الفقه المساعد بقسم الدراسات الإسلامية

بكليَّة العلوم والدراسات الإنسانية برماح

جامعة المجمعة

m.alsulaihem@mu.edu.sa

المقدمة

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

فقد اتفق العلماء على أنَّ مصارف الزكاة ثمانية لا يجوز صرفها إلى غيرهم وهم المذكورون في قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا وَٱلۡمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمۡ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلۡغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۖ فَرِيضَةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ ٦٠﴾ [سورة التوبة: ٦٠][1]، ثمَّ اختلفوا بعد ذلك في المراد بالمذكورين في مسائل عدَّة: في بيانهم وتحديدهم، ومقدار ما يصرف لهم، وما يشترط لذلك، ومتى يعطون من أموال الزكاة ومتى يمنعون، وهل يجب الجمع بينهم أو يجوز الاقتصار على بعضهم، ولماذا عبر القرآن عن بعض المصارف بـ (اللام) وبعضها بـ (في)، ومن المصارف التي وقع فيها الخلاف واتسعت فيها شقة الاختلاف مصرف (في سبيل الله)، لذا فقد آثرت الحديث عنه ونقل أقوال العلماء فيه قديما وحديثاً، وتتبع الفتاوى الصادرة في شأنه، قصد الإسهام في الكشف عن الحكمة من مشروعيَّة هذا المصرف، استناداً إلى ما تقرر في علم مقاصد الشَّريعة الإسلامية من مباحث جليلة.

(١) لَمَّا كانت مصارف الزكاة المذكورة في الآية محصورة بالنص في الأصناف الثمانية لا تتعدَّاهم إلى غيرهم ولا يجوز لأحد كائنا من كان أن يجتهد في تحديدهم، فقد جاءت هذه الآية مصدرة بأقوى أدوات الحصر «إنما» وذلك لإثبات الحكم للمذكورين ونفيه عما عداهم، وأنَّ الزكاة إنما تصرف إليهم خاصة ولا تصرف إلى غيرهم. التحرير والتنوير، لمحمد الطاهر ابن عاشور: ١٠/ ٢٣٤.

أوَّلًا: مشكلة البحث:

كثر السُّؤال عن حكم شراء الأدوات الطبيَّة وبناء المستشفيات بأموال الزَّكاة، وحكم الإنفاق على وسائل الدعوة لنصرة الإسلام، وهل يُعدُّ ذلك في معنى الجهاد، كما كثر السؤال أيضاً عن حكم تمويل المساجد ومعاهد التعليم وبناء الجسور والطرقات من مال الزكاة، فخاض في نازلة الحال من لا خطام له ولا زمام مدَّعين أنَّ هذه القضيَّة ليست من مصدقات مصرف (في سبيل الله)، ومن ثمَّ يَرد عليها المنع بتعلة أنَّ هذا السَّهم مختصٌّ بالغزاة، والحال أنَّ قسطاً من أموال الزَّكاة ينفق في النوائب والمصالح العامَّة للأمَّة، لذا عقدت العزم على الخوض في المسألة تحليلاً وتأصيلاً.

ولعلَّ الإشكال المطروح هنا: ما هي الأسس الفقهية التي يعتمد عليها في تضييق مصرف (في سبيل الله) أو توسعته؟ هل تحديد القرآن الكريم لمصارف الزكاة يقتضي حصرها فيها أم يجوز صرفها في جميع وجوه البر؟ ألا يؤدِّي ذلك إلى مخالفة مقصد الشارع من التحديد؟ ما هو مقصود القرآن بمصرف (في سبيل الله)؟

ثانيًا: أهميَّة البحث:

تتمثَّل أهميَّة البحث في عدَّة نقاط، منها:

١- أنَّ القطع بأنَّ مصرف (في سبيل الله) مختصٌّ بالغزاة لا يسمح باستيعاب مستجدات العصر.

٢- أنَّ مظنة معرفة الصواب في المراد بمصرف (في سبيل الله) قمين بتحقيق العبودية الحقة لله تعالى.

ثالثًا: أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى:

١- بيان الأحكام الفقهية لمصرف (في سبيل الله)، وكيفية تناول الفقهاء والمفسرين له.

٢- بيان الحكم المقصودة من مصرف (في سبيل الله)، ودراسة إمكانية التوسع في حدود الصرف من هذا المصرف.

٣- بيان الأسس الفقهية التي يعتمد عليها في تضييق مصرف (في سبيل الله) أو توسعته، والوقوف على جملة الاعتبارات الضابطة لكلِّ ذلك.

رابعًا: أسباب اختيار الموضوع:

ما دعاني لاختيار هذا البحث أمور، منها:

١- تجذُّر الخلاف فيها بين النظَّار قديماً، واستمرار جريانه بين الفقهاء والباحثين حديثاً، فالموضوع حريٌّ بزيادة بسط الكلام فيه، إذ لا يزال غضًّا طريًّا.

٢- غزارة المادَّة العلميَّة وتشعُّب أفنانها في كتب الفروع والنوازل والتفسير وشروح الحديث وقرارات الهيئات الإفتائية، وهو ما يشعر بأهميَّة الموضوع، ويصرف الهمَّة إلى الغوص في لجَّته، لاستخراج دررها الكامنة.

٣- الإسهام في الكشف عن الحكمة من مشروعيَّة هذا المصرف، استناداً إلى ما تقرر في علم مقاصد الشَّريعة الإسلامية من مباحث جليلة.

خامسًا: الدراسات السابقة:

بعد التتبع والاستقراء لموضوع الدراسة، والاطلاع على الدوريات وقسم الرسائل العلميَّة؛ فقد وقفت على أنَّ هذه المسألة طُرحت قديماً واستمرَّ الخلاف فيها بين العلماء حديثاً، ومن هذه البحوث:

١- «**تمويل المساجد ومعاهد التعليم من مال الزكاة: دراسة فقهية مقارنة**»، لعبد الحميد بنعلي، وهو بحث منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث، نابلس، فلسطين، تناول فيه صاحبه بالبيان حكم بناء المساجد والمعاهد وتمويلها من مال الزكاة، مع بيان البدائل الشرعية الكفيلة بمثل هذه المصالح العامة.

٢- «**أقوال العلماء في المصرف السابع للزكاة (وفي سبيل الله)**»، إعداد مركز البحوث والدراسات التابع لمبرة الآل والأصحاب، جمع فيه المركز أقوال ثلة كبيرة من العلماء بين مضيق وموسع، وفتاوى الهيئات الشرعية والمجامع العلمية والفقهية.

٣- «**مصرف في سبيل الله: مجالات صرفه وآثاره الاقتصادية والاجتماعية**»، لكوثر كامل أحمد، وهو بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، تناولت فيه الباحثة بالبيان مصرف في سبيل الله وواقع صرفه من تجربة ديوان الزكاة بالسودان.

وقد استفدت في تأسيس هذا البحث من جميع الدراسات السابقة وغيرها؛ غير أنِّي حاولت جهدي في هذا البحث تأصيل المقصد من مصرف في سبيل الله، وبيان أسسه الشرعيَّة التي تقوم عليها أحكامه، وبيان الحكم المرعيَّة دون الخوض في تفصيلات أخرى لا تخدم أغراض البحث.

سادسًا: الطريقة المتبعة في البحث:

كانت طريقتي في البحث على النحو التالي:

١- استقراء المعاني المتعلقة بالموضوع وانتزاعها من مظانها الأصليَّة انطلاقاً من آية سورة التوبة، وغيرها من الآيات المتعلقة بـ (في سبيل الله).

٢- عرض الآراء في المسائل حسب الاتجاهات الفقهية، ونسبة كلِّ رأي إلى قائله.

٣- الاستئناس بأقوال العلماء في كلِّ مسألة مع التركيز على المصادر الأصليَّة.

٤- تحليل المسائل المشمولة بالبحث وتعليلها وتوجيهها وتحقيقها، ونقد آراء العلماء والترجيح بين مختلفها متى ما دعت الحاجة إلى ذلك.

٥- عزو الآيات إلى مواضعها من السورة مع ذكر أرقامها، وتخريج الأحاديث من مصادرها، فإن كان الحديث في الصحيحين، أو في أحدهما؛ اكتفيت بالعزو إليه، وإلَّا خرَّجته من كتب السنن والمسانيد والآثار، مُبينًا أقوال أو أحكام المُحدِّثين في درجته.

٦- ختمت البحث بخاتمة تتضمَّن مُلخصًا للموضوع، وأهمَّ ما يتضمَّن من نتائج.

٧- تذييل البحث بفهرس للمصادر والمراجع المُستفاد منها في كتابة البحث.

سابعًا: خطة البحث:

تقوم خطة البحث على: مقدمة، ومبحثين، وخاتمة.

المقدمة:

وقد ذكرت فيها مشكلة البحث، وأهميته، وأهدافه، والدراسات السابقة...إلخ.

المبحث الأوَّل: مفهوم كلمة «في سبيل الله» في المعاجم اللغوية والاستعمال القرآني:

وفيه مطلبان:

المطلب الأوَّل: مفهوم كلمة «في سبيل الله» في المعاجم اللغوية.

المطلب الثاني: مفهوم كلمة «في سبيل الله» في الاستعمال القرآني.

المبحث الثاني: مصرف «في سبيل الله» في أنظار الفقهاء والمفسرين:

وفيه مطلبان:

المطلب الأوَّل: مصرف «في سبيل الله» عند المضيقين.

المطلب الثاني: مصرف «في سبيل الله» عند الموسعين.

الخاتمة:

وقد ذكرت فيها أهمَّ النتائج التي توصلت إليها.

وختامًا: فإنِّي أحمدُ الله - تعالى- على البدْء والختام، وأسأله أن يجعل بحثي هذا خالصًا لوجهه الكريم، نافعًا لعامة المسلمين، وذخرًا لي يوم الدين، والحمد لله ربِّ العالمين، وصلَّى الله وسلَّم على نبيِّنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

المبحث الأوَّل
مفهوم كلمة «في سبيل الله» في المعاجم اللغوية والاستعمال القرآني

وفيه مطلبان:

المطلب الأوّل: مفهوم كلمة «في سبيل الله» في المعاجم اللغوية:

«السبيل» في اللغة هو الطريق وما وضح منه يذكَّر ويؤنَّث[١]، وكلُّ سبيل أريد به الله عَزَّوَجَلَّ وهو برٌّ داخل في سبيل الله[٢]، وجاء في لسان العرب: أنَّ سبيل الله هو طريق الهدى الذي دعا إليه، واستعمل السبيل في الجهاد أكثر، لأنَّه السبيل الذي يقاتل فيه على عقد الدين[٣].

ويرى ابن الأثير أنَّ: «سبيل الله عام يقع على كلِّ عمل خالص سُلك به طريق التقرب إلى الله تعالى، بأداء الفرائض والنوافل وأنواع التطوعات، وإذا أُطلق فهو في الغالب واقع على الجهاد حتى صار لكثرة الاستعمال كأنه مقصور عليه»[٤].

وجاء في «القاموس المحيط» أنَّهم اتفقوا في «سبيل الله» على أنَّ المراد به هو الجهاد وكلُّ ما أمر الله به من خير[٥].

(١) مختار الصحاح، للرازي: ٢٨٤.
(٢) تاج العروس، للزبيدي: ٧/ ٣٦٦.
(٣) لسان العرب، لابن منظور: ٣/ ١٩٣.
(٤) النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير: ٢/ ٨٤٦.
(٥) القاموس المحيط، للفيروزآبادي: ٣/ ٣٦٢.

وجاء في «الكشاف» للزمخشري في تفسير قول الله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ لَا تُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ ٱلرِّجَالِ وَٱلنِّسَآءِ وَٱلْوِلْدَٰنِ ٱلَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَآ أَخْرِجْنَا مِنْ هَٰذِهِ ٱلْقَرْيَةِ ٱلظَّالِمِ أَهْلُهَا وَٱجْعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا وَٱجْعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ نَصِيرًا ﴿٧٥﴾﴾ [سورة النساء: ٧٥]، قال: «وَالْمُسْتَضْعَفِينَ فيه وجهان: أن يكون مجروراً عطفاً على سبيل الله أي في سبيل الله وفي خلاص المستضعفين، ومنصوباً على اختصاص يعنى واختص من سبيل الله خلاص المستضعفين، لأنَّ سبيل الله عام في كل خير»[(١)].

والحاصل: أنَّ مفهوم كلمة «في سبيل الله» في اللغة تعني:

١- كلُّ عمل خالص أريد به الله عَزَّوَجَلَّ، أو سُلك به طريق التقرب إلى الله تعالى، وكلُّ ما أمر الله به من خير.

٢- أنَّ المراد به إذا أُطلق الجهاد، حتى صار لكثرة الاستعمال كأنه مقصور عليه، لأنَّه السبيل الذي يقاتل فيه على عقد الدين.

المطلب الثاني: مفهوم كلمة «في سبيل الله» في الاستعمال القرآني:

وردت كلمة «سبيل الله» في القرآن الكريم بضعاً وستين مرَّة[(٢)]، إمَّا مجرورة بحرف (في) وهو الأكثر استعمالاً في نحو من ستة وأربعين موضعاً، وإمَّا مجرورة بحرف (عن) في نحو من أربع وعشرين موضعاً، وليس ذلك

(١) الكشَّاف عن حقائق غوامض التنزيل، للزمخشري: ١/ ٥٣٤.
(٢) المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، لمحمد فؤاد عبد الباقي: ٣٤٢.

من أغراض بحثنا، وفيما يلي بعض المواضع التي وردت فيها كلمة «في سبيل الله» ووجوه استعمالها:

أوَّلاً: الجهاد:

قال الله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يُقَٰتِلُونَكُمۡ وَلَا تَعۡتَدُوٓاْۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلۡمُعۡتَدِينَ ١٩٠﴾ [سورة البقرة: ١٩٠]، أي: الجهاد لإعلاء كلمة الله وإعزاز الدين[١]، وقال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَٱلَّذِينَ هَاجَرُواْ وَجَٰهَدُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ أُوْلَٰٓئِكَ يَرۡجُونَ رَحۡمَتَ ٱللَّهِۚ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ٢١٨﴾ [سورة البقرة: ٢١٨]، ومَعْنَى الْمُجَاهَدَةِ أَنْ يَضُمَّ جُهْدَهُ إِلَى جُهْدٍ آخَرَ فِي نُصْرَةِ دِينِ الله، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ المراد من المجاهدة بذل الجهد في قتال العدو[٢]، وقال تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ يُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِۖ وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ يُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱلطَّٰغُوتِ فَقَٰتِلُوٓاْ أَوۡلِيَآءَ ٱلشَّيۡطَٰنِۖ إِنَّ كَيۡدَ ٱلشَّيۡطَٰنِ كَانَ ضَعِيفًا ٧٦﴾ [سورة النساء: ٧٦]، فقد أَمَرَ اللهُ عِبَادَهُ الْمُؤْمِنِينَ بِأَخْذِ الْحَذَرِ مِنْ أَعْدَاءِ الدَّعْوَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ وَأَهْلِهَا بِالِاسْتِعْدَادِ التَّامِّ لِلْحَرْبِ، وَبِالنَّفْرِ وَكَيْفِيَّةِ تَعْبِئَةِ الْجَيْشِ وَسَوْقِهِ، وَذَكَرَ حَالَ الْمُبْطِئِينَ عَنِ الْقِتَالِ، وَكَوْنِهَا لَا تَتَّفِقُ مَعَ مَا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ أَهْلُ الْإِيمَانِ[٣]، وقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ مَا لَكُمۡ إِذَا قِيلَ لَكُمُ ٱنفِرُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱثَّاقَلۡتُمۡ إِلَى ٱلۡأَرۡضِۚ﴾ [سورة التوبة:

(١) الكشَّاف عن حقائق غوامض التنزيل، للزمخشري: ١/ ٢٣٥.
(٢) مفاتيح الغيب، للرازي: ٦/ ٣٩٤.
(٣) تفسير المنار، لمحمد رشيد رضا: ٥/ ٢٠٩.

٣٨]، قال ابن عطيَّة: «هذه الآية هي بلا اختلاف نازلة عتاباً على تخلف من تخلف عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في غزوة تبوك»[١].

ثانياً: الهجرة:

قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَٱلَّذِينَ هَاجَرُواْ وَجَٰهَدُواْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ أُوْلَٰٓئِكَ يَرْجُونَ رَحْمَتَ ٱللَّهِۚ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢١٨﴾﴾ [سورة البقرة: ٢١٨]، ومعنى: هاجَرُوا أَيْ فَارَقُوا أَوْطَانَهُمْ وَعَشَائِرَهُمْ، وَالْمُهَاجَرَةُ مُفَاعَلَةٌ مِنَ الْهِجْرَةِ، وَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ مِنْهُ أَنَّ الْأَحْبَابَ وَالْأَقَارِبَ هَجَرُوهُ بِسَبَبِ هَذَا الدِّينِ، وَهُوَ أَيْضًا هَجَرَهُمْ بِهَذَا السَّبَبِ، فَكَانَ ذَلِكَ مُهَاجَرَةً[٢]، وقال تعالى: ﴿وَدُّواْ لَوْ تَكْفُرُونَ كَمَا كَفَرُواْ فَتَكُونُونَ سَوَآءً فَلَا تَتَّخِذُواْ مِنْهُمْ أَوْلِيَآءَ حَتَّىٰ يُهَاجِرُواْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِۚ﴾ [سورة النساء: ٨٩]، والمعنى: النهي عن موالاة المنافقين حتى يهاجروا، لأنَّ الهجرة في سبيل الله تتضمن الإيمان، وفِي سَبِيلِ الله معناه: في طريق مرضاة الله، لأنَّ سبل الله كثيرة، وهي طاعاته كلها[٣]، وقالَ تعالى: ﴿وَمَن يُهَاجِرْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ يَجِدْ فِى ٱلْأَرْضِ مُرَٰغَمًا كَثِيرًا وَسَعَةًۚ وَمَن يَخْرُجْ مِنۢ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ثُمَّ يُدْرِكْهُ ٱلْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِۗ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿١٠٠﴾﴾ [سورة النساء: ١٠٠]، والمراد: فتهاجروا فيها إلى موضع الأمن، وأَرْضُ اللهِ هي الأرض بالإطلاق[٤].

(١) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لابن عطية: ٣/ ٣٣.
(٢) مفاتيح الغيب، للرازي: ٦/ ٣٩٤.
(٣) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لابن عطية: ٢/ ٨٩.
(٤) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لابن عطية: ٢/ ٩٩.

ثالثاً: الإنفاق:

قال الله تعالى: ﴿وَأَنفِقُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِ وَأَحۡسِنُوٓاْۛ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُحۡسِنِينَ ١٩٥﴾ [سورة البقرة: ١٩٥]، والمعنى: النهي عن ترك الإنفاق في سبيل اللهَّ لأنه سبب الهلاك، أو عن الإسراف في النفقة حتى يفقر نفسه ويضيع عياله[١]، وقال تعالى: ﴿مَّثَلُ ٱلَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمۡوَٰلَهُمۡ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنۢبَتَتۡ سَبۡعَ سَنَابِلَ فِي كُلِّ سُنۢبُلَةٖ مِّاْئَةُ حَبَّةٖۗ وَٱللَّهُ يُضَٰعِفُ لِمَن يَشَآءُۚ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ ٢٦١﴾، وقال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكۡنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلۡفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ فَبَشِّرۡهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٖ ٣٤﴾ [سورة التوبة: ٣٤]، أي: لا يؤدون زكاتها[٢]، وقال أبو ذر الغفاري رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ وجماعة معه: ما فضل من مال الرجل عن حاجة نفسه فهو كنز، وهذا القول يقتضي أنَّ الذمَّ في حبس المال لا في منع زكاته فقط[٣].

(١) الكشَّاف عن حقائق غوامض التنزيل، للزمخشري: ١/ ٢٣٧.
(٢) الكشَّاف عن حقائق غوامض التنزيل، للزمخشري: ٢/ ٢٦٦.
(٣) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لابن عطية: ٣/ ٢٧.

المبحث الثاني
مصرف «في سبيل الله» في أنظار الفقهاء والمفسرين

وفيه مطلبان:

اختلفت أنظار الفقهاء والمفسرين في تفسيرهم لقول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا وَٱلۡمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمۡ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلۡغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۖ فَرِيضَةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ ٦٠﴾ [سورة التوبة: ٦٠]، تفسيراً كشف عن ثراء معاني الآية، وقد أنعمت النَّظر في هذه المدونات المذكورة آنفاً فتبيَّن لي اختلاف النظار في معناها بين موسع لمفهومها لتشمل كلَّ عمل خالص سلك به طريق التقرب إلى الله، وبين مضيق لمعناها، فجعلها قاصرة على معنى الجهاد.

المطلب الأوَّل: مصرف «في سبيل الله» عند المضيقين:

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنَّ المراد بمصرف في سبيل الله الغزاة خاصَّة، وهو مذهب سفيان الثوري وأبي ثور وابن المنذر[١]، والجمهور من الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشّافعيَّة[٤]، والظاهريَّة[٥]، وابن قدامة من الحنابلة[٦].

(١) الإشراف على مذاهب العلماء، لابن المنذر النيسابوري: ٣/ ٩٥.
(٢) المبسوط، للسرخسي: ٣/ ١٠.
(٣) البيان والتحصيل، لابن رشد الجد: ١٨/ ٥١٧.
(٤) روضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي: ٢/ ٣٢١. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لابن حجر الهيتمي: ٧/ ١٥٩ وما بعدها.
(٥) المحلى بالآثار، لابن حزم: ٤/ ٢٧٥.
(٦) يقول ابن قدامة: «لا خلاف في أنَّهم الغزاة في سبيل الله». المغني: ٩/ ٣٢٦.

واحتجُّوا لذلك بأدلَّة من النقل منها:

أوَّلاً: من الكتاب، قوله الله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴿٢٤٤﴾﴾[البَقَرَة: ٢٤٤]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلَّذِينَ يُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِهِۦ صَفًّا كَأَنَّهُم بُنْيَٰنٌ مَّرْصُوصٌ ﴿٤﴾﴾ [سورة الصف: ٤]، وقوله تعالى: ﴿وَتُجَٰهِدُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ﴾ [سورة الصف: ١١]، ووجه الاستدلال على المطلوب أنَّ المراد بسبيل الله في هذه الآيات الغزو، وذكُر ذلك في غير موضع[١].

ثانياً: من السنَّة النبويَّة، عن أَبي سَعِيدٍ الْخُدْرِيَّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قِيلَ يَا رَسُولَ الله أَيُّ النَّاسِ أَفْضَل؟ فَقَالَ رَسُولَ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**مُؤْمِنٌ يُجَاهِدُ فِي سَبِيلِ اللهِ بِنَفْسِهِ وَمَالِهِ**))[٢].

واعترض على أصحاب هذا القول من وجوه أبرزها:

الوجه الأوَّل: أنَّ اللَّفظ عامٌّ، فلا يجوز قصره على نوع خاصٍّ[٣]، وأجاب المستدلُّ بأنَّ هذا الوجه ممتنع، إذ المتبادر من اللفظ عند الإطلاق هو الجهاد[٤]، وهو ما جرى عليه العرف الغالب في الاستعمال، يقول ابن

(١) المغني، لابن قدامة: ٩/ ٣٢٩.
(٢) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح، كتاب الجهاد والسِّير، باب أفضل الناس مؤمن مجاهد بنفسه وماله في سبيل الله، حديث رقم (٢٧٨٦): ١/ ٧٥٤. ومسلم في المسند الصحيح، كتاب الإمارة، بابُ فضل الجهاد والرِّباط، حديث رقم (٤٨٨٧).
(٣) تفسير المنار، لمحمد رشيد رضا: ١٠/ ٤٣٢.
(٤) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني: ٦/ ٢٩.

دقيق العيد: «في سبيل الله العرف الأكثر فيه استعماله في الجهاد»[١]، ويشهد لذلك قول عُمَر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: «حَمَلْتُ عَلَى فَرَسٍ فِي سَبِيلِ اللهِ»[٢]، يعني الجهاد. والأصل أنَّ كلَّ ما يتبادر إلى الفهم من اللَّفظ أن يكون حقيقة فيه، إمَّا بالوضع الأصلي، أو العرف الاستعمالي[٣].

الوجه الثاني: أنَّ «سبيل الله» وإن حمل على خصوص الجهاد بموجب العرف الغالب[٤]، فإنَّ ذلك لا ينهض دليلًا على تخصيص ما جرى عليه الاستعمال القرآني من العموم، فقد ورد فيه اللَّفظ شاملاً لكل برٍّ وخير[٥].

واشترط أصحاب هذا الرَّأي عدا المالكيَّة التطوّعَ في الغزاة لإنفاذ هذا المصرف، أي من لا تنفق عليهم الدَّولة كالجند، يقول الزَّيلعي: «وقال مالك والشَّافعي يجوز دفعها إلى غني الغزاة إذا لم يكن له شيء في الدِّيوان ولم يكن يأخذ من الفيء»[٦]، وقال النَّووي: «ومذهبنا أنَّ سهم سبيل الله المذكور في الآية الكريمة يصرف إلى الغزاة الذين لا حقَّ لهم في الديوان بل يغزون متطوعين، وبه قال أبو حنيفة ومالك رَحِمَهُمَاٱللَّهُتَعَالَى»[٧]، وأكَّد ابن قدامة

(١) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام: ٥/ ١٦٦.
(٢) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح، كتاب الزكاة، باب هل يشتري الرجل صدقته، حديث رقم (٥٩): ١/ ٤٨٦.
(٣) الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي: ١/ ١٥.
(٤) النِّهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير: ٢٢/ ٣٣٩.
(٥) تفسير القرآن الكريم، لمحمود شلتوت: ٥٠٠.
(٦) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق بحاشية الشلبي: ١/ ٢٩٨.
(٧) المجموع شرح المهذب: ٦/ ٢١٢.

جري الحنابلة على مهيع هذا النَّظر بقوله: «إنَّما يستحقُّ هذا السَّهم الغزاةُ الذِّين لا حقَّ لهم في الدِّيوان، وإنَّما يتطوَّعون بالغزو إذا نشِطوا»[(١)].

وهو شرط صحيح، لأنَّ مصاريف الجند، وتجهيزهم بأحدث أنواع الأسلحة، وتدريبهم راجع للدَّولة، وهي نفقات هائلة تنوء بها حصيلة الزكاة التّي لو حُمِّلت مثل هذه النفقات لكانت جديرة أن تبتلع حصيلتها كلَّها ولا تكفي.

وزاد الحنفيَّة شرط الفقر في الغازي المتطوِّع[(٢)] خلافاً للجمهور[(٣)]، يقول ابن عابدين: «الأصناف كلُّهم سوى العامل يعطون بشرط الفقر»[(٤)].

واعترض على القول بزيادة وصف الفقر من وجهين:

الأوَّل: لقول رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيٍّ إِلَّا لِخَمْسَةٍ: لِعَامِلٍ عَلَيْهَا، أَوْ رَجُلٍ اشْتَرَاهَا بِمَالِهِ، أَوْ غَارِمٍ، أَوْ غَازٍ فِي سَبِيلِ اللهِ، أَوْ مِسْكِينٍ تُصُدِّقَ عَلَيْهِ مِنْهَا، فَأَهْدَى مِنْهَا لِغَنِيٍّ**))[(٥)]، فظاهر الحديث يفيد أنَّ للغازي سهماً من مال الزكاة بصرف النظر عن حاله من الفقر والغنى، إذ لم يرد فيه ما يقضي بتقييده[(٦)].

(١) المغني: ٩/ ٣٢٧.
(٢) أحكام القرآن، للجصاص: ٣/ ١٤٦ وما بعدها.
(٣) المغني: ٩/ ٣٢٦.
(٤) ردُّ المحتار على الدرِّ المختار: ٢/ ٣٤٣.
(٥) مسند الإمام أحمد بن حنبل: ١٨/ ٩٧. حديث صحيح رجاله ثقات رجال الشيخين لكن اختلف في وصله وإرساله، وصحح الموصول ابنُ خزيمة والحاكم والبيهقي وابن عبد البر والذهبي، وعلى فرض إرساله يتقوى بعمل الأئمة ويعتضد. ورجح المرسل الدارقطني وابن أبي حاتم، وصححه الحاكم موصولاً، ووافقه الذهبي.
(٦) معالم السنن، للخطابي: ٢/ ٦٣.

والثاني: للمصلحة العامَّة، إذ الفقير يأخذ الزَّكاة لخويصة نفسه، وأمَّا الغازي فيُعطى له مع الفقر والغنى، لأنَّ فيه مصلحة للمسلمين(١).

ووقع خلاف في المذهب المالكي، فقال محمَّد بن عبد الحكم، ومحمَّد بن عبد السَّلام بجواز صرف الصَّدقات على بناء الحصون والقلاع والرِّباطات وأسوار المدن التي تحصِّن من الأعداء، وحفر الخنادق، والمنجنيقات للحصون، وتنشأ منها المراكب للغزو، وكراء النواتيَّة، ولو حصر العدوُّ قومًا من المسلمين لا قوَّة لهم بدفعهم، فصالحوهم على مال، فلا بأس أن يُعطوا من ذلك(٢)، لأنَّ ذلك يدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾(٣)، ومنفعته(٤)، وإليه ذهب اللَّخمي في التبصرة(٥)، وخليل في التَّوضيح(٦)، وابن عاشور(٧)، وهو الذَّي يُشمُّ من عبارة ابن العربي لكونه عبَّر بالغزو دون الغزاة فقال: «لا أعلم خلافاً في أنَّ المراد بسبيل الله هاهنا الغزو من جملة سبيل الله»(٨)، فيفهم من كلامه أنَّ هذا السَّهم يُصرف في المصلحة العامَّة المتعلِّقة بالجهاد لا لأشخاص الغزاة.

(١) المجموع شرح المهذب: ٦/ ٢١٣.
(٢) حاشية الدُّسوقي على الشرح الكبير لمختصر خليل: ١/ ٤٩٧.
(٣) أحكام القرآن، لابن فرس: ٣/ ١٧٨.
(٤) البحر المحيط في التفسير، لأبي حيَّان الأندلسي: ٥/ ٤٤٥.
(٥) التبصرة: ٣/ ٩٨٢.
(٦) التوضيح: ٢/ ٣٥٢.
(٧) التحرير والتنوير: ١٠/ ٢٣٧.
(٨) أحكام القرآن: ٢/ ٥٣٣.

وخالفهم في ذلك خليل في مختصره[١]، وابن عطيَّة في تفسيره[٢]، وأفصح الدُّسوقي في حاشيته عن ترجيح الأوَّل[٣]، فهو يجري في ذلك على رأي المحققين الذِّين يرون شمول سبيل الله لوسائل الجهاد وآلاته.

وأطبقت كلمة فقهاء المالكيَّة على جواز إعطاء الجاسوس الذِّي يُرسَل للاطلاع على عورات العدوِّ، ويعلمنا بها ولو كان كافراً[٤]، ومن ثمَّ فقد خالفوا في هذا النَّظر (آلات الحرب والجواسيس) رأي الجمهور.

المطلب الثاني: مصرف «في سبيل الله» عند الموسعين:

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنَّ المراد بمصرف في سبيل الله لا يمكن حصره في الغزاة خاصَّة، بل يشمل كلَّ عمل خالص أريد به الله عَزَّوَجَلَّ، أو سلك به طريق التقرب إلى الله تعالى، وكلُّ ما أمر الله به من خير، ثمَّ اختلفوا بعد ذلك في الأصناف الداخلة في هذا المصرف على أقوال.

القول الأوَّل:

وحاصله أنَّ مصرف «في سبيل الله» يشمل الغزاة ومن أراد الحجَّ والعمرة، وهو قول ابن عمر وابن عبَّاس والحسن البصري وإسحاق بن راهويه[٥]،

(١) الشرّح الكبير على مختصر خليل بحاشية الدُّسوقي: ١/ ٤٩٧.
(٢) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لابن عطية: ٣/ ٥٠.
(٣) حاشية الدُّسوقي على الشرح الكبير لمختصر خليل: ١/ ٤٩٧. التاج والإكليل لمختصر خليل، للمواق: ٣/ ٢٣٣.
(٤) الشرح الكبير على مختصر خليل، للدردير: ١/ ٤٩٧.
(٥) الإشراف على مذاهب العلماء، لابن المنذر: ٣/ ٩٥.

ومحمَّد بن الحسن الشيباني من الحنفيَّة[١]، والقرطبي[٢]، وابن عطيَّة من المالكيَّة[٣]، والشَّوكاني[٤]، وهو المذهب عند الحنابلة[٥]، وإليه ذهب الزَّمخشريُّ قاصراً إيَّاه على الحجيج المنقطعين بين الفقر والعبادة[٦].

واحتجَّ ذووه بدليلين:

الأوَّل: من السنَّة؛ فعَنْ يُوسُفَ بْنِ عَبْدِ الله بْنِ سَلَامٍ، عَنْ جَدَّتِهِ أُمِّ مَعْقِلٍ، قَالَتْ: «لَمَّا حَجَّ رَسُولُ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَجَّةَ الْوَدَاعِ وَكَانَ لَنَا جَمَلٌ، فَجَعَلَهُ أَبُو مَعْقِلٍ فِي سَبِيلِ اللهِ، وَأَصَابَنَا مَرَضٌ وَهَلَكَ أَبُو مَعْقِلٍ وَخَرَجَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَلَمَّا فَرَغَ مِنْ حَجِّهِ جِئْتُهُ، فَقَالَ: ((**يَا أُمَّ مَعْقِلٍ مَا مَنَعَكِ أَنْ تَخْرُجِي مَعَنَا؟**))، قَالَتْ: لَقَدْ تَهَيَّأْنَا فَهَلَكَ أَبُو مَعْقِلٍ وَكَانَ لَنَا جَمَلٌ هُوَ الَّذِي نَحُجُّ عَلَيْهِ فَأَوْصَى بِهِ أَبُو مَعْقِلٍ فِي سَبِيلِ الله، قَالَ: ((**فَهَلَّا خَرَجْتِ عَلَيْهِ، فَإِنَّ الْحَجَّ فِي سَبِيلِ الله**))»[٧]، وَيُذْكَرُ عَنْ أَبِي لَاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «حَمَلَنَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى إِبِلِ الصَّدَقَةِ لِلْحَجِّ»[٨].

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق بحاشية الشلبي، للزيلعي: ١/ ٢٩٨.
(٢) الجامع لأحكام القرآن: ٨/ ١٨٥.
(٣) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لابن عطية: ٣/ ٥٠.
(٤) نيل الأوطار: ٨/ ١٦٩.
(٥) الفروع، لابن مفلح: ٤/ ٣٤٥. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي: ٧/ ٢٤٧.
(٦) الكشَّاف عن حقائق غوامض التنزيل: ٢/ ٢٨٣.
(٧) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب المناسك، باب العمرة، حديث رقم (١٩٨٩): ٢/ ٢٠٤. قال الألباني: صحيح.
(٨) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح، كتاب الزكاة، باب قول الله تعالى: ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ ﴿وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾: ١/ ٤٨١.

والثاني: من أقوال الصَّحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ؛ «إذ يُذْكَرُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: يعْتِقُ مِنْ زَكَاةِ مَالِهِ وَيعْطِي فِي الحج»[1]، وقال ابن عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «أَمَا إِنَّ الْحَجَّ مِنْ سَبِيلِ الله»[2].

معقد الاستدلال بهذا الآثار على المطلوب جملة ظاهر كلام النَّبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وفعله، ورأي ابن عبَّاس وابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا في جعل الحجِّ من سبيل الله.

واعتُرض على إضافة الحجيج من وجهين:

الأوَّل: أنَّ المتبادر من اللفظ عند الإطلاق هو الجهاد[3]، وهو ما جرى عليه العرف الغالب في الاستعمال، والأصل أنَّ كلَّ ما يتبادر إلى الفهم من اللَّفظ أن يكون حقيقة فيه، إمَّا بالوضع الأصلي، أو العرف الاستعمالي[4].

والثاني: أنَّ المقصود من هذا المصرف مصالح المسلمين العامَّة لا الخاصَّة، ومن ثمَّ فالحجُّ ليس منها لكونه متعلِّقاً بالأفراد، ولأنَّه واجب على المستطيع

(١) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح، كتاب الزكاة، باب قول الله تعالى: ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ ﴿وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾: ١/ ٤٨٠.
(٢) المصنَّف في الأحاديث والآثار، لابن أبي شيبة: ٦/ ٢١٩. السنن الكبير، للبيهقي: ١/ ٤٥. يقول ابن حجر: «أخرجه أبو عبيد بإسناد صحيح عنه». فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ٣/ ٣٢٢.
(٣) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني: ٦/ ٢٩.
(٤) الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي: / ١٥.

دون غيره، وهو من الفرائض العينيَّة بشرطه كالصّلاة والصيام، لا من المصالح الدينيَّة الدوليَّة[١].

ولكن شعيرة الحج، وإقامة الأمَّة لها من المصالح الدِّينيَّة الدَّوليَّة، فيجوز الصَّرف من هذا السهم على تأمين طرق الحجِّ، وتوفير الماء والغذاء، وأسباب الصحَّة للحجَّاج إن لم يوجد لذلك مصرف آخر.

القول الثاني:

أنَّ مصرف في سبيل الله يشمل جميع القُرب والطاعات نحو تكفين الموتى، وبناء الجسور، وتعبيد الطُّرق، وهو قول أنس بن مالك والحسن البصري[٢]، وبه قال الكاساني من الحنفيَّة وقيدها بالحاجة[٣]، والقفَّال الشَّاشي من الشَّافعيَّة، وهو الذِّي ارتضاه فخر الدِّين الرّازي[٤]، وشهاب الدِّين الآلوسي[٥]، ومحمَّد صدِّيق حسن خان[٦]، وجمال الدِّين القاسمي[٧]، وحسنين مخلوف[٨].

واستند القائلون بهذا الرَّأي إلى دليلين:

(١) تفسير المنار، لمحمد رشيد رضا: ١٠/ ٤٣٥.
(٢) المغني، لابن قدامة: ٤/ ١٢٥.
(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢/ ٤٥-٤٦.
(٤) مفاتيح الغيب: ١٦/ ٨٧.
(٥) روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسَّبع المثاني: ١٠/ ٣٨٧.
(٦) الروضة النديَّة شرح الدُّرر البهيَّة: ١/ ٥٠٠. فتح البيان في مقاصد القرآن: ٥/ ٣٣١.
(٧) محاسن التأويل: ٥/ ٤٣٨.
(٨) فتاوى شرعيَّة وبحوث إسلاميَّة: ١/ ٢٥٥.

الأوَّل: عموم اللَّفظ في الآية محلِّ النَّظر[١]، يقول الفخر الرَّازي: «اعلم أنَّ ظاهر اللفظ في قوله: ﴿وفي سبيل الله﴾ لا يُوجب القصر على كلِّ الغزاة... لأنَّ قوله: ﴿وفي سبيل الله﴾ عامٌّ في الكُلِّ»[٢].

والثاني: أنَّ المعنى اللُّغوي للفظ «في سبيل الله»، هو المراد في آية الصدقات، وهو فاش في كلِّ القرب.

ونوقش هذا الرَّأي من أوجه:

الأوَّل: أنَّ التعميم الوارد في هذا القول لم يقل به أحد من السَّلف ولا من الخلف، ولا يمكن أن يكون مراداً هنا، لأنَّ المقصود من هذا المصرف مصالح المسلمين العامَّة لا الخاصَّة، ومن ثمَّ فالقرب والطاعات نحو الحجِّ وتكفين الموتى ليست منها لكونها متعلِّقة بالأفراد، لا من المصالح الدينيَّة الدوليَّة[٣].

والثاني: يقتضي القول بالعموم اتساعه لجهات كثيرة، ومن ثمَّ لا تحصر أصناف الزكاة فضلاً عن أشخاصها، وهذا ينافي حصر المصارف في ثمانية كما هو ظاهر الآية، وهو موجب للاضطراب المنافي للحكمة من تعدُّد مصارف الزكاة.

والثالث: أنَّ الاستدلال بالمعنى اللُّغوي يقتضي اشتماله على بقيَّة الأصناف الأخرى، وبناء عليه فقد وقع التَّكرار، وكلام الله البليغ المعجز يجب أن ينُزَّه

(١) فتح البيان في مقاصد القرآن، لمحمد صديق حسن خان: ٥/ ٣٣١.
(٢) مفاتيح الغيب: ١٦/ ٨٧.
(٣) تفسير المنار، لمحمد رشيد رضا: ١٠/ ٤٣٥.

عن ذلك بغير فائدة، فلا بدَّ أن يراد به معنى خاص يميزه عن بقية المصارف، والقاعدة الأصوليَّة تقرِّر أنَّ حمل اللَّفظ على التَّأسيس أولى من التَّأكيد[١]، لما فيه من إفادة معنى جديد، وهو المقصود من تعدُّد ألفاظ المصارف.

القول الثالث:

أنَّ المراد بمصرف في سبيل الله مصالح المسلمين العامَّة، وهي ما كان قوام أمر الدِّين والدَّولة دون الأفراد؛ فتشمل بناء مصانع السِّلاح والحديد والمستشفيات ودور التعليم وكلَّ ما يعود نفعه على الجماعة والأمَّة بما يجعلها مُهابة في العالم، وهو قول عبد الله بن عمر، وعطاء بن أبي رباح رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[٢]، وإليه ذهب القاضي البيضاوي[٣]، ومصطفى المراغي[٤]، ومحمَّد رشيد رضا[٥]، ومحمود شلتوت[٦].

والفرق بين هذا الرَّأي والذِّي قبله هو اشتراط المصلحة العامَّة في القربة، فوقع الاحتراز عن صرف الصدقات على الحجيج والمعتمرين وتكفين الموتى لكونها مصلحة خاصَّة.

(١) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، للبخاري: ٣/ ١٤٧. البحر المحيط في أصول الفقه، للزركشي: ٢/ ١١٧.
(٢) تفسير المنار، لمحمد رشيد رضا: ١٠/ ٥٨٥-٥٨٧.
(٣) أنوار التنزيل وأسرار التأويل: ١/ ٨٦.
(٤) تسير المراغي: ١٠/ ١٤٥.
(٥) تفسير المنار: ١٠/ ٤٣٧.
(٦) الفتاوى: ١١٩.

واستندوا في إثبات دعواهم إلى جملة من الأدلَّة:

الأوَّل: وضوح إرادة العموم في كلمة «في سبيل الله»[١].

والثاني: دلالة «في سبيل الله» في نصوص القرآن الكريم، فهي توجِّه المسلمين إلى العمل على نصرة دين الله، ورفعة شريعته في مواجهة الجهود التي يبذلها أعداء الإسلام، يقول محمود شلتوت: «هي بمعنى ما رسم الله لعباده من الإيمان بالحق والدَّعوة إليه، وعمل الخير والحثِّ عليه، فإعلاء كلمة الله ونشر دعوة الإسلام: من سبيل الله، ودفع الأعداء إذا هدَّدوا أمَّتنا أو أغاروا على أرضنا أو نهبوا أموالنا أو صادرونا في تجارتنا، أو صدُّونا عن استعمال حقوقنا مع النَّاس: من سبيل الله، وإقامة العدل في الأحكام، وردُّ الأمانات إلى أهلها، والطاعة في حدود ما أمر الله: من سبيل الله»[٢].

والثالث: دلالة السِّياق من حيث سوابق الكلام، فقد ورد قول الله تعالى: ﴿وفي سبيل الله﴾ معطوفاً على قوله تعالى: ﴿وفي الرِّقاب﴾، لا على ما قبله، لأنَّه صرف في مصلحة عامَّة لا لأشخاص مسَّتهم الحاجة[٣]، ومن ثمَّ من قَصر قول الله تعالى محلَّ النَّظر على فئة معيَّنة فقد ضيَّق واسعاً وألحق الحرج بالمسلمين، ومن وسَّع فيه بما يشمل المصالح الخاصَّة فإنَّه لم يدرك دلالة السِّياق في آية مصارف الزَّكاة.

(١) تفسير القرآن الكريم: الأجزاء العشرة الأولى، لمحمود شلتوت: ٥٠٠.
(٢) تفسير القرآن الكريم: الأجزاء العشرة الأولى، لمحمود شلتوت: ٤٩٩.
(٣) تفسير المنار، لمحمد رشيد رضا: ١٠/ ٤٣٠.

والرّابع: ما رواه سَهْل بْنِ أبي حَثْمَةَ الأَنْصَارِيِّ لَمَّا ساق حديث القَسَامَة، فقد أَخْبَرَ أَنَّ نفرًا مِنْهُمُ انْطَلَقُوا إِلَى خَيْبَرَ، فَتَفَرَّقُوا فِيهَا، فَوَجَدُوا أَحَدَهُمْ قَتِيلا، وَقَالَ فِيهِ: فَكَرِهَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يبْطِلَ دَمَهُ، فَوَدَاهُ مِائَةً مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَةِ(١).

واستدلَّ القاضي عياض بهذا المدرك على جواز صرف الزكاة في المصالح العامَّة نحو قطع النِّزاع وإصلاح ذات البين وتطييب نفوس أولياء القتيل حاكيا إيَّاه عن بعض العلماء(٢)، ووافقه ابن حجر في ذلك بل وقوَّى هذا النَّظر بحديث أبي لاس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الذِّي أخبر فيه حمل النَّبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إيَّاهم على إبل من إبل الصَّدقة في الحج(٣)، فقد اعتبر صاحب فتح الباري حديث صدقة الإبل نظيراً لحديث القسامة للمعنى الجامع بينهما وهو تحقيق مصالح المسلمين.

واعترض عليهم بأنَّ مقتضى هذا القول يُدخل كلَّ عمل يعود على الأمَّة بالمصلحة، في حين أنَّ الحكومات في الأقطار الإسلاميَّة خصَّصت لذلك اعتمادات في ميزانيتها، فلا ينبغي أن يُفتح هذا الباب على مصراعيه ولكن تراعى الأحوال الاستثنائية والظروف الخاصَّة(٤).

(١) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح، كتاب الديات، باب القسامة، حديث رقم (٦٨٩٨): ٢/ ٦٤٨.
(٢) إكمال المعلم بفوائد مسلم: ٥/ ٤٥٧.
(٣) فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ١٢/ ٢٣٥.
(٤) دليل الزكاة، للتهامي نقرة: ٤٨.

القول الرابع:

أنَّ المراد بمصرف «في سبيل الله» الجهاد بمعناه العامِّ الذِّي يحقِّق نصرة دين الله وطريقه وشريعته، وهو قول أبي جعفر الطَّبري[١]، وهذا يشمل الجهاد بأساليب متنوِّعة، وهي كالآتي:

أ- بالسِّنان واللِّسان:

أي بالفعل والعلم، فلا يقتصر فيه على الغزو نحو تجهيز الجند وشراء السِّلاح، بل يشمل الإنفاق على العلماء، والمدرِّسين، والمفتين وإن كانوا أغنياء، وطلبة العلم، وبهذا قال الأمير الصَّنعاني[٢]، وجماعة من المالكيَّة كاللَّخمي، وابن رشد الحفيد[٣]، وابن القيِّم من الحنابلة[٤].

ونصَّ الحنفيَّة في أحد أقوالهم على طلبة العلم، يقول ابن نجيم: «هو طلبة العلم واقتصر عليه في الفتاوى الظهيرية، والمرغيناني»[٥]، واستبعده السرُوجِي الحنفيُّ لكون الآية نزلت وليس هناك قوم يقال لهم طلبة علم، لكنَّ صاحب الشرنبلالية اعترض عليه بقوله: «واستبعاده بعيد؛ لأنَّ طلب العلم ليس إلا استفادة الأحكام وهل يبلغ طالبٌ رتبة من لازم صحبة النَّبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لتلقي الأحكام عنه كأصحاب الصُّفَّة، فالتفسير بطالب العلم

(١) جامع البيان عن تأويل آي القرآن: ١١/ ٥٢٧.
(٢) سُبل السَّلام الموَصِّلة إلى بلوغ المرام: ٢/ ٣٧١.
(٣) المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخِّرين من علماء المغرب، للمهدي الوزاني: ٢/ ١٣٢.
(٤) مفتاح دار السَّعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة: ١/ ١٩١.
(٥) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٢/ ٢٦٠.

وجيه خصوصاً وقد قال في البدائع: ﴿في سبيل الله﴾ جميع القرب فيدخل فيه كل من سعى في طاعة الله وسبيل الخيرات إذا كان محتاجاً»[1].

واستدلُّوا بجملة من الأدلَّة نجملها في الآتي:

أوَّلاً: من القرآن الكريم:

يقول الله تعالى: ﴿فَلَا تُطِعِ ٱلْكَٰفِرِينَ وَجَٰهِدْهُم بِهِۦ جِهَادًا كَبِيرًا﴾ [سورة الفرقان: ٥٢]، ويقول أيضاً: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ جَٰهِدِ ٱلْكُفَّارَ وَٱلْمُنَٰفِقِينَ وَٱغْلُظْ عَلَيْهِمْ ۚ﴾ [سورة التوبة: ٧٣].

ووجه الاحتجاج على المطلوب هو نوع الجهاد الذِّي أُمر به النَّبي ﷺ في الآيتين؛ فالأولى: هو جهاده الكافرين بالقرآن، وهو رأي ابن عبَّاس رضي الله عنهما أي بالحجَّة والبيان[2]، يقول ابن القيِّم: «وهو أكبر الجهادين»[3]، فإن قيل: بالسَّيف ففيه بعد، لأنَّ سورة الفرقان مكيَّة نزلت قبل الأمر بالقتال[4]، والآية الثانية: هو جهاد المنافقين إنما هو بتبليغ الحجة، وإلا فهُم تحت قهر أهل الإسلام[5].

ويرى ابن القيِّم أنَّ جهاد المنافقين أصعب من جهاد الكفَّار، فهو جهاد خواصِّ الأمَّة وورثة الرُّسل، والقائمون به أفراد في العالم، والمشاركون

(١) ردُّ المحتار على الدر المختار، لابن عابدين: ٢/ ٣٤٣.
(٢) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي: ١٣/ ٥٨.
(٣) مفتاح دار السَّعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة: ١/ ١٩١.
(٤) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي: ١٣/ ٥٨.
(٥) زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم الجوزية: ٣/ ٥.

فيه والمعاونون عليه وإن كانوا هم الأقلِّين عدداً فهم الأعظمون عند الله قدراً[1]، ولا إخال أحداً يعارض هذا الرَّأي، إذ الخصوم في النَّوع الأوَّل من الجهاد واضحون، وفي الثَّاني يبطنون خلاف ما يظهرون، لذا كان الاستعداد والإعداد للأخير أدقُّ وأشدُّ.

ثانياً: من السنَّة النبويَّة:

١- عن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسولُ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**مَنْ خَرَجَ فِي طَلَبِ العِلْمِ فَهُوَ فِي سَبِيلِ اللهِ حَتَّى يَرجِعَ**))[2]. ووجه الاستدلال بهذا المدرك على المطلوب، ظاهر عبارة «في سبيل الله» المتعلِّقة بطالب العلم فهي تؤكِّد صحَّة الدَّعوى المحتجّ لها. يقول ابن العربي تعليقاً على هذا الحديث: «سُبل الله كثيرة، منها وأفضلها طلب العلم»[3].

٢- عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسولُ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**مَنْ سَلَكَ طَرِيقًا يلتَمِسُ فِيهِ عِلْمًا سَهَّلَ اللهُ لَهُ طَرِيقًا إِلَى الجنة**))[4]. ووجه الاستدلال بهذا الحديث النبويِّ أنَّ النبيّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يحضُّ على الرِّحلة في طلب العلم والاجتهاد في تحصيله، لأنَّ فاعله إن كان قاصداً به وجه

(١) زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم الجوزية: ٣/ ٥.
(٢) أخرجه الترمذي في الجامع المختصر من السنن، أبواب العلم عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب فضل طلب العلم، حديث رقم٢٦٤٧: ٤/ ٣٨٦. وقال: حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ وَرَوَاهُ بَعْضُهُمْ فَلَمْ يَرْفَعْهُ، وقال الألباني: ضعيف.
(٣) عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي: ١٠/ ٨٣.
(٤) أخرجه مسلم في المسند الصحيح المختصر، كتاب الذِّكر والدُّعاء والتّوبة والاستغفار، بابُ فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذِّكر، حديث رقم٦٩٩: ١١١٢.

الله تعالى جازاه عَزَّوَجَلَّ عليه بأن يوصله إلى الجنَّة مكرَّمًا[١]، فلزم من هذا المعنى أنَّ السير في طريق العلم سيرٌ في سبيل الله تعالى، يقول القرطبي: «هذا حديث عظيم يدلُّ على أنَّ طلب العلم أفضل الأعمال، وأنَّه لا يبلغ أحد رتبة العلماء، وأنَّ رتبتهم ثانية عن رتبة الأنبياء»[٢].

٣- عن فَضَالَة بن عُبَيْدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: سَمِعْتُ رَسُولَ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقولُ: ((**الْمُجَاهِدُ مَنْ جَاهَدَ نفسَه**))[٣]، وروي هذا الحديث بألفاظ متقاربة نحو: ((**الْمُجَاهِدُ مَنْ جَاهَدَ نَفْسَهُ فِي سَبِيلِ الله**))[٤]، وفي لفظ آخر: ((**الْمُجَاهِدُ مَنْ جَاهَدَ نفسَهُ فِي طَاعَةِ الله**))[٥].

ذهب عليٌّ القاري تعويلاً على الحديث إلى أنَّ المجاهد الحقيقيَّ هو من جاهد نفسه في طاعة الله، وهو الجهاد الأكبر الذِّي ينشأ عنه الجهاد الأصغر[٦]، لأنَّ العبد إذا ما لم يجاهد نفسه لم يمكنه جهاد العدوِّ الخارج[٧].

ولمَّا كان جهاد العدوِّ يحتاج إلى عدَّة وسلاح، فإنَّ جهاد النَّفس بوصفه أعظم الجهادين يفتقر أيضاً إلى العلم والعلماء، وبناء عليه فإنَّ المدرك محلَّ

(١) المُفهم لما أَشكل من تلخيص كتاب مسلم، للقرطبي: ٦/ ٦٨٤ وما بعدها.
(٢) المُفهم لما أَشكل من تلخيص كتاب مسلم، للقرطبي: ٦/ ٦٨٤ وما بعدها.
(٣) أخرجه الترمذي في الجامع المختصر من السنن، أبواب فضائل الجهاد عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب ما جاء في فضل من مات مرابطاً، حديث رقم١٦٢١: ٣/ ٢٦٤. قال: وَحَدِيثُ فَضَالَةَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ.
(٤) مسند الإمام أحمد بن حنبل: ٣٩/ ٣٨٦. إسناده صحيح.
(٥) مسند الإمام أحمد بن حنبل: ٣٩/ ٣٨٧. إسناده صحيح.
(٦) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح: ١/ ١٠٨.
(٧) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، للمباركفوري: ٥/ ٢٥٠.

الاستدلال يُعلم منه بدلالة الالتزام ضرورة إعداد كلِّ الوسائل التي ستحقِّق جهاد النَّفس، واستناداً إلى هذا المعنى جاز الإنفاق من مصرف «في سبيل الله».

ثالثاً: من الآثار:

قال أبو الدَّرداء: «من رأى الغُدُوَّ والرَّواحَ إلى العلم ليس بجهادٍ فقد نقصَ عقلُه ورأيه»(١)، وجاء عن بعض الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: «إذا جاء الموتُ طالبَ العلم وهو على هذه الحال مات وهو شهيد»(٢).

وقال كعبُ الأحبار: «طالبُ العلم كالغادِي الرَّائح في سبيل الله عَزَّوَجَلَّ»(٣)، وقال سفيان بن عيينة: «من طلب الحديثَ فقد بايعَ اللهَ عَزَّوَجَلَّ»(٤).

تحمل هذه الآثار بوصفها وحدة موضوعية دلالة ظاهرة على أنَّ طالب العلم مجاهدٌ ومن ثمَّ فهو بمنزلة الغازي، وتأسيساً عليه، فهو مُدرج في قوله تعالى: ﴿وفي سبيل الله﴾، لأنَّ طلب العلم من جملة أنواع الجهاد(٥).

(١) جامع بيان العلم وفضله، لابن عبد البر: ١/ ١٥٢.
(٢) مسند البزار المنشور باسم البحر الزخار: ١٥/ ١٩١.
(٣) حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، للأصبهاني: ٧/ ٢٨٠.
(٤) تاريخ دمشق، لابن عساكر: ٥/ ١٧٤.
(٥) المنح السَّامية في النوازل الفقهية، للمهدي الوزاني: ١/ ٢٣٩.

وهذا رأي دار الإفتاء المصريَّة[١]، وهو ما صدر به قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكَّة المكرَّمة التابعة لرابطة العالم الإسلامي[٢]، وفتاوى النَّدوة الأولى لقضايا الزكاة المعاصرة بالكويت[٣].

وتنوُّع هذه الوسائل راجع لتطوُّر العصر، وهو ما تفطَّنت إليه الهيئات الإفتائيَّة عند الاطلاع على فحوى قراراتها، تقول دار الإفتاء المصريَّة: «وقد تطوَّرت أساليب الحروب وتعدد أنواعها ومجالاتها وأساليبها: نفسيَّة وسياسيَّة واقتصاديَّة، وبيولوجيَّة، ونوويَّة، وفضائيَّة وغير ذلك، بما يفرض على الفقهاء والمفتين نظراً جديداً في مفهوم إعداد القوَّة ووسائل الدِّفاع، إذ لكلِّ نوع دفعه، ولكلِّ أسلوب ردعه»[٤].

وهذا ما دفع بالمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي أن يوسِّع في مفهوم «مصرف في سبيل الله»، فبعد أن أدرجوا فيه الدَّعوة إلى الله وما يعين عليها نحو إعداد الدُّعاة ونشر الكتب وتأسيس الجمعيَّات العلميَّة والدعويَّة، أضافوا إليها بناء المدارس والمستشفيات خارج ديار الإسلام؛ لكون الأولى هي التي تصوغ عقول النَّاشئة وتصنع أذواقهم

(١) فتاوى النَّوازل، نوازل وباء كورونا، دار الإفتاء المصريَّة، لشوقي إبراهيم علام: ٤٣٩.
(٢) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته العشرين، مكَّة المكرَّمة، الإصدار الثالث، د.ت.ط، الدورة الثامنة المنعقدة بمكَّة المكرَّمة في ٢٧ ربيع الآخر ٨ جمادى الأولى ١٤٠٥هـ، القرار الرابع، ص ١٨٥ إلى ١٨٧.
(٣) فتاوى وتوصيات ندوات قضايا الزَّكاة المعاصرة من النَّدوة الأولى إلى النَّدوة الثالثة عشرة، الهيئة الشَّرعيَّة العالميَّة للزَّكاة، بيت الزَّكاة، الكويت: ٢٥.
(٤) فتاوى النَّوازل، نوازل وباء كورونا، دار الإفتاء المصريَّة، لشوقي إبراهيم علام: ٤٣٩.

وميولهم، وتغرس فيهم من الأفكار والقيم ما تريد، ولأنَّ الثانية هي التي تستقبل المرضى وتحاول التَّأثير فيهم باسم الخدمات الإنسانيَّة[1]، فخيف على عقائد المسلمين من الغزو الفكريِّ والنفسانيِّ والاجتماعيِّ اعتباراً لأهميَّة هذه الوسائل.

وقد تفاقمت حاجة الأقليَّات المسلمة إلى وجود قوى سياسيَّة نحو الأحزاب والمنظَّمات والجمعيَّات الحقوقيَّة قصد الدِّفاع عن حقوقها وحرِّياتها كعدم إصدار تشريعات تجور عليها، وتحرِّم عليها ما أحلَّ الله، أو تعوقها عن أداء ما فرض الله.

والضرر العامُّ إذا كان واقعاً أو متوقَّعاً اتَّجه النَّظر الفقهي إلى رفعه أو دفعه، وبناء عليه: أفتى المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث[2] ومجمع فقهاء الشريعة بأمريكا[3] بضرورة المشاركة السياسيَّة للمسلمين خارج ديار الإسلام، فذهب الفقهاء إلى جواز الإنفاق على الحملات الانتخابية للأقليَّات المسلمة من مصرف في سبيل الله لكونها من مشمولاته.

(١) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته التاسعة المنعقد بمكَّة المكرَّمة في ١٢- ١٩ رجب ١٤٠٦هـ، القرار الخامس، ص٢١٣ إلى ٢١٥.

(٢) ينظر: القرارات والفتاوى الصَّادرة عن المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، قرار ٧٢ (٥/ ١٦): ١٥٢.

(٣) ينظر: قرارات وتوصيات المؤتمر الرابع لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا المنعقد بالقاهرة، الرابط: https://www.amjaonline.org/

وبهذا التَّفصيل يظهر لنا أنَّ شرط جواز الإنفاق على المصالح العامَّة في ديار الإسلام وخارجه هو نصرة الإسلام وإعلاء كلمة الدِّين، وإلا فلا تموَّل من هذا المصرف.

واحتجَّ القائلون بهذا الرَّأي بالأدلَّة السَّابقة، وبما استدلَّ به أصحاب القول الثالث، منبِّهين على أنَّ أنواع الجهاد مندرجة في جنس القوَّة التي أمر الله تعالى بإعدادها في قوله: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ ﴿٦٠﴾﴾ [سورة الأنفال: ٦٠][1].

الملاحظات الواردة على الآراء الفقهية السابقة:

يمكن إيراد جملة من الملاحظات على الآراء الفقهية إجمالاً، وهي كالآتي:

الملاحظة الأولى:

كشف البحث في المدَّونات التفسيريَّة والفقهيَّة وشروح الحديث عن ثراء الأقوال في المسألة محلَّ النَّظر، وذلك لجريان الخلاف من لدن الصحابة الكرام ومن بعدهم من العلماء، وهو موجب لتعدُّد الآراء الفقهيَّة بين المذاهب الإسلامية وداخل المذهب الواحد، ومن ثمَّ فقضيَّة الحال اجتهاديَّة، وإلزام المستفتي بالقول المشهور، أي الغزاة تضييق لواسع.

الملاحظة الثانية:

من أنعم النَّظر في آراء فقهاء المذاهب استبان له أنَّ معظمها بين موسِّع كثيراً لمصرف في سبيل الله نحو القفَّال الشَّاشي والكاساني، ومضيِّق جدًّا لها

(١) فتاوى النَّوازل، نوازل وباء كورونا، دار الإفتاء المصريَّة، لشوقي إبراهيم علام: ٤٣٩.

كأبي يوسف وابن قدامة، ولكن ما وقفت على قول أحد من نظَّار المالكيَّة جرى على مهيع القفَّال الشَّاشي ومن نحا نحوه، وقد علَّل الشَّاذلي النَّيفر ذلك بأنَّ حذَّاق المالكية ضربوا بسهم وافر في الكشف عن أسرار التَّشريع لهذا المصرف، بخلاف البقيَّة الذِّين صرفوا الهمَّة إلى اعتبار اللَّفظ: هل المراد بالسَّبيل المعنى اللُّغوي أو الشَّرعي؟[1].

وقد ذهب المالكيَّة في القديم إلى القول بالغزو دون الغزاة فشمل بناء الأسوار وإنشاء الأساطيل وإرسال الجواسيس، مخالفين في ذلك الجمهور الذين قصروه على الغزاة، وكلُّه جار على مقصد حفظ بيضة الإسلام.

وأضاف القرطبي وابن عطيَّة الحجَّ، ولا أرى وجهاً يقضي بمنع ما ذهبا إليه لما يأتي:

أوَّلاً: أنَّ الأحاديث النبويَّة التي استند إليها القائلون بالحجِّ تؤكِّد اعتباره من أفراد مصرف في سبيل الله.

ثانياً: أنَّ وجه الاعتراض الذِّي ساقه كلٌّ من مصطفى المراغي ومحمَّد رشيد رضا بأنَّ الحجَّ متعلِّق بالأفراد ولا يُعدُّ من المصالح الدِّينيَّة العامَّة غيرُ وجيه، لأنَّ حمل النَّبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أصحابه على إبل الصَّدقة إلى الحجِّ يجري على مهيع قوله تعالى: ﴿وَعَلَىٰ كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِن كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ ﴿٢٧﴾﴾ [سورة الحج: ٢٧]، فالضَّامر هنا بمنزلة الاسم كأنَّه قال: وعلى كلِّ راحلة، فأسند الله الإتيان إلى الرَّواحل دون النَّاس فلم يقل: يأتون، لأنَّ الرَّواحل

(١) ينظر: جمع وتقسيم الزَّكاة، مجلَّة المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، مكَّة المكرَّمة، السَّنة الثانية، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م، العدد الثالث، ص١٤٣.

هي سبب إتيان النَّاس من بُعد لمن لا يستطيع السَّفر على رجليه[1]، وقد يكون هذا وجهاً من وجوه التأويل لفعله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

والذِّي أطمئنُّ إليه، أنَّ الغاية من عمل النَّبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هو تحقيق الحكمة من مشروعيَّة الحجِّ التي أفصحت عنها لواحق الكلام وهي قوله تعالى: ﴿لِّيَشْهَدُواْ مَنَافِعَ لَهُمْ﴾ [سورة الحج: ٢٨]، وقد أجاد صاحب التَّحرير والتّنوير في الكشف عنها فقال: «وتنكير منافع للتَّعظيم المراد منه الكثرة وهي المصالح الدِّينية والدنيويَّة، لأنَّ في مجمع الحجِّ فوائدَ جمَّة للنَّاس: لأفرادهم من الثَّواب والمغفرة لكل حاجٍّ، ولمجتمعهم، لأنَّ في الاجتماع صلاحاً في الدُّنيا بالتعارف والتَّعامل»[2]، فهذا التلاقي المنشود ليس حشر أجساد، إنَّما هو اندماج الفرد في المجتمع على أساس من الحبِّ وطلب مرضاة الله وتلقي عقيدة التَّوحيد فتنشأ عنه الجامعة الإسلاميَّة على أسٍّ عظيم وهو الأخوَّة الإيمانيَّة، أفلا يُعدُّ هذا المقصد من سبيل الله؟

وقد يعرض للأمَّة ما يمنع حضورها بأعداد غفيرة في المشعر الحرام ما يفرض على النُّظار اعتبار الحجِّ من مشمولات مصرف في سبيل الله قصد تحقيق الحكم التي ذكرناها آنفاً.

وتوسَّع اللَّخمي وابن رشد الحفيد والوزَّاني فأفتوا بجواز الإنفاق من المصرف محلِّ البحث على طلبة العلم والمفتين والقضاة والمدرِّسين وإن كانوا أغنياء، وهو نظر صحيح، إذ لو امتنع الباثُّ عن التعليم، والمتلقِّي عن التعلُّم

(١) التحرير والتنوير، لمحمد الطاهر ابن عاشور: ١٧/ ٢٤٥.
(٢) التحرير والتنوير، لمحمد الطاهر ابن عاشور: ١٧/ ٢٤٦.

لانقطع نشر العلم، ولعمَّ الجهل، وتفاقم التخلُّف، ولو عزف القضاة عن مباشرة الحكم، لانتشر الخصام وانحلَّ النِّظام، وفشا الجور وارتفع العدل، وهذا مُؤذن بخراب العمران.

وأنتَ ترى استناداً إلى ما سبق، أنَّ فقهاء المالكيَّة يعمدون إلى مراعاة المقصد من تشريع هذا المصرف وهو درء الخطر عن الأمَّة الإسلاميَّة وحفظ كيانها حال طريان النَّوازل المستحدثة في كلِّ عصر، ولم يجمدوا على القول بالغزاة، لكونهم وسيلة تحقُّق المقصود الشَّرعي، وفي هذا السياق يقول ابن عاشور: «الوسائل غير مقصودة لذاتها بل لتحصيل غيرها على الوجه المطلوب الأكمل، إذ بدونها قد لا يحصل المقصدُ، أو يحصل معرَّضاً للاختلال والانحلال»(١).

الملاحظة الثالثة:

يُعَدُّ أبو جعفر الطَّبري أوَّل مفسِّر أفصح عن الحكمة من مشروعيَّة المصرف، وطوائف المفسِّرين في ذلك على فريقين:

الفريق الأوَّل: حمل ذووه مصرف في سبيل الله في الآية على المصالح العامَّة التي هي أساس الدِّين والدَّولة، فكانت وسائله الاستعداد للحرب بشراء السلاح، وإنشاء المستشفيات العسكريَّة، وكذا الخيريَّة العامَّة، وإشراع الطُّرق وتعبيدها، وبناء الجسور، ومدَّ الخطوط العسكريَّة لا التِّجاريَّة، والنَّفقة على المدارس وإعداد الدُّعاة.

(١) مقاصد الشَّريعة الإسلاميَّة، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة: ٣/ ٤٠٦.

الفريق الثاني: يرى أهله أنَّ المقصد من المصرف هو إعلاء كلمة الله في الأرض، فكانت وسائله كلَّ ما يقوِّي المسلمين ويجعلهم مهابين.

والفرق بين الرَّأيين يكمن في نقطتين؛ أمَّا الأولى: فهو أنَّ الفريق الأوَّل أطلق القول بالمصالح العامَّة، أمَّا الفريق الثاني جعلوا المصالح العامَّة منوطة بإعلاء كلمة الدِّين، لكون الدَّولة هي المسؤولة الأولى في هذا العصر عن تشييدها، فإنشاء مدرسة في الظروف العاديَّة عمل صالح يحبِّذه الإسلام ويحضُّ عليه لكن لا يُعدُّ جهاداً، أمَّا إذا حفَّت ملابسات غيَّرت وقائع النَّازلة فالحكم حينها يدور مع علَّته وجوداً وعدماً.

والثانية: أنَّ الفريق الثاني أيضاً وسَّع دائرة تطبيق المصرف خارج ديار المسلمين، لأنَّ إعلاء كلمة الله تشمل كلَّ أقطار الأرض، لذا أفتى المجمع الفقهي الدولي لرابطة العالم الإسلامي بجواز بناء المدارس والمستشفيات في أوروبا، بخلاف الفريق الأوَّل وهذا راجع لعصر كلِّ مفسِّر.

الرَّأي المختار في المصرف محلِّ النَّظر:

بعد عرض الأقوال وتحليلها، وسوق جملة من الملاحظات، فإنَّ الذِّي أطمئنَّ إليه هو ابتناء مصرف في سبيل الله على مقصد الدِّفاع عن المجتمع المسلم دولاً وجماعات وتأمينه من تسلُّط أعداء الدِّين عليه لأنَّه الغاية من جهاد النَّبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[1]، وبيانه كالآتي:

(١) أصول النظام الاجتماعي، لمحمد الطاهر ابن عاشور: ٢٠٧.

عقد محمَّد الطَّاهر ابن عاشور فصلاً كاملاً في كتابه أصول النِّظام الاجتماعي بيَّن فيه تطوُّر أساليب الدِّفاع عن الحوزة أو حماية البيضة بوصفه مقصداً من مقاصد الإسلام، وتجلَّى أوَّلاً في هجرة المسلمين إلى الحبشة والمدينة المنوَّرة، وقد جعلتها نصوص الكتاب والسنَّة من سبيل الله.

ثمَّ أُتبع هذا الدِّفاع عن الحوزة بما يكمله من حماية حدود البلاد من شوكة وحقد المجاورين فقد بدت البغضاء من أفواههم وما تخفي صدورهم أكبر وكلُّهم يتربَّصون بالمسلمين الدَّوائر ويترصدون لهم ليأخذوهم على غرَّة[1]، يقول ابن عاشور: «ولم يزل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طول حياته يقوِّي عدد المسلمين بإكثار السِّلاح والشِّكَّة والظَّهر والأزواد»[2]، منبِّهاً على أنَّ النَّبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يستعدَّ عدّةً لحرب البحر لكنَّ الله أنبأه أنَّ أمته ستغزو فيه، ومن ثمَّ فإنَّ الحرب ستتطوَّر من حيث أساليبها وآلاتها، وهو الذِّي تفطَّن إليه فقهاء المالكيَّة قديماً فأفتوا بجواز صرف الصَّدقات على مراكب الغزو وكراء النواتيَّة مخالفين في ذلك الجمهور استناداً إلى المقصد الشَّرعي وهو: «أن تكون الأمَّة الإسلاميَّة مرهوبة الجانب محترمة منظور إليها في أعين الأمم الأخرى نظرة المهابة والوقار، يخشون بأسها ليردعهم ذلك عن مناوشتهم إيّاها وتكدير صفو الأمن فيها»[3].

(١) أصول النظام الاجتماعي، لمحمد الطاهر ابن عاشور: ٢٠٤.
(٢) أصول النظام الاجتماعي، لمحمد الطاهر ابن عاشور: ٢٠٥.
(٣) أصول النظام الاجتماعي، لمحمد الطاهر ابن عاشور: ٢٠٣.

وعليه، فإنَّ سكوت الشَّارع عن الآلات والوسائل لا يقتضي عدم اعتبارها، والحكم بإخراجها من جنس المصرف، لما حقَّقه أبو إسحاق الشاطبيُّ حيث قال: «سكوت الشَّارع عن الحكم على ضربين: أحدهما أن يسكت عنه لأنَّه لا داعية له تقتضيه ولا موجب يقدر لأجله كالنَّوازل التي حدثت بعد رسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فإنها لم تكن موجودة ثمَّ سكت عنها مع وجودها وإنما حدثت بعد ذلك فاحتاج أهل الشَّريعة إلى النَّظر فيها وإجرائها على ما تقرَّر في كليَّاتها، وما أحدثه السَّلف الصَّالح راجع إلى هذا القسم كجمع المصحف، وتدوين العلم، وتضمين الصنَاع، وما أشبه ذلك ممَّا لم يجر له ذكر في زمن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولم تكن من نوازل زمانه، ولا عرض للعمل بها موجب يقتضيها، فهذا القسم جارية فروعه على أصوله المقرَّرة شرعاً بلا إشكال»[1].

ما الحكمة من ورود قول الله تعالى: ﴿وفي سبيل الله﴾ عامًّا؟

ترجع الحكمة من ورود قوله تعالى: ﴿وفي سبيل الله﴾ بصيغة العموم، إلى الوجهين التاليين:

الأوَّل: لتعلُّق المصرف بالسِّياسة الشَّرعيَّة (الحاجة العامَّة أي المنفعة العامَّة)، ومعلوم أنَّ هذا النّوع من الفقه مبنيٌّ على الأدلَّة الإجمالية ومقاصد الشَّريعة الإسلاميَّة، لا على ظواهر النُّصوص أو معانيها اللُّغويَّة،

(١) الموافقات في أصول الشَّريعة: ٢/ ٤٠٩.

يقول الجويني: «مُعظم مسائل الإمامة عريةٌ عن مسلك القطع، خليَّةٌ عن مدارك اليقين»(١).

والثاني: أن يكون النصُّ القرآني صالحاً لكلِّ واقع بحسب تغيُّر الزَّمان والمكان والبيئة والأشخاص، ولو خصَّ قوله تعالى: ﴿وفي سبيل الله﴾ بالغزاة، لكان النصُّ معالجاً لواقع معيَّن، ومن ثمَّ تكون الشَّريعة قاصرة عن سياسة الخلق لا تقوم بمصالح العباد، مُحتاجة إلى غيرها، وهو ما جرَّأ أهل الفساد عليها كقولهم بتاريخيَّة النصِّ القرآني مثلاً، والمفسدة النَّاشئة عن هذا أكثر من توصف، وفي هذا السياق يقول ابن عاشور: «فتعيَّن أن يكون معنى صُلُوحيَّة شريعة الإسلام لكلِّ زمان أن تكون أحكامها كليَّات ومعاني مشتملةً على حِكَم ومصالح، صالحةً لأن تتفرع منها أحكام مختلفةُ الصُّور متحدةُ المقاصد»(٢).

(١) غياثُ الأمم في الْتياث الظلم: ٩٦.
(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية: ٣/ ٢٧٦.

الخاتمة

في ختام هذه الدِّراسة يمكن عرض جملة من الاستنتاجات على وجه الإجمال:

١- إنَّ مصرف (في سبيل الله) حريٌّ بأن يُعدَّ أهمَّ مصارف الزَّكاة من حيث ثراء أقوال الفقهاء فيه، وتعلُّقه بمنفعة الأمَّة دولاً وجماعات.

٢- لئن بذل النُّظار والمفتون وسعهم في بيان المراد من قوله تعالى، فإنَّ عنايتهم بما تضمَّنته الآية محلُّ النَّظر من مقاصد وأسرار تتفاوت قوَّة وضعفاً بقدر تفاوتهم في العقل فهماً والواقع دراسة.

٣- توصَّلت الدِّراسة إلى أنَّ الحكمة من مشروعيَّة المصرف، هو الدِّفاع عن المجتمع المسلم دولاً وجماعات، وتأمينه من تسلُّط أعداء الدِّين عليه وهو الأولى بالاعتبار، لا الوسائل كالغزاة والسلاح وما في معناها لكونها غير مقصودة لذاتها، بل لتحصيل الحكمة من إعمالها.

٤- أثبت البحث اعتباراً لتطوُّر أساليب الحروب وتنوُّعها: أنَّ القول برأي الجمهور موجب لحصول مفاسد جمَّة، أعلاها اتِّهام الشَّريعة بالقصور عن سياسة الخلق فلا تقوم حينئذ بمصالح العباد، وتكون مُحتاجة إلى غيرها.

٥- أن تُراعَى الأولويَّة في الوسائل التي تحقِّق المقصد الشَّرعي من المصرف حال تزاحمها من حيث اعتبار أقواها، حيث تتعدَّد الوسائلُ إلى المقصد الواحد، فتعتبر الشَّريعةُ في التَّكليف بتحصيلها أقوى تلك الوسائل تحصيلا للمقصد المتوسَّل إليه بحيث يحصل كاملاً.

٦- أن تراعى الأحوال الاستثنائية والظروف الخاصَّة لكلِّ دولة، فبعض الأعمال والمشروعات قد تكون في بلد ما، وزمن ما، وحالة ما، جهاداً في سبيل الله يقتضي دخولها في هذا المصرف، ولا تكون كذلك في بلد آخر أو وقت آخر أو حال أخرى.

٧- إنَّ النصَّ القرآني صالح لكلِّ واقع بحسب تغيُّر الزَّمان والمكان والبيئة والأشخاص، ولو خُصَّ قوله تعالى: ﴿وفي سبيل الله﴾ بالغزاة، لكان النصُّ معالجاً لواقع معيَّن، ومن ثمَّ تكون الشَّريعة قاصرة عن سياسة الخلق لا تقوم بمصالح العباد، مُحتاجة إلى غيرها.

٨- إنَّ أساليب الحروب تطوَّرت، وأنواعها ومجالاتها تعدَّدت، ما يفرض على الفقهاء نظراً جديداً لهذا المصرف، وهذا النوع من الفقه مبنيٌّ ما تقرَّر في كليات الشريعة ومعانيها العامة المشتملة على حكم ومصالح، صالحة لأن تتفرع منها أحكام مختلفةُ الصُّور متحدةُ المقاصد.

قائمة المصادر والمراجع

١. **ابن أبي شيبة (أبو بكر عبد الله)**، الكتاب المصنَّف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرّشد، الرِّياض، ط١، ١٤٠٩هـ.

٢. **ابن الأثير (مجد الدِّين أبو السعادات)**، نيل الأوطار، الشوكاني (محمد بن علي)، تحقيق: محمد صبحي بن حسن حلاق، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٢٧هـ.

٣. **ابن العربي (أبو بكر محمَّد)**، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٣، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

٤. **ابن العربي (أبو بكر محمد)**، عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي، تحقيق: جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ٢٠١١م.

٥. **ابن الفرس الأندلسي (أبو محمَّد عبد المنعم)**، أحكام القرآن، تحقيق: طه بوسريح ومنجية النفزي السوايحي وصلاح الدين بوعفيف، دار ابن حزم، بيروت، ط١، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.

٦. **ابن المنذر النيسابوري (أبو بكر محمد)**،الإشراف على مذاهب العلماء، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، مكتبة مكَّة الثقافيَّة، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، ط١، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

٧. **ابن حجر العسقلاني (أحمد بن علي)**، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، ط١، ١٣٧٩م.

٨. **ابن حجر الهيتمي (أبو العبَّاس أحمد)**، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، تحقيق: ثلَّة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ودار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، ١٣٥٧هـ-١٩٨٣م.

٩. **ابن حزم الظاهري (أبو محمَّد علي)**، المُحلَّى بالآثار، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.ط.

١٠. **ابن حنبل (أبو عبد الله أحمد)**، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف: شعيب الأرناؤوط وعبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرِّسالة، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.

١١. **ابن دقيق العيد (محمَّد بن عليٍّ)**، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، تحقيق: محمَّد مخلوف العبد الله، دار اللباب، إسطنبول، ط٢، ١٤٤٢هـ-٢٠٢٠م.

١٢. **ابن رشد (أبو الوليد محمد)**، البيان والتحصيل، تحقيق: تلة من المحققين بإشراف محمَّد حجِّي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

١٣. **ابن عابدين (محمَّد أمين بن عمر)**، ردُّ المحتار على الدرِّ المختار، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

١٤. **ابن عاشور (محمَّد الطَّاهر)**، أصول النِّظام الاجتماعي، دار سحنون، تونس، ودار السَّلام، القاهرة، ط٣، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م.

١٥. **ابن عاشور (محمَّد الطَّاهر)**، التحرير والتنوير، الدَّار التونسيَّة للنّشر، تونس، د.ط، ١٩٨٤م.

١٦. **ابن عاشور (محمَّد الطَّاهر)**، كشف المغطَّى من المعاني والألفاظ الواقعة في الموطَّأ، تحقيق: طه بن علي بوسريح، دار سحنون، تونس، ودار السَّلام، القاهرة، ط٤، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.

١٧. **ابن عاشور (محمَّد الطَّاهر)**، مقاصد الشَّريعة الإسلاميَّة، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، طبعة خاصَّة، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

١٨. **ابن عبد البرِّ (أبو عمر يوسف)**، جامع بيان العلم وفضله، تحقيق: أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

١٩. **ابن عساكر (أبو القاسم علي)**، تاريخ دمشق، تحقيق: عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

٢٠. **ابن عطيَّة (أبو محمَّد عبد الحقِّ)**، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلميَّة، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ.

٢١. **ابن قدامة المقدسي (عبد الله)**، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، المملكة العربية السعودية، طبعة خاصة، ط٥، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م.

٢٢. **ابن قيِّم الجوزيَّة (محمَّد بن أبي بكر)**، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرِّسالة، بيروت، ومكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط٢٧، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

٢٣. **ابن قيِّم الجوزيَّة (محمَّد بن أبي بكر)**، مفتاح دار السَّعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة، تحقيق: عبد الرحمن بن حسن بن قائد، دار عالم الفوائد، مكَّة المكرَّمة، ط٥، ١٤٣٢هـ.

٢٤. **ابن مفلح (شمس الدِّين محمَّد)**، الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرِّسالة، دمشق، ط١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

٢٥. **ابن منظور (جمال الدِّين)**، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ.

٢٦. **ابن نجيم (زين الدِّين)**، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط٤، د.ت.ط.

٢٧. **أبو حيَّان الأندلسي (محمد بن يوسف)**، البحر المحيط في التفسير، تحقيق: صدقي محمد جميل، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤٢٠هـ.

٢٨. **الأصبهاني (أبو نعيم أحمد)**، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، دار الفكر، بيروت، مصوَّرة عن دار السَّعادة بجوار محافظة مصر، د.ط، ١٣٩٤هـ-١٩٧٤م.

٢٩. **الآلوسي (شهاب الدِّين)**، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسَّبع المثاني، تحقيق: مجموعة من المحقِّقين، مؤسّسة الرسالة، دمشق، ودار الرِّسالة العالمية، دمشق، ط٣، ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م.

٣٠. **الآمدي (سيف الدِّين عليّ)**، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، ط٤، ١٤٠٢هـ.

٣١. **الأمير الصنعاني (محمَّد بن إسماعيل)**، سُبل السَّلام المَوصِّلة إلى بلوغ المرام، تحقيق: محمَّد مِرابي، مؤسَّسة الرِّسالة ناشرون، دمشق، ط١، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م.

٣٢. **البخاري (أبو عبد الله محمَّد)**، الجامع الصحيح المسند المختصر، تحقيق: عز الدين ضلي وعماد الطيار وياسر حسن، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، ط٢، ١٤٣٥هـ-٢٠١٤م.

٣٣. **البخاري (عبد العزيز)**، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق: ناجي السُّويْد، المكتبة العصريَّة، بيروت، ط١، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.

٣٤. **البزّار (أبو بكر أحمد)**، مسند البزار المنشور باسم البحر الزخار، تحقيق: ثلَّة من المحقِّقين، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط١، بدأت ١٩٨٨م وانتهت ٢٠٠٩م.

٣٥. **البيضاوي (ناصر الدِّين أبو سعيد)**، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، تحقيق: محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ.

٣٦. **الترمذي (أبو عيسى محمَّد)**، الجامع المختصر من السنن، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٨م.

٣٧. **التهامي (نقرة)**، دليل الزكاة، المجلس الإسلامي الأعلى، الجمهوريَّة التونسيَّة، د.ط، د.ت.ط.

٣٨. **الجصَّاص (أبو بكر الرّازي)**، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلميَّة، بيروت، ط١، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

٣٩. **الجندي (خليل بن إسحاق)**، التَّوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط١، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

٤٠. **الجُويني (أبو المعالي عبد الملك)**، غياثُ الأمم في الْتياث الظلم، تحقيق: عبد العظيم محمود الدِّيب، دار المنهاج، المملكة العربية السُّعوديَّة، جدّة، ط٤، ١٤٣٥هـ-٢٠١٤م.

٤١. **خان (محمَّد صدِّيق حسن)**، الروضة النديَّة شرح الدُّرر البهيَّة، تحقيق: محمَّد صبحي حسن حلاَّق، مكتبة الكوثر، الرِّياض، ودار الأرقم، برمنجهام، بريطانيا، ط٢، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.

٤٢. **خان (محمَّد صدِّيق حسن)**، فتح البيان في مقاصد القرآن، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، المكتبة العصريَّة، بيروت، د.ط، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

٤٣. **الدُّسوقي (محمَّد)**، حاشية الدُّسوقي على الشرح الكبير لمختصر خليل، دار الفكر، القاهرة، د.ط، د.ت.ط.

٤٤. **الرَّازي (فخر الدِّين)**، مفاتيح الغيب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٢، ١٤٢٠م.

٤٥. **رضا (محمَّد رشيد)**، تفسير المنار، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، د.ط، ١٩٩٠م.

٤٦. **الزركشي (أبو عبد الله محمَّد)**، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق: ثلَّة من المحقِّقين، وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلاميَّة، الكويت، ط٢، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م.

٤٧. **الزمخشري (جار الله)**، الكشَّاف عن حقائق غوامض التنزيل، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٣، ١٤٠٧هـ.

٤٨. **الزيلعي فخر الدين (عثمان بن علي)**، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية بولاق، القاهرة، ط١، ١٣١٣هـ.

٤٩. **السِّجِسْتاني (أبو داود سليمان)**، سنن أبي داود، تحقيق: ثلَّة من المحقِّقين، دار الرسالة العالمية، دمشق، طبعة خاصَّة، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.

٥٠. **السَّرخسي (شمس الدين)**، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط١، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.

٥١. **الشاطبي (أبو إسحاق إبراهيم)**، الموافقات في أصول الشَّريعة، تحقيق: وتع عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت.ط.

٥٢. **شلتوت (محمود)**، الفتاوى، دار الشّروق، القاهرة، ط١٨، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.

٥٣. **شلتوت (محمود)**، تفسير القرآن الكريم: الأجزاء العشرة الأولى، دار الشُّروق، القاهرة، ط١٢، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.

٥٤. **الطّبري (أبو جعفر محمَّد)**، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، ط١، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

٥٥. **علاّم (شوقي إبراهيم)**، فتاوى النَّوازل، نوازل وباء كورونا، دار الإفتاء المصريَّة، د.ط، ٢٠٢٠م.

٥٦. **عياض اليحصبي**، القاضي (أبو الفضل)، إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: يحيى إسماعيل، دار الوفاء، المنصورة، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.

٥٧. **فتاوى وتوصيات ندوات قضايا الزَّكاة المعاصرة من النَّدوة الأولى إلى النَّدوة الثالثة عشرة**، الهيئة الشَّرعيَّة العالميَّة للزَّكاة، بيت الزَّكاة، الكويت، د.ط، د.ت.ط.

٥٨. **القاري (الملا علي)**، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م.

٥٩. **القاسمي (جمال الدِّين)**، محاسن التأويل، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلميَّة، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ.

٦٠. **قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دوراته العشرين**، مكَّة المكرَّمة، الإصدار الثالث، د.ت.ط.

٦١. **القرارات والفتاوى الصَّادرة عن المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث**، جمع عبد الله بن يوسف الجديع، توزيع مؤسسة الريَّان، بيروت، ط١، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م.

٦٢. **القرطبي (أبو العبَّاس أحمد)**، المُفهم لما أَشكل من تلخيص كتاب مسلم، تحقيق: مجموعة من المحقِّقين، دار ابن كثير، دمشق، ط٦، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.

٦٣. **القرطبي (أبو عبد الله محمد)**، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط٢، ١٣٨٤هـ-١٩٦٤م.

٦٤. **الكاساني (أبي بكر علاء الدِّين)**، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م

٦٥. **اللخمي (أبو الحسن علي)**، التبصرة، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط١، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.

٦٦. **المراغي (مصطفى)**، تفسير المراغي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط١، ١٣٦٥هـ-١٩٤٦م.

٦٧. **المباركفوري (أبو العلا محمَّد)**، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، تحقيق: عبد الرحمن محمَّد عثمان، دار الفكر، بيروت، د.ط، ٢٠٠٣م.

٦٨. **المرداوي (أبو الحسن علاء الدين)**، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: عبد الله بن عبد محسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، ط١، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

٦٩. **مسلم (أبو الحسين بن الحجَّاج)**، المسند الصحيح المختصر، تحقيق: عز الدين ضلي وعماد الطيار وياسر حسن، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، ط١، ١٤٣٥هـ-٢٠١٤م.

٧٠. **المهدي الوزّاني (أبو عيسى محمَّد)**، المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخِّرين من علماء المغرب، تحقيق: عمر بن عبّاد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربيَّة، د.ط، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.

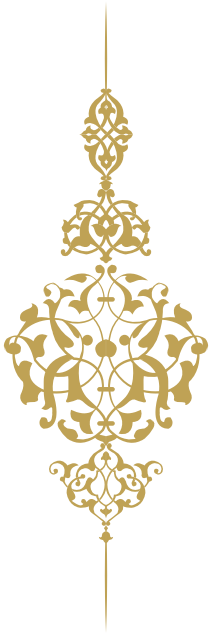
٧١. **المهدي الوزَّاني (أبو عيسى محمَّد)**، المنح السَّامية في النَّوازل الفقهيَّة، تحقيق ونشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربيَّة، د.ط، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

٧٢. **المواق (أبو عبد الله محمَّد)**، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلميَّة، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.

٧٣. **النِّهاية في غريب الحديث والأثر**، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، المكتبة العلميَّة، بيروت، ط١، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

٧٤. **النووي (أبو زكريا محيى الدين يحيى)**، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.ط.

٧٥. **النووي (أبو زكريا محيى الدين يحيى)**، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٣، ١٤١٢هـ-١٩٩١م.



أثر نزع ملكية العقار للمنفعة العامة على عقد التمويل العقاري

في ضوء الفقه الإسلامي والنظام السعودي

أ. د. عبد الرحمن بن نافع السلمي

المشرف على مسار الدراسات القضائية بجامعة الملك عبد العزيز، ورئيس الدائرة القضائية للفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية بجدة

د. تركي بن سعد الخثلان

القاضي في وزارة العدل

المقدمة

شهدت المملكة العربية السعودية تطوراً لافتاً في سائر القطاعات بإطلاق رؤية المملكة ٢٠٣٠م، وأولت القيادة-حفظها الله- القطاع المالي اهتماماً بالغًا، لما يحققه القطاع من تحقيق الاستقرار، والنمو الاقتصادي، ولما له من أثر مباشر على بقية القطاعات الأخرى، حيث تطوَّرت أسس القطاع المالي، فنما حجم التمويل العقاري المقدَّم من البنوك والشركات التمويلية للأفراد في عام ١٤٤٢هـ، فبلغت العقود التمويلية المبرمة ما مجموعه ٢٩٥,٦ ألف عقد بنمو نسبته ٦٥٪ مقارنة بعام ٢٠١٩م، وبمبالغ مالية تصل ما مجموعها ١٤٠,٧ مليار ريال، وبنمو نسبته ٧٧ ٪ مقارنة بعام ٢٠١٩م؛ وفقًا للتقرير السنوي الصادر من البنك المركزي السعودي.

وصاحب التطوُّرَ في القطاع المالي، النموُ والنهضة الاقتصادية، بإنشاء عدة مشاريع اقتصادية تنموية في جميع أنحاء المملكة.

ونظراً للنمو في حجم التمويل العقاري، وتعدد علاقات أطراف العملية التمويلية، ونظراً لحاجة الدولة لنزع ملكية بعض العقارات للمصلحة العامة وذلك لتنفيذ المشاريع الاقتصادية؛ ولكون بعض العقارات المنزوعة محلاً للعملية التعاقدية، أو ضماناً لها، وفقاً لما سنُبيِّنهُ في هذا البحث، الأمر الذي احتيج معه إلى دراسة أثر نزع الملكية للمنفعة العامة على عقد التمويل العقاري.

مشكلة الدراسة وتساؤلاتها:

تظهر مشكلة البحث من خلال تعدد صيغ التمويل العقاري، واختلاف أحكام كل صيغة، وتميُّز العقود التمويلية بطول مدتها، الأمر الذي ينعكس

على كلفة الأجل المدفوعة للممول، وعدم وجود نص نظامي يبيِّن أثر نزع الملكية للمصلحة العامة على العقد التمويلي، وضرورة بيان حقوق كل من أطراف العلاقة التمويلية، الأمر الذي يتطلب معه إلى استقراء النصوص الشرعية والنظامية لبيان أثر نزع الملكية للمصلحة العامة على العقد التمويلي، وعلى العقار المرهون -المنزوع الملكية للمصلحة العامة، وعلى مبلغ التمويل وكلفته، وتجيب الدراسة عن السؤال الرئيس الآتي: ما هو أثر نزع ملكية العقار للمنفعة العامة على عقد التمويل العقاري في الفقه الإسلامي، وفي الأنظمة التمويلية، والأنظمة ذات العلاقة، وما هو الواقع الحالي؟ كما تجيب الدراسة عن الأسئلة الآتية:

١-هل تعرُّض العقار -محل التمويل العقاري- لنزع الملكية للمصلحة العامة، يمنح أحد أطراف العلاقة التمويلية الحق في طلب فسخ العقد التمويلي؟

٢-عند نزع العقار -المرهون-للمصلحة العامة، فهل يحصل الانفساخ للعقد التمويلي؟

٣- عند نزع العقار -المرهون- للمصلحة العامة، هل يبطل الرهن أو ينتقل الرهن إلى بدله -التعويض-؟

٤-هل يصح اشتراط حلول الأقساط، وتقرير شرط السداد المبكر عند نزع ملكية العقار المرهون للمصلحة العامة؟

٥-عند حلول الأقساط لوجود الشرط، فهل يُحط من مقدار مبلغ التمويل وكلفة الأجل مقابل عدم وجود الأجل؟

أهداف الدراسة:

١. بيان مدى إمكانية كل طرف من أطراف عقد التمويل العقاري في فسخ العقد عند نزع العقار للمصلحة العامة.

٢. بيان مدى إمكانية انفساخ عقد التمويل العقاري عند نزع العقار -المرهون- للمصلحة العامة.

٣. بيان الحكم الشرعي والنظامي للرهن المخصص كضمان في العقد التمويلي، وبيان أثر نزع الملكية للمصلحة العامة عليه من حيث البطلان والتعويض.

٤. بيان أحكام السداد المبكر، وحالات حلول الأقساط، عند نزع العقار -المرهون- للمصلحة العامة، وبيان حكم اشتراط السداد المبكر عند نزع العقار.

٥. بيان حكم الحط من مقدار مبلغ التمويل مقابل عدم وجود الأجل.

حدود الدراسة:

الحدود الموضوعية:

ستتناول الدراسة الأحكام المتعلقة بأثر نزع ملكية العقار للمنفعة العامة على عقد التمويل العقاري في الفقه الإسلامي والأنظمة التمويلية والأنظمة ذات العلاقة وبيان الواقع الحالي.

الحدود الزمانية:

تبحث الدراسة في العقود التمويلية المبرمة بعد تاريخ سريان الأنظمة التمويلية، ولوائحها التنفيذية وقواعد عملها(١).

الحدود المكانية:

تُعنى الدراسة بالعقود المبرمة في المملكة العربية السعودية، مع الإشارة إلى بعض الأنظمة المقارنة كمصر والكويت.

منهج البحث:

المنهج العام:

اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المنهج التفصيلي:

١- جمع المادة العلمية من مصادرها الأصلية.

٢-توثيق النصوص والمقالات من مصادرها، وتوثيق الآراء والأفكار ونسبتها إلى صاحبها.

(١) تاريخ سريان نظام مراقبة شركات التمويل ونظام التمويل العقاري، ونظام الإيجار التمويلي في ١٦/ ١/ ١٤٣٤هـ، وتاريخ سريان اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل واللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي في ٩/ ٦/ ١٤٣٤هـ، وتاريخ سريان اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري في ٧/ ٧/ ١٤٣٤هـ، وتاريخ سريان قواعد العمل في ٢٧/ ٢/ ١٤٣٨هـ

٣-عزو الآيات القرآنية الكريمة باسم السورة ورقم الآية في المتن.

٤-تخريج الأحاديث المذكورة في البحث من مصادرها الأصلية، فإن كان في الصحيحين أو في أحدهما أكتفي بذلك، وإن لم يكن في الصحيحين فنرجع إلى كتب السنن الأربعة، وإلا انتقلنا إلى كتب الحديث الأخرى موثقاً ذلك من مصدره الأصلي.

٥-الرجوع إلى معاجم اللغة في تعريف الألفاظ اللغوية، وفيما يتعلق بالفقه نرجع فيها إلى الكتب المعنية بلغة الفقهاء.

خطة البحث:

يتكوَّن البحث من مقدمة وخمسة مباحث وخاتمة، وهي:

المقدمة:

وتحوي: مشكلة الدراسة وتساؤلاتها، وأهدافها، وحدودها الموضوعية، والزمانية والمكانية، ونهج البحث العام والتفصيلي، وخطة البحث.

المبحث الأول: التعريف بمصطلحات البحث.

المبحث الثاني: بيان طبيعة عقد التمويل العقاري.

المبحث الثالث: أثر نزع ملكية الأصل الممول على عقد التمويل العقاري.

المبحث الرابع: أثر نزع ملكية العقار المسجّل كضمان لعقد التمويل العقاري.

المبحث الخامس: أثر نزع ملكية العقار للمنفعة العامة على الأقساط المؤجلة.

الخاتمة:

وتتضمن: أهم النتائج والتوصيات.

المصادر والمراجع.

المبحث الأول
التعريف بمصطلحات البحث

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالأثر:

يأتي الأثر في اللغة بعدة معاني منها أن الأثر ما بقي من رسم الشيء، وبمعنى النتيجة، ويأتي بمعنى الخبر أو رواية الحديث[١]، قال ابن فارس «الهمزة، والثاء، والراء، له ثلاثة أصول: تقديم الشيء، وذكر الشيء، ورسم الشيء الباقي»[٢]، وقال المناوي: «الأثر حصول ما يدل على وجود الشيء والنتيجة وأثرت الحديث نقلته»[٣]، ولم يخرج الفقهاء وشراح القانون في استعمالاتهم للمصطلح عن المعنى اللغوي[٤]، فيقال: آثار فسخ العقد، أي ما يترتب على الفسخ، أو آثار العقد، أي ما يترتب على العقد من حقوق

(١) ينظر: مقاييس اللغة لابن فارس، ص ٥٣، مادة (أثر)، المصباح المنير للفيومي، ص: ٤، مادة (ء ث ر)، لسان العرب لابن منظور، ٤/ ٥، مادة (أثر).

(٢) مقاييس اللغة، المرجع السابق.

(٣) التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي، ص: ٣٨.

(٤) ينظر: أثر العجز برد المغصوب، للحسن العسيري، بحث محكم، مجلة العدل، العدد الثاني والعشرون، ص: ١١٣، أثر المسافة على طرفي الدعوى وطرق الإثبات لمحمد الهاشم، بحث محكم، مجلة الدراسات العربية، الجزء الثالث والثلاثون، العدد السادس، ص: ٣٣٠٦.

والتزامات، وقد استعمل نظام المعاملات المدنية هذا المصطلح، وعلى سبيل المثال ما ورد في المطلب المعنون بـ«آثار إبطال العقد وبطلانه»[(١)].

المطلب الثاني: التعريف بنزع ملكية العقار للمنفعة العامة:

عرَّف المنظم السعودي نزع ملكية العقار للمنفعة العامة بأنه: «استملاك العقارات -سواء أكانت مملوكة لفرد أو منشأة خاصة أو مصلحة حكومية- من أجل إنشاء أو توسيع المرافق والخدمات العامة، لتحقيق منفعة عامة»[(٢)]، ويلحظ على التعريف عدم بيان أن النزع مقابل تعويض عادل، وقد نصت المادة الثامنة عشرة من النظام الأساسي للحكم على أنه: «تكفل الدولة حرية الملكية الخاصة وحرمتها، ولا ينزع من أحد ملكه إلا للمصلحة العامة على أن يعوض المالك تعويضاً عادلاً».

عليه، يمكن أن نعرِّف نزع ملكية العقار للمصلحة العامة بأنه: «امتياز ممنوح لجهة الإدارة للحصول على ملكية العقارات المملوكة لأشخاص القانون الخاص أو الحقوق العينية الأصلية جبراً وتحويلها إلى الملكية العامة للدولة تحقيقاً للنفع العام ومقابل تعويض عادل يدفع مسبقاً وعلى وفق إجراءات خاصة ينظمها القانون»[(٣)].

(١) وذلك من الباب الأول من القسم الأول، كما عنون فرع في «آثار عقد البيع»، وذلك في الباب الأول من القسم الثاني من نظام المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩١) وتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٤٤٤هـ.

(٢) المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لنظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار.

(٣) نزع الملكية للنفع العام لخالد الدليمي، ص: ١٧.

المطلب الثالث: التعريف بعقد التمويل العقاري:

قبل أن نعرِّف عقد التمويل العقاري، يجدر بنا الإشارة إلى تعريف المنظم السعودي لمصطلح التمويل، فقد عرَّفه في المادة الأولى من نظام مراقبة شركات التمويل بأنه: «منح الائتمان بعقود للأنشطة المنصوص عليها في هذا النظام»، وقد نُص على نشاط التمويل العقاري ضمن الأنشطة، وذلك في المادة العاشرة من النظام[1].

والائتمان: هو «عملية تزويد الأفراد والمؤسسات والمنشآت في المجتمع بالأموال اللازمة على أن يتعهد المدين بسداد تلك الأموال وفوائدها والعمولات المستحقة عليها، والمصاريف دفعة واحدة، أو على أقساط في تواريخ محددة»[2].

وتتكون عناصر العملية الائتمانية مما يلي[3]:

(١) فنصت المادة العاشرة من نظام مراقبة شركات التمويل، وما قرره البنك المركزي، على أنشطة التمويل، وهي:
١-التمويل الاستهلاكي. ٢-التمويل العقاري. ٣-الإيجار التمويلي. ٤-التمويل الجماعي بالدين. ٦-التمويل الاستهلاكي المصغر. ٧-التمويل الاستهلاكي المصغر من خلال التقنية المالية. ٨-الدفع بالآجل. ٩- تمويل المنشآت الصغيرة والمتوسطة. ١٠-تمويل الأصول الإنتاجية. ١١- تمويل بطاقات الائتمان. ١٢- إعادة التمويل.

(٢) البنوك المركزية والسياسات النقدية ليسرا السامرائي وزكريا الدوري، ص: ٦٨.

(٣) ينظر: إدارة الائتمان المصرفي والتحليل الائتماني لحمزة الزبيدي، ص: ١٨، موسوعة البنوك والائتمان السياسية الائتمانية للبنوك لأحمد علي، ص: ٦٦، البنوك المركزية والسياسات النقدية ليسرا السامرائي وزكريا الدوري، ص: ٦٨.

أولاً: وجود العلاقة بين الدائن والمدين: وهي أن تتوافر الثقة فيما بينهما، وتعتبر الثقة «أساس كل عملية من عمليات الائتمان» و«روح الائتمان»(١).

ثانياً: وجود دين: وهو المبلغ (النقدي أو العيني).

ثالثاً: الأجل، أو الفارق الزمني: وهي الفترة بين منح الدين وسداده.

رابعاً: المخاطرة: وذلك في وجود احتمال لعدم قدرة المستفيد على سداد الدين.

وقد عرَّف المنظم السعودي عقد التمويل العقاري في نظام التمويل العقاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٠) بتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ، بأنه: «عقد الدفع الآجل لتملك المستفيد للسكن»(٢)، وقد افترق المنظم السعودي عن الأنظمة المقارنة، والتي جعلت القرض أساسًا وصورة لعملية التمويل العقاري(٣)، وذلك لأن أخذ المال على القرض -الدين- يعد من الربا المجمع على تحريمه شرعاً(٤)، وقد نصت المادة الثالثة من نظام التمويل العقاري على أنه: «يزاول الممول العقاري أعمال التمويل العقاري بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية؛ بناء على ما تقرره اللجان الشرعية المشار إليها في المادة (الثالثة) من نظام مراقبة شركات التمويل، وبما

(١) ينظر: موسوعة البنوك والائتمان السياسية الائتمانية للبنوك لأحمد علي، ص: ٦٦.
(٢) المادة الأولى من نظام التمويل العقاري.
(٣) ينظر: المسؤولية العقدية للممول في عقد التمويل العقاري لأحمد محمد هشام، بحث محكم، المجلة القانونية، العدد الرابع عشر، المجلد الثامن، ص: ٥٠٨٩.
(٤) ينظر: المغني لابن قدامة، ٤/ ٣، والإجماع لابن المنذر، ص: ٩٩.

لا يخل بسلامة النظام المالي وعدالة التعاملات». وقد أخذ المنظم بعدة صيغ إسلامية للتمويل - سيأتي بيانها في المبحث القادم إن شاء الله-.

ويلحظ أن عقد التمويل العقاري في النظام السعودي يتميَّز بعدة خصائص:

أ-أنه عقد ائتمان، وذلك بتوافر عناصره من الدين والأجل والمخاطرة والثقة بين الدائن والمدين.

ب-أن غرض المستفيد للتملك يكون لأجل السكن في العقار الممول.

مما يتبيَّن معه أنه في حال تخلف قيد من هذه القيود يخرج العقد عن مفهوم عقد التمويل العقاري، وبالتالي لا تُطبَّق عليه الأحكام الخاصة بعقود التمويل العقاري المنصوص عليها في النظام.

المبحث الثاني
بيان طبيعة عقد التمويل العقاري

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: صيغ التمويل العقاري:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الصيغ النموذجية لعقد التمويل العقاري:

تتعدد صيغ التمويل العقاري، وأبرزها (المرابحة، الاستصناع، والإجارة المنتهية بالتمليك، والإجارة الموصوفة في الذمة المنتهية بالتمليك، والمشاركة المتناقصة، والاستثمار المشترك)[١]، ومن الصيغ المناسبة للأفراد والمستخدمة لدى المؤسسات التمويلية: صيغة المرابحة والإجارة المنتهية للتمليك، وأخذت بها كثير من المؤسسات التمويلية كبنك البلاد[٢]، والبنك الأهلي السعودي[٣]، وشركة أملاك العالمية[٤]،

(١) ينظر: المسائل المستجدة في التمويل العقاري، لفيصل ميغل، ص: ٦٣.

(٢) ينظر: الدليل الشرعي للتمويل العقاري، المعدّ من قبل الأمانة العامة للهيئة الشرعية في بنك البلاد، والموافق عليه من قبل الهيئة الشرعية في البنك بالقرار رقم (١٣٧) وتاريخ ١٦/ ١٠/ ١٤٣٥هـ، ص: ٢٥ وما بعدها.

(٣) ينظر: صيغ التمويل العقاري، الموقع الرسمي للبنك الأهلي السعودي.

https://2u.pw/w4LKhMI

(٤) ينظر: صيغ التمويل العقاري، الموقع الرسمي لشركة أملاك العالمية للتمويل.

https://2u.pw/cm9IC62

والبنك السعودي للاستثمار[1]، وغيرها[2].

وقد وضع البنك المركزي السعودي صيغة نموذجية لهاتين الصيغتين، لكونها المستخدمة لدى معظم الجهات التمويلية، وذلك وفقًا لما تضمنه التعميم الصادر برقم: (٣٩١٠٠٠٠٨٢٢٢٠) وتاريخ: ٢٣/ ٠٧/ ١٤٣٩هـ، والتعميم الصادر برقم (٤١٠٣٨٥٠٤) وتاريخ ٠١/ ٠٦/ ١٤٤١هـ بشأن تحديث الصيغة النموذجية، واستند البنك المركزي إلى الصلاحيات الممنوحة له بموجب نظام مراقبة البنوك ونظام مراقبة شركات التمويل، وإلى الفقرة الثانية من المادة التاسعة من اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري، والتي نصت على أنه: «للبنك المركزي وضع صيغ نموذجية لعقود التمويل العقاري، وعلى الممول العقاري الالتزام بتلك الصيغ النموذجية ما لم ينص على غير ذلك»، وإلى الفقرة الثانية من المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي، التي نصت على أنه: «للبنك المركزي إقرار صيغ نموذجية لعقود الإيجار التمويلي تراعي حقوق الأطراف ذات العلاقة».

(١) ينظر: صيغ التمويل العقاري، الموقع الرسمي للبنك السعودي للاستثمار.

https://2u.pw/N6wVUQW

(٢) تمثّل عقود المرابحة والإيجار المنتهي بالتمليك والتورق ما نسبته تقريباً ٩٨٪ من عقود التمويل المتوافقة مع الشريعة الإسلامية، وفقاً للتقرير الشهري الصادر من البنك المركزي المنشور عبر الموقع الإلكتروني للبنك، على الرابط:

https://www.sama.gov.sa/ar-sa/EconomicReports/Pages/MonthlyStatistics.aspx

وستقتصر الدراسة على معالجة النازلة في صيغتي المرابحة والإجارة المنتهية بالتمليك، لكونها الأكثر استخدامًا في التطبيقات العملية.

الفرع الثاني: التعريف بصيغة التمويل بطريق المرابحة:

أولًا: المرابحة في اللغة والاصطلاح:

المرابحة مصدر من الفعل «ربح»، وتعني النماء والزيادة[١]، وعُرِّف بيع المرابحة لدى الفقهاء المتقدمين بعدة تعريفات أبرزها:

أ- عرفه المرغيناني من الحنفية بأنه: «نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح»[٢].

ب-عرَّفه ابن رشد من المالكية فقال: «أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحًا ما للدينار أو الدرهم»[٣].

ج- عرَّفه الماوردي من الشافعية بقوله: «وأما بيع المرابحة فصورته أن يقول: أبيعك هذا الثوب مرابحة على أن الشراء مئة درهم وأربح في كل عشرة واحدًا»[٤].

د- عرَّفه ابن قدامة من الحنابلة بأنه: «أن يخبر برأس ماله ثم يبيع به ويربح»[٥].

(١) ينظر: لسان العرب لابن منظور، ٢/ ٤٤٢، مادة (ربح).
(٢) الهداية للمرغيناني، ٣/ ٥٦.
(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، ٣/ ٢٢٩.
(٤) الحاوي الكبير للماوردي، ٥/ ٢٧٩.
(٥) الكافي لابن قدامة، ٢/ ٥٤.

عليه، فيكون جماع هذه التعاريف بأن بيع المرابحة: «بيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح معلوم متفق عليه بين المتعاقدين»[(١)].

ثانيًا: حكم بيع المرابحة في الفقه والنظام:

نُقل الإجماع على مشروعية بيع المرابحة، وممن نقله الطبري[(٢)]، وابن قدامة[(٣)]، وذلك لأن المرابحة نوع من أنواع البيوع، وقد قال تعالى في محكم تنزيله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [سورة البقرة: ٢٧٥].

وقد أشار نظام المعاملات المدنية إلى بيع المرابحة، وذلك في الفصل المتعلق بعقد البيع، فنص في المادة السادسة عشرة بعد الثلاثمائة منه على أنه: «إذا حدد الثمن بناءً على رأس مال البائع في المبيع مرابحة أو وضيعة أو تولية، وجب عليه أن يبين كل ما له تأثير في رأس ماله، وللمشتري طلب إبطال العقد إذا كتم البائع أمراً ذا تأثير في رأس المال».

ثالثًا: تعريف بيع المرابحة للآمر بالشراء:

بيع المرابحة للآمر بالشراء، شاع استخدامه في الوقت الحاضر لدى الجهات التمويلية، وعُرِّف بعدة تعريفات أبرزها:

أ- «بيع المؤسسة إلى عميلها (الآمر بالشراء) سلعة بزيادة محددة على ثمنها أو تكلفتها بعد تحديد تلك الزيادة (ربح المرابحة) في الوعد، وتسمى

(١) بيع المرابحة لأحمد ملحم، ص: ٣٠.
(٢) اختلاف الفقهاء للطبري، ص٧٥.
(٣) المغني لابن قدامة، ٤/ ١٣٦.

المرابحة المصرفية لتمييزها عن المرابحة العادية، وتقترن المرابحة المصرفية بتأجيل الثمن مع أن هذا التأجيل ليس من لوازمها، فهناك مرابحة حالَّة أيضاً، وحينئذ يقتصر البائع على الربح الأصلي دون مقابل الأجل»[(١)].

ب- «أن يتقدم العميل إلى المصرف طالبًا منه شراء السلعة المطلوبة بالوصف الذي يحدده العميل، وعلى أساس الوعد منه بشراء تلك السلعة مرابحة بالنسبة التي يتفقان عليها ويدفع الثمن مقسطًا حسب إمكانيته»[(٢)].

وعُرِّف بيع المرابحة للآمر بالشراء في العقار بـ: «أن تقوم الجهة التمويلية بشراء العقار الذي يرغب فيه العميل، ومن ثم يقوم ببيعه على العميل بربح»[(٣)].

عليه، يتبيَّن أن بيع المرابحة للآمر بالشراء عقد مركب، يتكون من العناصر التالية[(٤)]:

١-طلب العميل السِّلعة من المصرف ووعده بشرائها منه.

(١) المعايير الشرعية، الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم (٨) الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية «أيوفي»، ص: ٢٢٤.

(٢) تطوير الأعمال المصرفية لسامي حسن محمود، ص٤٣٢.

(٣) تحقيق أقوال الفقهاء في بيع المرابحة للآمر بالشراء، لأيمن صالح، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، المجلد (٣٠)، العدد (٣)، ص٧، فقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارناً بالقوانين الوضعية لمحمد تقي العثماني، ١/ ٦١٤.

(٤) ينظر: بيع المرابحة للآمر بالشراء لحسام عفانة، ص: ١٧، تحقيق أقوال الفقهاء في بيع المرابحة للآمر بالشراء لأيمن صالح، ص: ٩.

٢- شراء البنك السلعة التي أمره العميل بشرائها بثمن حدده العميل.

٣- بيع البنك السلعة للعميل مرابحة بعد دخولها في ملكه.

رابعًا: حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء:

لم نقف على خلاف بين الفقهاء في جواز هذه الصورة من بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا كان الوعد غير ملزم[(١)]، لما سبق ذكره من الأدلة الدالة على مشروعية بيع المرابحة، ولأن الأصل في المعاملات الإباحة، وقد صدر قرار المجمع الفقه الإسلامي رقم ٤٠ - ٤١ (٥/ ٢ و٥/ ٣)، ونص فيه على: «أن بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعاً، هو بيع جائز، طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم، وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه»، وعلى أن «الوعد -وهو الذي يصدر من الآمر أو المأمور على وجه الانفراد- يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد».

وأخذ نظام المعاملات المدنية بلزوم الوعد وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة الثالثة والأربعون من أنه: «لا يكون الوعد الذي يتعهد بمقتضاه أحد الطرفين أو كلاهما بإبرام عقدٍ في المستقبل ملزماً إلا إذا عُيِّنت المسائل الجوهرية في العقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها، وتوفرت

(١) ينظر: البنوك الإسلامية وبيع المرابحة للآمر بالشراء لعبد العزيز عيون، ص: ٧٤.

شروطه عند إنشاء الوعد، بما في ذلك أيّ شروطٍ شكلية تشترطها النصوص النظامية لذلك العقد».

خامسًا: نشأة مصطلح المرابحة للآمر بالشراء:

اختلف الباحثون في نشأة مصطلح المرابحة للآمر بالشراء على قولين:

القول الأول: أن نشأة مصطلح بيع المرابحة يعود إلى عام ١٩٧٦م، حيث أوردها الباحث سامي حسن محمود في رسالته للدكتوراه والمعنونة بـ: «تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية» والمقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة[١].

القول الثاني: أن الفقهاء المتقدمين عرفوا بيع الآمر بالشراء بهذا المصطلح، وقد استعملوا صورته[٢]، ومن ذلك ما جاء عند ابن القيم في إعلام الموقعين: «رجل قال لغيره: اشتر هذه الدار -أو هذه السلعة من فلان- بكذا وكذا، وأنا أربحك فيها كذا وكذا، فخاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يريدها، ولا يتمكن من الرد، فالحيلة أن يشتريها على أنه بالخيار ثلاثة أيام أو أكثر، ثم يقول للآمر: قد اشتريتها بما ذكرت، فإن أخذها منه، وإلا تمكن من ردها على البائع بالخيار، فإن لم يشترها الآمر إلا بالخيار فالحيلة أن يشترط له خيارًا أو نقص من مدة الخيار التي اشترطها هو على البائع؛ ليتسع له زمن الرد إن ردت عليه»[٣]، وقال الشافعي في الأم: «وإذا أرى الرجلُ الرجلَ السلعة،

(١) ينظر: بيع المرابحة للآمر بالشراء لحسام الدين عفانة، ص: ١٤.
(٢) ينظر: فقه المرابحة في التطبيق الاقتصادي المعاصر لعبد الحميد البعلي، ص: ٨٤.
(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم، ٤/ ٣٢.

فقال: اشتر هذه وأربحك فيها كذا. فاشتراها الرجل: فالشراء جائز، والذي قال: أربحك فيها: بالخيار، إن شاء أحدث فيها بيعًا، وإن شاء تركه. وهكذا إن قال: اشتر لي متاعاً - ووصفه له - أو: متاعاً أيَّ متاع شئت وأنا أربحك فيه: فكل هذا سواء، يجوز البيع الأول، ويكون هذا فيما أعطى من نفسه بالخيار. وسواء في هذا ما وصفت إن كان قال: أبتاعه وأشتريه منك بنقد أو دين: يجوز البيع الأول، ويكونان بالخيار في البيع الآخر، فإن جدداه جاز»[1].

ويتبيَّن لنا مما سبق، أن بيع المرابحة نوع من البيوع، وقد يكون بيعًا بسيطًا إذا كان البائع يملك السلعة وباعها بربح على المشتري دون أن يسبق هذا أمر بالشراء من المشتري ووعد منه بشراء السلعة، ويكون بيعاً مركبًا إذا احتاج العميل لسلعة وطلب من الجهة التمويلية شراء السلعة، ووعده للجهة بشراء السلعة بربح متفق عليه، فتقوم الجهة التمويلية بشراء السلعة ثم تبيعها على العميل بربح معلوم إلى أجل معلوم.

الفرع الثالث: التعريف بصيغة التمويل بطريق الإجارة المنتهية بالتمليك:

أولًا: تعريف عقد الإجارة:

قبل أن نعرِّف عقد الإيجار المنتهي بالتمليك، تجدر الإشارة إلى تعريف عقد الإجارة والإطار التنظيمي له؛ وذلك للارتباط الوثيق بينهما.

عرَّف نظام المعاملات المدنية عقد الإجارة بأنه: «عقد يُمَكِّنُ بمقتضاه المؤجر المستأجر من الانتفاع مدةً معينةً بشيءٍ غير قابل للاستهلاك مقابل

(١) الأم للشافعي، ٣/ ٣٩.

أجرةٍ»[١]، وهذا ما يتفق مع تعريف ومفهوم الفقه الإسلامي لعقد الإجارة، ومن أبرز التعريفات ما يأتي:

أ-جاء عند الحنفية أن الإجارة: «بيع منفعة معلومة بأجر معلوم»[٢].

ب- وجاء عند المالكية أن الإجارة: «تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض»[٣].

ج- وجاء عند الشافعية أن الإجارة: «عقد على منفعة مقصودة معلومة مباحة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم»[٤].

د- وجاء عند الحنابلة أن عقد الإجارة: «عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئًا فشيئًا»[٥].

ثانيًا: مشروعية عقد الإجارة:

نقل الإمام الشافعي[٦] وابن المنذر[٧] الإجماع على مشروعيته.

وينظِّم أحكام عقد الإجارة في المملكة العربية السعودية نظام المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩١) بتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٤٤٤هـ، والمستمدة أحكامه من الفقه الإسلامي.

(١) المادة السابعة بعد الأربعمائة من نظام المعاملات المدنية.
(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي، ٥/ ١٠٥.
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدسوقي ٤/ ٢.
(٤) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشربيني، ٣/ ٤٣٨.
(٥) كشاف القناع على متن الإقناع للبهوتي، ٣/ ٥٤٦.
(٦) الأم للشافعي، ٤/ ٢٦.
(٧) الإجماع لابن المنذر، ص: ١٠٦.

ثالثًا: تعريف الإجارة المنتهية بالتمليك:

عُرِّفت الإجارة المنتهية بالتمليك بعدة تعريفات، أبرزها:

أ- «أسلوب من أساليب التمويل الإسلامية يقوم بمقتضاه الممول (المؤجر) بتمليك منفعة أصل رأسمالي (عقار أو منقول) مملوكًا له مقابل التزام المستأجر بدفع عوض مالي محدد في حدود قيمة الأصل الرأسمالي، خلال مدة زمنية محددة في حساب توفير لدى إحدى حساب المؤسسات المالية الإسلامية وفق آلية محددة، على أن يلزم الممول ببيع هذا الأصل الرأسمالي أو هبته للمتمول في نهاية المدة المحددة بناء وعد مسبق»[(١)].

نوقش: بعدم وجود ما يلزم من إيداع العوض المالي في حساب توفير لدى إحدى حساب المؤسسات المالية الإسلامية، وأن لطرفي العقد الاتفاق على آلية دفع العوض.

ب- «تمليك المنفعة، ثم تمليك العين نفسها في آخر المدة»[(٢)].

نوقش: بأنه تعريف غير جامع، لأنه لم يبيِّن أحد العناصر الجوهرية، وذلك بكون الإجارة المنتهية بالتمليك عقداً بين طرفين يتضمن تمليك المنفعة بمبلغ مقسط، ومن ثم تمليكها للمستأجر وفقاً للاتفاق بينهما.

(١) عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، دارسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية لمحمد الرشيدي، ص: ١٤.

(٢) الإيجار المنتهي بالتمليك للشاذلي، بحث محكم، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الخامس، ٤/ ٢٦١٢.

ج- «عقد على سلعة بين طرفين على أنها إجارة بمبلغ معيَّن مقسط في أوقات محددة، ينتهي بتملك الطرف الآخر بحسب الاتفاق والشروط»[1]، وهذا هو التعريف المختار لعقد الإجارة المنتهية بالتمليك لكونه اشتمل على العناصر الجوهرية لعقد الإجارة المنتهية بالتمليك.

رابعًا: نشأة وتطور عقد الإيجار التمويلي:

لم يعرف المتقدمون عقد الإجارة المنتهية للتمليك بهذا المفهوم لكونه عقداً حديث النشأة، حيث نشأ ما يعرف بالإيجار التمويلي، في الولايات المتحدة الأمريكية، عند تأسيس شركة (Boothe Leasing Corp.) عن طريق رجل الأعمال (D.p. Boothe Junior) في عام ١٩٥٢م، وذلك أثناء الحرب الكورية حينما طلبت منه القوات المسلحة توريد كمية من الأغذية تفوق قدرته الإنتاجية، وأثناء بحثه عن الحلول وصل إلى فكرة الاستئجار بدلًا من الشراء ولكنه لم يجد المعدات المطلوبة، غير أنه وجد بعد فوات الصفقة جدوى من فكرة تأجير المعدات الإنتاجية، كونها مصدراً للأرباح الطائلة[2]، ثم سرت الفكرة وانتشرت في سائر الأقطار، مع التعدد في صور الإيجار التمويلي وصيغه وأشكاله.

(١) حكم الإجارة المنتهية بالتمليك لمحمد العصيمي، ص: ٦.

(٢) ينظر: عقود الإيجار التمويلي لخلاف خضر، وبلولة أكرم، مجلة الاقتصاد الصناعي، العدد الثاني عشر، ص: ٢٦٣، النظام القانوني لعقد التأجير بالتمويل لوليد ماهر، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد التاسع والثلاثون، ص: ٧١٧.

وفي المملكة العربية السعودية نُظِّم عقد الإيجار التمويلي في نظام الإيجار التمويلي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٤٨) بتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ، ونُص في النظام على جواز انتقال ملكية الأصول المؤجرة للمستأجر وفقاً لأحكام العقد المبرم بين الطرفين، فنصت المادة الثانية من نظام الإيجار التمويلي على ما يأتي: «١- يعد عقدًا إيجاريًّا تمويليًّا كل عقد يقوم المؤجر فيه بإيجار أصول ثابتة أو منقولة، أو منافع، أو خدمات، أو حقوق معنوية بصفته مالكًا لها، أو لمنفعتها، أو قادرًا على تملكها، أو قادرًا على إقامتها، وذلك إذا كان حصول المؤجر عليها لأجل تأجيرها على الغير على سبيل الاحتراف، وتوضح اللائحة ذلك.

٢- دون إخلال بأحكام تملك العقار لغير السعوديين، يجوز انتقال ملكية الأصول المؤجرة للمستأجر وفقًا لأحكام العقد، إما بشرط يعلق التملك على سداد دفعات العقد، أو سدادها مع مبلغ محدد، أو بوعد بالبيع بثمنٍ رمزي، أو بثمنٍ يتفق عليه في العقد، أو بقيمة الأصل وقت إبرام عقد البيع، أو بالهبة».

ويُعد عقد الإيجار التمويلي عقدًا مركباً[1]، فهو في الأصل يتكون من عدة عقود، وعقدين على الأقل: عقد التوريد من المورد للمؤجر، وعقد التأجير من المؤجر للمستأجر، إذا كان عقداً تمويلياً دون اشتراط التملك في نهاية العقد، ويتكون في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من العقدين المشار لهما سلفاً، ومن عقد البيع أو الهبة بحسب ما يُتفق عليه بين المتعاقدين.

(١) ينظر: التعليق على نظام الإيجار التمويلي لعلي الجلولي، ص: ٢ وما بعدها.

ويمكن القول بأن العقد التمويلي في النظام، يُشترط فيه توافر ثلاثة عناصر:

الأول: وجود ثلاثة أشخاص، المستأجر، والمؤجر، والمورِّد أو المنتِج[1].

الثاني: أن يكون المؤجر شركة مساهمة مرخصة.

الثالث: أن يكون المؤجر اكتسب ملكية العين لغرض تأجيرها على سبيل الاحتراف.

خامسًا: حكم عقد الإجارة المنتهي بالتمليك:

أجاز عقد الإجارة المنتهية بالتمليك مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم قرار رقم: (١١٠) (١٢/ ٤)، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) في المعيار الشرعي رقم (٩) من المعايير الشرعية[2] الصادر منها بعدة ضوابط شرعية، أبرزها أن يوجد في عقد الإجارة المنتهية بالتملك عقدان منفصلان يستقل كل منهما عن الآخر، زمانًا بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتمليك في نهاية مدة الإجارة، وأن لا يكون عقد الإجارة ساتراً لعقد البيع، وأما الصورة الممنوعة وهي

(١) عرَّف نظام الإيجار التمويلي كل من المؤجر والمستأجر والمورد والمنتج، على النحو الآتي:
المؤجر: الشركة المساهمة المرخص لها بمزاولة الإيجار التمويلي.
المستأجر: من يملك منفعة الأصل المؤجر بموجب العقد.
المنتج: من يقوم بإنتاج الأصل المؤجر.
المورد: من يورد الأصل المؤجر.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص: ٢٤١ وما بعدها.

أن يرد عقدان مختلفان، في وقت واحد، على عين واحدة، في زمن واحد، وعلى الصورة الممنوعة هذه، وصدر قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم (١٩٨) وتاريخ ٣/ ١١/ ١٤٢٠هـ بشأن تحريم هذا العقد.

المطلب الثاني: نوع عقد التمويل العقاري:

الفرع الأول: نوع عقد التمويل العقاري من حيث التسمية:

تنقسم العقود من حيث التسمية وعدمها إلى قسمين[١]:

القسم الأول: العقود المسماة:

وهي العقود التي نظَّمها المنظِّم باسم معين وحدد شروطها وآثارها.

القسم الثاني: العقود غير المسماة:

وهي العقود التي لم تحظ بتنظيم خاص لأحكامها ولم تخص باسم.

وتعود أهمية التفريق إلى أن العقود المسماة يُرجع في تحديد الأحكام الواجب تطبيقها على كل منها إلى التنظيم القانوني الخاص فيها، فإن لم يرد فيه نص خاص، فيرجع للأحكام العامة، أما العقود غير المسماة فيرجع بشأنها إلى القواعد العامة والتي تحكم جميع العقود، أو إلى أحكام أقرب عقد مسمى إن لم تنظِّم الأحكام العامة بعض المسائل الواردة في العقد غير المسمى[٢].

(١) ينظر: نظرية العقد لعبد القادر قرعاوي، ص: ٥٢، الوسيط شرح القانون المدني للسنهوري، ص: ١٤٩.

(٢) ينظر: نظرية العقد لمحيي الدين إسماعيل، ص: ١٣٥، دروس في نظرية الالتزام لمحمد لبيب، ص: ٣٦.

وتطبيقاً لذلك على عقد التمويل العقاري -محل الدراسة- فإن تكييف العقد بأنه مسمى أو غير مسمى يخضع للتفصيل وفقاً للصيغة التمويلية، وبيان ذلك على النحو الآتي:

أولاً: أن عقد التمويل العقاري بصيغة الإجارة المنتهية بالتمليك عقد مسمى، حيث نُظِّم بنظام الإيجار التمويلي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٤٨) بتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ.

ثانياً: أن عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة للآمر بالشراء، وإن عرفه الفقهاء المتقدمون مثل الإمام الشافعي وابن القيم، إلا أنه يعد من العقود غير المسماة، لعدم تنظيم أحكامه الخاصة والتفصيلية، على أنه عند التطبيق فإنه يأخذ الأحكام العامة للعقود، والأحكام الخاصة بالبيع في المسائل التفصيلية غير المنظمة في القواعد العامة.

الفرع الثاني: نوع عقد التمويل العقاري من حيث التركيب:

تنقسم العقود من حيث التركيب إلى قسمين[1]:

القسم الأول: عقد بسيط:

وهو ما اقتصر على عقد واحد، وقد يكون العقد مسمى أو غير مسمى، ويأخذ الأحكام المفصلة في المطلب الأول من المبحث الثاني.

(١) ينظر: الوسيط شرح القانون المدني للسنهوري، ص: ١٥٧، نظرية العقد لمحيي الدين إسماعيل، ص: ١٣٦.

القسم الثاني: عقد مركب:

وهو ما كان مزيجاً من العقود المختلطة في عقد واحد، والحكم الشرعي والقانوني في هذه الصورة أنه تطبق أحكام العقود المختلفة على كل عقد من العقود التي اشتملها العقد، فإن تعارضت أحكام هذه العقود التي تداخلت تعيَّن اختيار أحد العقود واعتباره العقد الأساسي.

وتطبيقًا لذلك على عقد التمويل العقاري -محل الدراسة- فإن عقد التمويل العقاري يعد من العقود المركبة، فعقد الإجارة المنتهية بالتمليك يتضمن عقد إجارة، وعقد هبة أو بيع، وعقد المرابحة للآمر للشراء يتضمن عدة عقود من الشراء والبيع، كما أن عقود التمويل العقاري تتضمن -وفقًا للنماذج المشار لها في هذا البحث- عقدَ رهن رسمي للأصل الممول أو ما يحل محله.

وبالتالي فيخضع كل عقد من العقود الواردة في عقد التمويل العقاري لحكمه الخاص به في أبواب المعاملات من كتب الفقه الإسلامي، وفي الأنظمة المرعية المتعلقة به، فالرهن الرسمي ينظم أحكامه نظام الرهن العقاري، والإجارة التمويلية ينظم أحكامها نظام عقد الإيجار التمويلي، والبيع ينظم أحكامه نظام المعاملات المدنية.

الفرع الثالث: نوع عقد التمويل العقاري من حيث الزمن:

تنقسم العقود من حيث الزمن إلى قسمين[1]:

(١) ينظر: النظرية العامة للالتزام لجابر محجوب ومحمد عبد الصادق وطارق جمعة، ص: ٦١ وما بعدها، النظرية العامة للالتزام لمحمد البدوي، ص: ٤٥، الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري، ص: ١٦٥.

القسم الأول: العقد الفوري:

وهو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، وذلك بألا يكون الزمن عنصرًا في مقدار الأداء والالتزام الناشئ عنه، فيكون التنفيذ في الأصل فورياً، ولو كان الثمن مؤجلاً، وذلك لأن الزمن يعد عنصراً عرضياً، ولا فرق في كون الأجل وتأجيل الثمن عنصراً إجبارياً أو اختيارياً في تحديد نوع العقد.

القسم الثاني: العقد الزمني أو عقد المدة:

وهو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، أي أنه المقياس الذي يقدر به محل العقد، ويمثل لهذا النوع من العقود بعقد الإجارة وعقد العمل، فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة، والزمن عنصر جوهري فيه؛ لأنه هو الذي يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها.

وتظهر أهمية التقسيم في الآثار المترتبة على كل من العقد الزمني والعقد الفوري، حيث إن الزمن يعد عنصراً جوهرياً في العقود الزمنية، بخلاف العقد الفوري، وبيان ذلك على النحو الآتي:

أولاً: في حالة فسخ العقد، ففي العقود الفورية، إذا فُسخ العقد أو انفسخ، فإن ذلك يكون بأثر رجعي، بإعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، بخلاف العقود الزمنية فلا يكون الفسخ أو الانفساخ بأثر رجعي، بل من وقت الفسخ أو الانفساخ، لأن ما نفذ لا يمكن الرجوع فيه.

وقد نص نظام المعاملات المدنية في المادة الحادية عشرة بعد المائة على ما يأتي:

«١- في حالتي فسخ العقد أو انفساخه يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وإذا استحال ذلك فللمحكمة أن تقضي بالتعويض.

٢- إذا كان العقد من العقود الزمنية فلا يكون للفسخ أو الانفساخ أثرٌ رجعيٌّ، وللمحكمة أن تقضي بالتعويض إن وجد له مقتضٍ».

ثانياً: في حالة وقف تنفيذ العقد بسبب أجنبي، ففي العقد الزمني يترتب على وقف تنفيذه نقص الثمن بقدر نقص المدة التي أوقف فيها العقد، وزوال جزء منه، إذ تمحى آثاره خلال المدة التي وقف تنفيذه بخلاف العقد الفوري فوقف التنفيذ لا يتجاوز أن يكون إرجاء للعقد دون أن يتأثر العقد.

وقد نص نظام المعاملات المدنية في الفقرة الثانية من المادة العاشرة بعد المائة على أنه: «إذا كانت الاستحالة جزئيَّةً انقضى الالتزام في الجزء المستحيل وما يقابله فقط، ويسري هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود الزمنية، وفي كلتا الحالتين يجوز للدائن طلب فسخ العقد، وللمحكمة رفض طلب الفسخ إذا كان القدر المستحيل قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام».

ثالثاً: أن العقود الزمنية تعتبر مجال نظرية الظروف الطارئة الطبيعي، أما العقود الفورية فلا تطبق عليها النظرية إلا إذا كان تنفيذها مؤجلًا.

وتطبيقاً لذلك على عقد التمويل العقاري، فقد اختلف الباحثون في تحديد طبيعة عقد التمويل العقاري إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: أن عقد التمويل العقاري يعد من العقود فورية التنفيذ، ولا يعد من العقود الزمنية، وذلك لأن الزمن لا يتدخل في تحديد مقدار التزامات الأطراف، إذ يُتصور الاتفاق دون تدخل عنصر الزمن، وأن وجود الأقساط وتحديد آجالها أمر اتفاقي وتنظيمي، كما يجوز للمستفيد تعجيل السداد بالسداد المبكر(١).

الاتجاه الثاني: أن عقد التمويل العقاري يعد من العقود الزمنية، وذلك لأنه ائتمان طويل الأجل، فالزمن يعد عنصرًا جوهريًا فيه(٢).

ويظهر لنا أن عقد التمويل العقاري في النظام السعودي يكون من العقود الزمنية تارة، ومن العقود الفورية تارة أخرى، وذلك بحسب الصيغة التمويلية، فعقد الإجارة المنتهية بالتملك يكون من ضمن عقود المدة، إذ إن الزمن هو العنصر الجوهري في تحديد مقدار الأداء، وأما عقد التمويل بصيغة المرابحة للآمر بالشراء فهو من العقود الفورية في التنفيذ، وذلك لأن الزمن ليس عنصرًا جوهريًا فيه، فللمستفيد تعجيل السداد، بالسداد المبكر، وأما تحديد الآجال فإجراء اتفاقي بين الأطراف.

(١) ينظر: النظام القانوني للتمويل العقاري للصغير مهدي، ص: ١٤٠، نحو تنظيم قانوني لعقد القرض العقاري سجى هذال، ص: ٣٠.
(٢) ينظر: الموجز في شرح القانون المدني لعبد المجيد الحكيم، ص: ٥٠.

المبحث الثالث
أثر نزع ملكية الأصل الممول على عقد التمويل العقاري

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حالة نزع ملكية العقار بصيغة الإجارة المنتهية بالتمليك:

نظَّم نظام الإيجار التمويلي حكم حالة نزع ملكية الأصل المموَّل، فنصت المادة الثالثة والعشرون منه على أنه: «إذا صدر عن السلطات المختصة ما يمنع الانتفاع الكلي بالأصل المؤجَّر دون سبب من المستأجر، ينفسخ عقد الإيجار وتسقط الأجرة من وقت المنع»؛ مما يبيِّن لنا أن نظام الإيجار التمويلي عالج المسألة بتقرير انفساخ العقد المبرم بين الممول والمتمول.

كما نص نموذج الصيغة الموحدة لعقد التمويل العقاري الصادرة من البنك المركزي المعممة برقم: (٣٩١٠٠٠٠٨٢٢٢٠) وتاريخ: ٢٣ / ٠٧ / ١٤٣٩هـ على تقرير ذلك، والنص على آثار انفساخ العقد، فنص في النموذج على أنه: «يترتب على نزع الدولة لملكية الأصل المؤجر للمصلحة العامة أثناء سريان العقد وإخلاء المستأجر منه فسخ العقد، واستحقاق المؤجر -من مبلغ التعويضات إن وجدت- لمبلغ لا يتجاوز المتبقي من مبلغ التمويل، ويستحق المستأجر بعد خصم قيمة الدفعات المستحقة وغير المدفوعة قيمة حق التملك من مبلغ التعويضات المتحصلة من نزع ملكية الأصل المؤجر».

ويتفق الفقه الإسلامي مع النظام السعودي في تقرير انفساخ عقد الإجارة التمويلية حال تعذر الانتفاع الكلي بالأصل المؤجر إذا صدر من السلطات المختصة ما يمنع الانتفاع الكلي[١]، وذلك في عدة فروع فقهية، كهلاك العين المستأجرة، وكانقطاع الماء عن الأرض المستأجرة[٢].

قال الخرشي: «تنفسخ إجارة الحوانيت إذا أمر السلطان بإغلاق الحوانيت، ولم يتمكن المشتري من المنفعة، وهو المشهور، والمراد بالسلطان هنا ذو القهر»[٣].

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «وأما الجوائح في الإجارة فنقول لا نزاع بين الأئمة أن منافع الإجارة إذا تعطلت قبل التمكن من استيفائها سقطت الأجرة لم يتنازعوا في ذلك، كما تنازعوا في تلف الثمرة المبيعة، لأن الثمرة هناك قد يقولون: قُبضت بالتخلية، وأما المنفعة التي لم توجد فلم تقبض بحال، ولهذا نُقل الإجماع على أن العين المؤجرة إذا تلفت قبل قبضها بطلت الإجارة وكذلك إذا تلفت عقب قبضها وقبل التمكن من الانتفاع؛ إلا خلافاً شاذاً حكوه عن أبي ثور»[٤].

(١) ينظر: فسخ عقد الإيجار التمويلي وآثاره في النظام السعودي لمحمد الأحمدي، مجلة الشريعة والقانون، العدد الواحد والثلاثون، المجلد الثالث، ص: ١٧.
(٢) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ١٩٨، المدونة الكبرى في فقه مالك، ٣/ ٥٣٥، الأم للشافعي، ٤/ ١٦، كشاف القناع للبهوتي، ٤/ ٢٨.
(٣) شرح مختصر خليل للخرشي، ٧/ ٣١.
(٤) مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية، ٥/ ٢٢٤.

المطلب الثاني: حالة نزع ملكية العقار الممول بصيغة المرابحة للآمر بالشراء:

لا تخلو حالة نزع ملكية العقار الممول في عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة للآمر بالشراء من حالتين:

الأولى: أن يكون نزع ملكية الأصل الممول قبل تسليم العقار من الجهة التمويلية للمستفيد.

الثانية: أن يكون نزع ملكية الأصل الممول بعد تسليم العقار من الجهة التمويلية للمستفيد.

ففي الحالة الأولى، فمن المتقرر أن العقار (محل التمويل) إذا هلك أو تعذَّر تسليمه، ومن ذلك نزع ملكية الأصل الممول أو غيره من الأسباب فهي من ضمان البائع -الجهة التمويلية-، ولا يتحمل العميل أي شيء من ذلك، وقد صدر بشأن ذلك عدة قرارات من المجامع الفقهية ومنها:

أولًا: قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت ١ - ٦ جمادي الأولى ١٤٠٩هـ الموافق ١٠ - ١٥ كانون الأول ١٩٨٨م ونص الحاجة منه:

«بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوعي: (الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء) واستماعه للمناقشات التي دارت حولهما قرر: أولاً: أن بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور وحصول القبض المطلوب شرعاً هو بيع جائز طالما

كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه».

ثانياً: ما جاء في المعيار الثامن من المعايير الشرعية الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) في البند ٣ / ٢/ ٢: «الغرض من اشتراط قبض السلعة هو تحمل المؤسسة تبعة هلاكها، وذلك يعني أن تخرج السلعة من ذمة البائع وتدخل في ذمة المؤسسة، ويجب أن تخرج السلعة من ذمة البائع وتدخل في ذمة المؤسسة، ويجب أن تتضح نقطة الفصل التي ينتقل فيها ضمان السلعة من المؤسسة إلى العميل المشتري وذلك من خلال مراحل انتقال السلعة من طرف لآخر».

ويُستند لذلك من السنة النبوية، بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو، قال: «نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع واحد، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن»[(١)].

وأما في الحالة الثانية، وبعد قبض العميل للعقار، فيستقر البيع، ويصبح المبيع مالاً من أموال المشتري، ولا يجوز فسخ العقد أو التزام جهة التمويل

(١) أخرجه النسائي في سننه، كتاب البيوع، الحديث رقم (٤٦٣١)، ٧ / ٢٩٥، وأبو داود في سننه، كتاب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، الحديث رقم (٣٥٠٤)، ٣/ ٣٠٣، والترمذي في سننه، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، الحديث رقم (١٢٣٤)، ٢/ ٥١٥، وصححه الترمذي في سننه والألباني في إرواء الغليل، ٥/ ٢٢٣.

بأي تعويض للعميل[1]، وهذا متقرر بإجماع الفقهاء[2] قال ابن عبد البر: «سائر العروض من الحيوان -إلا الرقيق- وغير الحيوان من سائر العروض والمتاع، فالإجماع منعقد على أن ما قبضه المبتاع، وبان به إلى نفسه، فمصيبته منه»[3]، فيستحق العميل التعويض الممنوح من قبل الدولة على نزع ملكية عقاره، ويلتزم للجهة التمويلية بسداد الدين الذي عليه.

(١) المسائل المستجدة في التمويل العقاري لفيصل بيغل، ص: ١٦٩.
(٢) ينظر: مراتب الإجماع لابن حزم، ص ٨٤، الموسوعة الفقهية ١٢/ ٢٧٦.
(٣) الاستذكار لابن عبد البر، ٦/ ٢٨٠.

المبحث الرابع
أثر نزع ملكية العقار المسجّل
كضمان لعقد التمويل العقاري

مر فيما سلف بيان أثر نزع ملكية الأصل الممول على عقد التمويل العقاري بصيغتيه، وتبيَّن انفساخ عقد التمويل العقاري إذا كان بصيغة الإجارة المنتهية بالتمليك، وعدم انفساخ عقد التمويل العقاري إذا كان بصيغة المرابحة للآمر بالشراء، وحيث قرر نظام مراقبة شركات التمويل أن التمويل لا بد أن يكون بضمان، وأنه يُحظر على شركات التمويل منح تمويل دون ضمان سوى في حالات محددة، كما نصت المادة التاسعة من اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري على وجوب تضمُّن عقد التمويل العقاري الضمان والتأمين اللازم، وذلك لأن عقد التمويل العقاري يمتد لمدد طويلة، الأمر الذي تطلب معه وجود ضمان للجهة التمويلية، ويكون الضمان في عقود التمويل العقاري في غالب عمل الجهات التمويلية، الأصل الممول أو أصل آخر يعادله أو يفوقه في القيمة، وسنقصر دراستنا على فرضية نزع ملكية الرهن العقاري المسجَّل كضمان لعقد التمويل العقاري، وأثر نزعه على عقد التمويل العقاري، وبيان الأحكام المترتبة على ذلك، ببيان موقف النظام السعودي والفقه الإسلامي، وذلك في المطالب الآتية.

المطلب الأول: أثر نزع العقار المسجَّل كضمان لعقد التمويل العقاري في النظام:

نظَّم نظام الرهن العقاري المسجَّل أحكام هلاك الرهن العقاري المسجَّل، وذلك بالتفريق بين حالة التعدي أو التفريط من قبل الراهن، وبين حالة الهلاك أو النقص من غير سبب منه، وبيَّن المنظم في المادة الرابعة عشرة من النظام المشار له سلفًا أنه إذا كان الهلاك أو النقص من غير تعد أو تفريط أو تدليس ممن بيده العقار المرهون فإن ما بقي من هذا العقار أو ما حل محله يكون مرهوناً مكانه وفقًا لمرتبته.

وتُنزَّل حالة نزع الملكية للمصلحة العامة منزلة هلاك الرهن لاتحاد العلة، وهو فوات الرهن، وهذا ما يعبَّر عنه في القانون المقارن «بالهلاك القانوني» والذي تلحق أحكامه بأحكام الهلاك المادي[1]، وبهذا أخذت القوانين في مصر والكويت[2] فنص في قانونها المدني على أنه: «إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته على ذلك التعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة»[3].

(١) ينظر: التعلق على قانون نزع الملكية للمصلحة العامة لمحمد البكري، ص٨٦ وما بعدها.
(٢) ينظر: الموسوعة الوفية في شرح القانون المدني لأنور العمروسي، ص: ٢٥٢.
(٣) المادة (١٠٤٩) من القانون المدني المصري، والمادة (٩٨٩) من القانون المدني الكويتي.

ويعد ذلك تطبيقًا لنظرية الحلول العيني، فما حصل من نزعٍ لملكية العقار المرهون فإن الرهن ينتقل إليه ويكون مرهونًا بدله[١].

وقد ألمح المنظم السعودي إلى وضع معالجة نظامية لحالة انتقال الرهن إلى مبلغ التعويض حال نزع الملكية، فجاء في مشروع اللائحة التنفيذية لنظام نزع ملكية العقارات للمصلحة العامة الجديد[٢] في المادة الرابعة والعشرين على أنه: «يجوز رهن العقار المؤشر على سجله وصكه بقرار النزع، ويسلم التعويض للمرتهن في حساب مقيّد التصرف في حدود عقد الرهن، وللراهن حق السداد المبكر وفقًا لأحكام النظام واللائحة»، ونرى أن المعالجة النظامية بحاجة إلى تفصيل في أحكامها ببيان آلية فتح الحساب المقيَّد والجهة المختصة بالإشراف على هذه العملية، وغيره من الأحكام ذات الصلة.

المطلب الثاني: أثر نزع العقار المسجَّل كضمان لعقد التمويل العقاري في الفقه الإسلامي:

من خلال استقراء نصوص الفقهاء، نجد أن الفقه الإسلامي يتفق مع المعالجة التي توصل إليها المنظم في انتقال الرهن إلى بدله، وذلك حال هلاكه أو تلفه.

(١) شرح الحقوق العينية الأصلية والتبعية لأحمد مخلوف وفقًا لأحدث الأنظمة السعودية، ص: ١٦٠، الحقوق العينية التبعية لإبراهيم الدسوقي أبو الليل، ص: ٢٥٠.

(٢) المنشور عبر منصة (استطلاع) بتاريخ ١٧/ ١٠/ ٢٠٢٢م، على الرابط التالي:

https://istitlaa.ncc.gov.sa/ar/Finance/SPGA/therulesoftreatmentsofstaterealestate/Pages/default.aspx

جاء في بدائع الصنائع: «إذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون أخرى، فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء، لأنه بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون، فيثبت له الاختصاص ببدله، وهو الثمن... وإن كان الثامن مؤجلاً حُبس الثمن إلى وقت الحلول الأجل، لأنه بدل المرهون فيكون مرهونًا»(١).

وجاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: «ولو (تلف المرهون بآفة) سماوية أو بفعل من لا يضمن كحربي (بطل) الرهن لفواته بلا بدل ومحله أخذاً من التعليل إذا لم يكن مغصوباً، وإلا فهو مضمون على غاصبه بالقيمة فتؤخذ منه وتجعل رهنًا»(٢).

وجاء في المدونة: «قال مالك: فكذلك مسألتك إنما باع على رهن بعينه فليس له أن يصرفه إلى غيره قلت: أرأيت لو أني اشتريت سلعة من رجل على أن أرهنه عبداً لي ففعلت فدفعت إليه العبد الرهن وأخذت السلعة فمات العبد عنده أيبطل هذا البيع أم لا؟ قال: لا يبطل البيع ويكون جائزاً ولا يكون له أن يرجع عليك برهن آخر ويكون حقه عليك إلى أجله إن كان لذلك أجل أو حالا إذا لم تكونوا سميتم أجلاً»(٣).

(١) بدائع الصنائع للكاساني، ٨/ ٢٠٥.
(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي، ٤/ ٢٩٤.
(٣) المدونة الكبرى في فقه الإمام مالك، ٣/ ٢٠٢.

وجاء في المغني: «فصل: ولو أتلف الرهن في يد العدل أجنبي، فعلى الجاني قيمته، تكون رهناً في يده، وله المطالبة بها؛ لأنها بدل الرهن، وقائمة مقامه، وله إمساك الرهن»(١).

ونصت المعايير الشرعية الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) في المعيار رقم (٣٩) والمتعلق بالرهن وتطبيقاته المعاصرة على أن تلف المرهون لا يبطل الرهن إذا نشأ عن تلفه عوض عنه، وأن العوض يحل محل الرهن، حيث جاء في الفقرة (٣ / ١ / ٦): «يبطل الرهن بتلف المرهون إلا إذا نشأ عن تلفه عوض عنه فيحل محله..».

(١) المغني لابن قدامة، ٤/ ٢٦٦.

المبحث الخامس
أثر نزع ملكية العقار للمنفعة العامة على الأقساط المؤجلة

مر فيما سلف عدم تأثر نزع ملكية الأصل الممول على عقد التمويل العقاري وذلك في صيغ التمويل بطريق المرابحة، وعدم تأثيره على الرهن، وذلك لانتقال الرهن لبدله وهو التعويض، ويبقى السؤال مطروحاً عن حلول الأقساط المؤجلة من عدمه، وهل تستحق الجهة التمويلية الحصول على مبلغ التمويل، أم يُنتظر إلى حلول الآجال المتفق عليها في عقد التمويل العقاري، ولو عُجِّل بالسداد المبكر هل تستحق الجهة التمويلية كلفة الربح عن الأقساط التي لم تحل أم لا، وبيان ذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: الأحكام الواردة في الصيغة النموذجية لعقد التمويل العقاري:

بالاطلاع على عدد من نماذج العقود التمويلية، نجد أنها نصت على حالة نزع ملكية الأصل الممول أو تلفه، وأنه يحل مبلغ يعادل مبلغ السداد المبكر[1].

(١) ينظر: نموذج عقد التمويل العقاري الصادر من البنك السعودي الفرنسي، نموذج عقد التمويل العقاري الصادر من بنك أبو ظبي الأول.

وقد أناط المنظم للبنك المركزي وضع صيغ نموذجية، تُلزَم بها الجهات التمويلية والمستفيدون، وفقاً لما نصت عليه المادة التاسعة من اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري[1].

وبالاطلاع على نموذج الصيغة الموحدة لعقد التمويل العقاري الصادرة من البنك المركزي الصادرة المعممة برقم: (٣٩١٠٠٠٠٨٢٢٢٠) وتاريخ: ٢٣/ ٠٧/ ١٤٣٩هـ، نجد أنها نصت على حالة نزع ملكية الأصل الممول في عقود التمويل بصيغة المرابحة، وذلك بالنص على حلول مبلغ يعادل مبلغ السداد المبكر المستحق في تاريخ نزع الملكية واستحقاق الممول له، وأنه في حال حصول المستفيد على تعويضات من جهة النزع فيلتزم بسداد مبلغ السداد الكلي المبكر للممول أولاً، ويستحق المستفيد المبالغ المتبقية من مبلغ التعويض المدفوع له بعد ذلك.

ويعد هذا نصاً في المسألة، عند اشتراط الطرفين له، وفي حالة عدم وجود نص في عقد التمويل العقاري، فلا يوجد نص نظامي يُلزم بحلول الأقساط والسداد المبكر، ومر في المبحث السابق موقف الفقه الإسلامي بعدم حلول الأقساط عند انتقال الرهن إلى بدله[2].

(١) جاء في المادة التاسعة من اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري أن: «للبنك المركزي وضع صيغ نموذجية لعقود التمويل العقاري، وعلى الممول العقاري الالتزام بتلك الصيغ النموذجية ما لم ينص على غير ذلك».

(٢) ينظر: المدونة الكبرى للإمام مالك، ٣/ ٢٠٢، بدائع الصنائع للكاساني، ٨/ ٢٠٥.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من اشتراط حلول الأقساط:

يجوز الاشتراط والاتفاق بين الطرفين في العقد على حلول الأقساط المؤجلة عند تحقق المشروط، ويدل على ذلك من الشريعة الإسلامية قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((**المسلمون على شروطهم**))[1]، كما أن الأصل في الشروط الصحة والسلامة.

وقد نص الفقهاء على مثل ذلك، قال ابن القيم: «إذا كان له عليه دين حال فاتفقا على تأجيله، ...، فإن خاف صاحب الحق أن لا يفي له من عليه بأدائه عند كل نجم كما أجله فالحيلة أن يشترط عليه أنه إذا حل نجم، ولم يؤده قسطه، فجميع المال عليه حال، فإذا نجمه على هذا الشرط جاز، وتمكن من مطالبته به حالًّا ومنجماً عند من يرى لزوم تأجيل الحال ومن لا يراه، أما من لا يراه فظاهر، ومن يراه فإنه يجوز تأجيله لهذا الشرط، كما صرح به أصحاب أبي حنيفة»[2]، وقال ابن عابدين في حاشيته[3]: «عليه ألف ثمن جعله ربه نجوماً قائلاً: إن أخل بنجم حل الباقي فالأمر كما شرط وهي كثيرة الوقوع».

(١) أخرجه الترمذي في سننه وصححه، باب ما ذكر عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الصلح بين الناس، الحديث (١٣٥٢)، ٣/ ٦٢٦، البيهقي في السنن الكبرى، باب الشرط في الشركة وغيرها، الحديث رقم (١١٥٣٩)، ١١/ ٥٧٤، والحاكم في المستدرك، كتاب الأحكام، الحديث رقم (٧٠٥٩)، ٤/ ١١٣.

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم، ٤/ ٣١.

(٣) ٤/ ٥٣٣.

وقد صدر بذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي حامل الرقم قرار رقم: ٥١ (٦/ ٢)، والذي نص في الفقرة (خامسًا) منه على أنه: «يجوز شرعًا أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها، عند تأخر المدين عن أداء بعضها، ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد»، وكذا المعايير الشرعية في المعيار رقم (٣) في الفقرة (٢ / ١ / ٦) والذي نص على أنه: «يجوز اشتراط حلول الأقساط جميعها إذا تأخر المدين المماطل عن سداد قسط منها...»[(١)].

المطلب الثالث: كلفة الربح عند حلول الأقساط والسداد المبكّر:

قرر المنظم السعودي قاعدة عامة في العقود التمويلية عند تعجيل سداد الأقساط المؤجلة، وذلك بإسقاط كلفة الربح عن المدة الباقية، وفقًا لما نصت عليه المادة الرابعة والثمانون من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل، والتي نصت على أن للمستفيد تعجيل سداد باقي مبلغ التمويل في أي وقت، وأنه لا يجوز تحميله كلفة الأجل عن المدة الباقية، كما أخذ بهذا الاتجاه نظام المعاملات المدنية، فنصت المادة الثامنة بعد المائتين منه على أنه: «إذا سقط حق المدين في الأجل وفقاً لما تقضي به النصوص النظامية، وتبين أنَّ للأجل أثراً في زيادة مقدار الدين عند إنشاء العقد؛ فتنقص المحكمة من تلك الزيادة مراعيةً في ذلك مقدار ما سقط من الأجل وسبب سقوطه وطبيعة المعاملة».

(١) ينظر: المعايير الشرعية، الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص: ٢٤١ وما بعدها.

وأما موقف الفقه الإسلامي من ذلك، فإن مسألة الإلزام النظامي بالحط من كلفة الربح عند السداد المبكر في المدة المتبقية للسداد، تعدُّ من النوازل المعاصرة، إذ إن مصدر الإلزام بالحط من كلفة الربح عند السداد المبكر فُرض من الجهة المشرفة على القطاع المالي -البنك المركزي-، وهو طرف خارج عن أطراف المداينة والعقد[1][2].

(١) اختلف الفقهاء في مسألة (ضع وتعجل) على قولين:
القول الأول: تحريم وضع بعض الدين عند تعجيل سداده، وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (ينظر: المبسوط للسرخسي، ٢١ / ٣٦) والمالكية (ينظر: بداية المجتهد لابن رشد ٤/ ٥٢٥، بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي ٣ / ٤١٣) والشافعية (ينظر: فتاوى السبكي ص: ٣٤٠، روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي ٤ / ١٩٦) والمشهور عن الإمام أحمد (ينظر: الإنصاف للمرداوي، ٥/ ٢٣٦).
القول الثاني: الجواز، وهو مروي عن عبد الله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (ينظر: المغني لابن قدامة ٤/ ٣٩) وزفر من الحنفية (ينظر: شرح مشكل الآثار للطحاوي، ١١/ ٦٤) وهو ما رجحه ابن عابدين (ينظر: حاشية رد المحتار على الدر المختار ٥/ ٦٤٠) والشافعي في قول آخر (ينظر: روضة الطالبين للنووي، ٤/ ١٩٦) وأحمد في رواية (ينظر: الإنصاف، ٥/ ٢٣٦) واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم (ينظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥ / ٣٩٦، إعلام الموقعين ٣/ ٢٧٨)، وأخذ بالجواز مجمع الفقه الإسلامي الدولي (ينظر البند رابعًا من قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: (٦٤) بشأن البيع بالتقسيط)، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية«أيوفي» في المعايير الشرعية، المعيار رقم (٨) في البند ٥/ ٩.

(٢) تختلف هذه المسألة عن مسألة (ضع وتعجل) إذ إن مسألة (ضع وتعجل)محلها الحسم عند السداد المبكر دون الاتفاق المسبق بين الطرفين واشتراط الوضع عند التعجيل، أو الإلزام النظامي بها، ومسألة الاتفاق المسبق بين أطراف العقد على اشتراط الوضع عند تعجيل السداد، نص بعض الفقهاء على تحريمها فجاء عند السبكي من الشافعية (فتاوى السبكي ص: ٣٤٠): «إن جرى شرط بطل، وإن لم يشترط بل عجل بغير شرط، وأبرأ الآخر، وطابت بذلك نفس كل منهما فهو جائز، وهذا مذهبنا»، كما أن من يحرم الوضع =

وذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى جواز الإلزام النظامي بالسداد المبكر[1]، وذلك لما يأتي:

= والتعجيل من غير شرط، فيستصحب قوله في هذه الصورة؛ وبتحريم الاتفاق المسبق على الوضع عند التعجيل، أخذ مجمع الفقه الإسلامي الدولي، فجاء في القرار رقم (٦٤) بشأن البيع بالتقسيط «الحطيطة من الدين المؤجل، لأجل تعجيله، سواء أكانت بطلب الدائن أو المدين (ضع وتعجل) جائزة شرعًا، لا تدخل في الربا المحرم إذا لم تكن بناء على اتفاق مسبق...»، وبه أخذت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية«أيوفي» في المعايير الشرعية، المعيار رقم (٨) في البند (٥/ ٩) والذي نص على أنه: «يجوز للمؤسسة أن تتنازل عن جزء من الثمن عند تعجيل المشتري سداد التزاماته إذا لم يكن بشرط متفق عليه في العقد»، وأما من أجاز الوضع والتعجيل من المتقدمين، فلم ينصوا على صورة هذه المسألة، لكن بعض العلماء كالجصاص ذكر أن من أجاز الوضع والتعجيل يحرّم هذه المسألة، قال الجصاص في أحكام القرآن ٢/ ١٨٧: «من أجاز من السلف إذا قال عجل لي وأضع عنك فجائز أن يكون أجازوه إذا لم يجعله شرطاً فيه وذلك بأن يضع عنه بغير شرط ويعجل الآخر الباقي بغير شرط»، إلا أنه قد وردت فروع فقهية في مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة ظاهرها جواز الحط من كلفة الربح عند السداد المبكر، قبل حلول الأجل مطلقاً لما في ذلك من العدل المأمور به شرعًا في المعاملات المالية، كما أجاز بعض المعاصرين الاتفاق المسبق على الوضع والتعجيل استصحابًا للقول بجواز الوضع عند التعجيل، واستدلالًا بذات الأدلة المستدل بها، ينظر: حسم الديون وصوره المعاصرة لعبد الله الشبيلي، ص: ١١٦، مسألة «ضَعْ وَتعَجل» وتطبيقاتها المصرفية، لإسماعيل البريشي، بحث منشور إلكترونياً في موقع دار الإفتاء بالأردن: https://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId=227

(١) ينظر: مسألة (ضع وتعجل) وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة فقهية مقارنة، لكارم أبو اليزيد، بحث محكم، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد (٣٩)، ص: ٣٣٣، إلزام الجهات الرقابة للبنوك الإسلامية بالحط من الدين عند السداد المبكر لعصام العنزي، ورقة علمية مقدمة لمؤتمر أيوفي السنوي السابع عشر للهيئات الشرعية بتاريخ ٢-٣ / ٨/ ١٤٤٠هـ بمملكة البحرين، ص: ١٤، حسم الديون وصوره المعاصرة لعبد الله الشبيلي، ص: ١٢٩، جواب عن حكم الإلزام النظامي بالاتفاق المسبق على «ضع وتعجل» لخالد السياري، ورقة علمية، منشورة إلكترونياً في موقع مجلة الاقتصاد الإسلامي: aliqtisadalislami.net.

أولاً: أن الربح والزيادة في الثمن في مقابل الأجل، ومقتضى العدل سقوط الربح على الأقساط التي لم تحل، والعدل مأمور به شرعًا، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾ [سورة النحل: ٩٠]، والمؤسسات المالية لم تدخل في العقود التمويلية إلا بعد علمها بالضوابط والشروط التنظيمية الصادرة من قبل البنك المركزي ومن ذلك الحط من كلفة الربح عند السداد المبكر.

ثانياً: أن إشراف البنك المركزي على القطاع المالي، وعلى أعمال المؤسسات المالية، والعقود المبرمة منها، لحماية القطاع المالي وتنظيمه، والأصل في ذلك تحقيق المصلحة الراجحة، والعدالة في التعاملات المالية، كما أن حكم الحاكم يرفع الخلاف.

ثالثاً: انتفاء المحاذير الشرعية، من ذريعة الربا وشبهة الغرر، إذ إن الإلزام النظامي لم يكن من جهة الدائن والذي يُخشى تذرعه للتحايل على الربا، كما أن شبهة الغرر منتفية؛ لأن الثمن يؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة، لخضوعه إلى معادلة لاحتساب المبلغ المستحق قررتها الجهة المختصة «البنك المركزي».

يؤيد هذا الاتجاه أن الفقه الإسلامي تناول عدة فروع فقهية قررت الحط من كلفة الربح عند السداد المبكر، قبل حلول الأجل، لما في ذلك من العدل المأمور به شرعًا في المعاملات المالية.

جاء عند الحنفية، عند ابن عابدين: «قوله: (لا يأخذ من المرابحة) صورته: اشترى شيئاً بعشرة نقدًا، وباعه لآخر بعشرين إلى أجل هو عشرة أشهر، فإذا قضاه بعد تمام خمسة، أو مات بعدها، يأخذ خمسة، ويترك خمسة...

ووجهه أن الربح في مقابلة الأجل، لأن الأجل وإن لم يكن مالًا ولا يقابله شيء من الثمن، لكن اعتبروه مالًا في المرابحة إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن، فلو أخذ كل الثمن قبل الحلول كان أخذه بلا عوض»[1].

وعند الشافعية تُخرَّج المسألة على مسألة الأخذ بالشفعة إذا كان الثمن مؤجلاً، فجاء في مغني المحتاج: «(أو) اشترى (بمؤجل فالأظهر) الجديد، وجزم به جمع، (أنه) أي الشفيع لا يأخذ بمؤجل، بل هو (مخير بين أن يعجل) الثمن للمشتري (ويأخذ) الشخص (في الحال، أو يصير إلى المحل) بكسر المهملة بخطه وهو الحلول، (ويأخذ) بعد ذلك ولا يسقط حقه بتأخيره لعذره، لأنا لو جوزنا له الأخذ بالمؤجل لأضررنا بالمشتري، لأن الذمم تختلف. وإن ألزمناه الأخذ في الحال بنظيره من الحال أضررنا بالشفيع، لأن الأجل يقابله قسط من الثمن، فكان ذلك دافعًا للضررين وجامعًا للحقين»[2].

وجاء عند الحنابلة في الإنصاف: «متى قلنا بحلول الدين المؤجل، فإنه يأخذه كله على الصحيح من المذهب، وهو ظاهر كلام الأصحاب، وقدمه في الفائق، وقال: والمختار سقوط جزء من ربحه مقابل الأجل بقسطه. وهو مأخوذ من الوضع والتأجيل. انتهى. قلت: وهو حسن»[3].

(١) ينظر: رد المحتار لابن عابدين، ٦/ ٧٥٧.
(٢) مغني المحتاج للشربيني، ٣ / ٣٨٣.
(٣) الإنصاف للماوردي، ١٣ / ٣٢٨.

قال الشيخ ابن سعدي: «... الدين الذي على الميت إذا مات، ولم يمض من الأجل إلا شيء قليل، فإننا بين أمرين، إما أن نقول: إن دينه يحل كله إذا لم يحصل توثقة لصاحب الحق، وفي هذا ظلم، لأن البيع المؤجل يجعل الثمن في مقابلة السلعة وفي مقابلة الأجل، فإذا باعه سلعة تساوي مائة بمائة وعشرين مؤجلة، ولم يمض من الأجل إلا بعضه، وقبل: بحلول المائلة والعشرين، كان هذا ظلما منافيًا للعدل، فكان من العدل الحسن أن ينظر مقدار من مضى من الأجل ويجعل له حصته من الثمن مع الأصل»[1].

(١) المختارات الجلية لابن السعدي، ص: ٢٧٢.

الخاتمة

أولاً: أهم النتائج:

١. نزع ملكية العقار للمصلحة العامة امتياز ممنوح لجهة الإدارة للحصول على ملكية العقارات المملوكة لأشخاص القانون الخاص أو الحقوق العينية الأصلية جبراً وتحويلها إلى الملكية العامة للدولة تحقيقاً للنفع العام ومقابل تعويض عادل يدفع مسبقاً وعلى وفق إجراءات خاصة ينظمها القانون.

٢. فارق المنظم السعودي الأنظمة المقارنة في تعريف التمويل العقاري فعرفه بأنه: «عقد الدفع الآجل لتملك المستفيد للسكن»، وسبب ذلك أن الأنظمة المقارنة جعلت القرض أساساً وصورة لعملية التمويل العقاري بينما اعتبر المنظم السعودي أخذ المال على القرض -الدين- من الربا المجمع على تحريمه شرعاً.

٣. تتعدد صيغ التمويل العقاري، وأبرزها: المرابحة، الاستصناع، الإجارة المنتهية بالتمليك، الإجارة الموصوفة في الذمة المنتهية بالتمليك، المشاركة المتناقصة، الاستثمار المشترك؛ لكن الصيغ المستخدمة لدى معظم المؤسسات التمويلية: صيغة المرابحة والإجارة المنتهية للتمليك، لذلك وضع البنك المركزي السعودي صيغة نموذجية لهاتين الصيغتين.

٤. شاع استخدام بيع المرابحة للآمر بالشراء في الوقت الحاضر لدى الجهات التمويلية، ويقصد به شراء الجهة التمويلية للعقار الذي يرغب فيه العميل ومن ثم تقوم ببيعه على العميل بربح.

٦. مصطلح بيع المرابحة للآمر بالشراء في الوقت المعاصر يعود إلى عام ١٩٧٦م، حيث أوردها الباحث سامي حسن محمود في رسالته للدكتوراه والمعنونة بـ: «تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية» والمقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة.

٧. عَرَف الفقهاء المتقدمون بيع المرابحة للآمر بالشراء واستعملوا صورته، ومن ذلك ما جاء عند الإمام الشافعي في الأم، والإمام ابن القيم في إعلام الموقعين.

٨. التعريف المختار لعقد الإجارة المنتهية بالتمليك أنه: عقد على سلعة بين طرفين على أنها إجارة بمبلغ معيَّن مقسَّط في أوقات محددة، ينتهي بتملك الطرف الآخر بحسب الاتفاق والشروط.

٩. لم يعرف الفقهاء المتقدمون عقد الإجارة المنتهية للتمليك بهذا المفهوم لكونه نشأ في الولايات المتحدة الأمريكية، عند تأسيس شركة (Boothe Leasing Corp.) عن طريق رجل الأعمال (D.p. Boothe Junior) في عام ١٩٥٢م، وذلك أثناء الحرب الكورية.

١٠. يعد عقد الإيجار التمويلي عقدًا مركباً من عدة عقود، ويشترط المنظم السعودي في العقد التمويلي توفر ثلاثة عناصر: الأول: وجود ثلاثة

أشخاص، المستأجر، والمؤجر، والمورِّد أو المنتِج. الثاني: أن يكون المؤجر شركة مساهمة مرخصة. الثالث: أن يكون المؤجر اكتسب ملكية العين لغرض تأجيرها على سبيل الاحتراف.

١١. أجاز عقد الإجارة المنتهية بالتمليك مجمع الفقه الإسلامي، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) بعدة ضوابط شرعية.

١٢. يعتبر عقد التمويل العقاري بصيغة الإجارة المنتهية بالتمليك من العقود المسماة، بينما لا يعتبر عقد التمويل العقاري بصيغة المرابحة للآمر بالشراء منها.

١٣. يعد عقد التمويل العقاري من العقود المركبة، فعقد الإجارة المنتهية بالتمليك يتضمن عقد إجارة، وعقد هبة أو بيع، وعقد المرابحة للآمر للشراء يتضمن عدة عقود من البيع والشراء، كما أن عقود التمويل العقاري يتضمن -وفقاً للنماذج المشار لها في هذا البحث- عقدَ رهن رسمي للأصل الممول أو ما يحل محله، وبالتالي يخضع كل عقد من العقود الواردة في عقد التمويل العقاري لحكمه الخاص به في أبواب المعاملات من كتب الفقه الإسلامي، وفي الأنظمة المرعية المتعلقة به.

١٤. ترجَّح لنا أن عقد التمويل العقاري في النظام السعودي يكون من العقود الزمنية تارة، ومن العقود الفورية تارة أخرى، وذلك بحسب الصيغة التمويلية، فعقد الإجارة المنتهية بالتملك يكون من ضمن عقود المدة، إذ إن الزمن هو العنصر الجوهري في تحديد مقدار الأداء، وأما عقد التمويل

بصيغة المرابحة للآمر بالشراء فهو من العقود الفروية في التنفيذ؛ وذلك لأن الزمن ليس عنصرًا جوهريًا فيه، فللمستفيد تعجيل السداد، بالسداد المبكر، وأما تحديد الآجال فإجراء اتفاقي بين الأطراف.

١٥. نظَّم نظام الإيجار التمويلي حكم حالة نزع ملكية الأصل المموَّل بتقرير انفساخ العقد المبرم بين المموِّل والمتمول.

١٦. نص نموذج الصيغة الموحدة لعقد التمويل العقاري الصادر من البنك المركزي على تقرير الانفساخ وبيان آثاره حيث جاء فيه: «يترتب على نزع الدولة لملكية الأصل المؤجر للمصلحة العامة أثناء سريان العقد وإخلاء المستأجر منه فسخ العقد، واستحقاق المؤجر -من مبلغ التعويضات إن وجدت- لمبلغ لا يتجاوز المتبقي من مبلغ التمويل، ويستحق المستأجر بعد خصم قيمة الدفعات المستحقة وغير المدفوعة قيمة حق التملك من مبلغ التعويضات المتحصلة من نزع ملكية الأصل المؤجر».

١٧. يتفق الفقه الإسلامي مع النظام السعودي في تقرير انفساخ عقد الإجارة التمويلية حال تعذر الانتفاع الكلي بالأصل المؤجر إذا صدر من السلطات المختصة ما يمنع الانتفاع الكلي، وذلك في عدة فروع فقهية كهلاك العين المستأجرة، وكانقطاع الماء عن الأرض المستأجرة.

١٨. إذا تم نزع ملكية الأصل الممول قبل تسليم السلعة من الجهة التمويلية للمستفيد فهي من ضمان البائع -الجهة التمويلية-، ولا يتحمل العميل أي شيء من ذلك، وقد صدر بشأن ذلك عدة قرارات من المجامع الفقهية.

١٩. إذا تم نزع ملكية الأصل الممول بعد تسليم السلعة من الجهة التمويلية للمستفيد، وقبض العميل للعقار، فيستقر البيع، ويصبح المبيع مالًا من أموال المشتري، ولا يجوز فسخ العقد أو التزام جهة التمويل بأي تعويض للعميل، وهذا متقرر بإجماع الفقهاء.

٢٠. نظَّم نظام الرهن العقاري المسجَّل أحكام هلاك الرهن العقاري المسجّل في المادة (١٤)، وذلك بالتفريق بين حالة التعدي أو التفريط من قبل الراهن، وبين حالة الهلاك أو النقص من غير سبب منه، وأنه إذا كان الهلاك أو النقص من غير تعد أو تفريط أو تدليس ممن بيده العقار المرهون فإن ما بقي من هذا العقار أو ما حل محله يكون مرهوناً مكانه وفقًا لمرتبته.

٢١. تُنزَّل حالة نزع الملكية للمصلحة العامة منزلة هلاك الرهن لاتحاد العلة، وهو فوات الرهن، وبهذا أخذت القوانين المقارنة في مصر والكويت.

٢٢. ألمح المنظم السعودي إلى وضع معالجة نظامية لحالة انتقال الرهن إلى مبلغ التعويض حال نزع الملكية، في مشروع اللائحة التنفيذية لنظام نزع ملكية العقارات للمصلحة العامة (١٤٤٤هـ) في المادة (٢٤) وأنه يجوز رهن العقار المؤشر على سجله وصكه بقرار النزع، ويسلم التعويض للمرتهن في حساب مقيَّد التصرف في حدود عقد الرهن، وللراهن حق السداد المبكر، ونرى أن هذه المعالجة النظامية بحاجة إلى تفصيل في أحكامها.

٢٣. من خلال استقراء نصوص الفقهاء المتقدمين، نجد أن الفقه الإسلامي يتفق مع المعالجة التي توصل إليها المنظم في انتقال الرهن إلى بدله، وذلك حال هلاكه أو تلفه.

٢٤. نص نموذج الصيغة الموحدة لعقد التمويل العقاري الصادر من البنك المركزي على حالة نزع ملكية الأصل الممول في عقود التمويل بصيغة المرابحة، وذلك بالنص على حلول مبلغ يعادل مبلغ السداد المبكر المستحق في تاريخ نزع الملكية واستحقاق الممول له، وأنه في حال حصول المستفيد على تعويضات من جهة النزع فيلتزم بسداد مبلغ السداد الكلي المبكر للمول أولاً، ويستحق المستفيد المبالغ المتبقية من مبلغ التعويض المدفوع له بعد ذلك، ويعد هذا نصًّا في المسألة، عند اشتراط الطرفين له، وفي حالة عدم وجود نص في عقد التمويل العقاري، فلا يوجد نص نظامي يلزم بحلول الأقساط والسداد المبكر، وموقف الفقه الإسلامي عدم حلول الأقساط عند انتقال الرهن إلى بدله.

٢٥. يجوز عند الفقهاء المتقدمين الاشتراط والاتفاق بين الطرفين في العقد على حلول الأقساط المؤجلة عند تحقق المشروط.

٢٦. قرر المنظم السعودي قاعدة عامة في العقود التمويلية عند تعجيل سداد الأقساط المؤجلة، وذلك بإسقاط كلفة الربح عن المدة الباقية وفقًا لما نصت عليه المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل.

٢٧. مسألة الإلزام النظامي بالحط من كلفة الربح عند السداد المبكر في المدة المتبقية للسداد، تعدُّ من النوازل المعاصرة، وترجَّح لنا جواز الإلزام النظامي بالسداد المبكر.

ثانياً: التوصيات:

توصي الدراسة بوضع الضوابط والإجراءات التنظيمية لرهن مبالغ التعويض الناتجة عن نزع ملكية أصل عقاري مرهون لصالح عقد تمويل عقاري، وتحديد الجهة المشرفة على ذلك.

المراجع

الكتب:

١. **ابن القيم**، عبد الله، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية.

٢. **ابن المنذر**، محمد، الإجماع، الرياض، دار المسلم للنشر والتوزيع، (١٤٢٥هـ).

٣. **ابن تيمية**، أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، (١٤٠٨هـ).

٤. **ابن تيمية**، أحمد، جامع الرسائل، الطبعة الأولى، الرياض، دار العطاء، (١٤٢٢هـ).

٥. **ابن حزم**، علي، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، بيروت، دار الكتب العلمية.

٦. **ابن عابدين**، محمد، حاشية رد المحتار على الدر المختار، بيروت، دار الفكر، (١٣٨٦هـ).

٧. **ابن فارس**، أحمد، مقاييس اللغة، دمشق، دار الفكر، (١٣٩٩هـ).

٨. **أبو الليل**، إبراهيم، الحقوق العينية التبعية: التأمينات العينية، الرهن الرسمي- الرهن الحيازي- حقوق الامتياز، طبعة جامعة الكويت، (١٩٩٣م).

٩. **أبو اليزيد**، كارم، مسألة (ضع وتعجل) وتطبيقاتها المعاصرة - دراسة فقهية مقارنة، المجلد التاسع والثلاثون، العدد التاسع والثلاثون، (٢٠٢٢م).

١٠. **أبو داود**، سليمان، سنن أبي داود، الهند، المطبعة الأنصارية، (١٣٣٢هـ).

١١. **الإحصائيات الشهرية لنشاط شركات التمويل**، الصادرة من البنك المركزي عبر الموقع الإلكتروني للبنك: https://www.sama.gov.sa/ar-sa/EconomicReports/Pages/MonthlyStatistics.aspx

١٢. **الأحمدي**، محمد، فسخ عقد الإيجار التمويلي وآثاره في النظام السعودي، مجلة الشريعة والقانون، المجلد الثالث، (العدد الواحد والثلاثون)، (٢٠١٦م).

١٣. **إسماعيل**، محلي الدين، نظرية العقد، القاهرة، دار النهضة.

١٤. **الألباني**، محمد، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، بيروت، المكتب الإسلامي، (١٤٠٥هـ).

١٥. **البدوي**، محمد، النظرية العامة للالتزام لمحمد البدوي، دار الكتاب، نسخة إلكترونية.

١٦. **البريشي**، إسماعيل، مسألة (ضَعْ وَتعَجل) وتطبيقاتها المصرفية، بحث منشور إلكترونياً على موقع دار الإفتاء بالأردن: https://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId=227

١٧. **البعلي**، عبد الحميد، فقه المرابحة في التطبيق الاقتصادي المعاصر، القاهرة، مكتبة السلام العالمية.

١٨. **البكري**، محمد، التعليق على قانون نزع الملكية للمصلحة العامة، القاهرة، دار محمود للنشر، (٢٠١٨م).

١٩. **ابن أنس**، مالك، موطأ الإمام مالك، رواية يحيى الليثي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (١٤٠٦هـ).

٢٠. **ابن أنس**، مالك، المدونة الكبرى في فقه الإمام مالك- رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم-، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، (١٤١٥هـ).

٢١. **ابن جرير**، محمد، اختلاف الفقهاء، بيروت، دار الكتب العلمية.

٢٢. **ابن رشد**، محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، القاهرة، دار الحديث، (٢٠٠٥م).

٢٣. **ابن قدامة**، موفق الدين عبد الله، الكافي في فقه الإمام أحمد، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، (١٤١٤هـ).

٢٤. **ابن قدامة**، موفق الدين عبد الله، المغني، الطبعة الأولى القاهرة، مكتبة القاهرة.

٢٥. **ابن مكرم**، محمد بن منظور، (١٤١٤هـ) لسان العرب، الطبعة الثالثة، بيروت، دار صادر، (١٣٨٨هـ).

٢٦. **البهوتي**، منصور، كشاف القناع عن متن الإقناع، طبعة وزارة العدل، (١٤٢١هـ).

٢٧. **البيهقي**، أحمد، السنن الكبرى، بيروت، دار الكتب العملية، (١٤٢٤هـ).

٢٨. **الترمذي**، محمد، الجامع الكبير (سنن الترمذي)، الطبعة الأولى، بيروت، دار الغرب الإسلامي، (١٩٩٦م).

٢٩. **الجصاص**، أحمد، أحكام القرآن، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (١٤٠٥هـ).

٣٠. **الجلولي**، علي، التعليق على نظام الإيجار التمويلي، ورقة علمية، منشورة على موقع الدكتور الخاص على الشبكة العنكبوتية.

٣١. **الحاكم**، محمد، المستدرك على الصحيحين، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، (١٤١١هـ).

٣٢. **الحكيم**، عبد المجيد، الموجز في شرح القانون المدني؛ مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، بغداد، شركة الطبع والنشر الأهلية، (١٩٣٦م).

٣٣. **الحلو**، ماجد، القانون الإداري، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، (١٩٩٦م).

٣٤. **حمود**، سامي، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دمشق، مطبعة الشرق، (١٤٠٢هـ).

٣٥. **الخرشي**، محمد، شرح الخرشي على مختصر خليل لمحمد الخرشي، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، (١٣١٧هـ).

٣٦. **خضر**، خلاف، وبلولة أكرم، عقود الإيجار التمويلي، مجلة الاقتصاد الصناعي، العدد الثاني عشر، (٢٠١٧م).

٣٧. **الدسوقي**، محمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت، دار الفكر.

٣٨. **الدليل الشرعي للتمويل العقاري**، الصادر من الأمانة العامة للهيئة الشرعية لبنك البلاد، الرياض، دار الميمان، (١٤٣٦هـ).

٣٩. **الدليمي**، خالد، نزع الملكية للنفع العام دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، قسم القانون العام، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، (٢٠٠١م).

٤٠. **الرشيدي**، محمد، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك – دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، (٢٠١٠م).

٤١. **الرملي**، شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، دار الفكر، (١٤٠٤هـ).

٤٢. **الزبيدي**، حمزة، إدارة الائتمان المصرفي والتحليل الائتماني، عمّان، دار الوراق للنشر والتوزيع، (٢٠٠٢م).

٤٣. **الزيلعي**، عثمان، تبيين الحقائق، شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الطبعة الأولى، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، (١٣١٤هـ).

٤٤. **السامرائي**، يسرا، وزكريا الدوري، البنوك المركزية والسياسات النقدية، بغداد: دار اليازوري العلمية، (٢٠١٣م).

٤٥. **السبكي**، تقي الدين، فتاوى السبكي، بيروت، دار المعرفة.

٤٦. **السرخسي**، محمد، المبسوط، القاهرة، مطبعة دار السعادة.

٤٧. **السعدي**، عبد الرحمن، المختارات الجلية من المسائل الفقهية، تحقيق: ماهر الشبل، الطبعة الأولى، الرياض، دار المنهاج، (٢٠١٢م).

٤٨. **السنهوري**، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

٤٩. **السياري**، خالد، جواب عن حكم الإلزام النظامي بالاتفاق المسبق على (ضع وتعجل)، ورقة علمية، منشورة إلكترونياً في موقع مجلة الاقتصاد الإسلامي: aliqtisadalislami.net.

٥٠. **الشاذلي**، حسن، الإيجار المنتهي بالتمليك، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الخامس، (١٤٠٥هـ).

٥١. **الشافعي**، محمد، الأم، الطبعة الثانية، بيروت، دار الفكر، (١٤٠٣هـ).

٥٢. **الشبيلي**، عبد الله، حسم الديون وصوره المعاصرة، رسالة دكتوراه، قسم الفقه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية (٢٠٢٢م).

٥٣. **الشربيني**، محمد، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، (١٤١٥هـ).

٥٤. **صالح**، أيمن، تحقيق أقوال الفقهاء في بيع المرابحة للآمر بالشراء، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثلاثون، العدد الثالث، (١٤٣٩هـ).

٥٥. **الصاوي**، أحمد بن محمد، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، القاهرة، دار المعارف.

٥٦. **الصغير**، محمد، النظام القانوني للتمويل العقاري، دراسة مقارنة في القانون المدني، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، (٢٠١٢م).

٥٧. **الطحاوي**، أحمد بن محمد، شرح مشكل الآثار، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، (١٤١٥هـ).

٥٨. **العثماني**، محمد تقي، فقه البيوع، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، دار القلم للنشر والتوزيع، (٢٠١٧م).

٥٩. **العرعاوي**، عبد القادر، نظرية العقد، الطبعة الرابعة، الرباط، دار الأمان، (٢٠١٤م).

٦٠. **العسيري**، حسن، أثر العجز برد المغصوب، مجلة العدل الصادرة من وزارة العدل، العدد الثاني والعشرون، (١٤٢٥هـ).

٦١. **العصيمي**، محمد، حكم الإجارة المنتهية بالتمليك، ورقة علمية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، (١٤٣٩هـ).

٦٢. **عفانة**، حسام، بيع المرابحة للآمر بالشراء، الطبعة الخاصة بشركة بيت المال الفلسطيني العربي -الطبعة الأولى-، منشور إلكترونياً، (١٩٩٦م).

٦٣. **علي**، أحمد، موسوعة البنوك والائتمان السياسية الائتمانية للبنوك، الإسكندرية، دار التعليم الجامعي، (٢٠١٦م).

٦٤. **العمروسي**، أنور، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة، الطبعة الخامسة، القاهرة، دار العدالة، (٢٠١٣م).

٦٥. **العنزي**، عصام، إلزام الجهات الرقابة للبنوك الإسلامية بالحط من الدين عند السداد المبكر، ورقة علمية مقدمة لمؤتمر أيوفي السنوي السابع عشر للهيئات الشرعية بتاريخ ٢-٣ / ٨/ ١٤٤٠هـ بمملكة البحرين.

٦٦. **عيون**، عبد العزيز، البنوك الإسلامية وبيع المرابحة للآمر بالشراء، الطبعة الأولى، دمشق، دار المعراج.

٦٧. **الفيومي**، أحمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الطبعة الثانية، بيروت، المكتبة العلمية.

٦٨. **قرار مجمع الفقه الإسلامي**، المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ إلى ٦ جمادي الأولى ١٤٠٩ الموافق ١٠ - ١٥ كانون الأول ١٩٨٨م بشأن (الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء).

٦٩. **القرطبي**، يوسف، الاستذكار، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، (١٤٢١هـ).

٧٠. **الكاساني**، بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتب العلمية.

٧١. **لبيب**، محمد، دروس في نظرية الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، (١٩٧٦م).

٧٢. **ماهر**، وليد، النظام القانوني لعقد التأجير بالتمويل، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد التاسع والثلاثون، (٢٠٢٢م).

٧٣. **الماوردي**، علي، الحاوي الكبير، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، (١٤١٩هـ).

٧٤. **مجلة المجمع الفقهي الإسلامي الدولي**، العدد السادس، والموقع الإلكتروني للمجمع: https://iifa-aifi.org/ar/1849.html

٧٥. **محجوب**، جابر، ومحمد عبد الصادق وطارق جمعة، النظرية العامة للالتزام، القاهرة، دار لمار للنشر، (٢٠٢٢م).

٧٦. **مخلوف**، أحمد، شرح الحقوق العينية الأصلية والتبعية وفقاً لأحدث الأنظمة السعودية، الرياض، دار إجادة، (٢٠٢١م).

٧٧. **المرداوي**، علي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف الطبعة الأولى، القاهرة، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، (١٣٧٤هـ).

٧٨. **المرغيناني**، علي، الهداية في شرح بداية المبتدي، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

٧٩. **المعايير الشرعية**، الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي).

٨٠. **ملحم**، أحمد، بيع المرابحة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، عمّان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (٢٠٠٥م).

٨١. **المناوي**، عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف، الطبعة الأولى، القاهرة، عالم الكتب، (١٤١٠هـ).

٨٢. **الموقع الإلكتروني لشركة أملاك العالمية للتمويل**: https://2u.pw/cm9IC62

٨٣. **الموقع الإلكتروني للبنك الأهلي السعودي**: https://2u.pw/w4LKhMI

٨٤. **الموقع الإلكتروني للبنك السعودي للاستثمار**: https://2u.pw/N6wVUQW

٨٥. **ميغل**، فيصل، المسائل المستجدة في التمويل العقاري الرياض، دار الميمان، سلسلة مطبوعات المجموعة الشرعية ببنك الجزيرة، (١٤٤٣هـ).

٨٦. **النسائي**، أحمد، سنن النسائي، الطبعة الأولى، القاهرة، المكتبة التجارية الكبرى، (١٣٤٨هـ).

٨٧. **النووي**، محيي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الثالثة، بيروت، المكتب الإسلامي، (١٤١٢هـ).

٨٨. **الهاشم**، محمد، أثر المسافة على طرفي الدعوى وطرق الإثبات، مجلة الدراسات العربية، الجزء الثالث والثلاثون، العدد السادس، (٢٠١٦م).

٨٩. **هذال**، صاحب، نحو تنظيم قانوني لعقد القرض العقاري، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، (٢٠٢١م).

٩٠. **هشام**، أحمد محمد، المسؤولية العقدية للممول في عقد التمويل العقاري، المجلة القانونية، المجلد الثامن، العدد الرابع عشر، (٢٠٢٠م).

٩١. **وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت**، الموسوعة الفقهية الكويتية، الكويت، (١٤٠٤هـ).

الأنظمة واللوائح والقواعد:

٩٢. **الصيغة الموحدة لعقد التمويل العقاري**، الصادرة من البنك المركزي المعممة برقم (٣٩١٠٠٠٠٨٢٢٢٠) وتاريخ: ٢٣ / ٠٧ / ١٤٣٩هـ.

٩٣. **القانون المدني الكويتي**، الصادر بالمرسوم رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠م.

٩٤. **القانون المدني المصري**، حامل الرقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م.

٩٥. **اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي**، الصادرة من بقرار محافظ البنك المركزي رقم (١ / م ش ت) وتاريخ ١٤ / ٤ / ١٤٣٤هـ.

٩٦. **اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل**، الصادرة بقرار محافظ البنك المركزي رقم (٢ / م ش ت) بتاريخ ١٤ / ٠٤ / ١٤٣٤هـ.

٩٧. **مبادئ التمويل المسؤول للأفراد الصادرة من البنك المركزي**، والمعممة برقم (٤٦٥٣٨/ ٩٩) وتاريخ ٠٢ / ٠٩ / ١٤٣٩هـ، والمعدلة بالتعميم اللاحق الصادر برقم (١ / ٤٠٦٩٤) وتاريخ ٠٩/ ٠٩/ ١٤٣٩هـ.

٩٨. **مشروع اللائحة التنفيذية لنظام نزع ملكية العقارات للمصلحة العامة**، المنشور عبر منصة (استطلاع): https://istitlaa.ncc.gov.sa/ar/Finance/SPGA/therulesoftreatmentsofstaterealestate/Pages/default.aspx

٩٩. **نظام الإيجار التمويلي**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / ٤٨) بتاريخ ١٣ / ٨ / ١٤٣٣هـ.

١٠٠. **نظام التمويل العقاري**، مرسوم ملكي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / ٥٠) بتاريخ ١٣ / ٨ / ١٤٣٣هـ.

١٠١. **نظام الرهن العقاري المسجل**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / ٤٩) بتاريخ ١٣ / ٨ / ١٤٣٣هـ.

١٠٢. **نظام المعاملات المدنية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / ١٩١) وتاريخ ٢٩ / ١١ / ١٤٤٤هـ.

١٠٣. **نظام مراقبة شركات التمويل**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥١) بتاريخ ١٣ / ٨ / ١٤٣٣هـ.

١٠٤. **نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة**، ووضع اليد المؤقت على العقار الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٥) بتاريخ ١١ / ٣ / ١٤٢٤هـ.

صيغ العقود المستحدثة في تعاقدات رأس المال الجريء وموقف الفقه الإسلامي منها

د. مشعل بن صالح عبد العزيز السمحان

الأستاذ المساعد بقسم القانون

كلية إدارة الأعمال بجامعة المجمعة

ms.alsamhan@mu.edu.sa

مقدمة

رأس المال الجريء هو نوعٌ من أنواع التمويل يتضمن توفير رأس المال للشركات الناشئة والمبتدئة، وذات المخاطر العالية، وله طرائق تمويل ذائعة الصيت في المملكة العربية السعودية، وهناك مراكز وهيئات ومؤسسات ووزارة حكومية تدعم المنشآت الصغيرة والمتوسطة، وتُسهِّل إجراءات تمويلها، ولعلَّ من أهم أساليب التمويل هي عقود رأس المال الجريء، وهناك اهتمام متزايد بتمويلات رأس المال بشكل عام، وبرأس المال الجريء على وجه الخصوص، ولعلَّ ذلك يعود بصورة رئيسة إلى أنَّ الشركات التي حصلت على رأس المال الجريء في مراحل نموها الأولى، مثل Microsoft و Netscape، أوجدت نموًا هائلاً وفرص عملٍ كبيرة. وهذا لا شك مؤشِّرٌ قويٌّ على أنَّ عقود رأس المال الجريء بآليَّاتها الرقابيَّة المختلفة قد تكون وسيلة أكثر كفاءة لتمويل الاستثمارات عالية المخاطر من استراتيجيَّات التمويل التقليديَّة، مثل القروض والتمويلات المصرفية والأسهم وغيرها.

ويُعَدُّ فهم طرق التعاقد بين أصحاب رؤوس الأموال ورواد الأعمال أمرًا مهمًّا لتشجيع استثمارات رأس المال الجريء في المراحل الأولى من تطوير المؤسسات، وعليه يجد الباحث فرصة حقيقية لتسليط الضوء على أهم صيغ العقود المتعامل بها في دول العالم.

ولذا فسيكون محلّ البحث الكشف عن هذه العقود المستحدثة المستجدة في تعاملات رأس المال الجريء، مما يساعد على نمو وتعزيز قطاع الرأس المال الجريء في المملكة.

أهمية البحث:

يستمدُّ البحث أهمِّيته من عدَّة جوانب، أبرزها:

١. أهمِّيَّة التمويل في عالمنا المعاصر، والاهتمام العالمي المتزايد بتمويل رأس المال عمومًا، وبرأس المال بوجه خاصٍّ، لما لُمس من نموٍّ ونجاح في المؤسسات التي مُوِّلت بهذا النوع من التمويل. وهذا أدَّى إلى الأهمية التالية:

٢. الحاجة الملحَّة إلى معرفة حقيقة وماهية رأس المال الجريء من خلال التعريف به، وبطبيعته ومراحله، ونشأته، وصيغه، وموقف الفقه الإسلامي من صيغه المتنوِّعة.

٣. أهمِّيَّة المشاريع الناشئة في عصرنا الحاضر، ودورها في التطوير كمًّا ونوعًا، والتي يملك أصحابها فكرة المشروع، ودراسة جدواه، ويفتقرون في الأغلب إلى تمويل، وتمويلها يفتقر إلى جرأة؛ لعدم ضمان نجاح هذه المشاريع، أو ضمان استمراريَّتها، وكان هذا كافيًا لتسليط على الضوء على هذه العقود، وبيان صيغها التقليديَّة والمستحدثة وأحكامها الشرعيَّة.

٤. شُحُّ الدراسات العربيَّة المتعلِّقة برأس المال الجريء، وبيان صيغه التقليدية والحديثة؛ إذ أغلب هذه الصيغ موجودة في المراجع الأجنبيَّة؛ مما يجعل موضوع تقريبها إلى الاقتصاديِّ أو القانونيِّ العربي ضرورة ملحَّة.

أسباب اختيار البحث:

دفعني للكتابة في هذا البحث بالإضافة إلى ما سبق ذكره في بيان أهمِّيَّته ما يلي:

١. التقارير الدوليَّة التي تبيِّن أهمِّية رأس المال الجريء، ومساهمته في دفع عجلة الاقتصاد في الدول التي اعتمدت هذا النوع من التمويل، ونظَّمته، فبحسب تقرير منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OECD فإن رأس المال الجريء يساهم بما يزيد على ١٠٠ مليار دولار سنوياً لتمويل المشروعات على مستوى العالم(١).

٢. التمويل برأس المال الجريء أصبح واقعًا يجب التعامل معه، فلم يعد التمويل يعتمد فقط على المصادر التقليدية، بل أصبح التمويل برأس المال الجريء بالصيغ التي سوف نقف عليها أحد أهم مصادر التمويل؛ بل إن المملكة العربية السعودية أصبحت رائدة في مجال تمويل المنشآت الصغيرة والمتوسطة والنمو فيها أصبح ٢٧٠٪ في الاستثمار الجريء بالمملكة خلال عام ٢٠٢١ بإجمالي ٢ مليار و٥٥ مليون ريال(٢).

٣. تبصير المستثمر العربي بالصيغ القانونية السائدة في تعاقدات التمويل برأس المال الجريء، لتصوُّر هذه العقود، وحفظ الحقوق، ومعرفة الواجبات والإجراءات النظاميَّة.

٤. الحاجة إلى معرفة موقف الفقه الإسلامي من هذه الصيغ؛ لئلا يقع المستثمر في المحظور شرعًا وهو لا يدري.

(١) ينظر: المنتدى العالمي لريادة الأعمال ٢٠١٠م.

(2) Dr. Carl-Ludwig Holtfrerich: (2006) Amd Plagge Public Policy for Venture Capital, Deutscher UniversitatsVerlag/GWV Fachverlage GmbH, l.Auflage Januar:p3.

تساؤلات البحث:

يثير بحثنا هذا الموسوم بـ«صيغ العقود المستحدثة في تعاقدات رأس المال الجري» العديد من التساؤلات التي يمكن إجمالها في الآتي:

١. ما المقصود برأس المال الجريء، وما هي الخلفية التاريخية لنشوئه، وماهي مزاياه، وعيوبه؟

٢. رأس المال الجريء يعد أحد مصادر التمويل للمشروعات الصغير والمتوسطة، فما هي أهم الصيغ القانونية التي يمكن أن يحقق فيها هذا المصدر من مصادر التمويل غاياته؟

٣. ما موقف الفقه الإسلامي من هذه الصيغ؟

أهداف البحث:

يهدف البحث بصورة عامة إلى تقديم معلومات دقيقة عن رأس المال الجريء تضاف إلى المعلومات التي قدَّمتها الدراسات السابقة، وبصورة خاصة في تحقيق أكبر قدر ممكن من جمع الصيغ القانونية التي وقف عليها التمويل برأس المال الجريء، والتي تم التعامل بها في مختلف دول العالم، كما يهدف إلى بيان موقف الفقه الإسلامي من هذه الصيغ.

منهجية البحث:

تعتمد دراسة هذا البحث على المنهج التاريخي من خلال إلقاء نظرة سريعة على نشأة رأس المال الجريء، ثم المنهج التحليلي من خلال تحليل كل ما يتعلق بظاهرة التمويل برأس المال الجريء، كذلك تأصيل الأفكار التي يدور حولها هذا البحث، من خلال عرض الصيغ القانونية التي يكون عليها تمويل رأس المال الجريء، وبيان موقف الشرع منها.

الدراسات السابقة:

لم أقف على دراسة أو بحث اهتمَّت بتسليط الضوء على صيغ العقود المستجدة في تعاقدات رأس المال الجريء، غير أنَّ هناك دراسات وأبحاثاً لها علاقة بموضوع رأس المال الجريء، استفاد منها الباحث في الجانب النظري من تعاريف ونشأة التمويل برأس المال الجريء، وهي كالآتي:

١. **الأحكام الفقهيَّة المتعلّقة برأس المال الجريء**، للدكتور يزيد بن عبد الرحمن الفيَّاض، كتابٌ كبير الحجم، من مطبوعات دار الميمان، ضمن سلسلة مطبوعات المجموعة الشرعيَّة لبنك الجزيرة، بالمملكة العربية السعوديَّة.

والكتاب جمع فيه باحثه ما يتعلَّق بالأحكام الفقهيَّة التي لها صلة بموضوع رأس المال الجريء، من توصيف، وتنزيل، وبيان أحكام.

ويختلف مع موضوع بحثي في أنه لم يتعرَّض لموضوع صيغ التمويل بهذا العقد، وإن كان قد أشار إلى بعضها في الباب الثاني، وهو ما يتعلَّق بتوصيف هذا العقد، وتنزيله على العقود المذكورة في كتب الفقه، بينما صلب موضوع بحثي منصبٌّ على هذه الصيغ؛ خاصَّة المستحدثة منها.

٢. **رأس المال الجريء (المخاطر) Capital Venture الدور المنشود من سوق المال لتمويل الإبداع في مشروعات التحديث الصناعي**، لمحمد بن عبد الله أبا الخيل، شارك به الباحث في المؤتمر العلمي السنوي التاسع- تحديث الصناعة العربية في ضوء المتغيرات الدولية، (كلية التجارة، جامعة المنصورة، مصر).

ويختلف عن بحثي في أنَّه يهدف إلى بيان الدور المأمول من هذا النوع من العقود في تمويل مشروعات التحديث الصناعي. وليس هذا موضوع بحثي.

٣. **دور رأس المال المخاطر في تحقيق التنمية المستدامة: إطار مفاهيمي**، للباحث عبد الله علي القرشي، شارك به الباحث في المؤتمر العلمي الثاني للعلوم الإدارية: التنمية المستدامة ركيزة الأمن والاستقرار والسلام (جامعة الأندلس للعلوم والتقنية، صنعاء).

وهذا البحث يهدف إلى إبراز علاقة رأس المال الجريء بالتنمية المستدامة، وبيان دور رأس المال الجريء في تحقيقها، ولا صلة لبحثي بهذين الهدفين.

وهناك أبحاث ودراسات أخرى ذات صلة بموضوع رأس المال الجريء؛ لكن من ناحية تطبيقيَّة على حالة شركات، أو حال دول معيَّنة، ولم تتطرَّق لموضوع صيغ عقود رأس المال الجريء، منها:

٤. **رأس المال المخاطر كبديل مستحدث لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة – دراسة حالة شركة** FINALEP، رسالة ماجستير، للباحث ابن راس، إسماعيل (٢٠١٤م)، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التيسير، الجزائر.

٥. **طور رأس المال المخاطر في دعم المشروعات الصغيرة والمتوسطة في مصر**، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث التجارية، السنة ٣٥، العدد (٢)، (كلية التجارة، جامعة بنها، مصر)، للباحث نفادي، محمد صديق (٢٠١٥م).

٦. **متطلبات تطوير سوق التمويل برأس المال المخاطر في الجزائر كدعامة للتنمية الاقتصادية**، دراسة حالة شركات رأس المال المخاطر بالولايات المتحدة الأمريكية، للباحث تقية لياس، مجلة الإصلاحات والاندماج في الاقتصاد الوطني العالمي، المجلد (١٢)، العدد (٢٤) (المدرسة العليا للتجارة، مخبر الإصلاحات الاقتصادية، التنمية واستراتيجيات الاندماج في الاقتصادي العالمي، الجزائر).

٧. **رأس المال المخاطر كآلية للحد من الفجوة المالية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة الاتحاد الأوروبي نموذجًا**، للباحث محمد يدو، منشور في مجلة العلوم التجارية، المجلد (١٦)، العدد الأول، (القطب الجامعي بالقليعة، مدرسة الدراسات العليا التجارية، الجزائر).

خطة البحث:

سوف يعرض الباحث بحثه من خلال عرض يقوم بالدرجة الأولى على التركيز -ما أمكن- على العقود المستجدة في تعاقدات رأس المال الجريء، الأمر الذي سوف يضطر فيه الباحث إلى التوسع في المبحث الثاني على حساب المبحث الأول لتحقيق هذه الغاية، وقد تكوَّن البحث من مقدِّمة، وتمهيد، ومبحثين، وخاتمة.

أما المقدِّمة فقد تناولتُ فيها:

أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، وتساؤلاته، وأهدافه، ومنهجيَّته، وخطته، والدراسات السابقة فيه.

وأما التمهيد: فخصَّصته للتعاريف والمفاهيم.

والمبحث الأول: في الخلفيَّة التاريخيَّة لرأس المال الجريء، وإيجابياته وسلبيَّاته:

وتحته مطلبان:

المطلب الأول: الخلفيَّة التاريخيَّة لرأس المال الجريء.

المطلب الثاني: إيجابيات وسلبيَّات التمويل برأس المال الجريء.

والمبحث الثاني: دراسة صيغ عقود رأس المال الجريء:

وتحته ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الصيغ التقليدية لعقود رأس المال الجريء.

المطلب الثاني: الصيغ المستحدثة لعقود رأس المال الجريء.

المطلب الثالث: موقف الفقه الإسلامي من هذه الصيغ.

والخاتمة: لتلخيص أهم نتائج البحث، وتوصياته المقترحة.

وذيَّلت البحث بقائمة المصادر والمراجع.

سائلاً الله العليَّ القدير أن أكون قد وُفِّقت فيما رمت، وقصدت، وما توفيقي إلا بالله.

التمهيد
في التعاريف والمفاهيم

لأنَّ التصوُّرات تسبق التصديقات، ولما لها من أثر في فهم التصديقات، وسلامة الطريق الموصل لها، ناسب أن أبدأ بشرح مفردات العنوان، وبيان معناه وحدوده، وتوضيح المراد بها في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم رأس المال الجريء:

مصطلح رأس المال الجريء مكوَّن من جزأين، موصوف وصفة:

الجزء الأول: «رأس المال»، وهو الموصوف، والجزء الثاني: «الجريء»، وهو الصفة، فيحسن هنا تعريف معنى كل جزء، ثم تعريف المركَّب منهما في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف رأس المال:

يتكون هذا المصطلح من مفردتين مضافة إحداهما إلى الأخرى، وهما: «رأس»، و«المال».

أولاً: الرأس في اللغة: هو العضو المعروف، ثم أُطلق على العالي من كل شيء، والمقدَّم منه[1].

(١) ينظر: الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المتوفي نحو ٧٧٠هـ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية – بيروت (١/ ٢٤٥)، ابن منظور: محمد بن مكرم بن على بن جمال الدين، لسان العرب، طبعة: دار صادر – بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ (٦/ ، ٩١)، نكري، عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد (ت ق ١٢هـ)، دستور العلماء = جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، عرَّب عباراته الفارسية: حسن هاني فحص، الناشر: دار الكتب العلمية – لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م (٢/ ٩٢).

ثانيًا: المال هو: ما يملكه الإنسان من جميع الأشياء[١].

ثالثًا: رأس المال هو: أصله[٢].

ورأس المال عند الفقهاء: هو الثَّمن في السَّلم. وأيضاً يطلق على أصل المال في عقد المضاربة وفي عقد الشَّركة[٣].

وأما رأس المال في علم الاقتصاد فهو: «جملة المال المُستثمَر في عملٍ ما»[٤].

وعُرِّف بتعريفات أخرى، تؤول إلى هذا التعريف.

---

(١) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (١/ ٣٠١)، الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ضبط وتوثيق، يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٨م (ص ١٠٥٩).

(٢) ينظر: الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مرجع سابق (١/ ٢٤٥)، الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق (ص٥٤٧)، الصاغاني، رضي الدين الحسن بن محمد بن الحسن بن حيدر العدوي العمري القرشي الحنفي (ت ٦٥٠هـ)، العباب الزاخر واللباب الفاخر (١/ ١١٢).

(٣) ينظر: التهانوي، محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمَّد صابر الفاروقي (ت بعد ١١٥٨هـ)، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: د. عبد الله الخالدي، الناشر: مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م (١/ ٨٣٩)، نكري: دستور العلماء = جامع العلوم في اصطلاحات الفنون (٢/ ٩٢).

(٤) ينظر: د. عمر، د. أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت ١٤٢٤هـ)، معجم اللغة العربية المعاصرة، بمساعدة فريق عمل، الناشر: عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م (٢/ ٨٣٦)، مجموعة من المؤلفين التابعين لمجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، الناشر: دار الدعوة (١/ ٣١٩).

الفرع الثاني: تعريف الجريء:

الجريء: من الجرأة والجراء، وهو يدور الإقدام على الشيء، وعدم الهيبة والتخوُّف، وعلى الإسراع بالهجوم على الشيء من غير توقُّف[1].

الفرع الثالث: تعريف رأس المال الجريء باعتباره مركَّبًا:

نشير بداية إلى اتخاذ رأس المال الجريء مسميات عدة، وإن كان جميعها يعبِّر عن طبيعة وجوهر هذا النوع من رؤوس الأموال، فيطلق عليه تارة رأس المال الجريء، وهو المسمى الذي سوف نتخذه في بحثنا هذا، وتارة أخرى يطلق عليه مسمى «رأس المال المخاطر»، وتارة أخرى يطلق عليه «رأس مال المغامر»، ويعرف باللغة الإنجليزية بـ Venture Capital (VC)[2].

وأيًّا كان التسمية التي يطلق عليها؛ إلا أن جوهره محلُّ اتفاق لدى فقهاء القانون وإن كان يعرِّفه البعض بعبارات مختلفة، فالبعض عرَّفه بأنه: «شكل من أشكال الأسهم الخاصَّة، والتمويل المقدَّم إلى الشركات الجديدة والشركات الناشئة التي تتمتع بإمكانيات نمو طويلة الأجل؛ حيث يتمُّ توفير رأس المال الجريء هذا من قِبَل البنوك، أو المستثمرين الأفراد، أو

(١) ينظر: ابن الأثير، أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيباني الجزري (ت ٦٠٦هـ)، النهاية في غريب الأثر، تحقيق: خليل مأمون شيحا، دار المعرفة- بيوت، الطبعة الثالثة ١٤٣٠هـ (١/ ٧١٩)، المصباح المنير، مرجع سابق (ص: ٥٥)، لسان العرب، مرجع سابق (١/ ٤٤)، المعجم الوسيط، مرجع سابق (١/ ١١٤).

(٢) نفادي، محمد صديق (٢٠١٥م)، طور رأس المال المخاطر في دعم المشروعات الصغيرة والمتوسطة في مصر: مجلة الدراسات والبحوث التجارية، السنة ٣٥، العدد (٢)، (كلية التجارة، جامعة بنها، مصر)، (ص ٤٣٦).

الشركات المخصصة لاستثمارات رأس المال الجريء. غالبًا ما تتجاوز القيمة التي يقدِّمها أصحاب رؤوس الأموال المغامرة الشكل النقدي، بما في ذلك الخبرة الفنِّيَّة أو الإداريَّة»[١].

ويعرِّفه آخر بأنَّه: «بديلٌ تمويليٌّ حديث لنظام التمويل الكلاسيكي، وهو تقنية لتمويل المشاريع الاستثمارية بواسطة شركات رأس المال المخاطر، والتي تقوم على أساس المشاركة في الربح والخسارة؛ حيث يتولى المشارك تمويل المشروع من دون ضمان عائد أو مبلغه، وهو بذلك يخاطر بأمواله»[٢].

وعرفته الجمعية الأوروبية لرأس المال الجريء بأنَّه: «كلُّ رأس مال يوظَّف بواسطة وسيط ماليٍّ متخصِّصٍ، في مشروعات خاصة ذات مخاطر مرتفعة، تتميَّز باحتمال نموٍّ قويٍّ؛ لكنها لا تضمن الحصول على ربح، أو التأكد من إعادة رأس المال في تاريخ محدَّد، وذلك هو مصدر المخاطر؛ أملاً في الحصول على فائض قيمة مرتفع في المستقبل البعيد حال بيع حصة هذه المؤسسات بعد عدَّة سنوات»[٣].

(1) Dr. Carl-Ludwig Holtfrerich: (2006) Amd Plagge Public Policy for Venture Capital , Deutscher UniversitatsVerlag/GWV Fachverlage GmbH, l.Auflage Januar:p3.

(٢) لياس، تقية (٢٠١٧م)، متطلبات تطوير سوق التمويل برأس المال المخاطر في الجزائر كدعامة للتنمية الاقتصادية: دراسة حالة شركات رأس المال المخاطر بالولايات المتحدة الأمريكية، مجلة الإصلاحات والاندماج في الاقتصاد الوطني العالمي، المجلد (١٢)، العدد (٢٤) (المدرسة العليا للتجارة، مخبر الإصلاحات الاقتصادية، التنمية واستراتيجيات الاندماج في الاقتصادي العالمي، الجزائر) (ص ١).

(3) Sahut, Jean-Michel, and Jean-Sebastien Lantz. (2011)"Corporate Venture Capital and Financing Innovation." Available at SSRN P 17.

ولعلَّه من خلال الاطلاع والقراءة لهذه التعاريف المذكورة وغيرها يمكن استنتاج سمات وخصائص لتمويل برأس المال الجريء بأنه:

١. تمويل يختصُّ بالمشروعات والمنشآت حديثة النشأة؛ لأن قيمة حصصها حال نجاحها تتضاعف أكثر من المشروعات القديمة، وهذا سبب -بالإضافة إلى فداحة الخسارة حال الخسران- وصفه بالجريء.

٢. تمويل قائم غالبًا على العمل من طرف، ورأس المال من طرف آخر.

٣. تمويل طويل الأمد.

٤. غير مضمون الرِّبح أو الخسارة.

المطلب الثاني: مفهوم صيغ العقود المستحدثة:

أولاً: مفهوم الصيغ:

الصيغ: جمع صيغة، والصيغة مشتقَّة من صاغ يصوغ، صوغًا، وصياغة، وصيغة، وهي: تدلُّ على تهيئة الشيء على مثال مستقيم، وعلى شكل حسن، ومنه صوغ الحليِّ، ومنه تزوير الكلام وتحسينه، وهو استعارة، منه حسن العمل، يقال: هذا شيء حسن الصيغة، أي حسن العمل(١).

والصيغة عند الفقهاء هي: ما صدر عن المتعاقدين ممَّا يدلُّ على إنشاء العقد وإرادته، وتتكون من الإيجاب والقبول(٢).

(١) ينظر: ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل- بيروت، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، منشورات وزارة الشؤون الإسلامية، (٣/ ٣٢١)، لسان العرب، مرجع سابق (٨/ ٤٤٢).

(٢) ينظر: الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد (ت: ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م (٥/ ١٣٣)، =

والمراد بالصيغة في اللغة الاقتصاديَّة: هي القالب والشكل الذي تأخذه المعاملة الحديثة، من أشكال المعاملات القديمة. فيقال: هذا تمويلٌ بصيغة السلم، أو بصيغة الاستصناع، أو بصيغة المشاركة... وهكذا[1].

ثانيًا: مفهوم الاستحداث في الصيغ:

الاستحداث: مشتقٌّ من حَدَثَ، وهو حدوث الأمر بعد أن لم يكن[2].

«والحديث: نقيض القديم. والحدوث: نقيض القدمة. حدث الشيء يحدث حدوثاً وحداثة، وأحدثه هو، فهو محدث وحديث، وكذلك استحدثه»[3].

فمفهوم استحداث الصيغ إذن: هو الإتيان بصيغ وأشكال جديدة لم تكن في السابق.

= الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف القرطبي (ت: ٤٧٤هـ)، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى، ١٣٣٢هـ (٤/ ١٥٧)، الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت: ٤٧٦هـ)، المهذب، المطبوع مع المجموع للنووي، دار الكتب العلمية (٩/ ١٩٠)، ابن قدامة، الموفق عبد الله بن احمد بن محمد، (ت ٦٢٠هـ) المغني، تحقيق: د. عبد الله التركي، ود. عبد الفتاح الحلو، الطبعة الخامسة، دار عالم الكتب، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م (٤/ ٣ - ٤)، حماد، نزيه، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ (ص ٢٨٦).

(١) هذا تعريفٌ إجرائي من الباحث بعد الاطلاع على جملة كبيرة من الأبحاث الاقتصادية والفقهية المعاصرة التي تستخدم هذا اللفظ.

(٢) ينظر: مقاييس اللغة، مرجع سابق (٢/ ٣٦).

(٣) لسان العرب، مرجع سابق (٢/ ١٣١).

المبحث الأول
في الخلفيَّة التاريخيَّة لرأس المال الجريء، وإيجابيَّاته وسلبياته

وتحته مطلبان:

المطلب الأول: الخلفيَّة التاريخيَّة لرأس المال الجريء:

سأسلِّط الضوء في هذا المطلب على نشأة رأس المال الجريء، وخلفيَّته التاريخيَّة؛ لأنَّ المعرفة التاريخيَّة تشكِّل إحدى اللبنات الأساسيَّة لتصوُّر موضوع الدراسة.

وتذكر المصادر أن أول شركة رأس مال جريء حقيقية هي شركة American Research and Development (ARD)، التي أسسها في عام ١٩٤٦م رئيس معهد ماساتشوستس للتكنولوجيا «كارل كومبتون»، والجنرال «جورج إف دوريو»، الذي كان أستاذًا في كلية «هارفارد للأعمال»، وقادة الأعمال المحلِّيِّين.

قامت هذه المجموعة الصغيرة باستثمارات عالية المخاطر في الشركات الناشئة التي كانت قائمة على التكنولوجيا التي تمَّ تطويرها للحرب العالمية الثانية، ما يقرب من نصف أرباح ARD خلال ٢٦ عامًا من وجودها ككيان مستقل جاء من استثمارها البالغ ٧٠ ألف دولار في شركة المعدَّات الرقميَّة في عام ١٩٥٧م، والتي نمت قيمتها إلى ٣٥٥ مليون دولار، تم تنظيم ARD

كصندوق مغلق للتداول[١] العام[٢].

وبدافع المخاوف من تأخر القدرة التنافسية التكنولوجية الأمريكية بعد الإطلاق السوفيتي للقمر الصناعي سبوتنيك في عام ١٩٥٧م، أطلقت الحكومة الفيدرالية برنامج SBIC لتشجيع تطوير صناعة رأس المال الجريء. تلقى مقدمو الطلبات -الذين تمكنوا من تأمين مبلغ صغير من رأس المال الخاص- أموالًا سخية (أو ضمانات قروض) من الحكومة، تم تصميم برنامج SBIC بشكل سيئ. سرعان ما ثبطت اللوائح الواسعة النطاق معظم أصحاب رؤوس الأموال من المشاركة في البرنامج.

وفي الوقت نفسه، أدى الفحص المحدود لمقدِّمي الطلبات إلى دخول مشغِّلين استثمروا إما في شركات ذات فرص ضعيفة، أو في شركات احتيالية صريحة، وعادة ما يسيطر عليها الأصدقاء أو الأقارب. في سيناريو أنذر بأزمة المدخرات والقروض في الثمانينيات، وانهارت معظم الشركات الصغيرة والمتوسطة في أواخر الستينيات والسبعينيات[٣].

(١) الصندوق المغلق المتداول: هو صندوق مشترك يتم تداول أسهمه من مستثمر إلى مستثمر في بورصة مثل الأسهم الفرديَّة. ينظر:

Dr. Carl-Ludwig Holtfrerich: Amd Plagge Public Policy for Venture Capital , op.cit, p27.

(٢) ينظر: المصدر نفسه.

(٣) يدو، محمد (٢٠١٧م)، رأس المال المخاطر كآلية للحد من الفجوة المالية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة الاتحاد الأوروبي نموذجًا، مجلة العلوم التجارية، المجلد (١٦)، العدد الأول، (القطب الجامعي بالقليعة، مدرسة الدراسات العليا التجارية، الجزائر)، (ص ٢).

زاد النشاط في صناعة رأس المال الجريء بشكل كبير في أواخر السبعينيات وأوائل القرن الماضي الثمانينيات. حيث جمعت أمواله من خلال شراكات المشاريع منذ أواخر الستينيات. كما تغيرت مصادر التمويل بمرور الوقت.

في عام ١٩٧٨م عندما تم استثمار ٤٢٤ مليون دولار في صناديق رأس المال الجريء الجديدة، كان الأفراد يمثلون الحصة الأكبر، ٣٢ في المائة، بينما قدمت صناديق التقاعد ١٥ في المائة فقط.

في عام ١٩٧٩م أوضحت وزارة العمل الأمريكية قاعدة «الرجل الحكيم» بطريقة تسمح صراحة لمديري صناديق التقاعد بالاستثمار في الأصول عالية المخاطر، بما في ذلك رأس المال الجريء. حيث تم تقسيم مدفوعات رأس المال الجريء حسب الصناعة إلى صناعات تكنولوجيا المعلومات، وخاصة الاتصالات والشبكات والبرمجيات، وخدمات المعلومات. (٦٠ بالمائة)، وذهب حوالي ١٠ في المائة إلى علوم الحياة والشركات الطبية، والباقي موزعة على جميع أنواع الشركات الأخرى.، فعندما يُنظر إلى مدفوعات رأس المال الجريء جغرافيًّا نجد أنَّه ذهب أكثر من ثلث رأس المال الجريء إلى كاليفورنيا، بينما ذهب أقل بقليل من الثلث إلى ماساتشوستس وتكساس ونيويورك ونيوجيرسي وكولورادو وبنسلفانيا وإلينوي مجتمعة، وانتشر الثلث المتبقي بين ٤٢ ولاية أخرى[١].

(١) المصدر نفسه.

ويبدو أنَّ ذلك كان بسبب التركيز على الصناعات عالية التقنية وفي ولاية كاليفورنيا وكانت ولاية ماساتشوستس سمة ثابتة لاستثمارات رأس المال الجريء منذ منتصف الستينيات على الأقل.

أمَّا العقدان الماضيان فقد شهدا أوقاتًا جيدة جدًّا وشديدة الصعوبة لأصحاب رؤوس الأموال المغامرة. فقد دعم أصحاب رؤوس الأموال المغامرة العديد من شركات التكنولوجيا المتقدمة خلال الثمانينيات والتسعينيات، بما في ذلك Apple Computer وCisco Systems وGenentech وMicrosoft وNetscape وSun Microsystems. كما تلقى عدد كبير من شركات الخدمات (بما في ذلك Staples وStarbucks وTCBY) تمويلًا للمشاريع.

في الوقت نفسه، كانت الالتزامات تجاه صناعة رأس المال الجريء متفاوتة للغاية؛ حيث زاد التدفق السنوي للأموال إلى الصناديق الجريئة بمقدار عشرة أضعاف خلال أوائل الثمانينيات، وبلغ ذروته عند أقل بقليل من ٦ مليارات دولار (بدولارات ١٩٩٩م). من عام ١٩٨٧ حتى عام ١٩٩١م، مع ذلك، انخفض جمع الأموال بشكل مطَّرد. يعكس هذا التراجع خيبة الأمل التي واجهها العديد من المستثمرين في استثماراتهم؛ حيث انخفضت عائدات صناديق رأس المال الجريء في منتصف الثمانينيات، ويعلل البعض ذلك بسبب الإفراط في الاستثمار في مختلف الصناعات ودخول أصحاب رأس المال الجريء عديمي الخبرة[1].

(1) Dr. Carl-Ludwig Holtfrerich: Amd Plagge Public Policy for Venture Capital , op.cit, p28

فقد أقامت شركة رأس المال الجريء Softbank مشروعًا مشتركًا مع K-Mart بغرض تزويد العملاء المنتظمين لتجار التجزئة بإمكانية الوصول المجاني إلى الإنترنت والتسوق بأسعار مخفضة وخدمات من Yahoo! (شركة كانت سوفتبانك من أوائل المستثمرين فيها).

أنشأت شركة رأس المال الجريء Kleiner Perkins صندوق Java كآلية لمجموعة متنوعة من الشركات المهتمة بتحفيز الطلب على البرامج المكتوبة بلغة Java للاستثمار في الشركات ذات التطبيقات الجديدة المحتملة. على الرغم من أنَّ نموذج الشراكة المحدودة لا يزال يهيمن على صناعة رأس المال الجريء، إلا أن التسعينيات شهدت أيضًا إحياءً لصندوق رأس المال الجريء المطروح للتداول العام. وقد حدث هذا الانتعاش على الرغم من السجل التاريخي المضطرب والخطورة المتزايدة التي سعت بها هيئة الأوراق المالية والبورصات إلى إنفاذ الأحكام التنظيمية المتعلقة بهذه الصناديق[1].

أما في العالم الإسلامي فكان قصب السبق فيه لماليزيا؛ حيث بدأت صناعة رأس المال الجريء فيها مع إنشاء أول شركة للتمويل برأس المال الجريء عام ١٩٨٤هـ، وهي شركة بيرهاد للمشروعات الماليزيَّة، بعد ذلك

(١) أبا الخيل، محمد بن عبد الله (٢٠٠٣م)، رأس المال الجريء (المخاطر) Capital Venture الدور المنشود من سوق المال لتمويل الإبداع في مشروعات التحديث الصناعي، المؤتمر العلمي السنوي التاسع، تحديث الصناعة العربية في ضوء المتغيرات الدولية، (كلية التجارة، جامعة المنصورة، مصر) (ص١ وما بعدها).

بثمانية أعوام أنشأت الحكومة مؤسسة تطوير التقنية الماليزية، فكانت أول شركة تمويل برأس المال الجريء[1].

أما المملكة العربيَّة السعودية فقد بدأت أولى خطوات صناعة التمويل برأس المال الجري عام ١٤٢٧هـ، بتوقيع الهيئة العامة للاستثمار اتفاق تعاوني مع مصرفي (Venture Capital)، و(Global Emerging Markets) لتأسيس شركة مستقلَّة للتمويل برأس المال الجريء، برأس مال يبلغ ثلاثمائة وخمسة وسبعين مليون ريال.

وأُسِّست بعدها شركة وادي الرياض للتقنية، والتي بدأت باسم: مشروع وادي الرياض للتقنية عام ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، ثم تحولت بعد عامين إلى شركة تابعة لجامعة الملك سعود، تستثمر في التقنيات والابتكارات والملكيات الفكريَّة.

وفي مطلع عام ١٤٣٩هـ صدر قرار مجلس الوزراء بإنشاء الهيئة العامة للمنشآت الصغيرة والمتوسطة، للمساهمة في تطوير صناعة التمويل برأس المال الجريء، وكان من أعمالها تأسيس صندوق لذلك بالشراكة مع مدينة الملك عبد الله الاقتصاديَّة، ليكون ميعادًا لتأسيس شركات كبرى تعمل بالتمويل برأس المال الجريء[2].

(١) ينظر: Islamic Venture Capital (ص: ٩-١١)، الفياض، د. يزيد بن عبد الرحمن الفيَّاض، الأحكام الفقهيَّة المتعلّقة برأس المال الجريء، دار الميمان (ص ٧٩).

(٢) ينظر: رأس المال المخاطر مصدر بديل للتمويل في المملكة، (ص: ٥٢-٥٦)، الموقع الإلكتروني للهيئة العامة للمنشآت الصغيرة والمتوسطة smea.gov.sa، الفياض، الأحكام الفقهيَّة المتعلّقة برأس المال الجريء، مرجع سابق (ص ٧٩-٨٠).

المطلب الثاني: إيجابيَّات وسلبيَّات التمويل برأس المال الجريء:

من المهمِّ جدًّا قبل الولوج في صيغ التمويل برأس المال، معرفة إيجابيات وسلبيَّات هذا النوع من التمويل، والذي نشأت بعض الصيغ بناءً عليه، لتحقيق أكبر قدر من الإيجابيات، وتلافي القدر الممكن من السلبيَّات، كما أنَّ معرفة إيجابيات وسلبيات أيِّ عقد تزيد في تقريب صورته في الأذهان، وفي هذا المطلب إلماحة سريعة لأهم الإيجابيَّات والمميّزات لهذا النوع من الاستثمار، وكذلك أهم العيوب والسلبيَّات فيه في النقطتين الآتيتين:

أولًا: إيجابيَّات التمويل برأس المال الجريء:

لهذا النوع من التمويل إيجابيات ومميزات عديدة تدفع بالمستثمر للمجازفة بضخّ رأس ماله، ولعل من أهمِّها ما يلي:

١. **المشاركة**: انطلاقًا من أن المموِّل صاحب رأس المال الجريء -سواءٌ كان فردًا، أو شركة- له الدور الكبير في قيام الشركة ونجاحها، لذلك يعتبر شريكًا لأصحاب المؤسسة الأصليين، ويأخذ نسبة من الأرباح تصل في بعض الشركات إلى ٣٠٪، بالإضافة إلى ٢,٥ ٪ مقابل المصاريف الإداريَّة سنويًّا، كما أنَّه يتحمَّل جزءًا من الخسارة في حالة حصولها، وهذا يجذب المستثمرين والمموِّلين، مما يبرز إيجابيَّة هذه المشاركة أيضًا أنه غالبًا لا تباع الحصة إلا بعد أن تستوي الشركة، وتصبح قادرة على الإنتاج والنمو، وهذا لا يتوفر في الديون قصيرة الأجل، وكذلك المراقبة من الشريك تُجنِّب المشروع الدخول في مغامرات غير مأمونة العواقب.

٢. **الانتقاء**: نظرًا لجانب المخاطرة والمجازفة العالي في هذا النوع من التمويل؛ فالشركة إذا ربحت فيُتوقَّع منها حصول أرباح عالية، كما أنها في حال الخسارة يُتوقَّع خسارة الممول كل ماله، لهذا فإن أمام المموِّل فرصة لاختيار المشروع الواعد، وانتقاء ما يُتوقع نجاحه.

٣. **المرحليَّة**: من أشهر خصائص التمويل برأس المال الجريء أنه يتمُّ غالبًا على مراحل، وليس على دفعة واحدة، وبانتهاء كل مرحلة يلجأ المستفيد إلى الممول، وهذا يضمن جدِّيَّة هذا الاستثمار؛ من خلال عرض نتائج الأعمال المنجزة لكل مرحلة مموَّلة، كما يعطي فرصة جديدة للمؤسسة لتدارك فشلها، قبل تراكم الخسائر عليها.

٤. **التنمية والتطوير**: نظرًا لنسبة المخاطرة والمجازفة العالية في هذا النوع من التمويل، فإنه لا يخوضه إلا القلَّة من أصحاب الخبرة والرُّواد في مجال الاستثمار، مما يجعلهم حريصين دائمًا على تنمية وتطوير المشاريع، وابتكار تقنيات جديدة، وأساليب حديثة، وقد شوهد هذا في أمثلة حيَّة في تمويل شركات مبتدئة؛ كشركة آبل، وميكروسوفت، ولميدرال إكسبريس وغيرها، وكانت التقنيات القائمة عليها مجهولة، ولم تتحمس لها مصادر التمويل التقليدية، ثم سرعان ما أثبتت نجاحها الباهر[1].

(١) ينظر: د. عبد الباسط وفاء، رأس المال المخاطر ودورها في تدعيم الشركات الناشئة. دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م (ص ٧٦-٧٧)، ود. بريبش السعيد: رأس المال المخاطر بديل مستحدث لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر دراسة حالة شركة SOFINANCE، جامعة باجي مختار - عنابة (ص ١٠)، عبد الله بلعيدي، التمويل برأس المال المخاطر دراسة مقارنة مع التمويل بنظام المشاركة، رسالة مقدمة =

ثانيًا: سلبيات وعيوب التمويل برأس المال الجريء:

هناك سلبيَّات وعيوب تحيط بهذا النوع من التمويل؛ مما يشكِّل سببًا رئيسًا في عدم انتشاره، ومن أبرزها:

١. الحقوق المتولّدة للمخاطرين عن المشاركة (كالمشاركة في القرارات والتدخل في توجيه مسار المشروع)؛ باعتبارها مالكة لجزء من رأس مال الشركة؛ مما يُقلق أصحاب الشركات المموَّلة، وقد يضغط صاحب رأس المال الجريء أيضًا على الشركة للخروج من استثماراتها بدلاً من السعي لتحقيق نمو طويل الأجل.

٢. استرداد حصص المخاطرين في هذا النوع من التمويل يتطلَّب مبالغ مرتفعة في حال نجاح المشروع، وهذا يُعتبر حقًّا طبيعيًّا واتفاقًا عادلًا بالنظر لحجم المخاطرة والمجازفة التي قبِلوها وقت الإنشاء؛ حيث تعتبر إمكانيَّة فقدانهم لكافة الأموال التي شاركوا بها في التمويل عالية جدًّا[١].

٣. لا يحظى هذا النوع من الاستثمار بالدعم والثقة؛ لما فيها من نسبة مخاطرة عالية جدًّا، وينظر إليها على أنها غير جديرة بالثقة الائتمانية[٢]، وهذا يتسبَّب في الآتي:

= لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، تخصص اقتصاد إسلامي، جامعة الحاج لخضر، بباتنة، (٢٠٠٧ -٢٠٠٨م) (ص ١١١).

(١) ينظر: المصادر السابقة.

(٢) ينظر: دور رأس المال المخاطر في دعم وتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، دراسة حالة الجزائر، بحث منشور في مجلة الابتكار والتسويق، المجلد (٨)، العدد (١)، العام ٢٠٢١م (ص ١٤٨-١٧٠).

٤. عدم توفر ضمانات كافية لأصحاب رؤوس الأموال؛ إذ إن صاحب رأس المال دائمًا ما يطلب مساحة آمنة؛ لضخِّ أمواله، وهذا ما لا يوجد في هذا النوع من التمويل، وهذا يؤدِّي إلى:

٥. الإحجام في تقديم قروض لهذه الشركات، لأنَّ البنوك ونحوها من المموِّلين غالبًا يعملون دراسة جدوى تقليديَّة لمعرفة مدى قدرة هذه الشركات على النهوض، ولا يُقدم على تمويل هذه الشركات إلا أصحاب الخبرة العالية في هذه المجال، وممن تتوفر لديهم النظرة الاستشرافية للمستقبل.

٦. احتمالية فشل المشروع في الشركات الناشئة عالية، ولذلك يسمى رأس مالها برأس المال الجريء.

المبحث الثاني
دراسة صيغ عقود رأس المال الجريء

بعد أن بينَّا فيما سبق مفهوم رأس المال الجريء، والخلفيَّة التاريخيَّة لبداية هذا النوع من رؤوس الأموال، وإيجابيات وسلبيات هذا النوع من الاستثمار، وكيف أنه تميَّز بخواص ومميزات تميِّزه عن غيره، لاسيما ما يخص آلية توظيفه في المشاريع ذات الطبيعة المعقدة والخطورة العالية، إذ إنه يعد بمثابة مغامرة ذات مخاطر عالية، إما أن تصيب غايتها في نجاح مشروعات محدَّدة من تحقيق طموحاتها وأهدافها، وإما أن تنهار من لحظة نشوئها، ومع توجُّه الحكومات وانتشار هذا النوع من التمويلات للمشاريع ذات المخاطر العالية والتي لا يمتلك أصحابها ضمانات مقابل هذا التمويل، أو لا يستطيعون الحصول على تمويل من الجهات التمويلية التقليدية مثل المصارف وغيرها، إلا أنه غالباً ما يتوقع لهذه المشاريع من عوائد مالية كبيرة، وغالباً ما تكون هذه المشاريع فكرة إبداعية أو تكنولوجية أو تطوير مشروع تقني، أو تطبيق إلكتروني، أو متجر إلكتروني أو ما إلى ذلك، ويصعب طرح هذه المشاريع للاكتتاب لغرض الحصول على مال؛ لعدة أسباب تنظيمية ومالية وغيرها؛ الأمر الذي شجع -وبقوة- تطبيق فكرة رأس المال الجريء، وإن كان تطبيقها بصيغ مختلفة، ربما البعض منها، وجد -كنظام- قبل تطبيق فكرة رأس لمال الجريء وإن كان بصورة أو بأسلوب مختلف، وعلى أي حال. كما أنَّه لا يتخذ دائمًا شكلاً نقديًا؛ بل يمكن أيضًا توفيره في شكل خبرة فنية أو إدارية أو عملي، عادةً ما يتم تخصيص رأس المال الجريء للشركات الصغيرة

التي تتمتع بإمكانيات نمو استثنائية، أو للشركات التي نمت بسرعة ويبدو أنها مستعدة لمواصلة التوسع[1].

وسوف يشرع الباحث في تسليط الضوء على أهم وأكثر الصيغ القانونية التي تم التعامل بها في عقود رأس المال الجريء وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الصيغ التقليدية لعقود رأس المال الجريء:

أثناء تصفُّح الباحث وقراءاته حول موضوع الدراسة توصَّل إلى أنَّ هناك صيغًا تقليدية يتمُّ بها تمويل هذه المشاريع، ويُعنى بها الصيغ المباشرة لهذه العقود، والتي تندرج تحت صيغ تمويليَّة أخرى، من أهمها:

١. التمويل عن طريق المشاركة (Partnership):

تُعدُّ صيغة المشاركة أبرز وأشهر صيغ التمويل منذ بداية البشريَّة، وهي كذلك إحدى صيغ التمويل برأس المال الجريء، وهي حاليًّا من الصيغ التي تعتمدها المصارف الإسلامية باعتبارها الصيغة الاستثمارية الأساسية التي تجسّد مبادئ وقيم الاقتصاد الإسلامي، وتحقق العدالة بين طرفي التعامل، فضلًا عن تحقيق التوازن الاقتصادي والمجتمعي بين أفراد البلد الواحد.

(١) ابن راس، إسماعيل (٢٠١٤م)، رأس المال المخاطر كبديل مستحدث لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، دراسة حالة شركة FINALEP، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التيسير، الجزائر (ص ٢).

ويراد بها دخول المموِّل في شراكة مع صاحب الفكرة، وهي إما أن تكون مشاركة من بداية التمويل بدخول المموِّل شريكاً في الشركة، أو أن تكون مالاً يدفعه المموِّل ويتحول مستقبلاً إلى حصص في الشركة.

وتكمن أهمية هذه الصيغة في أنها شكل جديد من أشكال التمويل للمشروعات المصغرة والصغيرة التي يتيح لها هذا النوع من الصيغ إنهاء مشكلات القروض وما يتبعها من مشاكل سعر الفائدة والضمانات وتأخير السداد، كما أنها تؤدي إلى توزيع المسؤوليات والمخاطر التوزيع العدال بين الممول والمشروع[1].

وتعدُّ هذه الصيغة محبذة لدى كثير من أصحاب الأموال، ولكثير من أصحاب المشاريع الجريئة؛ لما فيه من تحقيق العدالة والفائدة لكلا طرفي العقد.

٢. التمويل بصيغة المضاربة (Speculative):

يُراد بالمضاربة: اتفاق بين طرفين؛ يُقدِّم أحدهما رأس المال، ويطلق عليه مسمَّى «صاحب المال»، بينما يُقدِّم الآخر جهده المتمثِّل في الإدارة والخبرة أو التقنية، ويسمى: «صاحب الجهد».

وجوهر عملية المضاربة هي إبرام عقد بين الطرفين «صاحب المال، وصاحب العمل أو صاحب الخبرة، ويسمى المضارب»، على أن يدفع صاحب المال سيولة نقديَّة إلى المضارب على سبيل الاتِّجار، على أن يكن الربح

(١) مصطفى، سراج الدين عثمان (٢٠٠٩م)، التمويل بالمشاركة، مجلة المال والاقتصاد، العدد (٦١) (بنك فيصل الإسلامي، السودان) ص ١٢.

بينهما؛ تبعًا لما اتفقا عليه، بشرط أن يكون نصيب كل منهما قدرًا معلومًا من الربح، وفي حالة الخسارة يخسر صاحب المال ماله، وصاحب الجهد جهده ووقته[1].

ويمكن القول: إن التمويل بهذه الصيغة يتيح إيجاد تدفُّقات نقديَّة للمشروعات المصغرة، إذا ما وضع لها شروط استخدام مُثلى، خاصة إذا فيما يخص مسألة الربح أو الخسارة التي يمكن أن تتعرض لها المشروعات التي تكون بحاجة إلى مثل هذه الصيغة من عقود رأس المال الجريء.

وعادة ما تتخذ المضاربة أنواعًا مختلفة منها باعتبارات مختلفة:

أ. من حيث النطاق:

وهي نوعان:

المضاربة المطلقة: ويراد بها: أن يدفع صاحب المال الأموال إلى صاحب الجهد «المضارب»؛ بغرض المضاربة دونما تحديد لنوع العمل أو المكان أو الزمان أو صفة العمل ومن يتعامل معه صاحب الجهد.

المضاربة المقيَّدة: وهي بعكس النوع الأول، فالمضاربة هنا تكون مقيَّدة، بتحديد نوع العمل، أو مكانه، أو زمانه، أو أطرافه.

(١) داودي، عماد الدين (٢٠١٦م)، دور القروض المصرفية في تمويل المنشأة الاقتصادية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهدي، أم البواقي، (ص ٣٠).

ب. من حيث الزمن:

وهي كذلك نوعان:

مضاربة مؤقتة بحركة رأس المال: أي دورة رأس المال، وهي دورة واحدة، أي: أنَّها محدّدة بصفقة معيَّنة، وتنتهي بعدها، ويمكن أن يُصار إلى تكرار الصفقة مرَّات عدَّة.

مضاربة مستمرة: وهي مضاربة غير محدَّدة بصفقة معينة، ويكون فيها لرأس المال دورات متعددة.

ج. من حيث الأطراف:

وهي أما تكون ثنائية الأطراف، أي بين طرفين فقط، وأما أن تكون متعددة الأطراف، وهذا ما يحدث حينما يأخذ صاحب الجهد المال من صاحب رأس المال ويقدمه إلى صاحب جهد آخر.

٣. التمويل بصيغة القرض (Comfortable Loan):

وهذه الصيغة تكون عن طريق إقراض المموِّل من مصرف وغيره لصاحب الفكرة والمشروع، وهذا لا يخلو:

إما أن يقرضه قرضًا بلا فوائد، وإما أن يقرضه بفوائد، وإما أن يدفع له المال قرضًا، ولكنه يتحوَّل مستقبلاً إلى حصص في الشركة، وإما أن يقرضه على شرط؛ فإذا نجح المشروع يكون المقرض شريكاً له بالمشروع، وإذا فشل المشروع يجب على صاحب الدين أن يرجعه بلا فوائد.

فأما الأول -وهو القرض بلا فائدة-: فجائزٌ شرعًا، وأما الثاني -وهو القرض بفائدة-: فهو محرَّم شرعًا، وأما الثالث: فهل يأخذ حكم المشاركة مسألة تحتاج إلى مزيد من النظر والتأمل والبحث، وأما القرض على شرط: فلا يجوز؛ لأنَّه عقدان في عقد، ولأنه قرض جر نفعاً.

ووجه كونه من صيغ تمويل رأس المال الجريء: أنَّ المقرض يعدُّ مخاطِرًا في إقراضه وتمويله لصاحب مشروع نسبة المخاطرة فيه كبيرة، وهذا مما يسبَّب له تأخير السداد، وضعف ضماناته.

المطلب الثاني: الصيغ المستحدثة لعقود رأس المال الجريء:

كما أنَّ هناك صيغًا تقليديَّة في العالم اليوم، فكذلك ولكثرة ما يمرُّ من أحداث وتطورات في كافة مناحي الحياة، ولتسارع الحوادث والاكتشافات والمخترعات، فهناك صيغ تمويل مستحدثة لهذه العقود يجري العمل بها في البلاد التي سبقت في هذا المضمار، من أبرزها:

١. التمويل بصيغة (Preference Shares):

وهي صيغة يكون المقرض فيها شريكاً بصيغة الأسهم الممتازة، والأسهم الممتازة هي: عبارة عن فئة من الأسهم تعطي لحاملها مجموعة من الحقوق لا يتمتَّع بها حملة الأسهم العادية، ومنها أسبقيَّة حملة الأسهم الممتازة في الحصول على نسبة محدَّدة سلفًا من أرباح الشركة، والأولويَّة على الأسهم العاديَّة في الحصول على حقوقهم عند تصفية الشركة[1].

(١) دليل المصطلحات الاستثمارية، الصادر عن هيئة السوق المالية (ص ١٠).

وتندرج الأسهم الممتازة تحت أربع فئات: الأسهم الممتازة التراكمية، والأسهم الممتازة غير التراكمية، والأسهم المفضلة المشاركة، والأسهم الممتازة القابلة للتحويل.

يحق لحاملي الأسهم الممتازة التراكمية: الحصول على توزيعات أرباح بأثر رجعيٍّ لأي توزيعات أرباح لم يتم دفعها في فترات سابقة، أي أنه يستحق أرباحًا دوريَّة كلَّ عام، ولو لم توزَّع أرباح؛ بحيث تُصرف له في أول وقت توزَّع فيه الأرباح.

في حين أن الأسهم الممتازة غير المتراكمة لا تحمل هذا المخصص، لهذا السبب ستكون الأسهم الممتازة التراكمية بشكل عام أكثر تكلفة من الأسهم المفضلة غير التراكمية.

وبالمثل، تقدم الأسهم الممتازة المشاركة ميزة توزيعات أرباح إضافية إذا تم الوصول إلى أهداف أداء معينة، مثل أرباح الشركة التي تتجاوز المستوى المحدد.

بالمقابل تسمح الأسهم الممتازة القابلة للتحويل، مثل السندات القابلة للتحويل، لحاملها بتحويل أسهمه المفضلة إلى أسهم عاديَّة بسعر ممارسة محدد. وتعتبر الأسهم الممتازة مثالية، واختيار مناسب للمستثمرين الذين يكرهون المخاطرة وهي قابلة للاستدعاء (يمكن للمُصدِر استردادها في أي وقت)[1].

(1) De Jong, Abe, Miguel Rosellón, and Patrick Verwijmeren. "The economic consequences of IFRS: the impact of IAS 32 on preference shares in the Netherlands." Accounting in Europe 3.1 (2006) P 169.

٢. التمويل بصيغة الأسهم الممتازة بشرط تصفيتها (Liquidation of Preferred Shares):

والمراد بهذه الصيغة: أن المقرض فيها يكون شريكًا بصيغة الأسهم الممتازة، ولكنه نوع معيَّن من الأسهم الممتازة، وهو أنَّ المموِّل في الحالة العاديَّة للشركة مثل أصحاب الأسهم العاديَّة، ولكنه في حال بيع الشركة، أو فشلها، أو تعرُّضها للتصفية لأي سبب من الأسباب: فله حقُّ تفضيل التصفية، والذي يعني: تخصيص مقدار من المال يحصل عليه المساهم المفضّل في حال بيع الشركة أو تصفيتها، إضافة إلى أنه يُعطى الأولويَّة في استرداد رأس ماله.

أي أن المستثمرين في رأس المال الجريء يطلبون أن تكون لهم الأولويَّة في استرداد أموالهم عند تصفية الشركة،بالإضافة إلى عائد مساوٍ لاستثماراتهم الأولية، قبل أن يحصل أي مساهم آخر على أي من العائدات[1].

وتفضيل التصفية يعدُّ أحد الميزات التي تبرِّر فرق القيمة السوقية العادلة بين سعر الشراء الأعلى للأسهم الممتازة، والأسهم العادية، ويسمح ببيع الأسهم العادية للأفراد بسعر أقل مما يدفعه أصحاب رؤوس الأموال الجريئة، وهذا ما يشار إليه بـ «قاعدة العشرة إلى واحد»؛ حيث يتم تقييم الأسهم العادية للأفراد العاديين بنسبة ١٠٪ من السعر الذي يدفعه رأس المال الجريء كممارسة في السوق، ويمكن أن يكون هذا جيِّدًا بالنسبة

(1) Nicholas Carlson (March 8, 2014). "Startup Employees Think They Are Going To Get Rich — Then A Horror Story Like This Happens". Business Insider

للشركة؛ لأن الأفراد العاديين ينظرون إلى الخصم على أنه ربحٌ فوريٌّ. فغالباً ما يطلب المستثمرون شرط تصفية الأسهم في حالة فشل الشركة، وهناك عقود وقعت بمثل هذا الاحتمال، أو هذا الشرط، مثل: «أوف أمريكا»، و«شركة طاقة جورجيا»، وشركة «جنرال إلكترونك»[1].

٣. تمويل المشاريع مع التنازل عن حصة من الملكية الفكرية للمشروع:

وهذه صيغة غالباً ما تكون للشركات التي لديها أفكار جديدة، وفكرتها: أنه يتم تمويل المشروع بقرض ذي هامش ربح قليل، بفترة محددة السداد، ولا يشترطون فيه ملكيَّة أسهم، وذلك بعد أن يقوم المُقرض بتقييم معدل نمو الشركة وخطة العمل، ودراسة سجل أصحاب رؤوس الأموال، على أن يتنازل أصحاب المشروع الملكية الفكرية للمشروع لصالح الجهة الممولة. وأغلب ما تكون هذه الصيغ في Silicon Valley Bank وصناديق ديون المشاريع المتخصصة مثل: Trinity Western Technology Investment (WTI).

٤. التمويل بصيغة القرض المشروط (Conditional Loans):

وهو تمويلٌ قائم على فكرة السداد بعد نجاح المشروع، ويشترط أن يكون السداد من نتاج المشروع نفسه، وقد يكون هذا النوع من التمويل: قرضًا بفائدة، وهذا محرَّم شرعًا، وقد يكون قرضًا بدون فائدة، وهذا جائزٌ شرعًا،

(1) What Is A Liquidation Preference On Preferred Stock (And Why Should You Care):

https://www.startupblog.com/what-is-a-liquidation-preference-on-preferred-stock-and-why-should-you-care/

وهو معمولٌ به في المملكة كما في بنك التنمية الاجتماعي، والجهات الأخرى المرتبطة بالمنشآت الصغيرة والمتوسطة.

وسبب قيام شراكات التمويل بهذه الصيغة: هو طلب الحكومات للنهوض بالتجارة ودعم الأفكار، وللخدمة المجتمعية، ففي الهند مثلاً يشترط هامش ربح قليل يتراوح من ٢ إلى ٥ ٪؛ فإن القروض المشروطة ليس لها جدول سداد محدَّد مسبقًا، ولا أيُّ سعر فائدة ثابت على رأس المال المقترض، ويحتاج رائد الأعمال إلى الدفع للمقرض في شكل ملكيَّة عندما تكون الشركة قادرة على تحقيق إيرادات أو ربح، كما أنه لا توجد فائدة مستحقة الدفع للمقرض على مبلغ القرض.

يتراوح معدل الإتاوة بين ٢٪ و١٥٪ على أساس الإيرادات، ونسبة الربح، والتدفقات النقدية للمشروع، وما إلى ذلك. كما أنَّه في حالة القروض المشروطة لا يحتاج صاحب المشروع إلى دفع الفائدة، أو المبلغ الأساس على الفور، على عكس تمويل الديون؛ حيث تحتاج لسداد رأس المال مع الفائدة ضمن الجدول الزمني الثابت؛ بغض النظر عن الربح أو الخسارة[1].

٥. التمويل بصيغة السندات المتحوّلة (Convertible Debentures):

السندات: جمع سند، والسند هو صكٌّ ماليٌّ قابلٌ للتداول، يُمنح للمكتتب لقاء المبالغ التي أقرضها، ويخوِّله استعادة مبلغ القرض؛ علاوة على الفوائد المستحقة، وذلك بحلول أجله.

(1) Belkin, Barry, Stephan Suchower, and Lawrence R. Forest. "The effect of systematic credit risk on loan portfolio value-at-risk and loan pricing." CreditMetrics Monitor (1998)P17

وبعبارة ثانية هو: تعهُّدٌ مكتوبٌ بمبلغ من الدين (القرض) لحامله في تاريخ معيَّن، مقابل فائدة مقدَّرة، وتصدره الشركة أو الحكومة وفروعها بالاكتتاب العام.

أما السندات المتحولة ففكرتها تقوم على أن تقوم الشركات المبتدئة بجمع الأموال، عن طريق إصدار سندات بضمان، لسداد مبلغ الأموال المستثمرة عند استحقاق السند، بمعنى آخر: كلما كان رأس المال مطلوبًا، تصدر الشركات ورقة دين لفترة زمنيَّة محدَّدة. ثم تقوم الشركة بدفع الفائدة على الأموال المستثمرة في تاريخ الاستحقاق المحدَّد لها[1].

والتمويل بهذه يتمُّ عن طريق السندات، ويكون السداد عن طريق تحويل السندات إلى أسهم تفضيليَّة، أو أسهم ملكيَّة بسعر صرف ثابت بعد فترة معيَّنة، ثم يصبح المقرض شريكاً في ملكية المشروع.

وهذه الصيغة من التمويل لها ثلاث صور:

أ. سندات قابلة للتحويل مع الخيار:

وهو أن يكون الممول مخيرًا بين الاستفادة من السندات أو تحويلها أسهماً تفضيلية وفق شروط محددة.

ب. سندات لطرف ثالث قابلة للتحول:

وهي ديون لكن مع ضمان يسمح للمستثمر بالاشتراك في حقوق ملكية الشركات الثالثة (المشروع) بسعر تفضيلي مقابل سعر السوق. عادةً ما يكون سعر الفائدة على هذه السندات أقل من الدَّين الرئيسي بسبب خيار التحويل.

(1) Ross, Sean. "Debenture vs. Bond: What's the Difference?". Investopedia. Retrieved 2019-06-22.

ج. السندات القابلة للتحويل وقابلة للاسترداد بسعر فائدة:

وهذا نوع من السندات، قابلة للتحول إلى أسهم، وتعطي الحق لصاحبها بطلب تحويلها إلى أسهم متى رغب في ذلك، كما أنها قابلة للبيع بخصم على القيمة الاسميَّة؛ مع استرداد القيمة الاسميَّة عند الاستحقاق[١]، بمعنى أنه يكون لحامل السند أحقية تحويل السند إلى أسهم سواءً أكانت عادية أو ممتازة، ويشترط أن يكون قبل تاريخ الاستحقاق المحدَّد مسبقاً، كما أن هذه السندات أيضاً قابلة للاسترداد قبل تاريخ الاستحقاق، وعادة ما يكون ذلك عندما تنخفض أسعار الفائدة[٢].

وهذه كالتي أصدرتها شركة Tesla Motors في عام ٢٠١٤م في أمريكا؛ حيث أصدرت الشركة سندات قابلة للتحويل بقيمة ملياري دولار؛ لتمويل بناء مصنع Tesla Giga في ولاية نيفادا Nevada.remium.

٦. التمويل بصيغة الاتفاقية المبسطة للأسهم المستقبليَّة [٣](SAFE):

تمنح الاتفاقية المبسطة للأسهم المستقبلية، التي طورتها Y Combinator لأول مرة في عام ٢٠١٣م، فللمستثمر الحقُّ في تملُّك نسبة متفق عليها من المشروع، في تاريخ مستقبليٍّ غير محدَّد، متى قامت الشركة الناشئة (المشروع)

(١) الخياط، د. عبد العزيز، الأسهم والسندات من منظور إسلامي (ص ٥٠ – ٥٣).

(2) Scatizzi, Cara (February 2009). "Convertible Bonds". The AAII Journal. Retrieved 8 September 2015.

(٣) كلمة SAFE مصطلح مختصر من أربع كلمات باللغة الإنجليزية، تمثل الأحرف الأولى لهذه الكلمات: Simple Agreement for Future Equity، والتي تعني: الاتفاقية البسيطة للأسهم المستقبلية.

ببيع أسهم، كما أنها لا تعرف قيمة الشركة الناشئة مسبقًا، ويتمُّ استلام الأسهم بسعر التمويل اللاحق عندما يحدِّد المستثمرون سعر السهم المفضل.

ولا تعد هذه الصيغة قرضًا، ولذا لا يترتب عليها فائدة، وليس لها تاريخ استحقاق، وليس هناك تبعات قانونية إذا لم يسدِّد صاحب المشروع.

وتختلف الاتفاقية البسيطة أو المبسطة للأسهم المستقبلية (SAFE) عن السندات القابلة للتحويل بمعنى أنها ليست أداة دين، ولا تلزم الاتفاقية البسيطة المبسطة للأسهم المستقبلية (SAFE) الشركة الناشئة بدفع أي مدفوعات فائدة شهرية. كما أنَّه لا يوجد تاريخ استحقاق لاتفاقية بسيطة لأدوات حقوق الملكية المستقبلية (SAFE).

هذا هو جوهر الاختلاف الرئيس الذي يجعل هذه الأداة المالية مختلفة تمامًا عن الأوراق النقدية القابلة للتحويل، حيث تختلف اتفاقيات SAFE عن الأوراق النقدية القابلة للتحويل؛ فالأولى عبارة عن اتفاقيَّة تعاقديَّة يمكن أن تتحوَّل إلى أسهم في جولة تمويل مستقبليَّة، بينما الثانية عبارة عن دين قصير الأجل يتحوَّل إلى حقوق ملكيَّة.

ويحصل الممول أو المستثمر على الأسهم بسعر أقل من سعر السوق أو القيمة الاسمية. وهناك أنواع مختلفة من SAFE:

1. Cap, no discount.
2. Discount, no cap.
3. Cap and discount.
4. No cap, no discount.

نجد أن هذه الصيغ الأربع مبنيَّة على عناصر:

Discount (الخصم)، وعلى no Discount (بدون خصم)، وعلى Cap (الحد الأعلى) no Cap (بدون الحد الأعلى).

ف Discount (الخصم): هو أن يسمح لحاملي السندات القابلة للتحويل بتحويل مبالغ أموالهم المستثمرة في الشركة إلى أسهم بسعر أقلَّ نسبيًا للسهم الواحد؛ مقارنة بالمستثمرين الجدد، مثال ذلك: أن يُسمح لحامل السندات القابلة للتحويل بخصم ٢٠٪ بتحويل استثماراتهم بمبلغ ٨ ملايين دولار أمريكي عندما تقدر قيمة الشركة بـ ١٠ ملايين دولار أمريكي، والعكس يقال في مسألة no Discount (بدون خصم).

وأما Cap (الحد الأعلى)، أو بما يعرف (معدَّل الرسملة): فهو يمثِّل معدَّل العائد المتوقَّع للمستثمرين على الاستثمارات، كما يتمثَّل بالسماح لسعر السهم لأن يصل للحدِّ الأعلى المسموح له في جلسة التداول، والعكس يقال في مسألة no Cap (بدون الحد الأعلى)[١].

وهذه الصيغ غالباً ما تكون مبنيَّة على حسن النية؛ ولذا نجد الالتزامات على صاحب المشروع غير مكلفة. وقد تمَّ تمويل الشركات المدعومة من YC مثل Coinbase وBrex وNova Credit وAxoni وSFOX وغيرها، باستخدام هذه الصيغة SAFE Formula.

٧. التمويل بصيغة (KISS)[٢]:

وهي صيغة عقد مشتقٍّ من الأسهم؛ حيث يلتزم المستثمر برأس مال للشركة في الوقت الحاضر؛ لتلقي حقوق الأسهم في تاريخ مستقبلي. وهناك نوعان من KISS:

(1).What is a SAFE?". fundersclub.com. Retrieved 11 October 2021.

(٢) كلمة KISS مصطلح مختصر من أربع كلمات باللغة الإنجليزية، تمثل الأحرف الأولى لهذه الكلمات: Keep It Simple Security، والتي تعني: أبقه بسيطًا وآمنًا.

١. إصدار الدين، الذي له معدل فائدة وتاريخ استحقاق.

٢. ونسخة حقوق الملكية مع عدم استحقاق الفائدة وليس لها تاريخ استحقاق. وتشتمل هذه الصيغة على:

أ. أنه متى ما وصلت الشركة إلى سعر المليون دولار مثلاً في تمويل الأسهم، يتمُّ التحويل إلى أسهم بعد أن يتم التفاوض على صفقة التحويل بصيغة (cap and discount).

ب. أن يحدَّد تاريخ استحقاق التحويل وهو غالبًا ١٨ شهرًا. وإذا لم تصل الشركة في ١٨ شهرًا إلى سعر المليون دولار، فسيتم تصويت الأغلبيَّة لاتخاذ أفضل مسار للعمل.

ج. إذا كان هناك بيع للشركة أو تصفية قبل التحويل إلى أسهم، فيمكن للمستثمر أن يختار الحصول على ضعف استثماره أو التحويل عند سقف التقييم.

٨. التمويل بصيغة السند الإذني أو الكمبيالة القابلة للتحويل (Convertible Promissory Note):

وهو شكل من أشكال الدَّين الذي يتحول إلى أسهم، ويكون محددًا بوقت أو حدث، وإذا لم ينجح المشروع فيكون سداد القرض عن طريق الكمبيالة أو السند الأذني. ويكون السند الإذني أو الكمبيالة إن كان السداد مبلغًا ماليًّا، فيكون السداد بفوائد.

والسند الإذني فهو: مكتوب يتضمَّن التزامًا بدفع مبلغ لإذن شخص معيَّن أو لحامله في تاريخ معين[١].

وأما الكمبيالة فهي: أمر مكتوب وفقًا لأوضاع معتبرة معينة حددتها الأنظمة المختصة بإصدار تنظيمات الأوراق التجارية، يطلب بها شخص يسمى الساحب، من شخص آخر يسمى المسحوب عليه أن يدفع بمقتضاها مبلغًا معينًا من النقود للمسحوب له، أو لأمره من غير تعليق على شرط[٢].

أو هي: سند دين يتعهد مُصدِره بأن يدفع في وقت معين في المستقبل إلى شخص محدد اسمه في السند أو لأمره أو لحامل السند مبلغًا محددًا من النقود نتيجة بيع مؤجل الثمن أو قرض أو غير ذلك. ولا يحل أجل وفاء هذه الورقة التجارية إلا في التاريخ المدون عليها[٣].

وقد استخدمت شركة Single Touch Systems Inc، وهي شركة في ولاية ديلاوير، سند إذني قابل للتحويل للحصول على تمويل من مستثمر في عام ٢٠٠٩م[٤].

(١) ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٤٥٤)، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١٣/ ٥٨٩)، وينظر: نظام الأوراق التجارية الصادر بتاريخ ١١/ ١٠/ ١٣٨٣هـ، المادة (٨٧)، والمادة (٨٨).

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ٥٠٦)، وينظر: نظام الأوراق التجارية الصادر بتاريخ ١١/ ١٠/ ١٣٨٣هـ، المادة (١).

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١١/ ٩٠).

(4) Wasser, Strom, and Gas Wechsel. "Wagniskapital venture capital. Financing source for new businesses that combine a high risk with a potential for a high return. Wandelschuldverschreibung convertible bond." (1993). P575.

٩. التمويل بصيغة الاستثمار في الأسهم الممتازة القابلة للتحويل (Convertible Preferred Stock Investment):

وهي صيغة يُمنح فيها المالكون خيار تحويل أسهمهم المفضلة إلى عدد ثابت من الأسهم العاديَّة بعد تاريخ محدَّد. وهذا النوع يجمع بين الأوراق المالية وبين ميزات الديون؛ من مدفوعات الأرباح الثابتة المضمونة، وحقوق الملكية (من قدرته على التحويل إلى أسهم عادية).

ويطلب صاحب الأسهم الممتازة تحويلها إلى أسهم عادية لأنَّ ارتفاع قيمة الأسهم المفضَّلة محدود مقارنة بالأسهم العاديَّة، ولهذا تمنح شركات المساهمة أصحاب الأسهم الممتازة حق تحويلها إلى أسهم عاديَّة إذا كانوا يعتقدون أن قيمة الأسهم العادية سترتفع قيمتها أكثر من الأسهم المفضلة.

يتلقى أصحاب رأس المال الاستثماري عادةً الأسهم المفضلة القابلة للتحويل عندما يستثمرون في شركة ناشئة، عندما تصدر الشركات أسهمًا مفضلة، فإنها تصبح ملزمة بدفع أرباح الأسهم طالما أن الشركة موجودة. وهي مفضلة بشكل خاصٍّ من قبل شركات المرحلة المبكرة كوسيلة تمويل. أما بشأن الشروط التي عادة ما تُفرض لإبرام مثل هذه الصيغة فنجد أن في مقدمتها:

١. **القيمة الاسمية**: القيمة الاسمية للسهم الممتاز، أو المبلغ بالدولار المستحق الدفع لحامل الشركة في حالة إفلاس الشركة؛ وذلك لضمان حقِّه عند تحويل الأسهم.

٢. **نسبة التحويل**: عدد الأسهم العادية التي يتلقاها المستثمر وقت تحويل الأسهم الممتازة القابلة للتحويل؛ يتم تحديد النسبة من قبل الشركة عند إصدار الأسهم الممتازة القابلة للتحويل، فقد يرغب كثير من المموِّلين تقسيم أسهم إلى: أسهم عاديَّة، وأسهم ممتازة قابلة للتحويل، وأسهم ممتازة غير قابلة للتحويل.

٣. **سعر التحويل**: السعر الذي يمكن عنده تحويل الأسهم الممتازة القابلة للتحويل إلى أسهم عادية، ويمكن حساب سعر التحويل بقسمة القيمة الاسمية للسهم المفضل القابل للتحويل على نسبة التحويل المنصوص عليها.

٤. **علاوة التحويل**: المبلغ بالدولار الذي يتجاوز به سعر السوق للأسهم الممتازة القابلة للتحويل القيمة السوقية الحالية للأسهم العادية التي يمكن تحويلها إليها؛ يمكن التعبير عنها أيضًا كنسبة مئوية من سعر سوق الأسهم الممتازة القابلة للتحويل[(١)].

١٠. التمويل الجماعي (Crowdfunding):

ويكون بالإعلان عن طلب تمويل مشروع عن طريق جمع الأموال، وغالباً ما تكون الأموال صغيرة، من عدد كبير من الأشخاص، عادةً ما يكون ذلك عبر الإنترنت أو البلوكشين أو منصات التواصل الاجتماعي،

(1) Gilson, Ronald J., and David M. Schizer. "Understanding venture capital structure: a tax explanation for convertible preferred stock." Harvard Law Review 116.3 (2003)P 874

ولا يوجد وسطاء ماليون تقليدون مثل المؤسسات المالية وغيرها[1]، وتأخذ هذه المنصات نسبة محددة غالباً لا تزيد على ٤٪ عند نجاح هذا التمويل.

ولها عدة صيغ لعل من أهمها ثلاث صيغ، وهي:

أ. **عن طريق إصدار أسهم**: فيحصل الممول على أسهم في المشروع مقابل المال الذي قدمه للمشروع.

ب. **عن طريق الدين**: فيكون صاحب المشروع مديناً للممول، فمتى نجح المشروع يرجع له المبلغ بفائدة متفق عليها، وإذا لم ينجح يرجعه بدون فائدة.

ج. **عن طريق التبرع**: وهذا غلباً يكون للأعمال الخيرية. في بعض الدول مثل الولايات المتحدة الأمريكية تنظم هيئة الأوراق المالية والبورصات (SEC) التمويل الجماعي المستند إلى الأسهم، (Mollick, 2014: 1).

وكذلك في المملكة العربية السعودية تنظم وتشرف هيئة السوق المالية على التمويل الجماعي[2].

١١. التمويل عبر مراحل (Series Funding):

وحقيقته: أن يتفق صاحب المشروع مع الممول على أن يموِّله على مراحل، وفي كل مرحلة يطلب الممول من صاحب المشروع تقرير عن نجاح

(1) Goran Calic, "Crowdfunding", The SAGE Encyclopedia of the Internet, 2018.

(2) Mollick, Ethan. "The dynamics of crowdfunding: An exploratory study." Journal of business venturing 29.1 (2014)P 1

المشروع، ثم إذا كان التقرير مناسبًا، ويدلُّ على نجاح المشروع؛ فإنَّ المموِّل يعطيه تمويل للمرحلة الثانية، وهكذا، وغالباً ما تكون عبر أربع مراحل.

ولا يلزم أن يكون التمويل في المرحلة الأولى والثانية دينًا بفائدة؛ بل قد يكون بدون فائدة، ولكن يضمن صاحب المشروع الدَّين في حال خسر المشروع، أما التمويل في المرحلة الثالثة والرابعة يتحول إلى دين بفائدة، ثم إلى حقوق ملكيَّة.

وممن استخدم هذه الصيغة: in 2018, Chaossearch, Boston، وفائدة الممول من التمويل خاصة في المرحلة الأولى والمرحلة الثانية، أن المموِّل لا يبحث عن أفكار لمشاريع رائعة وناجحة؛ بل بدلاً من ذلك يبحث عن شركات ذات أفكار رائعة؛ بالإضافة إلى استراتيجيَّة قويَّة لتحويل هذه الفكرة إلى مشروع تجاري ناجح يكسب المال[1].

١٢. التمويل بصيغة الديون التقليديَّة مع السندات (Income Notes and Loan):

هذه الصيغة تشتمل الديون التقليدية وكذلك السندات، وتكون عبر مرحلتين:

المرحلة الأولى: دين بفائدة.

المرحلة الثانية: تمويل بسندات؛ مع اشتراط أن تكون فائدة السند للممول، كما يشترط الممول أن يرجع صاحب المشروع سندًا آخر مماثلاً لقيمة

(1) One-third of U.S. startups that raised a Series A in 2015 went through an accelerator." - Pitchbook.

السند الذي أعطاه إياه. وغالباً ما تكون هذه الصيغة في الولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة، واليابان، وبعض دول الاتحاد الأوروبي.

١٣. تمويل أو استثمار بصيغة نمو السند أو الورقة المالية مع التحوط (Growth Notes with Protection):

وطريقته أن يقوم الممول أو المستثمر بالاستثمار. ويكون هدفه أن يحصل على المال من عوائد الأرباح، وفي هذا النوع غالباً ما يكون الممول يهدف إلى أرباح الشركة المستقبليَّة، بدلاً من بيع حصته مستقبلاً بسعر مضاعف عن سعر السوق، ولا يطلب من صاحب المشروع أن يُرجع إليه المال، كما أنه يجب أن يتحوَّط[1] صاحب المشروع للتعويض عن التعرُّض لتقلبات الأسعار.

المطلب الثالث: الحكم الفقهي لصيغ عقود رأس المال الجريء:

تقدَّم أنَّ صيغ عقود رأس المال الجريء نوعان: صيغ قديمة تقليديَّة، وصيغ مستحدثة، وقبل الشروع في بيان أحكام هذه العقود لا بدَّ من معرفة أمور:

(١) التحوُّط: هو اتخاذ كل إجراء من شأنه حماية المال، أو الحدُّ من المخاطر فيه، وهو قد يكون اقتصاديًّا؛ وقد يكون تعاونيًّا، وقد يكون تعاقديًّا، فالاقتصادي: كتنويع الأصول الاستثمارية، أو اشتراط أن تكون المشروعات الممولة بعملة المموِّل نفسها، والتعاقدي: كأن يشترط الممول أن يكون في مجلس الإدارة، أو يشترط أن يكون للشركة مجلس رقابة، أو اشتراط أن يكون نشاط الشركة في مكان معيَّن أو نوع معين. ينظر لتفاصيل ذلك: كتاب: الأحكام الفقهية لرأس المال الجريء، للفياض (ص ٣٥١-٤٢٠).

الأمر الأول: أنَّ الشريعة الإسلامية بصفتها عامَّة شاملة، صالحة لكلِّ زمان ومكان، بُيِّنت فيها أحكام ما يحتاج إليه الإنسان في كافة عصوره، في سائر أموره الماليَّة، والجنائية، والعباديَّة، والأسريَّة، وغيرها.

الأمر الثاني: اهتمَّت الشريعة بأمر المال، وطرق تنميته، وبيَّنت الطرق الجائزة والطرق المحرَّمة، وجعلت المال أحد الضروريات الخمس التي لا تقوم مصالح العباد إلا بها.

الأمر الثالث: رسمت الشريعة خطوطًا عريضة للمعاملات الماليَّة، فجعلت الأصل فيها الحِلَّ؛ انطلاقًا من قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ومن حديث: ((**أنتم أعلم بأمور دنياكم**))، ولا يحرم منها شيء إلا بدليل، ووضعت قواعد وأصول عامَّة لفساد أو تحريم المعاملات.

الأمر الرابع: من الأصول العامَّة في تحريم المعاملات ما يلي: تحريم عين المبيع، والربا، والغرر، والشروط التي تؤول إلى الغرر أو الربا، والضرر، والتغرير والخداع، وأن تتضمن المعاملة المالية ترك واجب.

وانطلاقًا من القواعد السابقة نبدأ في تكييف أحكام صيغ عقود رأس المال الجريء، وينتظم عقدها في الفروع الآتية:

الفرع الأول: التمويل عن طريق المشاركة (Partnership):

المشاركات باب كبير من أبواب الفقه الإسلامي، ويعتبرها الفقهاء من أهم صيغ التمويل والاستثمار، والمشاركات في الجملة أجمع الفقهاء على

جوازها[1]، وهي أنواع: شركة العنان أو شركة الأموال، وشركة الوجوه، وشركة المفاوضة، وشركة الذمم، وشركة المضاربة.

وهذه الشركات منها ما هو مُجمَع عليه، كشركة العنان، وشركة المضاربة، وشركة المفاوضة -على اختلاف في ماهية الأخيرة-[2].

ولهذا من أبرز وأشهر صيغ التمويل الاستثمارية في المصارف الإسلامية المشاركات، وعليه فهذه الصيغة جائزة في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: التمويل بصيغة المضاربة (Speculative):

المضاربة أحد أنواع الشركات، وهي مُجمَع عليها في الفقه الإسلامي[3].

فالمضاربة جائزة بكل أنواعها، سواءٌ محدَّدة الزمان، والمكان، أو غير محدَّدة، وسواءٌ عُيِّن فيها نوع النشاط التجاري أو لم يعيَّن، وشرطها: الاتفاق على نسبة بين صاحب المال وصاحب العمل، ولا يجوز اشتراط ربح معيَّن.

الفرع الثالث: التمويل بصيغة القرض (Comfortable Loan):

ويُعنى بها: إقراض المموِّل من مصرف وغيره لصاحب الفكرة والمشروع، وهذا لا يخلو من ثلاث أحوال:

(١) ينظر: ابن هبيرة، اختلاف الأئمة العلماء (١/ ٤٤٤)، وابن قدامة، المغني (٧/ ١٠٩)، والموصلي، الاختيار (٣/ ١٣).

(٢) ابن المنذر، الإجماع (ص ٥٨)، ابن حزم، مراتب الإجماع (ص ٩٣).

(٣) ابن المنذر، الإجماع (ص ٥٨)، ابن حزم، مراتب الإجماع (ص ٩٣)، ابن هبيرة، اختلاف الأئمة العلماء (١/ ٤٤٤)، والكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٧٩).

الحالة الأولى: أن يقرضه على أن يردَّه بفوائد: فهذا ربا لا يجوز، للإجماع على أنَّ كل قرض جرَّ نفعاً فهو ربًا[1].

الحال الثانية: أن يقرضه على أنَّه يردُّ ما اقترضه بلا فائدة: فهذا هو القرض الحسن، وقد رغَّبت فيه الشريعة.

الحال الثالثة: أن يقرضه على أنَّه إذا نجح المشروع يكون المقرض شريكاً له بالمشروع، وإذا فشل المشروع يرجعه بلا فوائد، وهذا لا يجوز؛ لسببين: أحدهما: أنَّ الحالة الأولى من القرض الذي جرَّ نفعًا. الثاني: أنَّ هذا مما يؤدِّي إلى النزاع لعدم الجزم بأحد العقدين، فهو جمع بين عقد الشركة، وعقد القرض.

الفرع الرابع: التمويل بصيغة (Preference Shares):

وهذا النوع من التمويل يكون المقرض فيها شريكاً بصيغة الأسهم الممتازة.

ويمكن تقسيم الأسهم الممتازة من حيثية الحكم الشرعي فيها إلى ثلاثة أقسام:

قسم جائز بالاتفاق: وهو إعطاء امتياز لأصحاب الأسهم القدامى، بأن يكون لهم حق الأولوية في الاكتتاب في الأسهم الجديدة؛ لأنهم الشركاء

(١) ينظر: ابن المنذر، الإجماع (ص ٩٩)، وابن عبد البر، الاستذكار (٦/ ٥١٦)، وابن قدامة، المغني (٦/ ٤٣٦)، والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٢٤١)، وابن تيميَّة، مجموع الفتاوى (٣٠/ ١٠٧).

الأولون، وهم أولى من غيرهم بأن تظل الشركة منحصرة فيهم؛ بل ولا يصح أصلاً أن تصدر أسهم جديدة إلا بموافقتهم في الجمعية العمومية.

وقسم ممنوع بالاتفاق: وهو إعطاء فائدة سنوية ثابتة محسوبة كنسبة مئوية من رأس المال المدفوع، سواء ربحت الشركة أو خسرت، أو إعطاؤهم نسبة ثابتة من الأرباح يأخذها أصحاب الأسهم الممتازة أولاً، ثم توزع باقي الأرباح على الأسهم جميعاً بما فيها الأسهم الممتازة؛ وذلك لأن هذه الزيادة لا يقابلها شيء، ولأن الأصل في الشركات أنها قائمة على المخاطرة، والمشاركة في الربح والخسارة على قدر الحصص، وهذا ينافي هذا الأصل.

وقسم مُختلَف فيه: وهو منح صاحب الأسهم الممتازة مزايا غير مالية، كمنحهم أكثر من صوت في الجمعية العامة للشركة، وهذا اختلفوا فيه بين الجواز والمنع، والأكثرون على المنع[1].

الفرع الخامس: التمويل بصيغة الأسهم الممتازة بشرط تصفيتها (Liquidation of Preferred Shares):

وهذا يختلف الحكم فيه تبعًا لما سيحصل عليه عند التصفية، هل هو رأس ماله، أو نسبة كبيرة منه، أو سيحصل على مقدار معيَّن من المال يحصل عليه؛ دون سائر المساهمين.

(١) ينظر: الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١٣/ ١٥٢)، خورشيد إقبال، سوق الأوراق المالية بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية (ص ١٢٨). الفرفور، الأسواق المالية وأحكامها الفقهية في عصرنا الحاضر، (٢/ ١٢٣٧٣)، ومحمد القري بن عيد، الأسواق المالية (٢/ ١٢٥٩٥).

والأصل في الشركات أن الربح والخسارة على قدر رأس المال، ما لم يحصل اتفاق بخلاف ذلك.

الفرع السادس: تمويل المشاريع مع التنازل عن حصة من الملكية الفكرية للمشروع:

هذه الصورة تُعدُّ بيعاً يشتري فيه الممول حصة من الملكية الفكرية للمشروع بمبلغ محدد، والأصل في البيع الحل؛ ولا يوجد مانعٌ شرعيٌّ منها، ولأن كلا الطرفين مستفيدان من هذا التمويل، والأصل في المعاملات الحلُّ والإباحة كما أسلفنا.

الفرع السابع: التمويل بصيغة القرض المشروط (Conditional Loans):

وهذه تقوم بها الحكومات غالبًا تشجيعًا للاستثمار، ودعمًا للشركات الناشئة، والقرض المشروط بفائدة أو مقابل ممنوعٌ شرعًا، وغير جائز؛ لإجماع العلماء على أن كل قرض جرَّ نفعًا فهو حرام، ونصَّ الفقهاء على عدم جواز القرض المشروط، وأنه باطل، وصحح بعضهم العقد مع إبطال الشرط[1].

الفرع الثامن: التمويل بصيغة السندات المتحوّلة (Convertible Debentures):

سبق تعريف السندات بأنها صكوك ماليَّة قابلةٌ للتداول، يُمنح للمكتتب لقاء المبالغ التي أقرضها، ويخوِّله استعادة مبلغ القرض؛ علاوة على الفوائد المستحقة، وذلك بحلول أجله. وقد نصَّ الفقهاء المعاصرون على حرمة

(١) ينظر: التهانوي، إعلاء السنن (ص ١٣ - ١٤ / ٥٣٤)، ومحمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان (ص ٣٢٣ - ٣٢٦)، والحصكفي، الدر المختار (٢/ ٨٨، والبهوتي، منتهى الإرادات (٢/ ١٢٢).

التعامل بالسندات؛ لما تشتمل عليه من ربا؛ وهو دفع فائدة مقابل الديون، وهذا ربا النسيئة[1].

أما إذا كانت بدون فائدة: فالأصل فيه الجواز؛ لأنها تُعتبر وثيقة لإثبات الدين فقط.

الفرع التاسع: التمويل بصيغة اتفاقية بسيطة للأسهم المستقبليَّة (SAFE):

وهذا يقوم على فكرة منح المستثمر الحقَّ في تملك نسبة متفق عليها من المشروع، في تاريخ مستقبليٍّ غير محدَّد، وهذا النوع من التمويل لا يجوز لإحاطة الجهالة به من جميع النواحي، فهناك جهالة التاريخ الذي يتملَّك فيه المستثمر النسبة المحدَّدة، وجهالة قيمة الشركة عند حلول ذلك الأجل، والجهالة أحد أسباب الفساد والبطلان في البيوع.

الفرع العاشر: التمويل بصيغة (KISS):

وهي صيغة يلتزم المستثمر فيها بدفع رأس مال للشركة في الوقت الحاضر؛ لتلقي حقوق الأسهم في تاريخ مستقبلي. وهي نوعان:

١. إصدار الدين، الذي له معدل فائدة وتاريخ استحقاق. وهذا لا يجوز؛ لوجود الفائدة فيه.

٢. ونسخة حقوق الملكية مع عدم استحقاق الفائدة وليس لها تاريخ استحقاق.

وهذه الأصل فيها الجواز، ما لم يستجد ما ينقل عن هذا الأصل.

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٤/ ٥١٧).

الفرع الحادي عشر: التمويل بصيغة السند الإذني أو الكمبيالة القابلة للتحويل (Convertible Promissory Note):

تقدَّم أن السند الإذني فهو: مكتوب يتضمَّن التزامًا بدفع مبلغ لإذن شخص معيَّن أَو لحامله فِي تَارِيخ معِين، فهو مجرَّد وثيقة لإثبات الدين؛ والأصل في ذلك الجواز.

وأما الكمبيالة فهي: مكتوب يطلب بها شخص يسمى (الساحب)، من شخص آخر يسمى (المسحوب عليه)، أن يدفع بمقتضاها مبلغًا معينًا من النقود للمسحوب له، أو لأمره من غير تعليق على شرط.

فالتمويل بصيغة السند الإذني أو الكمبيالة: الأصل فيه الجواز؛ ما لم يُشترط فيه فائدة ربويَّة، أو اشتمل على ربا[1].

الفرع الثاني عشر: التمويل بصيغة الاستثمار في الأسهم الممتازة القابلة للتحويل (Convertible Preferred Stock Investment):

وسبق بيان أنها صيغة يُمنح المالكون فيها خيار تحويل أسهمهم المفضلة إلى عدد ثابت من الأسهم العاديَّة بعد تاريخ محدَّد. وهذا النوع من التمويل ممنوعٌ منه شرعًا؛ لما سبق من عدم جواز تخصيص أسهم ما في الشركات بامتيازات خاصة، والأصل أن يشترك الجميع في الربح والخسارة.

(١) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١٣/ ٥٩٠).

الفرع الثالث عشر: التمويل الجماعي (Crowdfunding):

وهذا النوع هو الذي يتمُّ تمويل المشاريع فيه عبر منصَّات مخصصة للتمويل الجماعي، وهو على ثلاث صيغ كما سبق بيانه في المطلب السابق، كلها جائزة ما عدا صيغة التمويل عن طريق الدين، الذي يُشترط فيه أنه متى نجح المشروع يرجع له المبلغ بفائدة متفق عليها، وإذا لم ينجح يرجعه بدون فائدة؛ فهذا لا يجوز لأنَّ المموِّل أمِن الخسارة على كلِّ حال، ومن شروط الشركة: الاشتراك في الربح والخسارة، ومن القواعد المقرَّرة في الفقه: أنَّ الخراج بالضمان.

الفرع الخامس عشر: التمويل بصيغة الديون التقليديَّة مع السندات (Income Notes and Loan):

وهذه الصيغة محرَّمة شرعًا إذا اشترط فيها الفائدة -كما هو الأصل فيه في بلاد الغرب-، إما إذا لم يشترط فيها فائدة عند سداد الدين فلا مانع منها شرعًا.

الفرع السادس عشر: تمويل أو استثمار بصيغة نمو السند أو الورقة المالية مع التحوط (Growth Notes with Protection):

ومن خصائص هذه الصيغة أنَّه يقوم المموِّل أو المستثمر فيها بالاستثمار، ويكون هدفه أن يحصل على المال من عوائد الأرباح، ولا يطلب من صاحب المشروع أن يُرجع إليه المال، كما أنه يجب أن يتحوَّط صاحب المشروع للتعويض عن التعرُّض لتقلبات الأسعار. ولا مانع شرعًا من هذه الصيغة؛

لأن الأصل في المعاملات الإباحة إلا ما اشتمل على ما يفسده، وهذا منتفٍ هنا. والله أعلم.

هذه أهم الصيغ التي اطَّلع عليها الباحث بعد جهدٍ وإطالة بحث حول هذا الموضوع، وأرجو أن أكون قد وُفِّقت في جمع شتات هذه الصيغ، وتقريب صورها للقارئ، وبيان موقف الشريعة منها.

هذا جهد المقلِّ؛ فإن كان صوابًا فمن الله وحده، وإن كان خطأ فمني ومن الشيطان.

الخاتمة

بتوفيق الله وعونه تم الانتهاء من موضوع هذه البحث «صيغ العقود المستحدثة في تعاقدات رأس المال الجريء»، وهنا آن للباحث توضيح خاتمة هذا البحث، بالقدر الذي يكون وافيًا من دون الخوض في تكرار ما سبق عرضه، من خلال عرض أهم النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

أولًا: النتائج:

١. يعد رأس المال الجريء أحد أهم مصادر التمويل للمشروعات التي يوصف انطلاقها بأنه مغامرة، وهذا يعود بصفة رئيسية إلى طبيعة هذه المشروعات والمواد التي تتخذها أساسًا لعملها.

٢. رأس المال الجريء أحد أهم مصادر التمويل، والذي يوصف بأنه أقل مرونة وسهولة من غيره في توفير السيولة النقدية أو العينية لانطلاق المشروعات ذات الطبيعة الخطرة أو المغامرة.

٣. رأس المال الجريء يختلف عن غيره من رؤوس الأموال فيها يخص صيغ تداوله وتوظيفه في خدمة المشروعات ذات الطبيعة الخطرة أو المغامرة.

٤. أغلب صيغ عقود رأس المال الجريء تدور حول قاسم مشترك، ألا وهو طبيعة رأس المال الجريء التي تنطلق من أنه يشكل أحد مصادر التمويل التي يمكن الاعتماد عليها في تشغيل المشروعات ذات الطبيعة الخطرة.

٥. جميع العقود المستحدثة في تعاقدات رأس المال الجريء تخدم طريقة توظيفه -وإن اختلفت فيما بينها حول جوهر البنود التي تتضمنها هذه

العقود-؛ سواء من حيث طريقة السداد أو الفوائد أو غيرها من المميزات التي يحصل عليها مورِّدو رأس المال الجريء.

٦. الأصل في هذه الصيغ الجواز شرعًا، إلا ما اشتمل منها على ربًا، أو على شرط مخالف لمقتضى الشركة وطبيعتها.

ثانيًا: التوصيات:

١. وضع نظام يحدد أطر نشاط التمويل برأس المال الجريء، ويوفر الحماية القانونية للممول الوطني أو الأجنبي؛ مع تضمينه محفزات خاصة، لاسيما وأن التمويل بهذا المصدر ضئيل جدًا، وهذا يعود إلى نسبة المخاطرة العالية في المشروعات التي يتم تمويلها عبر هذا المصدر.

٢. صيغ رأس المال الجريء متعددة ومتشعبة، لذا لا بد من نظام يضع كل تلك الصيغ في حسبانه، وإلا يكون الأمر مرجعه للقواعد العامة للعقود التجارية.

٣. التوعية برأس المال الجريء والصيغ الأكفأ لفاعليته، وتحقيق نجاحاته تعتمد بشكل أساسي على التعريف بها وإظهار مزاياها وعيوبها، الأمر الذي يتطلب وجود نماذج محددة تساعد على طرح هذه المصدر في عالم الاستثمار وفق أفضل الطرق وأنجعها.

٤. صيغ رأس المال التقليدية منها والمستحدثة متعددة؛ خاصة إذا ما اعتبرنا أن بعض منها هو بمثابة تمويل عادي إلا ظروف إبرامه تأخذ طابع

رأس المال الجريء وهذا يشدنا إلى حصر صيغ رأس المال الجريء في محددات تكفل تفعيله وإظهاره.

٥. أولى سبل تعزيز رأس المال الجريء تكمن في توفير مناخ ملائم لشركات رأس مال هذا، أو الصناديق المخصصة له، وبالتالي تعزيز ذلك المناخ وتهيئته إنما يشكل أحد متطلبات المرحلة الحالية لنجاح المشروعات المتوسطة والصغيرة التي يعد رأس المال الجريء أحد أهم مصادر تمويلها.

قائمة المراجع

أولًا: قائمة المراجع العربية:

١. **أبا الخيل**، محمد بن عبد الله (٢٠٠٣م) رأس المال الجريء (المخاطر) Capital Venture الدور المنشود من سوق المال لتمويل الإبداع في مشروعات التحديث الصناعي، المؤتمر العلمي السنوي التاسع – تحديث الصناعة العربية في ضوء المتغيرات الدولية، (كلية التجارة، جامعة المنصورة، مصر).

٢. **ابن الأثير: أبو السعادات (ت ٦٠٦هـ)**، (١٤٣٠هـ)، النهاية في غريب الأثر، تحقيق: خليل مأمون شيحا، الطبعة الثالثة، بيروت، دار المعرفة.

٣. **ابن راس**، إسماعيل (٢٠١٤م)، رأس المال المخاطر كبديل مستحدث لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، دراسة حالة شركة FINALEP، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التيسير، الجزائر.

٤. **ابن فارس: أحمد**، مقاييس اللغة، (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، بيروت، دار الجيل، منشورات وزارة الشؤون الإسلامية.

٥. **ابن قدامة**، عبد الله، (ت ٦٢٠هـ)، (١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م)، المغني، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الخامسة، دار عالم الكتب.

٦. **ابن منظور: محمد**، (١٤١٤هـ)، لسان العرب، الطبعة الثالثة، بيروت، دار صادر.

٧. **الباجي**، سليمان، (ت: ٤٧٤هـ)، (١٣٣٢هـ)، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة.

٨. **بلعيدي**، عبد الله، (٢٠٠٧ -٢٠٠٨م)، التمويل برأس المال المخاطر دراسة مقارنة مع التمويل بنظام المشاركة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، تخصص اقتصاد إسلامي، جامعة الحاج لخضر، بباتنة.

٩. **البهوتي**، (١٤١٧هـ-١٩٩٦م)، الروض المربع شرح زاد المستقنع، حققه: المكتب العِلْمي لمؤسسة الرسالة، دار المؤيد- الرياض، ومؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى.

١٠. **التهانوي: محمد**، (١٩٩٦م)، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: د. عبد الله الخالدي، الطبعة الأولى، بيروت، مكتبة لبنان ناشرون.

١١. **التهانوي**، محمد، إعلاء السنن، المطبعة الأميرية ببولاق.

١٢. **جراية**، د. محمد الحبيب، الأدوات المالية التقليدية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

١٣. **حاجي**، أمال، ولبيق، محمد، (٢٠٢١م)، دور رأس المال المخاطر في دعم وتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة. دراسة حالة الجزائر، مجلة الابتكار والتسويق، المجلد (٨)، العدد (١).

١٤. **الحصكفي**، محمد، (١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، حققه وضبطه: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى.

١٥. **حماد**، نزيه، (١٤٢٩هـ)، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم.

١٦. **د. عمر**، أحمد مختار، (١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م)، معجم اللغة العربية المعاصرة، بيروت، عالم الكتب.

١٧. **داودي**، عماد الدين، (٢٠١٦م): دور القروض المصرفية في تمويل المنشأة الاقتصادية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أم البواقي. جامعة العربي بن مهدي.

١٨. **السعيد**، د. بريبش، رأس المال المخاطر بديل مستحدث لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر دراسة حالة شركة SOFINANCE، عنابة، جامعة باجي مختار.

١٩. **السيسي**، صلاح الدين، (٢٠٠٩م)، استراتيجيات وآليات ودعم وتنمية المشروعات المتناهية الصغر والصغيرة والمتوسطة ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، مصر، دار الفكر العربي.

٢٠. **الشيرازي**، إبراهيم (ت: ٤٧٦هـ)، المهذب، المطبوع مع المجموع للنووي، بيروت، دار الكتب العلمية.

٢١. **الصاغاني**، رضي الدين، (ت ٦٥٠هـ)، العباب الزاخر واللباب الفاخر. بدون ت.

٢٢. **عيد**، د. محمد القري، الأسواق المالية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

٢٣. **الفرفور**، د. محمد، الأسواق المالية وأحكامها الفقهية في عصرنا الحاضر، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

٢٤. **الفياض**، د. يزيد، الأحكام الفقهيَّة المتعلّقة برأس المال الجريء، دار الميمان.

٢٥. **الفيروزآبادي**، محمد، (١٤٢٨هـ ٢٠٠٨م)، القاموس المحيط، ضبط وتوثيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، بيروت، دار الفكر.

٢٦. **الفيومي**، أحمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، بيروت، المكتبة العلمية.

٢٧. **قدري باشا**، محمد، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق.

٢٨. **القرشي: عبد**، (٢٠٢٠م)، دور رأس المال المخاطر في تحقيق التنمية المستدامة: إطار مفاهيمي، المؤتمر العلمي القاني للعلوم الإدارية: التنمية المستدامة ركيزة الأمن والاستقرار والسلام، صنعاء، جامعة الأندلس للعلوم والتقنية.

٢٩. **الكاساني: علاء الدين**، (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، بيروت، دار الكتب العلمية.

٣٠. **لياس**، تقية، (٢٠١٧م)، متطلبات تطوير سوق التمويل برأس المال المخاطر في الجزائر كدعامة للتنمية الاقتصادية: دراسة حالة شركات رأس المال المخاطر بالولايات المتحدة الأمريكية، مجلة الإصلاحات والاندماج في الاقتصاد الوطني العالمي، المجلد (١٢)، العدد (٢٤)، الجزائر، المدرسة العليا للتجارة، مخبر الإصلاحات الاقتصادية، التنمية واستراتيجيات الاندماج في الاقتصادي العالمي.

٣١. **مجموع من المؤلفين بمجمع اللغة العربية بالقاهرة**، المعجم الوسيط، دار الدعوة.

٣٢. **مجموعة من المؤلفين التابعين لمجمع اللغة العربية بالقاهرة**، المعجم الوسيط، الناشر: دار الدعوة.

٣٣. **مصطفى**، سراج الدين، (٢٠٠٩م)، التمويل بالمشاركة، مجلة المال والاقتصاد، العدد (٦١)، السودان، بنك فيصل الإسلامي.

٣٤. **الموقع الإلكتروني للهيئة العامة للمنشآت الصغيرة والمتوسطة** smea.gov.sa.

٣٥. **نفادي**، محمد، (٢٠١٥م): طور رأس المال المخاطر في دعم المشروعات الصغيرة والمتوسطة في مصر، مجلة الدراسات والبحوث التجارية، السنة ٣٥، العدد (٢)، مصر، كلية التجارة، جامعة بنها، مصر.

٣٦. **نكري**، عبد النبي، (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م)، دستور العلماء = جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، عرب عباراته الفارسية: حسن هاني فحص، بيروت، دار الكتب العلمية.

٣٧. **وفاء**، د. عبد الباسط، (٢٠٠١م)، رأس المال المخاطر ودورها في تدعيم الشركات الناشئة، القاهرة، دار النهضة العربية.

٣٨. **يدو، محمد، (٢٠١٧م)**: رأس المال المخاطر كآلية للحد من الفجوة المالية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة الاتحاد الأوروبي نموذجًا، مجلة العلوم التجارية، المجلد (١٦)، العدد الأول، الجزائر، القطب الجامعي بالقليعة، مدرسة الدراسات العليا التجارية.

ثانيًا: قائمة المراجع الأجنبية:

39. **Dr. Carl-Ludwig Holtfrerich: (2006) Amd Plagge Public Policy for Venture Capital** , Deutscher UniversitatsVerlag/GWV Fachverlage GmbH, l.Auflage Januar.

https://www.vision2030.gov.sa/ar/mediacenter/news/venture-capital-in-saudi-arabia-grows-by-270-to-sar-2-055-billion-in-2021/

40. **Sahut**, Jean-Michel, and Jean-Sebastien Lantz.(2011) "Corporate Venture Capital and Financing Innovation." Available at SSRN

41. **Gulson**, F. T. (1988) "Contract-loan by bank to subsidiary of a company-letters of comfort provided by company-effect in serving to create legal relationships." Australian Law Journal 62.10.

42. **Loan Note: Definition**, How It Works, Example https://www.investopedia.com/terms/l/loan-note.asp

43. **Arroyo**, Javier, Rosa Espínola, and Carlos Maté. "Different approaches to forecast interval time series: a comparison in finance." Computational Economics 37.2 (2011)

44. **Series Funding: A**, B, and Chttps://www.investopedia.com/articles/personal-finance/102015/series-b-c-funding-what-it-all-means-and-how-it-works.asp

45. **Mollick**, Ethan. "The dynamics of crowdfunding: An exploratory study." Journal of business venturing 29.1 (2014)

46. **Stiglitz**, Joseph E. "Income-contingent loans: some general theoretical considerations, with applications." Contemporary Issues in Microeconomics. Palgrave Macmillan, London, 2016
47. **Agrawal**, Ajay, Christian Catalini, and Avi Goldfarb. "Some simple economics of crowdfunding." Innovation policy and the economy 14.1 (2014)
48. **Gilson**, Ronald J., and David M. Schizer. "Understanding venture capital structure: a tax explanation for convertible preferred stock." Harvard Law Review 116.3 (2003)
49. **Wasser**, Strom, and Gas Wechsel. "Wagniskapital venture capital. Financing source for new businesses that combine a high risk with a potential for a high return. Wandelschuldverschreibung convertible bond." (1993).
50. **Bell**, J. R., Dorsey, R. W., & Hamm, JThe Simple Agreement for Future Equity: Advantages, Disadvantages and Tax Treatment. Taxes,. (2016
51. **De Jong**, Abe, Miguel Rosellón, and Patrick Verwijmeren. "The economic consequences of IFRS: the impact of IAS 32 on preference shares in the Netherlands." Accounting in Europe 3.1 (2006)
52. **Convertible Promissory Note: Everything You Need to Know** https://www.upcounsel.com/convertible-promissory-note
53. **Keep It Simple Securities (KISS)** https://www.managementstudyguide.com/keep-it-simple-securities.htm
54. **Coyle**, John F., and Joseph M. Green. "The SAFE, the KISS, and the Note: A Survey of Startup Seed Financing Contracts." Minn. L. Rev. Headnotes 103 (2018)

55. **Simple Agreement for Future Equity (SAFE):** https://ca.practicallaw.thomsonreuters.com/w-001-0673?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)

56. **Flannery**, Mark J. "No pain, no gain? Effecting market discipline via reverse convertible debentures." Capital adequacy beyond Basel: Banking, securities, and insurance (2005)

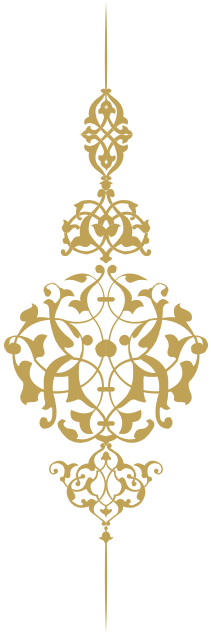
57. **Cumming**, Douglas J., and Sofia A. Johan. Venture capital and private equity contracting: An international perspective. Academic Press, (2013)

58. **Belkin**, Barry, Stephan Suchower, and Lawrence R. Forest. "The effect of systematic credit risk on loan portfolio value-at-risk and loan pricing." CreditMetrics Monitor (1998)

59. **Ross**, Sean. "Debenture vs. Bond: What's the Difference?". Investopedia. Retrieved 2019-06-22.

60. **What Is A Liquidation Preference On Preferred Stock (And Why Should You Care)?**

https://www.startupblog.com/what-is-a-liquidation-preference-on-preferred-stock-and-why-should-you-care/



عوارض تقادم الحقوق المالية
أثرها، وضوابطها، وإثباتها
دراسة فقهية استقرائية،
ومقارنة بنظام المعاملات المدنية السعودي

د. محمد بن عبد المحسن بن محمد السعوي

أستاذ القانون المدني المساعد

بقسم الأنظمة في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

بجامعة القصيم

Asst. Prof. of Law: Mohammed Abdulmohsen Mohammed Alsawi

Department of Law, College of Sharia and Islamic Studies,

Qassim University

m.alsawi@qu.edu.sa

مقدمة

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

خلفية البحث، ومشكلته:

جاء في المادة الرابعة والعشرين من نظام المحاكم التجارية ما نصه: «فيما لم يرد به نص خاص، لا تسمع الدعاوى التي تختص بنظرها المحكمة بعد مضي (خمس) سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به، ما لم يقر المدعى عليه بالحق أو يتقدم المدعي بعذر تقبله المحكمة»(١). وقريب منها ما جاء في المادة الرابعة والثلاثين بعد المائتين من نظام العمل(٢). وهذه المواد ليست مبنية على نظرية التقادم المسقط الموجودة في بعض القوانين المدنية الأجنبية، بل على نظرية تقادم الحقوق المالية في تراث الفقه الإسلامي، فهي تحمل هيكلها وتستخدم مصطلحاتها(٣).

(١) المادة (٢٤) من نظام المحاكم التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٩٣) وبتاريخ ١٥/ ٨/ ١٤٤١هـ.

(٢) «لا تقبل أمام المحاكم العمالية أي دعوى تتعلق بالمطالبة بحق من الحقوق المنصوص عليها في هذا النظام أو الناشئة عن عقد العمل بعد مضي اثني عشر شهراً من تاريخ انتهاء علاقة العمل، ما لم يقدم المدعي عذراً تقبله المحكمة، أو يصدر من المدعى عليه إقرار بالحق» المادة (٢٣٤) من نظام العمل الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥١) وبتاريخ ٢٣/ ٨/ ١٤٢٦هـ، والمضافة إليه بالمرسوم الملكي ذي الرقم (م/ ١٤) وبتاريخ ٢٢/ ٢/ ١٤٤٠هـ.

(٣) في إثبات هذا انظر: المطلب الخامس من تقادم دعاوى الديون بوصفها نظرية فقهية: أساسها، وأثرها، وانعكاسها على النظام السعودي، محمد عبد المحسن محمد السعوي، مقبول للنشر في مجلة البحوث الإسلامية، الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، اجتاز التحكيم بتاريخ ٢٢/ ٧/ ١٤٤٤هـ، وبانتظار نشره -بإذن الله تعالى-.

ونظرية التقادم تلك قد تبلورت من وقت مبكر عند فقهاء المالكية -ومن تبعهم خصوصاً من متأخري الأحناف[1]- من خلال تفصيلهم لأحكام تقادم دعاوى الأعيان (الحيازة الممتدة) والديون المالية. فهم يقررون أن اجتماع مضي الزمن الطويل على موعد استحقاق الدين المدعى أو وضع اليد، مع عوامل أخرى نصوا عليها كسكوت المدعي بلا عذر وإنكار المدعى عليه لدعواه، فيه دلالة على عدم الحق ظاهراً، بل يعتبر قرينة براءة مقدمة على دليل المدعي إن وجد؛ فهو قرينة براءة للمدعى عليه ترجُحُ بالأدلة التي قد تثبت أن حقاً قد نشأ واستحق في زمن تقادم.

الإشكال أن المنظم في المواد المذكورة آنفاً لم يحدد ضوابط تلك العوارض التي قد تعترض مرور الزمن كقرينة مقدمة: المطالبة، والإقرار، والعذر. فالمنظم لم يضع ضوابط مطالبة المدعي المعتبرة في قطع مرور الزمن، ولا ضوابط إقرار المدعى عليه المعتبر. وأهم من ذلك، أن المنظم لم يحدد ذات الظروف والأوصاف التي يمكن أن تقبل كأعذار من المدعي لمرور الزمن، ولم يضع ضوابط عامة لها يمكن أن يعمل بموجبها القضاة في تقدير العذر.

(١) انظر مثلًا: البيان والتحصيل، أبو الوليد ابن رشد الجد (ت ٥٢٠هـ)، تحقيق: د. محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ، ١٣/ ٤٩-٥٠؛ مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الحطاب الرعيني (ت ٩٥٤هـ)، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ، ٦/ ٢٢٩ . وانظر مثلًا: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ابن عابدين الدمشقي (١٢٥٢هـ)، دار المعرفة، بدون طبعة ولا تاريخ، ٣/ ٢؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم المصري (ت ٩٧٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية بدون تاريخ، ٧/ ٢٢٨. وللمزيد انظر: المبحث الأول والثاني والثالث من تقادم دعاوى الديون، محمد عبد المحسن السعوي، مرجع سابق في ٢٥٨.

وعليه، كانت مساحة الاجتهاد القضائي واسعة، وغير محددة المعالم والمنطلقات، ولا يخفى ما يمكن أن يترتب على ذلك من حرج، وتباين غير مبرر، وبُعدٍ عن المبتغى والمراد.

وأما على مستوى الفقه، وبالنسبة للمطالبة والإقرار، فإن الفقهاء قد اهتموا بوضع بعض الأوصاف التي يمكن أن تضبط المطالبة المعتبرة والإقرار المعتبر، وإن كان ثم من شيء يمكن إضافته بالنسبة لها، فهو استقراء تلك الأوصاف والنظر في الاعتبارات التي قامت عليها للخروج بضوابط تكون أجمع وأمنع.

لكن بالنسبة لأعذار المدعي المعتبرة، فالأمر أحوج. فالفقهاء -القائلون بالتقادم- عند تناولهم لمسألة الأعذار المقبولة، اهتموا بضرب الأمثلة المختلفة كالغياب البعيد، وكخوف المدعي من أمر يهدده، كأن يكون المطلوب ذا سلطة وقوة يخشى بطشه، وكما لو كان بين الطرفين علاقة قرابة كالزوجية، ونحو ذلك -مما سيمر معنا بإذن الله-، أكثر من الاهتمام بوضع الضوابط العامة والمجردة، وإن لم تخل نصوصهم من الإلماح لبعضها -كما سيأتي معنا-.

فلم يك أمام القضاة اليوم -من خلال ما وقفت عليه من سوابق قضائية غير منشورة في التعامل مع النصوص المذكورة آنفاً- إلا النص على الأمثلة التي يذكرها الفقهاء في كتبهم للعذر المقبول كالغيبة والخوف ونحوها، وذلك لبيان ما يُقبل وما لا يُقبل من الأعذار.

والفقهاء لم يذكروا تلك الأحوال لورود النص فيها، إنما لما تحمله من معان واعتبارات مؤثرة. فمن غير المستساغ أن يُحصر النظر في تلك الأعذار التي ذكرها الفقهاء في كتبهم، فإن كان العذر المقدم من المدعي منها قبل وإلا فلا، لأن تلك التطبيقات في حملها للمعنى نسبية -كما سنبين في البحث-، تتغير من زمن لآخر، ومن حال إلى حال، والمعنى الذي قد يوجد في ظرف معين بالأمس قد لا يوجد فيه اليوم، والعكس بالعكس. ولذلك، ورغم أن الفقهاء يعدون الغيبة من أبرز الأعذار، نصوا -كما سيمر معنا- على أن الغيبة لا أثر لها إذا تكرر انقطاعها كثيراً، وذلك لزوال المعنى الذي تحمله عادة إذا ما استمرت. فكان لزاماً العناية بوضع الضوابط العامة التي يمكن الرجوع إليها لتقدير المقبول من الأعذار من غير المقبول.

وقد صدر قريباً نظام المعاملات المدنية، وقد خصص منه اثنتي عشرة مادة لأحكام مرور الزمان[1]، والتي أكدت على نفس التوجه الموجود في نظامي العمل والمحاكم التجارية، من حيث الاعتماد على نظرية تقادم الحقوق المالية في تراث الفقه الإسلامي، فاستخدم نفس المصطلحات، بل نصت المادة الخامسة والتسعون بعد المائتين بصراحة على أن الحق لا ينقضي بمرور الزمن، إنما لا تسمع الدعوى فيه[2].

(١) انظر: المواد من (٢٩٥) إلى (٣٠٦) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩١)، وبتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٤٤٤هـ.
(٢) انظر: المادة (٢٩٥) من نظام المعاملات المدنية السعودي.

وبخصوص عوارض التقادم، فقد جاء النظام ببعض التفاصيل التي لم تكن موجودة في نظامي العمل والمحاكم التجارية -كما سيتضح خلال البحث-. لكن النظام لم يحل كثيرًا من الإشكالات التي أشرنا لها مما يتعلق بضوابط عوارض التقادم. فبالنسبة للإقرار، اكتفى بالتأكيد على أنه قد يكون صراحة أو ضمناً[(١)]. وبالنسبة للمطالبة، ففيه إضافة على ما جاء في نظامي العمل والمحاكم التجارية اشتراط أن تكون قضائية[(٢)]، وهو شرط نص عليه عدد من الفقهاء -كما سيمر معنا-. أما بالنسبة للعذر، فتبنى ضابط أن يكون ظرفاً تتعذر معه المطالبة بالحق[(٣)]، وهو ضابط شائع في الأنظمة المدنية[(٤)]. لكن تعذر المطالبة ضابط غير جامع، وقد حاول المنظم تجنب هذا الإشكال باستعارة ما يسمى بالمانع الأدبي، لكن ذلك لا يحل الإشكال، بل يثير إشكالات أخرى ستمر معنا في المبحث الرابع بإذن الله تعالى. وهذا كله يؤكد على أهمية بحث هذا الموضوع وإعادة النظر فيه، لما يترتب عليه من حماية حقوق أو إهدارها.

وعند النظر في الدراسات السابقة، نجد أن غالبها تبحث التقادم بشكل عام، فتتناول أثر مضي الزمن في الدعاوى عمومًا، بما فيها دعاوى الحدود

(١) انظر: المادة (٣٠٢) من نظام المعاملات المدنية السعودي.
(٢) انظر: المادة (٣٠٢) من نظام المعاملات المدنية السعودي.
(٣) المادة (٣٠٠) من نظام المعاملات المدنية السعودي.
(٤) انظر مثلًا: المادة (٣٨٢) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م؛ والمادة (٤٣٤) من وثيقة الكويت للنظام المدني الموحد لدول مجلس التعاون الموافق عليه من المجلس الأعلى في دورته الثامنة عشرة في دولة الكويت بتاريخ ٢٢ ديسمبر ١٩٩٧م.

والتعزير، وقليل منها الذي يختص بدعاوى الحقوق المالية. وبعض تلك البحوث العامة تأتي على عد تلك الأعذار التي ذكرها الفقهاء في كتبهم، وذكر الخلاف في بعضها، لكنها لا تتجاوز ذلك إلى الإحصاء، ثم الاستقراء التام لها للخروج منها بضوابط عامة. أما البحوث المختصة بدراسة الأعذار المقبولة، فلم أقف على شيء منها، فضلاً عن أن أجد دارسة استقرائية للأعذار التي نص عليه الفقهاء للخروج منها بضوابط عامة.

أهداف البحث:

ولذلك كان الهدف الرئيس من هذا البحث هو: استقراء تلك الظروف والأوصاف التي نص عليها الفقهاء -القائلون بالتقادم- كأعذار مقبولة للمدعي، لأخرج منها بضوابط أرجو أن تكون جامعة ومانعة لها، عسى أن يكون فيها فائدة للمنظم أولاً، وللقاضي ثانياً، ولأفراد المجتمع مستقبلاً، وللفقه والمكتبة العربية عموماً.

أما الهدف الآخر، فاستقراء نصوص الفقهاء في الشروط الواجب توافرها في مطالبة المدعي أثناء المدة لتعتبر عارضًا من عوارض التقادم، والشروط الواجب توافرها في إقرار المدعى عليه كعارض من عوارض التقادم، للخروج منها بضوابط أجمع وأمنع.

أخيراً، من الإشكالات المتعلقة بما قد يَعرِض للتقادم من عوارض، مسألة تحميل عبء إثبات وجود العارض، فالنظام السعودي لم يفصل بدقة هذه المسألة، وهناك من الفقهاء من تردد في اعتبار بعض الظروف كأعذار مقبولة رغم ما تحمله من معنى مؤثر؛ وذلك لصعوبات تتعلق بإثبات ذلك

العارض. ومعالجة صعوبات الإثبات بتجاهل المعاني المعتبرة رأساً خطأ دارج في الأنظمة اليوم، فلزم أن يكون من أهداف البحث بيان كيف يمكن تجنب إشكالات إثبات بعض الظروف التي تحمل معاني معتبرة بوضع قواعد مناسبة في تحميل عبء الإثبات.

أسئلة البحث:

فيتبين مما سبق أننا أمام ثلاثة أسئلة، أما السؤال الرئيس لهذا البحث: فما الضوابط الجامعة المانعة للظروف والأوصاف التي يمكن قبولها كعذر للمدعي على سكوته عن المطالبة؟ أما السؤال الثاني: فما ضوابط المطالبة المعتبرة، والإقرار المعتبر، التي يمكن أن تقطع مرور الزمن؟ أما السؤال الثالث: فعلى من يقع عبء إثبات قيام عارض من عوارض التقادم؟

وللإجابة على هذه الأسئلة الثلاثة، سنكون أمام عدد آخر من الأسئلة، من أهمها:

- ما المقصود بتقادم الحقوق المالية؟
- ما المقصود بعوارض التقادم؟
- ما أثر مطالبة المدعي أثناء المدة؟ وما الأوصاف التي نص عليها الفقهاء والنظام في المطالبة المعتبرة؟
- ما أثر إقرار المدعى عليه بالحق على مرور الزمن؟ وما الأوصاف التي نص عليها الفقهاء والنظام في الإقرار المعتبر؟

- ما هي تلك الظروف والأوصاف التي ذكر الفقهاء أنها تؤثر سلباً على قدرة مرور الزمن على الدلالة على براءة المدعى عليه؟

- ما طبيعة أثر تلك الظروف والأوصاف؟ وما مدى نسبية ذلك الأثر؟

- ما مدى مناسبة ضابط العذر المعتبر الذي تبناه نظام المعاملات المدنية؟

حدود البحث:

سأبحث تلك الأسئلة من خلال دراسة نصوص الفقهاء القائلين بأن مرور الزمن -بشروطه وضوابطه- على الحق المالي، سواء كان ذلك الحق عيناً (دعوى ضد حائز) أو ديناً في الذمة (دعوى بدين تقادم)، يمكن أن يكون قرينة براءة مقدمة على دليل المدعي. وسأقارن ذلك بنصوص مرور الزمن الواردة في نظام المعاملات المدنية السعودي فقط من حيث هل تغطي تلك النصوص النظامية العوارض والضوابط التي نص عليها الفقهاء أم لا؟

فيخرج عن نطاق البحث في الأصل النصوص الفقهية في أثر مرور الزمن على الحقوق غير المالية، والنصوص الفقهية في التقادم المسقط الوارد في عدد من الأنظمة المدنية الأجنبية، وليس من أهداف البحث شرح نصوص مرور الزمن الواردة في نظام المعاملات المدنية السعودي، إنما المقارنة الجزئية التي ذكرت آنفاً بما يلزم للإجابة على أسئلة البحث.

مسار البحث وخطته:

لأنه لا يمكن فهم عوارض التقادم والاعتبارات التي بنيت عليها إلا بعد فهم أساس التقادم وأثره عند الفقهاء، لم تأت هذه الدراسة في العوارض إلا بعد اكتمال دارسة نظرية التقادم عند الفقهاء من حيث أساسها وأثرها في بحث سابق[1]. ثم في هذا البحث، حاولت أولاً الوقوف على أكبر قدر ممكن من نصوص الفقهاء التي تتناول المطالبة والإقرار كأمور قاطعة للتقادم، وأهم الأوصاف التي يجب توافرها فيهما لاعتبارهما، ثم استقراءها للخروج منها بالمعاني المؤثرة.

بعد ذلك، حاولت رصد أكبر قدر ممكن من نصوصهم التي تتناول الظروف والأوصاف التي يمكن اعتباراها أعذاراً مقبولة للمدعي، ثم استقراء تلك الأعذار لأخرج منها بضوابط شاملة ومانعة. كذلك، قمت بتحليل جزئي لتلك الضوابط بغرض شرحها وبسطها.

وأخيراً، تناولت مسألة عبء وسبل إثبات العارض، وكيف يمكن أن يتحول العبء من المدعي إلى المدعى عليه في أحوال مخصوصة.

وعليه تكون خطة البحث بالشكل التالي:

مقدمة.

تمهيد:

المطلب الأول: المقصود بالتقادم.

(١) تقادم دعاوى الديون، محمد عبد المحسن السعوي، مرجع سابق في ٢٥٨.

المطلب الثاني: المقصود بعوارض التقادم.

المبحث الأول: مطالبة المدعي أثناء المدة، وإقرار المدعى عليه.

المطلب الأول: مطالبة المدعي أثناء المدة.

المطلب الثاني: إقرار المدعى عليه.

المطلب الثالث: استقراء ضوابط المطالبة المعتبرة، والإقرار المعتبر.

المبحث الثاني: أعذار المدعي المعتبرة في مرور الزمن بلا مطالبة.

المطلب الأول: افتقاد المدعي للأهلية، أو غيبته أو حبسه، أو خوفه، أو إعسار المدعى عليه.

المطلب الثاني: وجود العلاقة أو الصفة أو التعامل الخاص.

المبحث الثالث: أثر العذر على مرور الزمن، ونسبية ذلك.

المطلب الأول: أثر العذر على احتساب المدة.

المطلب الثاني: نسبية أثر العذر على مضي الزمن، وما يلزم من ذلك.

المبحث الرابع: ضوابط الأعذار المعتبرة.

المطلب الأول: استقراء الأعذار المعتبرة.

المطلب الثاني: تحليل ضابط العذر المعتبر.

المطلب الثالث: ضابط العذر المعتبر في نظام المعاملات المدنية.

المبحث الخامس: عبء إثبات العارض.

المطلب الأول: الأصل في عبء إثبات العارض.

المطلب الثاني: تحول عبء الإثبات.

الخاتمة.

منهجية البحث:

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

– أن هذا البحث استقرائي في المقام الأول، ونقدي مقارن في المقام الثاني خصوصاً بين نصوص الفقهاء في تراث الفقه الإسلامي القائلين بالتقادم ونصوص نظام المعاملات المدنية السعودي فقط بحدود ما ذكر آنفاً في حدود البحث، وإن كان البحث لا يخلو من وصف وتحليل.

– لن أفصل في المتن في تفاصيل الخلاف حول مدى اعتبار هذا العارض أو الوصف أو ذاك من عدمه، بقدر ما سأحرص على رصد واستقراء كل ما ذكر من عوارض وأوصاف، وسأكتفي بتناول الآراء المخالفة التي لا تقول بذلك العارض أو الوصف في الهامش. ولا يعني ذكر القول في المتن أنه القول الراجح، بل قد يكون العكس، وإنما ذكر في المتن لأن الهدف من الدراسة استقراء ما ذكر الفقهاء من عوارض وأوصاف للخروج منها بالاعتبارات والضوابط العامة. ذلك خصوصاً وأن غالب الخلافات ليست حول الاعتبارات، إنما حول مدى تحققها في بعض الأوصاف والظروف من عدمه.

تمهيد

المطلب الأول: المقصود بالتقادم:

الفرع الأول: التقادم في اللغة:

التقادم من القدم و«القدم: نقيض الحدوث...»[(١)]، و«تقادم العهد بالبناء: قدم وطال عليه الزمن، مضى على وجوده زمان طويل...»[(٢)]. إذن معنى التقادم في اللغة هو: مرور الزمان الطويل على أمر ما.

الفرع الثاني: التقادم، وتقادم الحقوق المالية، في الاصطلاح الفقهي العام:

استعمل الفقهاء المتقدمون والمتأخرون مصطلح التقادم -بجانب مرور أو مضي الزمن أو الزمان- في مواضع متعددة، وفي معان متقاربة لا تبتعد عن معناها في اللغة، أي مرور الزمن الطويل على الواقعة محل الحديث. من ذلك استعمالهم لها عند مسألة بطلان الخيار بانقضاء المدة، ومسألة طهارة النجس بمرور الزمان، وغيرها.

ومن أبرز مواضع استخدام مصطلح التقادم -بجانب مرور أو مضي الزمن أو الزمان- مسألة تأثر الدعوى بمرور الزمن، سواء الدعوى الجزائية أم المالية، وقد ترسخ ارتباط كبير بين هذه المصطلحات وهذه المسألة بالذات. فاستخدمت هذه المصطلحات كثيراً في مسألة مدى صحة إيقاع

(١) لسان العرب، ابن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ، ١٢/ ٤٦٥.
(٢) معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عمر (ت ١٤٢٤هـ)، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ، ٣/ ١٧٨٤.

بعض الحدود بعد مرور الزمن الطويل، والعمل بموجب الإقرار بموجبها أو الشهادة عليه، وكذلك استخدمت أكثر في مسألة تأثر دعوى المدعي المالية بمضي مدة معينة من الزمان على تاريخ استحقاقه لرفع تلك الدعوى[1].

فعليه، يمكن أن نُعرِّف تقادم الحقوق المالية كمصطلح عام عندهم بأنه مرور زمن طويل على موعد استحقاق الحق المالي المدعى[2].

الفرع الثالث: تقادم الحقوق المالية بمعناه الخاص:

المالكية -ومن تبعهم- بنوا على مرور الزمن على الحق المالي أثراً متميزاً، فوجد لدينا ما نسميه بنظرية تقادم الحقوق المالية. ففي الحيازة قالوا إن

(١) على سبيل المثال، جاء في مدونة مالك (ت ١٧٩هـ) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «...إذا كان أمراً قد تقادم فأراها له...» المدونة، الإمام مالك بن أنس (ت ١٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ، ٤/ ٤٩. ونقل البناني (ت ١١٩٤هـ) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «في المعيار: وسئل سيدي أبو عبد الله العبدوسي... هل يبطل الدين بتقادم عهده أم لا؟» شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي الزرقاني (ت ١٠٩٩هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ، ٧/ ٤١٦. وفي المادة (١٦٧٤) من مجلة الأحكام العدلية: «لا يسقط الحق بتقادم الزمن بناء عليه إذا أقر واعترف المدعى عليه صراحة...» مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، نور محمد كارخانه تجارت كتب، كراتشي، ٣٣٧.

(٢) عرف الشيخ مصطفى الزرقا رَحِمَهُ ٱللَّهُ التقادم بأنه: «انقضاء زمن معين على حق في ذمة إنسان، أو على عين لغيره في يده دون أن يطالب صاحبها بها وهو قادر على المطالبة»المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٢٥هـ، ١/ ٢٣٥ هامش رقم (١). والملاحظ على هذا التعريف وغالب التعاريف الأخرى الجزم بوجود الدين وحقيقته والجزم بأن العين لغير صاحب اليد، وهذا محل نظر، فالحاصل أن الدين يدعيه المدعي ومرور الزمن يعارضه، وملك العين يدعيه المدعي ومرور الزمن واليد تعارضه. انظر: تقادم دعاوى الديون، محمد عبد المحسن السعوي، مرجع سابق في ٢٥٨.

اجتماع الحيازة بشروطها مع مرور الزمان مع حضور المدعي وسكوته بلا عذر ولا إقرار يترتب عليه أثر يتجاوز مجرد الدلالة على الملك إلى رد البينة المعارضة التي قد تثبت أصل الملك. وفي تقادم الديون قالوا إن اجتماع مرور الزمان الطويل على استحقاق الدين المدعى، مع حضور المدعي وقدرته على المطالبة، مع سكوته بلا عذر، مع إنكار المدعى عليه، يعتبر قرينة براءة للمدعى عليه مقدمة على بينة المدعي التي قد تثبت أصل الحق.

فمحل النظرية مضي الزمان والسكوت وما يتبعه من قرائن فهي محل التفسير، أما التفسير فقد اعتبروها تدل على عدم صحة الدعوى دلالة عامة، أما أثر ذلك التفسير فقد اعتبروا التقادم قرينة مقدمة على دليل المدعي، وهذه النتيجة هي رأس النظرية. وعليه، نستطيع تعريف تقادم الحقوق المالية -بمعناه الخاص- بأنه:

قرينة براءة مقدمة بكون موعد استحقاق الحق المدَّعى غير المقر به، قد مر عليه زمن طويل دون مطالبة بلا عذر[(١)].

المطلب الثاني: المقصود بعوارض التقادم:

الفرع الأول: العوارض في اللغة:

جاء في العين: «اعترض الشيء، أي: صار عارضًا كالخشبة المعترضة في النهر... وتعرَّض الشيء دخل فيه فساد...»[(٢)]، وفي الصحاح: «اعترض

(١) عندما أستخدم مصطلح التقادم خلال البحث فغالباً أقصد به هذا المعنى الخاص له، وفي شرح هذا التعريف وإثباته. انظر: التمهيد والمطلب الثالث من تقادم دعاوى الديون، محمد عبد المحسن السعوي، مرجع سابق في ٢٥٨.

(٢) العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي (ت ١٧٥هـ)، تحقيق: د. مهدي المخزومي ود. إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ١/ ٢٧٣.

الشيء دون الشيء، أي حال دونه...»[1]، وقيل: «العارض: الآفة تعرض في الشيء...»[2]، فمما يطلق عليه العارض في اللغة كل ما قد يعترض أو يقف في وجه شيء له انصراف نحو وجهة أو نتيجة، فيفسد مسيره أو يؤخره.

الفرع الثاني: عوارض التقادم اصطلاحاً:

ما يمكن أن يعترض الزمان فيفسد قدرته على أن يكون قرينة براءة مقدمة ثلاثة أمور: إقرار المدعى عليه، ومطالبة المدعي أثناء المدة، ووجود عذر للمدعي بعدم المطالبة أثناء المدة. فهذه الأمور الثلاثة تجتمع في أنها تصرفات أو ظروف أو أوصاف قد تعرض للزمن فتعطل أو تضعف دلالته. ولم أقف في نصوص الفقهاء القائلين بالتقادم على من يستخدم مصطلحاً معيناً يريد به الجمع بين هذه الأشياء المشتركة في إمكانية اعتراض الزمان وإفساده كقرينة، وقد وجدت أن مصطلح عوارض التقادم مناسب للجمع بينها إذا ما نظرنا للمعنى اللغوي للعارض، ولما تشترك فيه هذه الثلاثة من اعتراض لمرور الزمن وإفساد لدلالته ومنع لأثره. وعليه، نستطيع تعريف عوارض التقادم اصطلاحاً بأنها:

(١) الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري (ت ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ، ٣/ ١٠٨٤.

(٢) المحكم والمحيط الأعظم، ابن سيده (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ،١/ ٣٩٥. وانظر: لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق في ٢٦٩، ٧/ ١٦٩؛ تاج العروس من جواهر القاموس، مرتضى الزبيدي (ت ١٢٠٥هـ)، تحقيق: عبد الكريم العزباوى، مطبعة حكومة الكويت، ١٣٩٣هـ، ١٨/ ٤٢٥، ٤٠١.

تصرفات أو ظروف أو أوصاف تفسد قدرة الزمن على أن يكون قرينة براءة للمدعى عليه مقدمة.

فالتصرفات تشمل مطالبة المدعي بالحق، وإقرار المدعى عليه بمضمون الدعوى، وبعض الأعذار المعتبرة كوجود المعاملة المفسرة لمرور الزمان بغير البراءة. والبعض الآخر من الأعذار ظروف أو أوصاف، كالغيبة، وككون المدعى عليه معروفاً بأكل حقوق الناس وجحدها. وكل هذا مما ستبينه المباحث اللاحقة -بإذن الله تعالى-.

الفرع الثالث: المقصود بالمطالبة والإقرار:

أولا: المطالبة:

أما المطالبة، فالطلب لغة: «محاولة وجدان الشيء... والمطالبة: أن تطالب إنساناً بحق لك عنده، ولا تزال تطالبه وتتقاضاه بذلك...»[1]، والمعنى الاصطلاحي للمطالبة لا يخرج عن معناها في اللغة، فالمطالبة في سياق التقادم محاولةٌ للمدعي تحصيل ما يدعيه من حق لدى المدعى عليه أثناء مدة التقادم تنفي دلالة ما مر من زمن. فالمطالبة أحد عوارض التقادم وجزء منها، لكن لاعتبارها عارضاً معتبراً، شرط لها بعضهم شروطاً، ستمر معنا -إن شاء الله-.

ثانياً: الإقرار:

أما الإقرار في اللغة فهو: «الإذعان للحق والاعتراف به. أقر بالحق أي اعترف به»[2]، والإقرار في الاصطلاح لا يبعد كثيراً، فقيل هو: «إخبار بحق

(١) العين، الخليل الفراهيدي، مرجع سابق في ٢٧١، ٧/ ٤٣٠.
(٢) لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق في ٢٦٩، ٥/ ٨٨.

لآخر عليه»[1]، وقيل: «إظهار مكلف مختار ما عليه»[2]، فالإقرار في سياق التقادم هو اعتراف للمدعى عليه بالحق المدعى به ينفي دلالة ما مر من الزمن. فهو أحد عوارض التقادم المعتبرة إذا ما استوفى شروطاً معينة ستأتي معنا -بإذن الله تعالى-.

الفرع الرابع: المقصود بالعذر والمانع:

أولاً: العذر:

أما العذر لغة، فتعذر عليه الأمر أي تعسر[3]، و«العذر: الحجة التي يعتذر بها...»[4]، ولا يتعدى المعنى الاصطلاحي المعنى اللغوي، فيُقصد به في سياق التقادم: كل تصرف أو ظرف أو وصف حجة للمدعي في عدم مبادرته بالمطالبة بالحق الذي يدعيه. فالعذر ينفي دلالة الزمن المصاحب لوجوده. والفقهاء يعدون الكثير من الظروف والأوصاف التي يعتبرونها أعذاراً مقبولة لنفي دلالة الزمن، كالغيبة البعيدة وانعدام الأهلية ونقصها وغيرها مما سيمر معنا.

ثانياً: المانع:

أيضاً، المانع من المصطلحات التي استخدمها بعض الفقهاء القائلين بالتقادم في نصوصهم، فيقولون: «ولا مانع من الطلب»، أو: «ولم يكن له مانع

(١) التعريفات، الشريف الجرجاني (ت ٨١٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢٤هـ، ٣٣.

(٢) التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع، علاء الدين المرداوي (ت ٨٨٥هـ)، تحقيق: ناصر بن سعود السلامة، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ، ٥٠٧.

(٣) الصحاح، الجوهري مرجع سابق في ٢٧٢، ٢/ ٧٤٠.

(٤) المحكم والمحيط الأعظم، ابن سيده، مرجع سابق في ٢٧٢، ١/ ٣٩٥.

من دعوى...»، ونحو ذلك. والمانع في اللغة من الحيلولة دون الشيء فقالوا: «المنع أن تحول بين الرجل وبين الشيء الذي يريده...»[1]، وقالوا المانع: «ما يعترض سير العمل وما يحول دون تحقيق شيء أو بلوغه...»[2]، ولا يخرج المانع في الاصطلاح عن المعنى اللغوي، فيكون المانع في سياق نظرية التقادم: كل ظرف أو وصف يحول دون المدعي والمطالبة بالحق المدعى.

فيتضح من التعريفات أن العذر أعم من المانع، فالحجة قد تكون وجود حائل بين المدعي والمطالبة، وقد تكون وجود ظرف يعطي السكوت معنى غير براءة المدعى عليه وإن لم يمنع ذلك الظرف المدعي من المطالبة، وقد تكون غير ذلك مما سيمر معنا -إن شاء الله-. فما الموانع إلا صنف من أصناف العذر.

(١) لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق في ٢٦٩، ٨/ ٣٤٣.
(٢) معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عمر، مرجع سابق في ٢٦٩، ٣/ ٢١٢٨.

المبحث الأول
مطالبة المدعي أثناء المدة، وإقرار المدعى عليه

المطلب الأول: مطالبة المدعي أثناء المدة:

الفرع الأول: أثر مطالبة المدعي أثناء المدة:

من المتقرر عند الفقهاء -القائلين بالتقادم- أن دلالة مرور الزمن تتأثر سلباً بثبوت مطالبة المدعي بالحق المدعى به قبل انتهاء المدة المقررة؛ فمتى ما طالب المدعي بحقه أثناء المدة انقطعت المدة، وابتدأ الحساب من جديد. جاء في رد المحتار أن: «عدم سماعها حيث تحقق تركها هذه المدة، فلو ادعى في أثنائها لا يمنع بل يسمع دعواه ثانياً ما لم يكن بين الدعوى الأولى والثانية هذه المدة»[1].

ولقد تبنى نظام المعاملات المدنية هذا الأثر للمطالبة، فذكر في المادة الثانية بعد الثلاثمائة أن المطالبة من أسباب انقطاع المدة، ثم بيَّن أثر الانقطاع في المادة الرابعة بعد الثلاثمائة: «إذا انقطعت مدة عدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة مماثلة للمدة الأولى من انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع».

(١) رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، ابن عابدين الدمشقي (١٢٥٢هـ)، دار عالم الكتب، الرياض، ٨/ ١١٥. في هذا ينظر أيضاً: العقود الدرية، ابن عابدين، مرجع سابق في ٢٥٩، ٢/ ٧. وجاء في المادة (١٥٨) من مرشد الحيران: «وإذا ادعى في أثناء المدة في مجلس القضاء على واضع اليد ولم تفصل الدعوى فلا مانع من سماعها ثانيا ولو مضت المدة المحدودة ما لم يمض بين الدعوى الأولى والثانية المدة المحدودة» مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدري باشا (ت ١٣٠٦هـ)، تحقيق: محمد براك الفوزان، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ، ٦١.

الفرع الثاني: شرط أن تكون المطالبة قضائية:

وقد اشترط كثير من الفقهاء في المطالبة حتى تقطع مرور الزمن أن تكون أمام المحكمة، فمجرد النزاع لا يكفي. جاء في لوامع الدرر: «... الذي صرح به ابن ناجي أن الخصام الذي ينفعه هو ما كان عند القاضي. قاله الرهوني. وقال بعد جلب كلام: وبه تعلم أن الراجح هو الثاني؛ أي إنما تنفع إذا كانت عند قاض لا ما صدر به. اهـ.»[1].

(١) لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، محمد المجلسي الشنقيطي (ت ١٣٠٢هـ)، دار الرضوان، نواكشوط، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ، ١٢/ ٥٥٤. وفي النوازل الصغرى للوزاني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «...النزاع المعتبر في خلال مدة الحيازة أن يكون عند القاضي...» النوازل الصغرى (المنح السامية)، أبي عيسى الوزاني (ت ١٣٤٢هـ)، تحقيق: محمد السيد عثمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ٣/ ٤٦٤. وللاستزادة منهم في هذا الاتجاه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدسوقي (ت ١٢٣٠هـ)، دار الفكر، بدون طبعه وبدون تاريخ، ٤/ ٢٣٤؛ حاشية الرهوني على شرح الزرقاني، محمد بن أحمد الرهوني (ت ١٢٣٠هـ)، المطبعة الأميرية، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٠٦هـ، ٧/ ٥١١.
وهناك من عارض منهم هذا الشرط، فجاء في البهجة في شرح التحفة: «وظاهر كلامهم أيضاً أن مجرد النزاع كاف ولو لم يكن عند القاضي، وهو كذلك، خلافاً لما في ابن عمر من أن المنازعة إذا لم تكن عند القاضي لم ينتفع بها فإنه لا يعول عليه أيضاً، وإن زعم الشيخ الرهوني أيضاً أنه الراجح إذ لا دليل له على رجحانه. وظاهر كلام الرسالة وغيرها خلافه، وعليه اقتصر الزرقاني وغيره ومن تتبع كلامهم وجدهم أطلقوا ولم يقيدوا بكونها عند القاضي أو عند غيره وإطلاقهم حجة...» البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن التسولي (ت ١٢٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ، ٢/ ٤١٩. وللاستزادة في هذا ينظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي الزرقاني، مرجع سابق في ٢٧٠، ٧/ ٤١٤، ولوامع الدرر، محمد المجلسي، المرجع السابق في نفس الهامش.

وفي رد المحتار لابن عابدين رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «... شرط الدعوى مجلس القاضي، فلا تصح الدعوى في مجلس غيره...»(١).

ولقد تبنى نظام المعاملات المدنية شرط القضائية كما تنص على ذلك المادة الثانية بعد الثلاثمائة: «تنقطع مدة عدم سماع الدعوى في الحالات التالية... ب. المطالبة القضائية، ولو كانت أمام محكمة غير مختصة...».

الفرع الثالث: شرط تكرار المطالبة:

اشترط بعضهم كذلك تكرر المطالبة واستمرار المنازعة، فلا تكفي عندهم المطالبة لمرة واحدة لقطع مرور الزمن. جاء عند ابن أبي زيد القيرواني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «قال ابن سحنون عن أبيه... إن قالوا لم يزل يخاصم ويطالب، ليس أن يخاصم يوماً ويومين ثم يمسك نفعه ذلك، وإلا لم ينفعه»(٢)، وأما مجلة

(١) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق في ٢٧٦، ٨/ ١١٥. وفي المادة (١٦٦٦) من المجلة: «وأما الادعاء والمطالبة التي لم تكن في حضور القاضي فلا تدفع مرور الزمن: بناء عليه إذا ادعى أحد خصوصاً في غير مجلس القاضي وطالب به وعلى هذا الوجه وجد مرور زمن فلا تسمع دعواه» مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق في ٢٧٠، ٣٣٥. وفي مرشد الحيران: «المطالبة في أثناء المدة المحدودة في غير مجلس القضاء لا تعتبر ولو تكررت مراراً» مرشد الحيران، محمد قدري باشا، ٦١.

(٢) النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، ابن أبي زيد القيرواني (ت ٣٨٦هـ)، تحقيق: محمد عبد العزيز الدباغ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، ٩/ ١٠-١١. جاء هذا أيضاً في: الجامع لمسائل المدونة، ابن يونس الصقلي (ت ٤٥١هـ)، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي-جامعة أم القرى، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ، ١٧/ ٥١٨. وينقل عن الاستغناء شيء قريب من هذا، انظر: العقد المنظم للحكام، ابن سلمون الكناني (ت ٧١٤هـ)، تحقيق: محمد عبد الرحمن الشاغول، دار الآفاق العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ، ٤١٤، أيضاً انظر: الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي «ميارة» =

الأحكام العدلية فحاولت التوسط فنصت أنه: «إذا ادعى أحد على آخر... في كل بضعة سنوات مرة ولم تُفصل دعواه، ومر على هذا الوجه خمس عشرة سنة فلا يكون مانعاً من استماع الدعوى...»[1]، أما نظام المعاملات المدنية السعودي فلم يتطرق لهذا الشرط بعينه.

= (ت ١٠٧٢هـ)، دار المعرفة، ٢/ ١٦٩. وفي النوازل الصغرى للوزاني (ت ١٣٤٣هـ) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «...النزاع المعتبر... يتكرر حتى يثبت أن المحدث عليه لم يزل يتردد عليه بالقيام في الأعوام والشهور...» النوازل الصغرى، أبي عيسى الوزاني، مرجع سابق في ٢٧٧، ٣/ ٤٦٤. وأنبه إلى أن نصوصهم هذه في اشتراط المداومة غالبها نقل عن سحنون، وجاءت في سياق حديثهم عن الحيازة الممتدة، أي في تأثير مضي الزمن على الحقوق العينية المحازة حيازة مادية، أما نصوصهم في مضي الزمن على الديون التي في الذمة فلم أقف فيها على مثل هذا التفصيل من أجل إبطال تأثير مرور الزمن.
أما غالب بقية نصوص الفقهاء ففيها إطلاق ولا نص على شرط التكرار، كقولهم: «ساكت»، أو: «فإن نازع»، أو: «لو تكلم قبل مضي المدة» ونحوها. بل كثير منهم نص على عدم اشتراط المداومة. انظر: مسائل أبي الوليد ابن رشد، ابن رشد الجد (ت ٥٢٠هـ)، تحقيق: محمد الحبيب التجكاني، دار الجيل/ دار الآفاق الجديدة، بيروت/ المغرب، الطبعة الثاني، ١٤١٤هـ، ٢/ ١٠٣٠. وقد علق الزرقاني (ت ١٠٩٩هـ) رَحِمَهُ ٱللَّهُ على قول خليل (ت ٧٧٦هـ) رَحِمَهُ ٱللَّهُ في المختصر: «ساكت» بقوله: «فإن نازع الحائز لم يسقط حقه وظاهره ولو في أي وقت من العشر سنين...» شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي الزرقاني، مرجع سابق في ٢٧٠، ٧/ ٤١٤. وتعليقاً على قول ابن عاصم الأندلسي (ت ٨٢٩هـ) رَحِمَهُ ٱللَّهُ في التحفة: «والمدعي إن أثبت النزاع... انتفع» يقول صاحب البهجة: «وظاهره كظاهر [خليل] ولو مرة في أي وقت من العشر سنين وهو ظاهر الوثائق المجموعة والفشتالي وغيرهما حيث قالوا: لا يعلمونه نازعه في ذلك طول المدة المذكورة وهو الذي يجب اعتماده لأن ماهية النزاع تحصل بالمرة الواحدة وبها يختل السكوت المشترط في قطع حجة القائم وبوجود المنازعة مرة تنخرم ماهية الحيازة... إذ لو كان يشترط التكرار لقالوا: لا يعلمون تكرار نزاع فيه، ولقال الناظم: وغيره ساكت عن تكرار خصام فيه، وهكذا مع أنهم لم يقولوه فدل ذلك على عدم اشتراطه» البهجة في شرح التحفة، التسولي، مرجع سابق في ٢٧٧، ٢/ ٤١٩.

(١) المادة (١٦٦٦). مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق في ٢٧٠، ٣٣٥.

المطلب الثاني: إقرار المدعى عليه:

الفرع الأول: أثر إقرار المدعى عليه بوجود الدين وبقائه:

من المتقرر عندهم كذلك أن أثر مرور الزمن ينتفي حال ثبوت إقرار المدعي عليه بالحق، فمتى ما أقر المدعى عليه بالدين وبقائه، أُخذ بذلك الإقرار في حينه. جاء في مدونة مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ولقد قال مالك في الرجل يقر لقوم أن أباهم كان أسلفه مالاً وأنه قد قضاه والدهم، قال مالك: إن كان قد تطاول زمان ذلك، أحلف المقر وكان القول قوله»(١). وفي البيان والتحصيل: «قال محمد بن رشد: هذا كما قال، من أن والي اليتيم يصدق مع يمينه في دفع مال اليتيم إليه إذا أنكر القبض، وقد طالت المدة؛ لأن طول المدة دليل على صدق قوله؛ لأن العرف يشهد له، فيكون القول قوله...»(٢). فبناء على هذه النصوص -ونحوها- قول المدعى عليه مقدم، فإذا أنكر بقاء الدين أو وجوده أصلاً فالقول قوله مع يمينه، ومفهوم المخالفة أنه إذا أقر بوجود الدين وبقائه، أُخذ بإقراره. وقد صرح بذلك ابن عابدين رَحِمَهُ ٱللَّهُ في حاشيته: «ثم اعلم أن عدم سماعها ليس مبنياً على بطلان الحق... ولذا لو أقر به يلزمه...»(٣).

ماذا لو مضت مدة بعد الإقرار، ثم تُنوزع هل نُفذ الحق المقر به أم لم ينفذ؟ أباق هو أم غير باق؟ فبالنسبة لمرور الزمن في هذه الحالة، فلا تحتسب

(١) المدونة، الإمام مالك بن أنس، مرجع سابق في ٢٧٠، ٤/ ٣٤.
(٢) البيان والتحصيل، أبو الوليد ابن رشد الجد، مرجع سابق في ٢٥٩، ١٣/ ٤٩-٥٠.
(٣) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق في ٢٧٦، ١٠/ ٤٦٨.

المدة السابقة للإقرار، بل من وقوع الإقرار يبدأ احتساب المدة من جديد، جاء في المجلة: «ولكن الإقرار الذي ادعي أنه كان قد ربط بسند حاو لخط المدعى عليه المعروف سابقاً أو ختمه ولم يوجد مرور الزمن من تاريخ السند إلى وقت الدعوى تسمع دعوى الإقرار على هذه الصورة»[1].

ولقد تبنى نظام المعاملات المدنية هذا الأثر للإقرار، فجاء فيه: «تنقطع مدة عدم سماع الدعوى في الحالات التالية: أ. إقرار المدين بالحق صراحة أو ضمناً... إذا انقطعت مدة عدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة مماثلة للمدة الأولى من انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع»[2].

الفرع الثاني: اشتراط أن يكون الإقرار قضائياً أو موثقاً بكتابة:

وقد صرح بعضهم باشتراط كون الإقرار عند القاضي، جاء في مجلة الأحكام العدلية أنه: «إذا أقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور القاضي بأن للمدعي عنده حقاً في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمن بالوجه الذي ادعاه المدعي فلا يعتبر مرور الزمن ويحكم وبموجب إقرار المدعى عليه. وأما إذا لم يقر المدعى عليه في حضور القاضي وادعى المدعي بكونه أقر في محل آخر فكما لا تسمع دعواه الأصلية كذلك لا تسمع دعوى الإقرار»[3]. لكن المجلة عادت في نفس المادة وذكرت أن دعوى الإقرار

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة (١٦٧٤)، مرجع سابق في ٢٧٠، ٣٣٧.
(٢) المادتان (٣٠٢) و(٣٠٤)، نظام المعاملات المدنية السعودي.
(٣) مجلة الأحكام العدلية، المادة (١٦٧٤)، مرجع سابق في ٢٧٠، ٣٣٧. هناك نصوص تفصيلية في الإقرار بعد مضي الزمن أو أثناءه لم أتطرق لها هنا، لأنها جاءت تعليقاً على عدم السماع المبني على النهي السلطاني وليس على نظرية التقادم الفقهية.

بالحق المتقادم تُسمع إذا كان الإقرار موثقاً بسند وبخط المدعى عليه المعروف سابقاً أو ختمه، كما بين النص الآنف نقله.

أما نظام المعاملات المدنية فلم يصرح بمثل هذا الشرط، واكتفى ببيان أن الإقرار يقع صراحة أو ضمناً كما بينت المادة الآنف ذكرها[1]، والأصل أن الإقرار غير القضائي له أثره وفق نظام الإثبات، ويمكن إثباته بالشهادة في الأحوال التي يجوز فيه الإثبات بالشهادة[2].

المطلب الثالث: استقراء ضوابط المطالبة المعتبرة، والإقرار المعتبر:

عند النظر في علة اشتراط بعضهم أن تكون المطالبة قضائية، وكذلك الإقرار، فالمعنى البارز هو التأكد من ثبوت المطالبة أو الإقرار بطريق مساو لمضي الزمن من حيث الحياد وعدم الخشية من تحيزه، كوقوعهما مباشرة أمام القاضي.

فهم قدموا مرور الزمن -بضوابطه- كقرينة على بينة المدعي التي قد تثبت أصل الحق، لأن مضي الزمن قرينة شاملة، وفي نفس الوقت محايدة، لا يخشى تحيزها. فشهود المدعي قد يشهدون شهادة حق على ثبوت الدين في معاملة ما، لكن لا يمكنهم الشهادة على النفي المطلق لوقوع الوفاء أو الإبراء ونحوه مما يدعيه المدعى عليه، أما مضي الزمن مع السكوت فقرينة شاملة على البراءة تؤيد دفع المدعى عليه بالبراءة الأصلية أو الطارئة. أيضاً،

(١) انظر: المادة (٣٠٢) من نظام المعاملات المدنية السعودي.

(٢) انظر: المادة (١٩) من نظام الإثبات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٤٣)، وبتاريخ ٢٦/ ٥/ ١٤٤٣هـ.

الشهادة عرضة للتحيز، بعكس مضي الزمن الذي هو حدث طبيعي لا يخشى على حياده.

ولما فعلوا ذلك مع بينة المدعي التي قد تثبت أصل الحق، طبقوا مقتضاه على دعوى المدعي عدم سكوته، أو دعواه بإقرار المدعى عليه بالحق، فلا تُقبل تلك الدعاوى إلا بدليل إثبات مساو لمضي الزمن من حيث الحياد وعدم الخشية من التحيز، كوقوع ذلك أمام القاضي أو أي جهة عامة. ولذلك جعلت المجلة التوثيق الكتابي بديلاً لشرط القضائية -كما مر معنا-. فإبطال أثر مضي الزمن بالإقرار القضائي أو الإقرار الثابت بكتابة للمدعى عليه أو ختمه فقط، لا بالشهادة مثلاً، دليل على أن المعنى المراد كون الإقرار ثابتًا بطريق لا يخشى تحيزه أو ميله.

وعند النظر في علة اشتراط بعضهم أن تكون مطالبة المدعي بالحق متكررة، فأبرز المعاني الظاهرة من اشتراط ذلك ثبوت جدية المدعي فيها وقناعته بحقه، فلا يمكن القول أن مضي الزمن الطويل لا يدل على براءة المدعى عليه بمجرد وجود منازعة مترددة متوانية.

والحقيقة أن التكرار وإن كان فيه دلالة ظنية على الجدية، فيبقى أنه ليس بلازم لإثباتها، فيستبعد هذا الشرط الكثير من المطالبات كعوارض معتبرة لمرور الزمن رغم صدقها وجديتها. وأظن أن شرط كون المطالبة قضائية كاف للقيام بذلك الدور: إثبات جدية المدعي. وعليه، فقد أحسن المنظم السعودي بعدم التطرق لهذا الشرط في نظام المعاملات المدنية كما مر معنا.

إذاً، نخلص في هذا المبحث إلى أن مطالبة المدعي بحقه قبل انتهاء الوقت المحدد فيها إبطال لدلالة ما مضى من الزمن، فمعها لا يمكن القول بأن مجمل المدة الماضية مصدر دلالة على عدم أحقية المدعي، لأن مطالبته وعدم سكوته خلالها ينقض ذلك. لكن حتى تعطي المطالبة ذلك الأثر، اشترط بعضهم بأن تكون قضائية، ومتكررة.

ونخلص إلى أن إقرار المدعى عليه ببقاء الحق في ذمته فيه إبطال لدلالة ما مضى من الزمن، فلا يمكن القول ببراءة المدعى عليه لمضي الزمن والمدعى عليه ينفي ذلك عن نفسه. لكن اشترط بعضهم أن يكون الإقرار أمام القاضي أو موثقاً بكتابة حتى يعطي ذلك الأثر.

وعند النظر في الضوابط التي وضعوها للمطالبة المؤثرة في مضي الزمن، نجد أن المقصود ثبوت أن المدعي مؤمن وجاد في ادعائه، وأن تثبت تلك المطالبة بطريق يوازي مضي الزمن من حيث الحياد. كذلك عند النظر فيما اشترطوه في الإقرار ليكون معتبراً نجد أن المقصود هو ثبوته بوسيلة محايدة لا يخشى تحيزها.

المبحث الثاني
أعذار المدعي المعتبرة في مرور الزمن بلا مطالبة

المطلب الأول: افتقاد المدعي للأهلية، أو غيبته أو حبسه، أو خوفه، أو إعسار المدعى عليه:

أولا: افتقاد المدعي للأهلية:

مما ذكروه من الأعذار المبطلة لدلالة الزمن الصغر والجنون والسفه، فإذا كان صاحب الحق سفيهاً أو مجنوناً أو صغيراً فلا يعتبر مرور الزمن في حالته تلك، فلا تبتدأ المدة إلا بعد زوال ذلك العارض. جاء في مواهب الجليل: «يدخل في المانع ما إذا كان المدعي صغيراً أو سفيهاً فإن سكوته لا يقطع دعواه..»[1]. وجاء في المجلة: «وأما مرور الزمن الحاصل بأحد الأعذار الشرعية ككون المدعي صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً سواءً كان له وصي أو لم يكن له... فلا اعتبار له، فلذلك يعتبر مبدأ مرور الزمن من تاريخ زوال واندفاع العذر. مثلا لا يعتبر الزمن الذي مر حال جنون أو عته أو صغر المدعي بل يعتبر مرور الزمن من تاريخ وصوله حد البلوغ...»[2].

(١) مواهب الجليل، الحطاب، مرجع سابق في ٢٥٩، ٦/ ٢٢٢.

(٢) المادة (١٦٦٣) من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق في ٢٧٠، ٣٣٤. بعضهم نص على شرط عدم وجود الولي للقاصر، انظر: حاشية ابن عابدين، مرجع سابق في ٢٧٦، ٨/ ١١٧.

ثانياً: غيبة المدعي، أو حبسه:

أيضاً، من شروط ثبوت أثر الزمن عندهم كون «المدعي حاضراً بالبلد»[(١)]، فمن أبرز الأعذار للمدعي الغيبة للسفر البعيد، ويُلحَق به الحبس والأسر. جاء في مواهب الجليل: «لو كان المدعي غائباً فإن له القيام وإن طالت المدة إذا كانت غيبته بعيدة...»[(٢)]. وفي رد المحتار: «قال المتأخرون من أهل الفتوى: لا تُسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة إلا أن يكون المدعي غائباً...»[(٣)]. فلا يثبت أثر مرور الزمن على الغائب، وكذا لو كان المدعى عليه غائباً غيبة بعيدة.

وقد اختلفوا في معيار الغيبة والبعد، وفرقوا بين الرجل والمرأة في بعض الأحوال، وبالعموم ذكر بعض المالكية أن ما كان على مسيرة سبع مراحل فغيبة. «قال مطرف وأصبغ: ونرى السبعة والثمانية وما أشبه ذلك طولاً من الغيبة، وعذراً في ترك القدوم والطلب والتوكيل، وإن كان عالماً، إلا أنَّا نستحب له أن يشهد في غيبته إذا علم بحيازة ماله عنه، وإن ترك الإشهاد لم يوهن ذلك حجته...»[(٤)]. بينما جاء في المجلة: «مدة السفر هي ثلاثة أيام أي مسافة ثماني عشرة ساعة بالسير المعتدل»[(٥)].

(١) المدونة، الإمام مالك بن أنس، مرجع سابق في ٢٧٠، ٤/ ١١.
(٢) مواهب الجليل، الحطاب، مرجع سابق في ٢٥٩، ٦/ ٢٢٢.
(٣) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق في ٢٧٦، ٨/ ١١٧.
(٤) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، برهان الدين ابن فرحون (ت ٧٩٩هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ، ٢/ ١٠٠.
(٥) المادة (١٦٦٤). مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق في ٢٧٠، ٣٣٤.

ثالثاً: الإكراه، وخوف المدعي المبرر من أثر المطالبة:

ومن شروط ثبوت دلالة الزمن عندهم كذلك ألا يكون المدعي مكرهاً على عدم المطالبة، فنصوا على ألا يوجد ما «يمنعه من الطلب من ظلم ونحوه...»[(١)]. ومن الصور التي أشاروا لها في ذلك ما لو كانت المدعية «... امرأة ذات زوج غيور عليها شديد الضبط لها مانع لها من الخروج...»[(٢)].

واشترطوا كذلك أن يكون المدعي «غير خائف من الحائز...»[(٣)]. وأبرز الأمثلة على الخوف المبرر عندهم أن يكون المطلوب ذا سلطة وقوة يخشى بطشه إذا طولب. جاء في المعونة للقاضي عبد الوهاب: «...ولا مانع يمنعه مطالبته من خوف سلطان أو ما أشبه ذلك من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق...»[(٤)]. وفي رد المحتار: «... إلا أن يكون... المدعى عليه أميراً جائراً...»[(٥)].

(١) مواهب الجليل، الحطاب، مرجع سابق في ٢٥٩، ٦/ ٢٢٩. انظر أيضاً: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، دار عطاءات العلم (الرياض)، الطبعة الرابعة، ١٤٤٠هـ، ١/ ٣٠٦-٣٠٩.

(٢) البهجة في شرح التحفة، التسولي، مرجع سابق في ٢٧٧، ٢/ ٤٢٠.

(٣) تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق في ٢٨٦، ٢/ ١٠١.

(٤) المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب (ت ٤٢٢هـ)، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، بدون طبعة، ١٥٨٢. ونحو ذلك جاء في: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، ١/ ٢٣٦.

(٥) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق في ٢٧٦، ٨/ ١١٧. وفي المجلة: «...أو كان خصمه من المتغلبة فلا اعتبار له...» المادة (١٦٦٣)، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق في ٢٧٠، ٣٣٧.

وتوسع بعضهم فقال إن من الخوف المبرر كون المدعي مديناً بدين لا يقدر على سداده فيخشى إن نازع أن يُطالب به مباشرة، قال الجزولي: «وكذلك إذا كان للحائز على المدعي دين ويخاف إن نازعه أن يطلبه ولا يجد من أين يعطيه...»[(١)].

رابعاً: إعسار المدعى عليه:

ومما نصوا عليه من الأمور المؤثرة في قدرة الزمن على الدلالة حالة كون المدين المدعى عليه ليس لديه ما يمكن أن يوفي به دينه خلال تلك المدة، فجاء عند ابن عابدين رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «العذر يشمل... ما لو كان ثابت الإعسار في هذه المدة ثم أيسر بعدها فتسمع...»[(٢)]. وفي المجلة: «لا يعتبر مرور الزمن في دعوى الطلب من المفلس إلا من تاريخ زوال الإفلاس»[(٣)].

المطلب الثاني: وجود العلاقة أو الصفة أو التعامل الخاص:

أولا: وجود العلاقة الخاصة التي تنتفي معها الدلالة العرفية للسكوت:

كذلك، من الشروط التي ذكروها لتحقق دلالة الزمن وأثره عدم وجود العلاقة الخاصة بين الأطراف التي معها لا يكون السكوت ومرور الزمن على الحق أمراً تنفيه العادة. فاشترطوا أن يكون المدعي «أجنبياً غير

(١) مواهب الجليل، الحطاب، مرجع سابق في ٢٥٩، ٦/ ٢٢. وفي شرح الزرقاني: «...أو كونه رب دين على المدعي وهو معدم...» شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي الزرقاني، مرجع سابق في ٢٧٠، ٧/ ٤١٤.

(٢) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق في ٢٧٦، ٨/ ١١٦.

(٣) المادة (١٦٦٨) من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق في ٢٧٠، ٣٣٥.

شريك»[1] للمدعى عليه، ولا بينهما «قرابة ولا مصاهرة، ولا مصادقة ولا شركة...»[2]. جاء في المعونة للقاضي عبد الوهاب رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «...ولا بينه وبين المتصرف في الدار قرابة أو شركة في ميراث أو ما أشبهه مما يتسامح به القرابات والصهر بينهم في إضافة أحدهم أموال الشركة إلى نفسه بل كان عريًا من ذلك أجمع...»[3].

ثانيا: وجود الصفة الخاصة بأحد الأطراف التي تضعف دلالة الزمن:

أيضاً، ذكر بعض الفقهاء بعض الصفات الشخصية، سواء في المدعي أو المدعى عليه، كعوامل مؤثرة سلباً في قدرة الزمن على الدلالة على براءة المدعى عليه. مما أشار له بعضهم في هذا الباب، كون المدعى عليه معروفاً بأكل حقوق الناس وجحدها، فيُستثنى من قاعدة عدم السماع لمضي المدة «ما إذا كان الحائز معروفاً بالغصب لأموال الناس فإن الحيازة لا تنفعه...قال ابن رشد وهذا صحيح لا خلاف فيه...»[4]. وهذا العامل مرتبط ومتداخل مع مسألة الخوف من المطالبة، لكن التركيز هنا على سيرة المدعى عليه وكونه معروفاً بأكل حقوق الناس وجحدها كقرينة ذات دلالة تضاد دلالة مرور الزمن. فإذا كان المدعى عليه معروفاً بسلب حقوق الناس، وفي نفس الوقت

(١) مختصر خليل، خليل بن إسحاق (٧٧٦هـ)، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ، ٢٢٨.
(٢) تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق في ٢٨٦، ٢/ ١٠٠.
(٣) المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق في ٢٨٧، ١٥٨٢.
(٤) شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي الزرقاني، مرجع سابق في ٢٧٠، ٧/ ٤١٥.

كان ذا سلطة وبطش تخشى مطالبته، اجتمع بذلك أمران مؤثران، لا أمر واحد.

كذلك توسع بعضهم، فمما ذكر من الصفات الشخصية المؤثرة، كون المدعي معروفاً بالغنى والتفضل بالأملاك على الناس وإمهالهم، فقالوا إن: «من العذر كون الإنسان واسع المال له مال عديد في بلاد شتى وجرت عادته بالتفضل مع الناس لعلو همته»[(١)].

ثالثاً: وجود التعامل الخاص المفسر للسكوت:

ومن العوامل المؤثرة التي ذكروها، وجود معاملة بين الأطراف قادرة على تفسير السكوت ومرور الزمن، كأن يكون المدعي ترك المدعى عليه لوجود وكالة بعقد استثمار أو مضاربة بينهما أو نحو ذلك. ولذلك قالوا: «ولا تسمع البينة إلا بإسكان أو إعمار أو مساقاة وشبهه»[(٢)]. وفي المجلة: «فتسمع دعواه إن كان إيجاره معروفاً بين الناس»[(٣)]، «ومعنى معروف... أي إذا كان معلوماً...»[(٤)].

(١) حاشية الرهوني على شرح الزرقاني، محمد الرهوني، مرجع سابق في ٢٧٧، ٧/ ٥١٢.

(٢) جامع الأمهات، جمال الدين ابن الحاجب (ت ٦٤٦هـ)، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري، اليمامة، دمشق-بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ، ٤٨٦. وفي مختصر خليل: «لم تسمع ولا بينته إلا بإسكان ونحوه...» مختصر خليل، مرجع سابق في ٢٨٩، ٢٢٨.

(٣) المادة (١٦٧٣) من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق في ٢٧٠، ٣٣٦.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر (ت ١٣٥٣هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ، ٤/ ٣١٨. وفي رد المحتار: «في رجل له كدك دكان وقف مشتمل على منجور وغيره وضعه من ماله في الدكان بإذن ناظر الوقف =

رابعاً: الجهل بالحق، أو بالاعتداء عليه، أو بوجود الدليل:

أخيراً، من الأعذار التي ذكرها الفقهاء عدم علم المدعي بالحق الذي له، أو عدم علمه باعتداء المدعى عليه عليه. فمما ذكروه من شروط اعتبار التقادم في الأعيان: «العلم بشيئين وهما: العلم بأنه ملكه، والعلم بأنه يتصرف فيه، ولا يفيد العلم بأحدهما دون الآخر...»[1]. وينقل عن ابن العطار رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وهم عالمون بحقوقهم لا يعترضون من غير عذر، فينقطع حينئذ قيامهم وما لم يعرفوا بحقوقهم، لم ينقطع قيامهم»[2]. وفي مواهب الجليل: «ويدخل في المانع أيضاً ما إذا لم يعلم المدعي بالحيازة أو لم يعلم بأن العقار المحوز ملكه...»[3].

= ومن نحو أربعين سنة وتصرف فيه هو وورثته من بعده في هذه المدة. ثم أنكره الناظر الآن وأنكر وضعه بالإذن، وأراد الورثة إثباته وإثبات الإذن بوضعه، والذي ظهر لي في الجواب سماع البينة في ذلك؛ لأنه حيث كان في يدهم ويد مورثهم هذه المدة بدون معارض لم يكن ذلك تركاً للدعوى» حاشية ابن عابدين، مرجع سابق في ٢٧٦، ٨/ ١١٦.

(١) تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق في ٢٨٦، ٢/ ١٠١. ومما جاء في التبصرة: «وإن كان غير عالم فهو على حقه...» نفس المرجع، ٢/ ٩٩.

(٢) تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق في ٢٨٦، ٢/ ١٠١.

(٣) مواهب الجليل، الحطاب، مرجع سابق في ٢٥٩، ٦/ ٢٢٣. وفي شرح الزرقاني: «وبقي عليه شرط خامس وهو أن يعلم هذا الحاضر أن المحاز ملكه مع تصرف الحائز له...» شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي الزرقاني، مرجع سابق في ٢٧٠، ٧/ ٤١٥. وفي حاشية الصاوي: «وأما لو كان... غير عالم فله القيام إذا أثبت عدم علمه» بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، أحمد الصاوي (ت ١٢٤١هـ)، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧٢هـ، ٢/ ٣٢٠. وفي البهجة في شرح التحفة: «...إذا لم يعلم بذلك فكأنه غير حاضر...» البهجة في شرح التحفة، التسولي، مرجع سابق في ٢٧٧، ٢/ ٤١٩.

هذا بالنسبة لتأثير جهل المدعي بالحق أو بوقوع الاعتداء عليه، وأضاف بعضهم الجهل بوجود الدليل أو مكانه كعذر من الأعذار التي قد تؤثر سلباً في دلالة الزمن[1]. جاء في البهجة في شرح التحفة: «...مغيب الشاهد والرسم كلاهما عذر... وكذا الجهالة بهما، يعني هل له رسم على ذلك أم لا...»[2].

(١) والخلاف حول اعتبار الجهل بمكان الدليل عذر، أشد من الخلاف حول اعتبار الجهل بوجود الدليل عذر. انظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي الزرقاني، مرجع سابق في ٢٧٠، ٧/ ٤١٣؛ حاشية الدسوقي، مرجع سابق في ٢٧٧، ٤/ ٢٣٤؛ والبهجة في شرح التحفة، التسولي، مرجع سابق في ٢٧٧، ٢/ ٤١٩-٤٢٠، وحلى المعاصم في حاشيته.

(٢) البهجة في شرح التحفة، التسولي، مرجع سابق في ٢٧٧، ٢/ ٤٢٠.

المبحث الثالث
أثر العذر على مرور الزمن، ونسبية ذلك

المطلب الأول: أثر العذر على احتساب المدة:

مما مضى من النصوص، يتبين أن تلك العوامل تفسد قدرة الزمن على الدلالة على عدم أحقية المدعي فيما يدعيه، فإذا كان الزمن مصحوباً بقيام وصف أو ظرف معتبر كصغر أو جنون فلا اعتبار له، ولا يبدأ احتساب المدة إلا «من تاريخ زوال واندفاع العذر»[1].

لكن السؤال الذي يتبادر هنا: ماذا لو طرأ العذر أثناء المدة؟ هل تسقط المدة السابقة للعذر ويبدأ احتساب المدة من زوال العذر من جديد (وهو ما أسماه النظام بانقطاع المدة)، أم فقط تنزل المدة التي قام فيها العذر من المدة (وهو ما أسماه النظام بتوقف سريان المدة)، أم لا أثر للعذر الذي يطرأ أثناء المدة؟

لم يُفصِّل كثير من الفقهاء القائلين بالتقادم هذه المسألة، فجاء كلامهم عامًّا بنفي كون مرور الزمن الذي خالطه عذر من الأعذار المعتبرة قرينة مقدمة، دون النص على اشتراط أو عدم اشتراط وجود العذر من البداية أو استمراره. ولكن مجمل النصوص القليلة والمتأخرة -التي تطرقت لهذا التفصيل عند تناول بعض الأعذار- تؤكد على مجرد تنزيل المدة التي طرأ فيها عذر من الأعذار المعتبرة من مجمل المدة (وقف السريان).

ففي الغيبة، جاء في البهجة في شرح التحفة: «(مع الحضور)... أي مع حضور القائم في جميع العشر فإن حضر خمساً أو ثمانياً وغاب الباقي فهو على

(١) المادة (١٦٦٣) من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق في ٢٧٠، ٣٣٤.

حقه كما يفيده كلام ابن مرزوق وغيره»[1]. وفي درر الحكام: «إذا بدأ مرور الزمن في عدم وجود الغيبة وقبل أن يتم مرور الزمن تخللته الغيبة ثم زالت الغيبة بعد مدة فهل يجب تنزيل مدة الغيبة من مرور الزمن أو لا يجب؟ فالظاهر إذا يجب تنزيلها...»[2].

وفي الإكراه، جاء في درر الحكام: «أما إذا ابتدأ مرور الزمن قبل وجود التغلب وتخلل ذلك التغلب قبل انقضاء مدة مرور الزمن ثم... [زال] التغلب بعد مدة فهل يجب تنزيل مدة التغلب؟... الظاهر أنه يجب تنزيلها»[3]. وجاء في طروء نقص الأهلية: «سواء كان القصر موجوداً في الأصل أو طرأ...»[4].

(١) البهجة في شرح التحفة، التسولي، مرجع سابق في ٢٧٧، ٢/ ٤١٨. وجاء في موضع آخر: «وظاهره ولو غاب بعد الحيازة عليه ست سنين أو ثمان سنين لأنه يصدق عليه أنه لم تجز عليه عشر سنين إذ ما بعد الغيبة لا يحسب عليه وهو كذلك كما يفيده ابن مرزوق، وكما يفيده جعل [الحطاب] عشر سنين ظرفاً لحاضر...» نفس المرجع، ٢/ ٤٢٥.

(٢) درر الحكام، علي حيدر، مرجع سابق في ٢٩٠، ٤/ ٣٠٧. وفي شرح مجلة الأحكام للمحاسني أن الغيبة «تضاف إلى مدة مرور الزمن سواء ابتدأت في الأصل بغياب المدعى عليه... أو كان موجوداً في بلد المدعي وقبل مضي مدة الزمن سافر وغاب. أي لا بد من مرور مدة الزمن بحق خصمين لم يكن أحدهما غائباً عن الآخر...» شرح مجلة الأحكام العدلية، محمد سعيد المحاسني، مطبعة الترقي، دمشق، ١٣٤٦هـ، ٣/ ٣٨٢.

(٣) درر الحكام، علي حيدر، مرجع سابق في ٢٩٠، ٤/ ٣٠٧. وفي شرح مجلة الأحكام للمحاسني: «ويعتبر التغلب سواء حصل في أول المدة أو في أواسطها» شرح مجلة الأحكام العدلية، المحاسني، مرجع سابق في ٢٩٤، ٣/ ٣٨٢.

(٤) شرح مجلة الأحكام العدلية، المحاسني، مرجع سابق في ٢٩٤، ٣/ ٣٨٢. وفي درر الحكام: «أما إذا بدأ مرور الزمن حينما لم تكن القاصرية موجودة وقبل اكتمال مرور الزمن حصلت القاصرية ثم زالت بعد مدة فهل يجب تنزيل المدة التي كان فيها في حالة القاصرية من مدة مرور الزمن؟... إن هذه المسألة محتاجة للحل ومن الموافق استماع الدعوى لحين وجود مسألتها الصريحة» درر الحكام، علي حيدر، مرجع سابق في ٢٩٠، ٤/ ٣٠٦.

وبشكل عام، جاء في شرح المجلة لسليم رستم باز: «ولو مضى على الدعوى خمس عشرة سنة فحدث العذر في أثنائها بأن جُن المدعي أو غاب خمس سنين فهل يجب إسقاط مدة العذر من مجموع المدة الظاهر نعم»[1].

إذاً، الأصل أن وجود العذر مختلف عن المطالبة أو الإقرار في الأثر من حيث عدم إسقاطه للمدة السابقة، بل فقط تنزل المدة التي طرأ فيها العذر من مجمل المدة، فتضم المدة السابقة مع المدة اللاحقة.

ولقد تبنى نظام المعاملات المدنية هذا الأثر للعذر، فجاء فيه: «يقف سريان مدة عدم سماع الدعوى كلما وُجد عذرٌ تتعذر معه المطالبة بالحق»[2]. فأثر العذر توقف سريان المدة لا انقطاعها.

لكن، مما أشار إليه بعض الفقهاء -عندما نصوا على هذه الأحوال والظروف- أن تأثيرها نسبي لا مطلق، وهذا ما سأتناوله في المطلب التالي.

المطلب الثاني: نسبية أثر العذر على مرور الزمن، وما يلزم من ذلك:

الفرع الأول: وجود النسبية:

في كلام الفقهاء إشارات متعددة إلى نسبية واختلاف قدرة مرور الزمن على الدلالة على براءة المدعى عليه. من أبرز تلك الإشارات عدم اعتباره قرينة مقدمة على دليل المدعي حال وجود عذر أو ظرف يعطي معنى معيناً

(١) شرح المجلة، سليم رستم باز، المطبعة الأدبية، بيروت، طبعة ثالثة، ١٩٢٣م، ٩٩٠.
(٢) الفقرة الأولى من المادة (٣٠٠) من نظام المعاملات المدنية السعودي.

للسكوت مما مر معنا آنفاً. ومن الإشارات كذلك، تقسيمهم للحيازة الممتدة لدرجات مختلفة القوة ففيها الضعيف وفيها الأضعف[١]. ومن ذلك أيضاً، رأي بعضهم أن المدة لا تحد بمقدار ثابت بل تختلف بحسب كل الظروف المحيطة[٢]، بل إن بعض من حدد مدة معينة كعشر سنوات للحيازة «ذكر أن ما قاربها من تسع سنين أو ثمانية يعطى حكمها»[٣].

وكما أن قدرة مرور الزمن على الدلالة نسبية، فإن قدرة العذر على التأثير على دلالة الزمن نسبية كذلك، وعلى ذلك إشارات متعددة نورد شيئاً منها. أولاً، ما ذكره بعضهم من أحوال يكون فيها تأثير بعض الأعذار على مضي الزمن له أمد زمني معين، ومن هذا ما جاء في التبصرة: «وقال مطرف وأصبغ: ونرى السبعة والثمانية وما أشبه ذلك طولاً من الغيبة... وإن ترك الإشهاد لم يوهن ذلك حجته إلا أن يطول الزمن جداً، مثل السبعين سنة أو الثمانين وما قاربها، ويكون مع ذلك سماع مستفيض...»[٤]. فعلى هذا، لو طالت المدة جداً كثمانين سنة، واقترن ذلك باستفاضة ملك الحائز فإن قدرة الغياب على قطع دلالة مرور الزمن تضعف فلا تسمع الدعوى ولو كان غائباً[٥].

(١) جاء في البيان والتحصيل لابن رشد (٥٢٠هـ) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «والحيازات تنقسم على ستة أقسام؛ لأنها على مراتب ست، أضعفها حيازة الأب على ابنه...» البيان والتحصيل، أبو الوليد ابن رشد الجد، مرجع سابق في ٢٥٩، ١١/ ١٤٦.

(٢) كقول الدردير رَحِمَهُ ٱللَّهُ في تقدير المدة: «الأظهر في ذلك الاجتهاد بالنظر في حال الزمن وحال الناس وحال الدين...» حاشية الدسوقي، مرجع سابق في ٢٧٧، ٤/ ٢٣٧.

(٣) البهجة في شرح التحفة، التسولي، مرجع سابق في ٢٧٧، ٢/ ٤٢٥.

(٤) تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق في ٢٨٦، ٢/ ١٠٠.

(٥) هذا مفاد ما جاء في التبصرة وغيره، وإن أكد آخرون على ألا أمد للعذر، ومن ذلك ما جاء في رد المحتار: «وكذا الظاهر في باقي الأعذار أنه لا مدة لها؛ لأن بقاء العذر وإن طالت مدته يؤكد عدم التزوير...»حاشية ابن عابدين، مرجع سابق في ٢٧٦، ٨/ ١١٧.

ثانياً، من الإشارات الدالة على نسبية تأثير العذر، تفرقة بعضهم بين آثار الغيبة على حسب بُعد المسافة، فالغيبة التي بين ثلاث إلى ست مراحل اشترط فيها بعضهم إثبات المدعي لعجزه عن القدوم والتوكيل، بينما الغيبة التي على بعد سبع مراحل فما فوق فلم يشترط لها هذا[١].

ثالثاً، من أبرز الإشارات، تأكيد كثير من الفقهاء على عدم تأثير الغياب إذا تكرر انقطاعه، جاء في البهجة في شرح التحفة: «فإن تكرر قدومه وسفره فلا حق له...»[٢]. وفي مجلة الأحكام العدلية: «إذا اجتمع ساكنا بلدتين بينهما مسافة سفر مرة واحدة في بلدة في كل بضعة سنوات ولم يدَّعِ أحدهما على الآخر شيئاً مع أن محاكمتهما كانت ممكنة وبعدها وجد مرور الزمن بهذا الوجه لا تسمع دعوى أحدهما على الآخر بتاريخ أقدم من المدة المذكورة»[٣].

إذا، حديثهم بالمجمل فيه تأكيد على أن دلالة مرور الزمن على براءة المدعى عليه نسبية، وكذلك قدرة عذر المدعي على التأثير على دلالة الزمن نسبية.

الفرع الثاني: مقتضى النسبية:

تقتضي هذه النسبية أموراً منها أن ترجُّح مرور الزمن أو العذر على الآخر في الدلالة لا يعني بالضرورة إلغاء الآخر تماماً، بل يمكن أن يبقى في الاعتبار

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة، التسولي، مرجع سابق في ٢٧٧، ٢/ ٤٢٥-٤٢٦.
(٢) البهجة في شرح التحفة، التسولي، مرجع سابق في ٢٧٧، ٢/ ٤١٨ و٢/ ٤٢٥.
(٣) المادة (١٦٦٥) من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق في ٢٧٠، ٣٣٣-٣٣٧. للمزيد في هذا انظر: درر الحكام، علي حيدر، مرجع سابق في ٢٩٠، ٤/ ٣٠٩-٣١٠؛ شرح مجلة الأحكام العدلية، المحاسني، مرجع سابق في ٢٩٤، ٣/ ٣٨٢؛ شرح المجلة، سليم رستم، مرجع سابق في ٢٩٥، ٩٩١.

بقدره. بعبارة أخرى، حقيقة نسبية دلالة مرور الزمن، ونسبية قدرة الظروف على قطع دلالته، تفرضان أن ترجيح أحدهما يجب ألا يعني استبعاد الآخر تماماً، بل يبقى بقدره، فلو أن المدعي تقدم بعذر مقبول يبرر سكوته الممتد واعتبرت الدعوى اعتيادية، فإن ذلك يجب ألا يعني استبعاد مرور الزمن من الاعتبار مطلقاً، بل يمكن أن يبقى قرينة (غير مقدمة طبعاً) في جانب المدعى عليه، قد يستفاد منها بقدرها إذا ما تقابلت الأدلة وتعارضت أو نحو ذلك.

وأهم من ذلك، هذه النسبية تدعونا إلى ضرورة البحث في المعاني المؤثرة التي جعلت الفقهاء يعدون تلك الظروف من الأعذار المؤثرة في دلالة الزمن، وضبطها. فلما قالوا مثلاً أن الغيبة البعيدة عذر مطلق بينما مع الغيبة القريبة يجب على المدعي إثبات عجزه عن القدوم دل ذلك على أن الأمر المؤثر ليس الغيبة بذاتها إنما ما تفرضه من مشقة القدوم لرفع الدعوى. ولما اختلفوا هل للعذر أمد أم لا، فإن هذا الاختلاف اختلاف تقدير، أي هل طول المدة يُفقد العذرَ معناه ودلالته (عدم التزوير) أم لا. وهذا كله يؤكد على ضرورة الاعتناء باستقراء المعاني المؤثرة، ومن ثم محاولة وضعها في ضوابط جامعة مانعة، بدلاً من الاكتفاء بتقصي تطبيقاتها التي نصوا عليها، والمتغيرة من بيئة إلى بيئة ومن زمان إلى زمان. وهذا ما سأحاول القيام به في المبحث التالي.

المبحث الرابع
ضوابط الأعذار المعتبرة

ما مر معنا هو ظروف وأوصاف عدها الفقهاء أعذاراً معتبرة في زمانهم، وفي هذا المبحث سأستقرئ المعاني التي بنيت عليها لأخرج منها بضوابط، ثم أحلل تلك الضوابط، ثم أقارن ذلك بالضابط الذي جاء به نظام المعاملات المدنية السعودي.

المطلب الأول: استقراء الأعذار المعتبرة:

عند النظر في كون الصغر والجنون والسفه عوامل تفسد دلالة الزمن، نجد أن السبب البارز عدم تكليف هؤلاء، لانعدام الأهلية أو نقصها، فمطالبتهم إما غير متصورة أصلاً، أو على الأقل غير منتظرة منهم لعدم التكليف. فالمجنون والصبي الذي لم يميز ليس لديهم القدرة على إقامة دعوى مكتملة الأركان والشروط، فلا تتصور منهم. أما السفيه والصبي المميز فلا يستحيل عليهم ذلك، ولكن ذلك غير منتظر منهم عادة كما هو الأمر مع البالغ الرشيد، لعدم اكتمال نضجهم وأهليتهم.

فإذا كانت المطالبة غير متصوَّرة أو غير منتظَرة لنقص في الأهلية فَقَدَ مُضيُّ الزمن قدرتَه على إعطاء الدلالة بعدم أحقية المدعي بما يدعيه بعد أن زال النقص العارض عنه، فسكوته الماضي مفهوم ومبرر لعدم تكليفه وانعدام إرادته أو نقصها.

أما عند استقراء كون إعسار المدعى عليه عاملاً مؤثراً أيضاً، فنجد أن العلة الظاهرة عدم جدوى المطالبة لعدم قدرة المدين على الوفاء، بل السكوت يأتي متوافقاً مع أمر لازم، الذي هو إمهال المعسر، وذلك الظرف أمر يضعف قدرة الزمن على الدلالة على عدم أحقية المدعي بما يدعيه.

وعند النظر في الغيبة والحبس والإكراه المتحقق كأعذار، نجد أن السبب الظاهر عدم تهيؤ المطالبة مطلقاً، أو بمشقة خارجة عن المعتاد[1]. فالغائب أو المحبوس -خصوصاً في الزمن الماضي- والمكره إما لا يستطيع المطالبة مطلقاً، أو أن ذلك سيجر عليه مشقة خارجة عن المعتاد، من كلفة أو خطر أو كليهما، وذلك يضعف إن لم يبطل قدرة مرور الزمن على الدلالة على كذب المدعي في دعواه أو نحوه.

وعند تأمل نصوصهم في اعتبار خوف المدعي من المطالبة عذراً يبطل أثر مضي الزمن، نجد أن العلة الظاهرة غلبة الظن أن المطالبة ستجر على المدعي مشقة غير معتادة. فإذا وجد الخوف المبني على سبب مُبرِّر، ككون المدعى عليه ذا قوة وسلطة على المدعي وعرف بالبطش، كان ذلك أمراً يفسد قدرة الزمن على الدلالة على عدم الحق في جانب المدعي.

وعند النظر في اشتراطهم لثبوت أثر مرور الزمن عدم وجود الرابطة الخاصة بين المدعي والمدعى عليه من زواج أو شراكة ونحوه، نجد أن المبعث الظاهر لذلك كون تلك الروابط لا يُستغرب السكوت معها عرفاً

(١) كذلك مع الغيبة يفترض الجهل بالحق وبالاعتداء عليه، لكنهم قالوا للغائب عذره حتى لو علم بالحق وبوقوع الاعتداء عليه بأي طريق كما مر معنا.

على الحق مدة من الزمن، لما يكون بين الأطراف من علاقة واعتبار خاص وتسامح، وذلك معنى يفسد دلالة الزمن وأثره[1].

وعند استقراء الصفات الشخصية التي نصوا على تأثيرها السلبي على دلالة الزمن، ككون المدعى عليه معروفًا بجحد الحقوق والمماطلة، فنجد أنها أوصاف وقرائن تأتي بمعان أخرى تضعف ترَجُّح المعنى الذي قد يُستنتج من مرور الزمن في الأحوال الاعتيادية (براءة المدعى عليه)، فتجعل دلالته غير مقدمة على الأقل.

وعند النظر في أن وجود معاملة ما بين المدعي والمدعى عليه قد يبطل أثر مرور الزمن، وأيضاً في اشتراطهم علم المدعي بحقه وبالاعتداء الواقع عليه، فالسبب ظاهر، فهي حقائق تشرح سبب السكوت ومضي الزمن بمعنى غير معنى براءة المدعى عليه. فلما قالوا لا تسمع بينته، أي بينته التي تشير فقط لأصل الحق، أما إن كانت البينة ذاتها التي تثبت أصل الحق تشرح سبب السكوت الممتد بالإشارة إلى نوع تعامل ممتد زماناً، فمرافعة اعتيادية. وإذا ثبت أن السكوت ناتج عن عدم علم بأصل الحق، أو بوجود الاعتداء عليه، فلا يمكن أن يعطي مرور الزمن دلالة بوقوع حادثة وفاء أو إبراء أو نحوها من أسباب انقضاء الالتزام، فالجهل بالحق يفسر السكوت ومضي الزمن بغير ذلك.

(١) قد مر معنا ما جاء في المعونة: «...ولا بينه وبين المتصرف في الدار قرابة أو شركة في ميراث أو ما أشبهه مما يتسامح به القرابات والصهر بينهم...» المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق في ٢٨٧، ١٥٨٢.

إذاً، إذا أردنا أن نضع هذه المعاني في ضوابط محددة ومفصلة، فنستطيع أن نقول أن هنالك ثلاثة ضوابط للعذر المعتبر عند الفقهاء:

الضابط الأول: أن مرور الزمن لا يكون قرينة مقدمة مع كل وصف أو ظرف يجعل مطالبة المدعي بحقه غير متصورة منه، أو متعذرة بحقه لمانع، أو غير مجدية له، أو تجر مشقة غير معتادة عليه، أو يخشى لمبرر أن تجر ذلك، أو غير منتظرة منه لنقص في التكليف.

الضابط الثاني: أن مرور الزمن لا يكون قرينة مقدمة مع كل وصف أو ظرف شهد العرف بأن تأخير المطالبة القضائية معه بالحق أمر مألوف، ولا يعني براءة ذمة المدعى عليه.

الضابط الثالث: أن مرور الزمن لا يكون قرينة مقدمة مع كل وصف أو ظرف جاء بمعنى يزاحم أو يصرف الزمن عن دلالته المعتادة في الأحوال العادية.

المطلب الثاني: تحليل ضابط العذر المعتبر:

الضوابط الثلاثة يمكن إجمالها في ضابط واحد، نوجزه، ثم ننظر ما يمكن أن ينزل عليه من حالات:

لا يعد الوصف أو الظرف عذراً معتبراً إلا إذا كان تنتفي معه أهلية أداء المدعي أو تنقص، أو يشهد العرف معه بأن عدم مبادرة المدعي بالمطالبة أمر مألوف، أو يأتي بمعنى يصرف مرور الزمن عن دلالته المعتادة على البراءة،

أو يجعل مطالبة المدعي غير متصورة منه أو متعذرة عليه، أو غير مجدية له، أو تجر لمشقة غير معتادة عليه أو يخشى لمبرر أن تجر لذلك.

فانتفاء أهلية الأداء أو نقصها تُدخل أموراً كالجنون والسفه والصغر ونحوها. أما شهادة العرف بأن تأخير المطالبة القضائية بالحق أمر مألوف فتُدخل أحوالاً أخرى ككون المدعي مثلاً زوجاً أو قريباً أو شريكاً أو صديقاً خاصاً للمدعى عليه أو خادمًا عنده. لكن يتنبه إلى أن العرف هنا أقل استقراراً مما سواه، فليس كل شراكة أو صداقة أو قرابة يشهد لها العرف اليوم بذلك، فالمرجع هو تحقق الضابط المذكور.

أما الإتيان بمعنى يصرف الزمن عن دلالته المعتادة في الأحوال العادية فيُدخل أحوالاً كأن يثبُتَ أن المدعي كان جاهلاً بحقه لخفاء سبب الحق عليه أو نحوه. كذلك لو كان بين المدعي والمدعى عليه وكالة أو نحوه من العقود التي يمكن أن تفسر السكوت ومضي الزمن بمعنى غير براءة المدعى عليه.

كذلك لو ثبت أن المدعى عليه آكل وجاحد لحقوق أشخاص كثر من أمثال المدعي فإن ذلك سيؤثر في قدرة مضي الزمن على الدلالة. فلو ثبت كذب صاحب عمل على مئات العاملين وجحده لحقوقهم بأحكام قضائية قطعية، ثم جاء عامل منهم بعد مضي المدة المقدرة للتقادم مباشرة، فتلك الحقيقة عن المدعى عليه قرينة ذات معنى قد يزاحم المعنى المستنبط من مضي الزمن، فتبرر سماع دعوى العامل سماعاً اعتيادياً، فإن كان حقه مثبتاً أجيب، وإلا فلا -خصوصاً إذا ما استحضرنا نسبية الدلالة التي تناولناها آنفاً-.

أيضاً لو نزل بالمدعي مرض جسيم شل جزءاً كبيراً من حركته وعطل جانباً من حياته وأشغله بنفسه مدة من الزمن وإن لم يمنعه تماماً من رفع الدعوى، فإن عدم مطالبته تلك مقرونة بظرف جاء بمعنى يضعف من قدرة الزمن على الدلالة على عدم الحق بجانب المدعي التي يدل عليها في الأحوال الطبيعية.

أما جعل المطالبة القضائية غير متصورة منه أو متعذرة عليه فيُدخل أحوالاً ككون المدعي مريضاً مرضاً سلبه قدرته على المطالبة مطلقاً أو نحوه. كذلك يُدخل الحبس الذي لا منفذ معه على المطالبة، أما إن تيسرت للمحبوس المطالبة بنفسه، بطريق أو بآخر، فكطليق في تلك الحالة لزوال المعنى المؤثر.

وجعل المطالبة غير مجدية يُدخل أحوالاً كحال كان المدعى عليه معسراً ولا يُرجى من ورائه سداد، وكذا لو كان هارباً لا منفذ عليه ولا على أمواله. كذلك لو كان الدليل الوحيد مجهول الوجود والمدعى عليه منكر.

وجعل المطالبة القضائية ستجر مشقة غير معتادة أو يخشى لمبرر أن تجر لذلك يدخل أحوالاً كما لو كان المدعي خارج حدود الدولة ولا منفذ متيسر له على المطالبة بنفسه مثلاً. أما لو افترضنا أن المدعي علم بالحق، وتهيأت له المطالبة عن بُعد ودون مشقة، ولم يفعل بلا عذر، فالذي يظهر أن البعد في هذه الحالة لن يكون عاملاً مؤثراً في دلالة الزمن. كذا لو كان للمدعى عليه قوة وسلطة على المدعي وعُرف بالبطش فخشي المدعي بأسه.

المطلب الثالث: ضابط العذر المعتبر في نظام المعاملات المدنية:

نظام المعاملات المدنية السعودي ضبط العذر بكونه تتعذر معه المطالبة بالحق، فجاء في الفقرة الأولى من المادة الثلاثمائة: «يقف سريان مدة عدم سماع الدعوى كلما وجد عذر تتعذر معه المطالبة بالحق»[(١)].

وجعل تعذُّر المطالبة معياراً شائع في عدد من الأنظمة المدنية[(٢)]، لكن الإشكال فيه أنه غير جامع، فيستبعد الكثير من الأعذار المعتبرة التي أقرها الفقهاء مما مر معنا، وأقرت بعضها الأنظمة المدنية المختلفة ونظام المعاملات المدنية السعودي نفسه، والتي تُبنى على معنى غير التعذر.

بلغة أخرى، التعذر والمنع من المطالبة مجرد معنى واحد من المعاني التي يمكن أن تؤثر في دلالة مرور الزمن، فجعله ضابطاً عاماً للعذر سيغطي بعض الظروف والأوصاف المعتبرة التي مرت معنا لا كلها. فسيغطي مثلاً انعدام التمييز لجنون أو صغر، والحبس الذي لا منفذ معه على المطالبة، لكنه لن يغطي غالب بقية الظروف والأوصاف التي ذكرنا آنفاً، كالحالات التي تكون فيها المطالبة غير مجدية وتأجيلها مندوب كحال كان المدعى عليه معسراً ولا يرجى من ورائه سداد، أو كان المدعى عليه هارباً لا منفذ عليه ولا على أمواله، وكالحالات التي ستجر فيها المطالبة مشقة غير معتادة أو

(١) المادة (٣٠٠) من نظام المعاملات المدنية السعودي.

(٢) انظر مثلاً: المادة (٣٨٢) من القانون المدني المصري، والمادة (٤٣٤) من وثيقة الكويت، والمادة (٤٤٦) من القانون المدني الكويتي. بينما تميزت أنظمة أخرى بعدم الاقتصار على تعذر المطالبة، إنما نصت على توقف سريان المدة بالعذر الشرعي عموماً، وضربت على ذلك عدد من الأمثلة. انظر مثلاً: المادة (٤٣٥) من القانون المدني العراقي.

يخشى لمبرر أن تجر لذلك كحال كان المدعي خارج حدود الدولة ولا منفذ متيسر له على المطالبة بنفسه، وكالحالات التي يشهد العرف معها بأن تأخير المطالبة القضائية بالحق أمر مألوف ككون المدعي مثلاً قريباً للمدعى عليه قرابة يشهد معها العرف بأن تأخير المطالبة القضائية بالحق أمر مألوف، وكالحالات التي تأتي بمعنى يصرف الزمن عن دلالته المعتادة في الأحوال العادية كحال كان بين المدعي والمدعى عليه تعامل يفسر السكوت ومضي الزمن، أو كان بالمدعي مرض جسيم أشغله بنفسه وإن لم يمنعه تماماً من رفع الدعوى، وغيرها مما مر معنا.

قد يقول قائل إننا نستطيع شمول تلك الحالات من خلال التوسع في تفسير مفهوم المنع والتعذر وعدم الوقوف عند المعنى اللغوي لهما، كما قد تفعل بعض المحاكم بخصوص بعض الأعذار في بعض الدول التي تتبنى مثل هذا الضابط. فأقول إن حقيقة التوسع بتنزيل التعذر على كل المعاني السابقة خروج عن النص، وإفراغ لمصطلح التعذر من معناه، وما وُجد الضابط إلا لضبط الاجتهاد، وما الاضطرار لذلك إلا دليل على قصور في الضابط نفسه، فالأولى إعادة النظر فيه.

وبسبب هذا القصور، حاول النظام شمول بعض تلك الأعذار بفقرة مستقلة، فجاء في الفقرة الثانية من نفس المادة السابقة: «يعد من الأعذار التي يقف بها سريان مدة عدم سماع الدعوى وجود تفاوض عن حسن نية بين الطرفين يكون قائماً عند اكتمال المدة، أو وجود مانع أدبي يحول دون

المطالبة»[1]. فأضاف النظام ظرفاً واحداً، ووسع من الضابط. فاستخدم مصطلح المانع الأدبي الشائع في الأنظمة العربية[2]، والتي اختلفت كثيراً في ضبطه بين معايير موضوعية وشخصية، لكنه غالباً ما يغطي حالات وجود العلاقة الخاصة بين المدعي والمدعى عليه كالزواج أو القرابة من درجة معينة ونحوها[3].

وأجد أن استخدام هذا المصطلح غير ملائم من عدة أوجه. منها ما يتعلق بدلالات مصطلح المانع، فهذه العلاقات ليست بالضرورة تحول وتحجز المدعي عن المطالبة، فتعتبرها الأنظمة المختلفة والفقه حجة وإن لم تمنع حقيقة من المطالبة. بل إن غالب الفقهاء اعتبروها حجة فقط، لأن العرف جرى على أن المطالبة معها ليست على سبيل الاستعجال والمبادرة لخصوصية العلاقة -كما مر معنا-.

وإن كان المنظم أراد فقط تلك العلاقات التي فيها حجز حقيقي عن المطالبة -وهذا مستبعد-، فلن يكون في هذه العبارة أي إضافة لأن هذا

(١) المادة (٣٠٠) من نظام المعاملات المدنية السعودي. من الإشكالات أن هذه الزيادة لا تغطي كل بقية الأعذار المعتبرة وفق الضوابط التي سنخلص إليها في نهاية هذا البحث، ووفق الأنظمة المدنية المقارنة التي تأثر بها نظام المعاملات المدنية.

(٢) انظر مثلًا: المادة (٦٨) من نظام الإثبات السعودي، والمادة (٣٨٢) من القانون المدني المصري.

(٣) جاء في المادة الثامنة والستين من نظام الإثبات السعودي في سياق بيان ما يمكن إثباته بالكتابة استثناءً: «... إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي... ويعد من الموانع الأدبية رابطة الزوجية، وصلة القرابة والمصاهرة حتى الدرجة الرابعة...».

المعنى مغطى بنص الفقرة الأولى من المادة. فالذي يظهر أن استخدام مصطلح المانع في هذا السياق -كما هو الأمر في غالب الأنظمة - جاء من باب المجاز الذي يجب أن يُتجنَب في الصياغة القانونية ما أمكن، لما قد يترتب عليه من إشكالات، من أهمها إشكالات في التفسير، كتوهم المفسر من اللفظ المجازي اعتبارات لم يردها المنظم، فيَبتعد بالنص عن أهدافه والمعاني التي بُنيت عليه، وكاتساع التباين في تفسير اللفظ المجازي[1].

وأهم من ذلك كله أن إضافة مفهوم المانع الأدبي وإن غطت غالب ما ذكرنا تحت الضابط الثاني من ظروف وأوصاف، فلن تغطي غالب ما جاء تحت الضابط الأول ولا الثالث مما سلف ذكره. وعليه، فمن غير المناسب جعل المنع والتعذر ضابطاً عاماً للعذر لأنه غير جامع، ولذلك تجد أن كثيراً ممن أشار للمانع من الفقهاء لم يستغن به بل ذكره على سبيل التمثيل -كما مر معنا-، وكذلك فعلت بعض الأنظمة المدنية، كالقانون المدني العراقي[2].

(١) ولذلك اختلفت الأنظمة والمحاكم في تحديد نطاق المانع الأدبي كثيراً، فهل يضبط بمعيار موضوعي ثابت، أم بمعيار شخصي يترك معه التقدير لقاضي الموضوع بشكل واسع؟ وإذا كان المعيار موضوعيا، فهل يعلق الأمر بالزوجية والقرابة فقط، أم يشمل علاقات الخدمة ونحو ذلك؟ وإذا كان علق الأمر بالقرابة، فأي نوع من أنواع القرابة، وأي درجة من درجاتها؟

(٢) المادة (٤٣٥) من القانون المدني العراقي نصت على أن المدة تقف بالعذر الشرعي، ثم ضربت على ذلك أمثلة مختلفة: «تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعي، كأن يكون المدعي صغيراً أو محجوراً وليس له ولي أو غائباً في بلاد أجنبية نائية أو أن تكون الدعوى بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو أن يكون هناك مانع آخر يستحيل معه على المدعي أن يطالب بحقه...».

المبحث الخامس
عبء إثبات العارض

المطلب الأول: الأصل في عبء إثبات العارض:

الأصل أن البينة على المدعي، ومن المتقرر أن المدعي من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر والغالب[1]. فعليه، من يدعي وجود المطالبة، أو الإقرار، أو أي عذر من الأعذار، كغيبة أو مرض، فيقع عليه عبء الإثبات، لأن الأصل عدمه. فكما أن الأصل عدم مضي الزمن، وأن عبء إثباته على من يدعيه (المدعى عليه عادة) إلا أن يثْبُتَ ذلك بإقرار من المدعي أو من خلال مضمون الدعوى ونحوه، فإن الأصل عدم وقوع المطالبة من المدعي، ولا الإقرار من المدعى عليه، ولا وجود العذر، فعبء إثبات أي من ذلك على من يدعيه (المدعي عادة). إلا أنه في حالات متعددة قد ينتقل عبء الإثبات من المدعي للمدعى عليه، وهذا ما ينقلنا لمسألة تحول عبء الإثبات.

(١) انظر: جامع العلوم والحكم، ابن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وإبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثامنة، ١٤١٩هـ، ٢/ ٢٣٠. وللفقهاء في تحديد المدعي من المدعى عليه تفصيل وأقوال -وإن كان غالبها لا تتعارض بمجملها وبشكل مباشر مع ما ذكر في المتن-، للمزيد انظر: المرجع السابق، وانظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ذات السلاسل، الكويت، الطبعة الثانية، ٢٠/ ٢٧٢. وفي نظام الإثبات السعودي أن: «البينة على من ادعى» وأن: «البينة لإثبات خلاف الظاهر». انظر: المادة الثالثة من نظام الإثبات السعودي.

المطلب الثاني: تحول عبء الإثبات:

بعض من لم يأخذ ببعض الحقائق كأعذار مقبولة لتفسير سكوت المدعي، لم يتركها لأنه ينكر أثر المعنى الذي تحمله، بل تركها لأمور تتعلق بإثبات ذلك العذر. ومن أبرز تلك الحقائق، جهل المدعي بحقه أو بوقوع الاعتداء عليه، ونحوها.

صحيح أن غالب الفقهاء القائلين بالتقادم اعتبر جهل المدعي -إن ثبت- عذراً مقبولاً لتفسير السكوت ومضي الزمن، وقد مر معنا عدد من النصوص في ذلك[1]، لكن وردت بعض النصوص -خصوصاً عند بعض متأخري الحنفية- التي ظهر فيها تردد في اعتباره[2].

والذي يظهر، أن هذا العذر أشكل على بعضهم لأنه متوافق مع الأصل، فالأصل عدم العلم، فعبء الإثبات سيكون على المدعى عليه، وهذا أمر صعب، وسيجعل من استقرار التقادم كقرينة مقدمة أمراً صعباً، لسهولة ادعاء الجهل على المدعي، وصعوبة إثبات عكسه على المدعى عليه.

(١) انظر: تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق في ٢٨٦، ٢/ ٩٩، ١٠١. شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي الزرقاني، مرجع سابق في ٢٧٠، ٧/ ٤١٥. بلغة السالك، أحمد الصاوي، مرجع سابق في ٢٩١، ٢/ ٣٢٠. البهجة في شرح التحفة، التسولي، مرجع سابق في ٢٧٧، ٢/ ٤١٩.

(٢) من ذلك، ما نقل عن أبو السعود أفندي أنه سئل هل تسمع دعوى أولاد تأخروا في المطالبة بنقود أوقفت عليهم قبل عشرين سنة بحجة عدم علمهم فأجاب أن: «تسمع بإذن خاص لأن الجهل ليس عذراً ظاهراً» نقلاً عن فتاوى دار الإفتاء المصرية، المفتي: عبد المجيد سليم، جمادى الآخرة ١٣٥٤ هجرية، رقم الفتوى: ١٠٦٨٤. وانظر: درر الحكام، علي حيدر، مرجع سابق في ٢٩٠، ٤/ ٣٠٨.

والحقيقة أن هذا الإشكال القضائي -في هذا العذر ونحوه- إشكال عملي، والواجب أن الصعوبات العملية يجب ألا تقود لتجاهل وإلغاء حقائق الأمور رأساً، أو إلى عدم اعتبار المعاني المؤثرة مطلقاً[1]. فكيف يقال -مثلاً- بأن مرور المدة على حق لأيتام خفي سببه ومصدره عليهم، كميراث لم يُعلم به ولم يقسم، قرينة على أحقية من حازه عليهم ولم يسلمه إليهم، بل ومقدمة على ما كل ما لديهم من أدلة.

فالواجب بدلاً من إلغاء اعتبار المعنى المؤثر بالكلية، الاجتهاد في وضع قواعد الإثبات التي تحفظ حقوق الأطراف وفق ما تقتضيه العدالة، فلا يُترك المدعي بلا وسيلة لإثبات حقه وتبيين موقفه وسبب سكوته، ولا يُترك له المجال للاحتيال على الظاهر وعلى قرينة مرور الزمن بكل سهولة وبمجرد الدعوى. ولهذا السبب، قد أحسن من قرر ترجيح الظاهر والغالب على الأصل إذا تعارضا في مثل هذه المسائل بالذات[2].

(١) وهذا أمر يعاب على كثير من الأنظمة المقارنة الحديثة للأسف، حيث تُعالج الإشكالات الإدارية، أو الشكلية، أو الإجرائية، بتغيرات موضوعية غير مبررة، ودون استنفاد كل الحلول غير الموضوعية الممكنة. بالتحديد، الواجب عدم تجاهل أسباب نشوء الحق، أو تعديله، أو نقله، أو انتهائه، لإشكالات في الإثبات يمكن التعامل معها من خلال إعادة تنظيم سبل الإثبات المعتبرة، أو إعادة النظر في قواعد تحميل التبعة في الإثبات.

(٢) للفقهاء في مسألة تعارض الأصل والظاهر تفصيل وأقوال، انظر: القاعدة التاسعة والخمسين بعد المائة من قواعد ابن رجب، تقرير القواعد وتحرير الفوائد، ابن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ)، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، بدون طبعة ولا تاريخ، ٣/ ١٦٢؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق في ٣٠٩، ١٢/ ١٩٤.

فبالنسبة للعلم بأصل الحق، فيحْمَلُ الشخص على الظاهر والغالب، حيث عِلْمُ الشخص بما له وبما يملك، وإن كان الأصل عدم العلم. وعليه، فإن ادعى جهله بحقه، حُمِّل عبء إثبات ذلك لمخالفته العرف والغالب. لكن متعددة تلك الأحوال والقرائن التي قد يزول معها ذلك الافتراض، فيتحول العبء عنه، ونرجع للأصل (عدم العلم). ومن أبرز القرائن التي تعيدنا للأصل، خفاء سبب الحق عموماً.

فمثلاً، لو كان سبب الحق تعامل خاص بين المورث وبائع، ولا شهود، والمدعي الوارث صغير غائب عن ذلك، لم يعلم بما اشتراه مورثه إلا من ورقة ظهرت لاحقاً من ورثة البائع، أو نحو ذلك، لوجب حمله على عدم العلم بالحق في تلك الحال، فيقبل ادعاؤه الجهل بيمينه إلا أن يُثبت المدعى عليه عكسه، لأن الأصل عدم العلم والظاهر لا يعارضه[1]. ومن الأصول

(١) جاء في تبصرة الحكام: «لا بد من العلم بشيئين وهما: العلم بأنه ملكه، والعلم بأنه يتصرف فيه، ولا يفيد العلم بأحدهما دون الآخر، لأنه إذا علم بالتصرف قد يقول ما علمت أنه ملكي، كما يقول الرجل الآن قد وجدت الوثيقة عند فلان فيقبل قوله ويحلف...» تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق في ٢٨٦، ٢/ ٩٩، ١٠١. وفي شرح الزرقاني: «...إن قال لا علم لي بأنه ملكي وما وجدت الوثيقة إلا عند فلان أو كان وارثًا وادعى أنه لم يعلم قبل قوله مع يمينه قاله في الوثائق المجموعة ويحتمل أن يدخل هذا في قول المصنف بلا مانع اهـ أي في مفهومه» شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي الزرقاني، مرجع سابق في ٢٧٠، ٧/ ٤١٥. مثل هذه النصوص تفيد أن ادعاء المدعي الجهل بالحق يقبل بيمينه فقط إذا ما اقترن ذلك بقرينة تؤيده، كثبوت أنه الآن فقط حصل على الوثيقة المخبرة عن الحق، أو أن حقه ثبت بسبب خفي عنه كميراث شيء مجهول عنه. أما قبول ادعاء المدعي الجهل بالحق بمجرد يمينه مطلقاً ففيه إشكال كبير، حيث سيفتح باب الاحتيال على التقادم كقرينة محايدة تقوي جانب =

المقررة عند كثير من الفقهاء أن التناقض في موضع الخفاء عفو لا يمنع صحة الدعوى[1]، فالسكوت الطويل على الحق تناقض في الظاهر، لكنه تناقض معفوٌّ عنه ولا يمنع من صحة الدعوى إذا كان الحق خفياً في ثبوته.

وبخصوص جهل المدعي بوقوع الاعتداء على حقه، فقد حمَّل كثير من الفقهاء المدعي عبء الإثبات إذا كان حاضراً في البلد، ورفعه عنه إذا كان غائباً -ولو قريباً-، جاء في البيان والتحصيل: «القريب محمول على غير العلم حتى يثبت عليه العلم، و... الحاضر محمول على العلم حتى يتبين أنه لم يعلم»[2]. وفي حاشية الصاوي: «...وأما لو كان حاضراً وهو غير عالم

= المدعى عليه حتى تفقد دورها الذي قرره الفقهاء القائلون بالتقادم، فإذا قُدم ادعاء المدعي بيمينه على التقادم، كان من الأولى تقديم شهادة الشهود الثقات عليها كذلك، وهذا ما لا يقولون به. وفي المسألة بعض تفصيل وأقوال، ينظر: مواهب الجليل، الحطاب، مرجع سابق في ٢٥٩، ٦/ ٢٢٣.

(١) جاء عند ابن مازه رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «...والتناقض فيما طريقه طريق الخفاء لا يمنع صحة الدعوى...» المحيط البرهاني في الفقه النعماني، برهان الدين بن مازه (ت ٦١٦هـ)، تحقيق: عبد الكريم سامي النجدي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ، ٧/ ٣٠. وفي الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام: «أن التناقض في موضع الخفاء لا يمنع صحة الدعوى» الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، محمد بن فرامرز بن علي المشهور بملا خسرو (٨٨٥هـ)، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة ولا تاريخ، ٢/ ٣٥٤. وفي الدر المختار للحصكفي أن: «الأصل أن التناقض (لا) يمنع دعوى ما يخفى سببه...» وأن: «التناقض في موضع الخفاء عفو...» الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، علاء الدين الحصكفي (ت ١٠٨٨هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ، ٤٣٥، ٥٢٤.

(٢) البيان والتحصيل، أبو الوليد ابن رشد الجد، مرجع سابق في ٢٥٩، ١١/ ١٨٠.

فله القيام إذا أثبت عدم علمه»[1]. والذي يظهر أنهم حملوا الحاضر عبء الإثبات لأن الظاهر والغالب علمه، ورفعوا العبء عن الغائب لأن الأصل عدم العلم والظاهر لا يعارضه.

(١) بلغة السالك، أحمد الصاوي، مرجع سابق في ٢٩١، ٢/ ٣٢٠. والمسألة فيها تفصيل وأقوال، ينظر: مواهب الجليل، الحطاب، مرجع سابق في ٢٥٩، ٦/ ٢٢٢-٢٢٣؛ تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق في ٢٨٦، ٢/ ٩٩، ١٠٩؛ المختصر الفقهي، محمد بن محمد ابن عرفة (ت ٨٠٣هـ)، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف الحبتور الخيرية، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ، ٩/ ٥٢٠؛ البهجة في شرح التحفة، التسولي، مرجع سابق في ٢٧٧، ٢/ ٤١٩؛ شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي الزرقاني، مرجع سابق في ٢٧٠، ٧/ ٤١٣.

الخاتمة

النتائج:

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

١. يُقصد بتقادم الحقوق المالية كمصطلح عام: مرور زمن طويل على موعد استحقاق الحق المالي المدعى، بينما هو كنظرية فقهية خاصة عند المالكية -ومن تبعهم-: قرينة براءة مقدمة بكون موعد استحقاق الحق المدعى غير المقر به قد مر عليه زمن طويل دون مطالبة بلا عذر.

٢. يُقصد بعوارض التقادم: تصرفات أو ظروف أو أوصاف تفسد قدرة الزمن على أن يكون قرينة براءة للمدعى عليه مقدمة. وهي لا تخرج عن ثلاثة أمور: مطالبة المدعي، وإقرار المدعى عليه، وعذر المدعي بالسكوت.

٣. حتى تكون المطالبة معتبرة فلا بد أن تأتي أثناء المدة، وتكون جادة، وثابتة بطريق لا يخشى تحيزه. وقد وضع بعض الفقهاء شرط أن تكون قضائية كضابط لتحقق الثبوت والجدية، وتبنى نظام المعاملات المدنية ذلك الضابط.

٤. مطالبة المدعي المعتبرة فيها إبطال لدلالة ما مضى من الزمن عند الفقهاء، فبها يبدأ احتساب المدة من جديد، وقد تبنى المنظم في نظام المعاملات المدنية ذلك الأثر وأسماه بالانقطاع.

٥. حتى يكون الإقرار معتبراً فلا بد أن يكون ثابتاً بوسيلة لا يُخشى على حيادها، وقد وضع بعض الفقهاء شرط أن يكون قضائياً أو موثقاً

بسند كضابط لتحقق الثبوت، أما نظام المعاملات المدنية فسكت عن ذلك، فيُكتفى بما جاء في نظام الإثبات من ضوابط.

٦. إقرار المدعى عليه المعتبر فيه إبطال لدلالة ما مضى من الزمن، فبه يبدأ احتساب المدة من جديد، وقد تبنى المنظم في نظام المعاملات المدنية ذلك الأثر له.

٧. يُقصد بالعذر كعارض من عوارض التقادم: كل تصرف أو ظرف أو وصف حجة للمدعي في عدم مبادرته بالمطالبة بالحق الذي يدعيه.

٨. العذر أعم من المانع، فالمانع كل ظرف أو وصف يحول دون المدعي والمطالبة بالحق المدعى، والحجج أوسع من ذلك، فما الموانع إلا صنف من أصناف العذر.

٩. عدد الفقهاء عوامل متعددة كأعذار مقبولة للمدعي في مرور الزمن، من أبرزها انعدام الأهلية أو نقصها، والغيبة والحبس، والإكراه، والعلاقة أو التعامل أو الصفة الخاصة المفسرة لمرور الزمن، وإعسار المدعى عليه، والجهل بالحق أو بوقوع الاعتداء عليه، ونحوها.

١٠. نصوص الفقهاء بالمجمل فيها تأكيد على نسبية دلالة مرور الزمان كقرينة، وفي نفس الوقت تأكيد على نسبية قدرة الظرف المعتبر على التأثير على مرور الزمن كقرينة. وهذه النسبية تقتضي إمكانية بقاء مرور الزمن قرينة بسيطة حتى مع وجود الظرف المعتبر. وتستلزم كذلك تقديم الاهتمام بالمعاني والاعتبارات المؤثرة وضبطها على مجرد الاهتمام برصد التطبيقات

التي ذكرها الفقهاء في كتبهم والتي تختلف في معانيها ودلالاتها من بيئة إلى بيئة، ومن زمان إلى زمان.

١١. من استقراء الظروف والأوصاف التي ذكرها الفقهاء كأعذار معتبرة للمدعي، نخرج بالضابط التالي للعذر المعتبر: لا يعد الوصف أو الظرف عذراً معتبراً إلا إذا كان تنتفي معه أهلية أداء المدعي أو تنقص (كالجنون والصغر)، أو يشهد العرف معه بأن عدم مبادرة المدعي بالمطالبة أمر مألوف (كوجود قرابة يشهد العرف معها بذلك)، أو يأتي بمعنى يصرف مرور الزمن عن دلالته المعتادة على البراءة (كأن يثبت أن المدعي لم يعلم بحقه لخفاء سبب ونحوه)، أو يجعل مطالبة المدعي غير متصورة منه أو متعذرة عليه (كحبس لا منفذ معه على المطالبة)، أو غير مجدية له (كما لو كان المدعى عليه هارباً ولا منفذ عليه ولا على أمواله)، أو تجر لمشقة غير معتادة عليه أو يخشى لمبرر أن تجر لذلك (ككون المدعي خارج حدود الدولة ولا منفذ متيسر له على المطالبة).

١٢. الضابط العام للعذر المعتبر في نظام المعاملات المدنية هو تعذر المطالبة بالحق، ومن غير المناسب الاستغناء بمصطلح المانع عن مصطلح العذر، أو جعل التعذر أو المنع أو الحيلولة ضابطاً عاماً للعذر المعتبر لأن الحيلولة دون المطالبة ليست معنى جامعاً للحجج والمعاني المؤثرة في دلالة الزمن. وإضافة مصطلح المانع الأدبي لن يحل الإشكال، فهو إن أُخذ على الحقيقة فلن يضيف لمصطلح المانع شيئاً، وإن أخذ على المجاز فتح باباً

للإشكالات التفسيرية، وأهم من ذلك أنه لن يشمل كثيراً من بقية المعاني المؤثرة والمذكورة آنفاً.

١٣. العذر المعتبر عند الفقهاء يستلزم فقط تنزيل المدة التي طرأ فيها العذر من مجمل المدة، فتضم المدة السابقة لوجود العذر مع المدة اللاحقة لزواله، وقد تبنى نظام المعاملات المدنية ذلك الأثر وأسماه بتوقف السريان.

١٤. الأصل عدم وجود العارض، من مطالبة أو إقرار أو عذر، فعبء إثباته يقع على من يدعي وجوده لأنه خلاف الأصل.

١٥. إذا خالف الغالب والظاهر الأصل، فدل الظاهر على وجود العارض، فعبء الإثبات يتحول إلى من يدعي عدم وجود العذر لأنه خلاف الظاهر والغالب. فبالنسبة للعلم بأصل الحق، يُحَمَّل المدعي عبء إثبات الجهل لأنه يدعي خلاف الظاهر والغالب حيث عِلْمُه بما له وبما يملك. أما بخصوص جهل المدعي بوقوع الاعتداء على حقه، فيحمَّل المدعي عبء الإثبات إذا كان حاضراً في البلد لأنه يدعي خلاف الظاهر والغالب، ويُرفع عنه إذا كان غائباً لأن الأصل عدم العلم والظاهر لا يعارضه.

التوصيات:

أما أبرز ما أوصي به من توصيات بناءً على ما وصل له هذا البحث من نتائج، فما يلي:

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

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

١٧. نُوصي القضاة بالحرص على عدم التوقف على التطبيقات التي ذكرها الفقهاء من الأعذار المقبولة، فهي لم تذكر على سبيل الحصر أو التأبيد، بل بالاعتماد على الاعتبارات المؤثرة والضوابط الذي تحكم المسألة، ولن يتأتى ذلك إلا بالفهم العميق لأساس ونطاق نظرية التقادم.

١٨. نُوصي المنظم بعدم تضييق مسألة الأعذار وتسطيحها بالنص على ظروف محددة لا يمكن أن تكون جامعة ولا مانعة ولا ثابتة المعاني في مختلف الأحوال والبيئات والأزمان. وفي نفس الوقت، نُوصي بألا تُترك مسألة تحديد العذر المعتبر عائمة، غير محددة المنطلقات والاعتبارات، فيكون التباين في الاجتهاد فيها واسعاً بشكل غير مبرر، ولا يتحقق معه المراد. إنما الواجب أن يُعنى المنظم بوضع الضوابط الجامعة والدقيقة التي تعبر عن المعاني المؤثرة وتتوافق مع مقتضيات العدالة وأصولها، ثم يفعِّلُ القضاء بدرجاته المختلفة دوره في استقرار تفسيرها، والتطبيقات التي تدخل فيها.

١٩. بالنسبة لضوابط عوارض التقادم، نُوصي المنظم أن يتبنى من الضوابط التي تم استقراؤها في هذا البحث ما يراه مناسباً، ولعل الصيغة التالية تكون أرضية مبدئية لصيغة أسلم وأدق:

أ. تنزل من مدة التقادم المدة التي قام فيها عذر معتبر للمدعي.

ب. لا يعد الوصف أو الظرف عذراً معتبراً إلا إذا كان تنتفي معه أهلية أداء المدعي أو تنقص، أو يشهد العرف معه بأن عدم مبادرة المدعي بالمطالبة أمر مألوف، أو يأتي بمعنى يصرف مرور الزمن عن دلالته المعتادة إلى البراءة، أو يجعل مطالبة المدعي غير متصورة منه أو متعذرة عليه، أو غير مجدية له، أو تجر لمشقة غير معتادة عليه أو يخشى لمبرر أن تجر لذلك.

ج. تنقطع مدة التقادم بأي إجراء رسمي يقوم به المدعي أثناء سريان مدة التقادم للتمسك بالحق المدعى، وتبدأ مدة التقادم من جديد بمجرد انتهاء ما يترتب على ذلك الإجراء الرسمي من أعمال.

د. تنقطع مدة التقادم بإقرار المدعى عليه بالحق المدعى، وتبدأ مدة التقادم من جديد من قيام الإقرار.

هـ. عدم اعتبار مرور الزمان قرينة مقدمة لوجود عارض معتبر نظاماً لا يستلزم استبعاده من الاعتبار مطلقاً، فللمحكمة أن تقدر إبقاءه كقرينة بسيطة، على أن تبين في حكمها أسباب اعتباره.

٢٠. بالنسبة لقواعد إثبات عوارض التقادم، فأوصي أن يُبنى على الصيغة التالية صيغة أسلم وأدق:

أ. على من يدعي قيام عارض من عوارض التقادم، من مطالبة أو إقرار أو عذر، إثبات ذلك بما لا يخشى على حياده من إقرار، أو محرر كتابي، أو دليل رقمي، أو قرينة، أو تواتر، لا شهادة.

ب. ينتقل عبء الإثبات إلى من ينفي قيام العذر إذا دل الظاهر أو الغالب على وجوده.

هذا وأحمد الله على التمام، فما كان من صواب فمنه لا سواه، وما كان من خطأ فمن نفسي والشيطان، وأصلي وأسلم على السراج المنير نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

فهرس أبرز المراجع والمصادر

١. **أحكام التقادم في الشريعة الإسلامية**، صلاح عودة أحمد حشيش، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، ١٤١٢هـ.

٢. **أحكام التقادم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، النور إدريس آدم، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، ٢٠٠٦م.

٣. **أحكام التقادم في الفقه الإسلامي**، محمد أحمد حسن إبراهيم، رسالة لنيل الدكتوراه، جامعة القاهرة، كلية العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، ١٤٢٥هـ.

٤. **أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه**، عبد الحميد الشواربي، أسامة عثمان، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦م.

٥. **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ابن القيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.

٦. **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام**، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي «ميارة» (ت ١٠٧٢هـ)، دار المعرفة.

٧. **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، ابن نجيم المصري (ت ٩٧٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.

٨. **البهجة في شرح التحفة**، أبو الحسن التسولي (ت ١٢٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

٩. **البيان والتحصيل**، أبو الوليد ابن رشد الجد (ت ٥٢٠هـ)، تحقيق: د. محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.

١٠. **التاج والإكليل لمختصر خليل**، محمد بن يوسف المواق (ت ٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.

١١. **التعريفات**، الشريف الجرجاني (ت ٨١٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢٤هـ.

١٢. **التقادم المانع من سماع الدعوى بين الشريعة والقانون الوضعي**، د. زكية محمد عبد الرحيم أحمد حواس، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، العدد الثامن والثمانون، الإصدار الأول، ٢٠٢٣م.

١٣. **التقادم المسقط للحقوق والدعاوى بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية**، محمد أحمد محمد برسيم، دراسة مقارنة، بدون ناشر، ١٤٢٤هـ.

١٤. **التقادم وإسقاطه للحقوق**، حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٩م.

١٥. **التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع**، علاء الدين المرداوي (ت ٨٨٥هـ)، تحقيق: ناصر بن سعود السلامة، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

١٦. **الجامع لمسائل المدونة**، ابن يونس الصقلي (ت ٤٥١هـ)، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ.

١٧. **الحاوي الكبير**، أبو الحسن الماوردي (ت ٤٥٠هـ)، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

١٨. **الحق بين البقاء الدائم والسقوط بالتقادم**، السيد عبد الصمد محمد يوسف، مكتبة الوفاء القانونية، ١٤٣٣هـ.

١٩. **الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي**، د. محمد عبد الجواد محمد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٣٩٧هـ.

٢٠. **الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي**، د. عبد اللطيف بن عبد العزيز آل الشيخ، الدار العربية للموسوعات، ١٤٣٢هـ.

٢١. **الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار**، علاء الدين الحصكفي (ت ١٠٨٨هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.

٢٢. **الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام**، محمد بن فرامرز بن علي المشهور بملا خسرو (ت ٨٨٥هـ)، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة ولا تاريخ.

٢٣. **الدرر السنية في الأجوبة النجدية**، جمع عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الطبعة السادسة، ١٤١٧هـ.

٢٤. **الدفع بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى -دراسة مقارنة-**، د. أجياد ثامر نايف الدليمي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (٢١)، العدد (٧٣)، ٢٠٢٠م.

٢٥. **الذخيرة**، شهاب الدين القرافي (ت ٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

٢٦. **الرعاية في الفقه (الرعاية الصغرى)**، نجم الدين ابن حمدان (ت ٦٩٥هـ)، تحقيق: د. علي بن عبد الله بن حمدان الشهري.

٢٧. **الصحاح: تاج اللغة وصحاح العربية**، إسماعيل بن حماد الجوهري (ت ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ.

٢٨. **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، دار عطاءات العلم، الرياض، الطبعة الرابعة، ١٤٤٠هـ.

٢٩. **العقد المنظم للحكام**، ابن سلمون الكناني (ت ٧١٤هـ)، تحقيق: محمد عبد الرحمن الشاغول، دار الآفاق العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ.

٣٠. **العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية**، ابن عابدين الدمشقي (١٢٥٢هـ)، دار المعرفة، بدون طبعة ولا تاريخ.

٣١. **العين**، الخليل بن أحمد الفراهيدي (ت ١٧٥هـ)، تحقيق: د. مهدي المخزومي ود. إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.

٣٢. **الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)**، شهاب الدين القرافي (ت ٦٨٤هـ)، عالم الكتب، بدون طبعة ولا تاريخ.

٣٣. **المحكم والمحيط الأعظم**، ابن سيده (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

٣٤. **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، برهان الدين بن مازه (ت ٦١٦هـ)، تحقيق: عبد الكريم سامي النجدي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

٣٥. **المختصر الفقهي**، محمد بن محمد ابن عرفة (ت ٨٠٣هـ)، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف الحبتور الخيرية، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ.

٣٦. **المدخل الفقهي العام**، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٢٥هـ.

٣٧. **المدونة**، الإمام مالك بن أنس (ت ١٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

٣٨. **المعونة على مذهب عالم المدينة**، القاضي عبد الوهاب (ت ٤٢٢هـ)، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية-مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، بدون طبعة.

٣٩. **الموسوعة الفقهية الكويتية**، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الأجزاء ١ - ٢٣: الطبعة الثانية، ذات السلاسل - الكويت/ الأجزاء ٢٤ - ٣٨: الطبعة الأولى، إعادة طبع مطابع دار الصفوة - مصر/ الأجزاء ٣٩ - ٤٥: الطبعة الثانية، طبع الوزارة، ١٤٠٤ - ١٤٢٧هـ.

٤٠. **النتف في الفتاوى**، أبو الحسن السغدي (ت ٤٦١هـ)، تحقيق: د. صلاح الدين الناهي، دار الفرقان-عمان/ مؤسسة الرسالة-بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ.

٤١. **النظرية العامة لمرور الزمان المانع من سماع الدعوى في القانون المدني الأردني**، فداء يحيى عبد الجواد، رسالة ماجستير مقارنة، الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٥م.

٤٢. **النظرية العامة للتقادم في الفقه الإسلامي**، محمد سعود المعيني، دراسة مقارنة، مطبعة العاني، بغداد، ١٤٠٩هـ.

٤٣. **النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات**، ابن أبي زيد القيرواني (ت ٣٨٦هـ)، تحقيق: محمد عبد العزيز الدباغ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.

٤٤. **النوازل الصغرى (المنح السامية)**، أبي عيسى الوزاني (ت ١٣٤٢هـ)، تحقيق: محمد السيد عثمان، دار الكتب العلمية، بيروت.

٤٥. **بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)**، أحمد الصاوي (ت ١٢٤١هـ)، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧٢هـ.

٤٦. **تاج العروس من جواهر القاموس**، مرتضى الزبيدي (ت ١٢٠٥هـ)، تحقيق: عبد الكريم العزباوي، مطبعة حكومة الكويت، ١٣٩٣هـ.

٤٧. **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام**، برهان الدين ابن فرحون (ت ٧٩٩هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.

٤٨. **تقرير القواعد وتحرير الفوائد**، ابن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ)، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، بدون طبعة ولا تاريخ.

٤٩. **جامع العلوم والحكم**، ابن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وإبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثامنة، ١٤١٩هـ.

٥٠. **جامع الأمهات**، جمال الدين ابن الحاجب (ت ٦٤٦هـ)، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري، اليمامة، دمشق-بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٥١. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، محمد بن أحمد الدسوقي (ت ١٢٣٠هـ)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

٥٢. **حاشية الرهوني على شرح الزرقاني**، محمد بن أحمد الرهوني (ت ١٢٣٠هـ)، المطبعة الأميرية، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٠٦هـ.

٥٣. **حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب**، عبد الله بن حجازي الشرقاوي (ت ١٢٢٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.

٥٤. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، علي حيدر (ت ١٣٥٣هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ.

٥٥. **رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)**، ابن عابدين الدمشقي (١٢٥٢هـ)، دار عالم الكتب، الرياض.

٥٦. **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، عبد الباقي الزرقاني (ت ١٠٩٩هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٥٧. **شرح المجلة**، سليم رستم باز، المطبعة الأدبية، بيروت، طبعة ثالثة، ١٩٢٣م.

٥٨. **شرح مجلة الأحكام العدلية**، محمد سعيد المحاسني، مطبعة الترقي، دمشق، ١٣٤٦هـ.

٥٩. **شرح مختصر خليل**، الخرشي (ت ١١٠١هـ)، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة ولا تاريخ.

٦٠. **لسان العرب**، ابن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.

٦١. **لوامع الدرر في هتك أستار المختصر**، محمد بن محمد المجلسي الشنقيطي (ت ١٣٠٢هـ)، دار الرضوان، نواكشوط، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ.

٦٢. **مجلة الأحكام العدلية**، تحقيق: نجيب هواويني، نور محمد كارخانه تجارت كتب، كراتشي.

٦٣. **مختصر خليل**، خليل بن إسحاق (ت ٧٧٦هـ)، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ.

٦٤. **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**، محمد قدري باشا (ت ١٣٠٦هـ)، تحقيق: محمد براك الفوزان، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ.

٦٥. **مسائل أبي الوليد ابن رشد**، ابن رشد الجد (ت ٥٢٠هـ)، تحقيق: محمد الحبيب التجكاني، دار الجيل/ دار الآفاق الجديدة، بيروت/ المغرب، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ.

٦٦. **معجم اللغة العربية المعاصرة**، د. أحمد مختار عمر (ت ١٤٢٤هـ)، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.

٦٧. **منح الجليل شرح مختصر خليل**، محمد بن أحمد عليش (ت ١٢٩٩هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ.

٦٨. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، الحطاب الرعيني (ت ٩٥٤هـ)، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.

٦٩. **نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم بين الشريعة والقانون**، د. حامد محمد عبد الرحمن، رسالة لنيل الدكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، ١٣٩٦هـ.

أبرز الأنظمة:

٧٠. **القانون المدني العراقي**، رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م.

٧١. **القانون المدني المصري**، رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م.

٧٢. **نظام الإثبات**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٤٣)، وبتاريخ ٢٦/ ٥/ ١٤٤٣هـ.

٧٣. **نظام العمل**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥١)، وبتاريخ ٢٣/ ٨/ ١٤٢٦هـ.

٧٤. **نظام المحاكم التجارية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٩٣)، وبتاريخ ١٥/ ٨/ ١٤٤١هـ.

٧٥. **نظام المعاملات المدنية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩١)، وبتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٤٤٤هـ.

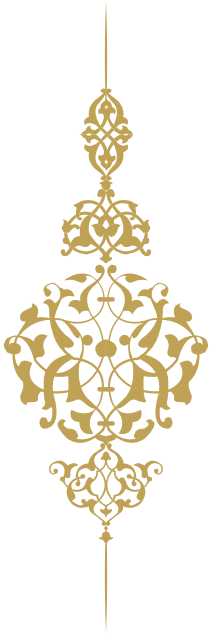
٧٦. **وثيقة الكويت للنظام المدني الموحد لدول مجلس التعاون**، الموافق عليه من المجلس الأعلى في دورته الثامنة عشرة في دولة الكويت، بتاريخ ٢٢ ديسمبر ١٩٩٧م.

أبرز المنافذ الإلكترونية:

٧٧. **المكتبة الشاملة**: https://shamela.ws

٧٨. **تراث**: https://app.turath.io

٧٩. **المركز الوطني للوثائق والمحفوظات**: https://ncar.gov.sa



قياس أثر التشريعات
في المملكة العربية السعودية
إطار تنظيمي مقترح لتقييم الأثر التشريعي

د. راكان بن فهد الحربي

أستاذ القانون المساعد

جامعة الملك فهد للبترول والمعادن

rakanalharbi@kfupm.edu.sa

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على نبيه الأمين، وآله وصحبه أجمعين، وبعد..

فإن التشريع هو أداة المنظم -دولًا وحكومات- لتحقيق أهدافه من إرساء العدالة بين الأفراد، بإقرار الحقوق، ومعرفة الواجبات، وحفظ استقرار المجتمع.

ولا بد لمعرفة تأثير التشريعات في حل المشكلات، وتحقيق مقاصد المنظم، من قياس أثر تلك التشريعات، وتقييم ذلك الأثر التشريعي إنما يكون بعدة طرق، وبوضع مؤشرات لقياس درجة تأثير التشريعات، وتقييمها، حتى يمكن معرفة المزايا والتكاليف لآثار التشريع المحتملة بشكل دقيق.

وتلعب دراسات تقييم الأثر عمومًا، والأثر التشريعي خصوصًا، دورًا بارزًا في إعطاء التصور المناسب لصاحب القرار في اتخاذ ما يراه مناسبًا من تعديل أو حذف وإلغاء لبعض المواد القانونية النظامية، أو إصدار لوائح مكملة لتلك التشريعات والأنظمة الصادرة.

ومما تجدر الإشارة إليه أن معظم الدول قد اتجهت لوضع منهجيات علمية واضحة المعالم للتقييم السابق للتشريعات، والتقييم اللاحق لصدور التشريعات للتأكد من تحقيق الأهداف المنشودة من إصدار تلك التشريعات، وتلبية التشريعات لاحتياجات الدولة، وتحقيق العدالة[1].

(١) على المستوى الدولي هناك العديد من النماذج العالمية الرائدة في وضع المنهجيات والأدلة الإجرائية لعملية تقييم الأثر التشريعي كالمملكة المتحدة وكندا.

=

وفي سبيل تطوير المنظومة التشريعية للمملكة العربية السعودية، وفق رؤية المملكة الطموحة نحو غد مشرق بحلول ٢٠٣٠، وفي سبيل تعزيز كفاءة التشريعات، وتقديم الحلول، وتقديم صورة واضحة تعكس التقييم الحقيقي والواقعي للتشريعات، وانطلاقًا من فكرة تطوير التشريعات وإصدار الأنظمة، كان لا بد من دراسة الأثر التشريعي ببيان أهميته، ودوره الفعال في تطوير المنظومة التشريعية، كركيزة أساسية، وضمانة من ضمانات فاعلية تلك الأنظمة وتحقيق أهداف المنظم من إصدارها، وفق قواعد علمية منهجية، ودراسة أفضل الممارسات العالمية في هذا الصدد التي تتناسب مع واقع المملكة وظروفها وتطلعاتها المستقبلية.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

يأتي هذا البحث في هذا التوقيت تزامنًا مع التطور والطفرة التي تحياها المملكة، والنهضة القانونية الحاصلة في المملكة في ظل إصدار عدة أنظمة جديدة تواكب التطور الاقتصادي والاجتماعي في المجتمع، ووضع

=

(Regulatory Impact Assessment: Guidance for Government issued by Department of Business, Innovation & Skills in 2014 - Impact Assessment Act (IAA) that issued by Impact Assessment Agency of Canada in 2019)

وعلى المستوى العربي هناك بعض النماذج المتميزة في هذا المجال ومنها: الدليل الإرشادي لسياسة تقييم الأثر، الصادر عن رئاسة الوزراء بدولة الأردن سنة ٢٠٢٢م، دليل تقييم الأثر التنظيمي للتشريعات والتدخلات الحكومية الخاص بدولة فلسطين، سنة ٢٠١٧م. الدليل الإجرائي لدراسة تقييم الأثر في مصر، في أغسطس سنة ٢٠١١م.

معايير وضوابط لقياس جودة تلك التشريعات، وتقييمها، ومحاولة علاج الإشكاليات المتعلقة بها.

وهناك عدة أسباب دعتني إلى اختيار هذا الموضوع؛ لعل أهمها:

- حداثة الموضوع وكونه من الأمور القانونية المستجدة.

- ندرة البحوث العلمية التي تناولت دراسة قياس جودة التشريعات وتقييم الأثر التشريعي عمومًا، وفي المكتبة السعودية على سبيل الخصوص.

- بيان أهمية التقييم اللاحق، وأثره في تطوير المنظومة التشريعية، والقانونية.

- عدم وجود منهجية لتقييم الأثر في المملكة حتى الآن.

- مناقشة الإشكاليات المتعلقة بتقييم الأثر التشريعي اللاحق، وما يمكن أن يعترضه عند التطبيق في المملكة العربية السعودية.

- بيان المناهج العالمية المعتمدة في تقييم التشريعات، وبيان ما يتناسب مع المملكة بخصوصيتها التشريعية والإقليمية، وتقديم أفضل الممارسات المناسبة للواقع.

مشكلة البحث:

مشكلة البحث الرئيسة التي يحاول إبرازها: عدم وجود منهجية علمية صحيحة واضحة المعالم لدراسة تقييم الأثر اللاحق للتشريعات في المملكة العربية السعودية، ووجود فجوة بحثية في هذا الموضوع، مما يسبب إشكالية في تطوير المنظومة التشريعية في المملكة، بما يتناسب مع التوجه التشريعي العام في المملكة.

ومن ثم إيجاد حلول عملية منهجية لهذه المشكلة من خلال اقترح إطار تنظيمي لعملية تقييم الأثر التشريعي اللاحق.

تساؤلات البحث:

يحاول البحث الإجابة على مجموعة من الأسئلة التي تفترضها طبيعته، ومن أهمها:

١. ما هي أهمية التقييم اللاحق للتشريع، ودوره في تطوير المنظومة التشريعية؟

٢. ما مدى مساهمة التقييم اللاحق في تعزيز جودة التشريعات، وضمانة فاعليتها في المملكة العربية السعودية؟

٣. ما هي أبرز العوائق والتحديات التي تواجه عملية تقييم الأثر التشريعي؟

٤. ما هي أبرز المناهج العلمية، والممارسات الفعالة في التقييم اللاحق للتشريع؟

٥. ماهي أهم الحلول والوسائل التي تساعد في تطوير التقييم التشريعي اللاحق وفق افضل الممارسات العالمية؟

حدود البحث:

ستكون حدود البحث عن التقييم اللاحق للتشريعات، وأثره في تطوير المنظومة التشريعية، وإنجاح التشريعات المحلية من خلال عدة طرق، تختلف باختلاف منهجية التقييم، وأدواته، ومجموعة من المؤشرات تهدف لتقييم واقعي وفعال لقياس جود التشريعات بعد صدورها، وحل

الإشكالات السابقة، ومواجهة التحديات القائمة، من خلال ميزان معتدل لقياس سلبيات وإيجابيات التشريعات، وفق منهج علمي يتكئ على الواقع الملموس، لا على الافتراض والتقدير.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق ما يلي:

١. بيان أهمية التقييم اللاحق للتشريع وتوضيح أهم التجارب العالمية في قياس أثر التشريعات.

٢. دراسة الأثر التشريعي للتقييم اللاحق في المملكة العربية السعودية.

٣. بيان أهم التحديات التي تواجه المملكة فيما يتعلق بعملية تقييم وقياس الأثر التشريعي.

٤. توضيح خارطة الطريق نحو تطوير قياس جودة التشريعات في المملكة، بوضع منهجية خاصة تسهم في رفع كفاءة التشريعات السعودية.

٥. تقديم التوصيات المناسبة بعد الاطلاع على التجارب العالمية والعربية والإقليمية في مجال دراسات تقييم الأثر، والاستفادة من تلك التجارب في تعزيز تجربة المملكة في مجال دراسات تقييم الأثر التشريعي.

٦. بيان الآثار الإيجابية المتوقعة للتقييم اللاحق للتشريعات، وفق الإطار التنظيمي المقترح، وأثره في تطوير المحرجات التشريعية بالمملكة.

منهجية البحث:

سألتزم في بحثي هذا الجدية في العمل، والجدة في الطرح، مستندًا للمنهج الاستقرائي التتبعي التحليلي، بقراءة مناهج التقييم اللاحق، وتحليلها ببيان مزايا وعيوب كل منهج، وبيان المنهج الأمثل المناسب للمملكة من حيث تكوينها القانوني والاقتصادي، وتوجهها، وذلك كله وفق منهج علمي رصين قائم على: عزو الأقوال لمصادرها الأصيلة، فما كان بنصه أضعه بين علامتي تنصيص هكذا: «...»، وما كان بمعناه أضعه بدون تنصيص، معبرًا عن ذلك في الحاشية بكلمة: يُنظر؛ إشارة لكونه منقولًا بمعناه، أو بتغيير بسيط فيه من حذف أو اختصار يناسب البحث.

مع الاعتماد على المصادر والمراجع المنشورة والمطبوعة سواء كانت باللغة العربية أو اللغات الأجنبية، كتلك الصادرة من المنظمات الدولية كالبنك الدولي ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، كما سأعتمد على بعض المقالات أو الأبحاث العلمية المهمة والجادة الموجودة على الشبكة العنكبوتية، خاصة المصادر الأجنبية؛ لندرة ما كتب في الموضوع باللغة العربية من أبحاث ودراسات علمية، مشيرًا للموقع الذي استندت إليه في الحاشية.

الدراسات السابقة:

لا يزال موضوع تقييم التشريعات عمومًا، والتقييم اللاحق للتشريعات على المستوى العربي على وجه الخصوص يعاني من قلة البحوث والدراسات التي تناولته بالبحث تنظيرًا، وتطبيقًا، ولعل أبرزها ما يلي:

أ. التقارير الصادرة من المنظمات الدولية:

نظرًا لما لتقييم أثر التشريع من أهمية في ضمان جودة التشريعات، فقد اهتمت المنظمات الدولية -كمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) ومنظمة البنك الدولي (The World Bank)- بموضوع تقييم وتحليل الأثر التشريعي، وذلك من خلال إصدار بعض الإرشادات والأدلة الاسترشادية التي توضح أهم المبادئ العامة لعملية التقييم، والتحديات التي تواجه عمليات استخدام وتطبيق تقييم الأثر. كما أوضحت المنهجيات العلمية سلسلة إجراءات وخطوات تقييم الأثر التشريعي بهدف الوصول إلى جودة تشريع يحقق مستهدفاته المنشودة[1].

ب. البحوث القانونية باللغة الإنجليزية التي تناولت الموضوع:

وذلك من خلال تقديم دراسات مقارنة حول عملية التقييم اللاحق أو بيان لأثر التقييم اللاحق على تشريع أو إجراء معين ودورها في تطوير الصياغة التشريعية على المستوى المحلي أو الدولي[2].

(1) OECD (2020), Regulatory Impact Assessment, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, Paris; OECD (2005) RIA in OECD Countries and Challenges for Developing Countries; The World Bank Group (2019), Global Indicators of Regulatory Governance: Worldwide Practices of Regulatory Impact Assessments.

(2) Renda, A. (2011), Law and Economics in the RIA World: Improving the use of economic analysis in public policy and legislation; Naundorf, Stephan, and Claudio M. Radaelli. "Regulatory evaluation ex ante and ex post: Best practice, guidance and methods." Legislation in Europe. A comprehensive guide for scholars and practitioners (2017): 187-214; Drinóczi, T. (2016). Ex Post Assessment of Legislation in a Comparative Context: CEE and Balkan.; Elena Argentesi and others, Merger Policy in Digital Markets: An Ex Post Assessment, Journal of Competition Law & Economics, Volume 17, Issue 1, March 2021, 95 -140.

ج. الدراسات والأبحاث باللغة العربية:

١. **دور دراسات تقييم الأثر التشريعي في تعزيز فاعلية وكفاءة الأنظمة السعودية – أنظمة مكافحة الإرهاب الإلكتروني أنموذجًا**، د. عبد العزيز بن صالح العبود، بحث منشور ضمن فاعليات المؤتمر الدولي لمكافحة الإرهاب الإلكتروني ٢٠٢٢م، المنعقد في رحاب الجامعة الإسلامية.

وقد اقتصر الباحث في بحثه على تناول تقييم الأثر التشريعي بشكل عام وتطبيقه على نظام مكافحة الإرهاب والإرهاب الإلكتروني؛ لأهميته وكونه يتعلق بأنظمة الأمن الحيوية، وتحقيق الأمن والأمان، وكذلك لتوافقه مع المؤتمر وموضوعه.

٢. **نظام تقييم الأثر كآلية حديثة لضبط الإنتاج التشريعي في الجزائر**، من إعداد الباحث مختار دويني، بحث منشور بمجلة الحوار المتوسطي، المجلد (١٣)، العدد (١)، مارس ٢٠٢٢م.

وقد تعرض الباحث في بحثه لمفهوم تقييم أثر التشريع، وأنواع نظم تقييم أثر التشريع، وآليات تطبيق نظام تقييم أثر التشريع، والمنهجيات المتبعة في دراسة أثر التشريعات في النظام التشريعي الجزائري.

٣. **منهجية قياس أثر التشريعات بين الممارسات والخبرات الدولية ومتطلبات التطبيق في الدول العربية**، د. كريم سيد عبد الرزاق، بحث منشور بالمجلة العلمية لكلية الدراسات الاقتصادية والعلوم السياسية جامعة الإسكندرية، المجلد (٣)، العدد (٦)، يوليو ٢٠١٨م.

وقد تطرق الباحث لأهم الممارسات الدولية في هذا المجال، وقد قسم الباحث بحثه لتناول ثلاثة محاور أساسية: الأول: الإطار النظري لمنهجية قياس أثر التشريعات. الثاني: أشكال وهيكل منهجية قياس أثر التشريعات. الثالث: أدوات وآليات تطبيق منهجية قياس أثر التشريعات، دراسة مقارنة في ضوء الممارسات الدولية.

والفرق بين بحثي وهذه الدراسات الثلاث، أن بحثي تناول تقييم أثر التشريعات في المملكة العربية السعودية، ووضع التطور التاريخي الخاص بممارسات تقييم أثر التشريعات في المملكة، واقتراح إطار تنظيمي لتقييم الأثر اللاحق للتشريعات تناسب وضع المملكة ووفق أفضل الممارسات لتطبيق قياس الأثر التشريعي.

بينما تناول البحث الأول دراسة تقييم أثر التشريعات من منظور خاص، وهو نظام مكافحة الإرهاب والإرهاب الإلكتروني فقط، كما تناول البحث الثاني تقييم الأثر كآلية حديثة لضبط الإنتاج التشريعي في الجزائر، بينما تناول البحث الثالث دراسة دولية تأصيلية مقارنة لتقييم الأثر التشريعي، لا تختص بدولة معينة، أو بنظام معين.

كما أن هناك عدة نماذج وأدلة لتقييم الأثر التشريعي، منها:

١. تقييم الأثر التنظيمي بدولة الأردن، الصادر عن رئاسة الوزراء، سنة ٢٠٢٢م.

٢. دليل تقييم الأثر التنظيمي للتشريعات والتدخلات الحكومية بدولة فلسطين، الصادر عن معهد الحقوق بجامعة بيرزيت، برام الله، سنة ٢٠١٧م.

خطة البحث:

تتكون خطة البحث من مقدمة وتمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة، وفهرس المصادر والمراجع، وتفصيل ذلك كالتالي:

التمهيد:

ويشمل: أهمية الموضوع وأسباب اختياره، وتساؤلات البحث، وحدوده، وأهدافه، ومنهجيته، والدراسات السابقة.

المبحث الأول: تعريف تقييم الأثر التشريعي، وتطوره، وأهميته:

ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بتقييم الأثر التشريعي بنوعيه: السابق واللاحق.

المطلب الثاني: لمحة عن التطور التاريخي لقياس الأثر التشريعي في ضوء الممارسات الدولية.

المطلب الثالث: أهمية تقييم الأثر التشريعي على تعزيز جودة التشريعات وفاعليتها.

المبحث الثاني: دراسة الأثر التشريعي في المملكة العربية السعودية:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دراسة الأثر التشريعي في المملكة العربية السعودية.

المطلب الثاني: العوائق التي تواجه تقييم الأثر التشريعي اللاحق في المملكة.

المبحث الثالث: الإطار التنظيمي المقترح للتقييم التشريعي اللاحق، ووسائل إنجاحه:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الإطار التنظيمي المقترح للتقييم التشريعي اللاحق في المملكة العربية السعودية.

المطلب الثاني: وسائل إنجاح التجربة السعودية في تقييم الأثر التشريعي اللاحق.

وأخيرًا: الخاتمة:

وتشمل النتائج التي توصل لها الباحث، والتوصيات التي يوصي بها.

ثم قائمة المصادر والمراجع.

المبحث الأول
تعريف تقييم الأثر التشريعي، وتطوره، وأهميته

تمهيد:

يعتبر قياس أثر التشريعات: أداة قوية، ومرنة في ذات الوقت من أجل صنع وتنفيذ السياسات، وليست علمًا نظريًّا، وهناك مجموعة من العناصر التي ينبغي أن تعالجها عملية تقييم الأثر التشريعي ضمن خطوات عملية وإجراءات واضحة[1].

ولعل هذا أحد أسباب اختلاف وجهات النظر في تعريف تقييم الأثر التشريعي بمكوناته أو تعريفه بأهدافه، كما سيأتي في هذا المبحث.

المطلب الأول: التعريف بتقييم الأثر التشريعي بنوعيه: السابق واللاحق:

أولًا: التعريف بالأثر التشريعي لغة:

هذه جملة مركبة من:

أ. **تقييم**: وهو مأخوذ من: قيَّمَ يُقيِّم، فهو مُقَيِّم، يقال: قيَّم العملَ: قدَّر قيمتَه، وقيَّم وضعًا: استعرض نتائجَه وما حقَّقه من تقدُّم، وقرَّر قيمةَ تلك النتائج[2].

(١) يُنظر: د. كريم سيد عبد الرزاق، منهجية قياس أثر التشريعات بين الممارسات والخبرات الدولية ومتطلبات التطبيق في الدول العربية، المجلة العلمية لكلية الدراسات الاقتصادية والعلوم السياسية جامعة الإسكندرية، المجلد (٣)، العدد (٦)، يوليو ٢٠١٨م، ص ٦٠.

(٢) يُنظر: معجم اللغة العربية المعاصرة (٣/ ١٨٨٦)، المعجم الوسيط (٢/ ٧٧١).

ب. **الأثر**: بقيَّة ما ترى من كُلِّ شيء، وما لا يُرَى بعد ما يُبْقي عُلْقَةً[١].

ت. **التشريع**: مصدر، أصله (شرع)، ويراد به عدة معان: يقال: شرَّعت الشيء إذا رفعته جدًّا[٢]. ويراد بها: الدين[٣]، ويراد به: نهج الطريق الواضح[٤].

ويطلق التشريع حديثًا على: سنِّ القوانين[٥]، وأصله: شَرْع: وهو قانون ضد الخداع والغش والتزوير[٦].

ويقصد بالأثر التشريعي: ما يحدثه القانون أو النظام أو اللوائح أو القرارات والتعاميم من نتيجة إيجابية أو سلبية، في مواجهة الأفراد والمجتمع، بالحد منها أو زيادتها، سواء كان هذا الأثر سابقًا للإصدار التشريعي بحيث يكون نتيجة متوقعة ومحتملة، أو لاحقًا لصدورها كأثر واقعي مبني على تطبيق القوانين والأنظمة واللوائح والقرارات والتعاميم[٧].

(١) العين (٨/ ٢٣٦).
(٢) العين (١/ ٢٥٤).
(٣) مجمل اللغة لابن فارس، ص: ٥٢٦.
(٤) تاج العروس (٢١/ ٢٦٩).
(٥) المعجم الوسيط (١/ ٤٧٩).
(٦) تكملة المعاجم العربية (٦/ ٢٩٣).
(٧) ينظر للاستزادة:

Kirkpatrick, C. H., & Parker, D. (Eds.). (2007). Regulatory impact assessment: towards better regulation?. Edward Elgar Publishing.

ثانيًا: تعريف تقييم الأثر التشريعي بنوعيه السابق واللاحق عند المعنيين بالقوانين والأنظمة:

مفهوم تقييم الأثر التشريعي أو ما يعرف باللغة الإنجليزية (Regulatory Impact Assessment) هو مفهوم قانوني حديث، ولا يوجد اتفاق -نظريًّا ولا علميًّا- على تعريف محدد لهذا المفهوم من خلال الدراسات السابقة والممارسات العملية، ولكنْ هناك اتفاق على اعتباره أحد أهم الأدوات التي تساعد على تعزيز جودة التشريعات[١].

فقد عرفت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) تقييم الأثر التشريعي بأنه أداة تنظيمية تزود صانعي القرار ببيانات تجريبية قيمة وإطار عمل شامل يمكنهم من خلاله تقييم خياراتهم والعواقب التي قد تترتب على قراراتهم بالتدخل التشريعي من خلال قياس الفوائد والتكاليف، والآثار المحتملة للوائح الجديدة أو المتغيرة[٢].

كما عرفت منظمة البنك الدولي (The World Bank Group) بأنها عملية منهجية مبنية على إطار تحليلي ومفاهيمي تستخدمها الحكومات لمساعدة

(١) ينظر: المعايير الحاكمة لقياس أثر التشريع، نسيم عبد الله عليوي، مجلة دراسات دولية، العدد (٩٣)، ٢٠٢٣م، ص: ٦٣٥،

World Bank Group (2019), Global Indicators of Regulatory Governance: Worldwide Practices of Regulatory Impact Assessments, Page 2.

(2) Rodrigo, D. (2005). Regulatory impact analysis in OECD countries. Challenges for developing countries. Page 5; OECD. Publishing. (2009). Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence. OECD, Page 22.

صانع القرار في تحديد مدى مناسبة التدخل التنظيمي ومتى يكون وكيف يكون[١].

وفي ضوء هذين التعريفين تعددت تعريفات تقييم الأثر التشريعي لدى الباحثين والقانونيين، والتي تعتبر في مجملها مقتبسة منهما، ولعل من أبرزها:

أنه: تحليل الآثار الناجمة عن أي تدخل حكومي -تشريعي- عن طريق تقييم التكاليف وتقييم المزايا الناجمة عن التدخل الحكومي لاختيار أفضل البدائل والحلول[٢].

أو هو: عملية تقييم منهجي لفوائد وتكاليف أي لائحة أو قانون جديدة بهدف تحسين جودة السياسة التنظيمية من خلال تحديد وتقييم الآثار المتوقعة، سواء كانت مفيدة أو سلبية للحلول التشريعية وغير التشريعية، والبدائل، وتدابير التخفيف، بهدف القضاء على الآثار السلبية أو تقليلها، وتحسين التأثيرات الإيجابية[٣].

أو هو: فحص وقياس الفوائد المرتقبة والتكاليف والآثار المتوقعة للتشريعات الجديدة أو المعدلة، ما يعتبر أداة تشريعية مفيدة تدعم صانعي

(1) Radaelli, C., & Francesco, F. D. (2010). Better Regulation For Growth: Governance Frameworks and Tools For Effective Regulatory Reform-Regulatory Quality Indicators, Page 4

(٢) يُنظر: دليل تقييم الأثر التنظيمي للتشريعات والتدخلات الحكومية الخاص بدولة فلسطين، سنة ٢٠١٧م، ص ٩.

(٣) يُنظر: عبد العزيز صالح العبود، دور دراسات تقييم الأثر التشريعي في تعزيز فاعلية وكفاءة الأنظمة السعودية – أنظمة مكافحة الإرهاب الإلكتروني أنموذجًا، ص ٢٢٦.

القرار ببيانات واقعية مهمة، تساعد على العمل في إطار شامل يمكن من خلاله تقييم خياراتهم وعواقب قراراتهم(١).

التعريف المختار:

ومن خلال ما سبق من تعريفات يمكن القول بأن تقييم الأثر التشريعي السابق هو: إجراء يهدف إلى قياس جودة التشريعات، عن طريق وضع الاحتمالات المسبقة للتنظيم التشريعي -نظامًا أو لائحة أو قرارًا أو تعميمًا- جديدًا أو معدلًا، عن طريق التنبؤ بنتائج مسبقة من خلال الواقع والوقائع السابقة، ودراسة الأحوال العامة للمجتمع، وتقدير أثره على البيئة القانونية، بما يساعد صانع القرار في فهم أثر التشريع وكذلك تيسير عملية تطبيق هذه القوانين والالتزام بها، واحترامها.

أما التقييم اللاحق فيمكن تعريفه بأنه: التقييم الواقعي الذي يقوم على أسس علمية بأي طريقة أو منهجية كانت، مع الاعتماد على التحليل العلمي الواقعي، والموازنة بين التكاليف والنتائج، ومدى تأثير تطبيقه، مع تحسين جودة التشريعات، بزيادة الإيجابيات، والاعتماد على الدراسات السابقة التي وضع على أساسها التقييم السابق لصدور التنظيم أو تعديله.

(١) يُنظر: مختار الدويني، نظام تقييم الأثر كآلية حديثة لضبط الإنتاج التشريعي في الجزائر، ص ٥٥- ٥٦.

المطلب الثاني: لمحة عن التطور التاريخي لقياس الأثر التشريعي في المملكة العربية السعودية في ضوء الممارسات الدولية:

تمهيد:

تعتبر دراسات تقييم الأثر التشريعي نتاجًا لفكرة التنبؤ بنتائج التشريعات والقرارات، من أجل المحافظة على جودة التشريعات، واتخاذ الأسلوب الأمثل لتحقيق أعلى مصلحة، وهي كفاءة التشريع.

وقد كانت بداية ظهور تلك الدراسات، وتطبيق منهجية قياس الأثر التشريعي في نهاية سبعينيات القرن الماضي في الولايات المتحدة الأمريكية أثناء تقييم آثار التضخم(١).

وقد تم الترويج لهذا المفهوم بشكل كبير على مدار الثلاثين عامًا الماضية، من قبل المنظمات الدولية كالبنك الدولي، باعتباره أحد الأدوات التي تساعد الحكومات على ضمان جودة القوانين واللوائح التي تضعها وتنفذها، وكونها خاضعة للمساءلة(٢).

وقد تسارعت الدول وتسابقت لتطبيق دراسات الأثر التشريعي منذ ذلك الحين، حتى وصل عدد الدول التي تقوم بعملية تقييم أثر التشريعات

(١) يُنظر: د. كريم سيد عبد الرزاق، منهجية قياس أثر التشريعات بين الممارسات والخبرات الدولية ومتطلبات التطبيق في الدول العربية، ص ٥٠.

World Bank Group (2019), Global Indicators of Regulatory Governance: Worldwide Practices of Regulatory Impact Assessments, Page 2.

(2) Renda, A. (2011), Law and Economics in the RIA World: Improving the use of economic analysis in public policy and legislation, Pages 58-60.

السابق وفقًا للدليل الإحصائي لمجموعة البنك الدولي إلى ٨٤ دولة، وعدد الدول التي تقوم بعملية تقييم أثر التشريعات بعد إنفاذها -وهو ما يسمى: قياس الأثر التشريعي اللاحق- في مجموعة البنك الدولي إلى ٥٦ دولة، أما عدد الدول التي تقوم بعملية تقييم أثر التشريعات وقياس أثر التشريعات بعد إنفاذها في OECD فوصل عددها إلى ٤٣ دولة[1].

أما عن تطور قياس أثر التشريعات في المملكة:

فإنه منذ صدور النظام الأساسي للحكم في عام ١٩٩٢م، ومن خلال مراجعة الأنظمة والقرارات واللوائح الصادرة في المملكة العربية السعودية، فالذي يظهر وجود فجوة في دراسة أثر التشريعات، وعدم وجود تنظيم أو إطار عام لعملية إعداد المشاريع التشريعية، وقد نتج عن هذا الغياب عدم وجود منهجية واضحة المعالم في هذا الصدد، وقد جرت العادة في الجهات الحكومية الاجتهاد في تقييم الأثر القبلي لمشاريع التشريعات من خلال التعاون مع بعض الخبراء والمتخصصين.

ومع تطور المملكة نظاميًّا، وتوجهها نحو وضع أطر تشريعية واضحة المعالم، وتوجه الدول كلها نحو تقنين الأنظمة، وبيان الحقوق والواجبات، ومن ثم إنشاء الحوكمة الذاتية من الدول والحكومات لنفسها، وإصلاح الأنظمة السابقة وتعديلها، أو إنشاء نظم قانونية جديدة توائم التطور

(1) The World Bank Statistic (2023), Global Indicators of Regulatory Governance, Ex-post Review; The World Bank Statistic (2023), Global Indicators of Regulatory Governance: Impact Assessment.

الاقتصادي والاجتماعي ظهرت الحاجة جلية لوضع ضوابط وأطر عامة للتقييم بنوعيه السابق واللاحق.

واستجابة لمتطلبات المرحلة، ورؤية المملكة المستقبلية، وتطويرها الدائم لأنظمتها القانونية، والمنظومة التشريعية ككل فقد كانت البداية الفعلية في تقييم أثر التشريعات، والعمل على تحسين جودة المخرجات التشريعات، وقياس جودتها وحوكمتها في المملكة عام ١٤٣٥هـ، بصدور قرار مجلس الوزراء رقم (٢٦٥) الخاص بضرورة دعم الإدارات القانونية بالكفاءات المؤهلة والاهتمام بها، وأن توضع خطة لتطويرها والعاملين بها، ووضع ضوابط لإعداد ودراسة مشروعات الأنظمة واللوائح المرفوعة لرئيس مجلس الوزراء، تلزم بتقديم مذكرة تتضمن بيان السند النظامي لاختصاص الجهة، والهدف من المقترح والأسباب التي دعتها لإعداده وشرح مواده[١].

ثم وفي عام ١٤٣٨هـ تم إلغاء قرار مجلس الوزراء رقم (٢٦٥) السابق، وصدرت الضوابط المحدثة لإعداد ودراسة مشروعات الأنظمة واللوائح وما في حكمها[٢]، بإلزام الجهات الحكومية بتقييم الأثر القبلي، حيث نص على وجوب أن تتضمن المذكرة التوضيحية لمشاريع التشريعات: أهداف المشروع، والفئة المستهدفة من تطبيقه، ومدى الحاجة إليه، ولم يتطرق القرار لمنهجية عملية تقييم الأثر اللاحق لصدور التشريعات.

(١) قرار مجلس الوزراء رقم (٢٦٥) بتاريخ ٢١/ ٠٦/ ١٤٣٥هـ.

(٢) قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣) بتاريخ ٣٠/ ١١/ ١٤٣٨هـ، وقد تضمن القرار تسعة بنود أساسية، وعدة بنود فرعية تحت كل بند من البنود التسعة.

ثم في عام ١٤٤١هـ، صدر قرار مجلس الوزراء بتعديل الضوابط المطلوب مراعاتها لإعداد ودراسة مشروعات الأنظمة واللوائح وما في حكمها[١]، وكان من أهم تعديلاته: الاعتماد على المركز الوطني للتنافسية في إنشاء وحدة دعم الأنظمة واللوائح، وبيان اختصاصاته، وكذلك تعديل بعض الضوابط الواردة في القرار السابق المتعلقة ببيان جوانب بعض الآثار والتي سوف يتم التطرق لها بالتفصيل في المبحث الثاني[٢].

كما تضمن تعديلًا مهمًا آخر: وهو تحديد مدة تقويم الآثار التنظيمية بمدة لا تقل عن ٣٠ يومًا، مع إعطاء الفرصة بتمديدها إلى انتهاء استطلاع آراء العموم والجهات الحكومية عند ظهور الحاجة لذلك[٣].

وفي عام ١٤٤٣هـ صدر قرار مجلس الوزراء بتحديث بنود تقييم الأثر القبلي ليتضمن تقييم الآثار الاجتماعية والصحية[٤].

وتعتبر الضوابط المحدثة لإعداد ودراسة مشروعات الأنظمة واللوائح وما في حكمها بقرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣)، والمعدلة بقرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦)، وقرار مجلس الوزراء رقم (٢٠٠)، هي اللبنة الأولى

(١) قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦) بتاريخ ١٥/ ٧/ ١٤٤١هـ.
(٢) البند الأول من قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦).
(٣) البند السابع من قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦).
(٤) قرار مجلس الوزراء رقم (٢٠٠)، بتاريخ ٤/ ٤/ ١٤٤٣هـ، حيث نص على: «بيان الآثار المالية والاقتصادية والوظيفية المتوقعة التي قد تنتج عند تطبيقه بشكل محدد، بما في ذلك ما يقع منها على منشآت القطاع العام والقطاع الخاص، بالإضافة إلى بيان الآثار الاجتماعية، والصحية، والتنسيق مع الجهات ذات العلاقة في هذا الشأن».

في المملكة لوضع بناء تقييم الأثر التشريعي بحق، وإن اقتصر الأمر كمرحلة أولية على التقييم القبلي فقط، دون الالتفات للأثر التشريعي اللاحق، وهذا بدوره أدى إلى تباين العمل في الجهات الحكومية، حيث اتجه البعض إلى تأسيس بعض الإدارات القانونية المختصة بعملية التقييم اللاحق، واتجه البعض الآخر إلى التعاون مع بعض المكاتب الاستشارية لتقييم السياسات واللوائح من فتره لأخرى.

المطلب الثالث: أهمية تقييم الأثر التشريعي في تعزيز جودة التشريعات وفاعليتها:

يشكل تقييم الأثر التشريعي للنظم الجديدة أو المعدلة نوعًا من الضمانات التشريعية قبل صدور التشريعات والنظم، وبعده، في محاولة لزيادة النتائج الإيجابية، وتقليل السلبيات، عن طريق استباق الحدث من خلال دراسات جادة، وتوقع أثر التشريع قبل صدوره، ثم تقييمه بعد صدوره، وتقييم إيجابياته وسلبياته، كما تؤثر عملية تقييم الأثر التشريعي في عناصر التشريع كلها كالتالي:

١. دراسات تقييم الأثر تساعد صانع القرار في معرفة القدر الذي توفي به التشريعات في مواجهة المتطلبات والمشكلات القائمة من خلال أدلة واقعية ملموسة وفق منهجية علمية رصينة[١].

(١) يُنظر: الدليل الإرشادي لسياسة تقييم الأثر الصادر عن رئاسة الوزراء بدولة الأردن، سنة ٢٠٢٢م، ص ١١.

٢. تمنح الدول المرونة في التعديل أو الإلغاء، من حيث قابليتها للتطور والتطوير، بحسب الحاجة، بما يتناسب مع توجه الحكومات والهدف من التشريع، وبما توصلت إليه الدراسات من تقييم الآثار، ومع ما يتناسب مع طبيعة البيئة التشريعية والاقتصادية، والتوجه السياسي(١).

٣. كما تمثل دراسات تقييم الأثر التشريعي نوعًا من العدالة التشريعية في مراجعة السلطة التشريعية نفسها ذاتيًّا بتعديل أو إلغاء ما تراه لا يتناسب مع الأثر الذي كان يرجى من التشريع عند سنه وإصداره، واستبداله بما يوائم تطلعات الدولة، ويحقق العدالة(٢).

٤. تمثل دراسات تقييم الأثر التشريعي نوعًا من وعي الحكومات، وتعكس تطور الدول، وتطلعها لإظهار تطورها ونزاهتها وشفافيتها، ومسؤوليتها أمام المجتمع الدولي: منظمات وحكومات، مما يساعد في سيادة دولة القانون، وتعزيز سلطانها، واستدامة تطورها.

٥. تمثل دراسات تقييم الأثر التشريعي نوعًا من الحوكمة الذاتية، والمتابعة التشريعية من المشرع والمنظم لمراقبة التشريعات ودراسة التكاليف والفوائد المترتبة عليها؛ لتحقيق أهدافه وإحلال العدالة المجتمعية(٣).

(١) يُنظر: عبد العزيز صالح العبود، دور دراسات تقييم الأثر التشريعي في تعزيز فاعلية وكفاءة الأنظمة السعودية – أنظمة مكافحة الإرهاب الإلكتروني أنموذجًا، ص ٢٣٠.
(٢) يُنظر: قياس أثر التشريعات، كريم السيد عبد الرزاق، مجلة النهضة، ص ٤-٥.
(٣) يُنظر: كريم سيد عبد الرزاق، قياس أثر التشريعات، مجلة النهضة، المجلد (١٣)، العدد (١)، ٢٠١٢م، ص ٥.

٦. يعتبر تقييم الأثر التشريعي من الآليات الحديثة لتعزيز مبدأ الشفافية في الجهات الحكومية من أجل السعي إلى التحكم في تعزيز جودة القواعد القانونية، مما يساعد في تيسير تطبيقها، والالتزام بها[١].

٧. تؤدي دراسات تقييم الأثر التشريعي دورًا حيويًّا في تطوير المنظومة التشريعية والقانونية في الدول، وذلك عن طريق توحيد سلسلة المراحل والطرق والمناهج التي تعمل عليها السلطة التشريعية، وتطوير أداء الأفراد واللجان القائمة على تقييم الآثار، ومعرفة الإيجابيات والسلبيات، وتحسين جودتها.

تؤدي تلك الدراسات لزيادة وعي المواطن، وزيادة ثقته في التشريعات الجديدة أو التعديلات التي تتم عليها، وفاعليتها في تحقيق الأهداف، والقضاء على السلبيات أو تقليلها[٢].

٨. تساعد دراسات تقييم الأثر التشريعي في تحسين المنتج القانوني أيًّا كان نوعه -نظامًا أو قانونًا أو لائحة أو قرارًا أو تعميمًا-، والحد من فشل السلطة التشريعية في الوفاء بالمتطلبات التشريعية من ناحية الجودة أو الممارسة.

(١) يُنظر: الدليل الإرشادي لإعداد التشريعات وصياغتها الصادر بالتعاون بين اللجنة التحضيرية لإعداد التشريعات القضائية والمركز الوطني للتنافسية، أغسطس ٢٠٢٢م، ص ١٤٦.

(٢) المعايير الحاكمة لقياس أثر التشريع، نسيم عبد الله عليوي، ص ٦٢٤ -٦٢٥.

المبحث الثاني
دراسة الأثر التشريعي في المملكة العربية السعودية

تمهيد:

يمكن القول إنه لم يكن هناك إطار قانوني حاكم يحكم عملية إعداد وصياغة التشريعات في المملكة العربية السعودية، وكذلك لا يوجد منهج واضح، أو إطار قانوني واضح لدراسة وتقييم الأثر التشريعي في المملكة قبل صدور الضوابط المحدثة لإعداد ودراسة مشروعات الأنظمة واللوائح وما في حكمها بالقرار الصادر عن مجلس الوزراء رقم (٧١٣) في عام ١٤٣٨هـ، والتعديلات الواردة عليها بقراري مجلس الوزراء: رقم (٤٧٦) ورقم (٢٠٠).

وسيكون نطاق الحديث في المطلب الأول من هذا المبحث عن أهم الضوابط وتعديلاتها، وتعريف بأهم مضامين هذه القرارات.

المطلب الأول: دراسة الأثر التشريعي في المملكة العربية السعودية:

اقتصرت المملكة العربية السعودية في إصدار الضوابط المحدثة لإعداد ودراسة مشروعات الأنظمة واللوائح وما في حكمها على نوع واحد من دراسات الأثر التشريعي، وهو دراسة الأثر التشريعي القبلي القائم على الدراسات العلمية، وفق رؤية المنظم، ومراعاة الظروف البيئية المحيطة: اجتماعيًّا واقتصاديًّا وثقافيًّا.

وتقوم قرارات مجلس الوزراء السابق ذكرها بتوضيح ثلاث مراحل أساسية:

الأولى: مرحلة الإعداد وصياغة التشريع.

الثانية: مرحلة المراجعة للتشريع.

الثالثة: مرحلة النشر واستطلاع الرأي.

المرحلة الأولى: الإعداد وصياغة التشريع:

وقد اهتم المنظم من خلال هذه الضوابط بوضع إطار واضح لهذه المرحلة، فألزم الجهات الحكومية برفع التصور الكامل -ببيان السند النظامي لاختصاصها بطلب إصدار المقترح، والهدف منه، وعناصره الرئيسة، والأسباب الداعية لإعداده- إلى مجلس الشؤون السياسية والأمنية أو مجلس الشؤون الاقتصادية والتنمية -بحسب الاختصاص- وكونه مشروعًا لنظام أو لائحة[1]، مع تنسيق الجهات الحكومية مع الجهات ذات العلاقة[2]، وذلك حتى لا تتعارض المصالح، وتتداخل المهام الوظيفة، بما يؤدي لإفشال منظومة تقييم الأثر للتشريع المقترح.

وقد أولى المنظم عنايته بصياغة التشريعات، وجودة المخرج التشريعي في أفضل قالب والاهتمام بالألفاظ التي هي قوالب المعاني، المنبئة عن حسن

(١) يُنظر: البند الأول، قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣).
(٢) يُنظر: البند الثالث، قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣).

الاختيار للألفاظ، وإزالة الإشكال والإيهام، وتبسيط النص القانوني، فألزم الجهات الحكومية بالتأكد من صياغة المقترح صياغة سليمة بصورة نهائية[١].

ثم أكد على الفكرة ضمنًا بضرورة مراجعة الجهة الحكومية لاستطلاع الآراء ومراجعة الملحوظات، وملخص المرئيات والملاحظات حول مقترح التشريع[٢].

المرحلة الثانية: المراجعة للتشريع:

وقد جعل المنظم ذلك في البداية مخولًا لهيئة الخبراء بمجلس الوزراء[٣].

كما جعل الحق للجنة العامة لمجلس الوزراء -إذا ورد مقترح بمشروع تشريع من مجلس الشورى- بإحالته للجهة الحكومية المعنية لإبداء مرئياتها حوله[٤].

ثم أدخل المنظم تعديلًا جوهريًّا على الضوابط بضرورة أن تقوم الجهات الحكومية بعرض المقترحات التشريعية من خلال منصة (استطلاع) للعموم من أجل تقديم المرئيات والملحوظات، وذلك من خلال وحدة دعم الأنظمة واللوائح وما في حكمها التابع للمركز الوطني للتنافسية[٥].

(١) يُنظر: البند الخامس، قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣).
(٢) يُنظر: البند الخامس، قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦).
(٣) يُنظر: الفقرة (١) من البند الرابع، قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣).
(٤) يُنظر: البند الثامن، قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣).
(٥) يُنظر: البند الأول، قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦).

كما ألزم المركز الوطني للتنافسية بإعداد نماذج استطلاع الرأي، وتقويم الآثار، وتعميمها على الجهات الحكومية، وتقديم الملحوظات والمرئيات حول نتائج الاستطلاع للجهة صاحبة المشروع(١).

وإيمانًا من المنظم بدور التقارير ونتائج استطلاع الرأي، ألزم المركزَ الوطني للتنافسية بتقديم تقرير سنوي عن مدى التزام الجهات الحكومية بتطبيق الضوابط(٢).

كما وجه هيئة الخبراء بمجلس الوزراء -عند ورود مقترح لها بنظام أو لائحة- بالتأكد من صلاحية المقترح وعدم مخالفة المقترح للاتفاقات الدولية النافذة التي عقدتها المملكة مع دول أخرى، وعدم مخالفته للقوانين النموذجية والمدونات العرفية الإقليمية والدولية، وعدم مخالفته للمبادئ القضائية المستقرة(٣).

المرحلة الثالثة: النشر واستطلاع الآراء:

وقد أولى المنظم هذه المرحلة عناية خاصة؛ باعتبارها باكورة العمل التي تسبق إصدار التشريع، فألزم الجهة الحكومية مقدمة مشروع التشريع بنشره في مواقعها على شبكة المعلومات (الإنترنت) لتمكين الجهات والأفراد

(١) يُنظر: الفقرة الثانية من البند الأول، قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦).
(٢) يُنظر: البند الثالث، قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦).
(٣) يُنظر: البند الخامس، قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣).

المعنيين والمخاطبين بأحكامه من إبداء آرائهم وملاحظاتهم عليه، ونشر ملخص بأهم ما تضمنته تلك المرئيات والملاحظات[١].

وقد عدل المنظم ذلك، بأن أنشأ منصة إلكترونية موحدة لاستطلاع رأي العموم والجهات الحكومية[٢].

كما ألزم المنظم الجهة الحكومية -مقترحة التشريع أو تعديله- بالنشر على المنصة الإلكترونية الموحدة مدة لا تقل عن ٣٠ يومًا، وتمديد تلك المدة لاستطلاع الرأي إذا اقتضى الأمر ورأت الجهة الحكومية ذلك[٣].

وذلك حرصًا من المنظم إلى الوصول لتقييم واقعي حقيقي معبر عن آراء المجتمع: فرادى وجماعات، شركات أو قطاعات وجهات حكومية، للوصول للهدف الأسمى من تقييم أثر واقعي وفعال وحقيقي للتشريعات، بما ينبني عليه تحقيق العدالة، واستقرار المجتمع، ويتواءم مع الأهداف السامية التي وضعتها الجهة الحكومية نصب عينيها حين تقديم المقترح، ووضع الخطوط العريضة للتشريع المعدل أو الجديد.

وانطلاقًا من ارتباط تقييم الأثر بعناصر وإجراءات معينة، فقد أصدر المركز الوطني للتنافسية نموذجًا لعرض مرئيات تقويم الأثر التشريعي القبلي، وقد اشتمل النموذج على التعريف بالمشكلة، وأصحاب المصلحة، والخيارات والحلول التشريعية، وكذلك بعض النقاط المتعلقة بتقويم الأثر كالتالي:

(١) يُنظر: البند الثاني، قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣).
(٢) يُنظر: البند الأول، قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦).
(٣) يُنظر: البند السادس، قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦).

١. الفوائد المترتبة على المقترح.

٢. التكاليف المتوقعة على الدولة وعلى قطاعات الأعمال التجارية والصناعية والمستهلكين والمواطنين والمقيمين، والتكاليف الأخرى.

٣. المصلحة العامة المرجو تحققها من طرح المقترح.

٤. أوجه الاعتراض على طرح المقترح.

٥. الأنظمة الداخلية والاتفاقيات والالتزامات والمعايير الدولية التي لها صلة بالمقترح.

٦. بيان هل من المتوقع أن يزيد المقترح التشريعي من التكاليف الإدارية للشركات الصغيرة، أو المتوسطة والكبيرة؟ أو قطاع الأعمال بشكل عام؟

مع تضمين النموذج للأحكام الواردة في الأنظمة المماثلة، وهو ما يمثل تطبيقًا واقعيًّا لتقييم الأثر القبلي للتشريعات والأنظمة واللوائح وما في حكمها[1].

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على عدم وجود منهجية لتقييم الأثر التشريعي اللاحق في المملكة:

سبق القول إنه لا توجد منهجية واضحة للتقييم اللاحق للتشريعات في المملكة، مما أدى لتأثر المنظومة التشريعية بذلك، وتتلخص آثار غياب التقييم اللاحق فيما يلي:

(١) يُنظر: الدليل الإرشادي لإعداد التشريعات وصياغتها، الصادر بالتعاون بين اللجنة التحضيرية لإعداد التشريعات القضائية والمركز الوطني للتنافسية، أغسطس ٢٠٢٢م، ص ١٧٢- ١٧٦.

١. عدم وجود قاعدة بيانات كافية تساعد في عملية تقييم المنافع والتكاليف المترتبة على إصدار التشريع أو اللائحة أو ما في حكمها:

فهناك افتقار للبيانات الضرورية التي تساعد الجهة التشريعية لإجراء تحليل جيد في كثير من الحالات، كما أصبح جمع البيانات في قاعدة موحدة ذا تكلفة مرتفعة، خاصة إذا أضيف إليها وسيلة التحقق من جودة البيانات وصحة المعلومات[١].

٢. عدم الموضوعية في إيجاد الحلول المناسبة للتدخل التشريعي اللاحق:

وذلك أن التقييم اللاحق -كما سبق في المبحث الأول- مقصوده: التقييم الواقعي الذي يقوم على أسس علمية بأي طريقة أو منهجية كانت، مع الاعتماد على التحليل العلمي الواقعي، والموازنة بين التكاليف والنتائج، ومدى تأثير تطبيقه، مع تحسين جودة التشريعات[٢].

فإذا غاب التقييم اللاحق لعدم وجود منهجية واضحة المعالم أدى ذلك إلى عدم الموضوعية في تقديم الحلول التشريعية التي تتسم بالواقعية والموضوعية، وتقديم الحلول الناجحة؛ لإصلاح عيوب التشريع عن طريق

(١) يُنظر: د. كريم سيد عبد الرزاق، منهجية قياس أثر التشريعات بين الممارسات والخبرات الدولية ومتطلبات التطبيق في الدول العربية، ص ٧٢، الدليل الإرشادي لسياسة تقييم الأثر الصادر عن رئاسة الوزراء بدولة الأردن، سنة ٢٠٢٢م، ص ٥٥- ٥٦.

(٢) يُنظر: التعريف المختار للتقييم اللاحق للتشريعات من هذا البحث ص ٣٤٧. قياس أثر التشريعات، كريم السيد عبد الرزاق، ص ٤.

زيادة المنافع، وتقليل التكاليف، مما يؤثر في جودة المنتج التشريعي لعجزه عن معالجة المشكلات، ومواجهاتها بالحلول الجيدة والمفيدة[1].

٣. عدم وجود إطار زمني محدد لعملية التقييم اللاحق:

إن غياب الضابط الزمني لعملية التقييم اللاحق يؤدي لتباين أداء الجهات المعنية سرعة وبطءًا في عملية التقييم اللاحق للتشريعات، مما يؤثر بدوره في جودة التشريع نفسه، وربما يؤدي إلى عدم تحقق مستهدفاته؛ إذ تقوم فكرة التقييم اللاحق على تحديد المدى الزمني الذي يتوقع فيه أن تؤتي التشريعات ثمارها بحيث يمكن قياسها، فلا يمكن أن يكون التقييم بعد فترة وجيزة، مما يخرج بنتيجة غير حقيقية أو واقعية عن التشريع أو اللائحة، ولا ينبغي أن يكون متأخرًا بحيث لا يمكن من خلاله قياس الآثار المترتبة عليه.

ولا شك أن عدم تحديد إطار زمني محدد يؤدى لاستعجال بعض الجهات في التقييم، وتأخر البعض الآخر في عملية التقييم، مما يؤثر سلبًا في دراسة مدى جودة المخرج التشريعي.

٤. غياب الشفافية في عملية التقييم اللاحق، وعرض النتائج: كمًّا وكيفًا:

مما لا شك فيه أنَّ عدم وجود منهجية واضحة يجعل عملية التقييم تعود للاعتبارات الشخصية، وتؤثر فيها تحيزات المؤسسات والأفراد، ويخرجها

(١) يُنظر: الدليل الإرشادي لسياسة تقييم الأثر الصادر عن رئاسة الوزراء بدولة الأردن، سنة ٢٠٢٢م، ص٥٣- ٥٠.

عن هدفها الأسمى: وهو تحقيق العدالة والمساواة، وتعزيز الشفافية، ويجعل عملية النقد للتشريعات تخضع لاعتبارات -شخصية، أو أغراض خاصة- غير موضوعية، ويضعف جانب المساءلة الحكومية، وهو هدف تقييم أثر التشريعات والنظم واللوائح، ويؤدي إلى عرض نتائج مشوهة ووهمية غير حقيقية، لا تتسم بالصدق والواقعية، والشفافية في الطرح النقدي للتعديلات التشريعية[١]. ضعف المخرجات التشريعية من حيث الجودة، وتحقيق الغايات والأهداف؛ لعدم وجود آلية معينة لتقييم مدى نجاح التشريعات.

سبق الحديث عن كون التقييم للأثر التشريعي أداة ووسيلة لتحليل الأنظمة وتقييم جودتها، عن طريق وضع منهجية لقياس التكاليف والنتائج، وعرض الملاحظات على الجهة صاحبة القرار بهدف الحصول على تشريع جيد يعالج المشكلات القائمة بأفضل نظام، وأحسن صياغة، ولا شك أن غياب منهجية التقييم اللاحق يؤدي لخروج التشريعات بشكل منقوص، أو أن عملية تقييم الحلول التشريعية والمنافع والتكاليف المترتبة عليها تكون غير واقعية[٢].

ولا يراعي آراء العموم والمؤسسات الحكومية والخاصة ودورها المهم والفعال في إنجاح منظومة تشريعية قوية.

(١) يُنظر للاستزادة:

Radaelli, C. M. (2013). Measuring policy learning: regulatory impact assessment in Europe. In Learning and Governance in the EU Policy Making Process (pp. 43-62). Routledge.

(٢) يُنظر للاستزادة: منهجية تقييم أثر التشريعات كآلية لتحسين جودة صناعة التشريع، محماد البدواي، مجلة مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية، المجلد (١٠)، العدد (١٩)، ٢٠١٩م.

٥. التأثير على مستوى تصنيف المملكة في المؤشرات الدولية المعنية بقياس جودة وتحسين التشريعات:

إن غياب التقييم اللاحق للتشريعات أثَّر سلبًا على تصنيف المملكة في المؤشرات المتعلقة بالحوكمة التنظيمية لدى البنك الدولي، والتي هي أداة يقاس بها مدى نضج تجارب الدول في الحوكمة التنظيمية وقوتها، من خلال معايير متعددة منها: تقييم التشريعات، وسهولة الوصول للأنظمة واللوائح، والتقييم اللاحق وغيرها من المعايير(١).

ومن خلال البحث والتقصي نجد أن المنظم في المملكة العربية السعودية لم يلزم الجهات الحكومية بإجراء عملية التقييم اللاحق أو المراجعة اللاحقة للتشريعات، وقياس جودتها وكفاءتها، كما أنه لم يضع الضوابط أو الإطار العام لعملية التقييم اللاحق للتشريعات أو الأنظمة واللوائح وما في حكمها، ومما لا شك فيه إن غياب هذه المنهجية يضعف الثقة في النظام القانوني للمملكة والالتزامات التعاقدية التي تقع فيها.

(١) وقد وضع البنك الدولي في التقييم الصادر منه لقياس مؤشر الحوكمة التنظيمية فيما يتعلق بالتقييم اللاحق أربعة محاور رئيسة يتم الاستفسار عنها، ويتم من خلالها تقييم الدول، وهي:
١. هل تقوم الوزارات أو الهيئات التنظيمية بإجراء مراجعات لاحقة؟
٢. هل هناك أي معايير تخضع لها اللوائح لمراجعات لاحقة؟
٣. ما هي الأساليب المحددة التي تستخدمها الحكومة المحلية؟
٤. هل المراجعات اللاحقة مطلوبة بموجب القانون؟
The World Bank Statistic (2023), Global Indicators of Regulatory Governance: Saudi Arabia.

المبحث الثالث
الإطار التنظيمي المقترح للتقييم التشريعي اللاحق، ووسائل إنجاحه

سبق الحديث عن مشكلة غياب منهجية علمية واضحة المعالم، وإطار محدد لتقييم الأثر التشريعي اللاحق بالمملكة العربية السعودية.

ولتقييم أثر للتشريعات واللوائح أهمية كبيرة في حسن انتظام سير المنظومة التشريعية كلها، فهو يمثل ضمانة لتوفية النظام الصادر بسد الثغرة القانونية قبل صدوره، وحل المشكلات السابقة على وجوده، ومعالجة الفراغ التشريعي قبل سَنِّهِ.

كما يمثل ضمانة للمجتمع بالمشاركة الفعالة في نجاح التشريع بتلبية احتياجات المجتمع، ورضا المجتمع عنه هو الهدف الأسمى من التشريع: وهو تحقيق العدالة، وسيادة القانون.

كما أن إخضاع عملية صنع القرار التشريعي للمعرفة التجريبية من خلال تمكين صانع القرار من فهم أفضل للنتائج المتوقعة، وتحديد التكاليف والعوائد وتوزيع الآثار، مما يساعد على التحول من أسلوب اتخاذ القرارات القائم على العناصر القانونية إلى أسلوب يرتكز أكثر على الدلائل من خلال معرفة الآثار الناجمة عن التدخلات الإيجابية والسلبية[1].

(١) يُنظر: د. كريم سيد عبد الرزاق، منهجية قياس أثر التشريعات بين الممارسات والخبرات الدولية ومتطلبات التطبيق في الدول العربية، ص ٥٢.

وغياب هذه المنهجية وهذه الأداة للتقويم يمثل ضعفًا في منظومة التشريع، وتأثيرها البالغ في مواجهة مشكلات الأنظمة الصادرة، وعدم تلبية رغبات المجتمع، وتحقيق أهداف الأنظمة القانونية.

وقد جرت العادة في كثير من الدول المتقدمة على وجود منهجية علمية، وإطار تنظيمي حاكم لعملية التقييم اللاحق لقياس الأثر التشريعي أو التنظيمي، ومساهمة في تطوير المنظومة التشريعية رأيت اقتراح إطار تنظيمي لتقييم الأثر اللاحق لصدور التشريعات واللوائح وما في حكمها.

المطلب الأول: الإطار التنظيمي المقترح للتقييم التشريعي اللاحق في المملكة العربية السعودية:

وسيكون الحديث في ذلك في تلك العناصر الرئيسة:

١. السند القانوني:

جرت العادة في المملكة العربية أن يتم إصدار قرارات خاصة بعملية إعداد وصياغة التشريعات، وذلك كما كان في صدور قرار مجلس الوزراء رقم (٢٦٥) عام ١٤٣٥هـ، ثم تم إلغاؤه عام ١٤٣٨هـ، بصدور قرار مجلس الوزراء (٧١٣)، الخاص بالضوابط المحدثة لإعداد ودراسة مشروعات الأنظمة واللوائح وما في حكمها، وفي عام ١٤٤١هـ صدر قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦)، بتعديل الضوابط المطلوب مراعاتها لإعداد ودراسة مشروعات الأنظمة واللوائح وما في حكمها، وفي عام ١٤٤٣هـ، صدر قرار مجلس الوزراء رقم (٢٠٠) بتحديث بنود تقييم الأثر القبلي ليتضمن تقييم الآثار الاجتماعية والصحية.

والملاحظ فيما سبق: اختصاص مجلس الوزراء بإصدار القرارات المتعلقة بإعداد مشروعات الأنظمة واللوائح في المملكة، سواء كان قرارًا جديدًا، أو تعديلًا لقرار قديم[١].

وبناءً على ما سبق فإنه يجب التدخل تنظيميًّا من خلال مجلس الوزراء بإحدى طرق ثلاث:

١. أن يتم تعديل قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣) بتضمين التقييم اللاحق كمتطلب.

٢. أن يصدر مجلس الوزراء قرارًا جديدًا يُعَدِّلُ القرار (٧١٣) يَتَضَمَّنُ معالم واضحة لتقييم الأثر اللاحق للتنظيم، ويَتَضَمَّنُ توضيحاً للجهة المشرفة على إعداد المنهجية العملية للتقييم اللاحق.

٣. تعميم يصدر للجهات الحكومية.

ولذلك يجب أن تَتَضَمَّن دراسة التقييم اللاحق للتشريعات التعديلات الآتية:

أ. الإلزام بتقييم الأثر اللاحق للتشريع، وذلك كما فعل المنظم السعودي بإلزام الجهات الحكومية بتقييم الأثر القبلي عند رفع مقترح لمجلس الوزراء برفع تصور كامل عن المقترح[٢].

(١) يُنظر: شرح أنظمة الحكم الأساسية في المملكة العربية السعودية، د. محمود أحمد عبابنة، الناشر: مركز البحوث، معهد الإدارة العامة، الطبعة: الأولى، ٢٠١٧م.، ص ١٩٥.
(٢) يُنظر: الفقرة الأولى من البند الأول، قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣).

ب. تحديد أهم المهام المنوطة بالجهة المختصة بعملية تقييم الأثر اللاحق للتشريع بشكل واضح، وتصميم منهجية علمية متضمنة آلية التقييم، وكيفيته، ووضع النماذج المتعلقة بذلك، وتعميمها على الجهات الحكومية.

٢. الجهة المنوطة بالإشراف على التقييم اللاحق:

إن وصف تقييم الأثر اللاحق للتشريع أو التنظيم بأنه أداة للحكومة أو إجراء حكومي لقياس جودة التشريعات، عن طريق تحقيق الإيجابيات وتلافي السلبيات يدل دلالة كبيرة على أهمية وجود الجهة التي تتابع وتشرف على عملية التقييم الصادرة من الجهات الحكومية[١]، والتي تعدل سير المنظومة التشريعية وفق أسس علمية؛ لتحسين جودة المنتج التشريعي، ووضع البدائل الممكنة لتحقيق أعلى استفادة من النظام أو اللائحة أو ما في حكمها، والتي يمكن تطبيقها على أرض الواقع.

وقد جعل المنظم السعودي الإشراف على عملية مراجعة تقييم الأثر أولًا من اختصاص هيئة الخبراء بمجلس الوزراء[٢]، ثم جعله فيما بعد من اختصاص المركز الوطني للتنافسية عملية إعداد النماذج الخاصة بتقويم الآثار[٣].

والذي أراه في تحديد الجهة المسؤولة عن تقييم الأثر أحد خيارات ثلاثة:

(1) World Bank Group (2019), Global Indicators of Regulatory Governance: Worldwide Practices of Regulatory Impact Assessments, page 6.

(٢) يُنظر: الفقرة الأولى من البند الرابع، قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣).

(٣) يُنظر: تعديلات الضوابط المطلوب مراعاتها، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦)، لعام ١٤٤١هـ.

الأول: المركز الوطني للتنافسية، سواء كان ذلك عن طريق وحدة دعم الأنظمة واللوائح، أو إنشاء وحدة مستقلة داخل المركز الوطني للتنافسية.

الثاني: إنشاء لجنة مستقلة تابعة للديوان الملكي.

الثالث: إحالة ذلك الشأن لهيئة الخبراء التابعة لمجلس الوزراء.

والذي أراه أقرب للتطبيق، ويتناسب مع واقع المملكة التشريعي هو: إنشاء لجنة مستقلة تابعة للديوان الملكي، ضمانًا للشفافية، وتعزيزًا لنظام الرقابة والمساءلة، وهي أساس عملية التقييم اللاحق، وأعظم مستهدفات تطبيقه.

٣. تحديد الإطار الزمني الخاص بعملية التقييم:

أن من العناصر المهمة في عملية تقييم الأثر التشريعي وضع مدة زمنية تتعلق بالتقييم، والذي يتوقع فيه أن تؤتي التشريعات ثمارها بحيث يمكن قياسه[١].

وقد تنبه المنظم السعودي ابتداءً لأهمية مشاركة العموم في عملية التقييم للتشريع المقترح، ولذلك حدد مدة تقويم المقترحات التشريعية بأنها لا تقل عن ٣٠ يومًا، مع إعطاء الفرصة بتمديدها إلى انتهاء استطلاع آراء العموم والجهات الحكومية عند ظهور الحاجة لذلك[٢].

(1) OECD (2020), Regulatory Impact Assessment, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, Paris, Page 5.

(٢) يُنظر: البند السابع، قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦).

وذلك حتى تتمكن الجهة الحكومية من استظهار استطلاع واقعي وحقيقي للرأي، يعبر عن مشاركة مجتمعية فعالة من الأفراد والهيئات.

ولكن الملاحظ من خلال الممارسة والاستقصاء: أن كثيرًا من الجهات الحكومية لا تلتزم بنشر الأثر الاقتصادي والاجتماعي والوظيفي وغيرها من الآثار المتوقعة للتشريع المقترح، وكذلك عدم الاهتمام بالمذكرات التوضيحية من خلال منصة استطلاع الرأي، وهذا يعتبر مخالفًا لمبدأ تعزيز الشفافية.

وتختلف وجهات النظر حول المدة المناسبة التي يجب أن تتم فيها عملية التقييم اللاحق في دراسات الأثر التشريعي اللاحق، لمراقبة جودة التشريع أو اللائحة أو ما في حكمها، وإيجاد البدائل والحلول للمشكلات التي تعترض التطبيق الأمثل للتشريع، لتحقيق الأهداف الموضوعة قبل إصدار التشريع، وسد الفجوة التشريعية التي كانت موجودة قبل صدور التشريع، وهناك عدة خيارات في هذا:

الأول: أن تكون الفترة المناسبة للتقييم أن تتم هذه العملية بشكل سنوي، ولكن يَرِدُ على هذا الاتجاه اعتراض مؤداه: أن هذه الفترة قصيرة، ولا يمكن أن تكون كافية لقياس الآثار بشكل واقعي وحقيقي.

الثاني: أن يتم التقييم كل خمس سنوات، ويَرِدُ على هذا الاقتراح اعتراض مؤداه: أنها فترة طويلة قد تُضعِف عملية التقويم للتقديرات الخاصة بتقييم المنافع والتكاليف.

والذي أراه أن يمتد التقييم عن طريق استطلاع الرأي وإبداء الملاحظات والمرئيات من سنتين إلى ثلاث -كحد أقصى- بحسب أهمية النظام وتأثيره في المجتمع، ورؤية الجهة الحكومية مصدرة القرار، وأن يكون هذا الأمر من السلطات التقديرية الممنوحة للجهة الحكومية المقترحة للمشروع التشريعي، وبتوجيه المركز الوطني للتنافسية، وبما يحقق الغاية والمصلحة من تقييم الأثر التشريعي اللاحق.

٤. تحديد مجال تطبيق التقييم اللاحق:

إن الغاية من التقييم هي الأهداف التي يسعى المنظم لتحقيقها، وهي التي تحدد النطاق الذي سيتم التطرق إليه في التقييم اللاحق، والموضوعات التي ستكون نصب عيني المنظم، والتي يأخذها بعين الاعتبار لأهميتها، وبيان مواطن الخلل والقصور وتلافيها، وتوفير معطيات تغذي عملية التقييم للخروج بمنتج تشريعي متميز.

ويشير نطاق التقييم اللاحق إلى ما إذا كان هذا التقييم سيغطي مجموعة من التشريعات بأكملها، أو مجرد نصوص قانونية مختارة ضمن نظام أو تشريع معين، أو عدة تشريعات تتعلق بالمجال الاقتصادي أو الاستثماري نفسه[١].

وتختلف رؤية الدول في تطبيق منهجية تقييم الأثر اللاحق للتشريعات، وفق العديد من الاعتبارات، فالبعض يتوسع في تطبيقه ليشمل تحليل

(١) يُنظر: الدليل الإرشادي لسياسة تقييم الأثر، الصادر عن رئاسة الوزراء بدولة الأردن، سنة ٢٠٢٢م، ص ٦١- ٦٢.

تأثير التشريع للكثير من القطاعات ومن ذلك: الاقتصاد المحلي، التجارة الخارجية،المال والأعمال، الصحة، المجتمع.

بينما يقتصر البعض على التشريعات الداخلية فقط، دون التطرق إلى التشريعات الخارجية، بينما يقتصر البعض الآخر على التطبيق على قياس التكاليف التنظيمية للأعمال والإدارة العامة[1].

والذي أراه أن يقتصر تطبيق الأثر اللاحق للتشريعات على القوانين المتعلقة بالمجال الاقتصادي والاستثماري، ومجال المال والأعمال باعتبار ارتباط المنظومة التشريعية لهذه القطاعات بكثير من مستهدفات رؤية المملكة العربية السعودية، وهو ما يستدعي عملية التقييم المستمر للتأكد من تحقيق التشريعات الحديثة لمستهدفاتها، كما تعتبر هذا التشريعات هي الأكثر تأثيرًا على المجتمع والاقتصاد.

ومن الممكن أن يتم لاحقًا إضافة منظومة التشريعات القضائية المرتبطة بالإجراءات والمرافعات القضائية، وذلك لارتباطها بالعمل القضائي، ولا شك في أهمية دراسات الأثر على تعزيز جودة الأحكام القضائية والحد من تباين أحكامها.

(١) يُنظر: د. كريم سيد عبد الرزاق، منهجية قياس أثر التشريعات بين الممارسات والخبرات الدولية ومتطلبات التطبيق في الدول العربية، ص ٦٤.

٥. تصميم وثيقة التقييم التشريعي اللاحق:

يساهم التقييم اللاحق بصورة واضحة في مراجعة التشريعات القائمة، حيث يوفر معلومات واضحة عن كفاءة التشريع، ودرجة تأثيره، موضحًا عيوبه ونواقصه، مما يتيح فرصة لدراسة الإجراءات المطلوبة للإصلاح، سواء كانت تبسيطًا أو إلغاء للتشريع، أو مراجعة للتشريعات القائمة بشكل عام، وتزداد أهمية القيام بالتقييم اللاحق حينما تكون هناك شكوك بشأن أثر التشريع أو توافقه مع المشكلات التي يتناولها[١].

وقد اتجهت بعض الدول إلى إعداد دليل إجرائي تطبيقي لقياس أثر التشريعات اللاحق، تلتزم به جميع الوزارات، وقد اتجهت الدول العربية لهذا المنحى منذ وقت قريب، منها على سبيل المثال: مصر[٢]، فلسطين[٣]، الأردن[٤]...، وغيرها من الدول.

ومن خلال صدور ضوابط إعداد مشروعات الأنظمة واللوائح وما في حكمها، الصادر بقرار رقم (٧١٣)، وتعديلاته اللاحقة، بالقرار رقم (٤٧٦)، والقرار رقم (٢٠٠) به قصور من جهة تعرضه بالتفصيل للتقييم

(١) يُنظر: مختار الدويني، نظام تقييم الأثر كآلية حديثة لضبط الإنتاج التشريعي في الجزائر، ص ٦٠.
(٢) حيث صدر الدليل الإجرائي لدراسة تقييم الأثر في مصر، في أغسطس سنة ٢٠١١م.
(٣) حيث صدر دليل تقييم الأثر التنظيمي للتشريعات والتدخلات الحكومية الخاص بها، سنة ٢٠١٧م.
(٤) حيث صدر الدليل الإرشادي لسياسة تقييم الأثر في إصداره الأول ٢٠١٨م، ثم عدل بالإصدار الثاني سنة ٢٠٢٠م.

السابق، وتحديد نوعية الآثار المطلوب توضيحها، بينما كسا الغموض موقف المنظم السعودي من قياس أثر التشريع اللاحق، وجودته، حيث لم تشر القرارات الثلاثة للتقييم اللاحق إلا في مرتين، ومثال ذلك: ما ورد بالقرار رقم (٧١٣) من أنه: «على الجهة الحكومية عند رفع مقترح إلى رئيس مجلس الوزراء لمشروعات أنظمة ولواح وما في حكمها أو تعديل النافذ منها...»[(١)]، أن تقوم بعملية تقييم الآثار للتعديلات التشريعية[(٢)].

ويرجع السبب في عدم وجود منهجية واضحة في التقييم اللاحق لما يلي:

١. حداثة الموضوع، وعدم وجود تصور كامل عنه في العمل التشريعي، حيث يعتبر مفهوم دراسة الأثر التشريعي مفهوماً حديثاً في المنطقة العربية ككل، ودول التعاون الخليجي بشكل خاص، ونظرًا لأهمية تقويم الآثار فقد أكد المنظم السعودي على أن من التزامات المركز الوطني للتنافسية: «التوعية، ونشر ثقافة الاستطلاع بأهمية المشاركة في تقويم الآثار التنظيمية على مشروعات الأنظمة واللوائح وما في حكمها»[(٣)].

كما ألزم المنظم المركز الوطني للتنافسية أيضًا بإعداد نماذج الاستطلاع، وتقويم الآثار، وتعميمها على الجهات الحكومية، وإبرام مذكرات تعاون

(١) يُنظر: البند الأول، قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦).
(٢) يُنظر: البند السادس، قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦).
(٣) العنصر (و) من الفقرة الثانية من البند الأول، قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦).

مع الجهات الحكومية والخاصة ذات العلاقة لتبادل الخبرات، وتعزيز تطبيق نظم الاستطلاع[1].

٢. بطء عملية التحول في تصميم أدوات العمل التشريعي، ومن ذلك تصميم المنهجيات العلمية، وذلك نتيجة ضعف التنسيق ما بين الجهات الحكومية وعدم وجود جهة مختصة بإدارة العمل التشريعي.

٣. ضعف الحراك التشريعي في المملكة نحو عملية التقنين في العقود الماضية، وهو ما حاول المنظم تداركه بسن العديد من الأنظمة، بما يتوافق مع طموحات المملكة، وفق رؤية القيادة الرشيدة ٢٠٣٠.

ومن هنا ظهرت الحاجة إلى تصميم منهجيات علمية دقيقة لعملية التقييم اللاحق، وذلك في ضوء الأدلة الاسترشادية، وذلك لأن تقييم الأثر اللاحق للتشريع جزء لا يتجزأ من الدورة التشريعية التي تهدف إلى تحسين المخرجات التشريعية، كما أن لهذا التقييم اللاحق أثره البالغ في بداية عملية تطوير السياسة التشريعية، مع استمرار أثره في تحسين المنتج التشريعي[2].

ولا بد لهذه المنهجية أن تتناول بالتفصيل توضيحاً لجميع مراحل عملية دراسة الآثر التشريعي السابق واللاحق، هي تتلخص في:

أ. تحديد وتوصيف وتصنيف المشكلة النظامية أو التشريعية القائمة.

(١) العنصر (د)، (هـ)، (ز) من الفقرة الثانية من البند الأول، قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦).

(٢) يُنظر: مختار الدويني، نظام تقييم الأثر كآلية حديثة لضبط الإنتاج التشريعي في الجزائر، ص ٥٦-٥٧.

ب. تحديد الأهداف المأمولة، ووضع الاختيارات المتاحة والملائمة.

ت. تقييم الخيارات والمفاضلة بينها.

ث. عرض النتائج والتوصيات.

ج. التقييم اللاحق، والوصول إلى مخرجات نظامية ذات جودة وكفاءة[1].

وتشمل مرحلة التقييم العديد من المراحل الرئيسية للوصول إلى النتائج المرجوة، وهي كالتالي:

١. تحديد الإطار الزمني للتقييم اللاحق.

٢. جمع البيانات الجديدة التجريبية أو شبه التجريبية المستفادة والمستمدة من التجارب والممارسات الدولية السابقة، وكذلك عمل مقابلات واستبيانات.

٣. تحليل الفوائد والتكاليف عن طريق المدخلات: وتشمل البيانات، والفرضيات.

٤. معرفة المخرجات، وهي: تقدير التكاليف والفوائد المحققة بعد التعديل.

٥. الحلول نحو التصحيح[2].

(1) OECD (2020), Regulatory Impact Assessment, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, Paris, Page 10-11.

(٢) المصدر السابق، ص ١٠-١٤.

٦. الجهات الحكومية المخاطبة بالاطلاع وتقييم المخرجات المتعلقة بدراسة تقييم الأثر اللاحق:

إنه مما لا شك فيه ارتباط تقييم الأثر اللاحق للتشريع بعدة جهات، وقد ألمح المنظم في قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣) لضرورة التنسيق بين الجهات المعنية، فمن ذلك: التأكد من توافق المقترح مع الرؤى والخطط والاستراتيجيات المعتمدة، ومراعاة اختصاصات الجهات المعنية الأخرى[١].

كما أكد على ضرورة قيام الجهة الحكومية بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة لوضع إجراءات تكفل توفير الاهتمام اللازم عند إعداد مقترح لمشروعات أنظمة أو لوائح وما في حكمها أو تعديل النافذ منها[٢].

كما أشار إلى بعض الجهات ذات العلاقة بنصه على أنه: «إذا كان المقترح عبارة عن مشروع نظام فيتم تزويد أصحاب السمو والمعالي الوزراء، وكذلك رؤساء الأجهزة المستقلة ذوو العلاقة في وقت متزامن مع إحالة المعاملة إلى هيئة الخبراء»[٣].

كما نص قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦) على بعض جهات الاختصاص الأخرى وهي: وزارة الاستثمار[٤]، ومجلس الشؤون الاقتصادية والتنمية[٥].

(١) يُنظر: البند الأول، قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣).
(٢) يُنظر: البند الثالث، قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣).
(٣) يُنظر: الفقرة الثانية من البند الرابع، قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣).
(٤) يُنظر: الفقرة الأولى من البند الأول، قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣).
(٥) يُنظر: البند الثالث والخامس، قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣).

وقد توسع النظام في إدخال ذوي المصلحة أو العلاقة إذا تعلق النظام ببعض الجهات غير الحكومية مثل منشآت القطاع الخاص فيما يتعلق بها في الآثار الاجتماعية أو الصحية[1].

والذي يظهر من خلال تحليل هذه النصوص اهتمام الحكومة بالتنسيق مع الأطراف الأخرى ذات العلاقة، والمعنية بالنظام سواء كان هذا التنسيق قبيل صدور النظام أو اللائحة أو ما في حكمها، أو بعده من خلال التقييم اللاحق.

وكذلك اهتمام المنظم ببيان ذوي العلاقة والمصلحة، والمعنيين بالأنظمة الصادرة، وأول المخاطبين بها، وذلك حرصًا من المنظم على الأداء الجماعي، والتنسيق الكامل بين الأطراف ذوي العلاقة لمنع التضارب في القرارات واللوائح فيما بينهم، وكذلك التواصل الكامل فيما بينهم لإنجاح المقترح التشريعي، وإنجاح المنظمة التشريعية بشكل كامل.

وحرصًا على إكمال ما بدأه المنظم فلا بد من الإشارة في التعديل فيما يخص التقييم اللاحق إلى آلية التشاور، وتوضيح الجهات التي يحق لها الاطلاع على تقارير دراسات الأثر التشريعي اللاحق، وإلزام الجهة الحكومية مصدرة مشروع النظام أو اللائحة بالتنسيق معها وفق آلية محددة مبينة وموضحة بالقرار من أجل ضمان أفضل صورة لتقييم الأثر اللاحق.

(١) يُنظر: تعديل الضوابط المطلوب مراعاتها، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٢٠٠) لعام ١٤٤٣هـ.

وهناك عدة خيارات أو توجهات للدول في تحديد الجهات الحكومية المخاطبة بالاطلاع وتقييم المخرجات المتعلقة بدراسة تقييم الأثر اللاحق، كالتالي:

١. أن يكون حق الاطلاع على تقييم الأثر اللاحق لجميع الجهات الحكومية.

٢. أن يكون حق الاطلاع على تقييم الأثر اللاحق لجميع الجهات الحكومية ذات العلاقة بالتشريع.

٣. أن يكون حق الاطلاع على تقييم الأثر اللاحق لمجلس الشورى، ومجلس الوزراء.

ولعل الخيار الأفضل في ذلك -بحسب وجهة نظري-: هو الخيار الثاني - أن يكون حق الاطلاع على تقييم الأثر اللاحق لجميع الجهات الحكومية ذات العلاقة بالتشريع- بالإضافة لعرض التقرير على مجلس الوزراء من أجل إبداء مرئياته وملاحظاته، مما يسهم في تعزيز كفاءة المخرجات التشريعية، وتفعيل مبدأ المساءلة والرقابة.

المطلب الثاني: وسائل إنجاح التجربة السعودية في تقييم الأثر التشريعي اللاحق:

لا شك أن نجاح المنظومة التشريعية في إخراج منتج تشريعي مميز، وتحسين جودة التشريعات القديمة، يتوقف على تضافر الجهود، وعلى عوامل أساسية مكونة لهذا النجاح، ولعل أهمها وأبرزها في المجتمع السعودي:

١. ضرورة استمرار حكومة المملكة العربية السعودية في تطوير وإصلاح أدوات العمل التشريعي؛ إذ لا نجاح لقياس جودة التشريعات -السابق واللاحق- بغير دعم ومساندة، ومساهمة العنصر الأكثر فاعلية في التنظيم القانوني -وهي السلطة التشريعية- بدعم من القيادة العليا، وتوجهها نحو سيادة القانون، وإرساء مبادئ الشفافية والمساواة والمشاركة والعدالة، ولعل من أهم الأمور المعينة والمساعدة في ذلك: الاهتمام بالعناصر الأساسية لمنظومة قياس أثر التشريعات من تدابير ومؤسسات وأدوات؛ باعتبارها من أهم أسباب نجاح المنظومة، ومكوناً رئيساً ومهماً وفعالاً فيها[(١)]، وسبباً رئيساً نحو تعزيز جودة المنظومة التشريعية السعودية.

٢. إصدار قرار وزاري جديد بحيث يتناول بالتفصيل قياس الأثر التنظيمي اللاحق، بمنهجية واضحة، وتسلسل إجرائي قوي، وفق ما يتناسب مع المرحلة الحالية للملكة، ووفق تطلعاتها المستقبلية.

٣. الدور الإرشادي التوعوي للمركز الوطني للتنافسية عقد الندوات والحوارات، والدورات التدريبية؛ بغية نشر ثقافة تقييم الأثر التشريعي بنوعيه، والتعريف بأهميته وأثره في تحقيق المستهدفات، خاصة لمنسوبي الإدارات القانونية بالجهات والهيئات الحكومية.

(١) يُنظر: د. كريم سيد عبد الرزاق، منهجية قياس أثر التشريعات بين الممارسات والخبرات الدولية ومتطلبات التطبيق في الدول العربية، ص ٧٩.
ويُنظر للاستزادة:
Rodrigo, D. (2005). Regulatory impact analysis in OECD countries. Challenges for developing countries.

كما أن دور المراكز البحثية المتخصصة في تكوين الوعي بدراسات الأثر التشريعي لا يمكن تجاهله، للوصول إلى نجاح منظومة التشريع كلها، بما يواكب تطورات الحياة ويلائم حاجات الناس، وبقدر قدرة المراكز البحثية على إيجاد حلول ودراسات أثر تشريعي يقدمها للمنظم تنسجم مع الواقع ينجح المشرع في عملية الإصلاح والتطوير، وذلك نحو إقامة علاقة قوامها الشراكة ما بين المؤسسات البحثية العاملة في المجال التشريعي، وما بين الحكومة؛ لوضع خطة عمل ممنهجة لتحقيق الإصلاح التشريعي، ومراحل ذلك بما يتلاءم مع طبيعة المملكة ونظامها، وواقعها الثقافي والاقتصادي[1].

٤. ضرورة تحديد جهة معينة تتولى الإشراف على عملية تقييم الأثر التشريعي، بحسب ما يراه صانع القرار مناسبًا لإنجاح منظومة التقييم، وضمان استقلالية تلك الجهة في إدارة عملية مراجعة دراسات تقييم الأثر الصادرة من الجهات الحكومية لتعزيز كفاءة التقييم لمخرجات هذه الدراسات، ولا تكون عائقًا أمام تطبيقها وذلك من أجل الوصول لمنتج تشريعي مناسب جودة وتطبيقًا[2].

٥. أهمية وجود منصة خاصة يتم إطلاقها ضمن الموقع الرسمي للمركز الوطني للتنافسية يتم فيها عرض دراسات تقييم الأثر حتى يتمكن أصحاب المصلحة من الجهات والأفراد من الاطلاع على نتائج هذه الدراسات بما يتسق مع أفضل الممارسات الدولية.

(١) يُنظر: د. ليث كمال نصراوين متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون أداة للإصلاح والتطوير) العدد (٢)، الجزء (١)، مايو ٢٠١٧م، ص ٦٣٤.

(٢) يُنظر للاستزادة: محمود صبره، الاتجاهات الحديثة في إعداد وصياغة مشروعات القوانين، الناشر: مكتبة صبرة للتأليف والترجمة، الطبعة الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩م.

الخاتمة

وتشمل النتائج التي توصل لها الباحث، والتوصيات التي يوصي بها.

أولًا: النتائج:

١. ما زال موضوع تقييم الأثر التشريعي موضوعًا مطروحًا للباحثين لتناوله من عدة جوانب، منها مجالات تطبيقه، وتطويره، ودور المجتمع في إنجاحه.

٢. أن تقييم الأثر التشريعي غير مكتمل الصورة في ذهن كثير من الناس، خاصة القانونيون منهم، يظهر هذا في تباين تناولهم له على صفحات الإنترنت، والندوات والمحاضرات.

٣. وجود فجوة نظامية وتشريعية في تطبيق قياس الأثر التشريعي اللاحق بالمملكة العربية السعودية.

٤. تحول الدول إلى قياس الأثر التشريعي بطيء، ويحتاج لتوعية ونشاط مكثف من الحكومات والمثقفين.

٥. مقياس تطور الدول تشريعيًّا وتنظيميًّا يقاس بقدرتها على إصدار منتج تشريعي يلبي الاحتياجات والمتطلبات، وأن يكون محققًا لأكبر قدر من الإيجابيات، وأقل قدر من السلبيات، وأن يكون منتجًا تشريعيًّا جيدًا.

٦. لا بد من تكاتف المجتمع أفرادًا وجماعات، ومؤسسات -حكومية أو غير حكومية- في إنجاح تقييم الأثر التنظيمي أو التشريعي، وإنجاح منظومة التشريع ككل.

ثانيًا: التوصيات:

١. ضرورة إصدار مجلس الوزراء قراراً جديداً يتناول بالتفصيل قياس الأثر التنظيمي اللاحق، بمنهجية واضحة، وتسلسل إجرائي قوي، وفق ما يتناسب مع أفضل الممارسات الدولية في مجال قياس جودة التشريعات.

٢. أهمية تصميم منهجية علمية دقيقة لعملية تقييم الأثر التشريعي اللاحق، متضمنة آلية التقييم، وكيفيته، ووضع النماذج المتعلقة بذلك، وتعميمها على الجهات الحكومية، وذلك في ضوء الأدلة الإرشادية الصادرة من منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ومنظمة البنك الدولي.

٣. ضرورة تفاعل الجهات الأكاديمية والجمعيات العلمية في تعزيز الوعي القانوني وذلك بنشر ثقافة تقييم الأثر التشريعي بنوعيه من خلال إقامة الدورات التدريبية والبرامج التأهيلية التي توضح لجميع مراحل عملية دراسة الآثر التشريعي السابق واللاحق.

٤. أهمية مساهمة الباحثين والدراسين بتقديم أطروحات وبحوث حول تقييم الأثر التشريعي، وتقييم التجارب الدولية، وتقديمها للمنظم السعودي للإفادة منها قدر المستطاع، والمساعدة في تطوير المنظومة التشريعية.

قائمة المصادر والمراجع

أولًا: المصادر والمراجع باللغة العربية:

أ. الكتب والبحوث والمجلات:

١. **تاج العروس من جواهر القاموس**، المؤلف: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزَّبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، بتحقيق مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية، بدون طبعة ولا تاريخ.

٢. **العين**، المؤلف: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ)، المحقق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، الناشر: دار ومكتبة الهلال.

٣. **مجمل اللغة**، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

٤. **معجم اللغة العربية المعاصرة**، المؤلف: د. أحمد مختار عبد الحميد عمر (المتوفى: ١٤٢٤هـ) بمساعدة فريق عمل، الناشر: عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

٥. **المعجم الوسيط**، من إصدار مجمع اللغة العربية بالقاهرة، عمل الأساتذة: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، الناشر: دار الدعوة.

٦. **دور دراسات تقييم الأثر التشريعي في تعزيز فاعلية وكفاءة الأنظمة السعودية - أنظمة مكافحة الإرهاب الإلكتروني أنموذجًا**، د. عبد العزيز بن صالح العبود، بحث منشور ضمن فاعليات المؤتمر الدولي لمكافحة الإرهاب الإلكتروني ٢٠٢٢م، المنعقد في رحاب الجامعة الإسلامية، المقام يوم ١١ جمادى الأول من عام ١٤٤٤هـ.

٧. **نظام تقييم الأثر كآلية حديثة لضبط الإنتاج التشريعي في الجزائر**، مختار دويني، بحث منشور بمجلة الحوار المتوسطي، المجلد (١٣)، العدد (١)، مارس ٢٠٢٢م.

٨. **منهجية قياس أثر التشريعات بين الممارسات والخبرات الدولية ومتطلبات التطبيق في الدول العربية**، د. كريم سيد عبد الرزاق، المجلة العلمية لكلية الدراسات الاقتصادية والعلوم السياسية جامعة الإسكندرية، المجلد (٣)، العدد (٦)، يوليو ٢٠١٨م.

٩. **منهجية تقييم أثر التشريعات كآلية لتحسين جودة صناعة التشريع**، محماد البدواي، مجلة مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية، المجلد (١٠)، العدد (١٩)، ٢٠١٩م.

١٠. **قياس أثر التشريعات**، كريم السيد عبد الرزاق، مجلة النهضة، المجلد (١٣)، العدد (١)، يناير ٢٠١٢م.

١١. **المعايير الحاكمة لقياس أثر التشريع**، نسيم عبد الله عليوي، مجلة دراسات دولية، العدد (٩٣)، ٢٠٢٣م.

١٢. **متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني**، ليث كمال نصراوين، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون أداة للإصلاح والتطوير) العدد (٢)، الجزء (١) مايو ٢٠١٧م.

١٣. **الاتجاهات الحديثة في إعداد وصياغة مشروعات القوانين**، محمود صبره، الناشر: مكتبة صبرة للتأليف والترجمة، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.

١٤. **شرح أنظمة الحكم الأساسية في المملكة العربية السعودية**، د. محمود أحمد عبابنة، الناشر: مركز البحوث، معهد الإدارة العامة، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م.

ب. الأدلة الإرشادية:

١. **الدليل الإرشادي لإعداد التشريعات وصياغتها**، الصادر بالتعاون بين اللجنة التحضيرية لإعداد التشريعات القضائية والمركز الوطني للتنافسية، أغسطس ٢٠٢٢م.

٢. **الدليل الإرشادي لسياسة تقييم الأثر**، الصادر عن رئاسة الوزراء بدولة الأردن سنة ٢٠٢٢م.

٣. **دليل تقييم الأثر التنظيمي للتشريعات والتدخلات الحكومية بدولة فلسطين**، الصادر عن معهد الحقوق بجامعة بيرزيت، برام الله، سنة ٢٠١٧م.

٤. **الدليل الإجرائي لدراسة تقييم الأثر في مصر**، في أغسطس سنة ٢٠١١م.

ج. القرارات الوزارية:

١. **قرار مجلس الوزراء بالمملكة العربية السعودية رقم (٢٦٥)**، والصادر بتاريخ ٢١/ ٠٦/ ١٤٣٥هـ.

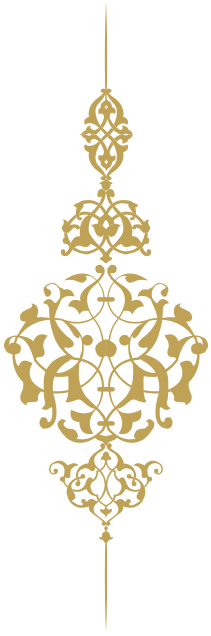
٢. **قرار مجلس الوزراء بالمملكة العربية السعودية رقم (٧١٣)**، والصادر بتاريخ ٣٠/ ١١/ ١٤٣٨هـ.

٣. **قرار مجلس الوزراء بالمملكة العربية السعودية رقم (٤٧٦)**، والصادر بتاريخ ١٥/ ٧/ ١٤٤١هـ.

ثانيًا: المراجع والمصادر الأجنبية:

1. **Kirkpatrick**, C. H., & Parker, D. (Eds.). (2007), Regulatory Impact Assessment: Towards Better Regulation?, Edward Elgar Publishing.
2. **OECD (2020)**, Regulatory Impact Assessment, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing.

3. **OECD (2009)**, Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence. OECD Publishing.
4. **Radaelli**, C. M. (2013), Measuring policy learning: regulatory impact assessment in Europe. In Learning and Governance in the EU Policy Making Process (pp. 43-62). Routledge.
5. **Radaelli**, C., & Francesco, F. D. (2010), Better Regulation For Growth: Governance Frameworks and Tools For Effective Regulatory Reform-Regulatory Quality Indicators.
6. **Renda**, A. (2011), Law and Economics in the RIA World: Improving the use of economic analysis in public policy and legislation.
7. **Rodrigo**, D. (2005), Regulatory Impact Analysis in OECD Countries. Challenges for Developing Countries. OECD publishing.
8. **The World Bank (2023)**, Global Indicators of Regulatory Governance: Impact Assessment < https://rulemaking.worldbank.org/en/data/comparedata/assessment >
9. **The World Bank Statistic (2023)**, Global Indicators of Regulatory Governance, Ex-post Review < https://rulemaking.worldbank.org/en/data/comparedata/expost >
10. **The World Bank Statistic (2023)**, Global Indicators of Regulatory Governance: Saudi Arabia < https://rulemaking.worldbank.org/en/data/explorecountries/saudi-arabia# >
11. **World Bank Group (2019)**, Global Indicators of Regulatory Governance: Worldwide Practices of Regulatory Impact Assessments.



الادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري في المملكة العربية السعودية

دراسة تطبيقية مقارنة

محمد سلطان أحمد العمري

القاضي بوزارة العدل

مقدمة

الحمد لله الذي مهد قواعد الدين بكتابه المحكم، وشيَّد معاقد العلم بخطابه وأحكم، فسبحان من حكم فأحكم، وأشهد أن لا إله إلا الله حده لا شريك له، شهادة تهدي إلى الطريق الأقوم، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، المخصوص بجوامع الكلم صلى الله وسلم عليه، وعلى آله وأصحابه أولي المعالي والهمم، ومن سار على نهجهم إلى يوم الدين، أما بعد:

فقد قامت المملكة العربية السعودية -ولله الحمد والمنة- على مبادئ الشريعة الإسلامية، فأولت المنظومة العدلية فائق عنايتها، وجل اهتمامها، فسُنَّت الأنظمة القضائية، وشُكلت المحاكم الشرعية، وأُصدِرت اللوائح الإجرائية، وكُتبت القواعد التنظيمية، ويُسِّرت المحاكمات القضائية، مع تطوير دائم وتحديث مستمر، فتطورت المرافق العدلية بشكل شامل ومتكامل، وأُحدثت نقلة نوعية، وتحول كبير غير مسبوق في النظام القضائي السعودي، حيث تم التركيز على القضاء المتخصص من خلال إنشاء المحاكم والدوائر المتخصصة؛ مواكبة للتغيرات والتطورات التي تشهدها المملكة في شتى المجالات.

ولما ظهرت جرائم الفساد المالي والإداري بتعدد أنواعه واختلاف طرقه وأساليبه، واشتدت الحاجة إلى تخصيص جهات ودوائر قضائية متخصصة للنظر في تلك الجرائم، ولما كان من المناسب تخصيص جهة مستقلة تقوم بالاستدلال، والتحري، والتحقيق، والادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري؛ لضمان حسن سير العدالة، وتخفيف العبء على الجهات ذات

العلاقة، ونظراً لكون الادعاء العام أحد أعمدة المنظومة العدلية التي أولت الدولة الاهتمام به؛ لتعلقه بأمن المجتمع واستقراره، والإخلال به يعد من مظاهر الشر والفساد، ولكون وحدة الادعاء العام بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد هي المختصة برفع الدعوى الجزائية العامة ضد المتهمين في قضايا الفساد المالي والإداري، ومباشرتها أمام الدوائر القضائية المختصة؛ ونظراً لخصوصية الادعاء العام في قضايا الفساد المالي والإداري، وسعياً لإبراز اختصاصات - المدعي العام - في جرائم الفساد المالي والإداري في ضوء الأنظمة العدلية السعودية؛ لذا رأى الباحث أن يساهم في دراسة هذا الموضوع وأن يكون البحث بعنوان:

«الادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري- دراسة تطبيقية مقارنة-»

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في:

١. التعريف بنظام هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، والترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري، الصادرة بالأمر الملكي رقم (أ/ ٢٧٧) في ١٥/ ٤/ ١٤٤١هـ.

٢. مسؤوليات المدعي العام -بوحدة الادعاء العام- في دعاوى الفساد المالي والإداري، في ضوء نظام هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، ونظام النيابة العامة، ونظام الإجراءات الجزائية، والترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري.

٣. التعرف على الجانب الإجرائي التطبيقي الخاص بالادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري في المملكة العربية السعودية.

٤. اختصاص المدعي العام بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد بما يختص به المدعي العام بالنيابة العامة.

٥. إبراز التكامل والتوافق بين الأنظمة العدلية وأصالتها في المملكة العربية السعودية.

أسباب اختيار البحث:

أ. ما سبق ذكره من أهمية البحث.

ب. أهمية البحث لمرفق القضاء ومن له علاقة به كالقضاة، والمستشارين، والمحامين، وهيئة حقوق الإنسان، ومن يعنى بسن الأنظمة التي تتعلق بالقضاء.

ج. بيان خصوصية الادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري في المملكة العربية السعودية.

د. إبراز دور المدعي العام، والتعرف على مسؤولياته في الدعوى الجزائية العامة في جرائم الفساد المالي والإداري.

هـ. ندرة الأبحاث المتخصصة في هذا الجانب، لاسيما ما يتعلق بالادعاء العام والمحاكمة الجزائية في جرائم الفساد المالي والإداري؛ نظراً لحداثة الترتيبات المتعلقة بمكافحة الفساد المالي والإداري.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في التعرف على ماهية الادعاء العام ومشروعيته في جرائم الفساد المالي والإداري، وعلاقة وحدة الادعاء العام بالجهات القضائية: وحدة التحقيق الجنائي، وجهة المحاكمة، والجهة المختصة بالادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري، والتعرف على اختصاصات المدعي العام في جرائم الفساد المالي والإداري، في ضوء نظام هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، والترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري، الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (أ/ ٢٧٧) في ١٥/ ٤/ ١٤٤١هـ، ونظام النيابة العامة، ونظام الإجراءات الجزائية.

أسئلة البحث:

١. ما مفهوم الادعاء العام ومشروعيته في جرائم الفساد المالي والإداري؟

٢. ما علاقة الادعاء العام بالجهات القضائية المختصة بنظر جرائم الفساد المالي والإداري؟

٣. ما خصوصية الادعاء العام في قضايا الفساد المالي والإداري، ومباشرتها أمام المحاكم الشرعية؟

٤. ما مسؤوليات المدعي العام واختصاصاته في الدعوى الجزائية العامة في جرائم الفساد المالي والإداري؟

أهداف البحث:

- التعرف على مفهوم الادعاء العام، ومفهوم المدعي العام، في جرائم الفساد المالي والإداري.

- بيان مبادئ الادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري.

- بيان اختصاصات المدعي العام ودوره في الدعوى الجزائية العامة في جرائم الفساد في ضوء نظام هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، والترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري، الصادرة بالأمر الملكي رقم (أ/ ٢٧٧) في ١٥/ ٤/ ١٤٤١هـ، ونظام النيابة العامة، نظام الإجراءات الجزائية.

- دراسة الأنظمة المنظمة للادعاء العام في المملكة العربية السعودية، وبيان أصالتها وتكاملها.

الدراسات السابقة:

من خلال البحث والاطلاع على البحوث والدراسات السابقة، فإن الباحث لم يجد -في حدود بحثه- رسالة علمية، أو بحثاً محكماً تحدث عن الادعاء العام -من الناحية الإجرائية والعملية- في جرائم الفساد المالي والإداري في ضوء نظام هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، والترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري، الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (أ/ ٢٧٧) في ١٥/ ٤/ ١٤٤١هـ، ونظام النيابة العامة، نظام الإجراءات الجزائية. وعلى الرغم من ذلك فإن الباحث سيعرض وبإجمال بعض

الدراسات التي تناولت مسائل الادعاء العام، والفساد المالي والإداري، ومن ثم بيان الفرق بينها وبين موضوع الدراسة.

أولاً: الدراسات التي تناولت الادعاء العام:

- بحث بعنوان: «الادعاء العام في الفقه والنظام»، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه بالمعهد العالي للقضاء، إعداد الطالب: محمد بن طلحة بن محمد غوث، عام ١٤٢٢هـ.

- بحث بعنوان: «دور هيئة التحقيق والادعاء العام في الدعوى الجنائية»، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير بجامعة الأمير نايف، إعداد الطالب: عبد الرحمن بن أحمد الأفندي، عام ١٤٢٠هـ.

- بحث بعنوان: «دعاوى الحق العام أما المحاكم في الفقه والنظام»، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير بقسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء، إعداد الطالب: أحمد بن عبد الرحمن المحيذيف، عام ١٤١٦هـ.

ثانياً: الدراسات التي تناولت موضوع الفساد المالي والإداري:

- بحث بعنوان: «علاقة الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد بجهات التحقيق»، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير بجامعة الأمير نايف- قسم العدالة الجنائية-، إعداد الطالب: محمد مسفر مجدل القحطاني، إشراف الدكتور: مروان شريف القحف، عام ٢٠١٣م.

- بحث بعنوان: «آليات مكافحة الفساد الإداري ودورها في الحد من المخاطر الاقتصادية»، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير بجامعة الأمير نايف، إعداد الطالب: ياسر أحمد شاكر الشريف، إشراف الدكتور: علي ضبيان الرشيدي، عام ٢٠١٩م.

- بحث بعنوان: «جهود مكافحة الفساد الإداري والمالي في المملكة العربية السعودية»، إعداد الدكتور: شريهان ممدوح حسن أحمد، بحث منشور في المجلة القانونية، جامعة القاهرة، عام ١٤٢٢هـ.

ويلاحظ على الدراسات السابقة ما يلي:

أن معظمها أصلت لمفهوم الادعاء العام والفساد المالي والإداري، من الناحية الشرعية والنظامية، ولم تتطرق الدراسات السابقة إلى خصوصية الادعاء العام في الدعوى الجزائية العامة في قضايا الفساد المالي والإداري بشكل خاص.

وقد تميزت هذه الدراسة عن جميع الدراسات السابقة بما يلي:

- أنها حول موضوع الادعاء العام في قضايا الفساد المالي والإداري، في ضوء نظام هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، والترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري، الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (أ/ ٢٧٧) في ١٥/ ٤/ ١٤٤١هـ، ونظام النيابة العامة، ونظام الإجراءات الجزائية.

- أنها توضح خصوصية الادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري، في ضوء والترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري، الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (أ/ ٢٧٧) في ١٥/ ٤/ ١٤٤١هـ، ونظام النيابة العامة، نظام الإجراءات الجزائية.

- أنها تناولت اختصاصات ومسؤوليات المدعي العام -بوحدة الادعاء العام الجنائي -في جرائم الفساد المالي والإداري.

- كما أنها جمعت بين الجانب النظري والتطبيقي.

منهج البحث:

الالتزام في البحث بالمنهج الوصفي الاستقرائي التحليلي المقارن، على النحو الآتي:

١. وضع عنوان للمسألة بعبارة دقيقة واضحة.

٢. التركيز على موضوع البحث، وتجنب الاستطراد.

٣. الاكتفاء في التعاريف بتعريف المصطلح من الناحية الشرعية والنظامية تعريفاً مركباً فقط، وتجنب التعاريف اللغوية والمفردة؛ منعاً للإطالة؛ ولكونها مذكورة في مظانها.

٤. العناية بذكر النصوص النظامية، والتعليمات، والتعاميم ذات العلاقة - قدر المستطاع-.

٥. الاعتماد على أمهات المصادر الأصلية إن وجد فيها ما يغني عن غيرها.

٦. العناية بقواعد اللغة العربية، والإملاء، وعلامات الترقيم.

خطة البحث:

وتضمنت أهمية البحث، وأسباب اختياره، وأهدافه، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطة البحث، وخمسة مباحث، وخاتمة.

المبحث الأول: التعريف بمفردات العنوان، ومبادئ الادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بمفردات العنوان.

المطلب الثاني: المبادئ التي يقوم عليها الادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري.

المبحث الثاني: علاقة الادعاء العام بالسلطة القضائية في جرائم الفساد المالي والإداري:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التفرق بين المدعي العام، والمدعي بالحق الخاص.

المطلب الثاني: علاقة الادعاء العام بجهة التحقيق، والمحاكم الشرعية.

المبحث الثالث: خصوصية الادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الجهة المختصة بالادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري.

المطلب الثاني: الجهة القضائية المختصة بالنظر في جرائم الفساد المالي والإداري.

المبحث الرابع: اختصاصات المدعي العام ومسؤولياته في جرائم الفساد المالي والإداري قبل المحاكمة:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: دراسة القضايا ومراجعتها.

المطلب الثاني: إعداد لائحة الدعوى العامة.

المطلب الثالث: تسبيب لائحة الدعوى العامة.

المبحث الخامس: اختصاصات المدعي العام ومسؤولياته في جرائم الفساد المالي والإداري أثناء المحاكمة:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إقامة الدعوى العامة أمام الدوائر الجزائية المختصة.

المطلب الثاني: توصيف الواقعة الجرمية.

المطلب الثالث: الاعتراض على الأحكام الجزائية العامة.

الخاتمة:

وفيها النتائج والتوصيات.

قائمة المراجع.

المبحث الأول
التعريف بالادعاء العام ومبادئ الادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بمفردات العنوان:

أولاً: تعريف مصطلح الادعاء العام في الفقه:

إطلاق الادعاء العام على هذا الطلب إطلاق حديث، ولذلك لم يرد ذكره في كتب الفقه، فلم يستعمل الفقهاء هذا الاصطلاح في هذا الطلب، وإنما استعملوا اصطلاحات أخرى قريبة منه بالمعنى نفسه، مثل دعوى الحسبة.

فَعُرِّفت دعوى الحسبة بأنها: «إخبار بحق الله حسبة يطلبه عند حاكم»[1].

وعُرِّفت بأنها: «من يدعي فعل محرم على المطلوب يوجب عقوبته».

ولهذا اجتهد المعاصرون في بيان مفهوم دعوى الحسبة، فعرَّفها البعض بأنها: «هي تلك الدعاوي التي يتقدم بها الشخص إلى القاضي دون أن يطلب حقاً خاصة لنفسه، وإنما يطلب حقاً لله تعالى».

(١) ذكره الماوردي في الإنصاف: (١١/ ٣٦٩) نقلًا عن الرعاية، لابن حمدان.

ويمكن أن يُتوصل مما ذكره الفقهاء والمعاصرون إلى تعريف للادعاء العام باعتباره علماً في الفقه بأنه: «مطالبة حق في مجلس له الخلاص عند ثبوته»(١).

وعُرِّف بأنه: «مطالبة بحق الله، أو إخبار به في مجلس القضاء»(٢).

فالمراد بهذا المصطلح عند الفقهاء: «الدعوى التي يقدم بها الشخص إلى القاضي دون أن يطلب حقاً لنفسه، وإنما يطلب حقاً لله تعالى».

ثانياً: تعريف مصطلح الادعاء العام في النظام:

عُرِّفَ الادعاء العام في النظام بأنه: «القضاء الواقف الذي يمثل المجتمع أمام المحاكم، للدفاع عن مصلحة المجتمع والنظام العام»(٣).

وعُرِّف بأنه: «مطالبة معينٍ معاقبة أو إثبات إدانة من القضاء للحق العام»(٤).

وعُرِّف بأنه: «حماية الحقوق وإقامة العدل برفع الدعوى في الحقوق العامة في قضايا الجنح والتعزيرات والجنايات ذات الطابع العام»(٥).

(١) إمارة المنطقة ودورها في الإجراءات الجزائية في المملكة العربية السعودية، ليحيى آل مرعي: ص (١٠٤).
(٢) الادعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام، لطلحة غوث: ص (٥١).
(٣) دور الادعاء العام في الدعوى المدنية، لتيماء محمود فوزي الصراف: ص (٣٢).
(٤) الادعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام، لطلحة غوث: ص (٥٣).
(٥) هيئة التحقيق والادعاء العام ودورها في نظام العدالة الجنائية، فيصل معيض القحطاني: ص (٢٣).

وعُرِّف بأنه: «إسناد واقعةٍ إجراميةٍ إلى شخص معين تزعم النيابة العامة بصفتها ممثلة للدولة صاحبة الحق في العقاب أنه مرتكبها، أو على الأقل مساهم فيها من خلال تحريك الدعوى الجنائية ورفعها مباشرة أمام القضاء»[1].

فالادعاء العام: مباشرة المختص للدعوى الجزائية العامة أمام المحاكم المختصة بقصد طلب إثبات إدانة المتهم والمطالبة بالعقوبة المناسبة، ومتابعتها حتى الفصل فيها بحكم نهائي.

ثالثاً: تعريف المدعي العام باعتباره علماً في الفقه:

لم أقف على تعريف لاصطلاح المدعي العام في الفقه، ويرجع ذلك إلى أن هذا الاصطلاح مصطلح حديث، لم يستعمله الفقهاء قديماً، ولكن الادعاء العام يرادفه في الفقه اصطلاح دعوى الحسبة ودعوى التهمة وشهادة الحسبة، غير أن الفقهاء لم يذكروا تعريفات واضحة ومحددة لهذه الاصطلاحات، كما لم أجد -حسب اطلاعي- تعريفاً لمدعي الحسبة، ومدعي التهمة، وشاهد الحسبة.

ويمكن تعريف المدعي العام في الفقه بأنه: «من يطالب بحق الله أو يخبر به عند القاضي»[2].

(١) مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق، للدكتور أشرف رمضان: ص (٨٤).
(٢) الادعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام، لطلحة غوث: ص (١٠٨).

رابعاً: تعريف المدعي العام باعتباره علماً في النظام:

عُرِّفَ المدعي العام بأنه: «الذي يقدم الأدلة الشرعية أمام المحكمة، ويطالب بتوقيع عقوبة الحد الشرعي في جرائم الحدود، أو بتوقيع عقوبة تعزيرية في غير هذه الجرائم، أو بتقرير الإدانة ووصف التهمة دون النطق بالحكم»(١).

وعُرِّفَ بأنه: «المعين للمطالبة بعقوبة أو إثبات إدانة أو تحديد للوصف الجرمي من القضاء للحق العام»(٢).

وبالتالي فإن هذه التعريفات متقاربة، وهي المرادة في بيان مصلح المدعي العام.

خامساً: تعريف الفساد المالي:

عُرِّف الفساد المالي بتعاريف متعددة ومتقاربة في المعنى، ومن ذلك ما يلي:

- فعُرِّف بأنه: «هدر المال العام وضياعه، واستغلاله في منافع شخصية، أو حزبية، أو قومية»(٣).

- وعُرِّف بأنه: «سوء استخدام أو تحويل الأموال العامة من أجل مصلحة خاصة، أو تبديد الأموال في مقابل خدمة، أو تأثير معين»(٤).

(١) الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة، للدكتور أحمد بلال: ص (٦٠٧)، والإجراءات الجنائية في جرائم الحدود في المملكة، للدكتور سعد بن ظفير: (٢/ ٩٢).

(٢) الادعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام، لطلحة غوث: ص (١١٠).

(٣) الفساد الإداري وتطبيقاته في العراق، لعادل جابر الجوفي، ٢٠٠٩م: ص (١١).

(٤) قاموس المصطلحات الاقتصادية، لعلي أحمد: ص (٥١).

- وعُرِّف بأنه: «الانحرافات المالية المبنية على مخالفة القوانين، أو الأنظمة، أو منظمات المجتمع المدني، وشركات القطاع الخاص»[(١)].

ومن خلال التعاريف السابقة يعد الموظف فاسداً مالياً، إذا استغل منصبه، أو أساء استخدامه؛ لأجل الحصول على المال بأي وسيلة من الوسائل غير المشروعة، أو إهداره وتبديده.

سادساً: تعريف الفساد الإداري:

عُرف الفساد الإداري بتعاريف متعددة ومتقاربة في المعنى، ومن ذلك ما يلي:

- فعُرِّف بأنه: «إخلال بالمصالح والواجبات العامة»[(٢)].

- وعُرِّف بأنه: «استخدام الوظيفة العامة لتحقيق مصالح خاصة»[(٣)].

- وعُرِّف بأنه: «النشاطات التي تتم داخل جهاز حكومي، والتي تؤدي إلى حَرف ذلك الجهاز عن هدفه الرسمي الذي يمثل طلبات الجمهور،

(١) الفساد الإداري والمالي، أسبابه، مظاهره، مؤشرات قياسه، للدكتور مفتاح صالح، ومعارفي فريدة، بحث منشور، جامعة محمد خيضر - بسكرة، ٢٠١٢م.
(٢) الفساد والحكم، الأسباب، العواقب، الإصلاح، لسوزان روز أكرمان، ترجمة فواد سروجي، دار الأهلية، ط١، عمان، ٢٠٠٣م: ص (١٥).
(٣) الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري، لحاحا عبد العالي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خضير، بسكرة، ٢٠١٣م: ص (٥٥).

والمصلحة العامة، لصالح أهداف خاصة، سواء كان ذلك بصبغة متجددة أم لا، وسواء كان ذلك بأسلوب فردي، أو جماعي منظم»[1].

- وعُرِّف بأنه: «كل سلوك أو تصرف إيجابي أو سلبي من قبل موظف عام، أو أي شخص مكلف بخدمة عامة أو ما في حكمها، يهدف إلى تحقيق مصالح شخصية مادية، أو معنوية، أو اجتماعية، سواء لنفسه، أو لأشخاص آخرين، على حساب المصلحة العامة، واستغلال أو استثمار سلطاته الفعلية، أو المفترضة لهذه الغاية، ويشمل أيضاً أفعال وتصرفات الطرف الآخر الذي يعرض، أو يقدم مثل هذه المنافع، وكل من يشترك، أو يتوسط في ذلك»[2].

ومن خلال التعاريف السابقة يعد الموظف فاسداً إدارياً إذا قَبِل مالاً، أو هدية ذات قيمة مالية مقابل أداء عمل ملزم بأدائه رسمياً بالمجان، أو ممنوع من أدائه رسمياً، وإذا مارس سلطاته التقديرية مستغلاً منصبه الإداري، أو أساء استخدام السلطة الرسمية، ورجح المصلحة له، ولأصدقائه، وأقاربه، على المصلحة العامة، سواء كان ذلك بأسلوب فردي أو جماعي.

سابعاً: تعريف العنوان مركباً:

المراد بالادعاء العام في قضايا الفساد المالي والإداري هو: مباشرة المدعي العام المختص للدعوى الجزائية العامة ضد المتهمين في جرائم الفساد المالي

(١) الفساد الحكومي في الدول النامية، لعباد محمد علي باش، مجلة القادسية للعلوم الإدارية والاقتصادية، المجلد (٥)، العدد (٣)، ٢٠٠٢م: ص (٢٠٣).

(٢) الفساد الإداري أسبابه ومظاهره، لعصام عبد الفتاح مطر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١١م: ص (٣١).

والإداري، بقصد إثبات الإدانة، والمطالبة بعقوبة جزائية، أمام المحكمة المختصة، ومتابعتها حتى الفصل فيها بحكم نهائي.

محترزات التعريف:

المدعي العام المختص: هو عضو هيئة الرقابة ومكافحة الفساد بوحدة الادعاء العام الجنائي المختص ولائياً ومكانياً ونوعياً بالادعاء العام في قضايا الفساد المالي والإداري.

للدعوى الجزائية العامة: قيد يُخرج دعوى الحق الخاص، حيث نص البند (١) من الفقرة (ثالثاً)[١] على أن: «تنشأ وحدة تحقيق وادعاء جنائي في هيئة الرقابة ومكافحة الفساد تختص بالتحقيق الجنائي في القضايا الجنائية المتعلقة بالفساد المالي والإداري والادعاء فيها»، كما نص البند (٢) من الفقرة (ثالثاً)[٢] على أن: «تعمل الدوائر في وحدة التحقيق والادعاء الجنائي وفق الأحكام والقواعد والإجراءات والمدد المحددة نظاماً التي تعمل بها النيابة العامة في هذا الشأن».

ضد المتهمين في جرائم الفساد المالي والإداري: قيد يُخرج جميع الجرائم العامة ما عدا جرائم الفساد المالي والإداري، حيث صدر الأمر الملكي الكريم[٣] بإنشاء هيئة الرقابة ومكافحة الفساد؛ لتختص بالاستدلال والتحري والبحث، والتحقيق في جرائم الفساد المالي والإداري، والادعاء بها

(١) من الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري.
(٢) من الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري.
(٣) رقم (أ/ ٢٧٧).

أمام الجهات القضائية في الحقوق العامة[١]؛ حيث نصت الفقرة (أولًا)[٢]على: «ضم هيئة الرقابة والتحقيق إلى الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، وتعديل اسم الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد ليكون «هيئة الرقابة ومكافحة الفساد» لتعنى بالرقابة الإدارية ومكافحة الفساد المالي والإداري، وحماية النزاهة وتعزيز الشفافية،... إلخ».

وبهذا تعد هيئةُ الرقابة ومكافحة الفساد الجهةَ المختصة المعنية برفع دعوى الحق العام في جميع جرائم الفساد المالي والإداري، ومباشرتها أمام المحكمة المختصة، وبذلك تكون نائبة عن المجتمع في المطالبة بتوقيع العقاب على الجاني في تلك الجرائم.

بقصد إثبات الإدانة: وذلك بإثبات وقوع الجريمة أولاً، ثم إثبات نسبتها إلى المتهم[٣].

والمطالبة بعقوبة جزائية: قيد يُخرج العقوبات الإدارية، والتأديبية.

أمام المحكمة المختصة: قيد يُخرج دوائر المحكمة الجزائية المختصة بنظر قضايا الحدود والقصاص والتعزيرات في الجرائم العامة، عدا جرائم الفساد المالي والإداري، فإن الاختصاص النوعي والمكاني منعقد لدوائر الفساد المالي والإداري بالمحكمة الجزائية بالرياض، حيث نص البند رقم (١) من الفقرة

(١) انظر: الفقرة (أولًا) من الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري.
(٢) من الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري.
(٣) انظر: المادة (٣) من نظام الإجراءات الجزائية.

(رابعاً)[1] على أنه: «ينعقد الاختصاص المكاني في جميع الدعاوى المتصلة بقضايا الفساد المالي والإداري، للمحكمة المختصة بمدينة الرياض، وتسري على هذه الدعوى جميع الأحكام والإجراءات المقررة نظاماً».

ومباشرتها حتى الفصل فيها بحكم نهائي: إما بالإدانة ومن ثم النطق بالعقوبة، أو بعدم ثبوت الإدانة، ومن ثم إخلاء سبيل المتهم من دعوى الحق العام[2].

المطلب الثاني: المبادئ التي يقوم عليها الادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري:

الادعاء العام صورة من صور مباشرة الدولة لحقها في العقاب، وهو طرف أصيل في منظومة الدعوى الجزائية العامة، وبالتالي فإن الادعاء العام يقوم على مبادئ أساسية، سيتم تناول بعض من تلك المبادئ التي يقوم عليها الادعاء العام من خلال الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول: استقلال عمل الادعاء العام:

يُقصد بهذا الاستقلال أن -المدعي العام- بوحدة الادعاء العام الجنائي بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد لا يخضع إلا لمقتضيات الوصول إلى الحقيقة، واعتبارات الصالح العام، وحماية المال العام ومقدرات الوطن ونزاهة الوظيفة، فهذه هي الغاية التي يسعى إليها الادعاء العام، وليس لأية سلطة

(١) من الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري.
(٢) انظر: المادتين (٣، ١٧٣) من نظام الإجراءات الجزائية.

أن تحمله على الميل عن هذه الغاية، ومقتضى ذلك أن يتمتع المدعي العام -بوحدة الادعاء العام الجنائي- بقدر وافٍ من الاستقلالية وحرية العمل، حتى يستطيع مباشرة مهامه في حياد وموضوعية، ويتجلى ذلك في مظهرين أساسيين هما: الاستقلال في العمل، وعدم المسؤولية عن هذه الأعمال، ويُقصد بالاستقلال في العمل، ألا يَخضع المدعي العام في مباشرة أي عمل من أعمال الادعاء العام لرقابة السلطة التنفيذية، أو السلطة التشريعية، أو السلطة القضائية(١).

فاستقلال المدعي العام هو ألا يقع المدعي العام تحت تأثير سلطة، أو شخص يصرفه عن تحقيق ما نُصِّبَ لأجله، وهو إقامة العدل بين الناس، ورفع الظلم عنهم، وإيصال الحقوق إلى أصحابها، وتحقيق الردع الخاص للفرد، والردع العام للمجتمع(٢).

فالمدعي العام يتمتع بالاستقلالية التامة في عمله، فقد نصت المادة الخامسة من نظام النيابة العامة على أن: «أعضاء الهيئة يتمتعون بالاستقلال التام ولا يخضعون في عملهم إلا لأحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية وليس لأحد التدخل في مجال عملهم»، ومن مظاهر استقلال الادعاء العام ما نصت المادة السابعة من ذات النظام من أنه: «لا يجوز لعضو النيابة العامة الجمع بين وظيفته ومزاولة التجارة أو أي مهنة أو عمل لا يتفق مع

(١) انظر: الادعاء العام والمحاكمة الجنائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، لعماد النجار: ص (٧٥).

(٢) انظر: استقلال القضاء في المملكة العربية السعودية، للدكتور ناصر الجوفان: ص (١٤٣).

استقلال عمل الهيئة وكرامته»[1]، كما صدر قرار مجلس الوزراء[2] والمتضمن «الموافقة على تعديل المادة الخامسة من نظام النيابة العامة لتصبح بعد التعديل: «يكون لعمل أعضاء الهيئة الصفة القضائية ويتمتعون بالاستقلال التام...»»، كما صدر الأمر الملكي الكريم[3] والمتضمن: «ارتباط النيابة العامة مباشرة بالملك وليس لأحد التدخل في عملها»[4].

ومما يترتب على استقلال الادعاء العام -بوحدة الادعاء العام الجنائي- بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد في الدعوى الجزائية العامة ما يلي:

١. أن لها حرية بسط آرائها لدى المحاكم في الدعوى الجزائية العامة دون أن يكون للمحاكم حق الحد من هذه الحرية إلا ما يقضى به النظام وحقوق الدفاع.

٢. ليس للقضاء عليها أي سلطة رقابة، أو إشراف يتيح له لومها، أو عِتابها مباشرةً بسبب سيرها في أداء وظيفتها، فإن كان هناك شبهةٌ في هذا السبيل فليس له إلا أن يتجه في ذلك إلى رئيس هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، على أن يكون التوجه بصفة سرية رعاية للحرية الواجبة للادعاء العام.

(١) نظام هيئة التحقيق والادعاء العام الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٦) وتاريخ ٢٤/ ١٠/ ١٤٠٩هـ.

(٢) رقم (١٧١) وتاريخ ١٣/ ٤/ ١٤٣٦هـ.

(٣) رقم (أ/ ٢٤٠) وتاريخ ٢٢/ ٩/ ١٤٣٨هـ.

(٤) يتمتع أعضاء وحدة التحقيق والادعاء الجنائي بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد، بما يتمتع به أعضاء النيابة العامة، انظر: الفقرتين (ثالثاً، وخامساً) من الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري.

٣. لا يجوز للمحكمة أن توجه لوماً للادعاء العام أو تنتقد تصرفاته، سواء كان التجريح شفاهة أو كتابة في حيثيات الحكم[١]، وقد جرى قضاء محكمة النقض المصرية في هذا الصدد على: «أن ليس للقضاء على النيابة العامة أية سبيل يتيح لها لومها مباشرة بسبب طريقة سيرها في أداء وظيفتها»[٢].

٤. قرارات الادعاء العام غير خاضعة لرقابة القضاء الإداري، لا من حيث قضاء التعويض أو قضاء الإلغاء؛ لأنها تعتبر من قبل الأعمال القضائية، وليست من قبيل القرارات الإدارية.

٥. ليس للقاضي أن يوصي الادعاء العام بإتباع إجراءات معينة، ولذلك تكون المحكمة قد جاوزت سلطتها إذا هي أمرت الادعاء العام بمباشرة الدعوى الجزائية ضد شخص لم تحرك الدعوى ضده، كما أنه ليس لها أن تندب المدعي العام أثناء المحاكمة لإجراء تحقيق تكميلي[٣].

الفرع الثاني: حصانة أعضاء الادعاء العام:

يعرف هذا المبدأ بأنه: الحماية التي يتمتع بها عضو الادعاء العام عند قيامه بأعمال وظيفته؛ لئلا يتحرج في أداء واجباته، أو يتردد في أداء مهامه

(١) انظر: دراسة في أصول المحاكمات الجزائية، للدكتور سامي النصراوي: (١/ ٥١).
(٢) نقض مصري رقم (٣٥١١/ ٦) مايو، مجموعة القواعد القانونية: (٤/ ٥٤٧)، (غير منشور).
(٣) انظر: أصول الإجراءات الجنائية؛ الدكتور محمد محيي الدين عوض: ص (٣٥ - ٣٧)، والادعاء العام والمحاكم الجنائية وتطبيقهما، الدكتور عماد النجار ص (٧٥ - ٧٧)، تطور الإجراءات الجنائية في المملكة العربية السعودي؛ لعبد الله مرعي القحطاني: (١ / ٩١ - ٩٤).

الملقاة على عاتقه، خشية الوقوع في المسؤولية الجنائية، إذا تمت وفق أُطرها القانونية بحسن نية[١].

بمعنى أن المدعي العام لا يُسأل عما يقوم به من أعمال متعلقة بإقامة الدعوى الجنائية العامة، ومباشرتها أمام المحاكم ضد كل ما تقوم الأدلة ضده، لا مدنياً ولا جنائياً، فليس للمتهم إذا حكم له بعدم الإدانة مما نسب إليه أن يرجع على المدعي العام مطالباً بالتعويض أو المصاريف ونحوهما، لأن المدعي العام ليس مسؤولاً عن نتيجة الحكم في الدعوى، لأنه يستعمل حقاً مخولاً له بمقتضى النظام، وهدفه الأساسي تحقيق المصلحة العامة والعدالة وليس التشفي من أحد[٢].

وأهمية هذا المبدأ هي أن عدم مسؤولية المدعي العام تجعله مثابراً ومتابعاً للدعوى من دون تردد، متى ما كان حسن النية في أعماله، لأن محاسبته عن تلك الأخطاء رغم توافر حُسن النية ستجعله غير قادر على أداء واجباته ومتابعتها؛ مما يسبب ضرراً جسيماً بالمصلحة العامة[٣].

وانعدام المسؤولية ليس مطلقاً، إذ يجب أن يكون المدعي العام حسن النية في تصرفه، أما إذا كان سيئ النية بأن أساء استعمال سلطته الوظيفية، أو اتخذ ضد المتهم إجراءات غير نظامية، كما لو استعمل القسوة معه أو

(١) انظر: دراسة في أصول المحاكمات الجزائية، للدكتور سامي النصراوي: ص (٧٧-٧٨).
(٢) انظر: الوسيط في شرح نظام الإجراءات الجزائية، لياسر حسين بهنس: ص (٤٠-٤١).
(٣) انظر: شرح قانون الإجراءات الجنائية، للدكتور محمود مصطفى: ص (٧٣).

عرَّضه للتعذيب، أو اتهمه لأغراض شخصية أو رشوة، أو حبسه دون حق، أو تعمد إطالة محاكمته بقصد الإضرار به فإنه يمكن محاكمة المدعي العام جنائياً فضلاً عن التعويض عما ألحقه بالمتهم من أضرار.

وقد نص نظام الإجراءات الجزائية في الأحكام العامة الواردة في الباب الأول منه في المادة الثانية على أنه: «لا يجوز القبض على أي إنسان أو تفتيشه أو توقيفه أو سجنه إلا في الأحوال المنصوص عليها نظاماً، ولا يكون التوقيف أو السجن إلا في الأماكن المخصصة لكل منهما وللمدة المحددة من السلطة المختصة، ويحظر إيذاء المقبوض عليه جسديًا أو معنويًا، كما يحظر تعريضه للتعذيب أو المعاملة المهنية للكرامة».

وحتى لو كان المدعي العام حسن النية فإنه لا يُعفى إلا من الخطأ العادي كتفسير نص مثلاً، أما إذا كان الخطأ فاحشاً فالمتفق عليه أن ذلك لا يعفيه من المسؤولية، ولمن أصابه ضرر الحق في التعويض، وتكون المطالبة بالتعويض في حالة رفع الدعوى الجزائية على المدعي العام بالتدخل في الدعوى عن طريق الادعاء بالحق الخاص أمام المحكمة الجزائية[1]، ويشترط لرفع المسؤولية الجنائية والمدنية عن عضو الادعاء العام توافر الشروط التالية:

(١) انظر: أصول الإجراءات الجنائية، لـ د. محمد محيي الدين عوض: ص (٤٠)، الادعاء والمحاكمة الجنائية: ص (٧٧ - ٧٩)، تطور الإجراءات الجنائية في المملكة العربية السعودية، عبد الله القحطاني: ص (٩٤).

أ. أن يجهل من قام بالفعل غير المشروع العيب الذي أصاب فعله واعتقاده، وبناء على ذلك الجهل بأن الفعل الذي قام به مشروع[١].

ب. ألا ينصبَّ الغلط أو الجهل على نصوص التجريم، كأن يجهل المدعي العام وجود قاعدة في نظام الإجراءات الجزائية تمنع القبض على الأشخاص أو حبسهم إلا في الأحوال التي يجيزها النظام، أو تجاوز المدد المحددة في الإيقاف، أو التوقيف الانفرادي، أو توقيفه في غير الأماكن المخصصة للتوقيف، أو تعريضه للإيذاء الجسدي أو النفسي، ففي هذه الحالة لا يعتد بالدفع بحسن النية التي يطرحها المدعي العام، ولكن يجوز الدفع بحسن النية إذا انصبَّ الغلط أو الجهل على الوصف القانوني للقضية التي ارتكبها المدعي العام[٢].

ت. أن يثبت لمن قام بالعمل أن اعتقاده بمشروعية عمله قد بُنيَ على أسباب معقولة، وأنه لم يرتكبه إلا بعد اتخاذ الحيطة المناسبة، أي أنه يعتقد أن العمل الذي باشره يدخل ضمن اختصاصه، أو أنه ينفذ العمل الذي يسمح به النظام[٣].

(١) انظر: شرح قانون العقوبات القسم العام، لمحمود نجيب حسني: ص (٢٥٨).
(٢) انظر: خصائص الادعاء العام في جرائم قوى الأمن الداخلي، لحسين عبد الأمير الزبيدة: ص (٥٩).
(٣) نقض مصري رقم (٣٦٠/ ٢٩) مايو / ١٩٦١م، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية: ص (٦٢٨)، (غير منشور).

الفرع الثالث: تحقيق المدعي العام للعدالة:

يباشر المدعي العام المهام المسندة إليه بصفته خصماً شريفاً في منظومة الدعوى الجنائية، بمعنى أنه خصم من نوع خاص؛ لكونه لا يطالب بشيء معين استجابة لمصالحه الخاصة أو إرضاء لنفسه، وإنما يطلب الحكم بإثبات إدانة المدعى عليه ومعاقبته لصالح النظام العام والمجتمع، بصفته ممثلاً لولي الأمر، فالمدعي العام لا يباشر الدعوى للوصول إلى الغلبة والانتصار على المدعى عليه بأي ثمن إرضاء لشهوة، أو انتصاراً لموقف، وإنما غايته الحرص على الحقيقة وترتيب حكم الشرع عليها.

وإمعاناً في شرف الخصومة من جانب المدعي العام فإنه لا يتحرج من التمسك بحماية مصالح المتهم الذي هو خصم للمجتمع في منظومة الدعوى الجزائية، إذ عليه دائماً أن يتأكد من صحة الأدلة الكافية لإدانة المتهم، ولا يتعجل في تقديم المتهم المحاكمة الجنائية بأي دليل أو شبهة، بل عليه التحقق من كفاية الأدلة وسلامتها، ويجب عليه الاعتراض على الحكم حال مخالفته للنظام حتى لو تضمن عقوبة أشد بحق المدعى عليه[1].

فهدف المدعي العام هو حماية حقوق المجتمع وفق أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية، وبالتالي فإنه يعد طرفاً نزيهاً يقوم بحماية الخصومة، وحماية مصلحة المتهم، فللمدعي العام غايات سامية وأهداف نبيله سأورد بعضاً منها:

(١) انظر: الادعاء العام والمحاكمة الجنائية، لعلي الهجري: ص (٧-٨).

١. المدعي العام له دور كبير في صيانة الدين والأنفس والعقول والأموال والحريات، وفق قواعد الشريعة الإسلامية وضوابطها.

٢. للمدعي العام دور عظيم في إقامة حدود الله تعالى، وحفظ حقوق الأفراد والجماعات والموازنة بينهما.

٣. تطبيق شعيرة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ومحاربة الجريمة والمنكرات والشرور والتقليل منها.

٤. تحقيق الردع العام للمجتمعات والردع الخاص للمتهم، وذلك بالمطالبة بإيقاع العقوبات الرادعة.

٥. الإسهام في تحقيق الأمن والأمان والطمأنينة والاستقرار في المجتمع، والمحافظة على هيبة الدولة وتطبيق أنظمتها.

٦. للمدعي العام دور كبير في حفظ حقوق المتهم، وذلك من خلال التأكد من وقوع الجريمة، ونسبة الفعل إلى الفاعل، والتثبت من شخص المتهم، والتهمة المنسوبة إليه.

٧. القيام بتكييف الجريمة التكييف الملائم، وبيان أركانها، ومستند تجريمها، وجمع الأدلة المتعلقة بالدعوى وفحصها وتقديمها للقاضي وتسهيل مهمة القاضي.

فهذه جملة من الغايات التي يأمل المدعي العام تحقيقها أثناء تصديه لإقامة الدعوى الجزائية العامة، والتي لها أثرها الإيجابي على تحقيق الأمن واستقرار المجتمع، وعلى تحقيق العدالة الجنائية وفقاً لما دلت عليه أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية.

المبحث الثاني
علاقة الادعاء العام بالجهات القضائية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الفرق بين المدعي العام، والمدعي بالحق الخاص:

المدعي بالحق العام يختلف عن المدعي بالحق الخاص في الدعوى الجزائية، وبيان ذلك فيما يلي:

أولاً: من حيث بيان صفة المدعي:

فالمدعي بالحق العام يكتفى بخطاب تبعثه هيئة الرقابة ومكافحة الفساد إلى المحكمة بأسماء المدعين العامين المفوضين بإقامة الدعوى الجزائية العامة أمامها[1]، بينما المدعي بالحق الخاص لا بد من بيان الاسم الكامل للمدعي، ورقم هويته، ومهنته أو وظيفته، ومكان إقامته، ومكان عمله، والاسم الكامل لَمَنْ يمثله، ورقم هويته، ومهنته أو وظيفته، ومكان إقامته ومكان عمله[2].

ثانياً: من حيث طلبات المدعي:

فالمدعي بالحق العام يطلب من القضاء إثبات الإدانة ومعاقبة الجاني للحق العام، بينما المدعي بالحق الخاص يطلب إثبات الإدانة ومعاقبة الجاني بعقوبة أو بتعويض عما لحقه من ضرر.

(١) انظر: المادة (٢) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية.

(٢) انظر: المادة (٤١) من نظام المرافعات الشرعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ، نشر في جريدة أم القرى، العدد (٤٤٩١) في ٣/ ٢/ ١٤٣٥هـ.

ثالثاً: من حيث شروط أهلية المدعي.

فالمدعي بالحق العام لا بد أن يكون مسلماً، لأن الادعاء العام من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وفيه إثبات سلطة وولاية، ولا ولاية للكفار على المسلمين[١]، بينما المدعي في الحق الخاص لا يلزم أن يكون مسلمًا[٢].

رابعاً: من حيث حضور المدعي جلسات المحاكمة:

المدعي بالحق العام لا يشترط حضوره جميع جلسات المحاكمة، ولا تشطب الدعوى حال غيابه ولا تحفظ[٣]، بينما المدعي بالحق الخاص يشترط حضوره في جميع جلسات المحاكمة، وتشطب الدعوى حال غيابه[٤].

خامساً: من حيث توجيه اليمين للمدعي:

المدعي بالحق العام لا توجه له اليمين[٥]، بينما المدعي بالحق الخاص قد توجه له اليمين أو قد تكون في جانبه[٦].

فالمدعي بالحق العام له خصائص تميزه عن المدعي بالحق الخاص في الدعوى الجزائية، ولبيان سبب اختلاف طبيعة المدعي بالحق العام عن

(١) انظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٧/ ١٠٢).
(٢) انظر: الإنصاف، للمرداوي، (٦/ ٤٥٥).
(٣) انظر: المادة (١٠٨) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية.
(٤) انظر: المادة (٥٥) من نظام المرافعات الشرعية.
(٥) لأن المدعي العام نائب عن الإمام، واليمين لا تدخلها الإنابة، ولأنه لا يدعي شيئاً لنفسه.
(٦) المدعي قد توجه له يمين الاستظهار أو اليمين المتممة أو المكملة، أو اليمين المردودة.

المدعي بالحق الخاص فلا بد من بيان الفرق بين الادعاء العام والادعاء الخاص، سأذكر بعضاً من تلك الفروق وهي على النحو التالي:

أولاً: من حيث الموضوع:

يختلف الادعاء العام عن الادعاء الخاص من حيث موضوع كل منهما، فموضوع الادعاء العام هو حق الله عَزَّوَجَلَّ بطلب معاقبة المعتدي(١)، وموضوع الادعاء الخاص هو حقوق العباد، ويكون بطلب التعويض أو معاقبة المعتدي.

ثانياً: من حيث الغاية:

يختلف الادعاء العام عن الادعاء الخاص من حيث الغاية، فالغاية من الادعاء العام هي المصلحة العامة، والحفاظ على حقوق الله وإصلاح المعتدي وتطهيره من الذنب، والغاية من الادعاء الخاص هي المصلحة الخاصة واسترداد الحق المأخوذ والتشفي بمعاقبة المعتدي(٢).

ثالثاً: من حيث الحكم على الغائب:

يختلف الادعاء العام عن الادعاء الخاص من حيث الحكم على الغائب، ففي الادعاء العام لا يجوز إصدار حكم على المدعى عليه حال غيابه، لأن

(١) انظر: أدب القاضي، لابن أبي الدم: ص (٤٣٢).
(٢) انظر: دعاوي الحق العام أمام المحاكم، لأحمد المحيذيف: ص (٦٥).

مبناه على المساهلة والإسقاط[١]، وفي الادعاء الخاص يجوز الحكم على المدعى عليه حال غيابه[٢].

رابعاً: من حيث إقرار المدعي عليه:

يختلف الادعاء العام عن الادعاء الخاص من حيث إقرار المدعى عليه، ففي الادعاء العام يُقبل رجوع المدعى عليه عن إقراره فيما كان حداً لله تعالى قبل تنفيذ الحكم أو وقت تنفيذه، لأن حقوق الله سبحانه مبنية على المسامحة والستر والعفو، ويجوز للقاضي تلقينه المقر الرجوع عن الإقرار[٣]، بخلاف التعازير فلا يُقبل فيها رجوع المدعى عليه عن إقراره[٤]، وفي الادعاء الخاص لا يقبل رجوع المدعى عليه عن إقراره، لأنه مبني على الشح والتضييق[٥]، ولا يجوز للقاضي أن يلقن المقر الرجوع عن إقراره[٦].

خامساً: من حيث التداخل:

يختلف الادعاء العام عن الادعاء الخاص من حيث التداخل، فالادعاء العام إذا تعددت العقوبات فيه وكان من ضمنها قتل، فما دون القتل يدخل

(١) انظر: المغني، لابن قدامة: (١١/ ٤٨٦).
(٢) انظر: الشرح الكبير، لابن قدامة: (١١/ ٤٥٥).
(٣) انظر: المغني، لابن قدامة: (٥/ ٩٥) وكشاف القناع، للبهوتي: (٦/ ٤٠٦).
(٤) انظر: المصدرين السابقين.
(٥) انظر: المغني، لابن قدامة: (٩/ ١١٩).
(٦) انظر: المغني، لابن قدامة: (١٠/ ١٢١).

تحته[1]، وفي الادعاء الخاص إذا تعددت العقوبات فإنها لا تتداخل، ولو كان من ضمنها قتل، بل تستوفى جميعاً[2].

سادساً: من حيث الشبهة:

يختلف الادعاء العام عن الادعاء الخاص من حيث الشبهة، فالادعاء العام للشبهة فيه أثر في درء الحد[3]، بخلاف التعازير[4]، وفي الادعاء الخاص لا أثر للشبهة في إسقاطه[5].

سابعاً: من حيث انقضاء الدعوى العامة:

يختلف الادعاء العام عن الادعاء الخاص من حيث أسباب انقضاء الدعوى العامة، فالادعاء العام تنقضي فيه الدعوى الجزائية بإحدى الأمور التالية: صدور حكم نهائي، عفو ولي الأمر فيما يدخله العفو، ما تكون التوبة فيه بضوابطها الشرعية مسقطة للعقوبة، وفاة المتهم[6]، وفي الادعاء الخاص تنقضي الدعوى الجزائية الخاصة بإحدى حالتين: صدور حكم نهائي، عفو المجني عليه أو وارثه[7].

(١) انظر: المغني، لابن قدامة: (٩/ ١٣٢).
(٢) انظر: المصدر السابق.
(٣) انظر: الإجماع، لابن المنذر: ص (١٠١).
(٤) انظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي: ص (١٢٣).
(٥) انظر: المبسوط، للسرخسي: (١٦/ ١١٥).
(٦) انظر: المادة (٢٢) من نظام الإجراءات الجزائية.
(٧) انظر: المادة (٢٣) من نظام الإجراءات الجزائية.

ثامنا: من حيث الإجراءات:

يختلف الادعاء العام عن الادعاء الخاص من حيث الإجراءات، فالادعاء العام تمر القضايا فيه بعدة مراحل، وهي مرحلة الاستدلال، ثم مرحلة التحقيق الابتدائي، ثم مرحلة الادعاء، ثم مرحلة المحاكمة[١]، وفي الادعاء الخاص تقام الدعوى مباشرة أمام القضاء[٢].

تاسعاً: من حيث الشفاعة والعفو والصلح:

يختلف الادعاء العام عن الادعاء الخاص من حيث الشفاعة والعفو، فالادعاء العام لا تجوز الشفاعة ولا العفو في الحدود بعد بلوغها للإمام[٣]، بخلاف التعازير فيجوز الشفاعة والعفو فيها[٤]، وفي الادعاء الخاص تجوز الشفاعة والعفو في الحقوق الخاصة[٥].

عاشراً: من حيث الصلح:

يختلف الادعاء العام عن الادعاء الخاص من حيث الصلح، ففي الادعاء العام لا يجوز الصلح في الدعوى العامة[٦]، وفي الادعاء الخاص يجوز الصلح فيه مطلقاً.

(١) تكون وفق ما نص عليه نظام الإجراءات الجزائية.
(٢) تكون وفق ما نص عليه نظام المرافعات الشرعية.
(٣) انظر: بدائع الصنائع، للكاساني: (٧/ ٥٧).
(٤) انظر: فتح الباري، لابن حجر العسقلاني: (١٢/ ٨٨).
(٥) انظر: المغني، لابن قدامة: (٨/ ٢٨٦).
(٦) انظر: بدائع الصنائع، للكاساني: (٧/ ٥٧).

فهذه جملة من الفروق اتضح من خلالها أن القواعد التي يخضع لها الادعاء العام تختلف عن القواعد التي يخضع لها الادعاء الخاص، وبناء عليها تميَّز المدعي بالحق العام عن المدعي بالحق الخاص في الدعوى الجزائية.

المطلب الثاني: علاقة الادعاء العام بالجهات القضائية:

تمر الدعوى الجزائية العامة في جرائم الفساد المالي والإداري بعدة مراحل، وهي مرحلة الاستدلال، ويقوم بها رجال الضبط الجنائي – المباحث الإدارية– وفق الصلاحيات المخولة لهم نظاماً[1]، ومرحلة التحقيق الابتدائي، والذي تقوم به وحدة التحقيق الجنائي بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد، ومرحلة الادعاء العام والذي تقوم به وحدة الادعاء العام الجنائي بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد، ومرحلة المحاكمة والذي تقوم به المحاكم الشرعية. وبالتالي فإن المدعي العام يتعامل مع المحقق بوحدة التحقيق الجنائي بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد، والقاضي في المحكمة الشرعية– المختصة بنظر دعاوى الفساد– بشكل مستمر أثناء نظر الدعوى الجزائية العامة في جرائم الفساد المالي والإداري، وبالتالي يستحسن الحديث عن علاقة الادعاء العام بالجهات القضائية، وسيكون ذلك من خلال الفرعين التاليين:

(١) انظر: البند (ثانياً) من الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري، والمادة (٢٦) من نظام الإجراءات الجزائية.

الفرع الأول: علاقة الادعاء العام بجهة التحقيق:

تختص هيئة الرقابة ومكافحة الفساد في المملكة العربية السعودية بالتحقيق في الجرائم والادعاء العام فيها أمام المحاكم المختصة[1]، فهيئة الرقابة ومكافحة الفساد تتشكل من دائرة أو عدة دوائر، منها ما هو مختص بالتحقيق في الجرائم، ومنها ما هو مختص بالادعاء العام، وجميع تلك الدوائر تخضع لرئاسة فرع الهيئة بالمنطقة، وبعد انتهاء المحقق المختص من إجراءات التحقيق الابتدائي، وإصدار قرار الاتهام، يتم إحالة كامل أوراق القضية إلى وحدة الادعاء العام الجنائي، ومن هنا يبدأ دور المدعي العام، حيث يباشر المدعي العام رقابة إشرافية على أعمال جهة التحقيق الابتدائي، من خلال دراسته لملفات القضايا المحالة إليه، وتقييم النتائج التي توصل إليها المحقق، للوقوف على مدى توافقها مع أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية من عدمه، فإذا تبين للمدعي العام من خلال دراسته لأوراق القضية وجود ملاحظات على جهة التحقيق، كخطأ في تكييف الجريمة أو وجود نقص أو قصور في استيفاء الأدلة، أو عدم شمول التحقيق لكافة الوقائع الجرمية، أو اتضح عدم وجاهة إقامة الدعوى العامة لعدم وجود وقائع جرمية معاقب عليها أو لسقوط الدعوى لأسباب عامة أو خاصة، فيقوم المدعي العام بكتابة جميع ملاحظاته وعرض ذلك على رئيسه المباشر أو رئيس فرع الهيئة،

(١) انظر: البندين (١، ٢) من الفقرة (ثالثاً) من الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري.

ليتم مناقشة تلك الملاحظات وإعادتها لجهة التحقيق لاستكمال الملاحظات، واستدراك الأخطاء حال تطلب الأمر ذلك.

وخلاصة القول فإن المحقق -في وحدة التحقيق الجنائي- والمدعي العام -في وحدة الادعاء العام الجنائي- عضوان في جهاز واحد[1]- بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد-، ولكن الفرق بينهما في طبيعة العمل المسند لكل منهما، ومن أهم الفروق بين المحقق الجنائي والمدعي العام[2] ما يلي:

١- أن المحقق يختص بالتحقيق في الجرائم والتصرف في التحقيق، فقد نصت المادة الثالثة من نظام النيابة العامة على أنه: «تختص الهيئة وِفقاً للأنظِمة وما تُحدِّدُه اللائحة التنظيمية، بما يلي:

أ- التحقيق في الجرائم.

ب- التصرُف في التحقيق برفع الدعوى أو حفظها طبقاً لما تحدده اللوائح».

كما جعل نظام الإجراءات الجزائية التحقيق من اختصاص المحقق بالنيابة العامة، فقد نصت المادة الثالثة عشرة على أن: «تتولى هيئة التحقيق والادعاء العام التحقيق والادعاء العام طبقاً لنظامها ولائحته».

(١) تنطبق الأحكام الواردة في نظام الإجراءات الجزائية على الدعوى الجزائية في جرائم الفساد، انظر: البند (١) من الفقرة (ثالثاً) من الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري.

(٢) المحقق والمدعي العام في -النيابة العامة- كالمحقق والمدعي العام في هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، انظر: البند (٣) من الفقرة (ثالثاً) من الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري.

أما المدعي العام فيختص بالادعاء العام أما الجهات القضائية، وطلب تمييز الأحكام طبقاً لنظام هيئة التحقيق والادعاء العام-النيابة العامة-، حيث نصت المادة الثالثة على أنه: «تختص الهيئة - النيابة العامة- وفقاً للأنظمة وما تحدده اللائحة التنظيمية، بما يلي:

- الادعاء أمام الجهات القضائية وفقاً للائحة التنظيمية.

- طلب تمييز الأحكام».

حيث نصت المادة الخامسة عشرة من نظام الإجراءات الجزائية على أنه: «تختص النيابة العامة -وفقاً لنظامها- بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها أمام المحاكم المختصة»، ونصت المادة السادسة والخمسون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية على أنه: «يجب أن يحضر المدعي العام جلسات المحكمة في الحق العام، وذلك في الجرائم التي تحددها لوائح هذا النظام، وعلى المحكمة سماع أقواله والفصل فيها».

٢- أن المحقق يهدف إلى معرفة الحقيقة، فهو حَكَمٌ ليس له ولا عليه، بل ينظر بعدلٍ وإنصاف، بخلاف المدعي العام فإنه يطالب بإيقاع العقوبة الرادعة على المتهم، فهو خصم له[1]، وإن كان خصومة شكلية، لا يماثل الخصم في الحق من كل وجه.

(١) انظر: شرح قانون الإجراءات الجنائية، محمد نجيب: ص (٦٢)، والإجراءات الجنائية المقارنة، أحمد بلال: ص (٣١١).

٣- أن المحقق له سلطة في حفظ التحقيق، ونفي ثبوت التهمة على الجاني، وذلك عندما تكون أدلة الاتهام ليست كافية، بينما المدعي العام لا يملك ذلك؛ لأن دفاعه عن المتهم يناقض ادعائه عليه[١].

٤- أن نظام الإجراءات الجزائية خول للمحقق المختص القيام بعددٍ من الإجراءات مثل: التفتيش، والقبض، والاستجواب، والإفراج المؤقت، بخلاف المدعي العام فلا يملك شيئاً من ذلك.

٥- أن تكييف سلطة التحقيق الجنائي من قبيل الأعمال القضائية، وتكييف سلطة الادعاء من قبيل الأعمال الإدارية[٢].

فهذه بعض الفروق التي يمكن من خلالها التفرقة بين المحقق الجنائي بوحدة التحقيق الجنائي، والمدعي العام بوحدة الادعاء العام بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد.

الفرع الثاني: علاقة الادعاء العام بالمحاكم الشرعية:

يعد الادعاء العام حلقة وصل بين وحدة التحقيق الابتدائي -بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد- والمحاكم الجزائية المختصة بنظر الدعوى الجزائية العامة في تلك الجرائم، فجهة التحقيق تقدم المتهم إلى القضاء عن طريق المدعي العام، فيقوم المدعي العام بإعداد لائحة الدعوى العامة وتقييدها

(١) انظر: الإجراءات الجنائية المقارنة، لأحمد بلال: ص (٦٠٩).
(٢) انظر: تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام وآثاره - دراسة مقارنة -، للدكتور ناصر الجوفان، نشر في مجلة قضاء، العدد الثاني، رجب ١٤٣٤هـ: ص (٤٢) وما بعدها.

لدى المحكمة المختصة، وحضور جلسات المحاكمة وتقديم الأدلة والبينات، والمطالبة بإثبات الإدانة وتوقيع العقوبة المناسبة على المتهم، والاعتراض على الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى، كما أن القضاء يكون اتصاله مع هيئة الرقابة ومكافحة الفساد عن طريق المدعي العام.

فهدف الادعاء العام والقضاء الوصول إلى الحقيقة، وإقامة شرع الله، وحفظ حقوق المجتمع والجاني على حد سواء، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية، فالمدعي العام يعد خصماً شريفاً ونزيهاً في الدعوى ولا يطلب شيئاً لنفسه، بل يدعي على المتهم بارتكاب الجريمة، ويطالب بتوقيع العقوبة عليه لتكون رادعةً له وزاجرةً لغيره، فالقاضي يسمع دعوى المدعي العام، وإجابة المتهم أو وكيله، وينظر في بينات ودفاع كل الأطراف، ويقف بينهما موقف الحياد، وفي نهاية المرافعة يحكم بما توصل إليه اجتهاده، وبما ظهر له، إما بالإدانة أو بعدم الإدانة، متقيداً بأحكام الشريعة الإسلامية، وما سنه ولي الأمر من أنظمة متعلقة بذلك.

ومما يحسن الإشارة إليه والتنويه عنه لكلٍّ من المدعي العام -بوحدة الادعاء العام- والقاضي المختص -وهما أهل لذلك- ما يلي:

- استشعار أن الادعاء العام والقضاء يعد الواجهة العدلية لهذه الدولة المباركة، القائمة على تحكيم الشريعة الإسلامية وتطبيق أحكامها، فينبغي للمدعي العام والقاضي مراعاة ذلك، وتمثيل الإسلام والدولة والمجتمع السعودي خير تمثيل، واستشعار الأمانة العظيمة الموكلة لهما، وثقل المسؤولية الملقاة على عاتقهما، والثقة الممنوحة لهما من قبل ولاة الأمر -حفظهم الله-.

- بذل كافة الجهد والوسع، كل فيما يخصه بهدف الوصول إلى تحقيق العدالة الجنائية الناجزة، وتحقيق ما يصبو إليه ولاة أمر هذه البلاد، والمجتمع المحلي والدولي.

- استقلال عمل كل من المدعي العام والقاضي، فالكل مستقل عن الآخر، فكل له عمله المنوط به، وليس لأحد منهما التدخل في عمل الآخر، إلا في حدود ما نصت عليه الأنظمة والتعليمات.

- التقيد بالحضور والحرص عليه، ومراعاة مواعيد الجلسات، وبذل الجهد اللازم للمسارعة في إنجاز القضايا مع مراعاة الدقة والجودة، لاسيما قضايا الموقوفين التي تنص التعليمات على سرعة إنجازها.

- حفظ ومراعاة حقوق وضمانات المتهم في جميع مراحل الدعوى، وتطبيقها في الواقع العملي، وإشعار المتهم بحقوقه الواردة في الأنظمة والتعليمات، والتلطف معه ومع ذويه، واستشعار أن الهدف من محاكمة المتهم تطهيره من الذنب، وتحقيق الردع العام والردع الخاص، وليس الغرض التشفي منه.

- تجنب كل ما قد يعيق المحاكمة الجزائية العادلة، أو ما يضر بالمتهم أو يمس كرامته، كالتأخر عن حضور الجلسات في الوقت المحدد، أو عدم التحضير الجيد للقضية، أو التأخر في جلب البينات، أو كثرة طلب الإمهال بدون حاجة.

- تجنب الاستطراد غير النافع والدخول في المشادات الكلامية مع أطراف الخصومة، والتمسك بضبط النفس والحياد، والتزام النزاهة والإنصاف، والبعد عن العبارات والتصرفات التي توحي بالانحياز أو عدم التجرد.

- تنمية الجانب العلمي والتطبيقي، ومتابعة كل ما هو جديد في مجال الادعاء العام والمحاكمة الجزائية من أنظمة وأبحاث وندوات وتعليمات، وبناء المعرفة الذاتية وتطويرها.

- التقيد بأخلاقيات المهنة وما تتطلبه، من الصبر والاجتهاد والتأني وترك الغضب، والمشاورة عند اللبس والإشكال، والمحافظة على الأسرار التي يطلع عليها.

فهذه جملة من الإرشادات العامة التي ينبغي للقاضي وللمدعي العام مراعاتها؛ لضمان حسن سير العدالة الجنائية، وتمثيل المرفق العدلي خير تمثيل للوصول إلى أعلى درجات الكفاءة والمهنية.

المبحث الثالث
الجهات المختصة بالنظر في جرائم الفساد المالي والإداري

الدعوى الجزائية العامة في جرائم الفساد المالي والإداري ليست كالدعوى الجزائية العامة في سائر الجرائم؛ بل للدعوى الجزائية العامة في جرائم الفساد خصوصية من حيث الادعاء العام والمحاكمة، وسيبين الباحث تلك الخصوصية في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الجهة المختصة بالادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري:

استناداً للمادة الثالثة من نظام النيابة العامة، والتي نصت على أنه: «تختص النيابة العامة وفقاً للأنظمة وما تحدده اللائحة التنظيمية، بما يلي:...

ج-الادعاء أمام الجهات القضائية وفقاً للائحة التنظيمية.

د- طلب تمييز الأحكام».

جعل النظام السعودي الادعاء العام في الجرائم من اختصاص النيابة العامة، فهي صاحبة الصلاحية في الادعاء بالحق العام في جميع الجرائم، ويؤيد ذلك ما جاء في نظام الإجراءات الجزائية، منها:

- المادة الثالثة عشرة: «تتولى هيئة التحقيق والادعاء العام التحقيق والادعاء العام طبقاً لنظامها ولائحته».

- المادة الخامسة عشرة: «تختص هيئة التحقيق والادعاء العام -وفقاً لنظامها- بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها أمام المحاكم المختصة».

- المادة السادسة والخمسون بعد المائة: «يجب أن يحضر المدعي العام جلسات المحكمة في الحق العام، وذلك في الجرائم التي تحددها لوائح هذا النظام، وعلى المحكمة سماع أقواله والفصل فيها».

واستثناء لهذا الأصل فإن الادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري، أصبح منعقداً لوحدة الادعاء العام الجنائي بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد حيث نص البند (١) من الفقرة (ثالثاً)[١] على أن: «تنشأ وحدة تحقيق وادعاء جنائي في هيئة الرقابة ومكافحة الفساد تختص بالتحقيق الجنائي في القضايا الجنائية المتعلقة بالفساد المالي والادعاء فيها».

فالمدعي العام بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد، هو المختص برفع دعوى الحق العام في القضايا المتعلقة بالفساد المالي والإداري، ومباشرتها أمام المحكمة المختصة، ووصف التهمة أو الواقعة، وتقديم الأدلة أمام المحكمة، والمطالبة بتوقيع العقوبة الملائمة، ومتابعة الدعوى حتى الفصل فيها بحكم نهائي.

ولا يوجد نص نظامي ينظم آلية توزيع القضايا على المدعين العامين التابعين لوحدة الادعاء العام الجنائي، وعليه فإن الأمر متروك للسلطة التقديرية لرئيس وحدة الادعاء العام الجنائي، وفقاً لما يرى فيه تحقيق

(١) من الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري.

للمصلحة العامة والمحافظة عليها، وبالتتبع والاستقراء تبين أن الأمر في الواقع العملي لا يخرج عن الآتي:

أ. تخصيص مدعين عامين حسب دوائر المحكمة التي تنظر الدعوى ودوائرها.

ب. تخصيص مدعين عامين حسب دوائر الهيئة.

ت. تخصيص مدعين عامين على حسب أهمية قضية وطبيعتها.

ث. عدم التخصيص، ومعالجة الأمر وفقاً للوارد الزمني لكل قضية من القضايا الواردة للدائرة، عطفاً على أسماء المدعين العامين المدونة بالسجل المخصص لهذا الغرض[1].

ويخطر على المدعي العام أثناء القيام بمهمة الادعاء العام فعل أحد المحظورات والأفعال التالية:

١. العمل على دحض أدلة الإدانة بأدلة النفي، أو المطالبة ببراءة المتهم؛ لأن هذا يتعارض مع مهمة المدعي العام، وإذا ظهر له أدلة جديدة تدل على براءة المتهم فيجب عرضها على القاضي[2].

٢. طلب التنازل عن الدعوى العامة، أو إيقافها، أو الرجوع عنها بعد رفعها للمحكمة المختصة[3].

(١) انظر: الادعاء العام والمحاكمة الجنائية، للدكتور علي الهجري: ص (٤٦).
(٢) انظر: المادة (١٢٣) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية.
(٣) انظر: المادة (٥) من نظام الإجراءات الجزائية.

٣. التمسك بالوصف الجرمي الموصوف في الدعوى العامة؛ لأن المدعي العام يدعي بالواقعة، وأما تكييف الواقعة فيخضع لتقدير المحكمة[١].

٤. الغياب أو التأخر عن الجلسات التي يكون حضور المدعي العام فيها وجوبياً؛ كأن تكون الجريمة كبيرة وموجبة للتوقيف، أو عند طلب حضوره من قبل القاضي[٢].

٥. المبالغة في الوصف الجرمي، والخروج عن حد الاعتدال، أو الاستهانة في إظهار حجم الجريمة وما تمثله من مخاطر أمنية.

٦. طلب أكثر من مهلة -تتجاوز العادة- لغرض جلب البينات، بقصد الإضرار بالمتهم وإطالة أمد الدعوى.

٧. تقرير قناعته بالحكم الصادر في الدعوى الجزائية العامة؛ لأنه نائب عن ولي الأمر، ولم يعط حق القناعة فهو لا يملكها، كما لا يجوز له طلب إعادة محاكمة المتهم على ذات الفعل مرتين[٣].

وينبغي على المدعي العام في قضايا الفساد المالي والإداري، سرعة إنجاز القضايا مع مراعاة الدقة والجودة، والمحافظة على سرية ما يطلعون عليه، وبذل مزيد عناية في قضاياهم، ويجب أن توجه التهمة بناء على أدلة قوية على نسبة الجريمة، وعدم توجيه التهمة على سبيل الظن أو الاحتمال، وتطبيق

(١) انظر: المادة (١٥٨) من نظام الإجراءات الجزائية.
(٢) انظر: المادة (١٥٦) من نظام الإجراءات الجزائية.
(٣) انظر: المادة (١٧٧) من نظام المرافعات الشرعية، والمادتين (١٨٦، ٢١٠) من نظام الإجراءات الجزائية.

حقوق وضمانات المتهمين الواردة في نظام الإجراءات الجزائية والأنظمة ذات العلاقات في جميع مراحل الدعوى الجزائية العامة.

المطلب الثاني: الدائرة القضائية المختصة بالنظر في جرائم الفساد المالي والإداري:

تخصيص المحاكم وعمل القضاة أمر جائز حسب ما يحدده ولي الأمر، فله أن يقيده وفقاً للمصلحة بالزمان أو المكان أو النوع أو الأشخاص، وله أن يجعله عاماً[1]، وليس هناك ما يمنع -شرعاً أو نظاماً- من أن يعين الحاكم قاضياً لمكان معين أو لزمان معين أو لنوع معين من القضايا؛ إذا رأى مصلحة أو دعت الحاجة إليه[2].

ويمكن تعريف هذا التخصيص بأنه: قصر عمل الدائرة القضائية المختصة -نوعياً ومكانياً- بالنظر في قضايا جرائم الفساد المالي والإداري في الحق العام.

لا شك أن المحاكم الجزائية من حيث الأصل هي المختصة بالفصل في جميع الجرائم المعاقب عليها لجميع الأشخاص وفي جميع الجرائم[3]،

(١) انظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية: (٣٥/ ٦٠).
(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/ ٤٧٥)، معين الحكام: ص (١٢)، التاج والإكليل (٦/ ١١٠)، الطرق الحكمية: (٢٣٩).
(٣) انظر: المادة (٢٠) من نظام القضاء، والمادة (١٣٢) من نظام الإجراءات الجزائية.

وينعقد الاختصاص النوعي والمكاني للمحكمة الجزائية حسب مكان وقوع الجريمة، أو محل إقامة المتهم، أو محل القبض على المتهم[1].

واستثناء لهذا الأصل، ونظراً لخصوصية قضايا الفساد المالي والإداري فإن الاختصاص النوعي والمكاني منعقد لدوائر الفساد المالي والإداري بالمحكمة الجزائية بالرياض، حيث نص البند رقم (١) من الفقرة (رابعاً)[2] على أنه: «ينعقد الاختصاص المكاني في جميع الدعاوى المتصلة بقضايا الفساد المالي والإداري، للمحكمة المختصة بمدينة الرياض، وتسري على هذه الدعوى جميع الأحكام والإجراءات المقررة نظاماً»[3].

وتُشكل الدوائر القضائية المختصة بالنظر في قضايا الفساد المالي والإداري في دوائر الدرجة الأولى بالمحكمة الجزائية بمدينة الرياض من

(١) انظر: المادة (١٣٠) من نظام الإجراءات الجزائية.
(٢) الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري.
(٣) وقد صدر تعميم معالي رئيس المجلس الأعلى للقضاء -حفظه الله- والمتضمن:
أولاً: ينعقد الاختصاص المكاني في جميع الدعاوى المتصلة بقضايا الفساد المالي والإداري المرفوعة من هيئة الرقابة ومكافحة الفساد للمحكمة الجزائية، ومحكمة الاستئناف في مدينة الرياض.
ثانياً: تلغى دوائر قضايا الفساد المالي والإداري في عموم المحاكم الجزائية، ما عدا المحكمة الجزائية في الرياض وتحال جميع قضاياها التي لم يحكم فيها بحكم نهائي قبل صدور هذا القرار إلى المحكمة الجزائية في الرياض أو محكمة الاستئناف في منطقة الرياض -بحسب الحال-.

ثلاثة قضاة، وتشكل دوائر محكمة الاستئناف المختصة بتدقيق الأحكام الصادرة من الدرجة الأولى في الرياض من ثلاثة قضاة[1].

ويتلخص عمل الدائرة القضائية المختصة بالنظر في قضايا الفساد المالي والإداري، فيما يلي:

أولاً: محاكمة المتهمين في قضايا الفساد المالي والإداري:

نصت المادة السادسة من نظام الإجراءات الجزائية على أن: «تتولى المحاكم محاكمة المتهمين فيما يسند إليهم من تهم وفقاً للمقتضى الشرعي وطبقاً للإجراءات المنصوص عليها في هذا النظام، وللمحكمة أن تنظر في وقائع غير مدعى بها من المدعي العام مما لا يحتاج إلى تحقيق».

واستثناء من عمل المحاكم الجزائية في جميع مناطق المملكة، فإن النظر في محاكمة المتهمين في قضايا الفساد المالي والإداري مقتصر على الدوائر المختصة بالنظر في جرائم الفساد المالي والإداري.

ثانياً: النظر في إصدار أوامر الإفراج أو الإيقاف للمتهمين في جرائم الفساد المالي والإداري:

١. نصت المادة الرابعة عشرة بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية على أنه: «وفي الحالات الاستثنائية التي تتطلب التوقيف مدة أطول؛ للمحكمة

(١) انظر: المادة (٢٠) من نظام القضاء، انظر: تشكيل دوائر الفساد المالي والإداري، الصادرة من المجلس الأعلى للقضاء، لعام ١٤٤٣هـ.

الموافقة على طلب تمديد التوقيف لمدة أو لمدد متعاقبة بحسب ما تراه، وأن تصدر أمراً قضائياً مسبباً في ذلك».

٢-نصت المادة الثالثة والعشرون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية على أنه: «إذا أحيل المتهم إلى المحكمة يكون الإفراج عنه إذا كان موقوفاً، أو توقيفه إذا كان مفرجاً عنه، من اختصاص المحكمة المحال إليها، وإذا حكم بعدم الاختصاص تكون المحكمة التي أصدرت الحكم بعدم الاختصاص هي المختصة بالنظر في طلب الإفراج، أو التوقيف، إلى أن ترفع الدعوى إلى المحكمة المختصة».

واستثناء من عمل المحاكم الجزائية في جميع مناطق المملكة، فإن النظر في أوامر الإيقاف أو الإفراج للمتهمين في قضايا الفساد المالي والإداري، مقتصر على الدوائر المختصة بالنظر في جرائم الفساد المالي والإداري.

ثالثاً: النظر في أضرار الدعوى الجزائية العامة في دعاوى الفساد المالي والإداري:

١. نصت المادة السابعة بعد المائتين من نظام الإجراءات الجزائية على أن: «كل حكم صادر بعدم الإدانة -بناءً على طلب إعادة النظر- يجب أن يتضمن تعويضاً معنويًّا وماديًّا للمحكوم عليه لما أصابه من ضرر، إذا طلب ذلك».

٢. نصت المادة الخامسة عشرة بعد المائتين من نظام الإجراءات الجزائية على أنه: «إذا كان المحكوم عليه بعقوبة السجن قد أمضى مدة موقوفاً

بسبب القضية التي صدر الحكم فيها، وجب احتساب مدة التوقيف من مدة السجن المحكوم بها عند تنفيذها، ولكل من أصابه ضرر -نتيجة اتهامه كيداً، أو نتيجة إطالة مدة سجنه أو توقيفه أكثر من المدة المقررة- الحق في طلب التعويض أمام المحكمة التي رفعت إليها الدعوى الأصلية».

واستثناء من عمل المحاكم الجزائية في جميع مناطق المملكة، فإن النظر في دعاوى التعويض الناتجة عن إقامة الدعوى العامة في قضايا الفساد المالي والإداري مقتصر على الدوائر المختصة بالنظر في جرائم الفساد المالي والإداري.

فهذه جملة من الأعمال التي تختص بها الدائرة المختصة بالنظر في جرائم الفساد المالي والإداري، ولا يجوز لأي محكمة أخرى القيام بها.

المبحث الرابع
اختصاصات المدعي العام في جرائم الفساد المالي والإداري قبل المحاكمة

يقوم المدعي العام أثناء سير الدعوى الجزائية العامة ضد المتهمين في جرائم الفساد المالي أو الإداري بمهام ومسؤوليات متعددة، يتناول الباحث تلك الاختصاصات قبل المحاكمة، في المطالب التالية:

المطلب الأول: دراسة القضايا ومراجعتها:

المراد بدراسة القضايا ومراجعتها: قراءة أوراق معاملة المتهمين في جرائم الفساد المالي والإداري، قراءةً فاحصة وبذل الوسع فيها من قبل المختص؛ لاتخاذ الإجراء المناسب حيالها وفقاً للقواعد الشرعية والنظامية.

تعد دراسة قضايا المتهمين في جرائم الفساد المالي والإداري أولى مهام المدعي العام، فدراسته للقضية تعد ثمار الجهود التي بُذلت في مرحلتي الاستدلال والتحقيق الابتدائي في سياق معالجة الدعوى الجزائية العامة؛ ولذا لا بد أن يكون المدعي العام مؤهلاً للقيام بهذه المهمة تأهيلاً شخصياً من خلال تمتعه بالقدرات والإمكانات الجسدية والعقلية التي تمكنه من الفهم والاجتهاد والاستنباط، شرعياً ونظامياً، من خلال إلمامه بالنصوص الشرعية والنظامية والقواعد المرعية ذات العلاقة[1].

(١) يخضع أعضاء النيابة لبرنامج تدريبي مكثف لا تقل مدته ستة أشهر، انظر: المادتين (١، ٢) من لائحة أعضاء النيابة العامة.

ومن المهام المناطة المدعي العام بوحدة الادعاء العام الجنائي، في جرائم الفساد المالي والإداري ما يلي:

- قراءة القضية كاملة، وباستيعاب تام، دون الاعتماد على قرار الاتهام، أو تقرير التحقيق.

- دراسة القضية دراسة متأنية متفحصة، والإلمام بجميع جوانبها مستحضراً في ذلك كل الأنظمة والتعليمات.

- التحقق من مطابقة الأحكام الموضوعية والإجرائية في القضية للشرع والنظام[1].

- التأكد من الاختصاص الولائي والنوعي والمكاني قبل رفع الدعوى الجزائية العامة.

- التأكد من احتواء القضية على كل ما يتطلبه السير في الدعوى، وما له تأثير على نظرها، ومن أهمها التأكد من إثبات الهوية، والإشعار بتوقيف الأجنبي، أو العسكري، ووجود قرار الاتهام، والتأكد من وجود أوامر التوقيف وأوامر الإفراج، ووجود ما يدل مكان إقامة المتهم أو الموقوف، وعنوانه في حال إطلاقه بضمان محل إقامته، ومحضر القبض أو محضر التفتيش المتهم، أو مسكنه مع إرفاق ما يثبت صدور الإذن من المحقق أو الجهة المختصة، ومحضر تدوين البلاغ أو الشكوى، ومحضر الاستجواب ومحضر سماع الشهود، ومحضر التقرير الفني، أو الطبي، أو الكيميائي، ووجود المترجم لمن لا يتحدث العربية ...إلخ.

(١) انظر: المادة (١) من نظامي المرافعات الشرعية، والإجراءات الجزائية.

- التأكد من وجود الأذن بتحريك الدعوى الجزائية العامة ضد الأشخاص الموصوفين بالحصانة.

- التأكد من إشعار المقام السامي بالقضايا المقامة على بعض الجنسيات من رعايا الدول الأوروبية، وأمريكا الشمالية، واليابان[1].

- التأكد من قيمة الدليل أو القرينة، والتأكد من إرفاق الدليل بأوراق الدعوى.

- التأكد من أن قرار الاتهام صدر بالشكل المطلوب مستوفياً البنود التي استقر العمل على اشتماله عليه «الديباجة، المعلومات الإحصائية للحدث، الوقائع، الاتهام، الأدلة والقرائن، الطلبات، وما انتهى إليه الحق الخاص، واسم المحقق وتوقيعه...».

- التأكد من شخصية المتهم، وصحة المعلومات الإحصائية المتعلقة به، وفقاً لوثيقة إثبات والأوراق المرفقة[2].

- بحث سوابق المتهم، والتأكد من مكان إيقاف المتهم، والتأكد من جهة عمل المتهم.

- التأكد من أن المحقق أو جهة التحقيق لم تغفل جريمة واردة في محاضر الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي، والتأكد من أن الاتهام متفق مع وقائع القضية، وأن الطلبات تتفق مع الاتهام.

(١) الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري.
(٢) انظر: المادة (١٠١) من نظام الإجراءات الجزائية.

- التأكد من أن الفعل المسند للمتهم فعل مجرم ومعاقب عليه، تأسيساً على مبدأ الشرعية: لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نص[1].

فالمدعي العام يجب أن تكون دراسته عامة وشاملة للقضية ومرفقاتها.

المطلب الثاني: إعداد لائحة الدعوى العامة:

عُرِّفت لائحة الدعوى العامة بأنها: «الصحيفة التي يُحرِّر من خلالها المدعي العام إجراء المطالبة القضائية»[2].

وبالتالي فهي: ما يتقدم به المدعي العام كتابة إلى المحكمة المختصة طبقاً لما ينص عليه نظام الإجراءات الجزائية لاقتضاء حق تؤيده الأدلة.

تعد صياغة المدعي العام المدعي العام لصحيفة الدعوى أولى الخطوات الفعلية للمطالبة بالحق العام، فبها تُفتتح الخصومة أمام القضاء، وعليها تُبنى الدعوى الجزائية العامة، وعليها توجه الدعوى للمتهم وببطلانها أو انعدامها تُبطل الدعوى وتنعدم، فيجب على المدعي العام أن يحرر دعواه تحريراً دقيقاً، فقد جاء في الإنصاف: «ولا تصح الدعوى إلا محررة تحريراً يُعلم به المدَّعَى»[3]، ولا يسمع القاضي الدعوى إلا بعد تحريرها، جاء في المغني: «ولا يسمع الحاكم الدعوى إلا محررة»[4]، ونصت المادة الحادية والأربعون من نظام المرافعات الشرعية على أن: «ترفع الدعوى من المدعي بصحيفة موقعة منه أو ممن يمثله تودع لدى المحكمة من أصل وصور بعدد المدعى

(١) انظر: المادة (٣) من نظام الإجراءات الجزائية.
(٢) الادعاء العام والمحاكمة الجزائية، لعلي الهجري: ص (٦٢).
(٣) الإنصاف، للمرداوي: (٢٨/ ٤٦٠)، والمادة (٦٦) من نظام المرافعات الشرعية.
(٤) المغني، لابن قدامة: (٤/ ٣٦٠).

عليهم»، ونصت المادة السادسة والعشرون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية على أنه: «إذا رأت هيئة التحقيق والادعاء العام بعد انتهاء التحقيق أن الأدلة كافية ضد المتهم فترفع الدعوى إلى المحكمة المختصة، وتكلف المتهم بالحضور أمامها وترفع الدعوى وفق لائحة...إلخ».

ويشترط في صياغة لائحة الدعوى العامة عدة شروط منها:

أولاً: يجب أن تصاغ الدعوى بعبارات واضحة ومفهومة ووفق ترتيبها التسلسلي، ويراعى الإيجاز غير المخل بالدعوى.

ثانياً: مراعاة الصياغة الفقهية والنظامية المناسبة.

ثالثاً: كتابة لائحة الدعوى باللغة الرسمية للمحاكم في الدولة، وهي اللغة العربية.

رابعاً: التطابق التام بين توجيه الاتهام، وطلبات المدعي العام.

خامساً: ذكر الأسانيد النظامية المجرِّمة للفعل -حسب كل نظام- والأسانيد النظامية للعقوبات.

سادساً: إرفاق الأدلة بلائحة الدعوى العامة، والإشارة إلى مواضعها وترقيمها.

وتأسيساً على ما سبق فإنه يجب على المدعي العام أن يعد لائحة الدعوى العامة[1] طبقاً للمادة السادسة والعشرين بعد المائة من نظام

(١) تعميم معالي النيابة العامة رقم (٢٤٩٣٤) وتاريخ ٢٥/ ٥/ ١٤٢٥هـ متضمناً: التوجيه بقيام دوائر الادعاء العام بإعداد لوائح الدعوى العامة في الجرائم الكبيرة، وتصدي دوائر التحقيق فيما عدا ذلك الجرائم وإحالتها إلى المحكمة المختصة، بعد مراجعتها من قبل لجنة مراجعة قرارات الاتهام.

الإجراءات الجزائية، والتي نصت على: «ينبغي أن تشمل لائحة الدعوى العامة البيانات التالية:

١- تعيين المتهم ببيان اسمه ولقبه وجنسيته وسنه ومكان إقامته ومهنته أو وظيفته ورقم هويته وأهليته.

٢- تعيين مدعي الحق الخاص -إن وجد- ببيان الاسم والصفة والعنوان ورقم الهوية.

٣- بيان الجريمة المنسوبة إلى المتهم، بتحديد الأركان المكونة لها، وما يرتبط بها من ظروف مشددة أو مخففة.

٤- ذكر النصوص الشرعية أو النظامية التي تنطبق عليها، وتحديد نوع العقوبة حدًّا كان أو تعزيراً.

٥- بيان الأدلة على وقوع الجريمة، ونسبتها إلى المتهم.

٦- بيان أسماء الشهود إن وجدوا.

٧- اسم عضو هيئة التحقيق والادعاء العام وتوقيعه».

المطلب الثالث: تسبيب لائحة الدعوى العامة:

يمكن تعريفه بأنه: «بذل الجهد من مختص للتثبت من صحة ما يُنسب إلى المتهم من فعل محظور شرعي أو نظامي بما يؤكد التهمة»[1].

(١) ينظر: تسبيب قرار التحقيق في الجريمة، لفضيلة الشيخ عبد الله آل خنين: ص (٤).

ويمكن تعريفه بأنه: التأكد من اشتمال لائحة الدعوى العامة على وقائع الجريمة المنسوبة للمتهم، وتحديد الأركان المكونة لها، وما يرتبط بها من ظروف مشددة أو مخففة، مع ذكر الأدلة ونسبتها للمتهم، وذكر النصوص الشرعية والنظامية للتجريم والعقوبة.

وتمكن أهمية تسبيب لائحة الدعوى العامة فيما يلي:

- يكسب الدعوى الجزائية الثقة، والاعتزاز، والهيبة، والقوة لدى الخصوم والقضاة والمحامين، والجهات الحقوقية، والرأي العام، ويضمن للخصوم حسن سير إجراءات الادعاء العام.

- أنه أطيب لنفس المتهم، ليعلم أن جهة الادعاء العام قد فهم حجته، وأنه إنما أصدر القرار بعد الفهم عنه؛ وليعلم المتهم أن ما قُرر بحقه مبني على حجة وبرهان لا على هوى وتشفٍّ وانتقام، كما أنه يدفع عن المدعي العام الريبة، وتهمة الميل إلى أحد الأطراف.

- أنه يحمل المدعي العام على الاجتهاد وبذل الوسع في تقصي الحقائق، والتثبت منها، وذكر المستند الشرعي والنظامي الملاقي للواقعة.

- أنها تمكّن اللجان المختصة من مراجعة لوائح الدعاوى والقيام بعملها، في تأييد صحة اللائحة أو استكمال بعض نواقصها، وتمكن أطراف الدعوى والدفاع من الاعتراض أو الطعن في اللائحة أمام المختصين[1].

(١) ينظر: تسبيب قرار التحقيق في الجريمة، لفضيلة الشيخ عبد الله آل خنين: ص (١١) وما بعدها.

وللتسبيب لائحة الدعوى العامة ضوابط منها:

- اشتمال لائحة الدعوى على التسبيب الواقعي الموضوعي، المتعلق ببيان وقائع الدعوى وأدلتها، وكل ما يورده الخصوم من بينات ودفوع وطلبات والرد عليها.

- اشتمال لائحة الدعوى العامة على التسبيب الشرعي والنظامي المتعلق ببيان وتطبيق القواعد والأصول الشرعية والنظامية على الإجرامية محل الدعوى.

- التوافق بين الوقائع والأسباب وتوجيه الاتهام، مع الأدلة والطلبات، بأن تكون الأسباب منطقية وتؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها جهة الادعاء العام، إذ التناقض والتعارض بينها يؤدي إلى بطلانها.

- أن يكون التسبيب كافياً، فيورد المدعي العام ما يحمل على القناعة بلائحة الدعوى العامة، فيجتنب التقصير المخل، والإطالة المملة، ويجتنب الأخطاء النحوية والإملائية، وأن يكون التسبيب متسلسلاً ومتتابعاً للأحداث والوقائع.

- التأكد من مشروعية الأدلة الواردة بلائحة الدعوى العامة، واستنادها إلى إجراءات صحيحة مستمدة من الشريعة الإسلامية والأنظمة المستمدة منها، وفق نظام الإجراءات الجزائية ولائحته التنفيذية.

- البعد عن العبارات العامة الغامضة أو ذات الاحتمال، والبعد عن ألفاظ التشكيك والتنقص.

- تجنب المبالغة في توصيف الواقعة الجرمية، أو التساهل في ذلك.

- تسبيب لائحة الدعوى العامة بالألفاظ العامة كعبارة «وبناء على النصوص الشرعية والنظامية»، أو «بناء على القواعد الشرعية والأنظمة المرعية»، أو «بناء على جلب المصالح، ودرء المفاسد»، أو «استناداً على المصلحة العامة».

- عدم ذكر التقارير، أو الإجراءات السلبية التي لا تخدم القضية بشكل عام، مع مراعاة ما يقتضيه حق الدفاع.

- العناية بالصياغة الفقهية والنظامية[1].

والواقع العملي أن لوائح الدعوى العامة الصادرة من وحدة الادعاء العام الجنائي بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد تكون مسببة، والمقصود بتسبيب لوائح الدعوى العامة ما يلي:

وقد انتهت التحقيقات إلى توجيه الاتهام للمدعى عليه [يذكر اسم المتهم كاملاً] وذلك بقيامه بـ [يذكر الوصف الجرمي] والمجرم شرعاً أو نظاماً وفق المادة «يذكر المستند الشرعي والنظامي- مادة التجريم»، وذلك للأدلة والقرائن التالية «تذكر جميع الأدلة والقرائن»، وحيث إن ما قام به المدعى عليه وهو مكلف شرعاً «إثبات المسؤولية الجزائية» يعد فعلاً محرماً شرعاً ونظاماً، مما يوجب إحالته للمحكمة والحكم عليه بالعقوبة الواردة «تذكر العقوبة الواردة في النص الشرعي أو النظامي».

(١) ينظر: تسبيب قرار التحقيق في الجريمة، لفضيلة الشيخ عبد الله آل خنين: ص (١١) وما بعدها.

المبحث الخامس
اختصاصات المدعي العام في قضايا الفساد المالي والإداري أثناء المحاكمة

يقوم المدعي العام أثناء سير الدعوى الجزائية العامة ضد المتهمين في جرائم الفساد المالي والإداري بمهام ومسؤوليات متعددة، وتناول الباحث اختصاصات المدعي العام أثناء المحاكمة، في المطالب التالية:

المطلب الأول: إقامة الدعوى العامة أمام الدوائر الجزائية المختصة:

يمكن تعريف إقامة الدعوى بأنها: اتخاذ أول إجراء من إجراءات إقامة الدعوى العامة ضد المتهمين في جرائم الفساد المالي والإداري ومباشرتها أمام المحكمة المختصة.

تعد دوائر الادعاء العام بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد هي المختصة بإقامة الدعوى العامة في جرائم الفساد المالي والإداري، ويقوم المدعي العام أثناء إقامة الدعوى العامة ضد المتهمين في جرائم الفساد المالي والإداري بعدد من الأدوار والمهام -قبل إصدار الحكم في الدعوى- منها:

١. إبلاغ المتهم بأمر إحالة الدعوى إلى المحكمة، فقد نصت المادة السادسة والعشرون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية على أنه: «وتبلغ النيابة العامة الخصوم بالأمر الصادر بإحالة الدعوى إلى المحكمة خلال خمسة أيام من تاريخ صدوره».

٢. حضور جلسات المحاكمة في دعوى الحق العام، فقد نصت المادة السادسة والخمسون بعد المائة على أنه: «يجب أن يحضر المدعي العام جلسات المحكمة في الحق العام، وذلك في الجرائم التي تحددها لوائح هذا النظام، وعلى المحكمة سماع أقواله والفصل فيها»[(١)].

٣. تلاوة لائحة الدعوى ومناقشة أطراف الدعوى، فقد نصت المادة الستون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية على أن: «توجه المحكمة التهمة إلى المتهم في الجلسة، وتتلى عليه لائحة الدعوى وتوضح له ويعطى صورة منها، ثم تسأله المحكمة الجواب عن ذلك»، وجاء في المادة الثالثة والسبعين بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية أن: «تسمع المحكمة دعوى المدعي العام ثم جواب المتهم أو وكيله أو محاميه عنها، ثم دعوى المدعي بالحق الخاص ثم جواب المتهم أو وكيله، أو محاميه عنها، ولكل طرف من الأطراف التعقيب على أقوال الطرف الآخر ويكون المتهم هو آخر من يتكلم».

٤. إدخال تعديل على لائحة الدعوى العامة أثناء نظر دعوى الحق العام، فقد نصت المادة التاسعة والخمسون بعد المائة من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية على أن: «للمحكمة أن تأذن للمدعي العام في أن يدخل تعديلاً في لائحة الدعوى في أي وقت -ما لم يقفل باب المرافعة- في القضية، ويكون طلب التعديل كتابة أو مشافهة».

(١) مع مراعاة ما جاء في المادة (١٠٨) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية.

٥. تقديم البينات وإحضارها، فقد نصت المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية على: «مباشرة الدعوى الجزائية العامة أمام المحاكم المختصة تشمل واجبات ومسؤوليات المدعي العام كتقديم البينات وإحضارها وتحمل عبء الإثبات».

٦. استدعاء الشاهد للإدلاء بشهادته متى ما اُستند على شهادته، فقد نصت المادة الخامسة عشرة بعد المائة من اللائحة التنفيذية على أنه: «يكون استدعاء الشاهد استناداً إلى المادة (١٦٤) من النظام في الدعوى الجزائية العامة عن طريق المدعي العام متى اُستند إلى شهادته».

٧. طلب اتخاذ إجراء معين من المحكمة بشأن المضبوطات أو التصرف فيها، إذ نصت المادة الثامنة والثمانون من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية على أنه: «إذا كان في القضية مضبوطات تتعلق بموضوع الدعوى فعلى المدعي العام عند الاقتضاء أن يضمن لائحة الدعوى المعدة استناداً إلى المادة (السادسة والعشرون بعد المائة) من النظام ما اتخذ في شأن تلك المضبوطات وما يطلبه من المحكمة في شأنها».

٨. الطعن بالتزوير في أي دليل من أدلة الدعوى، فقد جاء في المادة الرابعة والسبعين بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية على أنه: «للمدعي العام ولسائر الخصوم في أي حال كانت عليها الدعوى أن يطعنوا بالتزوير في أي دليل من أدلة القضية».

٩. الاعتراض على قرار الإفراج عن المتهم، حيث نصت المادة الثالثة والعشرون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية على أنه: «وفي جميع الأحوال للمدعي العام حق الاعتراض على الإفراج عن المتهم».

١٠. طلب تنفيذ العقوبة، إذ نصت المادة الرابعة عشرة بعد المائتين من نظام الإجراءات الجزائية على أنه: «فللمحكمة - بناءً على طلب المدعي العام - إلغاء وقف تنفيذ العقوبة والأمر بإنفاذها دون الإخلال بالعقوبة المحكوم بتوقيعها في الجريمة الجديدة».

وينبغي للقاضي الجزائي عند نظر دعوى الحق العام، وعند التعامل مع المدعي العام مراعاة ما يلي:

أ. لا يساوي المدعي العام بأطراف الخصوم ووكلائهم أو محاميهم في طريقة التعامل معهم، لأن المدعي العام خصم شريف في منظومة الدعوى الجزائية العامة، ولا يطلب شيئاً لنفسه؛ وإنما يطلب لمصلحة المجتمع.

ب. لا يشترط حضور المدعي العام في جميع جلسات الادعاء العام، وإنما يكون حضوره وجوبياً في الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف أو عند الحاجة إلى حضوره[1].

(١) انظر: المادة (١/ ١٠٨) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية.

ت. الحكم في الأفعال التي لم يرفع بها المدعي، ولم ترد في لائحة الدعوى العامة، إذا اعترف المتهم بارتكابها أو قامت الأدلة على نسبة الفعل للمتهم مما لا تحتاج إلى تحقيق[١].

ث. لا ينطق القاضي بالحكم إلا بحضور أطراف القضية ومنهم المدعي العام، ويدون عند النطق بالحكم ما يدل على حضور المدعي العام[٢].

ج. لا تحفظ الدعوى العامة لعدم المراجعة ولا تشطب بتخلف المدعي العام عن حضور الجلسة[٣].

ح. لا توجه اليمين -أيًّا كان نوعها- ولا تسمع من المدعي العام، ولا يحكم بها في دعوى الحق العام.

خ. لا يصرف النظر عن دعوى المدعي العام لخلو لائحة الادعاء من ذكر البينة، بل تطلب منه البينة وفق أصول التقاضي[٤].

(١) انظر: المادة (٦) من نظام الإجراءات الجزائية، والملحوظة رقم (٢٠) من مدونة التفتيش القضائي.
(٢) انظر: المادة (١/ ١٨١) من نظام الإجراءات الجزائية، والملحوظة رقم (١٧) من مدونة التفتيش القضائي.
(٣) حضور المدعي العام ليس وجوبياً في جميع الجلسات دعوى الحق العام وقد جرى العمل في المحاكم الشرعية على تحضيره في جميع الجلسات، وأخذ توقيعه على حضور الجلسات، والاطلاع على ضبوط الجلسات والأحكام.
(٤) انظر: الملحوظة رقم (٢١) من مدونة التفتيش القضائي.

د. لا يطلب من المدعي العام بطاقته الوطنية، وإنما يكتفى بإشعار هيئة الرقابة ومكافحة الفساد بأسماء المدعين العامين بالمحكمة، ويجب تدوين اسم المدعي العام في ضبط الدعوى وصكها[١].

ذ. تسمع دعوى الحق العام أولاً، ثم جواب المتهم أو وكيله عن دعوى الحق العام، ثم دعوى المدعي بالحق الخاص -إن وجد-، ثم جواب المتهم أو وكيله عن دعوى الحق الخاص، ويكون المتهم آخر من يتكلم[٢].

ر. لا يقبل القاضي تنازل المدعي العام عن دعوى الحق العام، ولا العفو ولا المصالحة فيها[٣].

ز. لا تسمع دعوى الضرر أو التعويض المقامة ضد المدعي العام بشخصه بسبب إقامته للدعوى العامة، وإنما تسمع في مواجهة هيئة الرقابة ومكافحة الفساد[٤].

(١) انظر: المادتين (١٥٥و ١٨١) من نظام الإجراءات الجزائية، والمادة (٢) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية، والملحوظة رقم (٣) مدونة التفتيش القضائي، وتعميم وكيل وزارة العدل للشؤون القضائية رقم (٦٦٥٤١) في ١٨/ ٩/ ١٤٢٥هـ.
(٢) انظر: المادة (١٦٠) من نظام الإجراءات الجزائية.
(٣) انظر: المادة (٢٢) من نظام الإجراءات الجزائية، والملحوظة رقم (٢٧) من مدونة التفتيش القضائي.
(٤) طبقاً لمبدأ عدم مسؤولية المدعي العام، انظر: المادة (٢٠٧) من نظام الإجراءات الجزائية.

س. لا تسمع دعوى رد المدعي العام من قبل الخصوم، إلا في الأحوال المقررة نظاماً[١].

ش. يجوز أن يحل مُدَّعٍ عام مكان آخر في نفس القضية الواحدة، ولا يشترط إكمال الدعوى من المدعي العام الذي أعد لائحة الدعوى العام فيها[٢].

ص. يُتجنب وصف المدعي العام بالإطالة في الاتهام أو إقامته الدعوى بلا دليل، أو وصف الدعوى بأنها كيدية ونحو ذلك.

ض. لا يأخذ القاضي قناعة المدعي العام بالحكم الصادر في دعوى الحق العام، وإنما يفهمه شفاهة وكتابة بحقه في الاعتراض خلال المدة المقررة نظاماً[٣].

ط. إذا صدر من المدعي العام ما يعد مخالفة للنظام العام، أو مخالفة لنظام الجلسات، أو ما يعيق سير الدعوى، فيتم إثبات ذلك في محضر سري يوقع عليه أعضاء الدائرة القضائية -ولا يضبط في ضبط الجلسة- ويتم الرفع بذلك إلى رئيس المحكمة لمناقشة ذلك الأمر سراً مع رئيسه المباشر.

فالقاضي الجزائي في دعوى الحق العام ينبغي أن يكون ملماً بهذه القواعد مستحضراً لها، مطبقاً لها في واقعه العملي.

(١) طبقاً لمبدأ عدم جواز رد المدعي العام، انظر: المادة (٢١) من نظام الإجراءات الجزائية.
(٢) انظر: المادة (١٠٨/ ٣) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية.
(٣) انظر: المادة (١٩٣) من نظام الإجراءات الجزائية.

المطلب الثاني: توصيف الواقعة الجرمية:

لقد نص مبدأ الشرعية الجنائية على اختصاص المنظم الجنائي بتحديد الجرائم والعقوبات وفقاً لما هو مقرر فيه بأنه: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»[1]، وبالتالي فإنه يحظر على المدعي العام أو القاضي أن ينشئ جرائم وعقوبات من تلقاء نفسه، حيث ينحصر دوره في تطبيق النص الشرعي أو النظامي المحدد من قبل المنظم على الوقائع المطروحة أمامه.

ويمكن تعريفه بأنه: «إعطاء الفعل المكون للجريمة وصفه القانوني الصحيح، ومن ثم تحديد طبيعته القانونية وفقاً لنص القانون، وبيان ما إذا كان يشكل جناية أو جنحة أو مخالفة»[2].

ويمكن تعريفه بأنه: بذل الجهد من مختص في تنزيل الواقعة الإجرامية على نصوص التجريم الشرعية والنظامية، وتكييفها بما يناسبها، بعد اكتمال التحقيق فيها.

وينقسم التوصيف إلى قسمين:

التوصيف الإجرائي:

هو تنزيل لإجراءات الدعوى بالأوصاف الشرعية المقررة في الحكم الكلي الإجرائي، وذلك مثل توصيف الدعوى العامة بالصحة لاستكمال

(١) انظر: المادة (٣٨) من نظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/ ٩٠) في ٢٧/ ٨/ ١٤١٢هـ، نشر بجريدة أم القرى، العدد (٣٣٩٧)، بتاريخ ٢/ ٩/ ١٤١٢هـ.
(٢) الوجيز في القانون الجزائي العام، لأحسن بوسقيعة: ص (٣١).

شروطها وأركانها، وصحة إقامة الدعوى العامة بحق المدعى عليه، وصحة انعقاد الاختصاص للمحكمة.

التوصيف الموضوعي:

وهو تنزيل الواقعة الجرمية بالأوصاف المقررة شرعاً أو نظاماً، كأن يقال بأن الجريمة المرتكبة جريمة اختلاس مال، أو تبديد مال، أو إساءة استخدام مال، أو خيانة أمانة، أو إساءة استخدام سلطة...إلخ، فالتوصيف هنا منصب على الموضوع لا على الإجراء.

وبالتالي فإن توصيف الواقعة الإجرامية عمل من أعمال المدعي العام -بوحدة الادعاء العام الجنائي-، إذ من خلاله يتم إعطاء الجرمية التوصيف الشرعي والنظامي المناسب لها، فالمدعي العام محتاج عند توصيف الواقعة الإجرامية مراعاة إلى ما يلي:

١. الإلمام بالأوصاف الفقهية والنظامية للوقائع الإجرامية «سرقة، نهب، غصب، اختلاس، خيانة أمانة، تزوير، تزييف... إلخ»، ومعرفة أركانها وشروط تحققها، وضوابطها، والطرق المؤدية إليها، إذ إن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وبالتالي فإن التوصيف الجرمي هو عملية ذهنية تقوم على أُسس وضوابط تمكن المدعي العام من الوصول إلى نتيجة سليمة ومنطقية، وهي إعطاء الجريمة الوصف الملائم لها، وإدراجها تحت القاعدة الشرعية أو النظامية المجرمة لذلك الفعل.

٢. التأكد من أن الفعل المنسوب للمتهم يعد فعلاً محظوراً شرعاً أو نظاماً[١]، وترتيب الشارع الحكيم أو المنظم عقوبة جزائية، بناء على مبدأ شرعية وقانونية الجرائم، فيجب على المنظم أن ينص على الأفعال والتصرفات التي تندرج في إطار الجرائم، وأن يوضح العناصر التي تميز كل جريمة عن الأخرى، وبالتالي لا يقوم التوصيف الجرمي إلا بوجود نص شرعي أو نظامي يوضح تلك الواقعة، ومدى توفر الطابع الجزائي لها.

٣. تنزيل الواقعة الإجرامية على الوصف الملائم لها، حيث إن وحدة الادعاء العام الجنائي هي المختصة بإقامة الدعوى العامة في جرائم الفساد المالي والإداري، وهي المختصة ابتداء بتوصيف الجريمة، حيث نصت المادة السادسة والعشرون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية على أنه: «ينبغي أن تشمل لائحة الدعوى العامة البيانات التالية: ... بيان الجريمة المنسوبة إلى المتهم، بتحديد الأركان المكونة لها، وما يرتبط بها من ظروف مشددة أو مخففة، ذكر النصوص الشرعية أو النظامية التي تنطبق عليها، وتحديد نوع العقوبة حدًّا كان أو تعزيراً».

ومما يحسن الإشارة إليه في هذا الجانب عدة أمور:

١. أن المحكمة لا تتقيد بالوصف الوارد في لائحة الدعوى العامة، وعليها أن تعطي الواقعة الوصف الذي تستحقه، ولو كان مخالفاً للوصف

(١) انظر: المادة (٣) من نظام الإجراءات الجزائية.

الوارد في لائحة الدعوى، وإذا جرى التعديل وجب على المحكمة أن تبلغ المتهم بذلك[١].

٢. أن للمدعي العام إدخال تعديل في الوصف لائحة الدعوى العامة ما لم يُقفل باب المرافعة[٢].

٣. عند تعديل الوصف الجرمي لا تصدر المحكمة حكماً بصرف النظر أو رد الدعوى في الوصف الأول؛ لأن التعديل كان لصفة الجرم لا للجرم نفسه.

٤. أن للمدعي العام حق الاعتراض على الأحكام الجزائية عند تعديل الوصف الجرمي، وعدم إعطاء الدعوى الوصف المناسب مع الواقعة الإجرامية[٣].

ومما يترتب على التوصيف الجرمي للواقعة الإجرامية وجوب تحديد المدعي العام لطلباته في الدعوى، فلا بد أن تتضمن لائحة الدعوى العامة طلبات يتقدم بها المدعي العام أمام الدائرة المختصة، ويترتب عليها افتتاح الخصومة الجزائية، ويتحدد عليها نطاقها، فتعد طلبات المدعي العام من العناصر الأساسية والجوهرية التي يجب أن تتضمنها لائحة الدعوى العامة، وبانعدامها تبطل لائحة الدعوى العامة، إذا لا يتصور إقامة دعوى بدون طلبات؛ لانعدام الغاية من الدعوى، وقد أوجب نظام المرافعات

(١) انظر: المادة (١٥٨) من نظام الإجراءات الجزائية.
(٢) انظر: المادة (١٥٩) من نظام الإجراءات الجزائية.
(٣) انظر: المادة (١٩٣) من نظام الإجراءات الجزائية.

الشرعية تضمين صحيفة الدعوى طلبات المدعي، كما جاء في المادة الحادية والأربعين، ونص الحاجة منها: «ترفع الدعوى من المدعي بصحيفة موقعة منه أو ممن يمثله تودع لدى المحكمة من أصل وصور بعدد المدعى عليهم ويجب أن تشمل صحيفة الدعوى على: موضوع الدعوى، وما يطلبه المدعي، وأسانيده»، ويؤيد ذلك ما في المادة الخامسة والخمسين بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية: «يجب أن يحضر جلسات المحكمة كاتب يتولى تحرير محضر الجلسة تحت إشراف رئيس الجلسة ويبين في المحضر اسم القاضي أو القضاة المكونين لهيئة المحكمة والمدعي العام، ومكان انعقاد الجلسة، ووقت انعقادها، ومستند نظر الدعوى، وأسماء الخصوم الحاضرين، والمدافعين عنهم، وأقوالهم وطلباتهم، وملخص مرافعاتهم، والأدلة من شهادة وغيرها، وجميع الإجراءات التي تتخذ في الجلسة، ومنطوق الحكم ومستنده، ويوقع رئيس الجلسة والقضاة المشاركون معه والكاتب ومن حضر من الخصوم والمدافعين عنهم والشهود وغيرهم على محضر الجلسة فإن امتنع أحدهم عن التوقيع أُثبت ذلك في المحضر».

فيجب على المدعي العام أن يضمن طلباته في لائحة الدعوى العامة إثبات إدانة المتهم[1]، ومن ثم طلب الحكم على المتهم بعقوبة حدية أو تعزيرية، مع بيان المستند الشرعي والنظامي للعقوبة.

وينبغي على المدعي العام أن يراعي في طلباته في دعوى الحق العام ما يلي:

(١) انظر: المادة (٣) من نظام الإجراءات الجزائية.

١. التأكد من أن طلبات العقوبة شاملة لجميع التهم الموجهة للمتهم.

٢. التأكد من أن التهمة متوجهة لشخص المتهم عند تعدد المتهمين، ونسبة كل واقعة إجرامية إلى فاعلها.

٣. بيان مستند تجريم الواقعة الإجرامية.

٤. بيان المستند الشرعي والنظامي للعقوبة، وانطباقها على الواقعة الإجرامية.

٥. تناسب الطلبات مع الواقعة الإجرامية، وكذلك تناسبها مع حال المتهم.

ويجب على القاضي حيال طلبات المدعي العام في الدعوى العامة ما يلي:

١. سماع طلبات المدعي العام والفصل فيها، فقد نصت المادة السادسة والخمسون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية على أنه: «يجب أن يحضر المدعي العام جلسات المحكمة في الحق العام، وذلك في الجرائم التي تحددها لوائح هذا النظام، وعلى المحكمة سماع أقواله والفصل فيها»، كما نصت المادة الرابعة والعشرون بعد المائة من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية: «إذا لم يطالب المدعي بالحق الخاص بحقه أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية، أو طالب به ثم تغيب، فلا يحول ذلك دون استمرار المحكمة في نظر القضية والفصل في طلبات المدعي العام».

٢. مداولة الحكم سراً -حسب الحال- بمعزلٍ عن أطراف الدعوى فقد نصت المادة الثامنة من نظام الإجراءات الجزائية على أنه: «على أعضاء

المحكمة أن يتداولوا الرأي سرًّا ويناقشوا الحكم قبل إصداره، وأن يبدي كل منهم رأيه في ذلك، وتصدر الأحكام بالإجماع أو الأغلبية، وعلى الأقلية أن توضح رأيها وأسبابه في ضبط القضية، وعلى الأكثرية أن توضح وجهة نظرها في الرد على رأي الأقلية في الضبط، ولا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين استمعوا إلى المرافعة».

٣. النطق بالحكم إما بالإدانة ومن ثم إيقاع العقوبة المناسبة، وإما بعدم الإدانة وإخلاء سبيل المتهم من دعوى الحق العام، كما نصت المادة الثالثة والسبعون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية، ونص الحاجة منها: «تصدر المحكمة حكماً بعدم إدانة المتهم، أو بإدانته وتوقيع العقوبة عليه»[١].

٤. إذا اشتمل الحكم على عقوبة في الحق العام والحق الخاص، فيجب على القاضي بيان ما ثبت للحق العام من العقوبة، وما ثبت للحق الخاص[٢].

٥. التصرف في المضبوطات الواردة في الدعوى -إن وجدت-، فقد نصت المادة الثالثة والثمانون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية على أنه: «يجب على المحكمة التي تصدر حكماً في الموضوع أن تفصل في طلبات الخصوم المتعلقة بالأشياء المضبوطة، ولها أن تحيل النزاع في شأنها إلى المحكمة المختصة إذا وجدت ضرورة لذلك، ويجوز للمحكمة أن تصدر حكماً بالتصرف في المضبوطات أثناء نظر الدعوى».

(١) انظر: الملحوظة رقم (١٢) من مدونة التفتيش القضائي، الإصدار الأول.
(٢) انظر: الملحوظة رقم (١٤) من مدونة التفتيش القضائي، الإصدار الأول.

فالقاضي ملزم بالنظر في جميع طلبات المدعي العام والفصل فيها، فإذا اشتملت دعوى المدعي العام على طلبات بعضها ثابت ومستحق والآخر غير ثابت أو غير مستحق، فيجب على القاضي أن يبين ما ثبت استحقاقه من تلك الطلبات ويحكم بذلك للمدعي، وما لم يثبت عنه فيرده تلك الطلبات، ويسبب في حكمه أسباب رد تلك الطلبات.

المطلب الثالث: الاعتراض على الأحكام الجزائية:

عُرِّف الحكم الجزائي في جرائم الفساد المالي والإداري بأنه: ما يصدر من المحكمة المختصة، بشأن واقعة إجرامية، تثبت عدم إدانة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه، أو تدينه بارتكابها ومن ثم النطق بالعقوبة المناسبة.

ويُعَرَّف الاعتراض على الحكم الجزائي جرائم الفساد المالي والإداري بأنه: طلب المدعي العام -المختص- من المحكمة المختصة رفع الدعوى إلى محكمة الاستئناف ليتم إعادة الفصل فيها.

الهدف من إتاحة الاعتراض على الأحكام بطلب الاستئناف هو التثبت من صحة الحكم عن طريق النظر في الدعوى على درجتين: المحكمة الابتدائية، ومحكمة الاستئناف، وإن كان استئناف الأحكام يعاب عليه أنه يسبب إطالة أمد الدعوى الجزائية، وهو ما يترتب عليه آثار سلبية متعددة، إلا أنه مع ذلك يمثل ضمانة مهمة في سبيل تحقيق الرسالة التي من أجلها أُوجدَ القضاء، وهو تقرير الأحكام العادلة في الدعوى المرفوعة إليه[1].

(١) انظر: شرح نظام الإجراءات الجزائية، لعبد الحميد الحرقان: ص (٢٦٥).

وقد قرر نظام الإجراءات الجزائية حق طلب استئناف الأحكام الجزائية في جميع الأحكام الجزائية، سواء كانت في قضايا فساد مالي أو إداري أو غيرها من الجرائم دون تفرقة، فقد نصت المادة التاسعة منه على أنه: «تكون الأحكام الجزائية قابلة للاعتراض عليها وفقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا النظام».

وتأسيساً على ما سبق فإنه يحق للمدعي العام -بوحدة الادعاء العام- طلب استئناف أو تدقيق الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى المختصة بالنظر في قضايا الفساد المالي والإداري خلال المدة المقررة نظاماً، ومن واجب المحكمة التي أصدرت الحكم إفهام أطراف الدعوى بهذا الحق حال النطق بالحكم، ويدون في ضبط الدعوى إفهام أطراف الدعوى بحقهم في الاعتراض على الحكم، والمدة المحددة لتقديمه، وأن الحكم سيكتسب الصفة القطعية بمضي تلك المدة دون تقديم مذكرة الاعتراض، ما لم يكن الحكم واجب التدقيق، جاء في المادة الثانية والتسعين بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية أنه: «للمحكوم عليه وللمدعي العام وللمدعي بالحق الخاص طلب استئناف أو تدقيق الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى خلال المدة المقررة نظاماً وعلى المحكمة التي تصدر الحكم إعلامهم بهذا الحق حال النطق بالحكم»، ونصت المادة الرابعة والتسعون بعد المائة على أن: «مدة الاعتراض بطلب الاستئناف أو التدقيق ثلاثون يوماً، فإذا لم يقدم المعترض اعتراضه خلال هذه المدة سقط حقه في طلب الاستئناف أو التدقيق، وإذا كان الحكم صادراً بالقتل أو الرجم أو القطع أو القصاص في

النفس أو فيما دونها فيجب رفعه إلى محكمة الاستئناف لتدقيقه ولو لم يطلب أحد الخصوم ذلك».

ويتقدم المدعي العام بمذكرة تُودَع لدى إدارة المحكمة التي أصدرت الحكم، مشتملة على بيان الحكم المعترض عليه، ورقمه، وتاريخه، والأسباب التي بُني عليها الاعتراض، وطلبات المعترض، وتوقيعه، وتاريخ مذكرة الاعتراض[1]، وبعد تقييد إدارة المحكمة مذكرة الاعتراض في يوم إيداعها في السجل الخاص بذلك تحال فوراً إلى الدائرة التي أصدرت الحكم، ثم ينظر في طلب الاستئناف أو التدقيق ابتداءً من قبل الدائرة التي أصدرت الحكم المعترض عليه من غير مرافعة، إلا إذا رأت أن هناك ما يستدعي ذلك، وبعد النظر في المذكرة الاعتراضية من ناحية الأسباب التي بني عليها الاعتراض، والاستماع إلى المرافعة إذا دعت الحاجة إلى ذلك، فللدائرة تأكيد حكمها أو تعديله، وفي حال تعدل الحكم فيبلغ الخصوم بالحكم المعدل وتسري عليه قواعد استئناف الأحكام على التعديل الجديد من حيث المدة والحق المعترض عليه، وأما في حال تأكيد الدائرة حكمها برفض طلب المعترض فيجب عليها أن تقوم برفع الحكم مع صورة ضبط القضية ومذكرة الاعتراض وجميع الأوراق إلى محكمة الاستئناف التي يجب عليها الفصل في طلب الاستئناف أو طلب التدقيق على وجه السرعة[2].

(١) انظر: المادة (١٩٥) من نظام الإجراءات الجزائية.
(٢) انظر: المادتين (١٩٦) و(١٩٧/ ١) من نظام الإجراءات الجزائية.

تحدد محكمة الاستئناف جلسة للنظر في طلب الاستئناف ويبلغ الخصوم بذلك ثم تنظر محكمة الاستئناف في الدعوى[١]، وتتأمل ما في ملف الدعوى من أوراق وما يقدمه أطراف الدعوى من بينات ودفوع، ثم تصدر المحكمة حكمها، أما بتأييد حكم محكمة الدرجة الأولى أو نقضه كليا أو جزئياً وتحكم فيما نقض[٢].

وينبغي على المدعي العام عند الاعتراض على الحكم مراعاة الأمور التالية:

١. أن يكون الاعتراض في حال عدم الحكم له بجميع طلباته، فإن حكم له بكل طلباته فلا يجوز له الاعتراض[٣].

٢. أن يكون تقديم المذكرة الاعتراضية في المدة المحددة نظاماً، وهي خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استلام الصك[٤].

٣. أن يكون إيداع المذكرة الاعتراضية لدى محكمة الدرجة الأولى مصدرة الحكم[٥].

٤. أن تكون المذكرة الاعتراضية تحتوي على البيانات الجوهرية والأساسية.

(١) تنظر محاكم الاستئناف الاعتراض مرافعة في «الأحكام الصادرة بالقتل والقطع والرجم والقصاص في النفس أو فيما دونها، والأحكام الصادرة في جرائم الإرهاب وتمويله»، انظر: تعميم وزير العدل رقم (١١٧١/ ت) ١٩/ ٢/ ١٤٤٠هـ.
(٢) انظر: المادة (١٩٧/ ٢) من نظام الإجراءات الجزائية.
(٣) انظر: المادة (١٧٧) من نظام المرافعات الشرعية.
(٤) انظر: المادتين (١٩٢) و(١٩٤) من نظام الإجراءات الجزائية.
(٥) انظر: المادة (١٩٥) من نظام الإجراءات الجزائية.

٥. أن يتجنب استخدام العبارات والألفاظ التي يُشعر من خلالها اتهام المحكمة أو التشكيك في نزاهتها.

٦. أن يكون ملماً بالأحوال والحالات التي يجوز طلب الاستئناف أو التدقيق، ومنها على سبيل المثال لا الحصر:

- مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، والأنظمة المرعية[١].
- صدور الحكم من محكمة أو دائرة غير مختصة، أو غير مشكلة تشكيلاً سليماً وفق النظام[٢].
- الخطأ في تكييف الواقعة، أو وصفها وصفاً غير سليم[٣].
- قيام سبب من أسباب منع القاضي من نظر الدعوى.
- حصول قصور في الحكم أو مسبباته أو تناقض مضمونه.
- تبرئة المتهم في ظل وجود الأدلة والقرائن التي تثبت الإدانة.
- الخروج عن العقوبات المنصوص عليها شرعاً أو نظاماً.
- عدم الحكم للمدعي العام بجميع طلباته.
- تعديل المحكمة للأوصاف الجرمية.
- النزول عن الحد الأعلى في العقوبات المنظمة.

(١) انظر: المادة (١٩٨) من نظام الإجراءات الجزائية.
(٢) انظر: المادة (٩٥) من نظام المرافعات الشرعية.
(٣) انظر: المادة (٩٥) من نظام المرافعات الشرعية.

- عدم مراعاة الظروف المخففة أو المشددة للعقوبة.
- صدور الحكم غيابياً على المتهم[1].

فهذه بعض الأحوال التي يجوز للمدعي العام الاعتراض عليها حال وقوعها أثناء نظر الدعوى الجزائية العامة.

(١) لا يجوز الحكم على المتهم الغائب إلا في قضايا الإرهاب وتمويله، انظر: المادة (١٤٠) من نظام الإجراءات الجزائية، والمادة (٩) من نظام الإرهاب وتمويله.

الخاتمة

النتائج:

١. المراد بالادعاء العام في قضايا الفساد المالي والإداري هو: مباشرة المدعي العام المختص للدعوى الجزائية العامة ضد المتهمين في جرائم الفساد المالي والإداري، بقصد إثبات الإدانة، والمطالبة بعقوبة جزائية، أمام المحكمة المختصة، ومتابعتها حتى الفصل فيها بحكم نهائي.

٢. خصوصية الادعاء العام، والمحاكمة في جرائم الفساد المالي والإداري في المملكة العربية السعودية.

٣. يخص المدعي العام في هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، بما يختص به المدعي العام في النيابة العامة.

٤. بيان اختصاصات ومسؤوليات المدعي العام في جرائم الفساد المالي والإداري أثناء نظر الدعوى الجزائية العامة.

التوصيات:

١. إعداد مشروع لائحة تنظم سير الدعوى العامة في دعاوى الفساد المالي والإداري، ابتداء من جهة الاستدلال وانتهاء بمرحلة التنفيذ، بما يتوافق مع خصوصيتها.

٢. إنشاء معهد يعنى بتدريب المعنيين بتطبيق الأنظمة المتعلقة بقضايا الفساد المالي والإداري، وبتبادل الخبرات فيما بينهم، والرفع بالمرئيات للجهات العليا بما يخدم سير العمل.

٣. تفعيل الاتفاقات الدولية، فيما يتعلق بدعاوى الفساد المالي والإداري، بما يسهل القبض على المتهمين، وتسليمهم، وتنفيذ الأحكام الجزائية بحقهم.

هذا جهد الباحث في البحث، وأنني أعلم يقيناً أن الكمال المطلق لكتاب الله وحده، وأما عمل الإنسان فمعرض للنقص والخطأ، والنسيان، وما أصدق كلمة العماد الأصفهاني حيث قال: «إني أرى أنه لا يكتب إنساناً كتاباً في يومه إلا قال في غده لو غيَّرت هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قُدِّم هذا لكان أفضل، ولو تُرِك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر»[1].

«تم بحمد الله».

(١) معجم الأدباء، للعماد الأصفهاني،(١/ ١).

قائمة المراجع

أولاً: المراجع الفقهية واللغوية:

١. **الإجماع**، للإمام محمد بن إبراهيم المنذر، اعتناء: محمد حسام بيضون، ط١، مؤسسة الكتاب، بيروت، ١٤١٤هـ.

٢. **أدب القاضي**، لابن أبي الدم.

٣. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، دار إحياء التراث العربي، ط٢.

٤. **الأشباه والنظائر**، للسيوطي.

٥. **البحر الرائق**، لابن نجيم.

٦. **بدائع الصنائع**، للكاساني.

٧. **التاج والإكليل**، أبو عبد الله المواق المالكي.

٨. **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن فرحون المالكي المدني، مراجعة: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، ط١، ١٤٠٦هـ.

٩. **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ط٣، مطبعة مصطفى البابي الحلبي مصر، وط٢، دار الفكر- بيروت، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

١٠. **السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية**، لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية، تحقيق: أبو عبد الله علي بن محمد المغربي، دار الأرقم ، بيروت، ط١، ١٤٠٦هـ.

١١. **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، لأبي عبد الله بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الوطن، الرياض - السعودية، ط١.

١٢. **فتح الباري**، لابن حجر العسقلاني.

١٣. **كشاف القناع**، للبهوتي.

١٤. **المبسوط**، للسرخسي.

١٥. **مجموع الفتاوى**، لابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مكتبة المعارف، الرباط- المغرب.

١٦. **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام**، لعلاء الدين علي بن خليل الطرابلسي ، دار الفكر، ط١.

١٧. **المغني**، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، دار الفكر، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٠٥هـ.

ثانياً: المراجع القضائية والنظامية:

١. **الادعاء العام والمحاكمة الجنائية**، لعلي الهجري.

١. **الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري**، لحاحا عبد العالي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خضير، بسكرة، ٢٠١٣م.

١. **آليات مكافحة الفساد الإداري ودورها في الحد من المخاطر الاقتصادية**، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير بجامعة الأمير نايف، إعداد الطالب: ياسر أحمد شاكر الشريف، إشراف الدكتور: علي ضبيان الرشيدي، عام ٢٠١٩م

١. **إمارة المنطقة ودورها في الإجراءات الجزائية في المملكة العربية السعودية**، ليحيى بن عبد الله بن سعد آل مرعي، جامعة الأمير نايف العربية، السعودية – الرياض، ط١، ١٤٢٣هـ.

٢. **استقلال القضاء في المملكة العربية السعودية**، للدكتور ناصر الجوفان.

٣. **أصول الإجراءات الجنائية**، الدكتور محمد محيي الدين عوض.

٤. **أصول المحاكمات الجزائية**، أحمد فتحي سرور، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط١.

٥. **الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود في المملكة العربية السعودية وأثرها في استتباب الأمن**، للدكتور سعد بن محمد بن ظفير، مطابع سمحة، للأوفست، ط١.

٦. **الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية**، للدكتور أحمد عوض بلال، دار النهضة العربية، ط١، ١٤١١هـ.

٧. **الادعاء العام والمحاكم الجنائية وتطبيقهما في المملكة العربية السعودية**، للدكتور عماد عبد المجيد النجار، معهد الإدارة العامة، ط١، ١٤١٧هـ.

٨. **الادعاء العام في الفقه والنظام**، للدكتور طلحة محمد عبد الرحمن غوث، كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ط١.

٩. **تسبيب قرار التحقيق في الجريمة**، لفضيلة الشيخ عبد الله بن محمد آل خنين، بحث منشور بمجلة العدل، العدد (١٠)، ١٤٢٢هـ.

١٠. **تطور الإجراءات الجنائية في المملكة العربية السعودي**، لعبد الله مرعي القحطاني.

١١. **تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام وآثاره – دراسة مقارنة**، ناصر الجوفان، مجلة قضاء، العدد الثاني، رجب ١٤٣٤هـ.

١٢. **جهود مكافحة الفساد الإداري والمالي في المملكة العربية السعودية»**، إعداد الدكتور: شريهان ممدوح حسن أحمد، بحث منشور في المجلة القانونية، جامعة القاهرة، عام ١٤٢٢هـ.

١٣. **خصائص الادعاء العام في جرائم قوى الأمن الداخلي**، لحسين عبد الأمير الزبيدة.

١٤. **دراسة في أصول المحاكمات الجزائية**، للدكتور سامي النصراوي.

١٥. **دعاوى الحق العام أمام المحاكم في الفقه والنظام**، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير بقسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء، إعداد الطالب: أحمد بن عبد الرحمن المحيذيف، عام ١٤١٦هـ.

١٦. **دور الادعاء العام في الدعوى المدنية**، لتيماء محمود فوزي الصراف، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٤٣٠هـ-٢٠١٠م.

١٧. **دور هيئة التحقيق والادعاء العام في الدعوى الجنائية**، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير بجامعة الأمير نايف، إعداد الطالب: عبد الرحمن بن أحمد الأفندي، عام ١٤٢٠هـ.

١٨. **شرح قانون الإجراءات الجنائية**، للدكتور محمود مصطفى.

١٩. **شرح قانون العقوبات القسم العام**، لمحمود نجيب حسني.

٢٠. **شرح نظام الإجراءات الجزائية**، للدكتور عبد الحميد بن عبد الله الحرقان، مطبعة الحميضي، ط١، ١٤٣٦هـ.

٢١. **علاقة الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد بجهات التحقيق**، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير بجامعة الأمير نايف- قسم العدالة الجنائية-، إعداد الطالب: محمد مسفر مجدل القحطاني، إشراف الدكتور: مروان شريف القحف، عام ٢٠١٣م.

٢٢. **الفساد الإداري أسبابه ومظاهره**، لعصام عبد الفتاح مطر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١١م.

٢٣. **الفساد الإداري وتطبيقاته في العراق**، لعادل جابر الجوفي، مكتبة دار الفكر، ٢٠٠٩م.

٢٤. **الفساد الإداري والمالي**، أسبابه، مظاهره، مؤشرات قياسه، للدكتور مفتاح صالح، ومعارفي فريدة، بحث منشور، جامعة محمد خيضر - بسكرة، ٢٠١٢م.

٢٥. **الفساد الحكومي في الدول النامية**، لعباد محمد علي باش، مجلة القادسية للعلوم الإدارية والاقتصادية، المجلد (٥)، العدد (٣)، ٢٠٠٢م.

٢٦. **الفساد والحكم**، الأسباب، العواقب، الإصلاح، لسوزان روز أكرمان، ترجمة فواد سروجي، دار الأهلية، ط١، عمان، ٢٠٠٣م.

٢٧. **قاموس المصطلحات الاقتصادية**، لعلي أحمد.

٢٨. **مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق**، للدكتور أشرف رمضان عبد الحميد، جامعة عين شمس، ط١، ٢٠٠١م.

٢٩. **مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية**.

٣٠. **مجموعة القواعد القانونية**، مصر.

٣١. **هيئة التحقيق والادعاء العام ودورها في نظام العدالة الجنائية**، فيصل معيض القحطاني، جامعة الأمير نايف للعلوم الأمنية، السعودية - الرياض، ط١، ١٤٢٠هـ.

٣٢. **الوجيز في القانون الجزائي العام**، لأحسن بوسقيعة، دار هومه، الجزائر، ط١، ٢٠١٦م.

٣٣. **الوسيط في شرح نظام الإجراءات الجزائية**، لياسر حسين بهنس.

ثالثاً: الأنظمة السعودية:

١. **نظام الأساسي للحكم**، الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/ ٩٠) في ٢٧/ ٨/ ١٤١٢هـ، نشر بجريدة أم القرى، العدد (٣٣٩٧)، بتاريخ ٢/ ٩/ ١٤١٢هـ.

٢. **نظام هيئة التحقيق والادعاء العام -النيابة العامة-**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٦) وتاريخ ٢٤/ ١٠/ ١٤٠٩هـ، نشر في جريدة أم القرى، العدد (٣٢٦٤) في ٢٠/ ١١/ ١٤٠٩هـ.

٣. **نظام القضاء**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) وتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ، نشر في جريدة أم القرى، العدد (٤١٧٠) في تاريخ ٣٠/ ٩/ ١٤٢٨هـ.

٤. **نظام المرافعات الشرعية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ، نشر في جريدة أم القرى، العدد (٤٤٩١) في ٣/ ٢/ ١٤٣٥هـ.

٥. **نظام الإجراءات الجزائية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٢) وتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ، نشر في جريدة أم القرى، العدد (٤٤٩١) في ٣/ ٢/ ١٤٣٥هـ.

٦. **اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية**، الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (١٤٢) وتاريخ ٢١/ ٣/ ١٤٣٦هـ، نشرت في جريدة أم القرى، العدد (٤٥٥٣) في ٢٤/ ٤/ ١٤٣٦هـ.

٧. **نظام مكافحة الإرهاب وتمويله**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٢١) وتاريخ ١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ.

٨. **الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري**، الصادرة بالأمر الملكي رقم (أ/ ٢٧٧) في ١٥/ ٤/ ١٤٤١هـ.

٩. **مدونة التفتيش القضائي**، صادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، الإصدار الأول، الرياض.

الحماية الدولية
لحق ذوي الإعاقة في التعليم

د. أحمد بن علي بن عبد الله الدباسي

الأستاذ المساعد في قسم الأنظمة

كلية الشريعة - جامعة القصيم

aaldibasi@qu.edu.sa

المقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على أشرف خلقه وخاتم رسله، نبينا المصطفى محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أما بعد:

فالحق في التعليم حق أساسي من حقوق الإنسان، وهو بمثابة حجر الزاوية للتنمية الشخصية والتمكين والتكامل الاجتماعي، وهو مبدأ أقرته الشريعة الإسلامية، ومعترف به عالمياً، ومنصوص عليه في مختلف الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، وكذلك القوانين الوطنية.

يعد الحق في التعليم للأشخاص ذوي الإعاقة ذا أهمية قصوى، لأنه لا يضمن تطورهم الشخصي فحسب، بل يعزز أيضًا الاندماج المجتمعي والمساواة، ويلعب التعليم دورًا محوريًا في تمكين الأفراد ذوي الإعاقة من ممارسة حقوقهم وتحقيق إمكاناتهم والمشاركة بنشاط في مجتمعاتهم، فهو يزودهم بالمعرفة والمهارات والقدرات اللازمة ليعيشوا حياة مستقلة ويساهموا بشكل هادف في المجتمع، ومع ذلك، وعلى الرغم من التقدم الكبير في تعزيز الفرص التعليمية في جميع أنحاء العالم، لا يزال الأشخاص ذوو الإعاقة يواجهون عوائق كبيرة في الوصول إلى التعليم الجيد، فقد يواجه الأشخاص ذوو الإعاقة عددًا لا يحصى من التحديات في حياتهم في تحقيق حقهم في التعليم، وقد تشمل هذه التحديات الحواجز المادية في المؤسسات التعليمية، وعدم كفاية البنية التحتية، ونقص المواد التعليمية المتطلبة لهذه الفئة من الأشخاص من الوصول إليها، والمواقف التمييزية من الغير، وكذلك نقص عام في الوعي حول الممارسات التعليمية الشاملة، ونتيجة

لذلك، يواجه الأفراد ذوو الإعاقة في كثير من الأحيان الإقصاء والتهميش ومحدودية الفرص التعليمية، مما يؤدي إلى عدم المساواة الاجتماعية وإعاقة تنميتهم بشكل عام.

تهدف هذه الورقة القانونية إلى استكشاف الأطر القانونية المؤسسة لحق الأشخاص ذوي الإعاقة في التعليم، حيث ستقوم الورقة بوصف هذا الإطار القانوني الدولي الحالي -بما في ذلك اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والمعاهدات الأخرى ذات الصلة-؛ وذلك لتقييم مدى ضمان الوصول الشامل والمنصف إلى التعليم، ومن خلال دراسة المشهد القانوني، تسعى هذه الورقة إلى بيان الإجراءات القانونية الشكلية التي يستطيع من خلالها الأشخاص ذوو الإعاقة حماية وتعزيز حقهم في التعليم بشكل فعال.

كما تهدف النتائج والتوصيات المقدمة هنا إلى بيان القواعد القانونية المنظمة والحامية لحق التعليم لذوي الإعاقة في المعاهدات والصكوك القانونية الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان، وتهدف أيضًا إلى إعلام صناع السياسات والمعلمين وأصحاب المصلحة من المشرعين بجهودهم المرجوة لخلق بيئة شاملة وصحية تضمن فرصًا تعليمية متساوية وذات معنى للجميع -وبالأخص ذوي الإعاقة-.

أهداف البحث:

١. بيان مفهوم ذوي الإعاقة.

٢. توضيح المقصود بحق التعليم في القانون الدولي لحقوق الإنسان.

٣. بيان القواعد القانونية الدولية لحقوق الإنسان التي تكفل وتحمي حق ذوي الإعاقة في التعليم.

٤. الكشف عن الآليات القانونية الدولية المتاحة لذوي الإعاقة والمصلحة في تقديم التظلمات في حال انتهاك حق ذوي الإعاقة في التعليم.

مشكلة البحث:

تناقش هذه الورقة مدى وجود قواعد قانونية دولية تحمي حق ذوي الإعاقة في التعليم، والسبل القانونية التي يمكن اتخاذها في حال وجود انتهاك لهذه الحقوق، وللإجابة عن هذا التساؤل؛ لا بد من معرفة الإجابة عن الأسئلة الفرعية التالية:

- ما المقصود بذوي الإعاقة؟
- ما هو مفهوم حق التعليم في القانون الدولي لحقوق الإنسان؟
- ما هي الأُطُر القانونية الدولية لحقوق الإنسان التي تحمي حق ذوي الإعاقة في التعليم؟
- هل يوجد طرق قانونية يمكن اتخاذها في حال وجود انتهاك لحق ذوي الإعاقة في التعليم؟

منهجية البحث:

نهجت هذه الورقة في مجملها المنهج الوصفي، حيث بدأت بوصف مفهوم ذوي الإعاقة، وكذلك بيان ووصف المقصود بحق التعليم، ثم بعد

ذلك استعرضت الورقة ووصفت القواعد القانونية الدولية المنتشرة في عددٍ من الصكوك الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان، التي كفلت وأسَّست لحماية حق التعليم لذوي الإعاقة، وأخيرًا، بيَّنت الورقة الطرق القانونية التي يمكن سلكها من قِبل ذوي الإعاقة أو المدافعين عنهم من منظمات دولية في حال وجود انتهاك لحق التعليم المكفول لذوي الإعاقة.

الدراسات السابقة:

من خلال الاطلاع على عدد كبير من قواعد البيانات البحثية والرسائل الجامعية والكتب القانونية نجد أن كثيرًا منها تناولت حقوق ذوي الإعاقة بشكل عام، وليس عن حق التعليم بشكل خاص، أو أنها تحدثت عن حق تعليم ذوي الإعاقة، ولكن من منطلق تربوي لا من ناحية قانونية، ولعل من أبرز الدراسات التي تم الوقوف عليها في هذا الصدد ما يلي:

- **الحماية القانونية لحقوق ذوي الإعاقة: دراسة في حق التعليم وحق العمل**، د. خليل إبراهيم خلف كردي، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، العراق، مجلة العلوم القانونية والسياسية مجلد ١٢، العدد الأول (٢٠٢٣م).

تحدثت هذه الدراسة عن الحماية القانونية لذوي الإعاقة في التشريعات الدولية والوطنية، وذلك فيما يخص حقي التعليم والعمل لهذه الفئة، بالإضافة إلى الحديث عن الحماية القانونية في التشريعات الوطنية -مع اقتضابها- وخاصة التشريع العراقي.

وتفترق هذه الورقة عن هذه الدراسة في أنها اقتصرت على الحديث عن حق التعليم فقط لذوي الإعاقة، كما أن هذه الورقة ركزت بشكل مباشر على القانون الدولي لحقوق الإنسان دون التطرق إلى التشريعات الوطنية، أيضًا افترقت هذه الورقة عن الدراسة الحالية في بيان الطرق القانونية التي يمكن سلكها في حال وجود انتهاك لهذا الحق الإنساني.

- **الحق في التعليم الدامج للطلاب من ذوي الإعاقة**، د. زروالي وسيلة، مجلة معابر، جامعة الجزائر، المجلد ٦، العدد الأول (٢٠٢١م).

تحدثت هذه الدراسة عن حق ذوي الإعاقة في الحصول على التعليم الدامج (الشامل أو المدمج)، وعن شروط ومزايا التعليم الدامج، وكذلك الحديث عن سلبياته.

وتفترق هذه الورقة عن الدراسة الحالية فرقًا جوهريًا؛ كون الأخيرة تنظر من زاوية ورؤية تربوية لا قانونية، فلم تتطرق هذه الدراسة إلى الحديث عن الصكوك القانونية الدولية التي تُعنى بحقوق ذوي الإعاقة، ولا عن السبل القانونية التي يمكن لذوي الإعاقة من اتخاذها في حال تضررهم من انتهاك حقهم في التعليم.

خطة البحث:

تم تقسيم هذا البحث إلى مقدمة، ومبحث تمهيدي، ومبحثين رئيسين، وخاتمة، وقد جاء التبويب كما يلي:

المبحث التمهيدي:

ويشمل مطالب أربعة:

المطلب الأول: مفهوم ذوي الإعاقة.

المطلب الثاني: مكانة حق التعليم في القانون الدولي.

المطلب الثالث: أهمية حق التعليم لذوي الإعاقة وأبرز التحديات.

المطلب الرابع: الأهمية القانونية للموضوع.

المبحث الأول: الإطار القانوني لحقوق ذوي الإعاقة في التعليم:

ويشمل مطالب ثلاثة:

المطلب الأول: الحق في التعليم في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: حق ذوي الإعاقة في التعليم في القانون الدولي لحقوق الإنسان.

المطلب الثالث: حق ذوي الإعاقة في التعليم في الاتفاقيات الدولية الإقليمية.

المبحث الثاني: الآليات القانونية الدولية لضمان حق التعليم لذوي الإعاقة:

ويشمل مطالب أربعة:

المطلب الأول: هيئات مراقبة المعاهدات في حماية حقوق الإنسان.

المطلب الثاني: الشكاوى الفردية المقدمة إلى لجان حقوق الإنسان الدولية.

المطلب الثالث: الشكاوى الفردية المقدمة إلى محاكم حقوق الإنسان الدولية.

المطلب الرابع: منظمات الضغط الدولية.

الخاتمة:

وتشمل النتائج والتوصيات.

قائمة مراجع البحث.

المبحث التمهيدي

المطلب الأول: مفهوم ذوي الإعاقة:

الفرع الأول: مفهوم ذوي الإعاقة لغة واصطلاحًا:

بداية، مصطلح ذوي الإعاقة هو عنوان مركب من كلمتين، لذا فيجب بيان معنى الإعاقة ابتداءً؛ حتى يتضح المفهوم من العنوان المركب.

إن لفظ الإعاقة بهذا المصطلح قد ورد في بعض المعاجم العربية، وأصل الكلمة وارد وثابت في بعض المعاجم العربية، فأصل هذه الكلمة ومادتها تعود إلى (عوق)، وأُخذ منها أعاق (فعل ماض رباعي مزيد)، ويعوق (فعل مضارع)، ومعوق (اسم مفعول)، فالعوق هنا يقصد به: الحبس والصرف والتثبيط[1]. وقد ذكر ابن منظور في لسان العرب حول مادة عوق ما يلي: «والعَوْق: الرَّجُلُ الَّذِي لَا خَيْرَ عِنْدَهُ، والعَوْق [أيضًا]: الأَمر الشَّاغِلُ، وعَوائِقُ الدَّهْرِ: الشَّوَاغِلُ مِنْ أَحداثه، والتَّعَوُّق: التَّثَبُّط والتَّعْوِيقُ: التَّثْبيط، وَفِي التَّنْزِيلِ: ﴿قَدْ يَعْلَمُ اللَّهُ الْمُعَوِّقِينَ مِنْكُمْ﴾، المُعَوِّقون: قَوْم مِنَ الْمُنَافِقِينَ كَانُوا يُثَبِّطون أَنصار النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَذَلِكَ أَنهم قَالُوا لَهُمْ: مَا محمدٌ وأَصحابه إِلَّا أُكْلَةُ رأْسٍ، وَلَوْ كَانُوا لَحْماً لَالْتَقَمَهُمْ أَبو سُفْيَانَ وحِزْبُه، فخلُّوهم وَتَعَالَوْا إِلينا، فَهَذَا تَعْوِيقُهم إِياهم عَنْ نُصْرة النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَهُوَ تَفْعِيل مِنْ عَاقَ يَعُوق؛»[2] وهنا يُلحظ أن اللفظ القرآني استخدم

(١) الزبيدي، تاج العروس، مادة: عوق، ١٣/ ٣٦٥.

(٢) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط ٣، ١٤١٤هـ، ج ١٠/ ٢٧٩.

مصطلح المُعوِّقين -اسم فاعل-؛ وأريد بذلك -والله أعلم- معنى الحبس والمنع والتثبيط؛ أي: المثبّطين للناس[١].

فالإعاقة لغة تعني: «التأخير وعدم القدرة والمنع والتكبيل لليدين أو وجود عيب أو عاهة أو تشوّه أو عجز أو قصور أو نقص»[٢].

والمعاق لغة: فكلمة مُعاق اسم مفرد، واسم مفعول من أعاقَ، وهو مَنْ تمنعه عاهة جسديّة أو عقليَّة عن النَّشاط الإنسانيّ المعتاد[٣]. والمعاق أيضًا: «معرقل ومرتبك ومن تعترضه الصعاب»[٤].

أما المقصود بالإعاقة اصطلاحًا فقد تناولها الباحثون من عدة اتجاهات تأثرت هذه التعريفات في مجملها لتقسيمات وأنواع الإعاقة، ونذكر من ضمنها: «تقييد أو تحديد لمقدرة الفرد على القيام بواحدة أو أكثر من الوظائف التي تعتبر من المكونات الأساسية للحياة اليومية»[٥]. وعرفها أحدهم بأنها: «حالة من عدم القدرة على تلبية الفرد لمتطلبات أداء دوره الطبيعي في الحياة المرتبطة بعمره وجنسه وخصائصه الاجتماعية والثقافية، وذلك نتيجة الإصابة

(١) البغوي، الحسين بن مسعود، معالم التنزيل في تفسير القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٢٠هـ، ج ٣/ ٦٢٢.
(٢) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، باب العين، ١/ ٥١٦.
(٣) د. عمر، أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، الرياض، عالم الكتب، ١٤٢٩هـ، مادة [٣٤٩٧ - ع و ق]، ج ٢/ ٥٧٧.
(٤) الأزدي، علي بن الحسن الهنائي، المنجد في اللغة والأعلام، ص ٥٣٨.
(٥) حبيب، سعد، المعوق والمجتمع في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢م، ص ٨.

أو العجز في أداء الوظائف الفسيولوجية أو السيكولوجية»[١]. وقد عرفها المنظِّم السعودي في نظام رعاية المعوقين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٧) بتاريخ ٢٣ / ٩ / ١٤٢١هـ[٢] في مادته الأولى: «الإعاقة هي الإصابة بواحدةٍ أو أكثر من الإعاقات الآتية: الإعاقة البصرية، الإعاقة السمعية، الإعاقة العقلية، الإعاقة الجسمية والحركية، صعوبات التعلم، اضطرابات النُّطق والكلام، الاضطرابات السلوكية والانفعالية، التوحُّد، الإعاقة المزدوجة والمتعددة، وغيرها من الإعاقات التي تتطلب رعاية خاصة».

أما المعاق اصطلاحًا، فقد عرفه بعضهم بأنه: «الشخص الذي استقر به عائق أو أكثر يوهن من قدرته ويجعله في أمس الحاجة إلى عون خارجي»[٣]. وقال بعضهم إن المعاق: «كل شخص لديه قدرة كاملة على ممارسة نشاط أو عدة أنشطة أساسية للحياة العادية، نتيجة إصابة وظائفه الحسية أو العقلية أو الحركية إصابة وُلد بها أو لحقت به بعد الولادة»[٤].

وقد تناولت بعض الأنظمة القانونية العربية في تنظيماتها الجديدة إلى الاقتصار على تعريف المعاق أو الأشخاص ذوي الإعاقة بدلًا من تعريف

(١) البيلاوي، إيهاب، توعية المجتمع بالإعاقة، دار الزهراء، الرياض، ٢٠٠٦م، ط ٢، ص ١٨.

(٢) وقد توقف العمل على هذا النظام في منتصف عام ١٤٤٥هـ نظرًا لصدور التنظيم الجديد بمسمى: نظام حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٧) بتاريخ ١١ / ٢ / ١٤٤٥هـ.

(٣) د. نور، محمد عبد المنعم، الخدمة الاجتماعية الطبية والتأهيل، ص ١٥٧.

(٤) الشيباني، عمر التوم، الرعاية الثقافية للمعاقين، الدار العربية للكتاب، طرابلس، ليبيا، ١٩٨٩م، ص ١٤.

الإعاقة كما فعل المنظم الأردني في قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لسنة ٢٠١٧م، حيث عرَّف المعاق بأنه: «كل شخص لديه قصور طويل الأمد في الوظائف الجسدية أو الحسية أو الذهنية أو النفسية أو العصبية، يحول نتيجة تداخله مع العوائق المادية والحواجز السلوكية دون قيام الشخص بأحد نشاطات الحياة الرئيسية، أو ممارسة أحد الحقوق، أو إحدى الحريات الأساسية باستقلال»(١)، وكذلك فعل المنظم المصري في قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لسنة ٢٠١٨م، حيث أشار إلى أن المعاق هو: «كل شخص لديه قصور أو خلل كلي أو جزئي، سواء كان بدنياً، أو ذهنياً، أو عقلياً، أو حسياً، إذا كان هذا الخلل أو القصور مستقراً، مما يمنعه -عند التعامل مع مختلف العوائق- من المشاركة بصورة كاملة وفعالة مع المجتمع وعلى قدم المساواة مع الآخرين»(٢).

وأخيرًا فإن المنظم السعودي في تنظيمه الأخير لنظام حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الصادر في مطلع عام ١٤٤٥هـ (٢٠٢٣م) سار في نفس الاتجاه، حيث اقتصر على تعريف المعاق دون الإعاقة، فعرَّف المعاق بأنه: «كل شخص لديه اضطراب أو قصور طويل الأمد في الوظائف الجسدية، أو العقلية، أو الذهنية، أو الحسية، أو النفسية، قد يمنعه -عند تعامله مع

(١) قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني، رقم ٢٠، لسنة ٢٠١٧م، المادة الثالثة.
(٢) قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري، رقم ١٠، لسنة ٢٠١٨م، المادة الثانية.

مختلف التحديات- من المشاركة بصورة كاملة وفاعلة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين»[١].

الفرع الثاني: مفهوم ذوي الإعاقة في المواثيق الدولية:

يختلف التعريف القانوني للأشخاص ذوي الإعاقة في الاتفاقيات الدولية قليلاً، اعتمادًا على الاتفاقية أو المعاهدة المحددة، ومع ذلك توفر اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة (CRPD)[٢] ٢٠٠٧م تعريفًا مقبولًا على نطاق واسع، وقد تم اعتماده من قبل العديد من الصكوك والأطر القانونية الدولية[٣].

وقد ذكر الإعلان العالمي الخاص بحقوق المعوقين في سنة ١٩٧٥م تعريفًا للشخص المعوق بأنه: «أي شخص عاجز عن أن يؤمن بنفسه، بصورة كلية أو جزئية، ضرورات حياته الفردية و/ أو الاجتماعية العادية بسبب قصور خلقي أو غير خلقي في قدراته الجسمانية أو العقلية»[٤].

(١) نظام حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لعام ١٤٤٥هـ، مرسوم ملكي، رقم الوثيقة: م/ ٢٧، تاريخ الاعتماد: ١١/ ٠٢/ ١٤٤٥هـ.

(٢) (CRPD) هو اختصار للأحرف الأولى من اسم الاتفاقية باللغة الإنجليزية، والاسم كالتالي: (Convention on the Rights of Persons with Disabilities).

(٣) الجمعية العامة للأمم المتحدة، اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، ٢٤ يناير ٢٠٠٧م، أ/ سلسلة المعاهدات/ ٦١/ ١٠٦، المادة الأولى. وقد صادقت المملكة العربية السعودية على الاتفاقية في عام ٢٠٠٨م.

(٤) الأمم المتحدة، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٣٤٤٧ (د-٣٠)، المؤرخ في ٩ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٧٥م.

وفي نفس السياق، جاءت المادة الأولى من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، بتعريف الأشخاص ذوي الإعاقة بأنهم: «...الأشخاص الذين يعانون من إعاقات جسدية أو عقلية أو فكرية أو حسية طويلة الأمد قد تعيق عند تفاعلهم مع مختلف الحواجز مشاركتهم الكاملة والفعالة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين»(١).

ويشمل هذا التعريف مجموعة واسعة من الإعاقات، بما في ذلك الإعاقات الجسدية والحسية والفكرية والعقلية، وهو يعترف بأن الإعاقة ليست نتيجة لعاهة في الفرد فحسب، بل تتأثر أيضًا بالحواجز المجتمعية والبيئية التي تعيق مشاركتهم وإدماجهم.

ومن المهم أن نلاحظ أن تبني اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة نموذجًا اجتماعيًا للإعاقة، يركز على إزالة الحواجز المجتمعية وتعزيز السياسات والبيئات الشاملة، بدلاً من النظر إلى العاهة على أنها نقص شخصي، ويؤكد هذا النهج على أهمية إنشاء مجتمعات يسهل الوصول إليها، وشاملة تمكن الأشخاص ذوي الإعاقة من المشاركة الكاملة في جميع جوانب الحياة على قدم المساواة مع الآخرين.

قد يكون للاتفاقيات الدولية الأخرى تعريفاتها الخاصة للإعاقة، ولكن تعريف اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة معترف به على نطاق واسع، ويوفر فهمًا شاملاً للإعاقة في سياق حقوق الإنسان والإدماج، وهذا ما فعلته العديد من القوانين الوطنية بتبنيها لنفس التعريف في قوانينها الوطنية، كما

(١) اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، مرجع سابق، رقم ١٦، المادة الأولى.

تمت الإشارة إليه سابقًا في تعريف النظام الأردني والمصري والسعودي للأشخاص ذوي الإعاقة.

إن النموذج الاجتماعي للإعاقة يعد محوريًا في اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، حيث يميز بين العاهة والإعاقة، فيشير مصطلح العاهة إلى الحالة الجسدية أو العقلية أو الفكرية أو الحسية التي قد يعاني منها الفرد، في حين تنشأ الإعاقة من التفاعل بين العاهة والحواجز في البيئة، ويؤكد النموذج الاجتماعي على أن مسؤولية المجتمع هي إزالة تلك الحواجز وخلق بيئة شاملة ويمكن الوصول إليها للأشخاص ذوي الإعاقة[1].

إن التعريف الوارد في اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة واسع وشامل، ويعترف بأن الإعاقات يمكن أن تظهر في أشكال مختلفة وتشمل مجموعة واسعة من الحالات، بما في ذلك الإعاقات المرئية وغير المرئية، وهذا يضمن حماية الأفراد ذوي الإعاقات المتنوعة، وحصولهم -على قدم المساواة- على الحقوق والفرص، وقد نصت الاتفاقية على أن الإعاقات تنشأ من العاهات طويلة الأمد، وهذا يعني أنه من المتوقع أن تستمر العاهة لفترة طويلة، أو أن يكون طول أمد هذه العاهة أو العاهات له تأثير دائم على حياة الفرد يساعد التركيز على العاهات طويلة المدى على التمييز بين الإعاقات والحالات المؤقتة.

(١) المرجع السابق.

وقد ورد أيضًا بيان مفهوم الأشخاص ذوي الإعاقة في بعض المواثيق والاتفاقيات الأخرى، مثل: بروتوكول حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في أفريقيا التي اعتمدها الاتحاد الأفريقي، وتعكس هذه الاتفاقية بشكل وثيق اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة سالفة الذكر، وتعرف الأشخاص ذوي الإعاقة بأنهم: «أولئك الذين يعانون من إعاقات بدنية أو عقلية أو ذهنية أو تنموية، وبالتداخل مع الحواجز البيئية أو السلوكية أو المعوقات الأخرى يتم إعاقة مشاركتهم بصورة كاملة وفعالة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين»[(١)].

المطلب الثاني: مكانة حق التعليم في القانون الدولي:

التعليم حق أساسي من حقوق الإنسان، ويلعب دوراً حاسماً في تنمية الأفراد وتمكينهم، وإدراكاً لأهميته، كرَّس القانون الدولي الحق في التعليم باعتباره حقاً أساسياً محمياً بموجب مختلف الصكوك القانونية؛ بما في ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، واتفاقية حقوق الطفل، وتضع هذه الصكوك مجتمعة إطارًا شاملاً لحماية وتعزيز الحق في التعليم، ويشمل الحق في التعليم أبعاداً مختلفة تتجاوز مجرد الوصول إلى المؤسسات التعليمية، كما يشمل الحق في التعليم الابتدائي المجاني والإلزامي، والمساواة في الوصول إلى الفرص

(١) البروتوكول الملحق بالميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في أفريقيا، (٢٠٠٧)، المادة الأولى.

التعليمية دون تمييز، والإدخال التدريجي للتعليم الثانوي والعالي المجاني، وكذلك التعليم المهني والتقني، وبرامج تعليم الكبار، وغيرها[1].

إن التعليم هو حق من حقوق الإنسان في حد ذاته، ووسيلة لا غنى عنها لإعمال حقوق الإنسان الأخرى، والتعليم، باعتباره حقاً من حقوق التمكين العلمي والمعرفي للأفراد، هو الوسيلة الأساسية التي يمكن من خلالها للبالغين والأطفال المهمشين اقتصادياً واجتماعياً، أن ينتشلوا أنفسهم من الفقر، ويحصلوا على وسائل المشاركة الكاملة في مجتمعاتهم.

للتعليم دور حيوي في تمكين الشخص، وحماية الأطفال من العمل الاستغلالي والخطير والاستغلال الجنسي، وتعزيز حقوق الإنسان والديمقراطية، وحماية البيئة، والسيطرة على النمو السكاني، وقد خصص العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية مادتين للحق في التعليم: وهما المادتان (١٣) و(١٤). فالمادة (١٣)، وهي أطول مادة في العهد، هي المادة الأكثر شمولاً واتِّساعًا بشأن الحق في التعليم في القانون الدولي لحقوق الإنسان[2].

وتقع على عاتق الدول المسؤولية الأساسية عن إعمال الحق في التعليم؛ حيث إنها ملزمة باتخاذ التدابير المناسبة لضمان إمكانية الوصول إلى التعليم،

(١) الجمعية العامة للأمم المتحدة، العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ١٦ ديسمبر/كانون الأول ١٩٦٦م، سلسلة المعاهدات، المجلد. ٩٩٣، المادة (١٣).

(٢) المرجع السابق.

وتوافره، ومقبوليته، وكونه ذا جودة مقبولة. ويشمل ذلك توفير التعليم الابتدائي المجاني، وتطوير البنية التحتية التعليمية، وتوظيف وتدريب المعلمين المؤهلين، وإزالة الحواجز التي تعيق المساواة في الحصول على التعليم. وتلعب الهيئات الدولية والإقليمية، مثل وكالات الأمم المتحدة والآليات الإقليمية لحقوق الإنسان، دورًا حاسمًا في مراقبة إعمال الحق في التعليم؛ حيث يقومون بتقييم امتثال الدول لالتزاماتهم، وتقديم التوجيه بشأن أفضل الممارسات، ومعالجة الشكاوى المتعلقة بانتهاكات الحق في التعليم، وهو ما سيتم الحديث عنه في المباحث اللاحقة.

المطلب الثالث: أهمية حق التعليم لذوي الإعاقة وأبرز التحديات:

يعد حق التعليم أحد الحقوق الأساسية التي يجب أن تكون متاحة للجميع دون تمييز، بما في ذلك للأشخاص ذوي الإعاقة، فيعتبر التعليم وسيلة أساسية لتحقيق التنمية الشخصية والاجتماعية، وهو عامل أساسي في تحقيق العدالة والمساواة في المجتمع، لذا، يجب أن يكون التعليم متاحًا وملائمًا لجميع الأفراد، بغض النظر عن قدرتهم أو إعاقتهم.

وتتجلى أهمية حق التعليم للناس جميعًا ولذوي الإعاقة بوجه خاص فيما يلي:

تعزيز التمكين الشخصي:

فيساعد التعليم ذوي الإعاقة على تطوير مهاراتهم وقدراتهم، مما يمكنهم من المشاركة بنجاح في الحياة اليومية وتحقيق أهدافهم.

تعزيز الاجتماعية والمشاركة:

يمكن للتعليم أن يسهم أيضًا في تعزيز التفاعل الاجتماعي والمشاركة المجتمعية لذوي الإعاقة، مما يساعدهم على بناء علاقات إيجابية والمساهمة في مجتمعهم.

توفير فرص العمل:

كما يزيد التعليم فرص العمل لذوي الإعاقة ويمكنهم من تحقيق استقلال مالي، مما يقلل من التمييز ضدهم وعدم الاعتماد على الدعم الحكومي.

تعزيز الوعي والفهم:

يمكن للتعليم كذلك تشجيع المجتمعات على فهم أفضل لاحتياجات ذوي الإعاقة والتعامل معهم بشكل أكثر احترامًا وتفهمًا.

تحقيق العدالة والمساواة:

يعتبر حق التعليم لذوي الإعاقة جزءًا من الجهود الرامية إلى تحقيق المساواة بين جميع أفراد المجتمع، وإلى ضمان أنهم يحصلون على الفرص اللازمة للنمو والتطور.

وعلى النقيض، فهناك العديد من التحديات في مجال التعليم يواجهها ذوو الإعاقة، وهي ما استدعت كتابة هذا الورقات وذلك لمعرفة المعالجة القانونية لهذه المشكلات، ولعلَّ من أبرز التحديات التي تواجه الأشخاص من ذوي الإعاقة ما يلي:

وجود التمييز والتحيز:

فيتعرض ذوو الإعاقة للتمييز والتحيُّز في مجال التعليم، سواء من قبل المعلمين أو المؤسسات التعليمية أو حتى من قبل زملائهم في الصف، ويجعل كثير من هؤلاء الأشخاص عرضةً للتنمّر والسخرية وحتى عدم المساواة مع أقرانهم من غير ذوي الإعاقة[١].

صعوبة الوصول إلى الموارد:

قد تكون هناك صعوبة في الحصول على الموارد والتسهيلات التي تساعد ذوي الإعاقة في الحصول على تعليم جيد وملائم، وهذا الشيء ملاحظ في كثير من المجتمعات، ويعود إلى عدة أسباب، منها: ضعف الموارد المالية، أو عدم فهم ما يحتاجه ذوو الإعاقة من متطلبات[٢].

مشاكل البنية التحتية:

بعض المؤسسات التعليمية قد لا تكون مجهزة بالبنية التحتية اللازمة لاستيعاب ذوي الإعاقة، مما يمكن أن يكون عائقًا للوصول إلى التعليم وربما استحالته في بعض الأوقات أو الأماكن، وهذا أيضًا يعود إلى نفس الأسباب السابقة[٣].

(1) Abbott, S. and McConkey, R., The barriers to social inclusion as perceived by people with intellectual disabilities, Journal of Intellectual Disabilities, (2006), 10(3), 275-287.

(2) Hanafin, J., Shevlin, M., Kenny, M. et al. Including young people with disabilities: Assessment challenges in higher education. High Educ (2007), 54, 435-448.

(3) Moriña, Anabel & Morgado, Beatriz, University surroundings and infrastructures that are accessible and inclusive for all: listening

الدعم الاجتماعي:

يمكن أن يكون كذلك نقص في الدعم الاجتماعي والنفسي لذوي الإعاقة، مما يمكن أن يؤثر على استمراريتهم في التعليم[1].

مشاكل القوانين والتشريعات:

تختلف القوانين والتشريعات المتعلقة بحقوق ذوي الإعاقة من دولة لأخرى، وقد يكون هناك اختلاف في مدى حماية حقوقهم وتوفير التعليم المناسب، وبنظرة خاطفة إلى قوانين بعض الدول يتجلى فهم وجود هذا التحدي[2].

المطلب الرابع: الأهمية القانونية للموضوع:

هناك أهمية قانونية كبيرة في حق ذوي الإعاقة في التعليم، حيث تعتبر القوانين والتشريعات المتعلقة بحقوق ذوي الإعاقة وحق التعليم جزءًا أساسيًا من الإطار القانوني الذي يضمن حماية حقوقهم وتوفير الفرص التعليمية لهم، وقد شرعت كثير من الدول في وضع تشريعات خاصة تتعلق بحق أفراد هذه الفئة، ومن ذلك التشريعات التي أصدرتها كثير

to students with disabilities, Journal of Further and Higher Education, (2018), 42:1, 13-23.

(1) Lombardi, Allison, Murray, Christopher, and Kowitt, Jennifer, Social Support and Academic Success for College Students with Disabilities: Do Relationship Types Matter? Journal of Vocational Rehabilitation, (2016), vol. 44, no. 1, pp. 1-13.

(2) Rothstein, L., Forty years of disability policy in legal education and the legal profession: What has changed and what are the new issues. Am. UJ Gender Soc. Pol'y & L., (2013), 22, 519.

من دول العالم لتواكب آخر المستجدات القانونية في القانون الدولي في هذا الخصوص، وتحديدًا ما ورد في اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة عام ٢٠٠٦م، ولعل من أبرز الأنظمة الحديثة في هذا المجال: قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في الكويت، عام ٢٠١٠م، وقانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في الأردن، عام ٢٠١٧م، وقانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في مصر، عام ٢٠١٧م، وأخيرًا نظام حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في المملكة العربية السعودية ١٤٤٥هـ (٢٠٢٣م) والذي يعتبر من أحدث التشريعات في هذا الخصوص على مستوى التشريعات الوطنية في العالم، وأخيرًا نظام حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في المملكة العربية السعودية الصادر في مطلع عام ١٤٤٥هـ، والذي يعتبر من أحدث التشريعات في هذا الخصوص على مستوى التشريعات الوطنية في العالم، وقد بدأ العمل به في منتصف العام ١٤٤٥هـ.

وهناك بعض الأمور الأساسية التي توضح الأهمية القانونية في معرفة حق الأشخاص من ذوي الإعاقة في التعليم، وهي ما سيتم إيضاحها بشكل تفصيلي في ثنايا هذا البحث، ومن أبرزها:

١. حماية حقوق الإنسان:

تكرس القوانين حقوق الإنسان الأساسية لجميع الأفراد، بما في ذلك ذوو الإعاقة، فحق التعليم يعتبر حقًا أساسيًا يجب حمايته وتوفيره لهؤلاء الأفراد على وجه التحديد.

٢. منع التمييز:

فتحظر العديد من القوانين التمييز ضد ذوي الإعاقة في مجال التعليم، ويتعين على المؤسسات التعليمية والحكومات تقديم فرص متساوية للتعليم لجميع الطلاب بغض النظر عن قدرتهم أو إعاقتهم.

٣. ضمان الوصول والتوافق:

فيجب أن تضمن القوانين الوصول الكامل للمباني والموارد التعليمية لذوي الإعاقة، كما يجب أن تشجع على التوافق مع احتياجاتهم الفردية، مثل: توفير معلمين متخصصين، ووسائل تعليم ملائمة.

٤. توفير الدعم المالي: فيمكن للقوانين تقديم الدعم المالي للأفراد ذوي الإعاقة للتعليم، مما يساعدهم على تحقيق التعليم العالي أو الدراسات العليا.

٥. تعزيز الوعي والتغيير الاجتماعي:

فمن خلال المعرفة القانونية يمكن تعزيز الوعي بحقوق ذوي الإعاقة وتشجيع التغيير الاجتماعي نحو المزيد من الانفتاح والتسامح والفهم تجاه هذه الفئة من الأفراد.

٦. وأخيرًا، المسؤولية القانونية:

تكمن الأهمية القانونية لهذا الموضوع في تحديد المسؤوليات والالتزامات للمؤسسات التعليمية والحكومات فيما يتعلق بتوفير التعليم لذوي الإعاقة؛ مما يعني أن هناك تدابير وإجراءات قانونية يمكن اتخاذها في حالة عدم الامتثال.

بشكل عام، تلعب القوانين دورًا حاسمًا في تحقيق حق التعليم لذوي الإعاقة، وفي ضمان المساواة والعدالة لهم في المجتمع، وتعتمد القوانين على البلد والمنطقة، وتتغير باختلاف الثقافات والأنظمة القانونية، ولكنها تمثل أداة أساسية لضمان حقوق ذوي الإعاقة في التعليم وغيرها من المجالات وخاصة في مجال القانون الدولي والالتزامات الدولية.

المبحث الأول
الإطار القانوني لحقوق ذوي الإعاقة في التعليم

المطلب الأول: الحق في التعليم في الشريعة الإسلامية:

الإسلام دين شامل، يؤكد على الكرامة والحقوق المتأصلة لجميع الأفراد، بما في ذلك الأشخاص ذوو الإعاقة، فتؤكد تعاليم القرآن والسنة النبوية على أهمية الشمولية والرحمة والعدالة لجميع أفراد المجتمع، ويتبنى هذا الدين مبدأ المساواة، ويشدِّد على أن جميع الأفراد -بغض النظر عن قدراتهم البدنية أو العقلية- متساوون عند الله، فيقول الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾(١)، فتسلط هذه الآية الضوء على الكرامة والقيمة المتأصلة في كل إنسان، بما في ذلك الأشخاص ذوو الإعاقة، كما أن معيار التفاضل الوحيد عند الله عَزَّوَجَلَّ هو ما يحمله الإنسان من تقوى، فيقول تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾(٢). فنجد أن القرآن الكريم في الآية السابقة لم ينظر إلى أمور يعتبرها كثير من الناس مهمة عند التعامل فيما بينهم، أو يضعه الناس معيارًا لكرامة الشخص ورفعته، والتي هي دومًا منصبة على معايير مادية صرفة، من حيث التركيز على القدرة المادية أو الجسدية أو الإمكانات المالية أو الاجتماعية، فهذه المعايير تعد أولوية لدى الناس وفق المعايير الدنيوية، ولكن الإسلام لم يعتبرها معيارًا للتفاضل

(١) سورة الإسراء، آية رقم ٧٠.
(٢) سورة الحجرات، آية رقم ١٣.

عند الله، كون الطبيعة الكونية تقتضي التفاوت الكبير بين الناس، وبدلًا من ذلك، فقد أوكل الأمر كله إلى قدرة روحية أو نفسية يكاد يشترك جميع الناس في القدرة على التحكم بها فناسب هنا أن يكون ذلك معيار التفاضل عند الله، وذلك كي لا يكون على الله حجة لتفاوت الناس في القدرات المادية والجسدية، وهذا المعنى النفيس فيه تسلية عظيمة لفئات كثيرة من الناس -ومنهم ذوو الإعاقة- والذين قد حُرموا قدرًا من هذه المعايير الدنيوية.

بالإضافة لما سبق، فقد حرمت الشريعة التمييز ضد الأشخاص ذوي الإعاقة، وأكدت على حقهم في أن يعاملوا باحترام وعدل ومساواة، وقد أنزل الله عَزَّوَجَلَّ سورة تُتلى إلى يوم القيامة يعاتب فيها نبيّه صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ حين أعرض عن عبد الله ابن أم مكتوم رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ وكان أعمى، وذلك عندما جاء يسأله عن أمور الدين في وقت كان النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ منشغلًا بالحديث مع أسياد قريش، فما كان من النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ إلا أن «ظهرت الكراهية في وجهه لقطعه الحديث، وقال صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ في نفسه: يقول هؤلاء الصناديد إنما أتباعه العميان والسفلة والعبيد، فعبس رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ وأعرض عنه وأقبل على القوم الذين يكلمهم فأنزل الله تعالى هذه الآية، فكان رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ بعد ذلك يكرمه، وإذا رآه يقول: ((مرحباً بمن عاتبني فيه ربي))»[1].

وفي نفس السياق، يقول الله تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ وَمَن يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ

(١) النيسابوري، أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، أسباب نزول القرآن، دار الإصلاح، الدمام، ١٤١٢هـ، ط ٢، ص ٤٤٩.

جَنَّاتٍ تَجْرِي مِن تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ وَمَن يَتَوَلَّ يُعَذِّبْهُ عَذَابًا أَلِيمًا﴾[1]، وقد جاءت هذه الآية لتصحيح المفهوم المغلوط لدى العرب في ذلك الوقت، حيث يقول الإمام القرطبي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «أن العرب كانت قبل البعثة المحمدية تتجنب الأكل مع أهل الأعذار، فبعضهم كان يفعل ذلك تقذراً من الأعمى والأعرج، ولرائحة المريض وعلاته»[2]، وفي هذا إعلاء لفئة من الأشخاص كان الناس ينظرون إليهم بعين فيها احتقار وازدراء سببه وجود نوع من الإعاقة الجسدية فيهم، فرفع الله منزلتهم، وبيَّن أن النظرة السائدة التي تزدري هؤلاء الأشخاص مغلوطة ويجب تصحيحها، وقد أكدت الشريعة على معنىً دقيق للغاية مفادها أن شكل الإنسان وبنيته الجسدية ليست هي معيار التفاضل أو القبول عند الله عَزَّوَجَلَّ؛ فعن أبي هريرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إن الله لا ينظر إلى صوركم وأموالكم ولكن ينظر إلى قلوبكم وأعمالكم))[3]، وفي هذا دلالة صريحة على أن شكل الإنسان وقدراته المادية والمالية ليست مقصودة بذاتها عند التقرب إلى الله عَزَّوَجَلَّ، وإنما المقصود هو تسليم القلب وخضوعه لله، بغض النظر عمّا يعتري قدراته البدنية من وهن أو عجز أو تشويه.

(١) سورة الفتح، آية رقم ١٧.
(٢) القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٣٨٤هـ، ج ١٢/ ٣١٣.
(٣) صحيح مسلم، حديث رقم ٦٥٤٣.

وقد بيَّنت الشريعة في عديدٍ من المواضع أن الإنسان غير مؤاخذ بما لا يستطيع فعله مما أمر به، بحيث لا يمكنه من القيام به على الوجه المطلوب منه، وهذا واضح في شعائر الإسلام الظاهرة وأركانه من صلاة وزكاة وصيام وحج، فالصلاة لا تقبل إلا بطهارة، ولكن مع هذا فقد سمحت الشريعة بالتيمّم لمن لا يتوافر لهم الماء أن يصلوا دون وضوء، وكذلك لأولي الأعذار -ذوي الإعاقة- ممن يتضررون باستخدام الماء أن يتيمّموا بالتراب عوضًا عن ذلك، يقول تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا۟ ۚ وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَلَمْ تَجِدُوا۟ مَآءً فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا طَيِّبًا فَٱمْسَحُوا۟ بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُم مِّنْهُ ۚ مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُۥ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾[1]، وأما في باب الزكاة، فهي واجبة على كل مسلم ومسلمة، ومع هذا فيقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا صدقة إلا عن ظهر غنى))[2]، أي: أن من لم يجد ما يزكي فيه فليس ذلك بلازم عليه، وأما في الصيام، فهو ركن الإسلام الرابع، ويجب صومه على كل مكلَّفٍ من مسلم ومسلمة، ومع ذلك فقد عذر الله عَزَّوَجَلَّ أهل الأعذار ممن لا يستطيعون الصيام إما للسفر أو مرض يعوقهم عن الصيام، فيقول تعالى: ﴿أَيَّامًا مَّعْدُودَٰتٍ ۚ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ۚ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ ۖ فَمَن تَطَوَّعَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَّهُۥ ۚ

(١) سورة المائدة، آية رقم ٦.
(٢) صحيح البخاري (٢-١١٧، ٦-١٩٠)، وصحيح مسلم ٢-٧١٧ برقم (١٠٤٣).

وَأَن تَصُومُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[1]، وفيما يخص الركن الخامس من أركان الإسلام وهو الحج، وهو قصد بيت الله الحرام والمشاعر المقدسة لتأدية العبادة كما شرعها الله بغض النظر عن مكان الشخص في أي بقعةٍ من بُقع الأرض، إلا أن التكليف به منوط بالاستطاعة المادية أو الجسدية، فيقول تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾[2].

وهذا المعنى متأصل في كثير من شعائر الإسلام بوجه عام، فيقول تعالى: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[3]، ويقول تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾[4] ويقول نبينا محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم))[5]، ويستخلص مما سبق مراعاة الإسلام في تشريعاته للظروف المختلفة للناس نظرًا لتفاوت قدراتهم المادية منها أو الجسدية، وأن معيار القبول والكمال فيها هو ما يستقرّ في القلب من إيمان مع عدم إغفال ما تستلزمه بعض الشعائر من قدرات مادية أو جسدية وذلك في حدود الاستطاعة.

أما وقد تقرر معنى أن الشريعة الإسلامية قد راعت ما يعتري الناس من تفاوت في القدرات واختلاف في مدى الاستطاعة لفعل ما أمروا به من تشريعات، فإنه يلزم التأكيد على مساواة الخطاب الشرعي بين جميع فئات

(١) سورة البقرة، آية رقم ١٨٤.
(٢) سورة آل عمران، آية رقم ٩٧.
(٣) سورة البقرة، آية رقم ٢٨٦.
(٤) سورة التغابن، آية رقم ١٦.
(٥) صحيح البخاري (٧٢٨٨)، وصحيح مسلم (١٣٣٧).

المجتمع وفق ما يستطيعون، ومن ذلك ما يتعلق بالأمر في التعلم وطلب العلم لرفع الجهل والتأكيد على أن ذلك حق مكفول لكل شخص، وكيف لا يكون كذلك وقد نزلت أول آية على نبينا محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تأمره أن يقرأ، فيقول تعالى: ﴿اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ ۝١ خَلَقَ الْإِنسَانَ مِنْ عَلَقٍ ۝٢ اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ ۝٣ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ ۝٤ عَلَّمَ الْإِنسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ ۝٥﴾[1]، فالقراءة هي الباب الأول الذي يلج من خلاله الإنسان للعلم، والعبرة بقدرة الإنسان على التعلم وفق ما يستطيع، فليس جميع الناس مطالبون أن يكونوا علماء، ولهذا شُرع الرجوع إلى أهل العلم في حال وجود إشكالات لمن لا يعلم الحكم الشرعي فيها، فيقول تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾[2].

وقد حثَّت الشريعة في مواطن كثيرة على التعلم، والسعي في طلب العلم، وبينت فضل العلم، ورفعة منزلة العلماء، فيقول تعالى: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾[3]، ويقول تعالى: ﴿يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ﴾[4]، وبقول تعالى: ﴿قل هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ﴾[5]، ويقول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

(١) سورة العلق، الآيات من رقم ١ إلى رقم ٥.
(٢) سورة النحل، آية رقم ٤٣.
(٣) سورة آل عمران، آية رقم ١٨.
(٤) سورة المجادلة، آية رقم ١١.
(٥) سورة الزمر، آية رقم ٩.

((من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين))[١]، كما يقول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من سلك طريقاً يلتمس فيه علما سهل الله به طريقاً إلى الجنة))[٢]، ويقول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أيضًا: ((إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له))[٣]، وقد ورد عنه أنه قال: ((فضل العالم على العابد كفضلي على أدناكم، وإن الله وملائكته وأهل السماوات وأهل الأرض حتى الدابة في جحرها ليصلون على معلم الناس الخير))[٤]، وعلى هذا، فالأمر بطلب العلم ونشر العلم مأمور به المسلم حسب استطاعته، ووفق قدراته المادية أو الجسدية أو العقلية، فيقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((بلغوا عني ولو آية))[٥]، وهذا الأمر يشمل كل مسلم ومسلمة حتى ولو كان من أهل الإعاقة، ولكن بحسب استطاعته.

المطلب الثاني: حق ذوي الإعاقة في التعليم في القانون الدولي لحقوق الإنسان:

الفرع الأول: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (UDHR)[٦]:

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨م هو وثيقة دولية تاريخية تحدد الحقوق والحريات الأساسية التي يحق لجميع الأفراد التمتع بها، وهذا

(١) صحيح البخاري (٣١١٦).
(٢) صحيح مسلم (٢٦٩٩).
(٣) صحيح مسلم (١٦٣١).
(٤) سنن الترمذي (٢٦٨٥)، صحّحه الألباني.
(٥) صحيح البخاري (٣٤٦١).
(٦) (UDHR) هو اختصار الأحرف الأولى لاسم الإعلان باللغة الإنجليزية، وهو: (Universal Declaration of Human Rights).

الإعلان وإن كان ليس اتفاقية دولية بالمعنى الحرفي؛ إلا أن جميع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التي بعده كانت مبنية وفق القواعد الأساسية التي جاء بها؛ مما أضفى عليه الصبغة القانونية الدولية باعتباره عرفًا دوليًا[1]. ومن بين هذه الحقوق الحق في التعليم، الذي يحمل أهمية خاصة للأشخاص ذوي الإعاقة، وتنص المادة (٢٦) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بشكل لا لبس فيه على أن: «لكل شخص الحق في التعليم»[2]. ويؤكد هذا المبدأ عالمية الحق في التعليم وعدم قابليته للتجزئة، بما يضمن انطباقه على جميع الأفراد دون تمييز،والأهم من ذلك، أن هذا يشمل الأشخاص ذوي الإعاقة الذين واجهوا تاريخيًا العديد من العوائق في الوصول إلى التعليم الجيد.

ينبغي التأكيد على أن الإعلان لم يذكر الأشخاص ذوي الإعاقة بصفة خاصة، حيث لم يتضمن الإعلان أي عبارة بهذا الخصوص، إلا أنه من الممكن تضمين هذه الفئة من ضمن الفئات التي نادى الإعلان بحمايتها وذلك بدخولها تحت المبادئ والحقوق التي شدَّد الإعلان على ضرورة حمايتها واحترامها، ومن ذلك مبدأ عدم التمييز، والحرية، والحق في العمل، والحرية، والرعاية الصحية، والحق في التعليم، وغيرها.

(1) United Nations, Defenders of the Universal Declaration of Human Rights, Special Rapporteur on Human Rights Defenders, available at, https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-human-rights-defenders/declaration-human-rights-defenders.

(٢) الجمعية العامة للأمم المتحدة، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ١٠ ديسمبر/ كانون الأول ١٩٤٨م، ٢١٧ أ، (ثالثًا)، المادة (٢٦).

إن من الأمور الأساسية التي أكد عليها الإعلان هو مبدأ عدم التمييز الوارد في المادة الثانية[1]. وباستصحاب ما ورد في المادة الثانية من عدم التمييز وكذلك المادة (٢٦) التي تؤكد على الحق في التعليم فبالإمكان استنتاج ضرورة توفير التعليم دون أي شكل من أشكال التمييز، بما في ذلك التمييز على أساس الإعاقة، حيث يعترف هذان المبدآن بالكرامة والقيمة المتأصلة لجميع الأفراد، بغض النظر عن قدراتهم أو إعاقاتهم، علاوة على ذلك، فإن حق الأشخاص ذوي الإعاقة في التعليم قد يشمل مبدأ الإدماج، فيعزز التعليم الجامع تكافؤ الفرص للطلاب ذوي الإعاقة للتعلم جنبًا إلى جنب مع أقرانهم غير ذوي الإعاقة في البيئات التعليمية العادية، فهو يعترف بفوائد التنوع، ويعزز التفاهم، ويكافح الوصمة الاجتماعية والاستبعاد.

وفي نفس السياق، يقر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بالحاجة إلى توفير الترتيبات التسهيلية والدعم المعقول لضمان الممارسة الفعالة لحق الأشخاص ذوي الإعاقة في التعليم، بحيث تتضمن التسهيلات المعقولة توفير التعديلات اللازمة لتلبية الاحتياجات المحددة للأفراد ذوي الإعاقة، وتمكينهم بشكل كامل المشاركة في الأنشطة التعليمية، وقد يشمل ذلك التقنيات المساعدة، والمواد التعليمية التي يمكن الدخول إليها، وطرق التدريس المعدلة، وخدمات الدعم المناسبة، كما يشمل حق الأشخاص ذوي الإعاقة في التعليم أيضًا متطلبات التعليم الجيد والشامل، فيؤكد الإعلان في المادة (٢٦) على أهمية توفير التعليم الذي يزود الأفراد بالمعرفة والمهارات

(١) المرجع السابق، المادة الثانية.

والكفاءات اللازمة لعيش حياة مرضية، والمشاركة في المجتمع، وتحقيق إمكاناتهم الكاملة، ويشمل ذلك تلبية الاحتياجات التعليمية المحددة للأفراد ذوي الإعاقة وتعزيز نموهم الشخصي والاجتماعي والفكري[١].

الفرع الثاني: العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (ICESCR)[٢]:

العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية هو معاهدة متعددة الأطراف اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦ ديسمبر ١٩٦٦م[٣]. وتُلزم أطرافها بالعمل على منح الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للأفراد، بما في ذلك الحق في التعليم، ويلعب هذا العهد دورًا مهمًا في حماية حق الأشخاص ذوي الإعاقة في التعليم، لأنه يرسي الأساس لفرص تعليمية شاملة وعادلة.

وفي نفس السياق السابق الوارد عند الحديث عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من حيث عدم اشتمال الإعلان النص صراحةً على حقوق ذوي الإعاقة في التعليم، فإن العهد كذلك سار في نفس المجال من عدم الحديث بصفة خاصة عن ذوي الإعاقة وعن حقوقهم لا في التعليم ولا في غيرها

(١) المرجع السابق.

(٢) (ICESCR) هو اختصار الأحرف الأولى لاسم العهد باللغة الإنجليزية، وهو: (The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights).

(٣) الجمعية العامة للأمم المتحدة، العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ١٦ ديسمبر/كانون الأول ١٩٦٦م، سلسلة المعاهدات، المجلد. ٩٩٣، ص. ٣.

من الحقوق، إلا أنه يمكن تضمين حقوق ذوي الإعاقة في مجمل الحقوق والتعهدات التي نادى بها هذا العهد، باعتبار دخول هذه الفئة من الناس من ضمن أطياف المجتمع المتعددة التي جاء العهد بحمايتها وكفالة حقوقها، وعليه، فمن الممكن أن يرتبط العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بالحق في التعليم للأشخاص ذوي الإعاقة من عدة أوجه، من أبرزها:

حق التعليم الشامل:

تتناول المادة (١٣) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على وجه التحديد الحق في التعليم، وتشدد على أن التعليم ينبغي أن يوجه نحو التنمية الكاملة لشخصية الإنسان، وينبغي أن يمكن جميع الأفراد من المشاركة بفعالية في المجتمع، فتقرر المادة أنه يجب أن: «تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل فرد في التربية والتعليم»[(١)]. إن التأكيد على وجود مبدأ الشمولية يعتبر أمرًا أساسيًا لضمان عدم استبعاد الأشخاص ذوي الإعاقة من الفرص التعليمية.

عدم التمييز:

تُلزم المادة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الدول الأطراف في العهد بالقيام بذلك، وضمان ممارسة جميع الحقوق المعترف بها دون تمييز من أي نوع، بما في ذلك التمييز

(١) المرجع السابق، المادة (١٣) (١).

على أساس الإعاقة، فيعد مبدأ مكافحة التمييز هذا أمرًا بالغ الأهمية لحماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في سياق التعليم، فتنص المادة على ما يلي: «تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بأن تضمن جعل ممارسة الحقوق المنصوص عليها في هذا العهد بريئة من أي تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب»[1].

إمكانية الوصول:

في حين أن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لا يذكر صراحة إمكانية الوصول ضمن نصوصه، فإن مبادئ إمكانية الوصول وعدم التمييز متأصلة في الحق في التعليم الذي يعترف به العهد، بالنسبة للأشخاص ذوي الإعاقة، قد تعني إمكانية الدخول أو الوصول الفعلي إلى المدارس، أو توفير الأجهزة المساعدة، أو وسائل الراحة المعقولة لضمان قدرتهم على المشاركة الكاملة في العملية التعليمية.

الإعمال التدريجي:

يقر العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بأن الإعمال الكامل للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التعليم، قد يتطلب مزيدًا من الوقت والموارد، والدول الأطراف ملزمة باتخاذ خطوات بأقصى ما تسمح به مواردها المتاحة لإعمال هذه الحقوق

(١) المرجع السابق، المادة (٢).

تدريجياً، هذا ويعني أنه من المتوقع أن تبذل الدول جهودًا متواصلة لتحسين وتوسيع الفرص التعليمية للأشخاص ذوي الإعاقة مع مرور الوقت[١].

المراقبة والمساءلة:

أنشأ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية آليات لرصد ومحاسبة الدول على التزاماتها، حيث يُطلب من الدول الأطراف تقديم تقارير دورية عن جهودها لتنفيذ العهد، بما في ذلك التقدم الذي أحرزته في ضمان الحق في التعليم[٢]. توفر عملية إعداد التقارير هذه منصة لتسليط الضوء على القضايا المتعلقة بتعليم الأشخاص ذوي الإعاقة ومحاسبة الحكومات على أي أوجه قصور، وسيتم التطرق إليه لاحقًا عند الحديث عن لجان مراقبة معاهدات حقوق الإنسان.

الفرع الثالث: اتفاقية اليونيسكو لمكافحة التمييز في مجال التعليم:

قامت منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونيسكو) بصياغة اتفاقية مكافحة التمييز في التعليم في عام ١٩٦٠م، فظهرت هذه الاتفاقية في وقت كان فيه العالم يعترف بشكل متزايد بالحاجة إلى تكافؤ الفرص التعليمية، وكانت الممارسات التمييزية في التعليم سائدة، مما أثر على مختلف الفئات المهمشة -بما في ذلك الأشخاص ذوو الإعاقة-، وتهدف الاتفاقية

(١) المرجع السابق، المادة (٢).
(٢) المرجع السابق، الجزء الرابع كاملاً من الاتفاقية.

إلى معالجة هذه القضايا من خلال إنشاء إطار لمكافحة التمييز في التعليم وتعزيز الوصول إليه للجميع، بغض النظر عن خلفياتهم أو قدراتهم[1].

وعلى غرار ما سبق في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكذلك في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لم يتم النص صراحة على مكافحة التمييز ضد فئة الأشخاص من ذوي الإعاقة، وذلك نظرًا لعدم دخول هذه الفئة في أدبيات القانون الدولي بعد، وفقًا للترتيب الزمني لهذه الصكوك الدولية، وعليه، فإن الاتفاقية جاءت لمكافحة التمييز في مجال التعليم عمومًا على أي اعتبار، فمن الممكن والجائز قوله إن من الاعتبارات التي قد يكون هناك تمييز تجاهها هو اعتبار الإعاقة، حيث إنه من الوارد عدم الاهتمام بحقوق هذه الفئة.

تؤكد اتفاقية اليونيسكو مناهضة التمييز في مجال التعليم، ولا سيما في المادة الثالثة منها، على حق الأشخاص ذوي الإعاقة في التعليم، فتنص هذه المادة بشكل لا لبس فيه على ما يلي:

«التمييز في التعليم يعني أي تمييز أو استبعاد أو تقييد أو تفضيل، على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الحالة الاقتصادية أو المولد،

(١) منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونيسكو)، اتفاقية مناهضة التمييز في التعليم، ١٤ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٦٠م، وبلغ عدد الدول المنضمة للاتفاقية حتى وقت كتابة هذه السطور ١٠٩ دول، وقد صادقت المملكة العربية السعودية على هذه الاتفاقية في عام ١٩٧٣م، انظر موقع اليونيسكو: https://www.unesco.org/en/legal-affairs/convention-against-discrimination-education#STATE_PARTIES

يكون له غرض أو أثر بإلغاء أو الإضرار بالمساواة في المعاملة في التعليم»، ويشمل هذا التعريف الشامل للتمييز أسباباً مختلفة، بما في ذلك التمييز على أساس الإعاقة، فهذه المادة تسلط الضوء على أن أي تفرقة أو استبعاد يعيق المساواة في المعاملة في التعليم يعتبر تمييزياً وبالتالي فهو محظور بموجب الاتفاقية[١].

كما تؤكد اتفاقية اليونيسكو على المساواة في الوصول إلى التعليم، وهذا ينطبق مباشرة على الأشخاص ذوي الإعاقة، فتشير الاتفاقية أن لكل شخص الحق في التعليم دون تمييز، ودون تمييز من أي نوع، بما في ذلك الإعاقة، ويعترف هذا المبدأ بأن التعليم يجب أن يكون شاملاً ومتاحاً للجميع، بغض النظر عن الاختلافات الجسدية أو الحسية أو المعرفية[٢].

أيضًا، تعزز الاتفاقية مفهوم الترتيبات التيسيرية المعقولة للأفراد ذوي الإعاقة، وتعترف بأن ضمان المساواة في التعليم قد يتطلب تعديلات مناسبة، ويمكن أن تشمل هذه التسهيلات مرافق يسهل الوصول إليها، وتقنيات مساعدة، ومناهج دراسية مكيفة، وخدمات دعم إضافية[٣]. وتحظر الاتفاقية صراحةً استبعاد الطلاب على أساس الإعاقة، فتطلب الاتفاقية من الدول اتخاذ إجراءات إيجابية لإزالة الحواجز التي تمنع الأشخاص ذوي الإعاقة من المشاركة الكاملة في البرامج التعليمية والتمتع بفوائد التعليم، وتوسع

(١) منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونيسكو)، اتفاقية مناهضة التمييز في التعليم، ١٤ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٦٠م، المادة الثالثة.
(٢) المرجع السابق.
(٣) المرجع السابق، المادة الرابعة.

الاتفاقية أيضًا مبدأ عدم التمييز ليشمل أعضاء هيئة التدريس، فتؤكد الاتفاقية على ضمان عدم قيام المعلمين وغيرهم من العاملين في المؤسسات التعليمية بالتمييز ضد الطلاب على أساس الإعاقة، بالإضافة إلى عوامل أخرى[١].

الفرع الرابع: اتفاقية حقوق الطفل (CRC)[٢]:

تعتبر اتفاقية حقوق الطفل، التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ١٩٨٩م معاهدة دولية تاريخية تؤكد الحقوق الأساسية للأطفال في جميع أنحاء العالم، وتحدد الاتفاقية إطاراً شاملاً لحماية وتعزيز حقوق الطفل، ومن بين هذه الحقوق: الحق في التعليم؛ حيث يحتل مكانة مركزية، وخاصة وجود الأهمية الخاصة لحق تعليم الأطفال ذوي الإعاقة[٣].

وعلى عكس ما تم تجاهله في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وكذلك اتفاقية اليونيسكو لمكافحة التمييز في مجال التعليم من عدم ذكر ما يخص فئة الأشخاص من ذوي الإعاقة تحديدًا، فإن اتفاقية حقوق الطفل اعترفت صراحة بحقوق الأطفال من هذه الفئة، حيث تحدثت المادة (٢٣) من اتفاقية حقوق الطفل عن حق الأطفال ذوي الإعاقة في التمتع بحياة كاملة

(١) المرجع السابق، المادة الثالثة.

(٢) (CRC) هو اختصار الأحرف الأولى لاسم الاتفاقية باللغة الإنجليزية، وهو: (Convention on the Rights of the Child).

(٣) الجمعية العامة للأمم المتحدة، اتفاقية حقوق الطفل، ٢٠ تشرين الثاني (نوفمبر) ١٩٨٩م، الأمم المتحدة، سلسلة المعاهدات، المجلد. ١٥٧٧، ص. ٣.

وكريمة، في ظروف تضمن كرامتهم، وتعزز الاعتماد على الذات، وتسهل مشاركة الطفل النشطة في المجتمع، ويضع هذا الاعتراف الأساس لضمان حصول الأطفال ذوي الإعاقة على فرص متساوية في التعليم، على النحو المنصوص عليه في المادة (٢٨) من اتفاقية حقوق الطفل[١].

إن حجر الزاوية في اتفاقية حقوق الطفل هو مبدأ عدم التمييز، فتُلزم المادة الثانية من اتفاقية حقوق الطفل الدول الأطراف بضمان جميع الحقوق لكل طفل دون تمييز من أي نوع[٢]. كما تتناول المادة (٢٣) هذا المبدأ بمزيد من التفصيل، حيث تؤكد على وجوب تمتع الأطفال ذوي الإعاقة بحياة كاملة وكريمة، في ظروف تكفل كرامتهم، وتعزز الاعتماد على الذات، وتيسر مشاركة الطفل النشطة في المجتمع، وتحظر صراحة التمييز ضد الأطفال ذوي الإعاقة في التعليم، حيث يجب أن يتعلم الأطفال ذوو الإعاقة جنبًا إلى جنب مع أقرانهم غير ذوي الإعاقة في البيئات التعليمية العادية.

إضافةً لما سبق، تعترف اتفاقية حقوق الطفل بأن الأطفال ذوي الإعاقة قد يحتاجون إلى تسهيلات معقولة لضمان مشاركتهم الفعالة في الأنشطة التعليمية، والدول الأطراف ملزمة بتوفير خدمات الدعم اللازمة والترتيبات التيسيرية المعقولة لتلبية الاحتياجات الخاصة للأطفال ذوي الإعاقة، وقد

(١) المرجع السابق، المادة (٢٣).
(٢) المرجع السابق، المادة الثانية.

يشمل ذلك التقنيات المساعدة والمواد التعليمية التي يمكن الوصول إليها وطرق التدريس المتخصصة والدعم الفردي لتسهيل تعلم الطفل ونموه[١].

كما تؤكد الاتفاقية كذلك على أهمية خلق بيئة تعليمية شاملة تحترم حقوق وكرامة الأطفال ذوي الإعاقة، فيُطلب من الدول الأطراف ضمان إمكانية الوصول إلى المؤسسات التعليمية -جسديًا كان ذلك أم لا- للأطفال ذوي الإعاقة[٢]. وقد يشمل ذلك إزالة الحواجز المعمارية، وتوفير وسائل النقل التي يسهل الوصول إليها، وتعزيز ثقافة شاملة تحتفي بالتنوع وتعزز القبول والتفاهم.

يجدر بالذكر أن اتفاقية حقوق الطفل أنشأت آلية مراقبة من خلال لجنة حقوق الطفل للإشراف على تنفيذ أحكامها، فتقوم اللجنة بمراجعة التقدم الذي أحرزته الدول الأطراف في إعمال حقوق الأطفال، بما في ذلك الحق في التعليم للأطفال ذوي الإعاقة، وتقدم اللجنة التوجيه والتوصيات ومراقبة امتثال الدول الأطراف بموجب أحكام الاتفاقية، ويشمل ذلك أيضًا تحميل الدول المسؤولية عند خرق التزاماتها[٣].

وعطفًا على ما سبق، فإن هذه الاتفاقية لاقت قبولًا واسعًا من قبل الدول الأطراف عطفًا على عدد الدول المصادقة عليها[٤]، وقد تضمنت

(١) المرجع السابق، المادتان (٢٥) و(٢٨).
(٢) المرجع السابق، المادتان (٢٣) و(٢٨).
(٣) المرجع السابق، الجزء الثاني، المواد من (٤٢) إلى (٤٥).
(٤) بلغ عدد الدول المصادقة على الاتفاقية ١٩٦ كأكثر اتفاقية في حقوق الإنسان تمت المصادقة عليها من قبل الدول الأعضاء، وقد صادقت المملكة العربية السعودية على

صراحة عدداً من حقوق الأطفال ذوي الإعاقة في عدد من المجالات، ويأتي في مقدمتها الحق في التعليم؛ مما يشير إلى تقدم ملحوظ في الاعتراف لهذه الفئة بعدد من الحقوق وفقًا للتسلسل الزمني في إبرام هذه المعاهدات والاتفاقيات الدولية، ففي حين لم يتطرق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في ١٩٤٨م عن هذه الفئة بشكل خاص، وكذلك الأمر بالنسبة للعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ١٩٦٦م؛ إلا أن اتفاقية حقوق الطفل ١٩٨٩م وقبلها اتفاقية اليونيسكو لمكافحة التمييز في مجال التعليم ١٩٦٠م بدأت بتضمين هذه الفئة صراحة في عدد من المواد، وفي هذا إشارة لتطور مستوى الوعي الدولي لأهمية هذه الفئة.

الفرع الخامس: اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة (CRPD)[1]:

تعتبر اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ٢٠٠٦م أهم معاهدة دولية تاريخية تعترف بكثير من حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة وتحميها، بما في ذلك الحق في التعليم[2].

هذه الاتفاقية في عام ١٩٩٦م، انظر إلى موقع مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، الأمم المتحدة، https://indicators.ohchr.org/ .

(١) (CRPD) هو اختصار الأحرف الأولى لاسم الاتفاقية باللغة الإنجليزية، وهو: (The Committee on the Rights of Persons with Disabilities).

(٢) الجمعية العامة للأمم المتحدة، اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، ٢٤ يناير ٢٠٠٧م، أ/ سلسلة المعاهدات/ ٦١/ ١٠٦، وقد بلغ عدد الدول المصادقة على الاتفاقية ١٨٦ دولة، وصادقت المملكة العربية السعودية على الاتفاقية في عام ٢٠٠٨م، انظر موقع مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، الأمم المتحدة، https://indicators.ohchr.org/.

تؤكد الاتفاقية على عدد من المبادئ القانونية الأساسية التي تكفل وتضمن أبسط حقوق الإنسان لذوي الإعاقة، ومن أبرز ما جاءت به من مبادئ ما يلي: مبدأ عدم التمييز، والترتيبات التيسيرية المعقولة، والتعليم الشامل[١]. بالإضافة إلى ذلك، فإن الاتفاقية توضح التزامات الدول الأطراف بموجب الاتفاقية والتحديات التي يجب معالجتها من أجل الإعمال الفعال لهذه الحقوق الأساسية[٢].

يجدر ذكر أن الاتفاقية تطرقت لحق التعليم لهذه الفئة في مادة واحدة فقط، وهذه المادة وإن كانت طويلة بما فيه الكفاية إلا أنها وضعت خطوطًا شاملة وعريضة عن حقوق هذه الفئة من الأشخاص في التعليم، وقد يكون السبب في نظرنا إلى وجود جوانب وحقوق أخرى لهذه الفئة توازي حقهم في التعليم يجب الحديث عنها وتغطيتها، ولكيلا يكون هناك نوع من الإطالة غير المرغوبة.

تتحدث المادة (٢٤) من الاتفاقية صراحة عن حق الأفراد ذوي الإعاقة في التعليم، وتعترف بالمساواة في حق الأشخاص ذوي الإعاقة في الوصول إلى التعليم الابتدائي والثانوي الشامل والجيد والمجاني على قدم المساواة مع الآخرين، أيضًا تدعم المادة (٢٤-١) من الاتفاقية مبدأ عدم التمييز في التعليم، وتحظر أي استبعاد أو تمييز على أساس الإعاقة، وتضمن عدم حرمان الأفراد ذوي الإعاقة من حقهم في التعليم بسبب حالة إعاقتهم، فهذه المادة

(١) المرجع السابق، المواد (٥) و(٩) و(٢٤).
(٢) المرجع السابق، المواد من (٣٥) إلى (٤٠).

تشدد على الحاجة إلى تكافؤ الفرص وإمكانية الوصول إلى التعليم، بغض النظر عن وجود الإعاقة[1].

تؤكد أيضًا المادة (٢٤-٢) من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة على مفهوم الترتيبات التيسيرية المعقولة في التعليم، ويتطلب الأمر من الدول الأطراف توفير الدعم والتسهيلات اللازمة لضمان المشاركة الفعالة للطلاب ذوي الإعاقة، تشمل الترتيبات التيسيرية المعقولة تكييف أساليب التدريس والمواد والبيئات لتلبية الاحتياجات المتنوعة للطلاب ذوي الإعاقة، وبالتالي تسهيل وصولهم إلى التعليم.

وفي ذات الوقت تؤكد المادة (٢٤-٣) من الاتفاقية على أهمية إمكانية الوصول إلى التعليم، فتنص على توفير المرافق والمواد التعليمية والمعلومات بأشكال يسهل الوصول إليها، مع مراعاة الاحتياجات المختلفة للأفراد ذوي الإعاقة، ويشمل ذلك ضمان إمكانية الوصول المادي، فضلاً عن أساليب التدريس والتواصل والدعم التي يمكن الوصول إليها لتمكين الطلاب ذوي الإعاقة من المشاركة الكاملة في عملية التعلم[2].

يقع على عاتق الدول الأطراف في اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة التزامٌ باعتماد تدابير تشريعية وسياسية تعزز وتحمي حق الأفراد ذوي الإعاقة في التعليم، ويستلزم ذلك سن قوانين تحظر التمييز وتضمن الترتيبات

(١) المرجع السابق، المادة (٢٤) (١).
(٢) المرجع السابق، المادة (٢٤) (٢) و(٣).

التيسيرية المعقولة، مع تعزيز ممارسات التعليم الشامل[١]. وينبغي للدول أيضًا أن تضع سياسات شاملة تعالج الاحتياجات والتحديات المحددة التي يواجهها الطلاب ذوو الإعاقة في نظام التعليم، ولضمان المساءلة والتقدم، يجب على الدول الأطراف إنشاء آليات للرصد وجمع البيانات حول مشاركة وإنجازات الطلاب ذوي الإعاقة في نظام التعليم. إن رفع التقارير المنتظمة إلى لجنة اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة يسهل تقييم الامتثال ويحدد مجالات التحسين الواجب اتباعها وفق ما ورد في نصوص الاتفاقية[٢].

المطلب الثالث: حق ذوي الإعاقة في التعليم في الاتفاقيات الدولية الإقليمية:

الفرع الأول: الميثاق الأفريقي بشأن حقوق ورفاهية الطفل (ACRWC)[٣]:

يعد الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاهية الطفل الذي بدأ العمل به في ١٩٩٠م أداة إقليمية مهمة لحقوق الإنسان تهدف إلى حماية وتعزيز حقوق الأطفال في جميع أنحاء أفريقيا[٤]. لم يتطرق الميثاق بشكل خاص لحقوق ذوي الإعاقة بنوع من التفصيل، ولكنه تناول بعض العموميات تجاه هذه الفئة وخاصة في المادة الثالثة عشرة، ويمكن إدراج ما يتعلق بحقوق الأطفال

(١) المرجع السابق، المادة (٤) (١) (أ) و(ب).
(٢) المرجع السابق، المادة (٣٣).
(٣) (ACRWC) هو اختصار الأحرف الأولى لاسم الميثاق باللغة الإنجليزية، وهو: (The African Charter on the Rights and Welfare of the Child).
(٤) منظمة الوحدة الأفريقية، الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاهية الطفل، ١١ يوليو ١٩٩٠م.

من ذوي الإعاقة في إطار التعليم في الأحكام الرئيسة للميثاق، وذلك وفق ما يلي:

- تؤكد المادة الثالثة من الميثاق الأفريقي على مبدأ عدم التمييز، مع التأكيد على أن لجميع الأطفال الحق في التمتع بنفس الحقوق دون تمييز من أي نوع، وهذا يشمل التمييز على أساس الإعاقة(١).

- تعالج المادة (١١) من الميثاق الأفريقي الحق في التعليم على وجه التحديد، فتنص على أن لكل طفل الحق في التعليم، وأن التعليم يجب أن يكون موجهاً نحو تنمية شخصية الطفل ومواهبه وقدراته العقلية والبدنية إلى أقصى إمكاناتها، وعلاوةً على ذلك، تؤكد على أهمية ضمان المساواة في الحصول على التعليم لجميع الأطفال، دون تمييز.

- كما أن المادة (١١) من الميثاق الأفريقي تشجع الدول لاتخاذ التدابير اللازمة لضمان توجيه التعليم نحو تنمية شخصية الطفل ومواهبه وقدراته إلى أقصى إمكاناتها؛ فإن ذلك يشمل تعزيز التعليم المدمج، حيث يتم دمج الأطفال ذوي الإعاقة في البيئات التعليمية السائدة والتقليدية إلى أقصى حد ممكن.

- وفي نفس السياق، تؤكد ذات المادة أن بعض الأطفال، وخاصة ذوو الإعاقة، قد يحتاجون إلى خدمات التعليم الخاص وإعادة التأهيل لتسهيل

(١) منظمة الوحدة الأفريقية، الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاهية الطفل، ١١ يوليو ١٩٩٠م، المادة (٣).

اندماجهم الكامل في المجتمع، فتدعو الدول إلى تقديم مثل هذه الخدمات حسب الضرورة والإمكانات المتاحة(١).

لقد تم إحراز تقدم كبير في أفريقيا نحو إعمال حق الأطفال ذوي الإعاقة في التعليم، حين اعتمدت العديد من البلدان سياسات وأطر قانونية تعزز بشكل واضح التعليم المدمج، فعلى سبيل المثال: نفذت مثل جنوب أفريقيا، وكينيا، وأوغندا، سياسات ومبادرات تعليمية شاملة لتلبية احتياجات الأطفال ذوي الإعاقة، ومع ذلك لا تزال التحديات قائمة في ضمان التنفيذ الفعال للتعليم المدمج في جميع أنحاء القارة، ومن ذلك: محدودية الموارد، وعدم كفاية البنية التحتية، والافتقار إلى خدمات الدعم المتخصصة تعيق إمكانية الوصول إلى التعليم وجودته بالنسبة للأطفال ذوي الإعاقة، وهذا يتضح بشكل أكبر في القارة الأفريقية، كما تشكل المواقف السلبية والوصم والتمييز داخل المجتمع عوائق أمام اندماجهم الكامل في البيئات التعليمية، بالإضافة إلى ذلك، هناك حاجة إلى زيادة تدريب المعلمين وبناء قدراتهم لتزويد المعلمين بالمهارات اللازمة لدعم الأطفال ذوي الإعاقة بشكل فعال في الفصول الدراسية(٢).

(١) المرجع السابق، المادة (١١).

(٢) منظمة اليونيسكو، الإعاقة والتعليم – أفريقيا جنوب الصحراء الكبرى صحيفة حقائق تستند إلى نتائج تقرير جيم لعام ٢٠٢٠م حول الإدماج والتعليم، الكل يعني الكل، متاح على الرابط: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000375017/PDF/375017eng.pdf.multi

الفرع الثاني: الميثاق الاجتماعي الأوروبي (المعدل):

يعد الميثاق الاجتماعي الأوروبي (المعدل) حجر الزاوية في القانون الأوروبي لحقوق الإنسان، حيث يضمن مجموعة واسعة من الحقوق الاجتماعية والاقتصادية للأفراد في جميع أنحاء القارة، وقد أُنشِئ الميثاق في الأساس لدعم الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (ECHR)[1] الموقعة في عام ١٩٥٠م، وهي تهدف في المقام الأول لحماية الحقوق المدنية والسياسية، وتوسيع نطاق الحقوق الأساسية المحمية لتشمل الحقوق الاجتماعية والاقتصادية، كما يضمن الميثاق الحقوق والحريات الإيجابية التي تهم جميع الأفراد في حياتهم اليومية، فالميثاق الاجتماعي الأوروبي (المعدل) هو معاهدة دولية اعتمدها مجلس أوروبا في عام ١٩٩٦م، وهو يعتمد أيضًا على الميثاق الاجتماعي الأوروبي الأصلي لعام ١٩٦١م، ويتضمن نطاقًا أوسع من الحقوق الاجتماعية، ومن بين الحقوق التي يضمنها: الحق في التعليم، وهو أمر ضروري للتنمية الشخصية والتقدم المجتمعي، ويحدد الميثاق المبادئ والالتزامات التي تلتزم الدول الأوروبية بدعمها فيما يتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وقد تمت المصادقة عليه من قبل ٣٥ دولة من الدول الأعضاء في مجلس أوروبا البالغ عددها ٤٦ دولة[2].

(١) (ECHR) هو اختصار الأحرف الأولى لاسم الميثاق باللغة الإنجليزية، وهو: (European Convention on Human Rights).

(٢) مجلس أوروبا، مكتب المعاهدات، مخطط التوقيعات والتصديقات على المعاهدة ١٦٣، متاح على الرابط: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=163

تعتبر المادتان (١٥) و(١٧) من الميثاق الاجتماعي الأوروبي (المعدل) مخصصتين للحديث عن حقوق ذوي الإعاقة بشكل خاص، وفي معرض حديثها عن هذه الفئة جرى الحديث بشكل عرضي على حقهم في التعليم، فتؤكد المادة (١٥) أن حق التعليم معترف به كحق أساسي من حقوق الإنسان، فتنص المادة على أن:

«للأشخاص ذوي الإعاقة الحق في الاستقلال والاندماج الاجتماعي والمشاركة في حياة المجتمع، ولتحقيق هذه الغاية، يتعهد الطرفان باتخاذ التدابير المناسبة لتعزيز تعليمهم وتدريبهم المهني وحصولهم على فرص العمل وإعادة التأهيل المهني وإعادة التوطين الاجتماعي»[(١)].

كما تفرض هذه المادة عددًا من الالتزامات على الدول الأطراف لضمان حصول الأشخاص ذوي الإعاقة على فرص متساوية في التعليم، وتشمل هذه الالتزامات ما يلي:

- توفير التعليم الشامل على جميع المستويات للأشخاص ذوي الإعاقة؛

- التأكد من عدم استبعاد الأشخاص ذوي الإعاقة من العموم نظام التعليم على أساس الإعاقة؛

- توفير الترتيبات التيسيرية المعقولة لتلبية الاحتياجات الفردية للأشخاص ذوي الإعاقة؛

(١) مجلس أوروبا، مكتب المعاهدات، الميثاق الاجتماعي الأوروبي (المعدل) رقم ١٦٣، المادة (١٥)، متاح على الرابط: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=163

- تدريب المعلمين على العمل بفعالية مع الأشخاص ذوي الإعاقة؛
- رفع مستوى الوعي بأهمية التعليم المدمج للأشخاص ذوي الإعاقة[١].

أيضًا، يوفر حق الأشخاص ذوي الإعاقة في التعليم في هذا الميثاق إطارًا قانونيًا لمساءلة الدول الأطراف عن فشلها في دعم هذا الحق. فعلى سبيل المثال: يمكن للمنظمات غير الحكومية استخدام إجراء الشكاوى الجماعية لتقديم شكاوى ضد الدول الأطراف التي تنتهك حق الأشخاص ذوي الإعاقة في التعليم[٢].

وقد حققت الدول الأوروبية تقدمًا كبيرًا في إعمال حق الأشخاص ذوي الإعاقة في التعليم، فقد نفذت العديد من البلدان التشريعات والأطر السياسية التي تعزز بشكل واضح التعليم المدمج. فعلى سبيل المثال، طورت دول مثل السويد وفنلندا والنرويج أنظمة تعليمية شاملة تعطي الأولوية لإدماج الطلاب ذوي الإعاقة في المدارس العادية، وقد استثمرت هذه البلدان في تدريب المعلمين، وخدمات الدعم، والبنية التحتية لضمان المساواة في الوصول إلى التعليم للجميع[٣].

(١) المرجع السابق، المادة (١٥).

(٢) المرجع السابق، قسم IV، المادة د.

(3) Keles, Serap & ten Braak, Dieuwer & Munthe, Elaine, Inclusion of students with special education needs in Nordic countries: a systematic scoping review, Scandinavian Journal of Educational Research, (2022), p. 2-3.

الفرع الثالث: البروتوكول الإضافي للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان (بروتوكول سان سلفادور):

يمثل البروتوكول الإضافي للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، المعروف أيضًا باسم بروتوكول سان سلفادور، صكًا قانونيًا مهمًا يعزز حماية الحقوق الاجتماعية والاقتصادية في الأمريكيتين، فيعد بروتوكول سان سلفادور، الذي تم اعتماده في عام ١٩٨٨م ودخل حيز التنفيذ في عام ١٩٩٩م، معاهدة إقليمية أساسية تسعى إلى توسيع نطاق حماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في الأمريكيتين، ومن بين هذه الحقوق الحق في التعليم، الذي له أهمية قصوى في ضمان كرامة الإنسان والتقدم المجتمعي، فبموجب المادة (١٣) من البروتوكول، فإن الحق في التعليم مضمون كحق أساسي من حقوق الإنسان، على الرغم من أن البروتوكول لا يذكر الإعاقة صراحةً، إلا أنه يحتوي على أحكام ذات صلة بالأشخاص ذوي الإعاقة وقابلة للتطبيق.

وتنص المادة (١٣) من البروتوكول على أن لكل شخص الحق في التعليم، وأنه ينبغي للدول أن تعتمد تدابير لجعل التعليم في متناول الجميع دون تمييز على أساس الإعاقة، ويتطلب البروتوكول أيضًا من الدول إنشاء برامج للتعليم الخاص لتوفير تعليمات وتدريب خاصين للأشخاص ذوي الإعاقة، ومن خلال الاعتراف بالحق في التعليم للأشخاص ذوي الإعاقة، يؤكد البروتوكول على مبدأ الشمول والمساواة، وتعزيز مجتمع يقدر التنوع ويضمن تكافؤ الفرص للجميع.

كما يفرض بروتوكول سان سلفادور التزامات معينة على الدول الأطراف لضمان التنفيذ الفعال للحق في التعليم للأشخاص ذوي الإعاقة، حيث يتعين على الدول اعتماد تدابير للقضاء على التمييز وضمان المساواة في الوصول إلى التعليم على جميع المستويات، بما في ذلك التعليم الابتدائي والثانوي والعالي، وينبغي أن تشمل هذه التدابير أماكن الإقامة المناسبة، وخدمات الدعم، والتعديلات المعقولة لتلبية الاحتياجات المحددة للأفراد ذوي الإعاقة، بالإضافة إلى ذلك، يجب على الدول الأطراف ضمان توافر المرافق التعليمية والمواد وطرق التدريس الشاملة والتي يسهل الوصول إليها[1].

الفرع الرابع: الميثاق العربي لحقوق الإنسان:

الميثاق العربي لحقوق الإنسان هو صك إقليمي لحقوق الإنسان اعتمدته الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية في عام ٢٠٠٤م، وهو بمثابة إطار شامل لتعزيز وحماية حقوق الإنسان في المنطقة العربية، وعلى عكس الاتفاقيات الدولية والإقليمية السالف ذكرها من حيث عدم التطرق لحقوق ذوي الإعاقة بمزيد من التفصيل؛ يعترف الميثاق العربي لحقوق الإنسان بالحق في التعليم كحق أساسي من حقوق الإنسان لجميع الأفراد، بغض النظر عن خلفياتهم أو قدراتهم، فتؤكد المادة (٤٠) من الميثاق صراحة على

(١) منظمة الدول الأمريكية، البروتوكول الإضافي للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية «بروتوكول سان سلفادور»، ١٦ نوفمبر ١٩٩٩م، أ-٥٢، المواد ١٣-١٦-١٨.

الحق في التعليم، مع التأكيد على أهمية التعليم الابتدائي المجاني والإلزامي، والتطوير المستمر للتعليم الثانوي والعالي، ويؤكد على الحاجة إلى جعل التعليم في متناول جميع الأفراد، بما في ذلك أولئك الذين لديهم إعاقة، من أجل ضمان التحقيق الكامل لإمكاناتهم ومشاركتهم النشطة في المجتمع[١].

كما يؤكد الميثاق العربي لحقوق الإنسان على مبدأ عدم التمييز في مجال التعليم، وتضمن المادة الثالثة من الميثاق المساواة في الحقوق والفرص دون تمييز على أي أساس، بما في ذلك التمييز على أساس الإعاقة، فتسلط هذه المادة الضوء على التزام الدول بضمان حصول الأفراد ذوي الإعاقة على فرص متساوية -بما في ذلك الحق في التعليم- دون مواجهة أي شكل من أشكال التمييز أو الاستبعاد[٢]، وتأتي المادة الثالثة من الميثاق للتأكيد على مبدأ عدم التمييز استكمالًا وتعزيزًا لهذا المبدأ الذي بدأ يستقر في الاتفاقيات والصكوك الدولية الاجتماعية؛ مما يُظهر أن الميثاق استعان بهذا المبدأ المتقرر في الأعراف الدولية.

أيضًا، يعترف الميثاق العربي لحقوق الإنسان بأهمية توفير التعليم المناسب للأفراد ذوي الإعاقة، فتتناول الفقرات (٤) و(٥) و(٦) من المادة (٤٠) من الميثاق على وجه التحديد الحق في التعليم الخاص للأفراد ذوي الإعاقة، مع التأكيد على التزام الدول بإنشاء وتعزيز برامج التعليم الخاص، والمرافق

(١) جامعة الدول العربية، الميثاق العربي لحقوق الإنسان، ٢٣ مايو/ أيار ٢٠٠٣م، المادة (٤٠).

(٢) المرجع السابق، المادة (٣).

والخدمات التي تلبي الاحتياجات الفريدة للطلاب ذوي الإعاقة، كما تؤكد ذات المادة على ضرورة التطوير المستمر للأنظمة التعليمية لضمان التعليم الشامل لجميع الأفراد، بما في ذلك الأشخاص ذوو الإعاقة، من حيث الحث على أهمية دمج الطلاب ذوي الإعاقة في البيئات التعليمية العامة إلى أقصى حد ممكن، مع توفير الدعم والتسهيلات اللازمة[١].

ولضمان تقيد الدول الموقعة على الميثاق بما ورد فيه من أحكام، أنشأ الميثاق العربي لحقوق الإنسان آليات للرصد والإبلاغ عن تنفيذ الحقوق الواردة في الميثاق، ومن ضمنها حق التعليم للأشخاص ذوي الإعاقة، فتلزم المادة (٤٨) من الميثاق الدول بتقديم تقارير دورية إلى اللجنة العربية لحقوق الإنسان، تتضمن تفاصيل التدابير المتخذة لضمان تنفيذ الحقوق الواردة فيه، ومن ضمنها ضمان المساواة في الوصول للأفراد من ذوي الإعاقة لحقهم في التعليم، وتعمل آلية الإبلاغ هذه كوسيلة لتقييم التقدم المحرز وتحديد المجالات التي تتطلب المزيد من الاهتمام والتحسين[٢].

(١) المرجع السابق، المادة (٤٠).
(٢) المرجع السابق، المادة (٤٨).

المبحث الثاني
الآليات القانونية الدولية
لضمان حق التعليم لذوي الإعاقة

المطلب الأول: هيئات مراقبة المعاهدات في حماية حقوق الإنسان:

الفرع الأول: دور هيئات المراقبة:

تلعب معاهدات حقوق الإنسان دوراً حاسماً في تعزيز وحماية الحريات الأساسية والكرامة في جميع أنحاء العالم، ومع ذلك، فإن فعالية هذه المعاهدات لا تكمن في إنشائها فحسب، بل في تنفيذها أيضًا، ولضمان الامتثال للمعايير الدولية لحقوق الإنسان -ومن ذلك المعاهدات والاتفاقيات الدولية سالفة الذكر بخصوص حق ذوي الإعاقة في التعليم- تم إنشاء هيئات لرصد المعاهدات، فتشرف لجان الخبراء المستقلة هذه على تنفيذ معاهدات حقوق الإنسان من قبل الدول الأطراف، وتعد هيئات مراقبة المعاهدات جزءًا لا يتجزأ من إنفاذ ورصد معاهدات حقوق الإنسان، وهي بمثابة آليات لتقييم امتثال الدولة وتقدمها، وتوفير التوجيه، وتعزيز الحوار بين الدول والمجتمع المدني، وعلى وجه التحديد، تقوم هذه الهيئات بالوظائف الرئيسة التالية:

مراجعة تقارير الدول:

تتلقى هيئات مراقبة المعاهدة تقارير دورية من الدول الأطراف، تحدد التدابير التي اتخذتها لتنفيذ التزاماتها بموجب المعاهدة، ومن خلال فحص شامل لهذه التقارير، تقوم الهيئات بتقييم امتثال الدولة للاتفاقية المحددة،

ويتم تحديد التحديات التي تواجهها الدولة أثناء التنفيذ، ومن ثم تقديم توصيات للتحسين، كما تشارك هيئات مراقبة المعاهدة في حوار بناء مع الدول الأطراف، وتسعى للحصول على توضيحات بشأن التقارير المقدمة ومناقشة المخاوف الناشئة عن تنفيذ أحكام المعاهدة، ويعزز هذا الحوار الفهم المتبادل للتحديات التي تواجهها الدول ويساعد في تحديد الاستراتيجيات الفعالة للامتثال(١).

تلقي المعلومات من المجتمع المدني:

تسعى هيئات الرصد بنشاط إلى الحصول على مدخلات من منظمات المجتمع المدني والمنظمات غير الحكومية والأفراد من خلال تقارير الظل والطلبات، وهذا يضمن إجراء تقييم شامل لحالة حقوق الإنسان على أرض الواقع، ويوفر منصة لوجهات نظر متنوعة للنظر فيها(٢).

إجراء التحريات والتحقيقات:

عندما تنشأ ادعاءات موثوقة بانتهاكات حقوق الإنسان، يجوز لهيئات مراقبة المعاهدات أن تبدأ تحقيقات لجمع الأدلة وتقييم الوضع، وتساعد

(١) مجموعة الأمم المتحدة للتنمية المستدامة، هيئات الأمم المتحدة المنشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان، متاح على الرابط: https://unsdg.un.org/ar/2030-agenda/strengthening-international-human-rights/un-treaty-bodies

(٢) المرجع السابق. انظر أيضًا:

Ulfstein, G. (2012). Individual complaints. In H. Keller & G. Ulfstein (Eds.), UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy (pp. 73-115). chapter, Cambridge: Cambridge University Press.

هذه الاستفسارات في تسليط الضوء على الانتهاكات المحتملة وتمكين الهيئات من إصدار توصيات لاتخاذ إجراءات علاجية[١].

إصدار التوصيات والنتائج:

واستنادًا إلى مراجعتها لتقارير الدول والمعلومات الواردة والاستفسارات التي تم إجراؤها، تصدر هيئات مراقبة المعاهدات توصيات ونتائج للدول الأطراف، وقد تتناول هذه التوصيات شواغل محددة تتعلق بحقوق الإنسان، أو تقترح تغييرات تشريعية أو سياسية، أو تحث الدول على اتخاذ إجراءات إيجابية لتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها[٢].

الفرع الثاني: ضمان مساءلة الدولة:

تلعب هيئات مراقبة المعاهدات أيضًا دورًا فاعلًا في مساءلة الدول عن التزاماتها في مجال حقوق الإنسان، ففي حين أن توصياتهم غير ملزمة؛ إلا أنها تحمل وزنًا أخلاقيًا وسياسيًا كبيرًا، ويُتوقع من الدول أن تتعاون بحسن نية مع هيئات الرصد وأن تنفذ توصياتها، وتشمل الآليات التي يتم من خلالها تعزيز المساءلة ما يلي:

(١) مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، الأمم المتحدة، رصد المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، متاح على الرابط: https://www.ohchr.org/ar/treaty-bodies/monitoring-core-international-human-rights-treaties

(٢) المرجع السابق.

ضغط الأقران والخوف على السمعة:

إن الكشف العلني عن تقارير الدول وتوصياتها ونتائجها من قبل هيئات مراقبة المعاهدات يمكن أن يثير اهتمامًا وتدقيقًا دوليًا، وهذا يمكن أن يؤدي إلى ضغط الأقران وعواقب دبلوماسية على الدول التي تفشل في معالجة المخاوف المتعلقة بحقوق الإنسان بشكل مناسب(١).

التطبيق والمراجعة القضائية المحلية:

تشجع هيئات مراقبة المعاهدات الدول على دمج أحكام المعاهدة في القوانين والسياسات المحلية، وهذا يمكن أن يسهل التنفيذ المحلي ويوفر أساسًا للمراجعة القضائية، مما يسمح للأفراد بطلب التعويض عن انتهاكات حقوق الإنسان في المحاكم المحلية(٢).

بناء القدرات والمساعدة الفنية:

غالبًا ما تقدم هيئات الرصد المساعدة الفنية ودعم بناء القدرات للدول، مما يساعدها على التغلب على التحديات التي تواجههم في الوفاء بالتزاماتهم في مجال حقوق الإنسان، ويمكن أن تتراوح هذه المساعدة بين التوجيه بشأن

(1) Van Aaken, A., & Simsek, B., Rewarding in International Law, American Journal of International Law, 2021, 115(2), 201.

(2) Council of Europe, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Report on the Implementation of International Human Rights Treaties in Domestic Law and the Role of Courts, Strasbourg, 8 December 2014, CDL-AD (2014) 036.

الإصلاحات التشريعية وبرامج تدريب المسؤولين الحكوميين والمجتمع المدني[١].

التوعية والمؤازرة:

تعمل هيئات مراقبة المعاهدات على رفع مستوى الوعي حول قضايا حقوق الإنسان من خلال تقاريرها وتوصياتها ومشاركتها مع المجتمع المدني، هذه الهيئات تساهم أيضًا في توجيه الخطاب العام، وتمكين الأفراد والمجتمعات من الدفاع عن حقوقهم والمطالبة بالمساءلة من حكوماتهم في حال وجود نوع من التقصير.

الفرع الثالث: أمثلة على هيئات مراقبة المعاهدات في حماية حقوق الإنسان:

١- لجنة حقوق الإنسان (HRC)[٢]:

هي هيئة مراقبة أنشئت بموجب العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وتتكون من خبراء مستقلين يقومون بمراجعة تقارير الدول وإصدار توصيات بشأن تنفيذ الحقوق المدنية والسياسية التي يحميها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية[٣].

(١) مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، الأمم المتحدة، مكتب جنوب شرق آسيا الإقليمي، متاح على الرابط: https://bangkok.ohchr.org/treaty-body-capacity-building-programme/

(٢) (HRC) هو اختصار للأحرف الأولى من اسم اللجنة باللغة الإنجليزية، وهو: (Human Rights Committee).

(٣) الأمم المتحدة، هيئات المعاهدات، اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، متاح على الرابط: https://www.ohchr.org/ar/treaty-bodies/ccpr

٢- لجنة حقوق الطفل (CRC)[١]:

تقوم لجنة حقوق الطفل بمراقبة تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل، وهي تدرس تقارير الدول، وتشارك في حوار مع الدول، وتقدم التوجيه والتوصيات بشأن تعزيز وحماية حقوق الأطفال[٢]. ويدخل في عمل اللجنة ما يتعلق بمسائل حقوق الأطفال من ذوي الإعاقة، مثل ما يترتب على انتهاك حقوقهم أو ما يطالبون به من حقوق.

٣- اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة (CEDAW)[٣]:

تقوم اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة برصد تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، فتراجع تقارير الدول، وتعالج المخاوف المتعلقة بالانتهاكات ضد المرأة[٤].

وتعزيزًا لما ذُكر في المطالب السابقة، فإن مبدأ عدم التمييز المستقر في أغلب الصكوك والاتفاقيات الدولية التي تُعنى بالحقوق المدنية يدخل في

(١) (CRC) هو اختصار للأحرف الأولى من اسم اللجنة باللغة الإنجليزية، وهو: (Committee on the Rights of the Child).

(٢) الأمم المتحدة، هيئات المعاهدات، لجنة حقوق الطفل، متاح على الرابط: https://www.ohchr.org/ar/treaty-bodies/crc

(٣) (CEDAW) هو اختصار للأحرف الأولى من اسم اللجنة باللغة الإنجليزية، وهو: (Committee on the Elimination of Discrimination against Women).

(٤) الأمم المتحدة، هيئات المعاهدات، اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة (سيداو)، متاح على الرابط: https://www.ohchr.org/ar/treaty-bodies/cedaw/introduction

صلبها الحماية من التمييز ضد فئة الأشخاص من ذوي الإعاقة، فمن هذا المنطلق يمكن للجنة مراقبة أوضاع النساء المتضررات من ذوي الإعاقة وإجراء تحقيقات حول الانتهاكات التي يتعرضن له، وكذلك استعراض تقارير الدول تجاه هذه الفئة من المجتمع.

٤- لجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة (CRPD)[١]:

تشرف لجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة على تنفيذ اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، وتقوم بمراجعة تقارير الدولة، ودراسة القضايا المتعلقة بحقوق الإعاقة، وأيضًا تقدم توصيات لضمان الإدماج والمشاركة الكاملة للأشخاص ذوي الإعاقة في مختلف مناحي الحياة، ومن ضمنها حق ذوي الإعاقة في التعليم[٢].

٥- لجنة مناهضة التعذيب (CAT)[٣]:

لجنة مناهضة التعذيب مسؤولة عن مراقبة تنفيذ اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، والتي قد يقع ضحيتها الأشخاص ذوو الإعاقة، فتدرس اللجنة

(١) (CRPD) هو اختصار للأحرف الأولى من اسم اللجنة باللغة الإنجليزية، وهو: (Committee on the Rights of Persons with Disabilities).

(٢) الأمم المتحدة، هيئات المعاهدات، لجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة (CRPD)، متاح على الرابط: https://www.ohchr.org/ar/treaty-bodies/crpd

(٣) (CAT) هو اختصار للأحرف الأولى من اسم اللجنة باللغة الإنجليزية، وهو: (Committee Against Torture).

تقارير الدول المقدمة لها، وتحقق في مزاعم التعذيب، وتصدر توصيات لمنع ومعالجة التعذيب وسوء المعاملة[١].

٦- **اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية** (CESCR)[٢]:

تقوم اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية برصد تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الذي تم تناوله في المطالب السابقة، كما تقوم بمراجعة تقارير الدول، وتقيِّم بموجب اختصاصها مدى تمتع شعوب الدول الموقِّعة على الاتفاقية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الواردة في العهد، وتقدم توصيات لتعزيز إعمالها[٣].

المطلب الثاني: الشكاوى الفردية المقدمة إلى لجان حقوق الإنسان الدولية:

حقوق الإنسان عالمية وغير قابلة للتصرف، وحمايتها ضرورية لرفاهية الأفراد وكرامتهم، فبينما تتحمل الدول المسؤولية الأساسية عن دعم حقوق الإنسان، فإن الآليات الدولية لحقوق الإنسان توفر سبلاً للأفراد للحصول على الإنصاف عندما تُنتهك حقوقهم. وتلعب آليات الشكاوى الفردية

(١) الأمم المتحدة، هيئات المعاهدات، لجنة مناهضة التعذيب، متاح على الرابط: https://www.ohchr.org/ar/treaty-bodies/cat

(٢) (CESCR) هو اختصار للأحرف الأولى من اسم اللجنة باللغة الإنجليزية، وهو: (Committee on Economic, Social and Cultural Rights).

(٣) الأمم المتحدة، هيئات المعاهدات، اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، متاح على الرابط: https://www.ohchr.org/ar/treaty-bodies/cescr

دورًا حاسمًا في هذا الصدد، حيث توفر فرصة للأفراد للوصول مباشرة إلى العدالة، ومحاسبة المخالفين، والمساهمة في تطوير معايير حقوق الإنسان[١]، وفي السطور اللاحقة سوف نستكشف أهمية آليات الشكاوى الفردية في حماية حقوق الإنسان وأثرها على ضمان العدالة للأفراد.

فمن خلال تمكين الأفراد من محاسبة المخالفين، تساهم آليات الشكاوى الفردية في ردع انتهاكات حقوق الإنسان، ويمكن للعواقب المحتملة وتأثيرها على سمعة الدول أو الجناة الآخرين أن تكون بمثابة رادع، مما يعزز الامتثال بشكل أفضل لمعايير حقوق الإنسان، فهي تعمل على تمكين الأفراد من خلال السماح لهم بتحدي الانتهاكات التي ترتكبها الدول أو الجهات الحكومية والتأكيد على حقوقهم أمام الهيئات الدولية أو الإقليمية[٢].

وتثير الشكاوى الفردية اهتمام هيئات حقوق الإنسان الدولية أو الإقليمية بحالات محددة، ويمكن للقرارات والتوصيات الصادرة عن هذه الهيئات استجابة للشكاوى الفردية أن تساهم في تطوير وتفسير معايير حقوق الإنسان، مما يشكل سوابق مهمة للحالات المستقبلية، كما يمكن للشكاوى الفردية الناجحة أن تؤدي إلى سبل الانتصاف والتعويض لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان، وقد تشمل هذه التدابير: التعويض، ورد الحقوق، وإعادة التأهيل، وضمانات عدم التكرار، وغيرها من التدابير الرامية إلى استعادة حقوق الأفراد المتضررين[٣].

(1) Ulfstein G., Supra Note at 101.
(2) Ulfstein G., Supra Note at 101.
(3) Ulfstein G., Supra Note at 101.

آليات الشكاوى الفردية -والمعروفة أيضًا باسم إجراءات البلاغات الفردية- هي آليات تم إنشاؤها بموجب المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان أو البروتوكولات الاختيارية التي تسمح للأفراد بتقديم شكاوى أو التماسات بشأن انتهاكات حقوق الإنسان المزعومة أمام هيئات المراقبة الدولية[1]. فلو حصل أن تضرر أحد ذوي الإعاقة وانتُهك حقه في الحصول على التعليم أو لم يتم توفير ما يستلزم للوصول إلى التعليم بشكل مساوٍ لما يحصل عليه الإنسان الطبيعي فإن هذه الآليات القانونية الدولية وُضعت للنظر في مثل هذه القضايا، ويجدر التطرق هنا إلى أنواع آليات الشكاوى الفردية، فقد أنشأت العديد من معاهدات حقوق الإنسان آليات للشكاوى الفردية، ومنها على سبيل المثال:

الفرع الأول: اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بموجب العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (HRC):

يمكن للأفراد الذين يزعمون أن حقوقهم بموجب العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية قد انتهكت من قبل دولة طرف أن يقدموا شكوى -تعرف باسم البلاغ الفردي- إلى لجنة حقوق الإنسان، وهذا يسمح للأفراد بطلب التعويض عن الانتهاكات المزعومة لحقوق الإنسان وذلك بعد استنفاد جميع سبل الإنصاف المحلية المتاحة لهم[2]. ومن

(١) الأمم المتحدة، مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، الهيئات المنشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان – البلاغات الفردية، متاح على الرابط: https://www.ohchr.org/ar/treaty-bodies/human-rights-treaty-bodies-individual-communications

(2) Ulfstein G., Supra Note at 101.

هذا المنطلق، فمن الممكن للأشخاص من ذوي الإعاقة أن يستفيدوا من هذا الاتجاه في سبيل المطالبة بحقوقهم وكذلك السعي في طلب الانتصاف في حال وجود انتهاكات ضدهم.

ويجب أن يستوفي البلاغ معايير معينة للمقبولية، بما في ذلك استنفاد سبل الانتصاف المحلية، وتقديمه خلال إطار زمني محدد بعد القرار المحلي النهائي، وعدم الكشف عن هويته، كما يجب ألا يشكل البلاغ أيضًا إساءة استخدام للحق في تقديم الشكاوى، ويتم التعامل مع الاتصالات بسرية تامة، كما تحمي هذه السرية الأفراد والشهود من الأعمال الانتقامية المحتملة، وتنظر اللجنة في مقبولية البلاغ، فإذا كان مقبولاً، يقدم كل من صاحب الشكوى والدولة الطرف المعنية الحجج والأدلة، وتصدر اللجنة آراءها، علمًا بأن الآراء والأحكام التي تصدرها اللجنة غير ملزمة للدولة الطرف التي انتهكت العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية[1].

الفرع الثاني: اللجنة المعنية بالشكاوى المقدمة فيما يخص البروتوكول الاختياري لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW):

إحدى الوظائف الرئيسية للبروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ١٩٩٩م هو تغطية النقص الحاصل في الاتفاقية نفسها، وذلك لعدم وجود آليات إجرائية لضمان التزام الدول بالمعاهدة أو في حالة وجود شكاوى تستلزم وجود تحقيق، ولأجل ذلك فقد تم اعتماد البروتوكول الاختياري الملحق بالمعاهدة لتمكين الأفراد

(١) اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، مرجع سابق ١٠٨.

أو المجموعات (المعروفين باسم مقدمي الالتماسات) من تقديم شكاوى إلى لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة إذا كانوا قد استنفدوا جميع سبل الإنصاف المحلية المتاحة، ويمكن أن تتناول هذه الشكاوى حالات محددة من انتهاكات حقوق المرأة التي تقع ضمن نطاق اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، حيث تتمتع اللجنة بسلطة إجراء تحقيقات في الانتهاكات الجسيمة أو المنهجية لحقوق المرأة في الدول الأطراف، حتى دون تلقي شكوى رسمية، وتسمح هذه السلطة للجنة بالتصدي للانتهاكات الخطيرة والواسعة النطاق لحقوق المرأة، مع التأكيد على أهمية البروتوكول الاختياري في تعزيز حقوق المرأة على مستوى العالم[1].

كما يُطلب من الدول الأطراف في الاتفاقية تقديم تقارير منتظمة إلى اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة حول التدابير التي اتخذتها لتنفيذ الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية، ويتم فحص هذه التقارير من قبل اللجنة، التي تقدم تعليقات وتوصيات إلى الدول لتحسين امتثالها للاتفاقية[2].

الفرع الثالث: اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة (CRPD):

لجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة هي هيئة من الخبراء المستقلين الذين يراقبون تنفيذ اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، ولدى اتفاقية

(1) Isa, Felipe Gómez, The Optional Protocol for the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: Strengthening the Protection Mechanisms of Women's Human Rights, Arizona Journal of International and Comparative Law, 2003, 20 (2): 291-321 [305].

(٢) اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة (سيداو)، مرجع سابق ١١٢.

حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة العديد من الإجراءات المعمول بها لضمان الوفاء بأحكامها، بما في ذلك:

- تسمح لجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة -من خلال بروتوكولها الاختياري- للأفراد أو مجموعات الأفراد بتقديم شكاوى (بلاغات) بشأن الانتهاكات المزعومة لحقوقهم بموجب الاتفاقية - بما في ذلك الانتهاكات الحاصلة لهم بشأن حقهم في التعليم-، وتقوم اللجنة بتقييم هذه البلاغات وتصدر النتائج والتوصيات.

- أيضًا، يُطلب من الدول الأطراف في الاتفاقية تقديم تقارير منتظمة إلى اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة حول التدابير التي اتخذتها لتنفيذ الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية، ويتم فحص هذه التقارير من قبل اللجنة، التي بدورها تقدم تعليقات وتوصيات إلى الدول لتحسين امتثالها للاتفاقية[1].

- قبل عملية تقديم التقارير الرسمية، قد ترسل اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة قائمة قضايا إلى الدولة الطرف، للحصول على معلومات محددة حول مجالات معينة مثيرة للقلق تتعلق بتنفيذ الاتفاقية، وترد الدولة الطرف على هذه القضايا في تقريرها المقدم إلى اللجنة.

- خلال الجلسات، يشارك ممثلو الدول الأطراف في حوار بناء مع لجنة اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، ويتيح هذا الحوار للدول تقديم

(١) لجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة (CRPD)، مرجع سابق ١١٣.

معلومات إضافية، وتوضيح النقاط المثارة في تقاريرها، والرد على الأسئلة والمخاوف التي يثيرها أعضاء اللجنة.

- كما يمكن للمنظمات غير الحكومية ومجموعات المجتمع المدني تقديم تقارير بديلة أو تقارير ظل إلى لجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، فتوفر هذه التقارير منظورًا بديلاً حول تنفيذ الدولة للاتفاقية، وغالبًا ما تسلط الضوء على قضايا أو مجالات محددة قد لا يكون تقرير الدولة موجودًا فيها[1].

- يمكن للجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة أن تبدأ تحقيقات في الانتهاكات الجسيمة أو المنهجية للحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية، يتيح هذا الإجراء للجنة التحقيق في قضايا أو أنماط محددة من الانتهاكات المتعلقة بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.

- تصدر لجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة التعليقات العامة، وهي تفسيرات رسمية لمواد أو مواضيع محددة ضمن الاتفاقية، وتوفر هذه التعليقات إرشادات للدول الأطراف وأصحاب المصلحة والجمهور بشأن تنفيذ الاتفاقية[2].

من خلال هذه الإجراءات، تلعب لجنة اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة دورًا حيويًا في تعزيز وحماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة على مستوى العالم -وعلى رأسها حق ذوي الإعاقة في الحصول على التعليم

- (١) لجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة (CRPD)، مرجع سابق ١١٣.
- (٢) لجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة (CRPD)، مرجع سابق ١١٣.

بشكل مساوٍ لأقرانهم من غير ذوي الإعاقة-؛ مما يضمن وفاء الدول الأطراف بالتزاماتها بموجب الاتفاقية.

المطلب الثالث: الشكاوى الفردية المقدمة إلى محاكم حقوق الإنسان الدولية:

أنشأت أنظمة حقوق الإنسان الإقليمية، مثل: المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ومحكمة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان، واللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، آليات لتقديم الشكاوى الفردية؛ حيث تسمح هذه الآليات للأفراد بتقديم الشكاوى مباشرة إلى الهيئات الإقليمية للنظر فيها وجبر الضرر، وسيتم التطرق بشكل سريع لدور هذه المحاكم في استقبال شكاوى الأفراد، ومعالجتها للمشاكل وفقًا للنظام الخاص لكل محكمة، وكذلك الحديث عن أمثلة الأحكام الصادرة من هذه المحاكم فيما يتعلق بحقوق الأشخاص من ذوي الإعاقة بالتعليم-إن وجدت-.

الفرع الأول: المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (ECtHR):

المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان هي محكمة دولية تستمع إلى الشكاوى المقدمة من الأفراد والدول الذين يزعمون حدوث انتهاكات للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (ECHR)، والتي تضمن عددًا من حقوق الإنسان الأساسية، بما في ذلك الحق في الحياة، والحق في الحرية والأمن، والحق في محاكمة عادلة، والحق في حرية التعبير، والحق في حرية التجمع[1]. وقد نشأ

(١) سولنيي، فرانسواز بوشيه، القاموس العملي للقانون الإنساني، دار العلم للملايين، بيروت، ٢٠٠٦، متاح على الرابط: https://ar.guide-humanitarian-law.org/content/article/5/lmhkm-lwrwbyw-lhqwq-lnsn/

الميثاق الاجتماعي الأوروبي (المعدل) لتوسيع دائرة الحقوق وضمان بعض من التي لم تشملها هذه الاتفاقية، ومن ذلك الحق في التعليم، والصحة، والسكن، وحقوق العمال، والضمان الاجتماعي، وحق التنقل وغيرها من الحقوق[١]. وتعد المحكمة من المحاكم الأكثر فعالية لحقوق الإنسان في العالم كونها ملزمة على الأطراف الموقعة عليها[٢].

ولتقديم شكوى إلى المحكمة، يجب على الفرد أولاً أن يكون قد استنفد جميع سبل الانتصاف المحلية، وهذا يعني أنه يجب عليه رفع قضيته عبر جميع المحاكم في بلده، حتى أعلى مستوى من السلطة القضائية، بمجرد استنفاد الفرد جميع سبل الانتصاف المحلية، يمكنه بعد ذلك تقديم طلب إلى المحكمة، كما يجب تقديم الطلبات المقدمة إلى المحكمة كتابيًا، ويجب أن تتضمن جميع المعلومات ذات الصلة بالقضية، وتقرر المحكمة بعد ذلك ما إذا كانت ستقبل الطلب أم لا[٣].

فإذا قبلت المحكمة، فإنه بعد ذلك، يتم إرسال نسخة من الطلب إلى الدولة المدعى عليها، وتتاح للدولة المدعى عليها بعد ذلك الفرصة للرد على الطلب، وبمجرد رد الدولة المدعى عليها على الطلب، تقرر المحكمة ما

(١) مرجع سابق، رقم ٥٦.

(2) Lalík, Tomáš, "Understanding the Binding Effect of the Case-Law of the ECtHR in Domestic Legal Order". International Conference: Effectiveness of the European System of Protection of Human Rights, 2011.

(3) Advocates for Human Rights, European Court of Human Rights: (How the Complaint Procedure Works), available at https://www.stopvaw.org/european_court_of_human_rights#Footnote%201

إذا كانت ستعقد جلسة استماع بشأن هذه القضية، فإذا قررت المحكمة عقد جلسة استماع، فسوف تدعو مقدم الطلب والدولة المدعى عليها لتقديم حججهما[١].

وبعد جلسة الاستماع، تصدر المحكمة حكمها، ويُعدُّ حكم المحكمة ملزمًا للدولة المدعى عليها، فإذا وجدت المحكمة أن الدولة المدعى عليها قد انتهكت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فإنه يجوز للمحكمة أن تأمر الدولة المدعى عليها باتخاذ خطوات لمعالجة الانتهاك، كما يجوز للمحكمة أيضًا أن تمنح مقدم الطلب تعويضات إن استلزم الأمر ذلك[٢].

ومن الأمثلة على القضايا التي حكمت بها المحكمة فيما يتعلق بحق ذوي الإعاقة بالتعليم ما يلي:

- قضية أنور شاهين ضد تركيا، فقد رأت المحكمة أن دولة تركيا انتهكت حق مقدم الطلب في التعليم بموجب المادة (٢) من البروتوكول رقم (١) للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (ECHR)، والذي يضمن الحق في التعليم، مقروءًا بالاقتران مع المادة (١٤) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي تحظر التمييز.

مقدم الطلب، السيد شاهين، هو مواطن تركي أصيب بالشلل في حادث وقع عام ٢٠٠٥م، عندما كان طالبًا في السنة الأولى في جامعة فرات، ولم يتمكن من العودة إلى دراسته حتى عام ٢٠٠٧م، عندما تقدم إلى كلية العلوم

(١) المرجع السابق.
(٢) المرجع السابق.

التقنية في نفس الجامعة، وقد تم قبول طلب السيد شاهين، لكنه لم يتمكن من حضور الفصول الدراسية لأن مبنى الكلية لم يكن متاحًا للأشخاص ذوي الإعاقة، فطلب من الجامعة تسهيل الوصول إلى المبنى، لكن الجامعة رفضت، وعند ذلك، قدم السيد شاهين شكوى إلى المحكمة، زاعمًا أن تركيا انتهكت حقه في التعليم من خلال عدم تزويده بالتعليم في أماكن تعليمية مقبولة.

اتفقت المحكمة مع السيد شاهين ورأت أن تركيا انتهكت حقه في التعليم، ووجدت المحكمة أن تركيا فشلت في اتخاذ جميع الخطوات المعقولة لضمان تمكن السيد شاهين من الوصول إلى التعليم على قدم المساواة مع الطلاب الآخرين، ومنحت المحكمة السيد شاهين تعويضات عن الضرر غير المالي الذي لحق به نتيجة انتهاك حقوقه، كما أمرت المحكمة تركيا باتخاذ خطوات لضمان عدم حدوث انتهاكات مماثلة في المستقبل.

وتعتبر قضية أنور شاهين ضد تركيا قضية مهمة في تطوير حق الأشخاص ذوي الإعاقة في التعليم بموجب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وتنص القضية على أنه يجب على الدول اتخاذ جميع الخطوات المعقولة لضمان حصول الأشخاص ذوي الإعاقة على فرص متساوية في التعليم[1].

(١) أنور شاهين ضد تركيا، الحكم الصادر في ٤ نوفمبر/ تشرين الثاني ٢٠١٩م، الطلب رقم. ٢٣٠٦٥/ ١٢، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ٢٠١٩م.

الفرع الثاني: محكمة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان (IACtHR):

محكمة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان هي هيئة قضائية تابعة لمنظمة الدول الأمريكية (OAS) وتتمتع بسلطة قضائية للنظر والبت في القضايا التي يُزعم فيها حدوث انتهاكات لحقوق الإنسان التي تحميها الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان واتفاقية الدول الأمريكية لحقوق الإنسان وكذلك صكوك حقوق الإنسان الأخرى لمنظمة الدول الأمريكية، يقع المقر الرئيسي للمحكمة في سان خوسيه، كوستاريكا، وبموجب الاتفاقية الأمريكية، تعمل المحكمة مع لجنة الدول الأمريكية (IACHR) لدعم وتعزيز الحقوق والحريات الأساسية[1]، وتتمتع بسلطة قضائية في حوالي ٢٠ من الدول الأعضاء الـ ٣٥ في الأمريكيتين التي اتخذت خطوات للانضمام إلى سلطتها، والغالبية العظمى منها في أمريكا اللاتينية[2].

تتمتع المحكمة بعدد من الوظائف المهمة، بما في ذلك:

- الفصل في القضايا التي يُزعَم فيها حدوث انتهاكات للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان وغيرها من صكوك حقوق الإنسان التابعة لمنظمة الدول الأمريكية.

(١) وهذه اللجنة هي جهاز مستقل تابع لمنظمة الدول الأمريكية تتلقى وتفحص الالتماسات المقدمة من الأفراد والمنظمات التي تزعم حدوث انتهاكات لحقوق الإنسان من قبل الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية.

(٢) محكمة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان، ماهي محكمة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان؟، متاح على الرابط: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm?lang=en#collapse1-3

- إصدار أحكام ملزمة للدول الأطراف بالامتثال لالتزاماتها في مجال حقوق الإنسان.

- مراقبة امتثال الدول الأطراف لأحكامها.

- إصدار الآراء الاستشارية في قضايا حقوق الإنسان.

تتكون المحكمة من سبعة قضاة تنتخبهم الجمعية العامة لمنظمة الدول الأمريكية لمدة ست سنوات، يجب أن يكون القضاة من مواطني مختلف الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية، ويجب أن يتمتعوا بالكفاءة الإنسانية المعترف بها في مجال حقوق الإنسان[1].

ولرفع دعوى أمام المحكمة، يجب على مقدمي الالتماسات أولاً: تقديم التماس إلى لجنة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان، ومن خلال هذه النافذة يمكن للأشخاص من ذوي الإعاقة تقديم طلب إلى اللجنة بالنظر في الانتهاكات الحاصلة ضدهم فيما يتعلق بحقهم في التعليم، فإذا وجدت اللجنة أن الالتماس مقبول، فإنها تبدأ التحقيق في الانتهاك المزعوم، وبمجرد الانتهاء من التحقيق، تصدر اللجنة تقريراً يتضمن نتائجها وتوصياتها، ثم يتم إرسال التقرير إلى مقدم الالتماس والدولة التي تم تقديم الشكوى ضدها والجمعية العامة لمنظمة الدول الأمريكية.

(1) American Society of International Law and the International Judicial Academy, Oct/Nov 2007, Volume 2, Issue 3, available at: http://www.judicialmonitor.org/archive_1007/spotlight.html

وفي حال وجدت اللجنة أن الدولة قد انتهكت حقوق الإنسان، فقد توصي الدولة باتخاذ خطوات لمعالجة الانتهاك وتعويض الضحية، وإذا لم تمتثل الدولة لتوصيات اللجنة، فإنه يجوز للجنة إحالة القضية إلى محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان[1].

تعد محكمة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان (IACtHR) بمثابة منصة حيوية لدعم الحق في التعليم، وخاصة بالنسبة للأفراد ذوي الإعاقة، فضمان الوصول إلى التعليم الجيد ليس مجرد مسألة مساواة، بل هو حق أساس من حقوق الإنسان غير القابلة للمساومة.

الفرع الثالث: المحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب (AFCHPR):

المحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب هي مؤسسة قضائية إقليمية أنشئت بموجب بروتوكول الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، الذي أكد على إنشاء محكمة أفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، فتعد المحكمة منتدى مهمًا لحماية وإنفاذ حقوق الإنسان في جميع أنحاء القارة الأفريقية، وقد تأسست المحكمة في عام ١٩٩٨م وبدأت عملها في عام ٢٠٠٦م، وهي تتألف من ١١ قاضياً ينتخبهم مؤتمر رؤساء دول وحكومات الاتحاد الأفريقي، والقضاة أفراد يتمتعون بشخصية أخلاقية عالية وخبرة معترف بها في مجال حقوق الإنسان، وتعمل المحكمة بشكل

(١) المرجع السابق.

مستقل عن الاتحاد الأفريقي، فهي هيئة قضائية مسؤولة عن تفسير وتطبيق صكوك حقوق الإنسان[1].

وتتمثل ولاية المحكمة في استكمال وتعزيز وظائف اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، وهي هيئة شبه قضائية تراقب تنفيذ الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب وتوصي المحكمة بالنظر في القضايا التي تقع وفق اختصاص المحكمة[2]، وتختص المحكمة فيما يلي:

تفسير وتطبيق صكوك حقوق الإنسان:

تتمتع اللجنة الأفريقية بسلطة تفسير وتطبيق صكوك حقوق الإنسان، بما في ذلك الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب وغيره من معاهدات حقوق الإنسان ذات الصلة التي صادقت عليها الدول الأعضاء.

الطلبات الفردية وطلبات الدولة:

وتتمتع المحكمة بالسلطة القضائية لتلقي وفحص الطلبات الفردية وطلبات الدولة التي تزعم حدوث انتهاكات لحقوق الإنسان، ويمكن للأفراد والمنظمات غير الحكومية والدول الأعضاء في الاتحاد الأفريقي التي أصدرت إعلانًا بقبول اختصاص المحكمة رفع القضايا أمامها، فمن خلال

(1) Rodríguez, Juan Bautista Cartes, & Álvarez, Laura Íñigo.. The case law of the African Court on Human and Peoples' Rights in Libya following the Arab uprisings: Lessons learned for the consolidation and legitimation of the Court, African Human Rights Law Journal, (2020) 20 (1).

(2) Stone, Kate, African Court of Human and People's Rights (Advocates for International Development, February 2012), Legal Guide 2012.

هذه النافذة يمكن للأشخاص من ذوي الإعاقة تقديم طلب إلى المحكمة بالنظر في الانتهاكات الحاصلة ضدهم فيما يتعلق بحقهم في التعليم.

الآراء الاستشارية:

كما يمكن للمحكمة أن تصدر آراءً استشارية بشأن المسائل القانونية المتعلقة بحقوق الإنسان وتفسيرها للميثاق الأفريقي.

الاختصاص القضائي:

أيضًا، تتمتع المحكمة بسلطة النظر والفصل في النزاعات بين الدول فيما يتعلق بتفسير وتطبيق الميثاق الأفريقي وغيره من معاهدات حقوق الإنسان ذات الصلة[1].

الفرع الرابع: المحكمة الجنائية الدولية (ICC):

تركز المحكمة الجنائية الدولية في المقام الأول على محاكمة الأفراد المسؤولين عن ارتكاب أخطر الجرائم الدولية التي نصت عليها اتفاقية روما ١٩٩٨م المنشئة للمحكمة الجنائية الدولية، مثل الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، وجريمة العدوان[2]، وفي حين أن ولاية المحكمة الجنائية الدولية لا تشمل صراحة حماية الحق في التعليم للأشخاص ذوي الإعاقة، فإن عملها خاص بمحاسبة مرتكبي الجرائم المنصوص عليها

(١) الاتحاد الإفريقي، المحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، متاح في الرابط: https://www.african-court.org/wpafc/?lang=ar

(٢) الجمعية العامة للأمم المتحدة، نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (آخر تعديل في ٢٠١٠م)، ١٧ يوليو ١٩٩٨م، المواد من (٥) إلى (٨).

في اتفاقية روما، ويمكن القول إنه من خلال محاكمة الأفراد المسؤولين عن الجرائم التي تستهدف مجموعات سكانية محددة بما في ذلك الأشخاص ذوي الإعاقة؛ فإن المحكمة تساعد على ردع ومنع المزيد من الانتهاكات، وهذا يمكن أن يساهم بشكل غير مباشر في حماية وتعزيز الحق في التعليم للأشخاص ذوي الإعاقة، لأنه يساعد على خلق بيئة أكثر أمناً واستقراراً يمكن فيها للأفراد ممارسة حقوقهم، بما في ذلك الحق في التعليم، دون خوف من العنف أو التمييز.

علاوة على ذلك، فإن عمل المحكمة الجنائية الدولية من الممكن أن يكون له آثار واسعة على حماية حقوق الإنسان بشكل عام، بما في ذلك الحق في التعليم للأشخاص ذوي الإعاقة، فيمكن لأحكام المحكمة وقراراتها أن تساهم في تطوير القانون الجنائي الدولي، وأن تضع سوابق مهمة تعزز مبادئ عدم التمييز والمساواة والشمول، حيث تعتبر هذه المبادئ أساسية لضمان حصول الأفراد جميعًا -بما فيهم ذوو الإعاقة- على حقوقهم في التعليم على قدم المساواة بالآخرين، وعدم تعرضهم لممارسات أو حواجز تمييزية في البيئات التعليمية.

ومع ذلك وتلخيصًا لما سبق، إن ولاية المحكمة الجنائية الدولية لا تتناول على وجه التحديد حماية الحق في التعليم للأشخاص ذوي الإعاقة، وعملها في محاكمة الجرائم الدولية الخطيرة يمكن أن يساهم بشكل غير مباشر في خلق بيئة مواتية للتمتع بحقوق الإنسان، بما في ذلك الحق في التعليم، وإن الجهود التي تبذلها المحكمة الجنائية الدولية لمحاسبة الجناة، وتعزيز عدم التمييز،

والمساهمة في تطوير القانون الجنائي الدولي قد يكون لها آثار إيجابية على حماية وتعزيز الحق في التعليم للأشخاص ذوي الإعاقة بطريقة غير مباشرة.

المطلب الرابع: منظمات الضغط الدولية:

تلعب المنظمات الدولية غير الحكومية دورًا حاسمًا في حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في التعليم من خلال المشاركة في الأنشطة والمبادرات المختلفة، فهناك بعض الطرق التي تشارك بها المنظمات غير الحكومية الدولية في حماية الحقوق التعليمية للأفراد ذوي الإعاقة، وذلك من خلال رفع مستوى الوعي حول أهمية التعليم الشامل والدعوة إلى السياسات والممارسات التي تعزز حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، فهذه المنظمات تعمل مع الحكومات والمجتمعات وأصحاب المصلحة الآخرين لتعزيز سياسات وتشريعات التعليم الشامل، كما تُجري هذه المنظمات في بعض الأحيان أبحاثًا لجمع البيانات حول حالة تعليم الأشخاص ذوي الإعاقة على مستوى العالم، ويساعد هذا البحث في تحديد الفجوات أو أفضل الممارسات، مما يتيح الدعوة القائمة على الأدلة للتعليم الشامل.

أيضًا، توفر المنظمات غير الحكومية برامج التدريب وبناء القدرات للمعلمين وأعضاء هيئة التدريس وصانعي السياسات، ومن خلال تعزيز مهارات ومعرفة المشاركين في قطاع التعليم، تساهم المنظمات غير الحكومية في خلق بيئات تعليمية أكثر شمولاً، وقد تشارك هذه المنظمات في التثقيف القانوني من خلال دعم الأفراد والمجتمعات في الحالات التي يتم فيها انتهاك حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في التعليم، ويتم من خلالها تقديم المساعدة

القانونية والتمثيل والخبرة في قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، تتعاون المنظمات غير الحكومية أيضًا مع الحكومات والمنظمات الدولية للتأثير على السياسات والممارسات المتعلقة بالتعليم الشامل، وذلك من خلال المشاركة في المشاورات وتقديم آراء الخبراء والعمل على تنفيذ الاتفاقيات والأطر الدولية المتعلقة بحقوق الإعاقة في التعليم، كما تقوم المنظمات غير الحكومية بمراقبة تنفيذ سياسات وبرامج التعليم الشامل، ومن خلال التقييم المنتظم وإعداد التقارير، تقوم هذه المنظمات بطلب محاسبة الحكومات والمؤسسات على التزاماتها بالتعليم الشامل والدعوة إلى عمل التعديلات اللازمة عند الحاجة، فوفقًا لهذه الأساليب متعددة الأوجه، تلعب المنظمات غير الحكومية الدولية دورًا حيويًا في حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في التعليم، والمساهمة في تطوير أنظمة تعليمية شاملة وعادلة في جميع أنحاء العالم.

هناك العديد من المنظمات الدولية غير الحكومية التي تقوم بممارسة الضغط الدولي على الحكومات لضمان وصول ذوي الإعاقة إلى حقوقهم التي كفلتها الأنظمة والقوانين الدولية -بما في ذلك ضمان حقهم في الوصول إلى التعليم بشكل كامل- أسوةً بأقرانهم من غير ذوي الإعاقة، ولعل من أبرز الأمثلة على هذه المنظمات ما يلي:

الفرع الأول: التحالف الدولي للإعاقة (IDA):

التحالف الدولي للإعاقة هو شبكة عالمية من المنظمات التي تمثل الأشخاص ذوي الإعاقة، تأسست عام ١٩٩٩م، وتلعب دورًا مهمًا في ضمان وصول الأشخاص من ذوي الإعاقة إلى حقوقهم، وتشارك هذه المؤسسة

الدولية في الدعوة القوية لضمان سماع أصوات واهتمامات الأشخاص ذوي الإعاقة في عمليات صنع السياسات الدولية، ومن خلال مبادراتها في مجال المناصرة والتأييد لحقوق الأشخاص من ذوي الإعاقة، يعمل هذا التحالف الدولي على تعزيز التعليم الشامل باعتباره عنصرًا أساسيًا في الأجندة الأوسع لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.

ويشارك هذا التحالف بنشاط في المنتديات العالمية، مثل الجمعية العامة للأمم المتحدة، ومؤتمر الدول الأطراف في اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، والمنتدى السياسي الرفيع المستوى المعني بالتنمية المستدامة، للتأثير على السياسات والالتزامات المتعلقة بشمولية التعليم لكافة الأفراد وعلى رأسهم الأشخاص من ذوي الإعاقة[١].

أيضًا، يدرك هذا التحالف أهمية بناء قدرات المنظمات الأعضاء فيها وأصحاب المصلحة الآخرين للدعوة في تعزيز التعليم الشامل بشكل فعال، كما يوفر التدريب والموارد والتوجيه بشأن سياسات وممارسات التعليم الشامل للأشخاص ذوي الإعاقة، فمن خلال تبادل أفضل الممارسات والأبحاث والأساليب المبتكرة، يعمل هذا التحالف على تعزيز تبادل المعرفة بين أعضائها وتسهيل تطوير استراتيجيات التعليم الشامل على المستويين الوطني والإقليمي[٢].

(١) موقع التحالف الدولي للإعاقة، سويسرا، متاح على الرابط: https://www.internationaldisabilityalliance.org/whatwedo

(٢) المرجع السابق.

تراقب هذه المنظمة بشكل نشط تنفيذ اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، وخاصة المادة (٢٤)، التي تركز على الحق في التعليم الشامل، فمن خلال مشاركتها في جلسات لجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، تقدم المؤسسة الدولية للتنمية توصيات وتقارير ظل لتسليط الضوء على التقدم المحرز والتحديات والفجوات في التعليم الجامع، ومن خلال مساءلة الحكومات عن التزاماتها، يساهم هذا التحالف في ضمان إعمال الحق في التعليم للأشخاص من ذوي الإعاقة[١].

إضافة إلى ذلك، يقود هذا التحالف الدولي ويدعم حملات المناصرة العالمية التي تركز بشكل خاص على التعليم الشامل، وتعمل هذه الحملات على رفع مستوى الوعي حول العوائق التي يواجهها الأفراد ذوو الإعاقة في الوصول إلى التعليم وتسليط الضوء على فوائد التعليم الشامل للمجتمع ككل، فمن خلال حشد المنظمات الأعضاء والحلفاء، تعمل هذه المنظمة على إيصال أصوات الأشخاص ذوي الإعاقة بالدعوة إلى التعليم الشامل باعتباره عنصرًا رئيسيًا من أجندة أهداف التنمية المستدامة، وتعمل هذه المنظمة مع العديد من وكالات الأمم المتحدة في ضمان وصول ذوي الإعاقة لحقوقهم المكفولة وفق القانون الدولي[٢].

(١) المرجع السابق.
(٢) المرجع السابق.

الفرع الثاني: المنظمة الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة (DRI):

المنظمة الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة هي منظمة دولية غير حكومية بارزة تأسست في الولايات المتحدة الأمريكية في عام ١٩٩٣م، وقد قدمت هذه المنظمة مساهمات كبيرة في النهوض بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة على مستوى العالم، ومن أهم الأدوار التي تقوم بها هذه المنظمة الدولية ما يلي:

التحقيق في انتهاكات حقوق الإنسان وتوثيقها:

تُجري المنظمة تحقيقات صارمة لتوثيق انتهاكات حقوق الإنسان ضد الأشخاص ذوي الإعاقة، لا سيما في سياق المؤسسات، فمن خلال الزيارات الميدانية والمقابلات والتوثيق الشامل، تكشف المنظمة عن سوء المعاملة والإهمال وغيرها من أشكال سوء المعاملة التي يواجهها الأشخاص ذوو الإعاقة، وتعتبر هذه الأدلة بمثابة أداة قوية لرفع مستوى الوعي والدعوة إلى التغيير ومحاسبة المسؤولين عن انتهاكات حقوق الإنسان[١].

المناصرة والإجراءات القانونية:

تشارك المنظمة في الدعوة الإستراتيجية لتعزيز التغيير المنهجي وتعزيز حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، فمن خلال الاستفادة من النتائج والأدلة التي تتوصل المنظمة إليها، تدعو المنظمة الدولية لحقوق الأشخاص ذوي

(١) موقع المنظمة الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، متاح على الرابط: https://web.archive.org/web/20130718221752/http://www.disabilityrightsintl.org/about/awards-accomplishments/

الإعاقة إلى إصلاح السياسات والتغييرات التشريعية وتنفيذ المعايير الدولية لحقوق الإنسان في كثير من الدول، وخاصة الدول التي تعمل فيها المنظمة، في بعض الحالات تقوم المنظمة ببدء أو دعم الإجراءات القانونية لتحدي الممارسات التمييزية وطلب الإنصاف للأفراد الذين انتهكت حقوقهم، فمن خلال مناصرتها القانونية، تساهم المنظمة في تطوير الفقه القانوني الذي يحمي حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، ومنها حقهم في التعليم، وقد شاركت المنظمة في صياغة اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، كما ساهمت في إنشاء حركات مناصرة لذوي الإعاقة في الدول التي لم تكن موجودة فيها[1].

تعزيز الأطر القانونية:

تعمل المنظمة بنشاط على تعزيز الأطر القانونية على المستويين الوطني والدولي لحماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة بشكل أفضل، وتقدم المساعدة الفنية والخبرة للحكومات ومنظمات المجتمع المدني وأصحاب المصلحة الآخرين لتطوير وتنفيذ التشريعات والسياسات الخاصة بالإعاقة، فمن خلال تعزيز مواءمة القوانين مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان، تساعد المنظمة على خلق بيئة تمكينية للإعمال الكامل لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، بما في ذلك حقهم في التعليم والرعاية الصحية والاندماج في المجتمع، كما تدرك المنظمة أهمية بناء قدرات الأفراد والمنظمات للدفاع بشكل فعال عن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، وتقدم التدريب والمساعدة

(١) المرجع السابق.

الفنية في مجال حقوق الإنسان وحقوق الإعاقة والاستراتيجيات القانونية لتمكين المدافعين والمنظمات العاملة في هذا المجال، وقد نجحت المنظمة في تضمين الحماية للأطفال والبالغين من ذوي الإعاقة الذين تم حبسهم أو ساءت معاملتهم مدى الحياة وذلك بموجب اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب[1].

التعاون والتواصل:

تتعاون المنظمة بشكل نشط مع المنظمات المحلية والمدافعين عن حقوق ذوي الإعاقة وأصحاب المصلحة الآخرين بهدف تضخيم تأثيرها، تعمل المنظمة من خلال الشراكة مع المنظمات الشعبية والشبكات الدولية على تعزيز جهود الدعوة الجماعية التي تهدف إلى حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة وتعزيز تبادل المعرفة، وكذلك تقاسم أفضل الممارسات لخلق جبهة موحدة لمعالجة الحواجز النظامية وتعزيز المجتمعات الشاملة والتي من شأنها تحسين حياة الأشخاص ذوي الإعاقة[2].

الفرع الثالث: المنظمة الدولية للمعوقين (DPI):

المنظمة الدولية للأشخاص ذوي الإعاقة هي منظمة دولية غير حكومية مقرها في أوتاوا، أونتاريو، كندا، ولها مكاتب إقليمية في آسيا والمحيط الهادئ، والشرق الأوسط، وأوروبا، وأفريقيا، أمريكا اللاتينية، وأمريكا الشمالية ومنطقة البحر الكاريبي، وتضم هذه المنظمة شبكة من المنظمات

(١) المرجع السابق.
(٢) المرجع السابق.

أو التجمعات الوطنية للأشخاص ذوي الإعاقة، وقد تأسست في الفترة ١٩٨٠-١٩٨١م لتعزيز حقوق الإنسان للأشخاص ذوي الإعاقة، وذلك من خلال المشاركة المجتمعية الكاملة، وتكافؤ الفرص، والتنمية للأشخاص من ذوي الإعاقة مع بقية الناس، كما تساعد هذه المنظمة عددًا كبيرًا من المنظمات في أكثر من ١٥٢ دولة في القضايا اليومية المتعلقة بمساعدة الأشخاص ذوي الإعاقة، وتستضيف أيضًا المجالس والندوات في جميع أنحاء العالم بفروعها الوطنية المختلفة[١].

وتهدف المنظمة إلى: تعزيز حقوق الإنسان للأشخاص ذوي الإعاقة، وتعزيز التكامل الاقتصادي والاجتماعي للأشخاص ذوي الإعاقة، وتطوير ودعم جمعيات الأشخاص ذوي الإعاقة[٢]، كما تتمتع المنظمة بمركز استشاري خاص لدى المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، كما تتعاون المنظمة مع العديد من المنظمات الدولية وحكومات العالم. وعلى سبيل المثال: فالمنظمة معتمدة للمشاركة في مؤتمرات الدول الأطراف في اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة[٣].

(1) Hurst, Rachel, Disabled People's Organisations and Development: Strategies for change, Centre for Disability Studies, University of Leeds, (1999).

(٢) موقع المنظمة الدولية للمعوقين، متاح على الرابط:

https://disabledpeoplesinternational.org/about-us /

(٣) المرجع السابق.

تعمل المنظمة أيضًا كمدافع قوي عن التعليم الشامل على المستويين الوطني والدولي، فهي تسعى بلا كلل لرفع مستوى الوعي حول حقوق الأفراد ذوي الإعاقة في الوصول إلى التعليم الجيد على قدم المساواة مع الآخرين، تعمل المنظمة بنشاط مع الحكومات وصانعي السياسات وأصحاب المصلحة في مجال التعليم لتعزيز سياسات وممارسات التعليم الشامل التي تزيل الحواجز وتضمن المشاركة الكاملة للأفراد ذوي الإعاقة في البيئات التعليمية السائدة، وتدرك المنظمة أهمية تمكين الأفراد ذوي الإعاقة من خلال التعليم حيث تدعم المنظمة بنشاط مبادرات بناء القدرات التي تعزز المهارات والمعرفة والثقة لدى الأفراد ذوي الإعاقة للمشاركة بفعالية في التعليم، كما توفر المنظمة برامج تدريبية وورش عمل وفرص توجيه تزود الأفراد بالأدوات التي يحتاجونها للدفاع عن حقوقهم وإمكانية الوصول إلى الفرص التعليمية، والنجاح في مساعيهم الأكاديمية[1].

تراقب المنظمة أيضًا بشكل نشط تنفيذ سياسات حفظ حقوق ذوي الإعاقة في حال انتهاكها، وتحمل الحكومات وأصحاب المصلحة المسؤولية عن التزاماتهم، ومن خلال البحث وجمع البيانات وإعداد التقارير، تقوم المنظمة بتقييم التقدم في تحقيق الأهداف المرجوة في حفظ حقوق هؤلاء الفئة من الناس ومن ذلك الوصول إلى مستوى تعليم جيد ومدمج، كما تسلط المنظمة أيضًا الضوء على الثغرات والتحديات، وتدعو إلى إجراء التغييرات والتحسينات اللازمة لضمان دعم وحماية حقوق الأفراد ذوي الإعاقة.

(١) المرجع السابق.

ومن أمثلة قضايا الدفاع عن حقوق ذوي الإعاقة التي تبنتها المنظمة: ما قدمته في شكواها ضد الولايات المتحدة لدى لجنة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان بسبب تدخل عسكري قصير في غرينادا حيث قصفت الولايات المتحدة مصحة عقلية، مما أدى إلى مقتل ستة عشر شخصًا وإصابة ستة أشخاص[1].

الفرع الرابع: المجلس الدولي لتعليم الأشخاص ذوي الإعاقة البصرية (ICEVI):

يُعد المجلس الدولي لتعليم الأشخاص ذوي الإعاقة البصرية هو الرابطة العالمية الرئيسية للأفراد والمنظمات المعنية بالمساواة في الوصول إلى التعليم المناسب للأطفال والشباب ذوي الإعاقة البصرية، وقد تأسس المجلس عام ١٩٥٢م، ويضم أكثر من ٢٠٠٠ عضو في أكثر من ١٠٠ دولة، وتتمثل مهمة المجلس في تعزيز الوصول إلى التعليم الشامل والمنصف والجيد لجميع الأشخاص ذوي الإعاقة البصرية، وتعمل المنظمة على تحقيق هذه الرسالة من خلال مجموعة متنوعة من البرامج والأنشطة.

أيضًا، يدعم ويناصر المجلس ذوي الإعاقة البصرية في التعليم على جميع المستويات، من التعليم في مرحلة الطفولة المبكرة إلى التعليم العالي، كما يعمل المجلس مع الحكومات والمنظمات الدولية وأصحاب المصلحة الآخرين

(1) Weissbrodt, David; Andrus, Beth, Right to Life during Armed Conflict: Disabled Peoples' International v. United States, The Harvard International Law Journal, 29, Nov. 1988, 29: 59.

انظر أيضًا المرجع السابق.

لضمان حصول الأشخاص ذوي الإعاقة البصرية على تعليم شامل وجيد، ويوفر المجلس الدولي التدريب والدعم للمعلمين والإداريين وغيرهم من المهنيين الذين يعملون مع الأشخاص ذوي الإعاقة البصرية، حيث يقوم بتطوير وتوزيع الموارد التعليمية للأشخاص ذوي الإعاقة البصرية، كما يدعم الأبحاث المتعلقة بتعليم الأشخاص ذوي الإعاقة البصرية، ويتم استخدام نتائج أبحاث المنظمة لإثراء جهودها في مجال الدعوة وبناء القدرات، وأيضًا يعد المجلس الدولي عضوًا في الاتحاد العالمي للمكفوفين، وهو الاتحاد العالمي للمنظمات التي تمثل مصالح المكفوفين وضعاف البصر[1]، كما قدم المجلس وما زال يقدم بعض البرامج والمبادرات، مثل:

- الحملة العالمية للتعليم لجميع الأطفال ذوي الإعاقة البصرية: كانت تهدف هذه الحملة أنه بحلول عام ٢٠٢٠م، سوف يلتحق جميع الأطفال ذوي الإعاقة البصرية بالتعليم الابتدائي ويكملونه، وسيكون تحصيلهم التعليمي والاجتماعي على قدم المساواة مع الأطفال غير المعوقين[2].

- مركز موارد التعليم الشامل: يوفر هذا المصدر على شبكة الإنترنت معلومات وموارد حول التعليم الشامل للأشخاص ذوي الإعاقة البصرية، ويهدف إلى أنه بحلول عام ٢٠٣٠م سيتم ضمان حصول جميع الفتيات والفتيان على تعليم ابتدائي وثانوي مجاني ومنصف وجيد، مما يؤدي إلى

(١) موقع المجلس الدولي لتعليم الأشخاص ذوي الإعاقة البصرية (ICEVI)، متاح على الرابط: https://icevi.org/

(٢) المرجع السابق.

تحقيق نتائج تعليمية فعالة وذات صلة بالهدف التعليمي، وعلى وجه التحديد، تحقيق الهدف الرابع من أهداف التنمية المستدامة التي تبنتها الأمم المتحدة[١].

- برنامج تدريب المعلمين: يوفر هذا البرنامج التدريب للمعلمين حول كيفية تدريس الطلاب ذوي الإعاقة البصرية، ويهدف البرنامج إلى أنه بحلول عام ٢٠٣٠م سيتم تحقيق زيادة كبيرة في المعروض من المعلمين المؤهلين وذلك من خلال التعاون الدولي لتدريب المعلمين في الدول النامية، وخاصة أقل الدول نمواً والدول الجزرية الصغيرة النامية.

- برنامج الزمالة البحثية: يدعم هذا البرنامج الأبحاث المتعلقة بتعليم الأشخاص ذوي الإعاقة البصرية[٢].

فيعتبر المجلس الدولي موردًا قيمًا للأشخاص ذوي الإعاقة البصرية وأسرهم والمهنيين الذين يعملون معهم بغرض ضمان حصول الأشخاص ذوي الإعاقة البصرية على التعليم الذي يحتاجونه لتحقيق إمكاناتهم الكاملة، ويشكل هذا المجلس الدولي نافذة قانونية جيدة للأشخاص من ذوي الإعاقة البصرية، وذلك بتوفير السبل الممكنة لممارسة حقوقهم المكفولة لهم في القوانين الدولية والوطنية أو الدفاع عنها -إن استلزم الأمر- أمام الأجهزة القضائية الدولية والوطنية[٣].

(١) المرجع السابق.
(٢) المرجع السابق.
(٣) المرجع السابق.

الخاتمة

وبعد استعراض ووصف القواعد القانونية الدولية التي تحمي حق ذوي الإعاقة في التعليم وكذلك السبل القانونية التي يمكن لذوي الإعاقة أن يتخذوها للمطالبة بحقوقهم، فإنه يجدر الآن استعراض أبرز النتائج التي توصلت إليها هذه الورقة مصحوبة ببعض التوصيات.

النتائج:

- تبني معظم النظم والتشريعات الدولية والوطنية على وصف مفهوم الإعاقة، وذلك وفق ما جاء في اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة (٢٠٠٦م).

- وجود تحدِّيات وعوائق تواجه الأشخاص ذوي الإعاقة مما استلزم العديد من الجهود الدولية والوطنية لحماية حقوقهم، ومن ضمنها حقهم في التعليم.

- شمول الشريعة الإسلامية وحمايتها لذوي الإعاقة وذلك بتطرُّقها في مواطن كثيرة لبيان تساوي حقوقهم مع أقرانهم الأسوياء، وتسلية خواطرهم، ورفع منزلتهم، والتأكيد على أن وجود الإعاقة لا يعني نقصًا في الأجر والثواب لأن الإعاقة ليست هي معيار التفاضل عند الله.

- تناول عدد من الصكوك الدولية لحقوق الإنسان لحق التعليم بشكل عام ابتداءً من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ومرورًا بالعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ثم اتفاقية اليونيسكو

لمكافحة التمييز في مجال التعليم وكذلك اتفاقية حقوق الطفل، ليكتمل الحديث بعد ذلك عن اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.

- وجود بعض الاتفاقيات الدولية الإقليمية التي عزَّزت حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، ومنها حقهم في التعليم، وذلك مثل: الميثاق الأفريقي بشأن حقوق ورفاهية الطفل، والميثاق الاجتماعي الأوروبي (المعدل)، وبروتوكول سان سلفادور، وأيضًا الميثاق العربي لحقوق الإنسان.

- وجود هيئات لمراقبة معاهدات حماية حقوق الإنسان وهي بطبيعتها آليات فعالة لمتابعة تقدم الدول في تحقيق مستهدفات اتفاقيات حقوق الإنسان، ومن أمثلتها: لجنة حقوق الإنسان، واللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، ولجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.

- ومن ضمن الآليات القانونية التي يمكن للمتضررين في حق التعليم من ذوي الإعاقة أو مناصريهم أن يتخذوها: اللجوء إلى المحاكم الإقليمية لحقوق الإنسان، ومنها: المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ومحكمة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان، وكذلك المحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب.

- أيضًا، تستطيع منظمات الضغط الدولية أن تعزز وتدافع وتحمي حق الأشخاص ذوي الإعاقة في التعليم، ولعل من أهم هذه المنظمات التي ذُكرت في ثنايا هذه الورقة ما يلي: التحالف الدولي للإعاقة، والمنظمة الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، والمنظمة الدولية للمعوقين، وأخيرًا المجلس الدولي لتعليم الأشخاص ذوي الإعاقة البصرية.

التوصيات:

- ينبغي للدول مراجعة وتعزيز قوانينها وسياساتها المحلية لضمان توافقها مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان، ولا سيما اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، ويشمل ذلك اعتماد تشريعات شاملة تضمن صراحة الحق في التعليم الدامج للأشخاص ذوي الإعاقة وتحظر التمييز في قطاع التعليم.

- يرى الباحث أنه يجب على الدول تطوير وتنفيذ سياسات التعليم الشامل التي تعزز المشاركة الكاملة ودمج الطلاب ذوي الإعاقة في البيئات التعليمية السائدة.

- يعتقد الباحث أنه ينبغي على الدول الاستثمار في تحسين إمكانية الوصول إلى البنية التحتية التعليمية، بما في ذلك المدارس والفصول الدراسية والمكتبات وغيرها من المرافق، ويتضمن ذلك إزالة الحواجز المادية، مثل المباني والممرات ودورات المياه التي يتعذر الوصول إليها، وتوفير الأجهزة والتقنيات والمواد المساعدة التي تسهل مشاركة الطلاب ذوي الإعاقة.

- كما ينبغي أيضًا على الدول تعزيز التعاون بين أصحاب المصلحة المعنيين -بما في ذلك الوكالات الحكومية والمؤسسات التعليمية ومنظمات حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والمجتمعات المحلية- لضمان تعاون منسق وشامل في تنفيذ التعليم الشامل.

- كما يرى الباحث أنه ينبغي للدول أن تشارك في حملات توعية لتعزيز الموقف الإيجابي والشامل تجاه الأشخاص ذوي الإعاقة في المجتمع، ويمكن تحقيق ذلك من خلال الحملات العامة والمبادرات التعليمية والمنصات الإعلامية لتحدي الصور النمطية السلبية ومكافحة التمييز وتعزيز ثقافة المساواة.

- يجدر أيضًا بالدول إنشاء آليات رصد قوية لتقييم تنفيذ وتأثير سياسات وممارسات التعليم الشامل، مثل إجراء جمع البيانات والبحث والتقييم بشكل منتظم لتحديد الفجوات وقياس التقدم وإبلاغ عملية صنع القرار القائمة على الأدلة في النهوض بالحق في التعليم للأشخاص ذوي الإعاقة.

- كما يجدر بالدول المشاركة بنشاط في المنتديات الدولية والتعاون مع الدول الأخرى لتبادل المعرفة والخبرات وأفضل الممارسات في تعزيز التعليم الشامل.

فمن خلال تنفيذ هذه التوصيات، يمكن بإذن الله للدول تعزيز وحماية حق الأشخاص ذوي الإعاقة في التعليم بشكل فعال بما يتماشى مع القانون الدولي لحقوق الإنسان، وستساهم هذه التدابير في بناء مجتمعات شاملة تقدر التنوع، وتضمن تكافؤ الفرص، وتمكن الأفراد ذوي الإعاقة من المشاركة الكاملة والنجاح في البيئات التعليمية.

مراجع البحث

المراجع العربية:

١. **ابن منظور**، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط ٣، ١٤١٤هـ، ج ١٠.

٢. **الاتحاد الإفريقي**، المحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، متاح في الرابط: https://www.african-court.org/wpafc/?lang=ar

٣. **الأزدي**، علي بن الحسن الهنائي، المنجد في اللغة والأعلام.

٤. **الأمم المتحدة**، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٣٤٤٧ (د-٣٠)، المؤرخ في ٩ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٧٥م.

٥. **الأمم المتحدة**، هيئات المعاهدات، اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، متاح على الرابط: https://www.ohchr.org/ar/treaty-bodies/cescr

٦. **الأمم المتحدة**، هيئات المعاهدات، اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة (سيداو)، متاح على الرابط: https://www.ohchr.org/ar/treaty-bodies/cedaw/introduction

٧. **الأمم المتحدة**، هيئات المعاهدات، اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، متاح على الرابط: https://www.ohchr.org/ar/treaty-bodies/ccpr

٨. **الأمم المتحدة**، هيئات المعاهدات، لجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة (CRPD)، متاح على الرابط: https://www.ohchr.org/ar/treaty-bodies/crpd

٩. **الأمم المتحدة**، هيئات المعاهدات، لجنة حقوق الطفل، متاح على الرابط: https://www.ohchr.org/ar/treaty-bodies/crc

١٠. **الأمم المتحدة**، هيئات المعاهدات، لجنة مناهضة التعذيب، متاح على الرابط: https://www.ohchr.org/ar/treaty-bodies/cat

١١. **أنور شاهين ضد تركيا**، الحكم الصادر في ٤ نوفمبر/ تشرين الثاني ٢٠١٩م، الطلب رقم. ٢٣٠٦٥/ ١٢، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ٢٠١٩م.

١٢. **البروتوكول الملحق بالميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب**، بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في أفريقيا، ٢٠٠٧م.

١٣. **البغوي**، الحسين بن مسعود، معالم التنزيل في تفسير القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٢٠هـ.

١٤. **جامعة الدول العربية**، الميثاق العربي لحقوق الإنسان، ٢٣ مايو/ أيار ٢٠٠٣م.

١٥. **الجمعية العامة للأمم المتحدة**، اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، ٢٤ يناير ٢٠٠٧م، أ/ سلسلة المعاهدات/ ٦١/ ١٠٦.

١٦. **الجمعية العامة للأمم المتحدة**، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ١٠ ديسمبر/ كانون الأول ١٩٤٨م، ٢١٧ أ.

١٧. **الجمعية العامة للأمم المتحدة**، العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ١٦ ديسمبر/كانون الأول ١٩٦٦م، سلسلة المعاهدات، المجلد. ٩٩٣.

١٨. **الجمعية العامة للأمم المتحدة**، نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (آخر تعديل في ٢٠١٠م)، ١٧ يوليو ١٩٩٨م.

١٩. **حبيب**، سعد، المعوق والمجتمع في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢م.

٢٠. **د. عمر**، أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، الرياض، عالم الكتب، ١٤٢٩هـ.

٢١. **د. نور**، محمد عبد المنعم، الخدمة الاجتماعية الطبية والتأهيل.

٢٢. **الزبيدي**، تاج العروس.
٢٣. **سنن الترمذي**، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٦م.
٢٤. **سولنيي**، فرانسواز بوشيه، القاموس العملي للقانون الإنساني، دار العلم للملايين، بيروت، ٢٠٠٦م، متاح على الرابط: https://ar.guide-humanitarian-law.org/content/article/5/lmhkm-lwrwbyw-lhqwq-lnsn/
٢٥. **الشيباني**، عمر التوم، الرعاية الثقافية للمعاقين، الدار العربية للكتاب، طرابلس، ليبيا، ١٩٨٩هـ.
٢٦. **صحيح البخاري**.
٢٧. **صحيح مسلم**.
٢٨. **الفيروز آبادي**، القاموس المحيط.
٢٩. **قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني**، رقم ٢٠، لسنة ٢٠١٧م.
٣٠. **قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري**، رقم ١٠، لسنة ٢٠١٨م.
٣١. **القرطبي**، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٣٨٤هـ.
٣٢. **المجلس الدولي لتعليم الأشخاص ذوي الإعاقة البصرية** (ICEVI)، متاح على الرابط: https://icevi.org/
٣٣. **مجلس أوروبا**، مكتب المعاهدات، مخطط التوقيعات والتصديقات على المعاهدة ١٦٣، متاح على الرابط: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=163
٣٤. **محكمة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان**، ماهي محكمة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان؟ متاح على الرابط: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm?lang=en#collapse1-3

٣٥. **منظمة الدول الأمريكية**، البروتوكول الإضافي للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية «بروتوكول سان سلفادور»، ١٦ نوفمبر ١٩٩٩م.

٣٦. **المنظمة الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة**، متاح على الرابط: https://web.archive.org/web/20130718221752/http://www.disabilityrightsintl.org/about/awards-accomplishments/

٣٧. **المنظمة الدولية للمعوقين**، متاح على الرابط: https://disabledpeoplesinternational.org/about-us/

٣٨. **منظمة الوحدة الأفريقية**، الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاهية الطفل، ١١ يوليو ١٩٩٠م.

٣٩. **منظمة اليونيسكو**، الإعاقة والتعليم – أفريقيا جنوب الصحراء الكبرى صحيفة حقائق تستند إلى نتائج تقرير جيم لعام ٢٠٢٠ حول الإدماج والتعليم، الكل يعني الكل، متاح على الرابط: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000375017/PDF/375017eng.pdf.multi

٤٠. **موقع التحالف الدولي للإعاقة**، سويسرا، متاح على الرابط: https://www.internationaldisabilityalliance.org/whatwedo

٤١. **نظام حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٢٧)، وتاريخ ١١/ ٠٢/ ١٤٤٥هـ.

٤٢. **نظام رعاية المعوقين**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٧)، وتاريخ ٢٣ / ٩ / ١٤٢١هـ.

٤٣. **الواحدي**، أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي، أسباب نزول القرآن، دار الإصلاح، الدمام، ١٤١٢هـ، ط ٢.

المراجع الأجنبية:

44. **American Society of International Law and the International Judicial Academy**, Oct/Nov 2007, Volume 2, Issue 3, available at: http://www.judicialmonitor.org/archive_1007/spotlight.html
45. **American Society of International Law and the International Judicial Academy**, Oct/Nov 2007, Volume 2, Issue 3, available at: http://www.judicialmonitor.org/archive_1007/spotlight.html
46. **Hurst**, Rachel, Disabled People's Organisations and Development: Strategies for change, Centre for Disability Studies, University of Leeds, (1999).
47. **Keles**, Serap & ten Braak, Dieuwer & Munthe, Elaine, Inclusion of students with special education needs in Nordic countries: a systematic scoping review, Scandinavian Journal of Educational Research, (2022).
48. Ľ**alík**, Tomáš, "Understanding the Binding Effect of the Case-Law of the ECtHR in Domestic Legal Order". International Conference: Effectiveness of the European System of Protection of Human Rights, 2011.
49. **Rodríguez**, Juan Bautista Cartes, & Álvarez, Laura Íñigo.. The case law of the African Court on Human and Peoples' Rights in Libya following the Arab uprisings: Lessons learned for the consolidation and legitimation of the Court, African Human Rights Law Journal, (2020).
50. **Stone**, Kate, African Court of Human and People's Rights (Advocates for International Development, February 2012), Legal Guide 2012.
51. **Weissbrodt**, David; Andrus, Beth, Right to Life during Armed Conflict: Disabled Peoples' International v. United States, The Harvard International Law Journal, 29, Nov. 1988, 29: 59.