



السوابق القضائية في عقود المعاوضات التجارية في محاكم المملكة العربية السعودية

دراسة تأصيلية تطبيقية

تأليف

د. عبد الله بن عبد الرحمن الشهري
القاضي بوزارة العدل

السُّوَاعِقُ الْقَضَائِيَّةُ

في

عُقُودِ الْمَعَاوَضَاتِ الْتِجَارِيَّةِ

في محاكم النقطة التمهيدية الشفوية

دراسة تأصيلية تطبيقية

© الجمعية الفقهية السعودية ١٤٤٣ هـ

طبعة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر.

الشهري، عبدالله بن عبدالرحمن

السوايق القضائية في عقود المعاملات التجارية في محاكم المملكة
المرتبة السعودية دراسة تأصيلية تطبيقية. /

عبدالله بن عبدالرحمن الشهري - الرياض. ١٤٤٣ هـ

٦٣٦ ص. ٢٤١٧ سم

رقمك: ١-٤-٥-٩١٥٦١-٣-٠٣-٦٠٣-٩٧٨

١- العقود (فقه إسلامي) أ. العنوان

ديري، ١، ٢٥٣ ١٦٦٣/١٣٦٨٩

رقم الإيداع: ١٦٦٣/١٣٦٨٩

رقمك: ١-٤-٥-٩١٥٦١-٣-٠٣-٦٠٣-٩٧٨

الطبعة الأولى

جميع الحقوق محفوظة

١٤٤٤ هـ - ٢٠٢٢ م

الجمعية الفقهية السعودية

للشريعة العربية السعودية

info@alfiqhia.org.sa

هاتف: ٠١١ ٢ ٥٨٢ ٢٩٣

بنك الجزيرة

BANK ALIAZIRA



waltahbeer@gmail.com

هاتف: ٠٥٥ ٩٩ ٩٢ ٥٥ ٩٦٦

السُّوَاقُ الْقِضَائِيَّةُ

في

عُقُودِ الْمَعَاوَضَاتِ الْتِجَارِيَّةِ

في محاكم المملكة العربية السعودية

دراسة تأصيلية تطبيقية

تأليف

د. عبد الله بن عبد الرحمن الشهري

القاضي بوزارة العدل

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله
وصحبه أجمعين وبعد:

فيسرنا في الجمعية الفقهية السعودية - بالتعاون مع بنك الجزيرة -
التقديم لهذا الإصدار لنشره ضمن مشروع (الرسائل العلمية في
المعاملات المالية المصرفية) الذي تتعاون في تنفيذه الجمعية الفقهية
وبنك الجزيرة

والجمعية الفقهية السعودية حريصة على التميز في جميع مجالاتها،
ومن ذلك مجال إصدار الكتب والرسائل والبحوث؛ وتحرص الجمعية
على اختيار الرسائل العلمية المتميزة؛ إذ أن الرسالة العلمية التي تنشر في
الجمعية تخضع للاطلاع والفحص من قبل لجنة متخصصة قبل اعتمادها
للمطبعة والنشر.

وأرجو أن يكون هذا الإصدار باكورة لإصدارات قادمة في إطار
الشراكة بين الجمعية الفقهية وبنك الجزيرة فيما يكون فيه النفع والفائدة
لطلاب العلم ولقطاع المصرفية الإسلامية وعموم المجتمع. وأسأل الله
تعالى أن يبارك في الجهود ويسد الخلقى .،

وعلى الله تعالى نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .،،،

رئيس مجلس إدارة مجلس الجمعية الفقهية السعودية

أ. محمد بن تركي الخطلان

في إطار الشراكة العلمية
مع
الجمعية الفقهية السعودية لنشر المعرفة
في مجال المأثية الإسلامية،
يهديكم بنك الجزيرة هذا الإصدار هاماً ومساهمياً في نشره.
الرئيس التنفيذي والمضو المنطد لبنك الجزيرة
ذيف بن مبالاكريم المبالاكريم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

والصلاة والسلام على النبي الأمين وبعد ..

يسعدنا في المجموعة للشرعية أن نقدم بين أيديكم هذا الإصدار الذي يأتي ضمن تعاون بنك الجزيرة مع الجمعية الفقهية السعودية بهدف تعزيز أواصر التواصل مع المؤسسات العلمية، لتطوير المنتجات المتوافقة مع الشريعة، وتقديم الدعم العلمي والمعرفي قطاع المائدة الإسلامية.

د. فهد بن طلي المحيان

رئيس المجموعة الشرعية ومجموعة الاستدامة والمسؤولية الاجتماعية

أصل هذا الكتاب

رسالة علمية تقدم بها الباحث لنيل درجة العالمية العالية
"الدكتوراه" بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية - قسم الفقه - في جامعة
أم القرى.

ونوقش البحث بتاريخ ١٤/٩/١٤٤١هـ وتألقت لجنة المناقشة من:

(١) أ.د محمد بن عبدالله بن عابد العبراط _____ مشرفاً مقرواً

(٢) أ.د حسين بن خلف الجبوري _____ مناقشاً.

(٣) معالي الدكتور ناصر بن إبراهيم المحييد _____ مناقشاً.

وقد أجازتها اللجنة بتقدير ممتاز والله الحمد والمنة.



أهداء

أهدي هذا العمل المتواضع لكل من سهر وأفنى عمره وحياته
لخدمة الإسلام وقضاائه، ودراسة علومه، وتدريبها في مشارق الأرض
ومقاريها، من علمائنا وقضاتنا الكرام الطاهرين، وطلبة العلم.

وأسأل الله تعالى أن يكون في المستوى المطلوب بعد العناية،
والبحث والترتيب، والتنسيق، ومعالجة الموضوعات حتى وقت كتابة هذا
البحث، والذي أرجو من الله أن ينال استحسانكم وأن يقبض قيمة
علمية للمكتبات بإذن الله تعالى.

الباحث



المقدمة

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، أدى الأمانة، وبلغ الرسالة، ونصح الأمة، وتركنا على المحجة البيضاء، ليلها كنهارها، لا يزيغ عنها إلا هالك، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً، أما بعد:

فإن الله ﷻ عطف بحب العدل، وأوجب على عباده العدل، وجعل الظلم بينهم محرماً وعلى ذلك قامت السماوات والأرض، ثم جعل الإنسان عند أصل خلقته خليفته في الأرض ليقوم بالأمانة التي حملة الله إليها من بين سائر خلقه، ومن هذه الأمانة الملقاة عليه إقامة العدل، ومحاربة الظلم، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَيْهِنَّ وَأَلَّا تَكُونُوا مِنَ الظَّالِمِينَ أَنْ تُكْفِرُوا بِالَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ بِشَيْءٍ إِنَّ اللَّهَ كَانَ نَبِيًّا بَصِيْرًا﴾ [النساء: ١٥٨].

قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ [النحل: ١٧٠].

ومن المعلوم بالضرورة أن الإسلام أقام العدل بين الناس في البلاد، وحمى حقوق الله، وحقوق عباده، وجعل من طرائق ذلك تنصيب الأئمة والقضاة، وكان خير عباد الله وأحبهم إليه، وخاتم رسله، نبينا محمد ﷺ أول من تولى القضاء، ونصب نفسه له، ثم عين من ينوب عنه في الأطراف عندما اتسعت رقعة الإسلام وامتدت أرجاءه.

وتتابعت دولة الإسلام بعده صلوات الله عليه وسلامه، وما من خلافة أو دولة إلا أحاطت هذه الشعيرة بكامل عنايتها، ووافر رعايتها، حتى نشأ للقضاء فقه خاص، بل نشأ لأجله ما يسمى بأداب القضاء، والتي بيئت دقائق المسائل، وكيفية تحقيق العدالة فيها، كما اهتمت بالقاضي اهتماماً بالغاً، وما زال كل ذلك مسطراً في كتب التأريخ، بما يعلو به القضاء الإسلامي على غيره ويفتخر.

وإن المملكة العربية السعودية منذ تأسيسها، وحتى اليوم في عهد خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبدالعزيز -حفظه الله-، لتعد المحسنين الحريصين للشرعية الإسلامية، وامتداداً لما سار عليه السلف، في إقامة هذه الشعيرة، والاهتمام البالغ بالقضاء والقضاة، والمحرم على أن يكون شرع الله هو النافذ على الصغير والكبير، وفي كل جوانب الحياة.

ولما كانت دراستي الأكاديمية، بالصرح الشامخ كلية الشريعة بجامعة أم القرى في مرحلة الدكتوراه تتطلب تقديم رسالة علمية، فإني قد حرصت على اختيار موضوع له علاقة بالقضاء، تحقيقاً لرغبتني، وإحفاقاً لعملي في السلك القضائي، وقد وقع الاختيار على موضوع (السوابق القضائية في عقود المعاوضات التجارية في المملكة العربية السعودية - دراسة تأصيلية تطبيقية).

وسببه؛ فالمسته من الحاجة للخوض في هذا الموضوع، وفائدته بالنسبة لتقرير المبادئ القضائية، والمساهمة في استقرار الأحكام، إلى ما هنالك من الفوائد التي سأعرض لها في بابها، الأمر الذي حفزني إلى طرق أبواب هذا الموضوع، وأن أحاول جمع ما تفرق منه، وشرح ما استغلق، وبيان ما همض، وإلحاق فرع بأصله، وأن أجمع فيه بين الدراسة النظرية التأصيلية، وبين الدراسة التطبيقية العملية، حتى

يجتمع بذلك أصل نافع لطلابه، ومرجع في بابه، واجبا أن يكون مسهما في تطوير مجلة القضاء التجاري بالمملكة العربية السعودية، وأن ألقت فيه إلى أهمية تقرير السوابق والمبادئ القضائية، وأن يكون للدراسات البحثية، والجامعات العلمية، نصيب وافر في حوز قصب السبق لتبني مثل هذه الموضوعات، التي تخرج من منظومتها العلمية وقد اكتسبت منها الدقة والتمحيص، الذي يسهم في بيان الصحيح من المقيم.

❖ أهمية الموضوع:

تظهر أهمية الموضوع من جوانب عدة أهمها:

- ١ - أن السوابق القضائية هي نواة للمبادئ القضائية التي تنشأ من خلال تقرير المحكمة العليا لها، وفقاً لما هو مشار إليه في نظام القضاء ونظام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية.
- ٢ - أن جمع السوابق القضائية، وعرضها مع التحليل الفقهي لها، ومقارنتها بالمذاهب الفقهية، والأقوال، وآراء المجامع الفقهية؛ له أثر في تكوين مبادئ قضائية مستقرة، يسهل على المتخصصين الوصول إليها.
- ٣ - تظهر أهمية الموضوع من خلال حاجة القضاء إلى معرفة السوابق القضائية لتكون قريبة منهم، ويمكن الرجوع إليها، والاستئناس بها، والقياس عليها، وخاصة في ظل التطور المحرقي السريع، وتعدد ما يعرض من وقائع، وأقضية، ونوازل.
- ٤ - إبراز محاسن القضاء الإسلامي، والتراث الفقهي، وأنهما يخرجان من مشكاة واحدة من خلال دراسة السوابق القضائية، وبيان أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان.

٥ - أن مسألة السوابق القضائية، والإلزام بها، ومثلها مسائل التقنين الفقهي، لا تزال محل نقاش كبير، والبحث يسهم في طرح هذه النازلة، وإبداء الرأي لاسيما في هذا الزمن الذي قل فيه المجهود المطلق كما لا يخفى.

❖ أهداف البحث

- ١ - الوقوف على المقصود بالسوابق القضائية، ومعرفة أهميتها في العمل القضائي؟.
- ٢ - إبراز أدلة اعتبار السوابق القضائية، وحكم العمل بها في الوقائع المتشابهة.
- ٣ - الوقوف على حكم الإلزام بالسابقة القضائية في الفقه الإسلامي، وفي نظام القضاء السعودي.
- ٤ - التصرف على شروط العمل بالسابقة القضائية، وتحديد ما هو المعتبر منها في ذلك.
- ٥ - إثراء العمل القضائي من خلال معرفة مراحل تكون السابقة القضائية، وكيفية نشوئها، وبيان المقصود بها، ونحو ذلك، مع إيراد تطبيقات قضائية تدعم ذلك ودراستها في الجانب التحليلي.

❖ أسباب اختيار الموضوع

- ١ - أن السوابق القضائية لها تعلق بمسائل الحياة العملية، والفصل في الخصومات.
- ٢ - أن موضوع السوابق القضائية في عقود المعاوضات يعد بحثه وجمع ما فيه، مثرياً من الناحية العملية، مما يعود بالنفع على القضاء، وأهوائهم، وكذلك المهتمين بالفقه عموماً.

٣ - من خلال ممارستي للمصطلح القضائي في الدوائر التجارية بديوان المظالم سابقاً - ظهر لي الحاجة الماسة لبحث مثل هذه المسألة والتعمق فيها؛ لما ينتج عنها من فوائد جمة حوت بالجمع والكتابة فيها.

٤ - ما رأيته مسطوراً في بيان أهمية السوابق القضائية ممن كتب فيها من أصحاب الخبرات في مقالات منشورة أو في أوراق بحثية قنمت في وددش عمل وخلاصة ذلك ما يلي:

أ - أن السوابق القضائية تعد من المسائل الفقهية المتجذرة والأقضية التي تحدث للناس تعد من أهم ورائد هذه المسائل المتجذرة، وهي تكثر كلما كثرت الوقائع التي تحصل.

ب - أن السوابق القضائية تعد من الأهمية بمكان، وذات فوائد بالغة، إذ إنها الجانب المتحرك للإحكام الفقهية فهي تمثل الوقائع التي تبحث عن الجواب، وتنفذ العلماء إلى إيجاد الحلول لها بالاجتهاد.

ج - أنها تجمع الناحية الموضوعية والناحية الإجرائية، مما ترجع معه بالفائدة الكبيرة لمن يحتاج إليها من المشتغلين بالفقه والقانون، وتعتبر مصبواً هزيراً لشرح الفقه والأنظمة، والتطبيق العملي للأحكام النظرية.

١ الدراسات السابقة^(١)

هناك عدة دراسات تناولت بعض مفردات البحث؛ وهي على النحو التالي:

البحث الأول: بحثاً تكميلياً قدم لقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء بعنوان **(السوابق القضائية دراسة نظرية تطبيقية)** للباحث: شيخين المبلي.

وتتلخص هذه الدراسة: في أنه تضمن تمهيداً، وخمسة مباحث، وفصلين، الفصل الأول عن حجية السوابق القضائية وآثارها، والفصل الثاني تطبيقات قضائية شمل على ستة تطبيقات ليس واحدا منها في عقود المعارضات، كما أن الدراسة النظرية جاءت مختصرة ولم يتوسع الباحث فيها، وقد جاء بحثه في حدود السبعين صفحة.

البحث الثاني: ما قنمه مركز التميز البحثي - التابع لجامعة الإمام محمد بن سعود - في فقه القضايا المعاصرة من حلقة نقاش علمية حول السوابق القضائية والاعتماد عليها في القضاء وفي هذه الحلقة وتحت هذا العنوان قنمت ودرجتان علميتان على النحو التالي:

١ - السوابق القضائية، أهداها معالي الشيخ الدكتور/ عبدالله بن محمد آل خنين عضو هيئة كبار العلماء والقاضي الأسبق بالمحكمة العامة بالرياض، وقد جاءت مختصرة في ثمان عشرة صفحة، وهي دراسة نظرية.

٢ - السوابق القضائية والاعتماد عليها في القضاء، للدكتور محمد بن الملني بوساق، عضو جامعة الأمير نايف العربية للعلوم الأمنية، وقد جاءت في ثلاثين صفحة، دراسة نظرية.

(١) هذا ما أطلقت عليه قبل الشروع في كتابة البحث أول سنة ١٤٣٦هـ.

❖ خطة البحث

يتكون البحث من مقدمة، وفصل تمهيدي، وثلاثة أبواب، وخاتمة.

المقدمة: وتشتمل على أهمية البحث، وأسباب اختيار الموضوع، والدراسات السابقة، ومنهجي في البحث، وخطة.

فصل تمهيدي: السوابق القضائية، دراسة تأصيلية، وقد تضمن بيان ذلك سبعة مباحث:

البحث الأول: التعريف بمصطلحات العنوان، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف السوابق القضائية، والمصطلحات ذات الصلة، وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف السوابق القضائية وفيه:

أولاً: تعريف السوابق لغة واصطلاحاً.

ثانياً: تعريف القضاء لغة واصطلاحاً.

ثالثاً: تعريف السوابق القضائية لقباً.

الفرع الثاني: المصطلحات ذات الصلة وعلاقتها بالموضوع وفيه:

أولاً: الحكم القضائي.

ثانياً: المبادئ القضائية.

ثالثاً: ما جرى عليه العمل.

المطلب الثاني: التعريف بعقود المعاوضات التجارية، وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف عقود المعاوضات التجارية، ويشمل ذلك

مايلي:

أولاً: التعريف الإفرادي:

أ - تعريف العقد.

ب - تعريف المعاوضات.

ت - تعريف التجارة.

لأثبات: التعريف اللغوي.

الفرع الثاني: التعريف بنظام المحكمة التجارية، واختصاصاته.

المبحث الثاني: أدلة اعتبار السوابق القضائية وأهميتها وفيه

مطلبان:

المطلب الأول: أدلة اعتبار السوابق القضائية.

المطلب الثاني: أهمية السوابق القضائية.

المبحث الثالث: حكم الأخذ بالسابقة القضائية والإلزام بها وفيه

مطلبان:

المطلب الأول: حكم الأخذ بالسابقة القضائية.

المطلب الثاني: حكم الإلزام بالسابقة القضائية وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم الإلزام بها في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: حكم الإلزام بها في النظام السعودي والقوانين

الوضعية وفيه:

أولاً: الأخذ بالسابقة في النظام السعودي.

ثانياً: الأخذ بالسابقة في القوانين الوضعية.

المبحث الرابع: شروط اعتبار السوابق القضائية.

المبحث الخامس: مراحل تكوين السوابق القضائية.

المبحث السادس: مصادر السوابق القضائية.

المبحث السابع: الآثار المترتبة على العمل بالسوابق القضائية.

الباب الأول

السوابق القضائية المتعلقة بمقود الاعيان، وفيه فصلان:

الفصل الأول: السوابق القضائية المتعلقة بالبيع وأحكامه وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: السوابق القضائية المتعلقة بأركان البيع وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عدم انعقاد البيع لتخلف ركني الإيجاب والقبول ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المطلب الثاني: انعقاد الإيجاب والقبول أمام القضاء وأعضاءه وتسليم الثمن والمثمن أمام الجهات التنفيذية، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المبحث الثاني: السوابق القضائية المتعلقة بشروط صحة البيع وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الرؤية للمبيع كافية في معرفته وانتفاء الجهالة، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المطلب الثاني: العلم بالثمن والمثمن ويطلق ما تضمنته الغرور والجهالة، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المطلب الثالث: تصرفات التابع تنسب إلى متبوعه، وتشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة الأولى: التابع يتبع متبوعه في التصرفات.

عرض السابقة الثانية: العامل في المحل لا يعتبر مفوضاً حكماً إلا فيما تحت يده من نفوذ أو بضاعة فقط أما الذمة فإن التفويض لا يشملها إلا بقدر يبين ذلك.

عرض السابقة الثالثة: نفوذ تصرفات المفوض تفويضاً صحيحاً مع الغير وإخلاله بما بينه وبين المفوض من التزامات لا تعني الغير الذي يتعامل بظاهر الحال.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسوابق.

المبحث الثالث: السوابق القضائية المتعلقة بالشروط في البيع وفي ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حبس المبيع على ثمنه، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المطلب الثاني: شرط البيع على التصريف، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المطلب الثالث: عدم صحة الشرط المخالف لمقتضى العقد وأثر ذلك، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المبحث الرابع: السوابق القضائية المتعلقة بخيار العيب في البيع، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ثبوت خيار العيب، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة الأولى والسابقة الثانية.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المطلب الثاني: سقوط خيار العيب لثبوت الرضا، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المبحث الخامس: السوابق القضائية المتعلقة بفسخ البيع، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الجمع بين العين والتمن، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المطلب الثاني: حكم فسخ العقد بلا مسوغ صحيح، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية.

الفصل الثاني: السوابق القضائية المتعلقة بالصرف وأحكامه وفيه مبحثان:

المبحث الأول: رد المثل بالمثل في الاختلاف الربوي، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المبحث الثاني: الالتزام في السابقة بالعملة القضائية التي تعامل بها الطرفان، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

الباب الثاني

السوابق القضائية المتعلقة بعقود المناقص، وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: السوابق القضائية المتعلقة بعقود الإيجارة وفيه تسعة مباحث:

المبحث الأول: وجوب أجرة المثل للموزع إذا لم تسم في العقد، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المبحث الثاني: الأجرة مشروطة بالانقضاء، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المبحث الثالث: الموجر لا يجبر على إصلاح ملكه إذا تعطلت

مناقضه، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المبحث الرابع: عقد الإيجارة ينتهي بهلاك العين المؤجرة ويتحمل

المكلف ضمانتها، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المبحث الخامس: سقوط خيار العيب في الإيجارة لقريئة الرضاء،

ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المبحث السادس: حكم اقتران عقد الإيجارة بالوعد بالبيع،

ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المبحث السابع: اعتبار الزمن وكن في عقد الإيجارة، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المبحث الثامن: إذا كان الالتزام في العقد ديناً فيحد الشرط الجزائي فيه من قبيل الربا، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية.

المبحث التاسع: حكم التعويض عن الأرباح الفائقة عند فسخ العقد من طرف واحد، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية.

الفصل الثاني: السوابق القضائية المتعلقة بمقود الاستصحاب وفيه لمائة مباحث:

المبحث الأول: عقد تنفيذ أعمال المقاول من المقود اللازمة، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المبحث الثاني: حكم الإلزام بالأعمال الإضافية المتلفة فضلاً من قبل المقاول، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للمسايفة.

البعض الثالث: المخالعة النهائية بعد منية المتعاقد بين الطرفين، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للحياقة.

البصمة الرابع: حكم تنفيذ شرط هرامة التأخير، ويشتمل على
فروع:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للمباينة.

المبحث الخامس: حكم الإخلال بالإلتزامات العقلية في عقود الاستصناع، ويشتمل على فروع:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للمباينة.

البهيمة العاصية: يمين الاستظهار يتكرر طلبها في عقود المقاولات، ويشتهر علم فروع:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للمصابقة.

البعض السابع: حكم فسخ العقد للظروف القاهرة، ويشتمل على
فروع:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية.

المبحث التاسع: حكم تعديل شروط العقد من طرف واحد بنحو الضرر، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية.

الفصل الثالث: السوابق القضائية المتعلقة بمقود السلم، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فسخ العقد لعدم تسليم الثمن مقدماً، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المبحث الثاني: حكم السلم في ما لا ينضبط بالصفة، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

الفصل الرابع: السوابق القضائية المتعلقة بالجمالة، وفيه مبحث واحد وهو:

استحقاق الجعل يكون بانتهاء العمل المتفق عليه، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

الباب الثالث

السوابق القضائية المتعلقة بمقود التوفيقات المرتبطة بمقود المعاوضات

التجارية وفيه فصلان:

الفصل الأول: السوابق القضائية المتعلقة بمقود الحوالة، وفيه

مبحثان:

المبحث الأول: يشترط لصحة الحوالة قبول المحال بالإحالة

ودخلاء والتزام المحال عليه، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة الأولى والثانية.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

المبحث الثاني: حكم تحول الديون من البائع إلى المشتري في

بيع المؤسسات التجارية، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

الفصل الثاني: السوابق القضائية المتعلقة بمقود الكفالة وفيه

مبحث واحد وهو:

للبياع مطالبة من شاء عند حلول الدين، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: عرض السابقة.

الفرع الثاني: الدراسة التحليلية للسابقة.

❖ منهجي في البحث:

سأتبع في بحثي هذا المنهج الاستقرائي التحليلي، فأما المنهج الاستقرائي فمأولفقه في التأصيل للدراسة النظرية وفي جمع السوابق القضائية من معادنها المعتمدة، وتحسن الإشارة إلى أنني جمعت واثبتت لإعداد هذه الخطة خمسين سابقة قضائية، عثرت على بعض منها في مجموعة الأحكام والمبادئ القضائية التي نشرت بواسطة ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية، وسأوثق تلك السوابق المأخوذة منها بالإشارة إليها في الهامش واكتفي بذلك.

وأما الجزء الآخر من السوابق فقد حصلت عليه عن طريق البحث في أرشيف الدوائر التجارية بالمحكمة الإدارية بجنّة، وأرشيف بعض محاكم الاستئناف الإدارية، وسوف أقوم بالإشارة إلى ذلك عند عرض كل سابقة قضائية مبيّناً الدائرة التي أصدرته والمحكمة التابعة لها، وبيانات الحكم التي تدل عليه، وما تبعه من تأييد له من المحكمة الأعلى درجة (محكمة الاستئناف) كل ذلك في الهامش.

وأما ما يتعلق بالمنهج التحليلي، فمأولفقه في عرض المسائل الفقهية على المذاهب الأربعة، واستنباط ما تتخرج عنه السابقة القضائية من أصول وفروع، وما تفرع عنها من فروع فقهية وذلك على النحو التالي:

- ١ - عرض السابقة القضائية بعد تصنيفها، وعنوانها تحت أبواب المعاملات الفقهية، وأتبع السابقة بدراسة تحليلية.
- ٢ - الربط بين عنوان المطلب وما جرى عرضه في السابقة.
- ٣ - بيان المسألة الفقهية التي تفرعت عنها السابقة، وفي حال وجود أقوال فقهية ومخلاف في المسألة، أقوم بتصوير المسألة، ومحل

النزاع، والأقوال الفقهية، والأدلة، من المصادر المعتمدة لكل
مذهب، وقرارات المجامع الفقهية إن وجدت.

٥ - بيان ما استندت عليه السابقة من قول أو دليل، وما اختارته من
مذهب فقهي إن وجد خلاف.

٥ - أذكر في الهامش الأحكام التي استندت إلى هذه السابقة.

٦ - أثبت كل حكم قضائي يعرض كسابقة، بمايلي:

أ - بيان وجه كونه سابقة قضائية.

ب - صياغة القاعدة المقترحة للسابقة، وتعتمد القواعد أحياناً لقيام
الموجب لذلك.

٧ - أقوم بجمع وثائق المادة العلمية المتعلقة بكل جزئيات البحث من
المصادر الأصلية المعتمدة في ذلك، بذكر اسم المصدر والجزء
والصفحة، وإذا كان هناك تشابه في اسم الكتاب فإني أضيف اسم
مؤلفه، وفي حال التقل بالمعنى يذكر ذلك مسبقاً بكلمة (انظر)،
ولم ألجأ إلى المصادر الثانوية إلا عند تلذر المصادر الأصلية، مع
الإشارة أحياناً إلى مصادر أخرى تتعلق بالمعلومة الموثقة لمن أراد
التوسع.

٨ - أقوم بعزو الآيات القرآنية إلى سورها وأرقامها كما وردت في
المصحف الشريف، بذكر اسم السورة بقول: سورة (كذا)، آية
(كذا)، وأضعها في الحاشية.

٩ - أخرج الأحاديث وأبين ما ذكره أهل الشأن في درجتها في
الهامش، بذكر اسم المصدر، مع ذكر الكتاب، والباب، ورقم
الحديث إن وجد، مع الاقتصار في التخريج على ما يراه

الشيخان، فإن لم يوجد ليهما، أو لدى أحدهما، فأخرجه من كتب السنة الأخرى، مع الاقتصار في تخريج الأحاديث على أول موضع ترد فيه، وما عداه فإني أحيل إلى موضع تخريجه من البحث.

١٠ - أخرج الآثار الواردة في البحث قدر الإمكان، من مصادرها الأصلية أو من كتب ذكرتها، وأثبتها في الحاشية مع اقتصار في تخريج الآثار على أول موضع ترد فيه، وما عداه فإني أحيل إلى موضع تخريجه من البحث.

١١ - أذكر تراجم الأعلام غير المشهورين الذين ورد ذكرهم في متن البحث عند أول ذكر لهم، واقتصر في الترجمة على ذكر اسم العلم كاملاً غالباً، وأهم ما اشتهر به من العلوم وغيرها، وبعض مؤلفاته في فقه إن وجدت، وتاريخ وفاته ما أمكن، ثم أحيل إلى مراجع تلك التراجم، ثم إذا تكرر ذكر العلم فإني أشير إلى مكان ترجمته في البحث.

١٢ - بيان معاني الكلمات الغريبة الواردة ذكرها في البحث وأعرف بالمصطلحات العلمية.

١٣ - أتبع في إثبات النصوص المنهج الآتي:

أ - أضع الآيات القرآنية بين قوسين مميزين، على هذا الشكل: ﴿.....﴾.

ب - أضع الأحاديث والآثار بين قوسين مميزين، على هذا الشكل:).

ج - أضع النصوص التي تنقل بالنص من المصادر بين علامتي تنصيص على هذا الشكل: (.....).

وختاماً فإني أحمد الله جل جلاله على ما أتمم وتفضل علي به من نعمه وآلائه الظاهرة والباطنة، ومنها ما يسر لي وأهانتني عليه من إتمام هذا البحث، وما كنت لأهتدي لولا أن هداني الله.

ثم أشكر والديّ الكريمين أطال الله عمرهما على الطاعة والخير هياً لي أسباب التعلم والعلم، وكانا ولا يزالان أعظم مشجع لي على ذلك بالدعاء، والبحث، والتوجيه فجزاهما الله عني خير ما جزى والداً عن ولده، ولا أبلغ من أن أقول ﴿رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيْتَنِي صَبِيحًا﴾ [الاسراء: ٢٤].

كما أشكر فضيلة شيعي الفاضل الأستاذ الدكتور: محمد بن عبد الله الصواط، والذي أحصلني بتواضعه الجرم، وأحاطني باهتمامه الكبير، ومنحني من وقته الكثير، وفتح لي قلبه وبيته، وأمنني بتوجيهاته القيمة، ولم يبخل علي بشيء من ذلك، وليس ذلك منه بقريب، وفق الله قنوه، وكتب له أجره.

كما أقدم بشكري وتقديري لمعالي الدكتور ناصر بن إبراهيم المحيميد، وفضيلة الأستاذ الدكتور حسين بن خلف المجهوري على قبولهما مناقشة بحثي وتقويمه، وتجهسهما عناء ذلك، وإفادتهما لي فيما قلناه من تنبيهات، وملحوظات، وتصحيحات فجزاهما الله عنا خير الجزاء وأوفاه، وزادهما علماً وتوفيقاً.

والشكر موصول لجميع مشايخي وزملائي الذين أفدت منهم في هذا البحث، في الدلالة على فائدة، أو حل مشكلة، أو تصويب خطأ ونحو ذلك، وكذلك لكل من ساهم في مساعدتي، وهياً لي الفرصة لإتمام هذا البحث، من قريب أو بعيد.

هذا وأسأل الله العظيم، أن يجمعنا ومن نحب في جنات النعيم، ونسأله أن يجعل عملنا في رضاء، وأن يحسن خاتمتنا، وأن يتقبل هذا الجهد وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم.

التصميم

السوابق القضائية، تعريفها، وحكمها، وأدلة اعتبارها،
وشروطها، ومراحل نشوئها، ومصادرها،
والآثار المترتبة عليها

والد تضمن مبحث

- ◆ المبحث الأول: التعريف بمصطلحات العنوان.
- ◆ المبحث الثاني: أدلة اعتبار السوابق القضائية وأهميتها.
- ◆ المبحث الثالث: حكم الأخذ بالسابقة القضائية، والإلزام بها.
- ◆ المبحث الرابع: شروط اعتبار السوابق القضائية.
- ◆ المبحث الخامس: مراحل تكوين السوابق القضائية.
- ◆ المبحث السادس: مصادر السوابق القضائية.
- ◆ المبحث السابع: الآثار المترتبة على العمل بالسوابق القضائية.

البحث المدون

التعريف بمصطلحات العنوان

وفيهِ مطالبان:

- **المطلب الأول :** تعريف السوابق القضائية والمصطلحات ذات الصلة.
- **المطلب الثاني:** تعريف عقود المعاوضات التجارية.



الطلب الأول

تعريف السوابق القضاية، والمصطلحات ذات الصلة

◆ الفرع الأول: تعريف السوابق القضاية

● أولاً: تعريف السوابق لغة واصطلاحاً

السوابق لغة: جمع سبق، وتأتي بمعنى التقدم والوصول إلى الشيء أولاً قبل غيره، قال صاحب الصحاح: "سَبَقَ: سَبَقَهُ، يَسْبِقُهُ، سَبَقًا: تَقَدَّمَهُ، مِنْ بَابِ غَرِبَ وَنَصَرَ...، وَيُقَالُ لَهُ سَابِقَةٌ فِي هَذَا الْأَمْرِ، إِذَا سَبَقَ النَّاسَ إِلَيْهِ"^(١).

وقال في تهذيب اللغة: "السُّبُقُ: الْفَتْحَةُ فِي الْجَوْزِيِّ، وَفِي كُلِّ أَمْرٍ تَقُولُ لَهُ فِي هَذَا الْأَمْرِ سُبُقَةٌ وَسَابِقَةٌ وَسَبَقٌ، وَالْجَمْعُ الْأَسْبَاقُ، وَالسَّوَابِقُ"^(٢).

وقال ابن فارس^(٣): "السين والباء والقاف أصل واحد صحيح يدل على التقديم، يقال سَبَقَ يَسْبِقُ سَبَقًا".

ويدل على هذا المعنى قوله: ﴿قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّكَ كَاهِنًا قَسِيئٌ﴾

(١) الصحاح، الجوهري: ج ٥/ ١٨٠، فصل [السين] مادة سبق.

(٢) تهذيب اللغة، الأزهري: مادة سبق ج ٨/ ٣١٧.

(٣) مقاييس اللغة، ابن فارس: ج ٢/ ص ١٢٩ مادة سبق. وابن فارس هو: الإمام العلامة اللغوي أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني المالكي، كان رأساً في الأدب، بصيراً بفقه مالك، وكذا بقزوين، ومنهجه في التفسير على طريقة الكوفيين، له مصنفات ورسائل منها: المعجم، ومقاييس اللغة، توفي سنة ٣٩٥هـ، ينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي، ج ١٧/ ١٠٧، وشناربات النصب ٢/ ١٣٢، اللغة في تراجم أئمة النور واللغة للفيروز آبادي: ٨٠.

لبرسند: ١٢٧، قال القرطبي^(١) **تسبق**: "تسبق فتعمل من المسابقة..." وقال السدي^(٢) وابن حبان^(٣): "تسبق: تشتد جرياً؛ لثري أينما أسبق".

وقوله تعالى: **﴿وَأَسْبَقَ الْبَابَ﴾** لبرسند: ١٢٥، قال القرطبي **تسبق**: "والاستباق طلب السبق إلى الشيء ومنه السباق"^(٤)، "ومعناه: تبادروا إلى الباب"^(٥).

وقال في النهاية: "ومنه الحديث: 'استقيموا فقد سبقتكم سبقاً بعيداً' يروى بفتح السين ويقسمها على ما لم يسم فاعله، والأول أولى"^(٦).

ويقال سَبَقَ الخيل إذا تقدم طيره من الأفراس، وبهذا يظهر المعنى

(١) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي: ج ١١ / ٢٨١. والقرطبي هو: محمد بن أحمد بن أبي الفرج الأنصاري القرطبي، أبو عبد الله، المفسر، الزاهد، الورع، كان من العلماء العارفين، انتقل إلى مية بني غصيب شمال أسبوط بمصر، وتوفي بها سنة ٦٧١ هـ، له مصنفات قيمة منها: 'جامع أحكام القرآن' وهو من أجل كتب التفسير، و'شرح الأسماء الحسنى'، انظر: قلائد الذهب: ٧ / ٥٨٤، النيراج المذهب: (٢ / ٣٠٨)، معجم المفسرين: (٢ / ٢٧٨).

(٢) هو: اسماعيل بن عبد الرحمن بن أبي غالب السدي الكبير أبو محمد الكوفي، المفسر، روى عن أنس بن مالك وابن عباس، وروى أبو هريرة والسنن بن علي **تسبق**، وروى له مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه، توفي سنة ١٢٧ هـ. انظر: تهذيب التهذيب: (٣ / ٣٠٦)، والوالي بالوفيات: (٩ / ٨٥).

(٣) هو: مقاتل بن حيان بن هلال التيمي أبو بسطام البجلي الطراز مولى بكر بن وائل، الإمام، العالم، المحدث، روى عن سعيد بن المسيب، وأبي برة بن أبي موسى، وحكوة، وسالم بن عبد الله بن عمرو، وشهر بن حوشب، وقتادة، ومسلم بن هيصم، والقشاش بن مزاحم، وحماد بن عبد العزيز، وجماعة، وكان من العلماء العاملين، فالتك وفعل، صاحب سنة قال إسحاق بن منصور من يحيى بن معين: **تسبق**. وكذا قال أبو داود: **تسبق**، وقال النسائي: ليس به بأس، وذكره ابن حبان في الثقات، مات **تسبق** بكامل قبل الخمسين ومائة هـ تقريباً.

انظر: تهذيب التهذيب: (٢٢ / ٢٧٩)، سير أعلام النبلاء: (٦ / ٣٤٠).

(٤) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي: ج ١١ / ٢٨١.

(٥) تهذيب اللغة: الأزهري: ج ٨ / ٣١٧.

(٦) النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير: مادة سبق، ج ١ / ٧٥١.

المراد بالسوابق، والعلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي الذي سيأتي بيانه لاحقاً^(١).

وأصل السبق: التقدم في السير، نحو: قوله تعالى: ﴿فَالْقَبِيلَتِ سَبَاقًا﴾ [النازعات: ٤٤]... ثم يتجهز به في غيره من التقدم، قال ﷻ: ﴿وَقَالَ الَّذِينَ صَكَقُوا بِالنِّيرِ مَامُوا لَوْ كَانَ خَيْرًا مَا سَبَقُوا إِلَيْهِ﴾ [الحجرات: ١١]، ويستعمل السبق لإحراز الفضل كالتيروز، وعلى ذلك قوله ﷻ: ﴿وَالسَّيْفُونَ السَّيْفُونَ﴾ [الزمر: ١٧]،^(٢)

والسوابق اصطلاحاً:

أصلها السبق، يسكون الباء وتقدم بيان معناها، ويتحرك الباء السبق: وهو المال الذي يوضع بين المتسابقين، أي الجائزة، أو الرهن، ويسمى الخطر، فمتى سبق أخذه، أي أخذ الشيء الذي يسبق عليه. والسباق: هو أن يسابق الرجل صاحبه بالإبل أو الخيل أو السهم، ونحوها.

وبذلك فلا فرق بين المعنى اللغوي، والمعنى الاصطلاحي^(٣).

● ثانياً: تعريف القضاء لغة واصطلاحاً:

وبما أن الكلمة المركبة التي يتكون منها عنوان البحث هي القضائية، فسأبين معنى مدلولها اللغوي والاصطلاحي والعلاقة بينهما، وذلك على النحو التالي:

(١) انظر المعجم ٣٥.

(٢) مفردات ألفاظ القرآن، الأصمعي: ص ٣٩٥.

(٣) انظر: تهذيب اللغة، للأزهري: (٣١٧/٨)، والمعنى: لابن قدامة: (٤٠٦/١٣)، والمطلع على ألفاظ المتع، للبطي: (٣٢١).

أولاً: القضيائية لغة: أصلها كلمة قضى، وثاني على عدة معانٍ، قال أبو البقاء في كتابه^(١): "قد أكثر أئمة اللغة في معناه وألت أقوالهم إلى أنه إتمام الشيء قولاً وفعلًا".

والقضاء مصنوع صحيح أصله كلمة قضاي؛ لأنها من قضيت، فأبطلت الياء همزة لتطرفها بعد ألف زائدة^(٢)، والفعل منها "قضى يقضي".

قال ابن فارس كلمة: "قضى: القاف والضاد، والحرف المكمل أصل صحيح، يدل على إحكام أمر وإتقانه، وإتقانه لجهته... والقضاء: الحكم، قال تعالى في ذكر من قال: ﴿قَاتِلْ مَا آتَى قَاتِلْهُ﴾ إِنَّمَا قَاتِلُ هَذَا لِحُيَاةِ الدُّنْيَا" (١٧٢) أي اصنع واحكم، ولذلك سمي القاضي قاضياً؛ لأنه يحكم الأحكام وينفذها، وسميت المنية قضاء؛ لأنه أمر ينفذ في ابن آدم وغيره من الخلق... وكل كلمة في الباب فإنها تجري على القياس الذي ذكرناه^(٣).

(١) انظر: الكلبيات، لأبي البقاء: (٧٠٥)، وأبو البقاء هو: أبووب بن موسى الحسيني الكوفي الحنفي، ولد في "كفا" بالقرم، وتولى القضاء بالنفس، ثم توفي بها وقيل بإستانبول سنة ١٠٩٤ هـ، من مؤلفاته: الكلبيات، وله كتب أخرى بالتركية، انظر: الأعلام للزركلي ٢/٢٨٠، وإيضاح المكنون ٤، ٣٨٠.

(٢) انظر: لسان العرب، ابن منظور: مادة قضى، ج ١٥/١٨٦.

(٣) مقاييس اللغة، ابن فارس: مادة قضى ج ٩٩/٥. والقضاء معانٍ واستعمالات لغوية أخرى قصصت هنا على بيان ما له علاقة بالبحث، ومن تلك المعاني المستعملة: القضاء بمعنى الأمر، والقضاء بمعنى الخلق، والقضاء بمعنى الفراغ، والقضاء بمعنى الإزالة، والقضاء بمعنى الهد، والقضاء بمعنى القدر، والقضاء بمعنى القطع.

وقد وجدت هذه المعاني والاستعمالات في القرآن الكريم، وأئمة النبوة، ولاستزادة ينظر المراجع التالية: لسان العرب، لابن منظور مادة قضى (١٨٦/١٥)، والقاموس المحيط، لتفويض أبيادي، فصل الثاني: (١٧٠٧)، ومفردات ألفاظ القرآن، لأصفهاني، مادة قضى ص ٦٧٤-٦٧٦، والنهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير: ج ٢/٤٦٧، والقضاء والقدر، لأكثر ص ٢٧، القضاء ونظامه، السبيعي، ٣٢-٣٤.

لأننا: القضاء اصطلاحاً:

تنوعت عبارات الفقهاء **في** وتعددت في سبيل تعريف ماهية القضاء؟ وما حده الجامع المانع من تخلف ما هو منه عنه^(١)، أو دخول غيره معه^(٢).

وإن المتتبع لكتب القضاء، وما أُلّف فيها سواء مستقلاً عن غيره، أو مع غيره من أبواب الفقه، يجد هذا التنوع والتعدد بارزاً، حتى في المذهب الواحد، وسرى ذلك التعدد إلى كل من تطرق - بعد المذاهب واستقراؤها - لموضوع من موضوعات القضاء في العصر الحديث، والسبب في ذلك اختلاف النظر إلى تعريف القضاء وموضوعه.

لذلك سأطرق هنا إلى إيراد أشهر التصانيف مرتبة على المذاهب الفقهية المختيرة، ثم أخلص إلى التعريف المختار^(٣).

- تعريف الحنفية:

وردت في كتب الفقه الحنفي عدة تعريفات للقضاء، ومنها:

أنه: (الحكم بين الناس بالحق، والحكم بما أنزل الله **ﷻ**)^(٤).

وتعقب بأمرين:

- (١) مثل أن يكون التعريف متضمناً للإلزام ليخرج بذلك ما ليس ملزماً.
- (٢) مثل أن يكون التعريف متضمناً لما يمنع دخول حكم المستكفين فيه.
- (٣) ينظر: مواهب الجليل: المصطفي، (٦٤/٨)، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، للمسبقي؛ (ص ٢٨)، نظرية القضاء، محمد نعيم ياسين، (ص ٦٠-٦٦)، نقض الأحكام القضائية للشهيري (٤٦-٤٧)، والاعتصام بالقضائي لناصر الغامدي (٣٩-٤٠)، والسلطة التقديرية للقاضي لمحمود بركات (٦٢-٦٣)، أثر الطلاق الفقه على الحكم القضائي، عبد الحميد بطي (٦٠٨-٦٠٥)، استقلال القضاء في النقد الإسلامي، محمد الحجيم ص ٢١.
- (٤) بناءً على الصانع، الكاساني: ٨٢/٩.

الأول: قيل بأنه غير مانع، لأنه لا يمنع دخول غير القضاء فيه، ولم يميزه عن غيره، فالصلح والتحكيم تكون أيهما بين الناس، وبما أنزل الله.

الثاني: قيل بأنه غير جامع، لأنه أهمل صفة الإلزام، والتي تعد من العناصر الموضحة لمطابقة القضاء، والمميزة له عن الإفتاء^(١).

- تعريف المالكية:

وردت في كتب الفقه المالكي عدة تعريفات للقضاء، ومنها:

أنه: (الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام)^(٢).

وتعقب هذا التعريف بما يلي:

١ - قوله: "الإخبار" يتبادر منه أن المراد ما يحتمل الصدق والكذب، أي ما يقابل الإنشاء، وليس هذا مراداً هنا، وإنما يراد به: إخبار القاضي بحكم شرعي على طريق الإلزام.

٢ - التعريف غير مانع، إذ يدخل فيه حكم المحكمين سواء في جزاء العبد، أو شقاق الزوجة، والتحكيم، وحكم المحتسب، والوالي، وغيرهم ممن له الولاية القضائية^(٣).

(١) ينظر: نفس الأحكام القضائية، الطهيري: ج ١/٣٨، المعايير القضائية، الشيباني: ص ٣١.

(٢) تبصرة الحكماء، ابن فرحون: ٩/١.

(٣) ينظر: مواهب الجليل، السطاب: ج ٨/٦٤، ونفس الأحكام القضائية، الطهيري: ٣٨/١، والأخصاص القضائية، الخاضعي: ص ٣٧.

قوله في التعريف: "الإخبار" فيه إشارة إلى أن القاضي مطهر من حكم الشرع لا مثبت له، لثبوته في الأصل لاستقلال القضاء للمسلمين، ٦٤، ونخرج بقوله: "على سبيل الإلزام" الإفتاء، إذ أنه إخبار عن حكم الشرع دون الإلزام به [نفس الأحكام ٣٨/١].

- تعريف الشافعية:

وردت في كتب الفقه الشافعي عدة تعريفات للقضاء، ومنها:

أنه: (فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله ^(١)).

ويعقب هذا التعريف بأمرين:

الأول: بأنه قاصر على الفصل الفعلي، والقضاء أعم من ذلك، فإن القضاء معنى يوجب له نفوذ الفصل، وإن لم يفصل الحكم في القضية.

الثاني: أنه غير مانع، إذ يدخل فيه التحكيم، والصلح، والإفتاء، لخلوه من قيد الإلزام ^(٢).

- تعريف الحنابلة:

وردت في كتب الفقه الحنبلي عدة تعريفات للقضاء، ومنها:

أنه: (تبيين الحكم الشرعي، والإلزام به، وفصل الحكومات) ^(٣).

ويعقب هذا التعريف بأمرين:

الأول: أنه غير مانع، ومن شروط التعريف أن يكون مائلاً لدخول غيره فيه، وهو لم يمنع من دخول غير القاضي، كالمصلح، والمحكم فيهما.

الثاني: أنه غير جامع أيضاً، لإقتضائه على قضايا التنازع، والخصومات مع وجود قضايا أخرى، لا تفتقر إلى خصومة، كالمحجر ونحوه ^(٤).

(١) معنى المحاج، الشريفي: ٤٩٧/٤، وشرح الغاية والترويح، لابن قاسم الخزرجي: ص ٣٥٢.

(٢) ينظر: شرح حدود بن مرقه، الرصاص، (٥٦٧/٢)، نفس الأحكام القضائية، الططيربي: (١).

(٣) ٤٢-٤٣، الاختصاص القضائي، الخاضعي: ص ٢٨.

(٤) شرح منتهى الإلهامات، البهوتي: (٤٦٢/٦).

(٤) ينظر: نفس الأحكام، الططيربي: (٤٥/١)، المبادئ القضائية، الشيب: ص ٣٦.

ومن خلال النظر فيما سبق تدرك بأن مدار الأمر كله، ومجمعه، يتمثل في أن القضاء يشمل أربعة معاني هي:

الأول: الولاية والمنصب اللازم لها، والثاني: موضوع القضاء القائم على أساس فصل الخصومات وما يدخل فيه من إثبات الأوقاف، والجرح والتعديل، والتزويج، وغير ذلك من الأمور التي تقطع المنازعات قبل حصولها، والثالث: طريق الحكم الذي يصنوه القاضي، وأنه مبين للحكم الشرعي فيما يعرض عليه، والرابع: طبيعة الحكم من حيث الإلزام به.

* وكل هذه المعاني الأربعة لم تكن غائبة عند من سلف من الفقهاء ويؤكد ذلك ما جمعه من فروع ومسائل تحت كتاب القضاء ضمن ما كتبوه في أبواب الفقه، وإنما نظروا إلى الجانب الأبرز والأعظم في القضاء ثم صبوا عليه عباراتهم وتعاريفهم لبيان حقيقة القضاء من خلال ذلك، باعتبار أن الجوانب الأخرى تأتي تبعاً، ومن لوازمه وشروطه، فمن نظر منهم إلى أن القضاء هو صفة حكمية يتصف بها القاضي (الولاية)، وتستلزم إضفاء حكمه، عرفه بناءً على ذلك، ومن نظر إلى أنه فصل يقوم به القاضي، عرفه بناءً على ذلك، والأخير هو الغالب في نظر فقهاء المذاهب، وهو الأقرب إلى المدلول اللغوي كما تقدم^(١)، فإن القضاء لغة هو الحكم والإلزام، والقاضي هو الحاكم والملمزم.

وإذا استقر في الأذهان ما ذكر آنفاً استبان لنا أن جميع ما ورد من تنوع وتعدد في التعاريف، ليس مرجعه التباين أو التضاد لإدراك ماهية القضاء، بل إن بعضه يكمل بعضاً.

ثالثاً: التعريف المختار:

وبعد التأمل فيما سبق من التعريفات المثبتة للقضاء^(١) عند الفقهاء فإنه يمكن القول بأن التعريف المختار عندي للقضاء اصطلاحاً هو:

(تبيين الحكم الشرعي على وجه مخصوص، والإلزام به، ممن له الولاية في الوقائع المعروضة عليه).

ومحتزمات التعريف كما يلي:

قولي (تبيين) إشارة إلى أن القضاء مبين ومظهر للحكم الشرعي لا مثبت له، لثبوته في الأصل قبل ذلك.

وقولي: (الحكم الشرعي) قيد لإخراج الأحكام غير الشرعية كالأحكام القبلية والروعية.

وقولي: (على وجه مخصوص) قيد يراد به الإجراءات الخاصة للتقاضي، إذ لا بد من الترافع لدى القاضي، واتباع الإجراءات المثبتة في ذلك من الدعوى والإجابة، والبيئات، وغيرها، مما يخص الترافع أمام القاضي دون غيره من المرافعات.

وقولي: (والإلزام به) أخرج الفتوى فلا إلزام فيها على أحد من الخصوم.

وقولي: (ممن له الولاية) المراد القاضي الذي أعطي الولاية

(١) حرف القضاء بعدم من التعاريف ثم أتطرق لها لكونها ثم تطرح عما أوردته في الأصل، ولاستزادة ينظر: مقدمة ديوان الميرزا والطبر، ابن خلدون: ص ٢١٥، نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات، نعم ياسين: ص ٢٨، القضاء ونظامه، إبراهيم السبيعي: ص ٤٠، استقلال القضاء، السحيم: ص ٢٧، لتنظيم التقاضي في الفقه الإسلامي: محمد الزحيلي: ص ٦٢، فقه الأحكام القضائية، الشافعي: ٥٠ / ١، المباحث القضائية، الشيب: ص ٢٧.

الشرعية، وعُيِّن للفصل في الخصومات، وخرج بذلك من ليس له ولاية القضاء، كالمحكّم والمحتسب، والمصلح، إذا حكموا بالوجه الشرعي.

وقولي: (على الوقائع المصروفة عليه) المراد بالوقائع هي جميع ما يطرأ على القاضي من أحوال، وأحداث تستدعي حكماً شرعياً^(١)، وشمل ذلك ما كان فيه خصومة بين الطرفين، وهذا الأهلبي الأعم، أو ما لم يكن فيه خصومة بين طرفين، ولكن يستدعي حكماً شرعياً، كالصهر على السفه، والمفلس والتعديل والترويح وتحوها.

• ثالثاً: تعريف السابقة القضائية قضائياً

عرفت السابقة القضائية باعتبارها لقباً على موضوع خاص بتعريفات متعددة عند القانونيين والفقهاء، وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف السابقة القضائية عند القانونيين^(٢):

عرفت السابقة عند القانونيين بتعاريف متنوعة في العبارة متحدة في المعنى، وأبرز هذه التعاريف ما يلي:

التعريف الأول: (أنها قضية مفصول فيها من محكمة مختصة تعتبر قاعدة أو مرجعاً قانونياً لما تلاها من القضايا المماثلة)^(٣).

ونوقش هذا التعريف بما يلي:

(١) الوقائع جمع المراد من الأحوال والأحداث، ومفرده: وقعة وقضية، مأخوذة من وقعة الحرب، والاسم من وقعة، وجمعه وقائع وواقعات، انظر: توصيف الألفية في الشريعة الإسلامية، ك. عنين: ١١/٧-١٧.

(٢) قدم الباحث التعريف عند القانونيين على غير المعتاد في الدراسات النظرية، وذلك بسبب نشأة المصطلح في القانون أولاً، قبل اتقده الإسلامي.

(٣) البحث القانوني، لفكري نسان: ٣٧٨.

١ - بأنه غير مانع من دخول غيره فيه، إذ أن المبدأ القضائي والذي هو قرار صادر من المحكمة العليا يعد مثلاً لغيره وملزماً للعمل به لاحقاً^(١).

٢ - إنه غير جامع لأفراد المعروف، فلم يشمل التعريف تمييز غير السابقة عن غيرها من الأحكام المفصول فيها، وما الصفات التي يجب توافرها في السابقة، وتعيينه بلفظ القاعدة لا يكفي في حصر أفراد المعروف، ويحتاج هذا اللفظ إلى تفسير وبيان، مما يؤدي إلى التردد في التعريف والضموم، ومن المعروف أن القاعدة لها استعمالات اصطلاحية في هذه علوم وفنون^(٢).

٣ - إن قوله: (مفصول فيها) مبهم، وغير مانع في التعريف، لكون الفصل في النزاع يشترك فيه القاضي، والمحكم، والمصلح، ونحوه^(٣).

التعريف الثاني (أنها: أثر قضية مفصول فيها من محكمة مختصة تعتبر قاعدة أو مرجعاً قانونياً لما تلاها من القضايا المماثلة من حيث الموضوع، والنقاط الجوهرية)^(٤).

ونوقش هذا التعريف بما يلي:

(١) انظر: المبادئ القضائية، للشيب: ٦٦، وقد نص نظام القضاء في المملكة العربية السعودية الصادر في عام ١٤٢٨هـ بأن درجات التقاضي ثلاث: محاكم الدرجة الأولى، محاكم الاستئناف، والمحكمة العليا، راجع فصول في أصول القانون (دراسة مقارنة) لأسامة خليل: ١٥٤.

(٢) ينظر: التواعد الفقهية، للباحثين: ٤١-٥٤، والمبادئ القضائية، للشيب: ٤٩.

(٣) انظر المطلب الأول من هذا البحث الصفحة رقم ٣٦-٤٢.

(٤) السوابق القضائية، الحيتلي: ص ١١، نقلاً عن قاموس الفروق القانوني لشارني سليمان فاروق ص ٥٤٢.

١ - نوقش بمثل ما نوقش به التعريف السابق من أنه غير جامع ولا مانع من دخول غيره معه.

٢ - أن قوله (أثر) يحتاج إلى تفسير وبيان، وهذا عيب في التعريف^(١)، والأثر يحتمل أن يكون المراد به نتيجة الحكم، والتعبير بالحكم أولى، إذ أن الأثر هو ما يترتب على الحكم بعد تنفيذه.

٣ - أن قوله (من حيث الموضوع والنقاط الجوهرية) يعد استطراداً وزيادة ليس محلها التعريف^(٢).

ثالثاً: تعريف السابقة القضائية في الفقه الإسلامي:

للسابقة القضائية عند المعاصرين تعريفات متعددة منها:

التعريف الأول: (أن المحكمة بقضائها تنشئ سابقة قضائية، بحيث إن القضايا المماثلة التي قد تقام في المستقبل غالباً ما يقضى فيها بالطريقة ذاتها، فالسوابق القضائية تعتبر كمتون القانون، يرجع إليها القاضي في فصل النزاعات الجديدة)^(٣).

ويلاحظ في التعريف أنه طويل، وعادة التعاريف الاختصار، كما أنه تكرر فيه ما ورد في التعريفات السابقة من ملحوظات، كما أنه أقرب إلى الشرح منه إلى التعريف.

التعريف الثاني: (حكم في قضية صائر من محكمة مختصة يعتبر مثالاً أو مرجعاً لقضية مماثلة تنشأ فيما بعد)^(٤).

(١) انظر: الفوائد الفقهية، الجاهدين: ٤١-٤٢، ٥٠.

(٢) المرجع السابق: ص ٥٠.

(٣) نظرية الأشد بما جرى به العمل، للمسوي: ١٢٧.

(٤) السوابق القضائية، العيني ص ١١.

ويمكن مناقشة هذا التعريف بأنه غير مانع من دخول غيره معه، فقولہ: «صادر من محكمة مختصة» يشمل السابقة، والمبدأ القضائي، إذ إنه يصدر من المحكمة المختصة، وهي الأعلى درجة، وتصلح أن تكون مثلاً يرجع إليه، بل يلزم به كما في النظام القضائي للمملكة العربية السعودية^(١).

التعريف الثالث: السابقة هي: (ما صدر من الأحكام القضائية على وقائع قضية معينة لم يسبق تقرير حكم كلي لها)^(٢).

وبالنظر إلى هذا التعريف أرى أنه يتناول أمرين^(٣):

١ - الأحكام القضائية التي صدرت على وقائع معينة.

٢ - عدم تقرير حكم كلي سابق في هذه الوقائع.

لذلك فإنه تناول جانباً مهماً من معوقات السابقة القضائية، والتي هي تمثل الاجتهاد القضائي في النوازل التي ليس فيها نص من كتاب أو سنة، أو إجماع، أو قياس ونحو ذلك.

ويمكن مناقشته بأن ما ذكر في التعريف يعد أحد أجزاء الماهية، وأن التعريف عام يشمل كل حكم صدر في واقعة معينة، لم يسبق أن تقرر فيها حكم كلي، وإن خلا من حيازته موافقة المحكمة الأعلى درجة، وهذا العموم يخصه ما عليه العمل في المحاكم القضائية من أن

(١) المبادئ النهائية في المملكة العربية السعودية هي من اختصاص المحكمة العليا، كما نصت على ذلك المادة الثالثة عشرة من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٧٨/م وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ، ويقتضي المادة الرابعة عشرة منه أن العمل من مبدأ سبق أن أخذت به إحدى دوائر المحكمة العليا، أو محكمة الاستئناف، لا بد أن يسور على موافقة الهيئة العامة، مما يعني أن المبدأ قبل العمل ملزم.

(٢) توصيف الأفضية، لابن خنن: ١/ ٤٨٠.

(٣) انظر: السوابق القضائية ومكانتها في الأحكام، بن خنن: ص ٥.

العبارة السابقة هي ما اقترون بها تأييد المحكمة الأعلى درجة من المحكمة التي أصدرت السابقة^(١).

ومما سبق فإني أخلص إلى تعريف مختار يجمع بين ما ورد في التصريفات السابقة من معانٍ ويخلص من المناقشات الواردة عليها، ومبين لأجزاء المصروف، والتي هي من وجهة نظري أمور ثلاثة: أولها: حكم قضائي صادر من محكمة تعد هي الدرجة الأولى، وثانيها: يكتسب الحكم موافقة المحكمة التي تليه في الدرجة القضائية، وثالثها: أن يكون الحكم صالحاً لأن يكون مثلاً لما ينشأ بعده من أحكام.

وبناء عليه فالتعريف المختار للسابقة القضائية باعتبارها لقباً هو: (ما يصدر من محكمة مختصة من أحكام قضائية على وقائع معينة، لم يسبق تقرير حكم كلي فيها، واقترون بصفة مخصوصة، تجعله صالحاً لأن يكون مثلاً لما ينشأ بعده من وقائع مماثلة).

فالمراد بقولي: (ما يصدر من محكمة مختصة) قيد أخرج المبدأ القضائي من التصريف، إذ إن المبدأ هو (قرار قضائي كلي ملزم صادر من المحكمة العليا يطبق على وقائع متعددة)^(٢).

ويشمل ذلك ما كان من محاكم الدرجة الأولى، أو محاكم الاستئناف، أو ما تنصدي له المحكمة العليا.

والمراد بقولي: (أحكام قضائية) قيد يخرج الأحكام التي تصدر من غير القاضي، والتي تعد من فصل الخصومات بين الناس مثل ما يصدر عن المحكم والمصلح ونحوه.

والمراد بقولي: (على وقائع معينة) قيد يشمل كل واقعة معروضة

(١) انظر نظرية القانون، أحمد منصور: ٢٩٧، وحجية السوابق القضائية، للدخير: ٢٠٠.

(٢) المبادئ القضائية، الشيب: ٦٦.

على القاضي سواء كانت الواقعة نزاعاً بين طرفين، أو ليس فيه نزاع بين طرفين على ما قرره في تعريف القضاء اصطلاحاً^(١).

والمراد بقولي: (واقترن بصفة مخصصة) أي أن يقترن بالحكم ما يقويه ويحوز به صفة القطعية^(٢)، من موافقة وتأييد المحكمة التي تلي في الدرجة القضائية المحكمة مصدرة السابقة، وهي ما تسمى الآن بمحكمة الاستئناف، أو المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية^(٣).

والمراد بقولي: (صالحاً لأن يكون مثلاً...) الإشارة إلى أن السابقة ليست ملزمة، وإنما يستأنس بها، وهذا القيد مهم في تمييز السوابق القضائية عن المبادئ القضائية^(٤).

◆ الفرع الثاني: المصطلحات ذات الصلة وعلاقاتها بالموضوع:

في هذا المطلب، وبعد استجلاء حقيقة السوابق القضائية فيما مضى، نلجأ إلى ما له ارتباط وثيق بالسابقة من المصطلحات، وما يزيده وضوحاً عند معرفة أشباهه من المصطلحات المستخدمة في علم السوابق القضائية، ومن تلك المصطلحات ما يلي:

● أولاً: الحكم القضائي:

وسأبين في هذا الفرع تعريف الحكم القضائي اللغوي والاصطلاحي، وعلاقته بالسابقة على النحو التالي:

- (١) انظر: المطلب الأول من هذا البحث المفضة رقم من ٤٦-٤٧.
- (٢) المراد بالحكم القطعي أي الحكم النهائي غير القابل للطعن، والمقصود به هنا ما حاز حجية الأمر المقضي وهي الرتبة التي يصل إليها الحكم بعد تأييده أو بعد فوات مواجيد الطعن عليه، انظر الاجتهاد القضائي، ج١ ص ٨٧.
- (٣) انظر فصول في أصول القانون، لأمانة خليل: ١٥٤.
- (٤) سيأتي في المطلب الثاني من البحث الثالث التفصيل في مسألة الإلزام بالسابقة وحكم ذلك، انظر المفضة ٨٥.

بالنظر إلى هذا المصطلح نرى أنه مركب من كلمتين (الحكم)، و(القضاء)، فأما كلمة القضاء فسبق بيان المراد منها لغة واصطلاحاً^(١)، لذلك سأكتفي هنا ببيان معنى الحكم لغة واصطلاحاً باعتباره مضافاً إلى كلمة القضاء^(٢).

١ - تعريف الحكم لغة:

كلمة "الحكم" وردت في اللغة بضم الحاء وسكون الكاف، ووردت بفتح الحاء والكاف، والأخير هو أصل استعمال الكلمة.

قال ابن فارس **كلمة**: (الحاء والكاف والميم: أصل واحد، وهو المنع، وأول ذلك الحكم، وهو المنع من الظلم)^(٣).

ومنه سميت **حَكَمَة** اللجام^(٤)، لأنها ترد الذابة وتمنعها، والحرب تقول **حَكَمْتُ** وأ**َحَكَمْتُ**، و**حَكَمْتُ** بمعنى منعت ورددت، فيقال: **حَكَمْتُ** السفينة، وأ**َحَكَمْتُ** إذا أخذت على يده^(٥).

(١) انظر: تعريف لغة القضاء لغة واصطلاحاً في ص ٣٧-٤١ من هذا البحث.

(٢) يعرف الحكم في الاصطلاح باعتباره متعلق من العلوم، وقد وردت متعلقات كثيرة للحكم، وحرف تبتأ لها، فهناك الحكم المنطقي، والحكم اللغوي، والحكم الفقهي، والحكم الأصولي، واشتغلت حركات العلماء في تعريف ماهية الحكم وحقيقته تبتاً لاختلاف العلوم المتصلة به.

ينظر: كتاب اصطلاحات الفنون ٣٩/١، ونظرية الحكم التقابلي لأبو البصل: ص ١٩.

(٣) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس: ٩١/٢ مادة حكم.

(٤) **حَكَمَة** اللجام: ما أحاط بفكي الذابة، سميت بذلك لأنها تمنع من الجري الشديد، ينظر: لسان العرب، لابن منظور: ١٤٤/٢.

(٥) ينظر: تهذيب اللغة، للأزهري (٦٩/٤) مادة حكم، ولسان العرب، لابن منظور (١٤٤/٢)، ومقاييس اللغة، لابن فارس: (٩١/٢)، والحكم بضم الحاء يراد بها عدة معاني في اللغة العربية منها: القضاء والفعل، والسكينة، والفهم والعلم، وللإستزادة ينظر المراجع التالية: المفردات، للأصفهاني: ص ٢٤٩، مادة حكم، وأنيس القضاء (٢٢٨).

ب - تعريف الحكم القضائي في الاصطلاح:

وردت هذه تعريفات للحكم القضائي عند الفقهاء، وأسهب الباحثون في حصرها وبيانها في مظانها^(١)، وسأكتفي هنا بما أراء وأقيا بالمقصود. ولعل من أقرب التعاريف^(٢) التي أوضحت حدود الحكم القضائي ويعتبه هو ما وضعه واختاره الدكتور عبد الناصر بن موسى أبو البصل إذ أنه جمع ما تفرق في تعريفات الفقهاء السابقين والمتأخرين للحكم، وركز على إظهار عناصر المصروف، فقال: «الحكم هو ما يصدر عن القاضي ومن في حكمه، فاصلاً في الخصومة، متضمناً إلزام المحكوم عليه بفعل، أو بالامتناع عن فعل، أو بإيقاع عقوبة على مستحقها، أو تخدير معنى في محل قابل له»^(٣).

(١) ومن هذه التعريفات التي صفت على أنها حدود للحكم القضائي ما ذكره ابن القوس من السنية حيث عرف الحكم بأنه: 'الإلزام في الظاهر على صيغة مطلقة بأمر قلن لزومه في الواقع شرعاً'، [التفاهة البنية في الأنظمة الحكمية ص ١٧]، وما ذكره ابن حرفة حيث عرف الحكم بأنه: 'جزم القاضي بسكم شرعي على وجه الأمر به' [حاشية النسفي ١/١٥٧] وما ذكره ابن حجر حيث أنه قد عرف الحكم بأنه: 'ما يصدر من متولٍّ عمومًا وخصوصًا واجتاً إلى عام من الإلزامات السابقة له في القضاء على وجه مخصوص' [الفتاوى الفقهية الكبرى، لابن حجر ج ١/١٩٨] وما ذكره الجوهري حيث عرف الحكم بأنه: 'والقضاء: هو الإلزام بالسكم الشرعي، وفصل الخصومات، والسكم: إنشاء لذلك الإلزام، إن كان فيه إلزام، أو تلازمة والإطلاق، إن كان السكم في الإباحة: كسكم الحاكم بأن الأرض الموات إذا بطل إحيائها صارت مباحة لجميع الناس' [كشف القناع ج ١/٣٦٢]، وتغطي هذه التعريفات بمناقشات حديثة، ولم تسلم من الملاحظات النظرية نظرية السكم القضائي، أبو البصل: ص ٤٧-٥٧، والمباحث القضائية، للشيب: ص ١٥٢.

(٢) المقصود أنه أقرب التعاريف المعاصرة للمعنى، إذ أن هناك من الباحثين المعاصرين وضعوا تعاريف للسكم القضائي، وقد أوردها الدكتور عبد الناصر أبو البصل في كتابه نظرية السكم القضائي وما يرى عليها من مناقشات، انظر: أبو البصل، نظرية السكم القضائي ص ٤٨-٥٧.

(٣) المرجع السابق نفسه.

ج - علاقة الحكم القضائي بالسابقة القضائية:

إن الناظر لكل من المصطلحين بعين التأمل والتدقيق ليعلم أن بينهما عمومًا وخصوصًا مطلقًا، فكل سابقة قضائية هي حكم قضائي، وليس كل حكم قضائي يعد سابقة قضائية، كما أنه لا يمكن تصور سابقة قضائية بدون حكم قضائي، فالسابقة أساسها الحكم، وبذلك يظهر أن الحكم أهم من السابقة، والسابقة أخص من الحكم.

• ثانياً: المبادئ القضائية:

وسأبين في هذا المصطلح معنى المبادئ القضائية لغة واصطلاحاً، وعلاقتها بالسابقة القضائية، وذلك على النحو التالي:

١ - المبادئ لغة:

المبادئ جمع لكلمة مبدأ، وهي مصدر أصلها بدأ، يقال: بدأت بكذا، وابتدأت، أي قُضمت، والبدء والابتداء: تقسيم الشيء على غيره، وفعل الشيء أولاً، والمبدئ من أسماء الله ﷻ، أي الذي أنشأ الأشياء واختراعها ابتداءً من غير مثال سابق، ومنه قوله تعالى: ﴿وَالَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلْقَهُ وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنسَانِ مِن طِينٍ﴾ [الجن: ٢٧].

قال ابن فارس **قفا**: (الباء والذال والهمزة من افتتاح الشيء، يقال: بدأت بالأمر وابتدأت من الابتداء)^(١).

وقد استعملت كلمة البدء في لغة العرب لعدة معانٍ أخرى، تعود في الأصل إلى التقسيم في الشيء وفعله أولاً، والأمر المستحدث، والمنشأ والمُخترع^(٢).

(١) مقاييس اللغة، لابن فارس مادة بدأ: ٢١٢/١.

(٢) انظر: مقاييس اللغة، ابن فارس: ٢١٢/٢، والنهاية في غريب الحديث والأثر، ج ١/١٠٩، والخروجات، للأصفهاني: ١١٣ مادة بدأ.

توجد مبادئ الاقتصاد، ومبادئ الإدارة ونحو ذلك مما يعني قواعد أساسية ترجع إليها مسائل تلك العلم وجزئياته^(١).

ج - تعريف المبادئ القضائية باعتبارها لقبا :

عرف المبدأ القضائي بأنه (قرار قضائي كلي ملزم ينطبق على وقائع متعددة صادر من جهة مختصة في حدود اختصاصها)^(٢).

د - علاقة المبدأ القضائي بالسابقة القضائية :

من خلال المقارنة بين التصريف الاصطلاحي لكل من السابقة القضائية، والمبدأ القضائي يظهر لنا أن هناك أوجه اتفاق بينهما، وأوجه اختلاف ومحايلها ما يلي :

أولاً: أوجه الاتفاق بينهما :

يتفق مصطلح المبدأ القضائي ومصطلح السابقة القضائية من حيث الموضوع والغاية والثمرة.

أما الموضوع : فإن كليهما يعتبر وصفاً للحكم القضائي وما يصدر منه من أحكام وقرارات.

ومن هنا ظهرت حناية الأنظمة القضائية المعاصرة بهما، واعتبارهما مصدرًا من مصادر القضاء، ومدى أهمية الرجوع إلى أحكام من سبق من القضاة والاطلاع عليها.

وأما الغاية : فإن كلا منهما يهدف إلى ضبط التفاوت في الأحكام القضائية المتشابهة.

(١) انظر: مبادئ الاجتهاد في التفكير، للسليبي، ص ٢٩.

(٢) المبادئ القضائية، للشريب، ص ٦٥.

وأما الشبهة: فإن العمل بهما ينتج أثرًا ملموسًا يتمثل في تضيق دائرة الخلاف، وفي نفي الشبهة والريبة عن القاضي؛ حيث إن حكمه قد وافق قضاء سابقًا أو مبدأ.

ومما يحسن إيراد قبل الانتقال إلى بيان الفروق المحترمة بين المصطلحين السابقين أن نذكر بأن السوابق القضائية تعد جزءًا مكملًا للمبادئ القضائية؛ من حيث كونها منشأً ومنطلقًا للمبدأ القضائي غالبًا فإن تكرار الأحكام القضائية وتشابهها معتبر في تكوين المبادئ القضائية، وصدرها، والإلزام بها^(١).

لأننا: أوجه الاختلاف بين المصطلحين والفروق بينهما:

يمكن حصر أهم الفروق في النقاط التالية:

١ - أنهما يختلفان من حيث المصدر والمنشأ، فالسابقة تعد أحكاماً صادرة من محاكم مختصة في قضايا متشابهة، ولا يكون حولها نزاع بين جهات ودرجات التقاضي، أما المبدأ فجهة صدره هي المحكمة العليا، أو جهة أعلى من ذلك، وتعد المبادئ خابطة لنزاع بين المحاكم الأقل درجة، وحاسمة لوجهات النظر فيما يعرض عليها^(٢).

٢ - من خلال الرجوع إلى تاريخ ظهور كل من السابقة والمبدأ نجد أن الاختلاف بينهما ناشئ من اختلاف المدارس النظامية وطبيعتها (النظام الأنجلوسكسوني، والنظام اللاتيني)، فالسابقة القضائية هي ولادة النظام الأنجلوسكسوني، وتعد عندهم في مرتبة

(١) انظر: المبادئ للقضاة، تشيب، ص ١٠٠-١٠١.

(٢) انظر: المبادئ للقضاة، تشيب، ص ١٠١.

مساوية لدرجة التشريع المكتوب، وملزمة بالنسبة لما يلحق من
أفضية، ولا تترك إلا بسبب أقوى، بخلاف المبدأ فهو وليد النظام
اللاتيني، الذي يقوم على التشريع المكتوب، لذلك فالمبدأ يكون
في مرتبة مساوية للتشريع والقانون المكتوب، والسابقة في هذا
النظام تكون للاستتاس بها والاستشهاد فقط^(١).

٣ - إن المبدأ القضائي بعد صدوره لا يمكن العدول عنه إلا بقرار من
الجهة التي أصدرته، بخلاف السابقة، فالعدول عنها يكون بإجتهاد
قضائي آخر في قضية مماثلة^(٢).

• ثالثاً: ما جرى عليه العمل:

والكلام عن هذا المصطلح يتناول أمرين، الأول: بيان مفهوم هذا
المصطلح، وشرط العمل به، والثاني: بيان وجه الصلة بينه وبين السابقة
القضائية، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

أولاً: مفهوم هذا المصطلح وما يتعلق به:

إن المقصود العام عند إطلاق لفظ (ما جرى عليه العمل) حيال أمر
من أمور الناس، وعوائدهم، وأعرافهم، فإن المدلول اللغوي^(٣) يفسر
ذلك ويبينه: إذ أن المتبادر من المعنى هو ارتضاء هذا العمل بين
المتعاملين به، وتكراره حتى أصبح مستقراً في عرفهم، وأصبح هو المتبع
والمعمول به^(٤).

(١) ينظر: المباحث القضائية، للشيب: ص ١٠٦، وفصول في أصول القانون، لأسامة خليل:
ص ١٣٨-١٤١.

(٢) ينظر: المباحث القضائية، للشيب: ص ١٠٦.

(٣) انظر: القاموس المحيط: (١٣٣٥) مادة عمل.

(٤) انظر: المباحث القضائية، للشيب، ص ٨٥، بحث في العقد الملاك، لثريوني ص ١٣.

فإذا علم ذلك فإن للعلماء وفقهاء المالكية في المغرب الإسلامي اصطلاحاً خاصاً مما ذكر آنفاً، أرادوا به الربط بين الفقه، وأقوال علماء المذهب المنوثة في الكتب، والمنوثة الفقهاء، وبين الواقع العملي والمحيط المجتمعي، فنشأت وتبلورت فكرة ونظرية ما جرى عليه العمل^(١).

وقد عرّف عدد من الباحثين هذا المصطلح الخاص، وأهم هذه التعريفات ما يلي:

أ - ما جرى عليه العمل هو: (الأخذ بقول ضعيف أو شاذ في مقابل الراجح أو المشهور لمصلحة أو ضرورة أو عرف أو غير ذلك من الأسس)^(٢).

ب - وعُرف بأنه: (العمل من القول الراجح أو المشهور إلى القول الضعيف في بعض المسائل دعياً لمصلحة مجتلية، أو مفسدة منقوضة، أو عرف جاري، وحكم القضاة بذلك وتواطؤهم عليه لسبب اقتضى ذلك)^(٣).

ج - وعُرف أيضًا بأنه: (أن يحكم القضاة أو يفتي أحد المفتين ممن ثبتت عدالته ونزاهته مع العلم والمعرفة بقول من أقوال علماء المذهب وإن كان ضعيفاً أو مهجوراً، مراعاة لأحوال المتداعين والمستفتين، وما يرجع إلى أهوائهم وهوائهم)^(٤).

(١) انظر: المنخل لدراسة الفقه المالكي، أحمد قوب، ص ٣٣٦، ويسوت في الفقه المالكي لبرسوني، ص ٢٠٧، ونظرية الأخذ بما جرى به العمل، للمسوي، ص ٨٠٧، الفكر العامي للمسوي ١/ ٤٦١، والمباحث القضائية، للشيب، ص ٨٤.

(٢) نظرية الأخذ بما جرى به العمل، للمسوي، ١/ ١٠٦، أصول الفروع والتفاهة، ص ٥١٣.

(٣) العرف والعمل في المذهب المالكي للميني، ص ٣٤٢.

(٤) نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب، عبد السلام المصري، ص ١٠٦، ص ٧.

والظاهر مما سبق اتفاق المتأخرين على المراد بما اصطلاح عليه متأخرو الملعب المالكي في معنى (ما جرى عليه العمل) وإن اختلفت العبارات، والأخذ بإجراء العمل بناء على قول ضعيف أو شاذ إذا تعلقت به مصلحة شرعية واجبة، تقتضي الحكم بها، وإن خالف ذلك القول الراجح والمشهور في الملعب، وتحقيق مناط ذلك وتطبيقه في الواقع لا يكون إلا من مجتهد يميز بين ما هو مصلحة أو مفسدة أو فريضة إليها، يقول المحجوي في الفكر السامي^(١): (وعليه) فالعمل لا يعتمد إلا إذا جرى بقول راجح، أو من قاضي مجتهد الفتوى، يبين وجه ترجيح ما عمل به، لأن المجتهد هو الذي يقدر على تمييز ما هو مصلحة، وما هو مفسدة، أو فريضة إليها ويميز ما هو في رتبة الضروريات والحاجيات، وما هو في رتبة التحسينات... أما من لم يبلغ رتبة الاجتهاد الملعب فليس له رخصة في أن يترك المشهور إلى الشاذ في الفتوى والحكم).

وإن المتتبع للقول من فقهاء المالكية في حجية العمل وجبة الركون إليه في الفتوى والقضاء ليعلم يقيناً اهتمامهم بما جرى عليه العمل وجعله من أهم قواعد الترجيح لديهم، وحرصت كتب الألفية على إبراز هذا النوع من الاجتهاد، والإلزام فيما عمل به قضاءً، وتقنينه على الراجح والمشهور، حتى ظهر لديهم بما يسمى (فقه العمليات) أو (الماجريات)^(٢).

(١) الفكر السامي للمحجوي: ٤٦٦/٢، مصنفه يسير، والمحجوي هو: محمد بن الحسن بن محمد المحجوي الشافعي من رجال العلم على ملعب المالكية في المغرب، ولد سنة ١٢٩١ هـ ودوس وفوس في القرويين، توفي بالرباط سنة ١٣٧٦ هـ وله مؤلفات منها: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي.

ينظر: الأحكام، للزركلي (٩٦/٢).

(٢) ينظر: الفكر السامي، المحجوي: ٤٦٤/٢، ونظرة الأخذ بما جرى به العمل، المحجوي: =

ثانيًا: علاقة ما جرى عليه العمل بالسابقة القضائية:

إن ما جرى عليه العمل عند الفقهاء، وبالشروط التي قرروها في كتبهم له صلة كبيرة بالسابقة القضائية، وبالأحرى فإن السابقة قياسًا عليه، ونشأت بعد تفجور هذا المصطلح عند الفقهاء، إلا أن المتأمل والفاحص لكل منهما يرى ويشكل ظاهر أن هناك فرقًا بينهما، وإن اتفقا في بعض الأمور، لذلك جاء هذا الفرع لبيان أوجه الاتفاق بينهما والاختلاف على النحو التالي:

١ - أوجه الاتفاق بينهما، وتكمن في ثلاثة أمور هي:

١ - إن كلا منهما غاية واحدة، فما جرى عليه العمل يهدف إلى رفع الخلاف وتوحيد التفاوت في الأحكام، والأمر كذلك في السابقة القضائية، فهي تهدف إلى دفع الغموض وإزالة الخلاف، وعندها تستقر الأحكام^(١).

٢ - إن سبب ظهورهما ومجال إعمالهما واحد، فالمجال القضائي والسعي إلى الفصل في واقعة وقضية مطروحة على القاضي هو المنشأ والمطلق لهما^(٢).

٣ - إن كلا منهما يتصف بالإلزام، فإنه تقرر في الملعب المالكي عند المغاوية أنه يجب على القاضي المحكم بما جرى عليه

- من ١٠٧، وسوت في النقد المالكي، للرسولي، من ٢٠٧، المنخل لتراسة النقد المالكي، أحمد قروب: من ٣٣١، واصطلاح الملعب عند المالكية، د/ محمد علي: من ٣٩٦، أصول القنوي والفتاوى في الملعب المالكي من ٥٣٣.

(١) ينظر: نظرية الأئمة بما جرى عليه العمل، للمصري، من ١٤٧، والتوايق القضائية وروبرت كروس: من ١٧.

(٢) المرجع السابق نفسه.

العمل ولا يخالفه، وكذلك الحال في السابقة القضائية، فإن القاضي ملزم بالحكم بما جاء في الأحكام السابقة، وهذا المعمول به في النظام الأنجلوسكسوني، وعند من قال بأنه إذا استمر العمل بالسابقة القضائية صارت أصلاً يعمل به ولا يجوز للقاضي مخالفته إلا بتسيب معتبر^(١).

ب - أوجه الاختلاف بينهما، وتكمن في أربعة أمور هي:

١ - إن ما جرى به العمل يكون مرجعه ومصدره كتب الفقه المالكي والمصادر الفقهية المعتمدة، ويقوم القاضي أو الفقيه بالرجوع إليها والبحث عن قول مناسب لما بين يديه من دعوى، أو فتوى فيجريه عليها، ولو كان شاذاً، أو ضعيفاً، متى ما أيد ذلك القول سبب مقبول شرقاً من عرف، أو مصلحة، أو ضرورة، بخلاف السابقة القضائية، والتي يكون مرجعها الأحكام السابقة، والقواعد المستنبطة منها، ومن عباراتها، وقد تتألف السابقة من مجموعة سوابق^(٢).

٢ - إن من شروط الأخذ بما جرى عليه العمل معقوفة مستند من أئمة به أو عمل به بخلاف السابقة، فلا يشترط ذلك؛ وإنما يكفي فيها عدم مخالفة النص أو الاجماع، دون معقوفة من حكم بها، أو عمل بها^(٣).

٣ - إن ما جرى به العمل يشترط فيه توافق وتتابع العمل به من أكثر من

(١) المرجع السابق نفسه، والعرفه والعمل في المذهب المالكي للبيدي: ص ٣٦٥.

(٢) ينظر: نظرية الأخذ بما جرى عليه العمل، للمسوي: ص ١٤٣.

(٣) ينظر: حجية السوابق القضائية، للتفتيش: بحث منشور في مجلة العدل، العدد ٣٤، ربيع الآخر ١٤٢٨ هـ، ص ١٨٨.

عالم بخلاف السابقة؛ فتكون بمجرد عبورها ولو لمرة واحدة ملزمة^(١).

٤ - إن الأخذ بما جرى به العمل لا يكون بصفة مستمرة، فمتى زال السبب أو الحرف الذي بنيث عليه، عاد الأمر إلى القول الراجح والمشهور، بخلاف السابقة القضائية، فإنها تعد ملزمة، ويستمر الإلزام بها حتى تلقى من أعلى جهة قضائية^(٢).



(١) المرجع السابق نفسه.

(٢) المرجع السابق نفسه.

الطلب الثاني

التعريف بمقود المعاوضات التجارية

هذا المطلب اشتمل على توضيح وبيان المفردة الثالثة في عنوان البحث، المركبة من لفظ عقود المعاوضات التجارية، واقتضى بيان ذلك في فرعين:

◆ الفرع الأول: تعريف عقود المعاوضات التجارية:

● أولاً: التعريف الإفرادي:

أ - تعريف المقود:

المقود لغة: جمع عقد، والعقد مصدر استعمل استا فجمع على عقود وأعقاد.

والعقد هو (الربط، والشدة، والتوثيق، قال ابن فارس **كف**: " العين والقاف، والذال، أصل واحد يدل على شد، وثبنة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها")^(١).

وقال في لسان العرب: (العقد، تقيض الحبل، عقد، يَعتد، عقدًا، وتُعقادًا، وعقد، ... ويقال عقد الحبل فهو معقود، وكذلك العقد، ومنه عقد النكاح... والعقد: العهد، والجمع عقود، وهي أوكد العهود... وعقد البناء بالجص، يَعتد عقدًا (لِزقه...))^(٢).

(١) مقاييس اللغة لابن فارس: ٨٦/٤ مادة عقد.

(٢) لسان العرب لابن منظور باب عقد: ٢١٦ / ٢٠، والقاموس المحيط: ٢٨٢ / ١، وتهذيب اللغة للأزهري: ١٢٥ / ١ مادة عقد.

وهو ما يسمى بإرادة منفردة^(١) كالوقف والهبة، أم كان الالتزام من جانبين، كالبيع والإجارة وقد بين ذلك أبو بكر الرازي^(٢) في تفسيره، حيث قال: "العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه" فهو يرى بأن العقد في أصل اللغة الشد، ثم نقل إلى الأيمان وسائر التصرفات الشرعية^(٣).

وهذا المعنى الواسع للعقد ذكره كثير من المفسرين، ومالوا إليه عند تفسيرهم العقود في قوله تعالى: ﴿يَكُونُ الْوَقْدُ كَالْوَقْدِ الْمَشْرُوقِ﴾ [المائدة: ٩١]^(٤)، وعلى هذا الإطلاق جرى كلام بعض الفقهاء^(٥) وعدوا النذر، والطلاق، والإعتاق، والشروط، وغيرها مما لا يتم إلا بإرادة منفردة عقوداً، لأنها تنشأ التزاماً بأمر في المستقبل، ولما فيها من عزم وعقد على تنفيذها^(٦).

على نفسه شيئاً على نفسه، واختياره ومن تلقاه نفسه، وإما إلزام للشرح إياه فيلزمه، وقيل هو: كون الشخص مكللاً بفعل، أو بامتناع من فعل لمصلحة غيره.

ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، نزيه حماد: ٧٨، والمنخل الفقهي للزرقا: ج ١/٥١٤.

(١) هذا مصطلح حديث الاستعمال ويراد به القصد الذي إذا صرح به المكلف ترتب عليه حكم شرعي دون توقف على قبول طرف آخر. انظر: معجم المصطلحات، نزيه حماد: ٣٩.

(٢) أحكام القرآن، للمصالح: ج ٢، ٢٨٥، وأبو بكر الرازي هو: أحمد بن علي الحنفي، المعروف بالمصالح، ولد سنة ٣٠٥ هـ، وسكن بغداد، وإليه انتهت رئاسة أصحاب أبي حنيفة في حنيفة، وأخذ عنه فقهاءهم، وله مصنفات كثيرة، منها: "أحكام القرآن في التفسير"، توفي سنة ٣٧٠ هـ. ينظر: الجواهر المضية (١/ ٩٤)، وطبقات المفسرين (١/ ٨٤).

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) أنظر ما قاله المفسرون من العقود في المراجع التالية: جامع البيان للطبري: ج ٩/ ٤٤٩، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ٧/ ٢٤٧.

(٥) انظر: الملكية ونظرية العقد، لأبو زهرة: ص ٧٠٠، المنخل الفقهي للزرقا: ١/ ٣٨٠، عقد المقابلة، للعايد: ٢٦، عقود التوزيع، للباسم: ص ٣٠-٣٧، التزام في عقود المبادلات المالية، للزبي: ٣٦-٣٨.

(٦) انظر: المراجع السابق.

والتعريف المختار للعقد:

بالنظر إلى المعنيين السابقين للعقد، العام والخاص، يتبين أنهما يدوران حول المعاني اللغوية لكلمة العقد، فإن العقد يطلق ويراد به في اللغة الربط وإحكام الشيء وتوثيقه، وأيضاً يراد به العهد، ولحل هذا الأمر هو سبب تعدد الحدود المعروفة للعقد عند الفقهاء، واختلافهم في المعنى المراد اصطلاحاً، فمن نظر منهم إلى أن العقد هو الإحكام والعهد، جعله عامّاً يشمل كل ما ألزم به المرء نفسه في المستقبل كما مر معنا^(١).

ومن نظر منهم إلى أن العقد هو الربط أطلق العقد على المعنى الخاص، إذ أن الربط يستلزم وجود شيئين، والعقد بالمعنى الخاص يستلزم وجود عاقلين، وإيجاب وقبول كما مر معنا^(٢).

ومما سبق بيانه في المعنى الخاص يظهر لي والله أعلم - أن المعنى الخاص هو التعريف المختار، وأن العقد هو: (الربط بين كلامين، أو ما يقوم مقامهما صادقين من شخصين على وجه يترتب عليه أثره الشرعي)^(٣).

ب - تعريف المعاوضات:

أولاً: المعاوضة لغة: أحبلها (القرص)، والاسم فيها الجِرس،

= للمعاني: ٢٦-٢٨، القاموس الفقهي / لابن حبيب: ٢١٧، عقود التوزيع، للأبحاث: ٢٩-٣٢، معجم المصطلحات، لثريد حماد: ٢٢١. التراضي في عقود المبادلات المالية، للنووي: ٣٦.

(١) انظر: الصفحة ٦٠ من هذا البحث.

(٢) انظر: الصفحة ٦٣ من هذا البحث.

(٣) انظر: أحكام المعاملات الشرعية للشيخ: ١٨٤، وينظر: الملكية ونظرية العقد، لأبو زهرة: ص ٢٠٠، والتراضي في عقود المبادلات المالية، للنووي ص ٢٨، عقد المعاوضة، للمعاني: ص ٢٧، المنخل في الفقه الإسلامي، شلي: ٤١٨.

عقود التمليكات: وهي ما كان التملك مقصوداً فيها، سواء كان التملك للأعيان أو المشايخ، كالهبة، والبيع، والإجارة، فإذا كان التملك بهوئ، فتسمى عقود المعاوضات، وإن كان سبباً بدون هوء؛ فتسمى عقود التبرعات، وهناك عقود تكون نهايتها ابتداء التبرع، ثم تنتهي بالمعاوضة، كالقرض.

وعقود المعاوضات تعد قسماً من أقسام العقود، ويقابلها عقود الإسقاطات، وعقود المشاركة ونحو ذلك^(١).

وعلى هذا فيمكن أن تنحصر عقود المعاوضات التي سيرد بحثها في هذه الرسالة إلى ستة عقود، هي^(٢):

- | | |
|--------------------|------------------|
| ١ - عقد البيع. | ٢ - عقد الإجارة. |
| ٣ - عقد الاستصناع. | ٤ - عقد السلم. |
| ٥ - عقد الجعالة. | ٦ - عقد الصرف. |

ج - تعريف التجارة:

أولاً: تعريف التجارية لغة: مأخوذة من الفعل (تجر) - يتجر - تجراً، وتجارة)، والتجر: جماعة التاجر، وهم التجار أيضاً، والأوحد متجراً: أي يتجر إليها، والحرب تقول: ناقة تاجرة إذا كانت تنفق إذا

(١) انظر: قواعد بن وجبة: ٤١٨/٢، المغني لابن قدامة: (٤٨/٦)، حاشي أولي للنهي، لبيروت: (١٢١/٣)، المنشور في القواعد، للزركشي: (٤٠٦/٢)، والمنحل في الفقه الإسلامي، كلبلي: ٥٦٦-٥٦٩، المنحل الفقهي، للزرقا: (١/١)، الزينة وأثرها في العقود، للكمالي: ص ٣٢، والفقه الإسلامي وأدبه، محمد الزحيلي: ٢٤٤/٤، دراسة لأهم العقود المالية، للشطيبي: (٥٧٦/١).

(٢) ويضاف عليها ما كان له صلة وارتباط بعقود المعاوضات من عقود التبرعات، والتي أضافها الباحث لكونها من العقود التي فيها نوع تبرع ومعاوضة، ولكونها مما تخص المساكم التجارية بظرو، والفصل فيه كما سيأتي مفصلاً في الفرع الثاني من هذا المبحث.

عوضت للبيع لتجارتها، وثوق تاجر^(١).

وقال ابن فارس: (الشاء والحيم والراء: التجارة معروفة، ويقال تاجر، وتَجَّرَ...)^(٢).

وقال الواهب في مفرداته^(٣): (التجارة: التصرف في رأس المال طلباً للربح، ومنه قوله تعالى: ﴿لَا أَنْ تَكُونَ يَكْرَةً عَنْ تَوَاضُعِهِمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وفي الحديث: فإن التجار يستثنون يوم القيامة فجاءاً إلا من اتقى الله وير وصلق^(٤).

ثانياً: تعريف التجارة اصطلاحاً:

تطلق التجارة في الاصطلاح الفقهي ويراد بها تقليب المال بالبيع والشراء طلباً للربح^(٥)، وهي بذلك مطابقة للمعنى اللغوي، واستعمال أهل اللغة، فالتاجر هو الذي يبيع ويشترى^(٦).

(١) انظر: الصحاح، للسيوطي: (١٦٣/٣) مادة تَجَّرَ، القاموس المحيط: (٤٥٤/١) مادة تَجَّرَ، تهذيب اللغة: (٥/١١) مادة تَجَّرَ.

(٢) مقاييس اللغة: (٣٤/١) مادة تَجَّرَ.

(٣) المفردات للواهب: ص ١٦٤.

(٤) النهاية، لابن الأثير: (١٦٨/١)، والحديث أخرجه البخاري في سننه، باب ما جاء في التجار وقال: حديث حسن صحيح. (سنن الترمذي ٥٠٦/٢) وأخرجه ابن ماجه في سننه، باب التوفي في التجارة الحديث رقم: ٢١٤٦ (سنن ابن ماجه ٧٢٦/٢)، وابن حبان في صحيحه في كتاب البيع، الحديث رقم: ٤٩١٠ (صحيح ابن حبان ٢٧٦/١١)، والبيهقي في سننه، باب كراهية

اليجين في البيع الحديث رقم: ١٠١٩٤ (السنن الكبرى ٢٦٦/٥) كلهم عن رفاعه بن رافع الأنصاري، قال السيوطي: وله طرق عدة وأخرجه الحاكم وقال: صحيح الإسناد. (الذكري المصنوعة ١١٩/٢) والحديث يشواهد بروق إلى الحسن. السلسلة الصحيحة للألباني (٧٢٩/٢).

(٥) انظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، لنزيه حماد: ص ١٢٧.

(٦) انظر: القاموس المحيط، للفيروز آبادي: (٤٥٤/١) مادة تَجَّرَ.

قال في معنى المحتاج: (التجارة: وهي تقليب المال بالمعاوضة لغرض الربح)^(١)، وتقليب المال بالمعاوضة يدل على أن التجارة ليست خاصة بالبيع والشراء، والهبات بعوض، وكل ما كان فيه قصد تحصيل العوض، ولعل من خص التجارة بالبيع والشراء فقط فهو من باب التقليب، وأنها أبرز أنواع التجارة^(٢).

قال القروطي **قوله**: (التجارة في اللغة عبارة عن المعاوضة، ومنه الأجر الذي يعطيه البائى - سبحانه - العبد عوضاً عن الأعمال الصالحة التي هي بعض من فضله...) ^(٣).

ومما عرفت به لفظة التجارة في المفهوم الاقتصادي الحديث (بأنها عملية اقتصادية يتم فيها تداول السلع والبضائع التي تنتجها المصانع الآلية عن طريق عمليتي البيع والشراء، وتهدف إلى توظيف المال التجاري بغية الحصول على الربح والعمل على مضاعفته)^(٤).

وأما لفظة التجارة في القانون، فإنها تنطوي على المنطولات والمفاهيم السابقة وتتجاوزها؛ إذ لا تقتصر على عملية تداول السلع بقصد الربح، بل تشمل تحويل المشتجات من حال إلى حال بقصد إعادة حبسها^(٥).

(١) معنى المحتاج (ج ١/٤١٠).

(٢) انظر: الوسيلة التجارية، للأطرم: ص ٤١.

(٣) أحكام الترادد للقروطي: (ج ٦/٢٤٧).

(٤) مفهوم المصطلحات الفقهية والقانونية: بوجس: (١٠٦).

(٥) انظر: طرق الإثبات في القضاء التجاري، النجدي: (٥٤).

● ثانياً: التعريف اللغوي:

لم أجد من قام بتعريف عقود المعارضات التجارية بإعتبارها لقباً، لذا فإنه يمكن القول بأن المقصود به في هذا البحث هو: (ما ينشأ من تلاقي إرادة الطرفين في عقود التملكيات بقصد الربح، مما تختص المحكمة التجارية بنظره).

ومحتويات هذا التعريف كالتالي:

قولي: (ما ينشأ من تلاقي إرادة الطرفين) قيد يراد به إخراج كل عقد ليس فيه عاقلين.

وقولي: (عقود التملكيات) قيد أخرج ما سواء من عقود التبرعات، والتوقيعات ونحوه.

وقولي: (بقصد الربح) أخرج ما ليس فيه إرادة البيع والشراء بقصد التكسب وتنمية المال.

وقولي: (مما تختص المحكمة التجارية بنظره) قيد يراد به إخراج عقود التملكيات، والمعارضات، التي لا تختص المحكمة التجارية بنظرها، كعقود تأجير العقارات وبيعها، وعقود بناء المنازل السكنية التي لم يتعهد المفاوض فيها بالمزاد والادوات اللازمة لذلك، ونحوه مما سيأتي بيانه في الفرع الثاني.

◆ الفرع الثاني: التعريف بنظام المحكمة التجارية واختصاصاته:

إن من لوازم بيان المراد بلفظ التجارية في هذا البحث؛ الحديث بلمحة موجزة عن نظام المحكمة التجارية والمحاكم المختصة به في المملكة العربية السعودية، لما له من علاقة بالموضوع المراد بيانه، وجعلته على النحو التالي:

أولاً: نظام المحكمة التجاري^(١):

عند الحديث عن المحكمة التجارية والنظام التجاري في المملكة العربية السعودية، فإنه يلزم من ذلك سرد بداية تاريخ اهتمام المملكة بأسرار التجار وتنظيمها، والذي مر بمراحل متعددة حتى يومنا الحاضر، ففي سنة ١٣٤٥هـ شُكلت أول هيئة تجارية تحت مسمى (مجلس التجار) بأمر من جلالة الملك عبد العزيز رحمه الله وتختص الهيئة بفض الخلافات والنزاعات الناشئة بين التجار في شؤونهم التجارية والبحرية، والتي تستدعي سرعة البت فيها.

ثم بعد ذلك صدر نظام المحكمة التجارية بالمرسوم الملكي رقم ٣٧ وتاريخ ١٣٥٠/١/١٥هـ، ويعد أطول نظام صدر في العهد الأول من نشأة المملكة إذ بلغت عدد مواده (٦٣٣) مادة، ولا يزال ساري المفعول حتى الآن^(٢).

وقد أسند هذا النظام ولاية الفصل في القضايا التجارية إلى المحكمة التجارية، ثم صدر الأمر السامي رقم (١٤٢) وتاريخ ١٣٧٤هـ بإلغاء هذه المحكمة، وتحولت صلاحياتها إلى هيئات حسم المنازعات التجارية، والمشكلة بقرار من وزير التجارة ذي الرقم ٢٢٧ وتاريخ ١٣٨٢/١/٥هـ والذي منح تلك الهيئات صلاحيات المحكمة التجارية في اتباع الإجراءات المتصوص عليها في النظام.

(١) تضمن الإشارة إلى أنه صدر بعد تسليم الرسالة والانهاء منها نظام للمحاكم التجارية الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٩٣ وتاريخ ١٤٤١/٨/١٥هـ.

(٢) مع إلغاء بعض الأبواب منه كمنشور نظام مستقل بشأنها، كنظام الشركات، ونظام الإفلاس وغيره انظر: التنظيم القضائي في المملكة، النوب: (٤٥٠). وقد سبقت الإشارة إلى صدور نظام المحكمة التجارية الجديد.

ثم صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٢٤١ وتاريخ ١٦/١٠/١٤٠٧هـ والمتضمن في فقرته الثالثة نقل الاختصاصات هيئات حسم المنازعات التجارية إلى ديوان المظالم اعتباراً من بداية السنة المالية لعام ١٤٠٨هـ/ ١٤٠٩هـ إلى أن يتم إنشاء محاكم متخصصة للنظر في النزاعات التجارية.

وبهذا فإن ديوان المظالم بمحاكمه الإدارية، أضيفت إليه بشكل مؤقت هذه الاختصاصات التجارية، والنظر فيما نصت عليه المواد والأنظمة التجارية.

وقد استمر ديوان المظالم بالنظر فيما أسند إليه آنفاً سواء في محاكمه الابتدائية أو الاستئنافية، وصدرت عنه مجموعة من الأحكام والمبادئ القضائية التجارية، ثم صدر المرسوم الملكي رقم (٧٨م) بتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ نظام القضاء السعودي ونظام ديوان المظالم، ونصت المادة التاسعة من نظام القضاء على إنشاء محكمة تجارية مستقلة عن بقية المحاكم، والتي تشكلت من الدوائر المتصلة من ديوان المظالم (الدوائر التجارية)، وبدأت المحاكم التجارية الثور من جديد تطبيقاً وإتفاذا لما جاء في نظام القضاء السعودي، ففي ١/١/١٤٣٩هـ أنشئت المحاكم التجارية، واستقلت بقضاائها عن ديوان المظالم بشكل دائم، وذلك بموجب قرار رئيس المجلس الأعلى للقضاء المكلف، والمعمم على المحاكم برقم ٩٦٧/ت وتاريخ ١/١/١٤٣٩هـ، وبذلك أصبحت المحاكم التجارية تتبع القضاء العام.

ومما سبق يتبين بأن القضاء التجاري كان قائماً في المملكة العربية السعودية، ولم يكن ثمة أي فراغ، وأن هذه الأحداث والتطورات إنما هي حدث تنظيمي.

ومن خلال هذه المراحل التي مر بها القضاء التجاري تبلورت وظهرت مبادئه، وتأسست قواعده، وأصبحت أمام ثروة قضائية تجارية كبيرة، هي حصيلة أكثر من ثلاثين عاماً ما بين ١٤٠٨هـ - ١٤٤٠هـ^(١).

ثانياً: اختصاصات المحكمة التجارية:

لقد نصت المواد الواردة في نظام المحكمة التجارية على اختصاص هذه المحكمة، وقامت بتحديد شكل واضح من خلال تحديد العمل الذي يعد تجارياً ومن خلال الوصف القائم بأطراف الدعوى التجارية، فجاءت المادتان الثانية والثالثة من نظام المحكمة التجارية محددة للعمل التجاري^(٢). ونصت المادة الثانية على أنه: (يعتبر من الأعمال التجارية كل ما هو آت:

- أ - كل شراء بقعاعة أو خلال من مأكولات وغيرها لأجل بيعها بحالها، أو بعد صناعة وعمل فيها.
- ب - كل مقاول أو تعهد بتوريد أشياء، أو عمل يتعلق بالتجارة بالعمولة، أو النقل برّاً أو بحراً، أو يتعلق بالمحلات والمكاتب التجارية، ومحلات البيع بالمزايمة يعني الحراج.
- ج - كل ما يتعلق بسندات الحوالة بأنواعها، أو بالصرافة والدلالة (السمررة).

(١) انظر: التنظيم القضائي، النورب: (٤٥٠ وما بعدها)، والولاية القضائية لنيرون المظالم، ثنية السعيد: (٤٦٨/١، ٥٠٨)، والاختصاص القضائي، الغامدي: (١٢٢-١٢٤)، وطرق الإثبات في القضاء التجاري، المبروي: (١٢٠-١٢٢).

(٢) بعد صدور نظام المساقم التجارية المشار إليه في صفحة ٦٢ من هذا البحث ثم أجد ما يعارض هاتين المادتين مما يدل على بقاء مفهومها في تحديد العمل التجاري الأصلي أو الكمي.

٨ - جميع الحقوق والتعهدات المحاصلة بين التجار، والمتسببين، والسماورة، والصياوفة، والوكلاء بأثرواها، وجميع المقاولات المتعلقة بإنشاء مبانٍ ونحوها متى كان المقاول متعهداً بتوريد المؤن، والأدوات اللازمة لها.

٩ - كل عمل يتعلق بإنشاء سفن تجارية أو شراعية، وإصلاحها، أو بيعها، أو شرائها في الداخل والخارج وكل ما يتعلق باستجارها، أو تأجيرها، أو بيع، أو ابتياح آلاتها وأدواتها ولوازمها، وأجرة عمالها، ودواب ملاحيتها ونحوها، وكل إقراض أو استقراض يجرى على السفينة أو شحنتها، وكل عقود الضمانات المتعلقة بها وجميع المقاولات المتعلقة بمسائر أمور التجارة البحرية.

وفي ذات السياق نصت المادة الثالثة على: (إذا باع مالك الأرض أو المزارع فيها هكتها بمعرفته، أو باع مالك العقار عقاره، أو اشترى أحد عقاراً أو أي شيء لا لبيعها، ولا لإيجارها بل للاستعمال فلا يعد شيء من ذلك عملاً تجارياً، كما وأن دعاوى العقارات وإيجاراتها لا تعد من الأعمال التجارية).

وأما المادة ٤٣ من ذات النظام فقد حددت الاختصاص^(١)، حيث جاء في نصها ما يلي: (القضايا التي يحال أمر النظر فيها إلى المحكمة التجارية ويجري بالفعل بنها من طريقها وتضمن اختصاصها هي:

أ - كل ما يحدث بين التجار ومن لهم يوم علاقة تجارية من صرافة، ودالين، ومقدمي المخازن والحيشان من مشاكل ومنازعات متولدة من أمور تجارية محضبة سواء كانت برية أو بحرية.

(١) أكتي العمل هذه المادة من حيث تحديد الاختصاص كما سيأتي بيانه لاحقاً في ص ٧٦.

ب - القضايا المنبثقة عن الصرافة وبالأخص صرف النقدية، والأقيام، والأوراق المالية وما يتعلق بالحوائل العادية، والحوائل التجارية المعبر عنها - بالجيور - والسندات التجارية المعبر عنها بالسفاتج المتداولة بين التجار سواء كانت بين البنوك، وفيما بينهم وبين سائر الأصناف المذكورة في الفقرة (أ).

ج - المشاكل التي تحدث بين أرباب السفن الشراعية بخصوص التلفيات، والاصطدامات، والتعويضات على الإطلاق، وكذا أجور النقل.

د - القضايا الناشئة عن اختلاف في التعهدات والمقاولات سواء كانت بين أرباب السفائن وبين هؤلاء التجار، وكذا الكفالات المالية المختصة بالأمور التجارية.

هـ - القضايا التي تقع بين الشركاء المرتبطة شراكتهم بالأصول التجارية، وتسجيلها وفق نظاميتها المخصوصين، وكذا بين سائر التجار، والصيارفة، والدالين، ومقدمي الحيشان^(١)، والأمناء، والوكلاء بالعمولة، وكتبتهم، وخدم محللهم، فيما إذا كان لهم علاقة تجارية.

والملاحظ بأن المنظم اشترط توفر صفة التاجر، وأن يكون العمل تجارياً، وهما شرطان لا يتفكان عن الدهوى التجارية، ومتى تخلف أحدهما خرجت الدهوى عن وصف الدهوى التجارية.

(١) الحيشان: جمع حش، وأصل الكلمة أن صبح فمن التجمّع والتجمع، يقال حشيت العتية وكشفتها، إذا أخذته من حوائله وجمعته لتصرفه إلى الجبلات واستوفى القوم فلاناً: جعلوه ونظمهم. ينظروا: مقاييس اللغة: (١١٩/٢)، ثم استعمل في المكان يحاط به ويجعل مصلاً للجميع والحفظ.

وقد ظهرت هذه التسمية أصلاً في المصطلحات القانونية، وأنظمة القضاء الدولية، والمقصود بها التفرقة بين ما يسمى بالقضاء المدني، وما يسمى بالقضاء التجاري^(١)، وهو ما جاء به نظام القضاء المصري، حيث جعل المحاكم على أنواع منها: المحاكم العامة، والمحاكم التجارية، فالمحاكم العامة تمثل القضاء المدني، فكل عقد موضوعه غير تجاري كشراء العقار، أو تأجير، أو شراء سيارة للاستعمال الشخصي، أو إنتاج القطة الزراعية، وبيعها، يعد عقداً مدنياً محضاً.

والمحاكم التجارية، تمثل القضاء التجاري، ويندرج تحتها كل عقد موضوعه تجارياً - مع اختلاف المعيار فيما يمكن وصفه بالتجاري بين الشراح - كشراء بضاعة لأجل إعادة بيعها، أو شراء الآلات ومعدات صناعية لإعادة بيعها، ونحو ذلك يعد عقداً تجارياً.

وتأسيساً على ما تقدم فقد نصت المواد المنظمة في نظام المحكمة التجارية، والتي سبق الإشارة إليها آنفاً، ونظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) في ١٤/٧/١٤٣٥هـ، على ما يدخل ضمن نطاق المحاكم التجارية الولائي والنوعي، ففي المادة الخامسة والثلاثين من نظام المرافعات الشرعية تحديد لأنواع القضايا المختصة بها هذه المحاكم^(٢)، ونصها:

(١) المواد به ذلك التفرع من القانون الخاص الذي يسكن العلاقات القانونية، التي تنشأ من القيام بالأعمال التجارية، ومن نشاط التجار في ممارستها حقاً للتجارة، وما خلا ذلك يسمى المدني. انظر: القانون التجاري المصري، ثروت حيد الصمد: (٣).

(٢) صدر المرسوم الملكي رقم م/٩٣ وتاريخ ١٥/٨/١٤٤١هـ، بالموافقة على نظام المحاكم التجارية، وإلغاء هذه المادة الخامسة والثلاثين من نظام المرافعات الشرعية، ورسائلها المادة السابعة عشرة من نظام المحاكم التجارية والتي نصت على ما يلي:

تخص المحاكم التجارية بالنظر في الآتي:

- أ - جميع المنازعات التجارية الأصلية والتبعية التي تقع بين التجار.
- ب - الدعاوى التي تقام على التاجر بسبب أعماله التجارية الأصلية والتبعية.
- ج - المنازعات التي تقع بين الشركاء في الشركات د - جميع الدعاوى والمنازعات المتعلقة بالأنظمة التجارية، وذلك دون الإخلال باختصاص ديوان المظالم.
- هـ - دعاوى الإفلاس والحجز على المفلسين ورفضه عنهم و- المنازعات التجارية الأخرى.

ومن خلال ما سبق فإن المراد بقيد التجارة في هذا البحث، هو التقيد من حيث الموضوع بما ورد ذكره من اختصاص وعمل المحاكم التجارية في نظر العقود محل الدراسة، وخص الطرف من العقود التي ليست من اختصاص هذه المحاكم، إذ أنها غير محل للدراسة والإيراد.

٢- (تخص المحكمة بالنظر في الآتي:

- ١- المنازعات التي تنشأ بين التجار بسبب أعمالهم التجارية الأصلية والتبعية.
- ٢- الدعاوى المقدمة على التاجر في منازعات العقود التجارية، متى كانت قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على مائة ألف ريال، وللمجلس عند الاقتضاء زيادة هذه القيمة.
- ٣- منازعات الشركاء في شركة المقارعة.
- ٤- الدعاوى والمطالبات الناشئة من تعليق أحكام نظام الشركات.
- ٥- الدعاوى والمطالبات الناشئة من تعليق أحكام نظام الإفلاس.
- ٦- الدعاوى والمطالبات الناشئة من تعليق أحكام أنظمة الملكية الفكرية.
- ٧- الدعاوى والمطالبات الناشئة من تعليق أحكام الأنظمة التجارية الأخرى.
- ٨- الدعاوى والمطالبات المتعلقة بالمعارس التقاضي والأمين والمصفي والتبوير الموحدين ونسبهم، متى كان النزاع متعلقاً بدعوى تخص بطورها المحكمة.
- ٩- دعاوى التسريح من الإفلاس الناشئة من دعوى سبق نظرها من المحكمة).

وإن كانت من جنس المعاوضات، كمعقود بيع العقارات، أو شرائها، أو عقود المساقاة، أو المزارعة، أو عقود التوريد المصرفي، أو المهني، أو عقود تقديم الخدمات الطبية، ونحو ذلك من العقود.

ومما سبق يظهر جلياً العلاقة بين ما جاء في هذا المطلب، وبين عنوان البحث؛ إذ أن عقود المعاوضات التجارية، لا يمكن تصورها، ومصرفتها بشكل واقعي، إلا بعد بيان الجهة المختصة بنظرها، وما هو حدود عملها ونظرها، مما هو مبين أعلاه^(١).

ولمصرف أن ما جرى بحثه من السوابق في هذه الرسالة لا يعد إحاطة بجميع العقود والأعمال التجارية الأصلية والتبعية، وإنما محاولة لجمع المتكبر منها، وما يكفي لتوضيح الجوانب النظرية للمسابقة القضائية، وطرق العمل بها، واعتبارها مثلاً يصلح للاقتداء بها فيما يستقبل من أحكام^(٢).



(١) انظر: التنظيم القضائي، الكروب: (٤٥٠ وما بعدها)، والولاية القضائية لنيروان المظالم، شية السعيد: (٤٦٨/١، ٥٠٨)، والاحكام القضائية، الشامي: (١٣٣-١٣٤)، وطرق الإثبات في القضاء التجاري، الجبري: (١٣٠-١٣٧).

(٢) انظر: العقود التجارية، علي حسن بونس: (٥-٦)، وطرق الإثبات في القضاء التجاري، الجبري: (١٣٠-١٤٧).

البهيم الثاني

أدلة اعتبار السوابق القضائية وأهميتها

وفيه مطالبان:

- المطلب الأول: أدلة اعتبار السوابق القضائية.
- المطلب الثاني: أهمية السوابق القضائية.

الطلب الأول

أدلة اعتبار السوابق القضائية

١ - إن الرجوع إلى السوابق القضائية، والعمل بما قضى به المتقدم، يعد منهجاً سار عليه السلف الصالح عليهم رحمة الله ورضوانه - وعملوا به، فقد ورد عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: "من عرض له منكم قضاء بعد اليوم فليقض بما في كتاب الله، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله، فليقض بما قضى به نبيه ﷺ فإن جاء أمر ليس في كتاب الله، ولا قضى به نبيه ﷺ فليقض بما قضى به الصالحون، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله، ولا قضى به نبيه ﷺ، ولا قضى به الصالحون فليجتهد رأيه" ^(١).

ففي هذا الأثر دليلٌ عظيمٌ على مكانة السوابق القضائية، وأهميتها، إذ أنها أحد المصادر التي يرجع إليها القاضي في نظره، واجتهاده متى صبح عنده مأخذ ما قضى به من سلفه، وبأن له سلامته؛ فقد جاز له استناده عليه والعمل به.

ب - استحباب بعض الفقهاء في من ولي القضاء أن يكون عالمًا بأحكام من سبق من القضاة، بصيرًا بهاء فقد ورد عن عمر بن عبد

(١) أخرجه النسائي في سننه، وهو برقم (٥٢٩٧-٥٢٩٨)؛ (٨/٢١٢٢٠)، وأخرجه البيهقي في سننه (١١٥/١٠). عن عبد الله بن مسعود موقوفًا، وهو صحيح الإسناد (فتح الباري: ١٢/٢٨٨)، وله شاهد تلقاه للعلامة بالقبول، وهو حديث معاذ حينما بعث النبي ﷺ إلى اليمن (المطالع الصغير ٤/٤٤٦).

الطلب الثاني

أهمية السوابق القضائية

إن المتأمل في تعريف السابقة القضائية يتبين له بأنها مرتبطة بالواقعة محل الحكم، وما يثبني عليها من مناحات، وتنزيل للحكم الملاقي لها شرعاً، وتقييد ونحو ذلك مما هو معلوم في كتب أصول الفقه وعلمه.

فالواقعة قد تكون نازلة جديدة، أو تكون مما قروه ودونه الفقهاء في مدوناتهم وكتبهم، من أقوال، ومسائل وفروع، ولكن تغير مناحاتها لأي سبب من الأسباب كتغير العرف الذي ثبت عليه مثلاً، أو المصلحة المستترة، أو حال المكلفين، أو ظهور ما يبين حقيقة الواقعة على صفة غير الأولى، وكل ذلك يعد من مستجدات النوازل والأحكام^(١).

(والقاضي - وكذا المفتي - وهو يسعى إلى تحديد الحكم الملاقي للواقعة قد يقف على أن المسألة من النوازل الفقهية التي لم ينص عليها بجزئها بدليل من الكتاب أو السنة، أو لم يسبق تقرير حكمها من قبل الفقهاء، كما إنه قد يجد الصورة ظاهراً مما نص عليها الفقهاء، ولكن عند تأصيلها يجهلها مبنية على مناحات غير مستترة من عرف طارئ أو مصلحة مؤقتة ونحوها، وعليه هنا أن يجهل في تقرير حكمها بالنظر إليها نازلة جديدة)^(٢).

فالقاضي عندما يحدث له من الأفضية ما لا قول فيه للعلماء، ثم

(١) انظر: توصيف الأفضية، بن خنين، ٤٧٩/١.

(٢) توصيف الأفضية، بن خنين، ٤٥٩/١.

اجتهاد في تأصيلها، وتقصيدها، وحكم فيها، فإن ذلك يكون أصلاً يستضيء به من بعده، ويستند عليها في حكمه وتقريره لحكم كلي في الواقعة المعروضة عليه، شريطة أن يصبح مأخذها، وأن تتطابق معها^(١).

فالمباينة قد تكون منشئة لحكم كلي مسكوت عنه، إما باختيار رأي فقهي محسوب، أو لإحداث قول ورأي خاص للقاضي مستوفياً لشروطه المقررة شرعاً، وقد تكون إقراراً لقياس قضائي معتبر فيما يجوز فيه القياس، وقد تكون مرجحة لتعارض بين نصين أو مفسرة لنص عامض، أو منحصصة لنص عام، أو مبينة لمجمل، أو مقينة لمطلق من النصوص الشرعية والنظامية^(٢).

ومن الأسباب التي تزيد السوابق القضائية أهمية، معرفة أن السوابق تعد من روافد تجديد الفقه الإسلامي، حيث إنها متجددة ومتغيرة بحسب ما يحدث للناس من وقائع ونوازل، وهذه الأمور من خصائص الفقه الإسلامي، والذي هو صالح لكل زمان ومكان.

فالسوابق القضائية تعد أجوبة فقهية عن الأحداث، والوقائع، النوازل، وهي واقعية الحدوث، وليست من المسائل الافتراضية، مما تشكل رافداً كبيراً ومصدراً خصباً للاجتهاد الفقهي والتطبيق العملي، كما أنك تجد في السوابق القضائية جميعها بين الناحية الموضوعية والناحية الإجرائية، فالقاضي حينما يسير في الدعوى المنظورة أمامه يملك إجراءات معينة، منذ بنائها إلى صدور الحكم فيها، وقد يعرض له أثناء تلك إجراءات لم يتطرق لها الفقهاء ولا الأنظمة المرعية، مما يستوجب عليه رسم بعض الإجراءات التي يستفيد منها من بعده.

(١) المرجع السابق، ١/ ٤٨١.

(٢) انظر: المباحث القضائية، الشيب: ٥٢-٥٣.

ويسيرون على ما سارت عليه الإجراءات المرسومة في السوابق القضائية، وهذا الأمر يعد ثروة وذاً يحتاجه كل من له اهتمام بالتواحي الإجرائية والموضوعية، ويعود بالنفع على كثير من القضاة والباحثين والمحامين وغيرهم^(١).

ومما تحسن الإشارة إليه عند الحديث عن أهمية السوابق القضائية، أن يحذر أهل الاختصاص من الاعتماد المطلق على السابقة القضائية دون تدقيق أو تنقيح، بل عليهم تجنب كل ما ليس له أصول معتبرة من السوابق، أو ما كان مخالفاً لنص صريح من كتاب أو سنة، أو ما كان غير من الألة أولى منه وأبين وغير ذلك^(٢).



(١) انظر: ابن خنين، السوابق القضائية ومكانتها في الأحكام: ٧، يوساق، السوابق القضائية والاعتماد عليها في القضاء: ٢١٧، كلا الباحثين نشر في موقع التميز البشري التابع لجامعة الإمام محمد بن سعود.

rel.org.sa/dm/downloads.php?action=RelDownload

(٢) انظر: توصيف الأنظمة، بن خنين: ١/ ٤٨٢.

المبحث الثالث

حكم الأخذ بالسابقة القضائية، والإلزام بها

وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: حكم الأخذ بالسابقة القضائية.
- المطلب الثاني: حكم الإلزام بالسابقة القضائية.

الطلب الأول

حكم الأخذ بالسابقة القضائية

وهيه مسألتان:

• المسألة الأولى: التكليف الفقهي لحكم العمل بالسابقة القضائية:

تناولت في المطالب الماخية بيان معنى السابقة القضائية، وتحديد المراد بها، وأهميتها، ثم جاء هذا المطالب للمحديث عن حكمها، وحكم الإلزام بها، والحكم على الشيء فرع عن تصوره، وبالنظر في بداية ظهور السابقة والعمل بها، فإنه يظهر جلياً ما جزم به بعض الباحثين من أن السوابق القضائية من حيث كونها أصولاً معتبرة، وقواعد حاكمة، فإنها تشبه وتقارب ما ورد في المذهب المالكي؛ من الإلزام بما جرى عليه العمل، وأن هذه القاعدة التي عرفت عنهم، تعد في أصلها امتداداً لمنهجة الإمام مالك وطريقته التي سار عليها في الاستدلال، وقد عرف عنه واشتهر الاحتجاج بمثل أهل المدينة^(١)، ومن المعلوم أن معرفة شبيه الشيء معرفة به، وكذلك الأمر فيما له ارتباط قوي بالسابقة؛ كارتباط الفرع بأصله، فإن الكلام عن حكم السابقة، يستلزم منه الحديث عن مسألة ما جرى عليه العمل، الأمر الذي ناسب أن أفرد هذه المسألة:

(١) انظر: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، للمسري، ص ٧٩، وأصول الفقه والتفصيل، لرياض، (ص ٣٩٥).

- ما عليه العمل في الفقه المالكي:

مر معنا في هذا البحث الكلام عن المصطلح الفقهي الذي نشأ وترعرع في بلاد المغرب العربي، وأنهم أطلقوا ألفاظاً تشمل عدة أنواع من الأحكام، فقالوا: فقيه العمل، أو المعمول به، أو هكذا ما جرى به العمل، ويمكن أن نبين المراد هنا من خلال النقاط التالية:

أولاً: صورة المسألة:

ما جرى عليه العمل عند المالكية يعنون به تلك الأقوال والروايات الواردة عن أئمة المذهب المالكي، وهي تعد أقوالاً ضعيفة، أو شاذة، وجرى العرف بها، أو اقتضتها المصلحة، أو غير ذلك من الأسباب الموجبة للقول به، ثم أفتى بهذا القول الضعيف أحد المفتين، أو حكم به أحد القضاة ممن عرفوا بالعلم والتقوى، واستمر العمل به بعدهم على نحو ما أفتوا، أو حكموا به، حتى اجتمع بعد ذلك ما يسمى بالعمليات، وهي الكتب التي تجمع المسائل، والقواعد التي يكثر العمل بها أمام المحاكم، وسميت اليوم في بلاد المغرب العربي بكتب المشرقة^(١).

ثانياً: تحرير محل النزاع:

١ - اشتهر هذا النوع من الفقه لدى المالكية "المضاربة وأهل الأندلس"، وخاصة القضاة والمفتين منهم، بعد ما ورثوا جملة من الأقوال والروايات في المذهب المالكي، وقسمها العلماء إلى راجح ومشهور وضعيف أو شاذ^(٢)، وجزم بعض الباحثين بأن هذا

(١) انظر: نظرية الأئمة بما جرى به العمل، للعسوي: ٧٩، وأصول التقوى والقضاء في المذهب المالكي، رباح، (ص ٥١٣، ٥٢٢)، والمنخل في المذهب المالكي، توب، (ص ٢٦١)، ومصطلح المذهب، محمد علي، (ص ٢٣٧).

(٢) انظر: اصطلاح المذهب، محمد علي، (ص ٢٣٧)، أصول الفقه والقضاء، رباح ٥٢٢.

الاجتهاد فيما جرى به العمل، مستمد من أصول الإمام مالك عليه السلام واحتجاجة بعمل أهل المدينة^(١).

٧ - ولعمل أهل المدينة مراتب من حيث المحجة ذكرها بعض العلماء من خلال تتبعهم لمنهج الإمام مالك في الاحتجاج بالعمل، ومن أدق من ذكر هذه المراتب، ويبين ما يحتاج به، وما لا يحتاج به، هو الإمام ابن تيمية عليه السلام واستفاد ذلك من علماء المالكية، كالقاضي عياض^(٢)، والإمام الباجي^(٣) رحمهما الله وظهرهم، وإذا

(١) انظر: نظرية الأئمة بما جرى به العمل، للعسوي ١٨٢؛ وقد أحاط بعض المعاصرين بأن عمل أهل المدينة المعتبر عند مالك هو ما توفر فيه شرطان:

١- أن يكون مما لا مجال للرأي فيه.

٢- أن يكون العمل من الصحابة أو التابعين لا غير ذلك. ينظر: ملوكية أصول الفقه؛ الشخيلي، (ص ٢٧٥).

(٢) القاضي عياض هو: القاضي أبو القاسم عياض بن موسى بن عياض بن عمرو البشقي - نسبة إلى بصيب بن مالك قبيلة من حمير - النسبي الأندلسي الأصل؛ كان إماماً وقد في الحديث وعلومه عالماً بالتفسير وجميع علومه فقيهاً أصولياً نظرياً وعارفاً بكلام العرب وأيامهم وأسابيهم حافظاً لمنهجه مالك عليه السلام تعالى، وقد بمدينة سنة في النصف من شعبان سنة ست وسبعين وأربع مائة، ومن شيوخه: القاضي أبو الوليد بن رشد، وأبي محمد بن حنابل، وأبو بكر الطرطوشي، وتولى القضاء بقرطبة سنة اثنين وثلاثين وخمسمائة، وتوفي بمراكش يوم الجمعة سابع جمادى الآخرة، وقيل في شهر رمضان سنة أربع وأربعين وخمسمائة، ودفن عليه السلام تعالى بباب إبلان داخل المدينة، وله تصانيف مفيدة منها: 'الإكمال في شرح كتاب مسلم'، ومنها: 'مشاور الأنوار'، وكتاب ترتيب المناركة وتزويد المسالك لمعرفة أصلام مناهج مالك، وغيرها.

انظر: وفيات الأعيان ٤٨٢/٢، والندب للمصنف ٤٦/٢.

(٣) والإمام الباجي هو: سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن واوت أبو الوليد الأندلسي الباجي القرطبي صاحب التصانيف أصله بطليوس وانتقل أباه إلى بلجة وقد في ذي القعدة سنة ثلاث وأربع مائة، سمع ورسل وأخذ الفقه من أبي الطيب الطبري، وأبي إسحاق الشيرازي وغيرهما كثير، ورجع إلى الأندلس بعد ثلاث عشرة سنة قضاه في المشرق، وحاز الرئاسة بالأندلس، فأخذ منه بها علم كثير وسمع منه جماعة، وتفق عليه خلق، وتوفي سنة أربع وسبعين وأربع مائة بالعمرة من الأندلس، وله تصانيف نافعة: منها (المنظري في الفقه والمعاني في شرح -

عليهم ما يرضونه ويبيته^(١).

وسأكتفي بنقل ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية لبيان مراتب حجية عمل أهل المدينة، ومذاهب الفقهاء في قبوله والاحتجاج به، فقد قال **رحمه الله**: (والتحقيق في مسألة إجماع أهل المدينة، أن منه ما هو متفق عليه بين المسلمين، ومنه ما هو قول جمهور أئمة المسلمين، ومنه ما لا يقول به إلا بعضهم).

وذلك أن إجماع أهل المدينة على أربع مراتب:

(المرتبة الأولى): ما يجري مجرى النقل عن النبي **ﷺ** مثل نقلهم لمقدار الصاع والمد؛ وترك حنقة الخضروات، والأحباس، فهذا مما هو حجة باتفاق العلماء.

(المرتبة الثانية): العمل القديم بالمدينة قبل مقتل عثمان بن عفان **رضي الله عنه**، فهذا حجة في مذهب مالك، وهو المنصوص عن الشافعي... وظاهر مذهب أحمد... والمحكي عن أبي حنيفة يقتضي أن قول الخلفاء الراشدين حجة، وما يعلم لأهل المدينة عمل قديم على عهد الخلفاء الراشدين مخالف لسنة الرسول **ﷺ**.

(المرتبة الثالثة): إذا تعارض في المسألة دليلان؛ كحديثين وقياسين جهل أيهما أرجح، وأحدهما يعمل به أهل المدينة؛ ففيه نزاع. فمذهب مالك والشافعي أنه يرجح بعمل أهل المدينة.

- الموطأ مشرحة (مجلد ١) والسراج في الخلافة (أحكام الفصول في أحكام الأصول)

انظر: الروافى بالوفيات ٢٢٩/١٥، وتوتيب المنازل وتوتيب المسالك ١١٧/٨.

(١) انظر: توتيب المنازل للشافعي ص ٦١/١، وأحكام الفصول، للبرقي، (ص ٤٨٠)، ومجموع الفتاوى، لابن تيمية (٣٠٣/٧٠)، وأصول الفتوى والفتاوى، ورائس، (ص ٣٨٨)، والمختل في اقتد المالكى، قوب، (ص ٢٦٢).

ومذهب أبي حنيفة أنه لا يرجح بعمل أهل المدينة، ولأصحاب أحمد وجهان: أحدهما - وهو قول الشافعي أبي يعلى، وابن عقيل - أنه لا يرجح، والثاني - وهو قول أبي الخطاب وغيره - أنه يرجح به، قيل هذا هو المنصوص عن أحمد... فهذه مذاهب جمهور الأئمة توافق مالك في الترجيح لأقوال أهل المدينة.

وأما (المروية الرابعة): فهي العمل المتأخر بالمدينة، فهذا هل هو حجة شرعية يجب اتباعه أم لا؟ فالذي عليه أئمة الناس أنه ليس بحجة شرعية، هذا مذهب الشافعي وأحمد وأبي حنيفة وغيرهم، وهو قول المحققين من أصحاب مالك كما ذكر ذلك الفاضل عبد الوهاب في كتابه (أصول الفقه) وغيره، ذكر أن هذا ليس إجماعاً ولا حجة عند المحققين من أصحاب مالك، وربما جعله حجة بعض أهل المقرب من أصحابه، وليس معه للأئمة نص ولا دليل، بل هم أهل تقليد^(١).

ومما سبق نرى بأن الخلاف انحصر في نوع واحد من أنواع العمل لأهل المدينة وهو العمل المتأخر، وما كان طريقه الاجتهاد، واتفق الجمهور بما فيهم المحققين من أصحاب مالك على أنه ليس بحجة وبالفهم في ذلك أكثر المالكية المتأخرة، واحتجوا به مطلقاً، وقد استدلل كل فريق من الفريقين بأدلة عقلية وعقلية استوفتها كتب أصول الفقه^(٢).

(١) انظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية، (٣٠٣/٢-٣١٠)، وهذه المسألة طويلة طويلة الدليل، وقد استدلل كل فريق بأدلة عقلية وعقلية، وليس هنا مجال لإيرادها، ويرجع إليها في الكتب الأصولية المذكورة في الهامش التالي.

(٢) انظر: المجموع، للواقفي، (٢٧٨/٤)، مفتاح الوصول، للشمساني، ٧٥٢، شرح مختصر الروضة، للطوفي، (١٠٣/٣)، نزعة الخاطر المعطر، لابن بدران، (٢٧٨/١)، مذكورة في أصول -

٣ - إن مسألة حمل أهل المدينة والتي فهم منها بعض علماء المغرب - استناداً على رواية عن الإمام مالك - بأنه حجة على إطلاقه، ومن ثم نشأت وتطورت هذه القاعدة إلى مفهوم جديد في المنهج المالكي المغربي، وطُبقت على نطاق الاجتهاد المنهجي، وجزم بعض الباحثين بأن شرائع طربية ويقصد بها ما جاور بلاد المغرب العربي، قد تأثرت بفكرة الأخذ بما جرى عليه العمل عند المالكية وطبقته على السوابق القضائية، وجعلتها أصولاً قانونية ملزمة لما تلاها من أحكام^(١).

لذا فإن مفهوم ما جرى عليه العمل هذه بعض المتأخرين له؛ بأنه وجد لأجل إصلاح المجتمع بشكل عام، فهو يتواءم مع أحوال الناس وجوداً وهدماً، ولا يعني ذلك مصداقته للمنصوص الشرعية، وتغييرها على الإطلاق؛ بل هو علاج تشريعي جاء لإعطاء الحلول اللازمة للشوازل الفقهية المعروضة على القضاء والمفتين^(٢).

ثالثاً: أقوال العلماء في حكم الأخذ بما جرى عليه العمل وأدلتهم:
ومن خلال ما سبق نصل إلى بيان حكم الأخذ بما جرى عليه

- الفقه، (ص ٢٧٥)، المستقصى، للشذائي، (ص ١٤٥-١٤٨)، الملحق في أصول الفقه، للشيرازي، (٩١)، أصول الشرحي، (٢١٤/١)، تيسر التحرير، أمير بادشاه، (٢/٢٤٢)، حمل أهل المدينة، إلياس هودور، (ص ١٢٠) وما بعدها.

(١) انظر: نظرية الأخذ بما جرى عليه العمل، للمسوي، (٧٩).

(٢) انظر: مصطلح ما جرى به العمل، الزبيدي، (ص ١٦١٧)، وأصول الفتوى والقضاء، وياض، (ص ٥٦١)، وهو المعمول به في قانون مدونة الأحوال الشخصية المغربية حيث نص في نهايته على (كل ما لم يشمله هذا القانون يرجع فيه إلى المراجع أو المشهور أو ما جرى به العمل من منطبق الإمام مالك).

انظر: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، للمسوي، (ص ٦٠)، وسعوت في الفقه المالكي، لكريسيوي، (ص ٢٢٠).

العمل عند المالكية بناء على المفهوم السابق تفصيله، وهل يصح استصحابه في السوابق القضائية؟

فالظاهر أن هذه النظرية خضعت للمخلاف بين فقهاء المالكية بعد التوسع في إعمالها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن جريان العمل بقول من أقوال المذهب مما يرجح به، وذلك وفقاً للشروط الموضوعية من قبلهم والتي تبين شروط صحة ما يعمل به، وما لا يعمل به، نقله صاحب كتاب نظرية الأخذ بما جرى عليه العمل عن الفقهاء المتأخرين من أهل المذهب المالكي، وأن تصرح كتبهم متفقة على ذلك ثم حكى أنه مذهب الشافعية أيضاً^(١). واستلوا بمايلي:

الدليل الأول: أن الإمام مالك **كله** إذا تعارضت لديه الأدلة أخذ بما جرى به العمل عند أهل المدينة وكذلك الحال عند الفقهاء؛ فإذا تعارضت لديهم الأقوال في المذهب أخذوا بما جرى به العمل في البلد الذي هم فيه.

الدليل الثاني: أن عمل أهل المدينة يتكون من فتاوى الصحابة والتابعين وأقضيةهم؛ وكذلك الحال في عمل الفقهاء.

القول الثاني: أن ما أجراه المالكية من العمل، وترجيحهم الأقوال والروايات الضعيفة على الراجحة أو المشهورة لا يحتاج به بل لم يسلم

(١) نظرية الأخذ بما جرى عليه العمل، للمسري، (ص ٧٠-٧١)، وهذا مبني على خلاف ما قروا في مراتب صحة عمل أهل المدينة بالنسبة لمذهب الإمام الشافعي، أما مذهب السواد الأعظم من المالكية فهو على اعتبار العمل؛ وأنه أصل معتبر ولا يستغني عنه في صناعة الفتوى والفتوى.

لِقائله، ولاقى معارضة شديدة من قبل بعض الفقهاء من المالكية، لا سيما بعد ظهور التساهل في مخالفة النص الصريح، ومحاولة نشر البدعة استناداً على أنه جرى العمل بها، وما يذكر في هذا الباب، أن متأخري المالكية بمصر عمدوا إلى تقديم الراجح والمشهور من المذاهب الأخرى كالحنفية، والشافعية، والحنابلة على القول والعمل بالشاذ أو الضعيف في المذهب المالكي عند الضرورة، ولقد كان من أشد المعارضين لهذه النظرية أبو عبد الله المقرئ^(١)، صاحب القواعد الفقهية، وأبو بكر الطرطوشي^(٢)، وسمى بعضهم العمل الفاسي، بالعمل الفاسد^(٣).

واحتج من يرى عدم الأخذ بما جرى عليه العمل بعدة أمور منها^(٤):

الدليل الأول: أن ما جرى به العمل فيه تحكيماً للعرف بدل النص مع أن العرف والعادة تعتبر أسباباً للأحكام الشرعية.

الدليل الثاني: أن غالب الفقهاء المتأخرين هم مقلدون، وليسوا في

(١) المقرئ هو: الإمام المصنف أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد القرشي التلمساني، المعروف بالمقرئ، أحد مصنفي مذهب المالكية الأثبات، وتولى القضاء فقام به علماً وصلاً، فسميت سيرته، وله مصنفات كثيرة منها: كتاب القواعد، وحاشية على مختصر ابن الحاجب، توفي سنة ٧٥٦هـ وقيل ٧٥٨هـ.

انظر: شجرة النور الزكية: (١/٣٣٤)، والأعلام للزركلي: (٧/٣٧).

(٢) أبو بكر الطرطوشي هو: محمد بن الوليد بن محمد بن خلف القهري الطرطوشي الأندلسي، من فقهاء المالكية وكياهم في حينه، نزل طرطوشاً من بلاد الأندلس، وصاحب القاضي أبو الوليد البلجي وأخذ عنه، له مصنفات منها: 'سراج الملوك' ومصنف في ملوك الأندلس، توفي سنة ٥٢٠هـ.

انظر: الدياج المذهب: (٢/٢٤٤)، وسير أعلام النبلاء (١٩٠/١٩٠).

(٣) انظر: مصطلح ما جرى به العمل وأثره على تغيير الفتوى، د. عبد الفتاح الزليفي، (ص ١٢٤١).

(٤) بسوت في نقد المالكي، للربيعي، (ص ٢٢٠).

درجة المجتهدين، وقصارى عملهم ذكر الأقوال والروايات، ولا يخلوهم
فلك أن يصلحوا فتاوى وأحكاما تخالف الراجح والمشهور.

الدليل الثالث: أن غالب ما قيل فيه أنه جرى العمل به، هو مجرد
دهوى ولا يعلم مدى صحته، وهل التزم فيه بالشروط المعتبرة لما يصح
أن يعمل به؟.

القول الثالث: خروجاً من الخلاف؛ فإن عنداً من المعاصرين
والذين نصروا القول بنظرية الأخذ بما جرى عليه العمل في المذهب
المالكي، ساءوا إلى التشنيع على كل من أطلق العمل بهذا المصطلح
على وجه العموم، حتى في العبادات، ومنعوا كل اجتهاد يكون في مقابلة
النص، واشتروا لصحة ما جرى به العمل ألا يكون مخالفاً لنص
صريح، أو أن يكون ترجيحاً في عبادة من العبادات لا دليل عليها سوى
العمل به^(١).

رأيًا: الراجح من الأقوال:

الذي يترجح - والله أعلم - هو القول الثالث؛ لأنه لا يصح إطلاق
العمل بما جرى به العمل، لا سيما فيما يثني على رواية، أو قول ضعيف
أو شاذ، وكان مخالفاً لأصول معتبرة، أو لعمل أهل المدينة القديم الذي
لا خلاف في اعتباره، أو مما لا مجال للرأي فيه، ولتكون أهل المدينة
وعملهم المتأخر - وهو ما كان بعد عصر الصحابة - يصار فيه إلى الأدلة
المحملة شرعاً، ولأنهم بعض الأمة فيسمعهم ما يسع غيرهم، والعصمة
مشروطة بإجماع جميع الأمة، وأما العمل القديم فإنه حجة؛ لأن قول

(١) انظر: أصول الفتوى والتشريع، وهاش، (ص ٥٦٠)، وبحوث في الفقه المالكي، للربيعي،
(ص ٦١٦، ٦٢٦).

الصحابي فيما لا مجال للرأي فيه يعد في حكم المرفوع، ويرجح به الخبر الموافق على الخبر المخالف، ولكنه لا يستقل بالمعاصرة، وقد حكى بعضهم أن الدراسات التطبيقية لكثير من مسائل العمل القديم - بالمعنى المذكور آنفاً - أظهرت استحالة مخالفتها لخبر صحيح^(١).

● المسألة الثانية: حكم العمل بالسابقة القضائية.

بعد التأمل فيما سلف ذكره من الأخذ بما جرى به العمل، قلبي أقول بأن السابقة القضائية من حيث اشتراط جريان العمل بها وتكرارها، ومن حيث حدودها من قاضي عرف بالعلم والتقوى، ورافقه عليه عند من القضاة الاعتبارين سواء في المحكمة الأعلى درجة، أو كل من عمل بها بعده؛ فإنها قد شابها ما جرى عليه العمل عند المالكية، وتخرج على ما رجحناه من صحة الأخذ بها والعمل بها، فكيف إذا كانت تستند على أصل من أصول الشريعة وتنتج عنه، أو تستند إلى دليل من الأدلة المعتمدة في أصول الفقه أو قول راجح مشهور في المذاهب الفقهية الأربعة، لا شك بأنها أدهى للقبول، وأقوى في الاعتبار والأخذ بها، ولا سيما إذا كان ذلك في زمن ضعف فيه الاجتهاد وقل، وقلت عزائم البحث وسعة الاطلاع، وخبأت الأوقات على كثير من القضاة.



(١) انظر: المراجع السابق، والمنخل في الملعب للملكي، أحمد قوب، (ص ٣٦٧)، وملحوظة أصول الفقه، الشطي، (ص ٣٧٥).

الطلب الثاني

حكم الإلزام بالسابقة القضائية

◆ الفرع الأول: حكم الإلزام بها في الفقه الإسلامي:

مر معنا في فرع المطلب الأول الأصل الذي تخرج عليه السابقة القضائية من حيث الجواز أو المنع، أما مسألة الإلزام بها، وحكمه، وما يترتب على ذلك من صحة القضاء بما يخالف السابقة من عدمه، فإنه يتفرع عن كلام الفقهاء عن فروج، ومسائل منها، حكم إلزام القاضي المقلد بمذهب مقلده؟ وهل يصبح إلزامه بغير مذهب إمامه ومقلده؟ وإذا كان يصبح ذلك فهل يصبح إلزامه بما في الأحكام المنوطة؟

فهذه ثلاث مسائل، اقتضى المقام في هذا الفرع بيانها، وذكر آراء الفقهاء فيها، وذلك لصلتها الوثيقة بما ينبغي عليها من قياس السابقة القضائية على ما يرجح فيها من الأقوال، وسأقوم بيسط الكلام عنها فيما يلي:

● أولاً: المسألة الأولى: حكم إلزام القاضي المقلد بمذهب مقلده؟

١ - صورتها:

الأصل أنه يشترط في القاضي إذا تولى القضاء أن يكون مجتهداً^(١)، وأن تولية القاضي المقلد على خلاف الأصل في حال

(١) ينظر مذهب الجمهور في المراجع التالية: فتح القدير، لابن الهمام، (٢٥٦/٧)، مؤلف الجليل، للشاطب، (٨٨/٦)، تبصرة الحكماء، (٢١/١)، المهذب، للشيخ الرازي، (٣٧٢/٢)، مني المساج، (٤٣٥/٤)، المني، (١٤/١٤)، الإصباح، (٣٠١/٢٨).

الضرورة، كما هو المختار عند المتأخرين^(١)، فإذا تولى القضاء من دعت الضرورة لتوليته، وقام الإمام بالاشتراط عليه بأن يقضي بمذهبه، كأن يكون القاضي حنفياً، فيحكم بالمذهب الحنفي، ونحو ذلك.

ب - الأكلال والأهلة:

اختلف الفقهاء في حكم هذا الشرط على قولين:
القول الأول: أنه يصح هذا الشرط، وعلى القاضي أن يلتزم به في قضائه.

وهو مذهب الجمهور من أهل العلم من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والظاهر من مذهب الحنابلة^(٥).

واستدل أصحاب هذا القول بأن إلزام ولي الأمر للقاضي لا يزيد الأمر إلا تأكيداً، إذ أن القاضي مأمور بتقليد مذهبه، وهو كما يظهر له أنه الحكم على وفق الشرع^(٦).

كما استدلوا بأن تقييد الإمام داخل ضمن سلطته إذا رأى مصلحة في ذلك، والحاجة الداعية لذلك؛ لما فيه من استقرار الأحكام، ومراعاة حال القاضي في البعد عن مواطن التهمة حال خروجه عن مذهبه^(٧).

(١) ينظر: المغني، (١٥/١٤)، (١٦)، الإصناف، للمرداوي، (٢٠٢/٢٨)، الإقناع، السبكي، (٣٦٨/٤).

(٢) ينظر: البحر الرائق، (٩/٧)، رد المحتار، لابن عابدين، (٤٠٨/٥).

(٣) ينظر: مواهب الجليل، للعلامة، (٩٨/٦)، تبصرة الحكام، لابن فرحون، (٦٥/١)، حاشية النسوي، (١٥٦/٤).

(٤) ينظر: تحفة المحتاج، (١١٧/١٠)، الأشباه والنظائر، للسيوطي، (١٠٤).

(٥) ينظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية، (٧٣-٧٤/٣١)، ومطلب أولي النهى، (٤٦٣/٦).

(٦) ينظر: رد المحتار، (٤٠٨/٥)، تبصرة الحكام، (٦٦/١)، تحفة المحتاج، (١١٧/١٠)، ومتهى الإبداعات، (٥٧٦/٢).

(٧) ينظر: رد المحتار، (٧٥/١)، وحاشية للنسوي، (١٥٦/٤)، مجموع الفتاوى، ابن تيمية، (٧٤/٣١).

القول الثاني: أنه لا يصبح هذا الشرط، ولا يلزم القاضي به، وهو بداية وقوله عند المالكية^(١).

واستدل أصحاب هذا القول: بأن في إلزام القاضي بمذهبه فيما يصدره من أحكام يؤدي إلى أن يحكم بخلاف الحق؛ إذ أن الحق لا يتمين في مذهب بعينه، كما أن ذلك الإلزام يؤدي إلى الجمود، وعدم التقصي في البحث عن الحق^(٢).

(ج) المراجع:

والذي يظهر لي - والله أعلم - بعد عرض الخلاف في المسألة أنه يصبح إلزام القاضي بالتقيد بمذهبه، وعدم الخروج عنه، وأن القول الأول أظهر من الثاني، ويؤيده ما نراه من واقع الحال، وهجر القضاة المقلدين عن الاجتهاد، والمصلحة تقتضي استمرار الأحكام، كما أن المفسد المترتبة على الإلزام أقل من عدم الإلزام، ويستثنى من ذلك ما ظهر الحق فيه من الأقوال الأخرى، أو الأدلة التي تخالف المذهب المقيد به، وبهذا الاستثناء تتحقق المصالح المستبعدة، وتنتفع مفسد الجمود على مذهب معين بقدر الإمكان، وعلى هذا كان العمل في فترات ماخية من تاريخ القضاء الإسلامي^(٣).

(١) مواهب الجليل، للشاطب، (٩٣/١)، حاشية الدسوقي، (١٣٠/٤).

(٢) ينظر: تبصرة السكام، لابن فرحون، (٢٥/١)، ونقض الأحكام، للشافعي، (٣٢١/٢).

(٣) ينظر: تبصرة الأحكام، (٦٥/١)، وفهر السكام، (٥٤٨/٤)، وقد سار قضاء المحاكم في المملكة العربية السعودية على المفتي به من مذهب الإمام أحمد، نظراً لسهولة مراجعة كتبه، والتزام المؤلفين على مذهب بذكر الأدلة إثر مسائله، وأنه في حال رأي القضاة للمصلحة في قضية بعينها خارجة عن المذهب، فيصح السير فيها وفقاً لما يرونه.

ينظر: التنظيم القضائي، سعد آل هويب، (ص ٢١٣، ٢١٤)، ونقض الأحكام، للشافعي، (٣٢٣/٢).

● ثانيًا: المسألة الثانية: حكم إلزام القاضي المقلد بغير مذهب معتد.

صورتها:

إذا قيد ولي الأمر القاضي المقلد بأن يحكم بغير مذهبه، وذلك كأن يكون القاضي مالكيًا، فيشترط عليه الحكم بالمذهب الشافعي، أو الحنفي، ونحو ذلك.

الأقوال والأدلة:

اختلف الفقهاء في حكم هذا الشرط على قولين:

القول الأول: القول بعدم صحة هذا الشرط، ولا يتقيد به القاضي في قضائه؛ لكون الشرط باطلا. وهو مذهب جمهور أهل العلم من الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

واستدل أصحاب هذا القول بأن القاضي في حالة قضائه بخلاف مذهبه؛ فإنه يقضي بخلاف اعتقاده، وهذا مثل المجتهد يحكم بغير اجتهاده، وهو أمر لا يصح ولا يجوز^(٤).

القول الثاني: صحة هذا الشرط وجواز إلزام القاضي بغير مذهبه، وأن الشرط صحيح، وهو مذهب المالكية^(٥)، وقول عند الشافعية^(٦).

(١) ينظر: البحر الرائق: (٩/٧)، وروى المسار: (٤٠٨/٥).

(٢) ينظر: روضة الطالبين: (١١٩/١١)، نهاية المحتاج: (٢٤٧/٨).

(٣) ينظر: الأحكام السلطانية، لأبي يعلى، (ص ٦٣).

(٤) ينظر: روضة الطالبين، للشووي، (١١٩/١١)، نهاية المحتاج: (٢٤٧/٨)، رد المحتار: (٤٠٨/٥).

(٥) ينظر: مواهب الجليل، للسلطاني، (٩٨/٦)، وتبصرة السكام، لابن تومون، (٢٤/١).

(٦) ينظر: أدب القضاء، لابن أبي النعم: (٩٧-٩٨)، نسخة المحتاج: (١١٧/١٠).

واستدل أصحاب هذا القول بالقياس على جواز تقييد الإمام للقاضي بأن يقضي بمذهبه، فكذلك الحال هنا، وأنه يجوز أن يقينه بالقضاء بغير مذهبه بجامع المصلحة المستبعدة، وأن ذلك داخل ضمن سلطة ولي الأمر التي تدخل ضمن السياسة الشرعية^(١).

ونوقش ذلك بما ورد في استدلال الجمهور من وجود المصلحة اللازمة لهذا القول، وأن يحكم القاضي بخلاف اعتقاده^(٢).

ج - الراجع من الأقوال:

والذي يترجح - والله أعلم - هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم جواز تقييد القاضي المقلد بالقضاء بغير مذهبه؛ لصحة الاستدلال، وقوته، وسلامته من المناقشة، ويستثنى من ذلك أنه إذا وجدت المصلحة في إلزام القاضي بالقضاء بغير مذهبه في آحاد المسائل مع بقاء أصل المنع قائماً؛ فإن ذلك مما يتماشى مع المصلحة، وقواها المستبعدة. وقد تقتضي الحاجة إلى مثل هذا في بعض الأحيان، وتكون بعض الآراء والأقوال هي الأنسب لحال الناس اليوم. والأحكام منها ما هو متغير بتغير الحال، وقد قرر ذلك غير واحد من أهل العلم^(٣)، ومنه قول شيخ الإسلام - بعد سياقه الخلاف في الاشتراط على الحاكم ألا يحكم إلا وفق مذهب معين: فوهذه الأمور التي فيها اجتهاد إذا فعلها ولي الأمر نفذت^(٤)، وهو ما عليه العمل كما ذكرت في المسألة الأولى^(٥).

(١) ينظر: مرآة الجليل، للسلطاني، (٩٨/٦)، مفتي المحتاج، (٢٧٨/٤).

(٢) ينظر: نفس الأحكام، للطهيري، (٢٢٨/٢).

(٣) ينظر: النخوة، للقرافي، (١٦/١٠)، تبصرة الحاكم، (١٥٢/٢)، المنخل الفقهي للزرقاء، (١٤١/١).

(٤) مجموع الفتاوى، شيخ الإسلام، (٧٤/٢١).

(٥) ينظر: نفس الأحكام، للطهيري، (٢٢٨-٢٤١)، السوابق القضائية، للشيب، (٣٣٧).

● ثالثاً: حكم إلزام القاضي المقلد بالحكم بما جاء في الأحكام المدونة؛

تعد هذه المسألة من مسائل التوازل المعاصرة، وهي مندرجة تحت المسائل السابقة، ومتفرعة عنها، والمقصود بالأحكام المدونة: هي تدوين الأحكام الشرعية المختارة من أوجع أقوال العلماء، وصياغتها على هيئة مواد متسلسلة توضع في كتاب يعمم على المحاكم، ويلزم القضاة بالحكم بموجبه^(١).

وقد جرى فيها الخلاف بين المعاصرين، وتناولها كثير من الباحثين إما بشكل مستقل، أو بكونها ضمن أبواب وفصول كتبهم، وما زالت محل نقاش وبحث^(٢).

وإن إيراد هذه المسألة يعد مطلباً هاماً؛ لاستيضاح وكشف ما يتعلق بالسابقة القضائية من أمور شابهت فيها تدوين الأحكام الشرعية، فإن كلا منهما الفرض منه استقرار الأحكام، وما اقتضته المصلحة المرسله، فهل يصبح الإلزام بها؟

(١) وهو ما يسمى عند بعض المعاصرين بـ«التقنين»، واستعملت بكلمة التقنين أو التاليف؛ لتكون التقنين مشتقاً من كلمة «القانون»، وهي كلمة دخيلة، ينظر: لسان العرب مادة «قن»، (١٢/٣٨٠)، ونظرية الحكم القضائي، عبد الناصر موسى (ص ٢٨٦)، تقنين الأحكام، افتاح، ١٦-١٧، نقض الأحكام، الططيري (٢/٦٤٧).

(٢) ومن المصنفات في هذا الموضوع ما يلي: التقنين والإلزام، ليكر أبو زيد، وتقنين الشريعة وأصولها ومفاسدها، لعبد الله الرسام، وجهود تقنين الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، وتقنين الأحكام، عبد الرحمن القاسم، تقنين الأحكام القضائية لمحمد الفالز، وتقنين الشريعة، للششي، ونقض الأحكام القضائية، الططيري، واستقلال القضاء، المسيم، ونظرية الحكم القضائي، لعبد الناصر أبو الجبل، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، لأرفع الشبي، وبحث من إعداد اللجنة العلمية، والإفتاء منشور في مجلة البحوث الإسلامية العدد (٣١، ٣٢، ٣٣)، بعنوان تدوين الرأى من أقوال الفقهاء.

ونكفي أن أشير هنا إلى الخلاف في مسألة التدوين، وأهم الأدلة التي يستند إليها كل فريق؛ إذ أن التعمق في دراستها ليس هذا مقامه، ويتناهى مع مقصود البحث وعنوانه.

أولاً: صورة المسألة:

بالنظر إلى محل النزاع في هذه المسألة يتبين أنه ينحصر في إلزام القاضي المقلد بما جرى تدوينه من الأحكام الشرعية، ومنعه من الخروج عليها، أما ما يتعلق بترتيب الأحكام وتبويبها، وحياتها على شكل مواد أمرية، وموجزة مجردة عن الإلزام فإنها خارج محل النزاع، ومثلها تدوين الأمور الإجرائية الشكلية التي تنظم وترتب أمور التقاضي، وتحدد كيفية^(١).

ثانياً: الأقوال والأدلة:

اختلف الفقهاء المعاصرون في إلزام القاضي المقلد بالحكم بالأحكام المدونة؛ على قولين^(٢):

القول الأول: أنه لا يجوز للإمام أن يفيد القاضي، ويلزمه بهذه الأحكام المدونة. وهو مذهب طائفة من العلماء المعاصرين^(٣).

(١) ينظر: تقنين الأحكام القضائية، لفايز (ص ٥٧)، استقلال القضاء، السليم (ص ٢٥٦)، نظرات في تقنين القضاة، لكبيسي (ص ١٨١)، المبادئ القضائية، الشيب (ص ٢٤٩).

(٢) ينظر تفصيل هذه الأقوال في المراجع السابقة، ونظرة الحكم القضائي، عبد الناصر أبو البصل (ص ٢٨٢)، وتدون الزاجح من أقوال الفقهاء وإلزام القضاء بالسك، به، إعلاء للهيئة الخامسة للبحوث والإفتاء، منشور في مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٢٢، ص ٥٨-٦٥.

(٣) وهو ما انتهت إليه هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية بالأكثرية في قرارها رقم (٨) المنشور في مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٢١ لعام ١٤١١ هـ، ص ٥٨-٦٥، ومن أبرز القائلين به: الشيخ محمد الأمين الشنقيطي، والشيخ عبد الله بن حميد، والشيخ عبد العزيز بن باز، والشيخ عبد الرزاق عفيفي، والشيخ عبد الله البسام، والشيخ صالح المنجد، والشيخ عبد الله بن جبرين، والشيخ صالح الفوزان، والشيخ بكر أبو زيد. ينظر: المراجع السابقة.

واستدل أصحاب هذا القول بعند من الأدلة، أبرزها ما يلي:

الدليل الأول: أنه ورد في القرآن الكريم آيات تدل على أن الحاكم يحكم بالعدل والحق، ومنها قوله تعالى: ﴿فَأَمَّا أَتَى الْكَايِنَ بِالْحَقِّ وَلَا تَنفَعُ الْهُنَّ فَرُوحَكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾ (نمل: ٢٦)، وقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَرْسَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بِهِنَ الْقَائِمِينَ بِمَا أَرَادَ اللَّهُ وَلَا تَكُنَ لِلْعَظِيمِينَ كَايِنًا﴾ (النمل: ١٠٥)، وقوله تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّ سَكَنَتِ قُلُوبُكُمْ بِبَيِّنَتِهِمْ بِالْقُسْوَ إِنَّ اللَّهَ لَيُحِبُّ الْمُتَقِيلِينَ﴾ (المائدة: ١٨٧).

ورجحه الاستشهاد منها: أن القاضي إذا كان مجتهداً توصل إلى الحق باجتهاده، وأما إذا كان مقلداً، فإنه يتوصل إليه بثقته بمن قلده، فإذا ألزم بتقليد مذهب غير مذهب مقلده اقتضى ذلك أن يحكم بما لا يراه حقاً^(١).

الدليل الثاني: جاء في السنة عن النبي ﷺ أنه قال: «القضاة ثلاثة، واحد في الجنة، واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ف قضى به، ورجل عرف الحق وجاهر في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار»^(٢).

(١) ينظر: تدوين الراجح من أقوال الفقهاء، للبحر الإسلاميه المجلد ٢٧، ص ٢٦، نظرية الحكم القضائي لأبي البصل (ص ٢٩٦)، نفس الأحكام للتطبيري (٢/ ٢٥٠)، المبادئ القضائية، للشيب (ص ٢٥٩).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، باب في القاضي يظلم، رقم ٢٥٧٢ (٢/ ٥٢٦)، وأخرجه الترمذي في سننه بإسناد صحيح: (٢/ ٢٦)، وأخرجه ابن ماجه في سننه، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق (٢/ ٧٧٦)، ورواه البيهقي بطريق متعلقة في سننه، في باب إثم من أفتى أو قضى بالجهل (١٠/ ١١٦-١١٧)، وقال في البئر المنير: «هذا الحديث صحيح أخرجه الترمذي عن عبد الله بن بريده عن أبيه مرفوعاً، وقال الحاكم: إسناده صحيح على شرط مسلم». وينظر: المقاصد الحسنة، للسيوطي (٩/ ٥٥٦)، وينظر: المقاصد الحسنة، للسيوطي (٩/ ٤٨٩).

ووجه الاستشهاد من هذا الحديث أن من حكم من القضية بغير ما ظهر له من الحق؛ فقد أثم واستحق الوعيد الوارد فيه، وهذا الأمر متحقق في إلزام القاضي المقلد بخلاف مذهبه^(١).

ال دليل الثالث: إن في الإلزام بالأحكام المدونة مخالفة لما كان عليه النبي ﷺ وأصحابه، ومن تبعهم من ولادة، وعلماء القرون المفضلة، وأن هذا الأمر مستحدث، قال في المغني: (ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه، وهذا مذهب الشافعي، ولم أعلم فيه خلافاً)^(٢).

ال دليل الرابع: إنه يترتب على القول بجواز الإلزام مفسد عظيم، ويخشى مع بقائها، وترسبها في الأجيال المتعاقبة أن تتسلل مواد مخالفة للشريعة الإسلامية، ويظهر منها مفسد كبير، كفصل القضاء والعلماء عن فقه الكتاب والسنة، وهجرهما، وترك الرجوع إلى المراجع الشرعية والفقهية، وجمود الفقه، وركود الاجتهاد، والانصراف عن الاستدلال إلى الاعتماد على القول الراجح، إلى غير ذلك من المفسد التي يتعين معها معها ابتداء؛ سداً للشريعة^(٣).

القول الثاني: أنه يجوز للإمام أن يقيد القاضي، ويلزمه بالحكم بهذه الأحكام المدونة، وهو مذهب طائفة من الفقهاء المعاصرين أيضاً^(٤).

(١) ينظر: تدوين الراجح من أقوال الفقهاء، مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٢٢، ص (٢٧-٢٨)؛ نفس الأحكام، للطهيري (٢/٦٥٠)، واستقلال القضاء، للسجيم (ص ٢٦٤)، تدوين الأحكام، لغاوي (ص ٧٧).

(٢) ينظر: المراجع السابقة، نظرية الحكم القضائي، أبو الجبل (ص ٢٩٦)، المغني (١/٩١).

(٣) ينظر: تدوين الراجح، مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٢٢ (ص ٥٢)، نفس الأحكام؛ للطهيري (ص ٦٥١)، استقلال القضاء، للسجيم (ص ٣٦٨).

(٤) وهو رأي الشيخ محمد المنصور القاسي، ومحمد رشيد رضا، والشيخ أحمد شاكر، ومحمد

واستدل أصحاب هذا القول بعند من الأدلة أبرزها:

الدليل الأول: وردت آيات كثيرة في القرآن الكريم تدل على وجوب طاعة أولي الأمر، بل قرن حق طاعتهم بحق طاعة الله وطاعة رسوله ﷺ، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأَطِيعُوا أَكْبَرُكُمْ﴾ [النساء: ٥٩] فإذا أمروا بما لا يتعارض مع أحكام الشرعية الإسلامية وليس فيه معصية، وجبت طاعتهم، والإلزام بالأحكام المدونة ليس فيه معصية^(١).

الدليل الثاني: أن في إلزام القضاة بالأحكام المدونة، والعمل بموجبها، داخل ضمن نطاق السياسة الشرعية، والعمل بالمصالح المرسلة، والتي لا تتنافى مع أحكام الشرع، قال في النخبة: (التوسعة في أحكام ولاية المظالم، وأمراء الجرائم ليس مخالفاً للشرع، بل تشهد له القواعد من وجوه)^(٢).

وقد جمع عثمان بن عفان رضي الله عنه في نسخة واحدة، وأمر بإحراق ما سواها من المصاحف^(٣).

الدليل الثالث: تدوين الأحكام والإلزام بها، هو من جنس إلزام

- أبو زهرة، وعلي الخفيف، وأبو الأعلى المودودي، وحسين مطرود، ومصطفى الزرقا، وحيد الله غباط، وراشد بن خنين، وحيد الله بن منيع، ومحمد بن حيدر، وصالح بن ضرور. ينظر: تخمين الأحكام، لغازي (ص ٥٧-٥٨)، استقلال القضاء، للحكيم (ص ٣٦١-٣٦٢)، نقض القضاء، للطهيري (ص ٦٥٧)، المبادئ القضائية، للشيب (ص ٣٥٠).

(١) ينظر: نظرية الحكم القضائي، أبو الرميل (ص ٦٩٣-٦٩٤)، نقض الأحكام، للطهيري (٦/٢٥٤)، المبادئ القضائية، للشيب (ص ٣٥٤).

(٢) النخبة، للقرافي: (٤٥/١٠). وينظر: المراجع السابقة.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، فضائل القرآن الكريم، باب جمع القرآن، برقم ٤٩٨٧ من أسنن مالك، (٦/٣٦٦).

المقلد بالحكم بمنهج معين، وعدم الخروج عنه، وقد سبق الكلام في اعتبار أقوال أهل العلم بجوازها وصحة ذلك^(١).

الدليل الرابع: أن في هذا القول والإلزام به مصالح عديدة ترتب عليه، وتتنفع به مفسد. وقد جاءت الشريعة بتحقيق المصالح، وطفح المفسد، ومن تلك المصالح:

توحيد الأحكام، واستقرارها، والقضاء على كثرة الخلاف، والتفاوت في الأقضية؛ ويؤدي ذلك إلى سهولة الرجوع إلى المصادر القضائية، وتقليل فترة النزاع أمام القضاة؛ إذ أن الرجوع إلى المصادر الفقهية وما يخص به من كثرة الأقوال، والآراء حتى في المذهب الواحد، وحدث مسائل مستجدة، وتفرقها في الكتب، والمصادر، والمراجع؛ مما يعود سلباً على المنة الزمنية التي يقضيها القاضي في دراسة القضايا مع كثرتها وتنوعها، وقد يفسر اجتهاد القاضي أو تأخره إلى أنه اتباع للمهوى، وكثرة الظنون به، وفي تعين الأحكام والإلزام بها؛ قضاء على مثل هذه المفسد وتحقيق المصالح المرجوة^(٢).

ثالثاً: المراجع من الأقوال:

الذي يظهر بعد عرض الخلاف في المسألة، وقولي العلماء فيها، أنها من المسائل النازلة والتي يحتج فيها كل طرف بمصلحة مرسله، ودفع مفسدة متوقعة، مما يعني أنها داخلية في نطاق الأحكام المتغيرة بتغير الزمان والمكان، ومتى ظهرت الحاجة إليها صبح العمل بها وفقاً

(١) ينظر: أقوال العلماء في هذه المسألة من ٩٣-٩٤، ونقص الأحكام، للطهيري (٢/٦٥٥)، والمباحث القضاية، للشيب (ص ٣٥٥).

(٢) ينظر: نقص الأحكام، للطهيري (٢/٦٥٥)، تقنين الأحكام، الغفار (ص ٣٣)، المباحث القضاية، الشيب (ص ٣٥٦).

لقاعدة المصالح والمفاسد، وبما أن أحلة كل قول فيه حجة قوية فإن الخلاف من وجه نظر الباحث يبقى قائماً، ومع تقدم الزمان قد تصبح الحاجة ملحة للقول بالجواز، وصحة إلزام القاضي بما ينون من أحكام. وقد أشار غير واحد من الباحثين إلى أنه متى قويت المصلحة لاعتبار القول بالجواز والأخذ به؛ فإن لولي الأمر أن يسهل بدراسة هذه المسألة إلى نخبة من العلماء المعروفين بالصلاح، والأمانة، وسداد الرأي، ويجهدون في دراسة المسألة وما يحتف بها من ظروف، ومصالح، ومفاسد معتبرة، ثم يكون ما توصلوا إليه بعد تأييده من ولي الأمر واقعاً للخلاف ومنهياً له، والقاعدة الفقهية تنص على أن حكم الحاكم يرفع الخلاف^(١).

رابعاً: علاقة هذا الفرح بالسابقة القضائية:

إن السابقة تعتبر من القاضي، وتكتسب موافقة المحكمة الأعلى درجة كما مر معنا، وهي بذلك تعد بمثابة الحكم الصادر من المجهد.

فالقاضي الذي تعرض عليه السابقة ليعمل بها، إما أن يكون من ذوي الاجتهاد، وإما أن يكون ممن لم يبلغ هذه المنزلة، فأما الأول فإن السابقة القضائية في حقه غير لازمة، ويجب عليه البحث والنظر فيما تعرض عليه من وقائع والحكم فيها بما يتوصل إليه اجتهاده، وإن خالف السابقة القضائية^(٢)، وأما الثاني المقلد فإنه -عزيراً- على جواز التقليد في حقه -يصح له الأخذ بالسابقة والعمل بها- ولا حرج في ذلك.

(١) نفس المرجع السابق، واستقلال القضاء، السليم (ص ٢٨٨، ٢٩٢).

(٢) هذا بعد تنويعاً على القول الذي يمنع التقليد بالنسبة لمن بلغ رتبة الاجتهاد، وأما إذا عجزنا على القول الآخر، وأن للمجهد تقليد متهج آخر أعلم منه أو أفضل، إما تطبيق الوقت ونحوه، فإنه يصح للقاضي المتهج أن يعمل بالسابقة ويحكم بها.

ثم إن السابقة قد تكون مبنية على الراجع من مذهب واحد، وهو مذهب القاضي الذي أصدرها، أو تكون مبنية على الراجع من مذاهب مختلفة، ومن هنا اكتملت أوجه العلاقة بين ما جاء في هذا الفرع من مسائل، وبين السوابق القضائية.

وأخيراً: فمن وجهة نظر الباحث أن السابقة القضائية هي أقرب شبهاً بما يكون من قبيل إلزام القاضي بمذهب غيره، فالسوابق لا يمكن أن تكون مذهباً لمن أصدرها، وعلى هذا فتأخذ السابقة القضائية والإلزام بها حكم إلزام القاضي بمذهب غيره، وما ذكر فيها من خلاف، وكذلك مسألة تدوين الأحكام والإلزام بها، وما ذكر فيها من خلاف قوي بين المصاحرين، وأساسه النظر إلى قاض المصالح المرسل، وسد الرغائب^(١).

♦ الفرع الثاني: حكم الأخذ بالسابقة في النظام السعودي والقوانين الوضعية، وفيه:

• أولاً: الأخذ بالسابقة في النظام السعودي:

تقرر من خلال ما سبق المراد بالسابقة القضائية، فإذا تردد أو تكرر الحكم القضائي في أكثر من واقعة وحادثة ذات موضوع واحد، وكانت الملابسات متشابهة، فهل يصبح جعلها قاعدة لما يليها من أحكام قضائية؟ وهل جاءت الأنظمة العبادية في المملكة العربية السعودية ملزمة بالسابقة القضائية؟

إن الأنظمة القضائية في المملكة العربية السعودية لم تنص صراحة

(١) ينظر: نفس الأحكام القضائية، لتفسير (٢/ ٦٦٥)، المراجع القضائية، للشيب (ص ٢٢٢).

على إعمال السوابق القضائية، واعتبارها ملزمة لما يليها من أحكام وأحداث، أو أنه لا يجوز مخالفتها ونحو ذلك؛ والسبب يعود إلى أن القضاء السعودي يستمد نظره من أحكام الشريعة الإسلامية، والأنظمة المرعية، وهذه المصادر تقدم استقلال القضاء أثناء الفصل في الخصومات؛ وأن القضاة مستقلون لا سلطان عليهم إلا شرع الله، وما جاء في الكتاب، والسنة، والإجماع، وغيرها من الأدلة المعتبرة، وما يتوصل إليه القاضي في اجتهاده الذي لا يلزم به غيره من القضاة.

بل إن المعمول به في المحاكم الشرعية هو عدم إلزام القاضي برأي معين، وكذلك الحال في محاكم الاستئناف، والمحكمة العليا فإنها لا تنقض الأحكام التي بنيت على الاجتهاد؛ عملاً بالقاعدة "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"^(١).

ومع ذلك كله فإن نظام القضاء السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٧٨/م) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ قد أشار إلى ما يمكن أن نسميه اعتباراً للسوابق القضائية، وذلك من خلال القياس على المبدأ القضائي والمنصوص على صحته، وعدم المدول عنه متى ما توفرت فيها الشروط المنصوص عليها في المادة الرابعة عشرة إلا بقرار ونص المادة هو: "إذا رأت المحكمة العليا في شأن قضية تنظرها المدول عن مبدأ سبق أن أخذ به، أو أخذت به إحدى الدوائر في المحكمة نفسها في قضايا سابقة، أو رأت إحدى دوائر الاستئناف المدول عن مبدأ سبق أن أخذت به إحدى دوائر المحكمة العليا في قضايا سابقة، فيرفع الأمر إلى رئيس

(١) انظر: حجية السوابق القضائية، للدخيرة، مجلة العدل: العدد (٢٤) ص ١٩٦، وفصول في أصول القانون، خليل: ١٤١-١٤٢، ونظام القضاء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي (٢/٧٩) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، المادة الأولى منه.

المحكمة العليا؛ لإحالة إلى الهيئة العامة للمحكمة للفصل فيه^(١)، والسوابق القضائية هي منشأ ما يصدر عن هذه الدوائر من أحكام ومبادئ. فالملاحظ وفقاً لما قرره نظام القضاء، التوجه إلى العمل بالمبادئ السابقة الصادرة من المحكمة العليا، وجعل لها حجية الإلزام، وألا يُعدل عنها إلا بقرار من إحدى دوائر المحكمة العليا، سواء كان العنود هما سبق أن قرره المحكمة العليا، أو ما قرره إحدى دوائر محكمة الاستئناف. وهذه المبادئ قد تكون مما جرى تقريره من عمل المحاكم الأقل درجة، واستقر عليه عملها، ثم أيدته المحكمة الأعلى درجة^(٢).

كما أن المشاهد والملموس بين القضاة احترام السوابق القضائية، واعتبارها، سواء في محاكم القضاء العام، أو محاكم ديوان المظالم. وفي أحكام جرى نشرها حديثاً، احتج القضاة بالسوابق القضائية، ودونوا ذلك في أسباب أحكامهم^(٣).

ولقد ألزمت الأنظمة القضائية في المملكة العربية السعودية، بأن يكون الحكم القضائي مسيئاً، كما ألزمت بنشر تلك الأحكام، وهذا له دلالة أخرى على اعتبار الأحكام السابقة، وأهميتها في استقرار الأحكام القضائية، وإلا لأعصى الإلزام لا فائدة منه^(٤).

وفي الوقت الحالي أسند إلى وزارة العدل إنشاء المحاكم العمالية؛

(١) انظر: السوابق القضائية، بن خنين: ١٦، والمبادئ القضائية، الشيب: ١٤٧، ١٥٨-١٥٩، وحجية الحكم القضائي، ياسين: ٣٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر: السوابق القضائية، بن خنين: ١٧، والمبادئ القضائية، الشيب: (١٤٧).

(٤) انظر: تسبب الأحكام القضائية، بن خنين: ١٤٧، ونظام القضاء السعودي المادة (٧٦) ونظام ديوان المظالم السعودي المادة (٢١)، ونظام المرافعات الشرعية السعودي (المواد: ١٦٣، ١٦٤، ١٦٦)، ونظام الإجراءات الجزائية السعودي المادة (١٨١).

وفقاً لما جاء في نظام القضاء السعودي، ونظام المرافعات الشرعية، وصدر الأمر الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩ هـ بإنشائها^(١).

ومن المقرر سلفاً أن هذه المحاكم تختص بالنظر فيما ينشأ من منازعات بين العامل وربه العمل، ويحكم هذا النزاع الأحكام المنظمة في نظام العمل والعمال، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٤٢٦/٨/٢٣ هـ، وقد نصت المادة: (٢٢٣) من ذات النظام على أنه: «لا يجوز لأي هيئة من الهيئات المتصوص عليها في هذا الباب أن تمتنع عن إصدار قرارها بحجة عدم وجود نص في هذا النظام يمكن تطبيقه، وعليها في هذه الحالة أن تستعين بمبادئ الشريعة الإسلامية، وما استقرت عليه السوابق القضائية، والعرف، وقواعد العدالة»^(٢).

وفهم من المادة أن السوابق القضائية تعد من مصادر الحكم القضائي في الوقائع التي لم يرد فيها نص من ذات النظام، كما يفهم منها اشتراط الاستقرار بالعمل به؛ ليصح الأخذ بها^(٣).

ومما سبق نستطيع المجزم بأن الواقع العملي التطبيقي للمحاكم يحترم السوابق، والمبادئ القضائية، ويجعل لها قوة معنوية، فقلماً نجد مسألة استقرار العمل فيها على طريقة السابقة، والمبدأ القضائي، أو صدر بها مبدأ معتبر من المحكمة العليا، وتأتي محكمة أقل وتخالف ذلك المبدأ والعمل المستقر عليه بدون مبررات معتبرة، وإذا وجدت هذه

(١) انظر: المادة التاسعة من نظام القضاء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩ هـ، والمادة (٣٤) من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢ هـ.

(٢) انظر: نظام العمل والعمال السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٤٢٦/٨/٢٣ هـ المادة (٢٢٣).

(٣) انظر حجية السوابق القضائية، النخيل، مجلة العدل: العدد ٣٤: (١٩٧).

المخالفة للمبدأ فإنها عريضة للنقض من قبل المحكمة الأعلى درجة^(١).

• ثانياً: الأخذ بالسابقة في القوانين الوضعية:

بالنظر إلى حجية السابقة القضائية واعتبارها، والإلزام بها في الأنظمة الوضعية نجد اتجاهين أو طريقين، نشأ تبعاً لاختلاف النظر بينهما في مفهوم القانون، ومصادر التشريع ليهما، وسأورد في هذا الفرع الاتجاهين، والمقارنة بينهما، وذلك على النحو التالي^(٢):

أ - الاتجاه الأول: الطريقة اللاتينية، وتعتمد هذه الطريقة بالدرجة الأولى على القانون المكتوب، وينحصر دور القضاء فيها على تطبيق القانون دون وضعه أو استحداثه، ويكتفى بالسابقة القضائية للاستئناس بها فقط، أو الاستشهاد بها في حيثيات الحكم، وغاية هذه الطريقة الحفاظ على مبدأ الفصل بين السلطات، ولكي لا يجمع القاضي بين التطبيق والفصل بين الخصومات، وبين سن الأنظمة والتشريع؛ لذلك فإن السوابق تعد من المصادر غير الرسمية لديهم، وتكون مفسرة للقاعدة القانونية، أو مرشدة عند عدم النص القانوني.

ويظهر جلياً في هذا الاتجاه حصر دور القاضي في الاجتهاد في استنباط الأحكام من النصوص القانونية، ومدى انطباقها على

(١) انظر: الاجتهاد القضائي، حباس قاسم: ص ٦٧.

(٢) ينظر: السوابق القضائية في القانون الإنجليزي، روبرت كرويس (١٨-٢٢، ٢٧-٢٢)، ونظرة الأخذ بما جرى به العمل: ١٢٧-١٢٨، علم القانون: محمد نصير: ٦٥ وما بعدها، الاجتهاد القضائي، حباس الناظري: ٦٤-٧٢، المنخل لدراسة علم أصول القانون: صرو؛ (١٦٨)، أصول في أصول القانون، خليل: ١٢٨-١٤٣، السوابق القضائية لبعيني: ٢٩-٣٠، حجية السوابق القضائية، للخشير: ١٧٨-١٨٣، السوابق القضائية، بن حنين: ١٦-١٨.

الموضوع المعروف عليه، والربط بينهما ولا يتعدى ذلك إلا نادراً^(١).

وسع ذلك كله فإنه من الناحية العملية لدى الدول التي سارت على هذه الطريقة، والواقع العملي للمحاكم المتدرجة تحت سلطتها، احترام أحكام المحاكم الأعلى درجة، والحرص على عدم مخالفتها، ويرجع ذلك الاحترام إلى سببين^(٢):

١ - أن المحاكم العليا مهمتها الأولى مراقبة تطبيق المحاكم للنصوص والقواعد القانونية؛ فتحرص المحاكم الأقل درجة على أن تجيء أحكامها مطابقة لما استقر من الأحكام السابقة؛ تفادياً لنقض الأحكام.

٢ - أن قبضة المحكمة العليا عادة ما يكونون ممن لهم خبرة سابقة، ويلغوا منزلة متقدمة من التحصيل العلمي والعملي بالأحكام، مما يخلق على الظن صواب أحكامهم، واطمئنان النفس لها، ويصبح لها قوة معنوية؛ يصعب مخالفتها.

وأخيراً فإن هذا الاتجاه سارت عليه عدد من الدول كفرنسا، وألمانيا، ومصر، وغيرها.

ب - الاتجاه الثاني: الطريقة الأنجلوسكسونية، وتعتمد هذه الطريقة في أنظمتها، وتشريعاتها على السوابق القضائية، إذ تعد مصدراً من

(١) ينظر: السوابق القضائية، كروس: ٢٧-٣٣، الاجتهاد القضائي حباس: ٦٦-٦٩، للمنخل لتروسة علم أصول القانون، جود: ١٦٨، فصول في أصول القانون، خليل: ١٣٩-١٤٠، السوابق القضائية، المنبلي: ٣٠.

(٢) انظر: الاجتهاد القضائي، حباس: ٦٧-٦٨، السوابق القضائية بن عوين: ١٦، حجية الحكم القضائي، ياسين: ٣٥.

مصادر القانون، ويسمى بقانون الأحكام العام، ويبرز فيها دور القاضي، ومبادئه للقواعد القانونية التي يستند عليها القضاة في أحكامهم، وتكون ملزمة في جميع أنحاء الدولة للمحاكم التي في نفس الدرجة التي صدرت منها السابقة، وما دونها من المحاكم الأقل درجة، ويجب اتباعها في القضايا اللاحقة متى ما نشرت في الدوريات القانونية، وعادة ما يكون النشر متصلاً بالمحاكم العليا^(١).

وللمعمل بالسوابق القضائية، واعتبارها لدى هذه الطريقة مبررات أبرزها:

- ١ - توحيد الأحكام في القضايا المتماثلة؛ مما يتعين معه التساوي بين المتخاصمين أمام المحاكم.
 - ٢ - مصرفة توجه الدعوى منذ البداية، وتوفير الوقت والجهد على القاضي اللاحق.
 - ٣ - الاستفادة من خبرات، وتجارب القضاة السابقين ممن بلغوا منزلة الاطمئنان فيما يصدر عنهم من أحكام، والذين هم غالباً ممن أمضوا شيئاً عديداً في العمل القضائي، وتمرسوا على المهنة، ولا يصلون إلى المحاكم العليا إلا وقد تنوعت خبراتهم، وتجاربهم.
- ومع ذلك كله فإن الدول التي تطبق هذه الطريقة: كإنجلترا،

(١) ينظر: السوابق القضائية: كروس: ١٨-٢٢، نظرية الأخذ بما جرى به العمل، العسوي: ١٢٧-١٤٠، علم القانون، محمد نصر: ٦٥-٦٧، الاجتهاد القضائي: عباس: ٦٤-٦٦، فصول في أصول القانون، خليل: ١٢٨-١٢٩، السوابق القضائية، النعيمي: ٢٩، السوابق القضائية، بن حنين: ١٦، حجية السوابق القضائية، النخيز: ١٨-١٨٣.

وأمریکا، وجنوب أفريقيا، تجد عدد القضايا في المحاكم العليا لديها قليل، بخلاف الدول التي تطبق الطريقة اللاتينية^(١).

وأبرز ما يعاب على الطريقة الأنجلوسكسونية أن الاعتماد على السوابق القضائية يسبب الخلط بين السلطتين التشريعية والقضائية، مما يؤدي إلى الاستبداد وعدم الاستقلالية لكل سلطة عن الأخرى^(٢).

ج - ومن خلال ما سبق نلاحظ أن القوانين الأنجلوسكسونية تجعل القضاء مصدرًا رسميًا للتشريع، والقانون. وأما القوانين اللاتينية فلا تجعل القضاء مصدرًا رسميًا للقانون، وتعد من المصادر غير الرسمية.

كما يلاحظ الاشتراك بينهما في احترام السابقة القضائية، والطريقة التي تؤدي إلى اعتبارها من حيث جهة الصادرة، ويختلفان في الإلزام بها، والاحتجاج بها فيما يلحق من وقائع وأحكام^(٣).



(١) المراجع السابق.

(٢) ينظر: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، المصري: ١٤٠، حلم القانون، محمد نصر (٧٠).

(٣) ينظر: السوابق القضائية، بن حنين: (١٧)، المنخل لنوامية حلم أصول القانون، جود: ١٦٨.

البحث الرابع

شروط اعتبار السوابق القضائية

وهذه مطالبان:

- **المطلب الأول :** الشروط المتقدمة لإعمال السابقة القضائية.
- **المطلب الثاني:** الشروط اللاحقة لتطبيق السابقة القضائية،
والأخذ بها.



البعض الرابع

شروط اعتبار السوابق القضائية

لكي يصح الأخذ بالسابقة القضائية؛ فإنه لا بد من توفر شروطها
المعتبرة، ومن خلال السير للمراد بها، تبين بأن هناك شروطاً يجب
توفرها عند تكون السابقة وأثناء ظهورها، وشروطاً تلحق ذلك أي عند
تطبيق السابقة وإعمالها، وإن كان المراد هنا الشروط التي يجب توفرها
عند تطبيق السابقة وإعمالها؛ إلا أنه يحسن إيراد مجمل الشروط التي
تسبق مرحلة التطبيق؛ وذلك لكونها من اللوازم لاعتبار الحكم القضائي،
ومن مكونات السابقة القضائية، وسأورد الكلام عن هذه الشروط في
المطلبين التاليين:

الطلب الأول

الشروط المتقدمة لإعمال السابقة القضائية

• أولاً: الشروط التي تعتبر هيمن تصدر منه السابقة.

مما لا مرية فيه أن السابقة القضائية تصدر عن القاضي، والذي يعد ركناً أساسياً في تكوين السابقة وظهورها. وسواء كانت السابقة صدرت عن قضاة المحكمة الابتدائية، أو محكمة الاستئناف، أو المحكمة العليا، فالجميع يعدون من القضاة.

وللقاضي عند تعيينه شروطاً معتبرة لتولية منصب القضاء؛ وحتى يكون حكمه ملزماً وثافلاً، ولقد نص الفقهاء على هذه الشروط المتمثلة، وذهبت كتبهم ومنوئاتهم بها، وكتب فيها كثيراً، والتي جرى تقسيمها إلى قسمين:

القسم الأول: الشروط المطلق عليها، وهي:

الأول: الإسلام.

الثاني: البلوغ.

الثالث: العقل.

القسم الثاني: الشروط المختلف فيها، وهي:

الأول: الحرية.

الثاني: العدالة.

الثالث: الذكورة.

الرابع: الاجتهاد.

الخامس: سلامة الحواس^(١).

وكذلك الحال في نظام القضاء السعودي والذي يعد امتداداً للقضاء الإسلامي؛ فقد نصت المادة (٣١) من ذات النظام على الشروط المطلوب توافرها فيمن يختار لتولي منصب القضاء في المملكة العربية السعودية، وهي كالتالي^(٢):

١ - أن يكون القاضي سعودي الجنسية بالأصل، أي أن والديه ممن يحملون الجنسية السعودية.

٢ - أن يكون القاضي حسن السيرة والسلوك.

٣ - أن يكون القاضي متمتعاً بالأهلية الكاملة للقضاء بحسب ما نص عليه شرعاً.

والمراد به وبالشرط الذي قبله، توفر ما ذكره الفقهاء في الشروط المتفق عليها والمختلف فيها المذكور آنفاً.

٤ - أن يكون حاصلاً على شهادة إحدى كليات الشريعة بالمملكة، أو شهادة أخرى معادلة لها؛ شرط أن ينجح في الحالة الأخيرة في امتحان خاص يصدره المجلس الأعلى للقضاء.

٥ - ألا تقل سنه عن أربعين سنة (إذا كان تعيينه في درجة قاضي

(١) ينظر: القضاء ونظامه، الحميري: ١١٢ - ١٣٧، نظرية الحكم القضائي، أبو البصل: (١٥٠-١٦٤).

(٢) ينظر: نظام القضاء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، المادة (٣١).

استئناف) وعن اثنين وعشرين سنة (إذا كان تعيينه في إحدى درجات السلك القضائي الأخرى).

٦ - ألا يكون محكوماً عليه بجريمة مخلة بالدين أو الشرف، أو صدر في حقه قرار تأديبي بالفصل من وظيفة عامة، ولو كان قد رد إليه اعتباره.

• ثانياً: الشروط المعتمدة للواقعة القضائية (الدعوى)، والحكم القضائي في السابقة

إن السابقة القضائية لا تصبح حتى تقع على محل صحيح، وهذا المحل هو ما يُسمى بالواقعة أو الدعوى، فإذا كان المحل ناقصاً أو باطلاً، لم يصبح الحكم الصادر فيها، والذي يبنى عليها أصلاً، ولذا فقد اشترط للواقعة شروطاً منها^(١):

- ١ - أن تكون الواقعة التي بنيت عليها السابقة محلاً للقضاء، وذلك بأن يصبح التقاضي فيها.
- ٢ - أن تكون الواقعة مما وقع وحدث، فلا يصبح بناء حكم على أمر مفترس ومضلل الوقوع.
- ٣ - أن تكون الواقعة مستوفية لأركان الدعوى من أهلية الطرفين، أو وجود المصلحة القائمة، وأن تكون معلومة المعالم واضحة الأوصاف، وأن تنفك عما يكتسبها شرعاً وعقلاً، إلى غير ذلك من الشروط المعروفة في صحة الدعوى.
- ٤ - أن تكون الواقعة متكررة الوقوع، متطابقة الأوصاف والأحداث في

(١) ينظر: نظرية الدعوى، ياسين، (٣٠٣-٣٢٠) و(٤٠٩-٤٢٦)، المبادئ القضائية، التشبيد: (١٢٢-١٢٤).

كل قضية على وجه العموم، مما يصبح معه وصف المتأخر منها بمثل ما ورد في الأول، ويستلزم ذلك الأمر خلو الواقعة عما يقينها بزمان، أو عين حتى يصبح اعتبارها مثالا يحتذى به، أو قاعدة لما يلحق، والتخصيص منافي لذلك.

وأما ما يتعلق بالحكم القضائي، فإنه يشترط لاعتباره سابقة قضائية ما يشترط توفره في صحة الحكم القضائي^(١)، ويؤيد عليها فيما يلي: (٢)

١ - أن يكون حكماً قضائياً شرعياً؛ وذلك بأن يعتبر الحكم من محكمة قضائية مستمداً من الشرعية الإسلامية، موافقاً لكتاب الله، وسنة رسوله ﷺ، أو إجماع أهل العلم. ومتى خالف الحكم ذلك؛ لم يصبح اعتباره والاعتداد به.

٢ - أن يكون الحكم بائناً غير معلق على وصف، أو شرط، أو متردد

(١) ١ - يشترط لصحة الحكم القضائي شروطها:

١ - أن تقتضيه دعوى صحيحة.

٢ - أن يكون هناك خصومة قائمة.

٣ - أن يكون الحكم بلفظ الإلزام.

٤ - أن يكون الأمر المستحكم فيه حادثاً.

٥ - الطلب من المتهني.

٦ - أن يكون الحكم بحق، وفق وجود سببه، وموجب له.

٧ - أن تتم توكية للشهود قبل الحكم.

٨ - ثبات الشهود على شهادتهم حتى النطق بالحكم.

٩ - أن يكون الحكم واضحاً.

١٠ - ألا يخلط موضوعه كتاب الله، أو سنة رسوله، أو إجماعهم، أو قياساً جليلاً.

١١ - أن يكون الحكم بحسور الخصوم.

ينظر: [نظرية الحكم القضائي، أبو اليعلى: ٣٠٣ - ٣٤٩]، القضاء ونظامه، الحموي.

(٢٣٦-٢٣٩)، نظرية الدعوى، ياسين: (٦٤٦-٦٥٣).

(٢) ينظر: الفوائد الفقهية، الرازي: (١٧٦-١٧٨)، والمباحث القضائية، الشيب: (١٢٤-١٢٦).

في الفصل في الخصومة، فمتى كان الحكم غير منه للمخصومة بشكل قاطع؛ لم يصح القياس عليه لعدم الثبوت والقرار.

٣ - أن يكون الحكم محرراً مسبباً أي واضح الألفاظ، والدلالة على الحكم، مبيّناً الأسباب التي بني عليها الحكم؛ فالسوابق القضائية العبرة فيها بالأسباب التي تستخلص منها القواعد والأمثلة التي يصبح السير على مثلها في الوقائع اللاحقة.

٤ - أن يكون الحكم مكتسباً صفة العموم، أي أن الأسباب التي بني عليها الحكم ربطت بالمعنى القائم في صفة الدهوى، أو أشخاصها، وبذلك يصبح اعتباره صالحاً لكل شخص، ولكل زمان، وتتحقق فيه دخول الصور المتعددة، والوقائع اللاحقة تحتها^(١).



(١) وتوفيها لهذا المعنى يقول الدكتور بطروب البلمصين: "إن قاعدة: (الصور يزال) لا تعني حقاً مبرراً، في راحة خاصة، بل كل صور تتعلق على صفات الصور الذي أمر الشارع بإزالتها كما أنه لا يتناول شخصاً بعينه، بل إن إزالة الصور ينبغي أن تشمل كل شخص، فالتجديد إنما يقصد به ربط الأحكام بالأشخاص والوقائع، أو الشرائع، ذوات الصفات المميزة، لا لأشخاص وأشخاصها، بل للمعنى القائم بها، مهما اختلفت زماناً، أو مكاناً" [القواعد الفقهية، البلمصين: ١٧٢].

الطلب الثاني

الشروط اللاحقة

لتطبيق السابقة القضائية، والأخذ بها

من خلال الاطلاع على ما كتب عن السوابق القضائية لم أجد من استوفى شروط تطبيق السوابق القضائية على ما يليها من أفضية، وأحداث، وحاولت استخلاص هذه الشروط من خلال الممارسة العملية، أو من خلال مقارنة السابقة بما يشبهها من القواعد الفقهية، أو المبادئ والأنظمة القضائية.

لذا فأقول إنه عند تطبيق السوابق القضائية على الوقائع المماثلة لها، فلا بد من توفر الشروط التالية^(١):

الشرط الأول: وجود السابقة القضائية، وينبغي فيها اشتغالها على ما يلي:

١ - عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية، أو ما يصدره ولي الأمر من الأنظمة المرحية.

ب - صدور السابقة القضائية من محكمة، أو دائرة مختصة، مشكّلة تشكيلاً سليماً، وفقاً لما جاء في نظام القضاء.

(١) ينظر: توصيف الأفضية، بن خنين: (٢/ ٣١١-٣٥٧)، المبادئ القضائية، الشيب: (١٢٧-١٢٩).

ج - اکتساب السابقة لصفة القطعية، وتأييد المحكمة الأعلى درجة ممن صدرت عنه السابقة^(١).

الشروط الثاني: النظري الحالات التي يقول إليها تطبيق السابقة، ومراعاة تغير الزمان والمكان، لا سيما إذا كان الحائط الذي بنت عليه السابقة قضياعها مما يتغير، ويتجدد.

الشرط الثالث: أن يراعى عند التطبيق مقاصد الشريعة وأحكامها^(٢)، فإنه متى تعارض تطبيق السابقة على ما يمثّلها من مقاصد الشريعة، وأحكامها، لم يصح إعمالها، ووجب الأخذ بالمقاصد الشرعية المعتمدة؛ فالشريعة كل لا يتجزأ.

الشروط الرابع: أن يراعى عند التطبيق تطابق الوقائع، ومماثلها،
وانتفاء الفروق الدقيقة بينهما، لكي يستقيم إلحاق المتأخر بالسابق.

الشرط الخامس: أن يراعى عند التطبيق ملاقة السابقة القضائية
لمن المطالبة في القضية اللاحقة، ونحقق الشروط، وانتفاء الموانع
فيهما؛ إذ أن التوافق بين الوقائع وما يطلبه المدعي بعد أمراً مطلوباً في
تطبيق السوابق القضائية؛ حتى لا يكون المحكم واقعاً على غير محل
النهي، وخارجاً عنها.

ومما تجدر الإشارة إليه بأن تطبيق هذه الشروط الواردة في هذا
المطلب، أمر يخضع للاجتهاد في حصرها، وإدراك أهمية تفصيل الأحكام
القضائية، وتسيبها، وتكييف الوقائع والنوازل، ووعفها وحبها سليماً،

ومبنى اختل ركن^(١) أو تخلف شرط^(٢) من الشروط؛ عاد بالخلل على الأحكام اللاحقة، وتعذر العمل به، والله أعلم^(٣).



- (١) الركن لغة: جانب الشيء الأقوى واصطلاحاً: ما لا يتم الشيء إلا به وهو المختل فيه. ينظر: لسان العرب مادة ركن و'كن' : (١٨٥/١٣)، والتصنيفات، للمرجاني: (١٤٩)، فمبنى اختل ركن الحكم القضائي بأن صدر ممن ليس له ولاية شرعية فقط الاحتجاج به.
- (٢) الشروط لغة: الزام الشيء والتزامه، واصطلاحاً: ما لا يلزم من وجوده ثلث وجود ولا عدم، ويلزم من عدمه علم المشروط. ينظر: القاموس المحيط، مادة 'شروط' : (٨٦٩)، والتصنيفات، للمرجاني: (١٦٦)، ومذكورة أصول الفقه، للشيبلي: (٨٢).
- (٣) ينظر: توصيف الأنظمة، بن خنين: (١١١/٣).

البعض الخامس

مراحل تكوين السوابق القضائية

الإلزام بالسابقة القضائية ينحصر في أن يلتزم قضاء المحاكم الأدنى درجة بأحكام المحاكم الأعلى درجة، وأن يلتزم قضاء المحاكم الاستئنافية بما يصدر عنهم من أحكام وقرارات، فقبلًا عن الالتزام بما يصدر من المحاكم الأعلى درجة منهم.

وإن الأمر الذي يحظى بالأهمية في مسألة الإلزام من الأحكام؛ ليس كل ما ورد في الحكم القضائي من إجراءات، وقرارات هــرعية، أو عابرة، وإنما الملزم منها هو الأسباب التي أسس عليها الحكم، أو السابقة القضائية^(١).

وللوصول إلى رتبة السابقة على النحو المذكور آنفًا، وبالوصف المعتبر في الإلزام فلا بد للسابقة أن تمر بمراحل نشوء، وتكوين، وهي على ثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: الحكم القضائي.

المرحلة الثانية: تكرار الوقائع المتماثلة ووجودها.

المرحلة الثالثة: صدورها من جهة الاختصاص، ونشرها.

وتعد هذه المراحل من الأمور اللازمة لانطباق وصف السابقة

(١) ينظر: الاجتهاد القضائي، عباس: (٦٦)، علم القانون، محمد نصر: ٦٦-٦٧، فصول في أصول القانون، خليل: (١٣٩).

القضائية على راقعة بعينها، وتفصيل هذه المراحل على النحو التالي:

◆ أولاً: الحكم القضائي:

١ - يعد الحكم القضائي أول مراحل تكوين السابقة، ومن أهمها، وقد سبق التبريف به في المطلب الأول من المبحث الأول، فالحكم القضائي هو: "ما يصدر عن القاضي، ومن في حكمه فاصلاً في الخصومة، متضمناً إلزام المحكوم عليه بفعل، أو بالامتناع عن فعل، أو إيقاع عقوبة على مستحقها، أو تقليد معنى في محل قابل له".^(١)

ب - السابقة القضائية منشؤها وأساسها الحكم القضائي؛ لذا فهي المرحلة الأولى في ظهوره، فمضى صدر الحكم، وأصبح ذا حجية معتبرة، واكتسب تأييداً وموافقة المحكمة الأعلى درجة؛ صار صالحاً للاحتجاج، والأخذ به في القضايا المماثلة.

وهذه المرحلة تعد أمراً لازماً لحوث السابقة، والأخذ بها. فلا يمكن القول بأن السابقة تصدر ابتداءً من المحاكم العليا دون نشوء هذه الأحكام الابتدائية، وظهورها من المحاكم الأدنى درجة، فالتدرج يعد ملازماً للسابقة، ومرتبكاً بها من حيث درجة المحكمة التي أصدرت السابقة، والمحكمة التي تطبقها.^(٢)

ومما سبق يظهر جلياً وجه كون الحكم القضائي مرحلة من مراحل

(١) ينظر: نظرية الحكم القضائي، أبو البصل: (٥٢-٥٣)، ولاستزادة ينظر المبحث الأول من هذا البحث الصفحة ٤٤.

(٢) ينظر: الاجتهاد القضائي، عباس: (٦٧)، حلم القانون، محمد نصر (٦٦-٦٧) فصول في أصول القانون: خليل: (١٣٩)، المبادئ القضائية، الشيب: (١٥٧)، نظرية الأخذ بما جرى عليه العمل، الصوري: (١٣٦).

تكرين السابقة القضائية - ومدى أهميته، وتأثيره في اعتبارها، فكما قوت أسباب الحكم القضائي، وما استندت إليه في الاجتهاد، والقضاء، قوي الاعتبار بها في القضايا المماثلة، وصلاح لأن يكون مثالا يحتذى به.

◆ ثانياً: تكرار الأحكام

١ - المراد بتكرار الأحكام.

المراد به هو أن يتكرر الحكم القضائي في الوقائع ذات الموضوع الواحد، والمتماثلة في الصفات، والأحداث المتشابهة، حتى يكثر التصاق هذه الواقعة بالحكم، مما يصنع عليه الجزم باعتبار اللاحق في الحكم كالسابق، وهذا الأمر هو عين ما تقرره السابقة القضائية^(١).

وقد أشار نظام القضاء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٧٨) وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ في المادة الرابعة عشرة، إلى أن القضايا السابقة التي سبق السير فيها على حكم، أو مبدأ لها تأثير على القضايا اللاحقة، بحيث لا يجوز مخالفة ما سبق تقريره إلا بالمدول عنه من قبل الهيئة العامة^(٢).

ب - إذا تردد الحكم القضائي في أكثر من واقعة متشابهة، وتكرر بشكل يوحى باستقرار الحكم القضائي به في مثل هذه الوقائع، وأنه معتد به لدى جهات التقاضي الأعلى درجة، والتي تملك حق نقض الأحكام، والطمع فيها؛ فإن هذا التكرار، وعدم تقضيه مشعراً باعتبار السابقة والأخذ بها، وإن لم ينص على ذلك^(٣).

(١) ينظر: المباحث القضائية، الشيب: (١٥٩).

(٢) ينظر: نظام القضاء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٧٨) وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ، المادة الرابعة عشرة.

(٣) ينظر: الاجتهاد القضائي، عباس: (٦٧)، المباحث القضائية، الشيب: (١٥٨).

وكما جعل التكرار فيما سبق أن أخذت به إحدى دوائر المحكمة العليا، والنص على عدم مخالفته وفقاً لما جاء في نظام القضاء السعودي، وأن ذلك مظنة نشوء تقرير المبدأ القضائي، فذلك التكرار في السوابق القضائية والتي تعد من المراحل السابقة على ظهور المبدأ بل جزء من تكوينها، وتصبح مثلاً يحتذى به في الوقائع المماثلة، ويسهل بذلك تقرير المبدأ، والإلزام به، وتطمأن المحكمة العليا وقضاؤها إلى الحكم بما دلّ عليه^(١).

ولذلك فإن ما سبق يبين وجه كون هذا التكرار مرحلة من مراحل تكوين السابقة وظهورها.

◆ ثالثاً: صدورها من جهة الاختصاص، ونشرها:

١ - مر معنا أن السابقة القضائية هي ما صدر من المحاكم المختصة من أحكام قضائية على وقائع معينة، واقترون بها ما يقويها من موافقة، وتأييد المحكمة الأعلى درجة من المحكمة التي صدرت عنها السابقة. ويأتي ترتيب المحاكم ودرجاتها وفقاً لما نص عليه نظام القضاء، ونظام ديوان المظالم السعودي على ثلاث درجات هي:

الدرجة الأولى: محاكم الدرجة الأولى، والمكونة من:

- ١ - المحاكم العامة.
- ٢ - المحاكم الجزائية.
- ٣ - محاكم الأحوال الشخصية.

(١) ينظر: السوابق القضائية، بن خنين: ١٧، نظرية الأخذ بما جرى به العمل، المصري: (١٣٦)، المبادئ القضائية، الشيب: (١٥٨-١٥٩).

٤ - المحاكم التجارية.

٥ - المحاكم المالية.

٦ - المحاكم الإدارية.

الدرجة الثانية: محاكم الاستئناف^(١).

الدرجة الثالثة: المحكمة العليا^(٢).

فصدر الحكم من محاكم الدرجة الأولى، ثم تصديق وموافقة المحاكم في الدرجة الثانية، أو تقريره كمبدأ من محاكم الدرجة الثالثة، يضمن على الواقعة المقضي بها صفة تجعله محل اعتباره، والزام في المسائل المشابهة، والتي تعرض لاحقاً على محاكم الدرجة الأولى.

وبذلك تكتمل مراحل ظهور السابقة القضائية ونشوتها، ويبقى نشرها وتعميمها على المحاكم، وعلى الجهات المختصة، والنوريات المخصصة لذلك، حتى تصبح محللاً للمسير على غيوتها، والعمل بها، وتتخذ قاعدة عبالة للمحكم بما ظلت عليه في القضايا اللاحقة^(٣).

(١) الاستئناف يراد به في الفقه: إعادة النظر في الخصومة من جديد وفي النظام: يراد به التمسك في الأحكام القضائية الابتدائية التي تصدر من محاكم الدرجة الأولى - بحيث يرفع هذا للاستئناف إلى محكمة أعلى: لأجل إلغاء الحكم أو تعديله انظر: نفس الأحكام - الشيبوري: (١/١٩٦)، المبادئ القضائية الشيب (١٦٠).

(٢) العليا: هي جهة قضائية على قمة التنظيم القضائي، ولها عند من الاختصاصات منها: مراقبة سلامة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وتقرير المبادئ القضائية العامة الملزمة، والنظر في الاعتراضات على الأحكام التي تصدرها محاكم الاستئناف، وتبت فيها وفقاً لأحكام النظام وغير ذلك انظر: فصول في أصول القانون، خليل: (١٥٦)، والمبادئ القضائية، الشيب: (١٦١).

(٣) ينظر: فصول في أصول القانون، خليل: (١٣٩)، نظرية الأخذ بما جرى عليه العمل، المصري: (١٣٩).

البهت السادس

مصادر السوابق القضائية

إن من المعلوم بأن السابقة القضائية هي نتاج اجتهاد قضائي بحثه، تولدت عن المصادر التي يستمد منها القاضي عمله، فهو يجتهد في إصدار حكمه. ومرجعه في ذلك إلى شريعة الله ﷻ، فالأحكام القضائية مصادرهما مصادر التشريع الإسلامي، وهي متعددة، ومعروفة كما سيأتي ذكره^(١).

وينبغي لمن تولى القضاء أن يسرف هذه المصادر وتربيتها، وذلك على المنهج الذي سيسير عليه في نظره للوقائع والأحداث، وقادراً على معرفة الأدلة ووضعها، وتمكناً من ترجيح ما تعارض منها، وتزويلها على ما يصرح عليه بفهم وإدراك، وغير ذلك مما هو من الصفات المطلوبة فيمن ولي القضاء^(٢).

ومن خلال ما سبق؛ فإن المصادر التي تعود إليها السابقة القضائية متنوعة، ويختلف ترتيبها من مذهب إلى مذهب، ولكنها لا تخرج في الجملة عن المصادر التالية:

أولاً: النص الشرعي من كتاب الله، أو سنة رسوله ﷺ.

ثانياً: الإجماع.

(١) ينظر: نظرية التسكم القضائي، أبو الرسل: (٣٦٦)، المباحث النهائية، الشيب: (١٣٦).

(٢) ينظر: أدب القضاء، ابن أبي النعم: (٨٠ - ٨١)، نظرية التسكم القضائي: (٢٦٧).

ثالثاً: القياس.

رابعاً: الاجتهاد.

وبالنظر إلى هذه المصادر نجد أن مصادر الحكم القضائي، أو السابقة القضائية هي نفس مصادر التشريع بالنسبة للقاضي المجتهد، وقد تفردت كتب أصول الفقه على وجه الخصوص - ببيانها، وتبيينها، وطرق إعمالها من قبل المجتهدين، مع العلم بأن هذه المصادر ليست كل المصادر المتضمنة عليها في تلك الكتب، بل هناك عدة مصادر أخرى تعود بوجه من الوجوه إلى هذه المصادر كالعرف مثلاً، أو القواعد الفقهية ونحوها^(١).

لذلك فإنه إذا وقع نظر القاضي على وقائع، أو نوازل قضائية، ثم اجتهد في حكمها على ضوء هذه المصادر، وسعى في توضيح النازلة، وتأصيلها، مستعيناً بالأصول والمصادر التي يُستمد منها الحكم القضائي، فإن حكمه يكون أصلاً يستضيء به من بعده، (فالسوابق القضائية، إذا جرى تطبيقها، وتأصيلها، وصحح مآخذها، عُدَّت مستنداً للقاضي في حكمه القضائي في تقرير حكم الواقعة الكلية)^(٢).



(١) ينظر: القضاء ونظامه، السميحي: (٣١٩-وما بعدها)، نظرية الحكم القضائي، أبو الوصل: (٣٧٧-٣٧٨)، مصادر الحكم القضائي، الطبطبائي: (٦)، المبادئ القضائية، الشيب: (١٣١)، ولاستزادة تراجع كتب أصول الفقه التالية: المستضي، الخوالي: (٨٠)، أصول الشرحي: (٢٧٩/١)، الأحكام في أصول الأحكام، لابن حزم: (٦٨/١)، روضة الناظر، لابن قدامة: (٢٦٤/١)، التوكب المنير شرح مختصر التحرير، للفتوح: (١٩٨/١) منكرة في أصول الفقه، للشطي: (١٢).

(٢) توصيف الأتقي، بن خنن: (٤٨١/١).

البهت السابع

الآثار المترتبة على العمل بالسوابق القضائية

إن القول بالإنزام بالسابقة القضائية، وعدم الخروج عنها إلا بسبب يقتضي ذلك؛ يحقق مصالح وأكثراً عديدة، يمكن أن نجمل فيما يأتي:

١ - إن الالتزام بالسوابق القضائية يؤدي إلى استقرار الأحكام، وتوحيد الاجتهادات بين مختلف القضاة، وذلك من خلال تأسيس مجموعة من القواعد والسوابق الشرعية، والنظامية، والتي تكون مرجعاً للقضاة في القضايا المماثلة؛ مما يسهل الرجوع إليها، وتوفير الجهد، والوقت، ويخفف من العبء في تأصيل النوازل للقاضي اللاحق^(١).

٢ - الالتزام بالسوابق القضائية يساهم في تعزيز الثقة في القضاة داخل المملكة وخارجها، ويشعر المتخاصمين بالمساواة والعدل، حيث إن الاضطراب في فهم النصوص النظامية، وتفاوت الأحكام سيقلّ مداه، أو على الأقل ستكون السابقة معياراً لبيان الحيادية لدى القضاة، وكل ذلك يعود على حماية جناب القضاة من الانتقاص، والطعن، والشكوك^(٢).

(١) ينظر: السوابق القضائية، بن حنين: (١٧)، وهو بحث منشور في مركز التميز البحثي على الإنترنت، والسوابق القضائية، بوساقي: (٢٢)، وهو بحث منشور في موقع مركز التميز البحثي على الإنترنت.

(٢) ينظر: المرجع السابق، والاجتهاد القضائي، عباس: (٧٠-٧١)، والمراجع القضائية للشيب: (٣٨٢).

٣ - نشر السوابق القضائية يساهم بشكل كبير على رفع مستوى الوعي والثقافة الشرعية والقانونية بين أفراد المجتمع، وإرشادهم إلى مصرفة توجه الأحكام منذ بداية الدعوى؛ مما يعود بالنفع الكبير للمتخاصمين، والمجتهات القضائية، والمحامين، وغيرهم من الباحثين وطلبة العلم^(١).

٤ - إن إعمال السوابق القضائية، والاحتجاج بها يعد سبباً مهماً في الحثاية بالأحكام القضائية، وتسيبها، وحافزاً للتتوي، والتدقيق، والمتابعة المستمرة من القضاة، فإن الالتزام بالسابقة يستوجب أن يقوم القاضي بالتفتيش في أحكام من سبقه ليتمكن من الحكم على ضوئها، وفي حالة المخالفة لها بنون مبرر معتبر يعد حكمه باطلاً، وعرضة للتقض، والطن فيه بعدم المشروعية^(٢).

٥ - يعد نظام السوابق القضائية من أهم الوراق التي تساعد على سرعة الفصل بين المتخاصمين، لا سيما في ظل تزايد عدد القضايا المرفوعة إلى القاضي^(٣).

٦ - الاستفادة من خبرات، وتجارب الأجيال السابقة من القضاة ممن بلغوا في النضج، والأحكام مبلغاً يحمل على الاملتان، ويستطيع معه الأفراد بناء تصرفاتهم في شؤونهم تبعاً له^(٤).

(١) ينظر: المراجع السابقة نظرية الأخذ بما جرى عليه العمل، الحسري: (١٣٩)، حجية السوابق القضائية، النخبر: ١٨٦ منشور في مجلة العدل: العدد ٣٤.

(٢) ينظر: السوابق القضائية، فكيك العنلي: (٣٦-٣١)، السوابق القضائية، بوساق (٢٢).

(٣) ينظر: المراجع للقضاة، الشيب: (٢٨٢).

(٤) ينظر: السوابق القضائية، بن عتيق: (١٧)، علم القانون والقضاء المقارن، مسند نصر: (٦٩-٧٠).

٧ - يتمتع نظام السوابق القضائية بطابع عملي واضح، مما يجعله أكثر دقة، وقرباً إلى الواقع من النظام اللاتيني، وأكثر مرونة منه في مجال التقاضي، ووسائل الإثبات، والتي لا تكون محدودة سلفاً^(١).

٨ - إن هدم ثبات المحاكم العليا على أحكام سابقة والرجوع عنها باستمرار يؤدي إلى زوال ثقة الأفراد بها، والتشكيك بالتأثير بالأمور الشخصية في التقدير، والاختيار، بخلاف لو جرى الالتزام بالسابقة القضائية^(٢).



(١) ينظر: الاجتهاد القضائي، عباس: (٧٠-٧٦)، علم القانون، محمد عمر: (٦٩-٧٠).

(٢) ينظر: الاجتهاد القضائي، عباس: (٧٠-٧٦)، المبادئ القضائية: الشيب (٣٨٢).

الباب الأول

السوابق القضائية

المتعلقة بمقود الأعيان^(١)

وفيه فصلان:

- ❖ الفصل الأول: السوابق القضائية المتعلقة بالبيع وأحكامه.
- ❖ الفصل الثاني: السوابق القضائية المتعلقة بالصرف وأحكامه.

(١) الأعيان: جمع عين وهي في اللغة: المال المتبدل بالسافر أي هو ما تراء العين وهو لفظ مشترك لمعاني أخرى، واصطلاحاً: المال السافر المقابل للعين كبيت وسيارة وصندوق الخ، انظر: معجم المصطلحات المالية، نزيه حماد (٢٢٨).

الفصل الأول

السوابق القضائية المتعلقة بالبيع، وأحكامه

وفيه خمسة مباحث -

- ◆ المبحث الأول: السوابق القضائية المتعلقة بلركان البيع.
- ◆ المبحث الثاني: السوابق القضائية المتعلقة بشروط صحة البيع.
- ◆ المبحث الثالث: السوابق القضائية المتعلقة بالشروط في البيع.
- ◆ المبحث الرابع: السوابق القضائية المتعلقة بخيار العيب في البيع.
- ◆ المبحث الخامس: السوابق القضائية المتعلقة بفسخ البيع.

المبحث الأول

السوابق القضائية المتعلقة بأركان البيع

وفيه أربعة مطالب:

- **المطلب الأول:** عدم انعقاد البيع، لتخلف ركن الإيجاب والقبول.
- **المطلب الثاني:** انعقاد الإيجاب والقبول أمام القضاء وأعضاؤه وتسليم الثمن والمئتمن أمام الجهات التنفيذية.
- **المطلب الثالث:** بطلان العقد لصدوره عن فاقد الأهلية.
- **المطلب الرابع:** الوعد بالبيع أو الشراء لا يعد علةً لقضاء ولا ينعقد به شيء.

الطلب الأول

عدم انعقاد البيع^(١)؛

لتخلف ركني الإيجاب^(٢)، والقبول^(٣)

◆ الفرع الأول: عرض السابقة^(٤)؛

القضية: المطالبة بقيمة أسهم، وحصة شراكة.

الدعوى: [تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن المدعية: شركة (...)] تقدمت بلائحة دعوى تطلب فيها إلزام المنعى عليه: (...)] بنفع قيمة حصص المدعية في شركة: (...)] والتي اشترتها منها مقابل مبلغ قدره ثمانية ملايين ريال، حيث تم عرضها على المنعى عليه، ووافق على شرائها؛ لذا فإن المدعية تطلب إلزامه بنفع قيمة حصتها؛ لانعقاد

(١) البيع لغة: هو مبادلة المال بالمال، واصطلاحاً: تملك عين مالية أو منفعة مباحة على التأييد بعرض مالي. انظر: معجم المصطلحات المالية، نزيه حماد (٩٧).

(٢) الإيجاب لغة: الإذعان يقال وجب البيع أي وقع. وفي الاصطلاح: هو ما يصدر من البائع من نطق يدل على إرادته البيع وإنشاء العقد، وقيل: هو أول بيان يصدر من أحد المتعاقدين معبراً عن جزم أولاده إنشاء العقد. انظر: المطلع على ألفاظ المقنع (٢٧١)، ومعجم المصطلحات المالية، نزيه حماد (٩٠).

(٣) القبول لغة: مصدور قبل قبولاً، أي أخذ ويقال قبلت لأقول أي صعدته، واصطلاحاً: هو ما يصدر من المشتري من نطق يدل على إرادته الشراء وإنشاء العقد وقبوله، وقيل ما يصدر من الطرف الآخر المتعاقد بعد الإيجاب. انظر: المطلع على ألفاظ المقنع (٢٧١)، ومعجم المصطلحات المالية، نزيه حماد (٢٥٩).

(٤) ينظر: الحكم رقم (١١٤) / ٢٠ / ٧ / لعام ١٤٣٢هـ في القضية (٢٧٣٧) / ٢ / ق لعام ١٤٣٠هـ الصادر من الدائرة التجارية العشرين بالمسكمة الإدارية بجنّة، والتأييد من مسكمة الاستئناف بالرياض بالحكم رقم (٦٠٦) / ٧ / لعام ١٤٣٢هـ.

الإيجاب والقبول بين الطرفين، وقد أجاب وكيل المدعى عليه بأن موكله ينفي هذه الدعوى جملة وتفصيلاً؛ ولم يكن هناك أي اتفاق لشراء هذه الحصص، ولم يكن بين الطرفين لا إيجاب ولا قبول بشأن شراء هذه الحصص محل الدعوى. وأضاف: بأن موكله كانت لديه رغبة، وفكرة في التباحث لشراء هذه الحصص، إلا أن هذه الرغبة لم تتحقق على الواقع، وموكله لا يرغب في شراء هذه الحصص حالياً، ويطلب رد الدعوى لعدم قيامها على سند صحيح، واستندت المدعية في دعواها على أن إجراءات الإيجاب والقبول تمت بشكل صحيح، وذلك بموجب ما يلي:

١ - خطاب المدير العام للشركة المدعية المؤرخ في (...)، والمتضمن رغبة المدعية في بيع حصصها في شركة (...) بسعر محدد، وهو موجه إلى نائب رئيس مجلس الإدارة، والمدير التنفيذي لمرغبه على الشركاء.

٢ - خطاب نائب رئيس مجلس الإدارة، والمدير التنفيذي الذي يُن في رغبة المدعى عليه بالشراء، وطلب فيه من المدعية تركيله؛ لإنهاء الإجراءات اللازمة؛ لإتمام خروجها من الشركة.

٣ - خطاب نائب رئيس مجلس الإدارة، والمدير التنفيذي لشركة (...) المؤرخ في (...) والمتضمن قبول المدعية ببيع حصصها للمدعى عليه.

- ثم تمسك الطرفان بما قلناه من إجابات، ودفع، واستندات، ثم عرضت الدائرة على وكيل المدعية هل يقبل يمين المدعى عليه على نفي الدعوى؟ وبعد رجوعه إلى موكلته أجاب: بأنها تقبل يمين المدعى عليه.

- ثم حضر المدعى عليه أعبالة، وأدى اليمين المطلوبة قائلاً:
 "والله العظيم، أنني لم أشتري من المدعى الشركة (...) حصصهم
 التي تمثل ٢٥٪ من شركة (...)"، ولم أتفق معهم على الشراء،
 والله العظيم، والله العظيم، والله العظيم".
 الأسباب:

وحيث إن وكيل المدعية يطالب بإلزام المدعى عليه بنفع مبلغ قدره
 ثمانية ملايين ريال مقابل شراء الحصة المملوكة للمدعية في شركة (...)
 والتي تمثل نسبة ٢٥٪، وعندها مائة وخمسة وعشرون حصة؛ تأسيساً
 على أن المدعى عليه قد اشترى هذه الحصص من المدعية إلا أنه لم
 يسدّد قيمتها. كما أنه لم يقيم بالإجراءات اللازمة، والنظامية لنقل هذه
 الحصص إليه، وحيث استند وكيل المدعية في دعواه إلى حصول
 الإيجاب من المدعى عليه الذي قابله قبول من المدعية، وأن مستند ذلك
 هو خطاب المدعى عليه المؤرخ في (...) إلى رئيس مجلس إدارة
 المدعية، وما سبقه، ولحقه من مغاطات بين الطرفين، وحيث إن الدائرة
 وبعد اطلاعها على المستندات المقدمة من المدعية، والمغاطات التي
 استندت إليها؛ تبين لها عدم صحة دعوى المدعية؛ حيث إن ما ورد في
 خطاب المدعى عليه إلى المدعية هو الرغبة في الشراء، وطلب حضور
 الطرفين لمناقشة ذلك، وقد بين الخطاب المذكور تأخر المدعية عن
 إصدار الوكالة الخاصة بإنهاء إجراءات البيع، الأمر الذي لا يثبت معه
 انعقاد الإيجاب الصحيح في البيع، وأن ما حصل بين الطرفين لا يمتد
 كونه مفاوضات سابقة للبيع. وقد نص الفقهاء على أن من شروط صحة
 الإيجاب، والقبول اتحاد مجلس العقد لكليهما، وهو ما لم يقع من
 الطرفين فلو كان المجلس موجوداً لكان للطرفين الخيار ما لم يتفرقا
 حقيقة أو حكماً، والظاهر أن مجلس العقد لم يتعقد لا حقيقة ولا

حكماً؛ وبذلك يسقط ما استند إليه المدعي وكالة من انعقاد البيع بإيجاب صريح يقابله قبول صريح. وحيث ذكر وكيل المدعية أنه لا بينة لديه سوى ما قدم، وطلب يمين المدعي عليه على نفي دهرى موكلته فأداهما على الوجه المذكور (...). فإن الدائرة تنتهي إلى عدم ثبوت دهرى المدعية وتقضي برفضها].

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة فيما يلي:

أولاً: أن الفصل في النزاع القائم بين الطرفين جاء من خلال اعتباره عدم تحقق شروط الإيجاب والقبول المعتبرة في صيغة العقد، واختلال ركن التطابق بين الإيجاب والقبول من الطرفين، وتأخر أحدهما عن الآخر حتى انتقض مجلس العقد؛ وبالتالي فليس هناك علاقة تعاقدية تجمع بينهما، ومن هنا ظهرت العلاقة بين عنوان المطلب، وما عرضته السابقة في قضائها.

ثانياً: بنى الحكم القضائي حكمه على أمر متفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة، وهو أن العقد لا يتعدى من غير التلفظ بالصيغة الدالة عليه من إيجاب وقبول، وأن ذلك ركن من أركان العقد لا يصح بدونه، وإذا اختل شيء عنه بطل عقده، واشترطوا لصحة العقد تطابق الإيجاب والقبول، واتصاليهما، ويحصل ذلك بأن يكونا في مجلس واحد، وألا يصدر من القابل ما يدل على إغراضه، أو الفصل بينهما بكلام أجنبي لا صلة تربطه بموضوع العقد، وألا يرجع الموجب عن إيجابه قبل قبول القابل^(١).

(١) ينظر للمراجع التالية: البحر الرائق (٥/ ٢٧٩)، بدائع الصنائع (٥/ ١٣٦-١٣٧)، بداية...

ويرجع السبب في شرط التطابق والاتصال للإيجاب والقبول؛ حتى لا يحصل تراخ يكون من شأنه إلغاء العقد، بل إن الشاعية شرطوا الفورية بأن يكون القبول فور الإيجاب.

قال في معني المحتاج: (ويشترط ألا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول... فإن طال خبر؛ لأن طول الفصل يخرج الثاني عن أن يكون جواباً للأول... ويفسر تخلل كلام أجنبي عن العقد...) (١).

وأما مذهب الجمهور من الحنفية، (٢) والمالكية، (٣) والحنابلة (٤) فيرون أن القبول على التراخي حتى آخر المجلس، وأنه يمتد وقته زمن انشغالهما بالتعاقد ما لم يفصل بين الإيجاب والقبول بفاحل أجنبي عن العقد يعتبر مبطلاً للإيجاب، أو رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول، أو إعراض القابل عن الإيجاب، واشتغاله بشيء آخر غير العقد.

قال في البحر الرائق: (وأما شرط العقد فموافقة القبول للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع... وأما شرط مكانه فواحد، وهو: اتحاد المجلس بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد؛ فإن اختلف لم ينعقد) (٥).

وقال في بداية المجتهد: (ولا خلاف فيما أحسب أن الإيجاب،

- المجتهد (٣/ ١١٢٠-١١٢١)، ومروءات البليل (٦/ ٣٠) معني المحتاج (٢/ ٣١)، حاشية قليوبي (٣/ ١٩٤)، الشرح الكبير (١١/ ١١-١٢)، الفروع (٦/ ١٢١-١٢٢)، الملكية والعقد، أبو زهرة (ص ٢٠٦-٢٠٦)، المنخل في العقد، فليبي (٤٢٠-٤٢٥).

(١) معني المحتاج، للشريفي: (٦/ ٢).

(٢) انظر: البحر الرائق (٥/ ٢٧٩)، بناءً على المطابع (٥/ ١٢٦-١٢٧).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٣/ ١١٢٠-١١٢١)، ومروءات البليل (٦/ ٣٠).

(٤) انظر: الشرح الكبير (١١/ ١١-١٢)، الفروع (٦/ ١٢١-١٢٢).

(٥) البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٢٧٩).

والقبول المؤثرين في اللزوم لا يتراخى أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس...^(١)

وقال في الشرح الكبير: (وإن تراخى القبول عن الإيجاب صبح، مادام في المجلس، ولم يتشاهلا بما يقطعه، وإلا فلا؛ لأن حالة المجلس كحالة العقد)^(٢).

وزاد في الفروع (ولم يتشاهلا بما يقطعه عرفاً)^(٣).

وإذا ثبت هذا، فإن السابقة القضائية كما أسلفت أصقت هذه التصور من الفقهية وأعملتها في النزاع المبرور عليها، وقضت بعدم صحة العقد، لاختلال ركن الإيجاب والقبول، وعدم تحقق شروطه من الطرفين.

كما بيئت السابقة القضائية بأن ما حصل بين الطرفين من تفاوض قبل البيع، وإنشاء رغبة الشراء فهي خارج مجلس العقد، ولا عبرة بها، إذ أن الطرفين لم يجمعهما مجلس واحد؛ لذلك كله قضت بطلان البيع، ورفض دعوى صحته وانقاده.

لذلك: وجه كونها سابقة قضائية:

الثابت من عرض المحكم القضائي، وما تبع ذلك من إجراءات قضائية، انطباق وصف السابقة القضائية على مضمونه، إذ أنه صدر من المحكمة الابتدائية برقم ١١٤/٢٠/٢ لعام ١٤٣٢هـ واستوفى أركان وشروط المحكم القضائي، ثم اكتسب تأييد وموافقة المحكمة الأعلى

(١) بداية المسند لاين رقم ١١٢٠/٢.

(٢) الشرح الكبير لاين قناز ١١/١١-١٢.

(٣) الفروع لاين ضلع ١/١٢٢.

درجة بالحكم رقم (٦٠٦/٧ لعام ١٤٣٢هـ) وأضحى صالِحاً لأن تكون مثلاً يحتذى به لما يلحق من أحكام.

رابعاً: الصياغة المقترحة للسابقة:

(يُعقد البيع بالإيجاب، والقبول بلفظ البيع والشراء، وكل ما يؤدي معناه، ما دام في مجلس واحد، ولم ينشغل عنه بشيء يقطعه، وكانا متطابقين قنراً، وصفاً، ووقتاً).



الطلب الثاني

المقاد الإيجاب والقبول أمام القضاء، وإضاومة
وتسليم الثمن^(١)، والمثمن^(٢) أمام الجهات التنفيذية

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

القضية: بيع أحد الشريكين حصته للأخر^(٣).

الدعوى: لتلخص وقائع هذه الدعوى في أنه تقدم للمحكمة وكيل الشركة: (...) بعريضة دعوى ضد الشركة وادعى فيها بأن موكلته تمتلك حصة تعادل خمسين في المائة من رأس مال الشركة (...) (محل الشراكة) كما أن المدعى عليها شركة: (...) تمتلك حصة تعادل خمسين في المائة من رأس مال تلك الشركة (محل الشراكة) وبسبب الخلافات المتعددة بين الشريكين؛ فقد عرضت موكلته على المدعى عليها شراء جميع حصصها في هذه الشركة مقابل مبلغ قدره مائة مليون ريال سعودي، وكان ذلك

(١) الثمن لغة: العرض، واصطلاحاً: هو اسم لما يأخذه البائع في مقابلة المبيع، هنا كان أو سلعة.

انظر: معجم المصطلحات المالية، نزيه حماد (١٥٦).

(٢) المثمن: هو المبيع ويراد به في اللغة اسم للسلعة التي تباع، واصطلاحاً: هو ما يباع من الأموال وتكون هي المقصود الأصلي من البيع. انظر: معجم المصطلحات المالية، نزيه حماد (٣٩٨).

(٣) انظر: الحكم رقم (١٦٣) / ج/ ١٣ لعام ١٤٢٩هـ في القضية رقم (٢٤٤٧) / ٧ ق لعام ١٤٢٨هـ والقضية رقم (٤١٦٧) / ٧ ق لعام ١٤٢٨هـ الصادر من النقابة التجارية الثالثة عشرة بالمسكمة الإدارية بجهة، والمكتسب القطعية بفوات مواجد الطعن.

المرفوض بموجب الخطاب الصادر من المذعية في تاريخ (...)، وقامت المذعي عليها بالرد عليه بالموافقة على بيع كامل حصصها لموكلته بالمبلغ المذكور في خطابها المؤرخ في (...)، واعتبرت موكلته هذه الخطابات إكمالاً للإيجاب والقبول بين الطرفين، وانعقاد البيع، وعندما شرحت موكلته بالبدء في إجراءات النقل النظامية فوجئت برفض المذعي عليها، وانتهى وكيل المذعية في دهواة إلى طلب إلزام المذعي عليها الشركة (...) بإتمام إجراءات نقل ملكية الحصص المباعة لموكلته بالمبلغ المتفق عليه، والحكم لموكلته بذلك، وقد أجاب وكيل المذعي عليها على الدعوى بقوله: لا صحة لما ورد بصحيفة الدعوى، والصحيح هو عدم جنية المذعية في الشراء لحصص المذعي عليها، وأنها تقدمت بعدة عروض متعددة منها للشراء، وأخرى للبيع على موكلته، كما أنه لم يقع بين الطرفين إيجاب ولا قبول، وأجاب عن المراسلات التي وقعت بين الطرفين بأنها لا تدل على تلاقي الإيجاب، والقبول المعتبرين شرعاً، وأضاف بأن موكلته عازمت على البيع بشرط أن يتم الوفاء بكامل المبلغ خلال أسبوعين من تاريخ خطاب موكلته، وهذا لم يحصل كي تقوم موكلته باستكمال الإجراءات النظامية لنقل الحصص، ثم تبادل الطرفان جملة من الأقوال، والمذكرات تضمنت عدة مبادرات بهدف الوصول إلى حل ودي للنزاع المطروح؛ إذ تقدمت المذعية بمذكرة تضمنت القول بأنها لا تزال تعرض على المذعي عليها بيع حصصها في الشركة، أو أن تقوم بشراء الحصص التي تمتلكها المذعية في هذه الشركة بمبلغ مائة مليون ريال تمثل قيمة ما نسبته خمسون في المائة من رأس مال الشركة محل الدعوى، أو أن يبيعا جميع الحصص لطرف ثالث؛ إذا لم ترهب هي بالشراء أو البيع؛ إذ أن لدى المذعية عرضاً مقنعاً من أحد الراغبين في

شراء الشركة بقيمة مائتي مليون ريال سعودي، وبعد اطلاع وكيل المدعى عليها على العرض المقدم من المدعية، أجاب بأن موكلته لا ترغب في الشراء، ولا في البيع، وتتمسك بطلب إدارة الشركة، ثم تمسك وكيل المدعية عقب ذلك بما تطلبه موكلته من إثبات بيع المدعى عليها لحصتها بمبلغ مائة مليون ريال، ويطلب إضفاء، والإلزام باستكمال الإجراءات النظامية لذلك لدى كاتب العدل، ثم قرر الطرفان الاكتفاء بما قدم من مذكرات ودفع، وطلبا من الدائرة السير في الدعوى قضائياً، ثم في جلسة تالية استوفحت الدائرة من وكيل المدعى عليها عن موقف موكلته من العرض الذي تقدمت به المدعية لحل النزاع بين الطرفين؛ في ظل الخلاف المستحكم، وعدم إمكانية استمرار الشراكة بينهما والوارد ذكره أعلاه... فأجاب بأن موكلته قد وافقت على شراء جميع الحصص المدونة في الشركة (محل النزاع) بمبلغ مائة مليون ريال، قيمة لحصة المدعية والتي تمثل تلك الحصص خمسين في المائة، وعلى أن يكون هذا تسوية للنزاع، وقاطعا للخلاف بينهما، وعلى ألا يطالب أي من الطرفين الآخر بأي مستحقات مالية بعد إتمام هذا البيع، فرد وكيل المدعية بأن موكلته قد وافقت على البيع، والتنازل عن حصتها المثبتة في العقد بالمبلغ المذكور آنفاً وقدره مائة مليون ريال سعودي؛ على ألا يلحق موكلته أي مطالب، أو مستحقات مالية أخرى لها أو عليها، ثم اتفق الطرفان على أن يتم استلام الحصص وتسليم الثمن المتفق عليه عند استكمال إجراءات نقل الحصص أمام كتابة العدل، والجهات المختصة الأخرى في كل من المملكة العربية السعودية، وجمهورية مصر العربية.

الأسباب:

وحيث إن طرفي النزاع قد اتفقا أمام الدائرة على أن تتنازل

المذهبية (...). عن جميع حصتها بأصولها، وموجوداتها التي تملكها في الشركة (محل الشراكة) والمقينة في السجل التجاري بمحافضة جدة برقم (...) وتاريخ (...). والمثبت عقد تأسيسها المعدل لدى كاتب العدل برقم (...) وتاريخ (...) إلى المذهبي عليها شركة (...) وقبلت الشركة المذهبي عليها بهذا التنازل، وانتقلت إليها ملكية الحصص المتنازل عنها، وقدرها خمسون في المائة من مجموع حصص الشركة المباعة بما لها وما عليها من التزامات بمبلغ قدره مائة مليون ريال، وعلى أن يشمل التنازل كذلك جميع حصص الشركة البائعة في الشركات الثلاثة الأخرى في جمهورية مصر العربية وهي (...) بما لها، وما عليها من التزامات، ويعتبر هذا إقراراً من الطرفين بذلك، وقد انعقد البيع بين الطرفين بالصيغة الواردة أعلاه أمام الدائرة بإيجاب، وقبول صحيحين، كما تم الاتفاق على طريقة الدفع، والمراحل التي على أساسها يتم نقل الملكية، ولما كان الاتفاق المشار إليه قد تضمن عبارة بيع الحصص المملوكة للشركة البائعة إلى الشركة المشتري بالقيمة المتفق عليها، واستمداً باستكمال الإجراءات اللازمة لإتمامه، وإذا الأمر ما ذكر فقد ثبت لدى الدائرة صحة البيع والتنازل، وتضمن الحكم بإلزام الطرفين بإجراءات البيع أمام الجهات المختصة.

الحكم: حكمت الدائرة:

أولاً: بإثبات بيع شركة (...) جميع حصتها في الشركة (...) إلى الشركة (...) بمبلغ مائة مليون ريال سعودي.

ثانياً: إلزام الطرفين بتنفيذ عقد البيع المذكور، واستكمال إجراءاته النظامية، وتسليم المبيع للشركة المشتري، وتسليم القيمة للشركة البائعة في وقت متزامن أمام الجهات المختصة.

◆ الفرع الثاني: المراجعة التحليلية:

أولاً: يظهر من خلال استعراض السابقة القضائية انسداد البيع بين الطرفين أمام القضاء، وتلاقي إرادتهما على بيع الحصص المملوكة لأحد الطرفين على الأخرى، والتنازل عنها بثمن معلوم، والاتفاق على أن يكون تسليم الثمن، والمثلث متزامناً مع استكمال الإجراءات النظامية لنقل الملكية، وهذا الأمر يحصل أمام الجهات المختصة التنفيذية؛ ومن هنا يتبين لنا العلاقة بين عنوان المطلب، والسابقة المندرجة تحته.

ثانياً: الأصل في العقود المستوفية للأركان، والشروط، ترتب آثارها تبعاً لذلك، فالبيع مثلاً يترتب عليه الملكية، والإجارة يترتب عليها استحقاق المنفعة، وملكيتهما، وهذا الأصل هو الذي بنت عليه السابقة قضائياً، فاعتبرت اتفاق الطرفين على البيع، والتنازل عن حصص الشراكة، وصدور الإيجاب والقبول متهماً، ووجود العاقدين والمعقود عليه، وتكامل الأركان، والشروط فيها أمرٌ موجبٌ للعقد، ولزومه، وترتب آثاره عليه، وقضيت بتسليم الثمن والمثلث في وقت متزامن عند تنفيذ العقد، وأقضت ما اشترطه الطرفان في هذا الجانب.

وبالنظر إلى هذا الشرط ومدى تأثيره على العقد من حيث الصحة، وعدمها، تبين أنه لا خلاف بين الفقهاء في كونه من الشروط الصحيحة، وأنه من مقتضيات العقد، ومستلزماته، ولا يعود عليه بالبطلان، ويستدل على ذلك بما يلي:

الدلائل الأولى: حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه كان يسير على جمل له قد أعياء، فأراد أن يسيبه، قال: فلحقني النبي ﷺ فدعا لي وضمه، فسار سيرا لم يسر مثله، قال: "بعتني بوقية"، قلت: لا، ثم قال:

"بمنه" فبعته بوقية، واستثنيت عليه حملاته إلى أهلي، فلما بلغت أخته بالجمل، فتغنني ثمنه، ثم رجعت، فأرسل في أئري، فقال: "أتواني ما كنتك لأخذ جملك؟ أخذ جملك ودرامك، فهو لك" (١).

وجه الدلالة: أن جابراً **❀** اشترط نفعاً معلوماً في المبيع، وأقره النبي **ﷺ** ولم ينكر عليه شرطه، فإذا جاز اشتراط النفع المعلوم لأحد المتعاقدين فمن باب أولى جواز اشتراط ما فيه مصلحة للمتعاقلين، كتسليم المبيع ونحوه (٢).

الفيل الثاني: حديث أبي هريرة **❀** أن رسول الله **ﷺ** قال: "المسلمون على شروطهم ما وافق الحق منها" (٣).

الفيل الثالث: الإجماع: فقد حكى خير واحد من أهل العلم الإجماع على صحة، وجواز اشتراط ما هو من مقتضى العقد كالتسليم، وجواز التصرف في المبيع، قال في المقتني: (والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام، أحدها: ما هو من مقتضى العقد، كاشتراط التسليم، وخيار المجلس، والتقابض في الحال، فهذا وجوده كعلمه، لا يفيد حكماً

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، في باب بيع الخمر، واستثناء وكوبة، برقم ٤١٨٢، واللفظ له، الجامع الصحيح: (٥١/٥)، وأخرجه البخاري في صحيحه، في باب شراء النواصب والعمير برقم ٢٠٩٧، الجامع الصحيح (٨١/٣).

(٢) ينظر: مسائل الإجماع، الطهيري: ٣٧١.

(٣) أخرجه أبو طه في سننه بنون زيادة "ما وافق الحق منها" برقم ٣٥٩٤ في باب الصلح (٢٢٧/٢)، وأخرجه البيهقي في سننه، باب الشروط في الشركة، وغيرها برقم ١١٢١١ من أبي هريرة ومن أنس بن مالك مرفوعاً (٧٩/٦)، وأخرجه النوارقطني في سننه عن أبي هريرة بنون الزيادة، ومن عائشة، وأنس بن مالك **❀** بالزيادة (٤٢٦/٣)، وأخرجه الحاكم في مستدركه، وأخبار إلى ثمانية المذكور أعلاه، وعلق النعمي على ذلك فقال: ثم يصح -بني الحاكم- وكثير بن زيد -صحة النسائي، ومشاء غيره- (المستدرك ٥٧/٢)، وقال السطوي في مقاصده: "فهو صحيح" المقاصد (٦٠٧).

ولا يؤثر في العقد الثاني: تتعلق به مصلحة العاقلين: كالأجل... ولا تعلم في صحة هذين القسمين خلافاً^(١).

وللمجزم بصحة ما ذكرناه، تستعرض عدداً من النصوص الفقهية الدالة على ذلك، ومنها:

- ١ - جاء في البحر الرائق ما نصه: (وأما أحكامه فالأصلي له، الملك في البئلين...، والتابع وجوب تسليم المبيع، والثمن...)^(٢).
- ٢ - قال الخوشتي في شرحه^(٣): (ويشترط بيع العقد وهو واضح الصحة كشرط تسليم المبيع، والقيام بالعيب، ورد الموهن عند انتفاض البيع، وهو لازم دون شرطه، فشرطه تأكيد) ١. هـ.
- ٣ - وقال في الحاشية الكبير: (والشروط المقترنة بالعقد على أقسام، ما كان من مقتضى العقد وواجباته كاشتراط التعجيل في الثمن...، فهذه الشروط واجبة بالعقد، واشتراطها تأكيد فيه، والعقد لازم بها)^(٤).
- ٤ - وقال في الشرح الكبير: (باب الشروط في البيع، وهي خبرتان، صحيح، وهو ثلاثة أنواع، أحدها: شرط مقتضى البيع، كالنقايض...)^(٥).

(١) المغني لابن قدامة، ٢١ / ٢٢٢ - ونظروا مسائل الإجماع في حقوق المعاملات، الطبع: ١٣٦٨.

(٢) البحر الرائق (٥ / ٢٨٢).

(٣) شرح مختصر خليل للخوشتي، (١٥ / ٢٢٢)، والخوشتي هو: أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخوشتي؛ لقبه العلامة شيخ المالكية، وأيد انتهت رئاسة المذهب بمصر. أقام بالقاهرة وتوفي بها، له مصنفات منها: الشرح الكبير على مختصر خليل. توفي في ذي الحجة سنة ١٠٠١ هـ.

انظروا: شجرة النور الزكية (١ / ٤٥٩)، والأعلام للزركلي ١١٨ / ٧.

(٤) الساري الكبير للماروني (٥ / ٢٩٤).

(٥) الشرح الكبير لابن قدامة (١١ / ٢٠٥).

ومن خلال هذه النصوص يظهر بأن عقد البيع يتج منه قرر انعقاده تبادل الملكية في المبيع والمثمن، ولا يتوقف تمام هذا الأمر على تنفيذ التقابض، وإنما يكون للتقابض أثر هام في نقل الضمان، وجواز التصرف في المبيع.

ويستثنى من قاعدة تمام حكم العقد ما كان من قبيل التبرع المحض كالهبة، وهو ما كان في معنى التبرع كالقرض^(١).

ثالثاً: وجه كونها سابقة قضائية:

يظهر جلياً من خلال استعراض الحكم القضائي، محل الدراسة، مدى تطابق وصف السابقة على مضمونها، إذ أنها صدرت من المحكمة الابتدائية، وجاءت مستوفية لأركان وشروط الحكم القضائي، وقد تكررت وقائع مماثلة لها، وبالتالي فإنها أصبحت صالحة لأن تكون مثلاً يحتذى بها لما يلحق من أحكام.

رابعاً: الصياغة المقترحة للسابقة:

(ينعقد البيع بإيجاب، وقبول، ويصح اشتراط تسليم الثمن، والمثمن في مكان محدد؛ لكونه من الشروط التي لا تخالف مقتضى العقد).



(١) انظر: عقد البيع، الجزء (١٠١) / ١٠٢.

الطلب الثالث

بطلان العقد لصدوره من فاقد الأهلية

◆ الفرع الأول: عرض السابقة^(١)

[تتوصل وقائع القضية بأن المدهي أصالة تقدم إلى هذه المحكمة بمرضية استدعاء ذكر فيها أنه بموجب تعاقدته مع المدهي عليه بتاريخ ١٤٢٩/١٢/٣هـ قام بتنفيذ وتسليم أعمال الحفر والردم بمشروع جامعة الملك عبد الله للعلوم والتكنولوجيا بثول، وقد تم توقيع تسوية مديونية بتاريخ ١٤٣١/٢/٢٧هـ يلتزم بها المدهي عليه بنفع مبلغ (٧٤٩,٦١٤/٦٨) ريال لصالح المدهي، بموعد أقصاه خمسة أشهر من تاريخ ١٤٣١/١/١٤هـ ويحلول الأجل لسداد المديونية امتنع المدهي عليه من السداد، وانتهى إلى طلب المحكم بإلزام المدهي عليه بالمبلغ المذكور.

ويجلس ١٤٣٢/١/٢٨هـ ويسأل المدهي عليه وكالة/... عن جواب موكله عن الدعوى، ذكر بأن ما جاء بدعوى المدهي صحيح، وأن موكله قد توصل مع المدهي عليه إلى صلح، لإنهاء النزاع بينهما، ويعرض ذلك على المدهي أكد صحة ما ذكره المدهي عليه وكالة من الاتفاق على الصلح، وذلك بأن يقوم المدهي عليه بتسليمه أربعين ألف

(١) انظر: حكم المائة (١)سابقة حثرة الصادر برقم ٢/١٧/١٣٦ لعام ١٤٣١هـ في القضية رقم ٢/٣٧٤٣ ق لعام ١٤٣١هـ، والمؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ١/٢٩ لعام ١٤٣٣هـ.

وبالذات هذا اليوم، ويقوم بنفع المتبقي من المديونية بعد شهر من تاريخه، وطلب تحديد موعد بعد شهر من تاريخه لاستلام النسخة الثانية وإنهاء النزاع.

وفي جلسة أخرى، وبالنزاع على أطراف الدعوى حضر المدعى، وتبين عدم حضور المدعى عليه أو أي أحد من طرفه، وقدم المحاضر خطاب الديوان للإبلاغ المدعى عليه بموعد جلسة هذا اليوم، والذي أفاد فيه عمدة حي إسكان الشرفية بأنه تم تسليم الطلب لموظف المؤسسة إلا أنه رفض التوقيع؛ فطلبت الدائرة من المدعى حصر دواء؛ فحضر دواء في مطالبة المدعى عليه بمبلغ (٩٠,٦١٤/٦٨) ريال وأضاف بأن أصل المديونية (٧٤٩,٦١٤/٦٨) ريال، وقد سند المدعى عليه بعضها، وتبقى المبلغ الذي حصر دواء فيه، وطلب الحكم غيابياً بإلزام المدعى عليه بذلك المبلغ، ويسأله عن بيته ذكر أنها اتفاق تسوية المديونية المرفقة بملف الدعوى، والمطابق على أصلها، وإقرار المدعى عليه وكالة في الجلسة الماضية بصحة الدعوى، وسداده جزءاً كبيراً من المديونية.

فصدر حكم هذه الدائرة الغيابي رقم ٥٧ لعام ١٤٣٢هـ بإلزام المدعى عليه بمبلغ الدعوى، ثم تقدم المدعى عليه باعتراضه على الحكم، وطلب فتح باب المرافعة، وذكر بأنه تم الاتفاق مع المدعى على خصم مبلغ (٩,٦١٤) ريالاً، كما طلب من المدعى حلف اليمين على صحة المبلغ المدعى به، خاصة وأنه قام بالتوقيع على اتفاقية الصلح مع أحد المهندسين المشكوك في قننه والمتهرب خارج البلاد، وذكر المدعى عليه بأنه كان مريضاً؛ ولم يح ما قام به من التوقيع على الاتفاقية، فتم قبول هذا الاعتراض، وفتح باب المرافعة لتقديمه خلال المدة النظامية، ثم تخلف المدعى عليه عن الحضور... الخ.

الأسباب:

ولما كان المدعي يطلب الإبقاء على الحكم القيايبي الصادر في هذه القضية رقم ٥٧ لعام ١٤٣٢هـ، والقاضي بإلزام المدعي عليه بمبلغ (٦٨/١٠٠٠) ريالاً يمثل المتبقي من مبلغ اتفاقية الصلح، وتسوية المديونية المبرمة بين الطرفين في ٢٢/٢/١٤٣١هـ مقابل المبلغ المستحق للمدعي على المدعي عليه عن أعمال المقابلة المتفق عليها بين طرفي الدعوى بموجب عقد اتفاق في ١/١٢/٢٠٠٨م.

ولما كان الثابت أن المدعي عليه قد تبلغ بالحكم القيايبي، وتقدم باعتراض عليه خلال المدة النظامية، وتم فتح باب المرافعة، وتحديد موعد للنظر في القضية إلا أنه تغيب عن حضور الجلسة المحددة لذلك في ٨/٨/١٤٣٢هـ بدون عذر، بعد ثبوت تبليغه بها، وتسلم ابنه لخطاب المحكمة عن طريق الصنعة وفقاً لما يثبت شرح عمدة الجوادي الجنوبي على خطاب المحكمة لإبلاغ المدعي عليه المرفق بالقضية.

ولما كان المدعي عليه يظن في اتفاقية الصلح، وتسوية المديونية المقدمة من المدعي حيث ذكر بأنه قام بالتوقيع عليها حال مرضه، وعدم وعيه بما قام به إلا أنه لم يقدم ما يثبت ذلك.

لذلك وبعد المداولة حكمت الدائرة بما يلي:

أولاً: بإسقاط عريضة الاعتراض.

ثانياً: الإبقاء على الحكم القيايبي رقم ٥٧/١٧/٢ لعام ١٤٣٢هـ والقاضي بإلزام المدعي عليه/ (...) صاحب مؤسسة (...) العالمية بأن يدفع للمدعي/ (...) صاحب مؤسسة (...) مبلغاً قدره خمسون ألفاً وستمائة وأربعة عشر ريالاً وثمانية وستون هللة، وبإعلانه قرار المدعي القناعة به].

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية

وتتمثل الدراسة على هذه السابقة على النحو التالي:

أولاً: من خلال النظر فيما جاء في الحكم، والسابقة القضائية يتبين أن أحد الطرفين دفع بأنه وقع الاتفاق في حال مرضه، وعدم إدراكه لما قام به، أي أنه فاقد الأهلية حال توقيعه العقد؛ مما يترتب عليه بطلان العقد، وبذلك تظهر العلاقة بين ما دون في عنوان المطلب، وبين ما جرى عرضه في السابقة.

ثانياً: أسست السابقة القضائية حكمها على طرح ما دفع به المدعي عليه من بطلان العقد (الاتفاقية)، بداعي فقدان الوعي، وعدم إدراك ما قام به من الرضا بالاتفاقية، وقضت بصحة العقد لعدم ثبوت العارض الذي ادعاه المدعي عليه، والذي يعد من عوارض الأهلية^(١) المانعة من صحة التصرف، إذ أن أهلية الأداء منطلقات العقل، ويقدر ما يصيب العقل من عوارض فإنه يؤثر على التصرفات العبادية من الشخص قبولاً ورفضاً، أو صحة وبطلاناً، ومن تلك العوارض: الجنون، والحمه، والسفه، والإغماء، ونحوها، وقد بسط الفقهاء الكلام عن تلك العوارض وأثرها المترتب عليها شرعاً، وخاصة في التصرفات والعقود؛ لذلك اشترطوا في صحة البيع أن يكون من جائز التصرف، وهو البالغ العاقل، فالبيع

(١) الأهلية إزاء بها التجارة والكفاية لأمر من الأمور من حيث اللغة وفي الاصطلاح: إزاء بها صفة يندرج فيها الشخص تجعله مسلماً صالحاً لطلبات تشريعي، وهي قسمان: أهلية الوجوب، وأهلية الأداء فأهلية الوجوب هي: صلاحية الشخص للالتزام بأي ثبوت الحقوق له وحيد. وأهلية الأداء هي: صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها التشريعي على العقل، وعوارض الأهلية أي ما يمنع كامل الأهلية مما يصيب الإنسان في عقله انظر: المنخل الفقهي، الزرقا: ٧/ ٧٨٢-٧٨٧. ومفهم المصطلحات، حماد: ٨٩.

يشترط له الرضا، ولا يمكن معرفة الرضا وتحققه من غير العاقل، وما جاء في المحكم القضائي مفرع عن ذلك.

لذا فإن المسألة التي تخرج عليها المابقة هي: حكم بيع المجنون، والمقضى عليه وإبتياعهما؟

أ - صورتهما:

أن المجنون، والإحماء أعراس تصيب الإنسان بغير اختيار منه - خلافاً للسُّكر - وتُفقد عقله، وإفراكه لما حوله إدراكاً صحيحاً، ودون فهم أو تعقل، فهل لهذه الأعراس ونحوها أثر في أهلية الإنسان وتصرفاته الشرعية، وتعاملاته مع الغير، من بيع، أو شراء ونحو ذلك؟^(١)

ب - حكمها:

الأصل في بيع وإبتياع من زال عقله بالكلية من غير اختياره البطلان؛ فلا يصبح العقد من مجنون، أو معتوه، ونحوه، وذلك بإجماع العلماء^(٢).

جاء في مراتب الإجماع قوله: "واتفقوا أن بيع الذي ليس في عقله - بغير السُّكر - باطل، وكذلك إبتياعه"^(٣).

وقال في الإصباح: (واتفقوا على أنه لا يصح بيع المجنون)^(٤).

وقال في المجموع: (وأما المجنون فلا يصح بيعه بالإجماع، وكذلك المقضى عليه)^(٥).

(١) ينظر: المنخل القضي، الزرقا: (٧٨٨/٢)، ٨٢٢.

(٢) ينظر: مسائل الإجماع في حقوق المعاملات، الشافعي: (١٢١).

(٣) مراتب الإجماع، ابن حزم: (١١/١).

(٤) الإصباح، ابن ميرة: (١/٢٧٠).

(٥) المجموع، النووي: (٩/١٥٥).

ومستند الإجماع عند أدلة منها:

الفيل الأول: حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يعقل أو يفقه»^(١).

ووجه الدلالة: أن الشارع نص على رفع التكليف بالخطاب الشرعي عن المجنون الذي زال عقله حتى يعقل أو يفقه، وكذلك في التصرفات التي تصدر منه.

الدليل الثاني: إن البيع لفظ يعتبر له الرضاء والرضا لا يتحقق من غير المكلف^(٢).

الفيل الثالث: إن الحقود لا تصح من غير جائز التصرف أي بالغ عاقل، والتصرف بدون عقل لا يثبت به الانعقاد^(٣).

ومما سبق نخلص إلى أن الفقهاء عامة يشترطون لصحة العقد، واعتباره منتجاً، صدور من جائز التصرف^(٤) المخالي من عوارض الأهلية فمتى لم يتوفر ذلك في العاقلين بطل العقد، وامتنع اعتباره

(١) أخرجه أبو داود في سننه في كتاب النكاح، في باب المجنون يسرق أو يصيب حثماً برقم ٤٣٩٨ (٥٤٤/٢)، وأخرجه الترمذي في سننه، وقال: والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم (٨٤/٢)، وأخرجه النسائي في سننه برقم ٢٤٢٧ في كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأتراج (١٥٦/٦)، وأخرجه ابن ماجه في سننه، باب طلاق المجنون والصغير والنائم (٦٥٨/١)، واليهي في سننه في باب من طلق القصاص في القتل وما دونه (٤١/٨)، وأحمد في مسنده عن عائشة رضي الله عنها (٢٢٤/٤١)، والحاكم في مستدركه، وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه (٣٧/٢).

(٢) ينظر: كتاب الفتاح، البهوتي: (١٥١/٣).

(٣) ينظر: بنائع الصالح: (١٢٥/٥).

(٤) ينظر: بنائع الصالح: (١٢٥/٥)، الفوائد النوانى: (٢٩٢/٥)، حاشية النسوي: (٤٤٥/١٠)، روضة الطالبين: (٢٤٤-٢٤٢/٣)، كتاب الفتاح: (١٥١/٣).

صحيحاً، وهو عين ما أوردته السابقة في أسبابها وعنده أمر مهم، إلا أنه لم يثبت أمام القاضي الدليل القاطع المستوجب للاخذ بتلك الصوابين، وإنما جاء القول مجرداً، ومرسلاً عما يقويه؛ لذلك جرى اطراحه، وعدم العمل به، بخلاف ما لو ثبت وصح وقوعه فإنه يؤثر في قبول العقد والرضا به.

ثالثاً: وجه كونها سابقة قضائية:

يظهر جلياً من خلال استعراض الواقعة القضائية؛ مدى توافر شروط اعتبارها سابقة قضائية، إذ أنها صدرت من المحكمة الابتدائية، وجاءت مستوفية لأركان الحكم القضائي وشروطه، ثم اكتسبت تأييد وموافقة المحكمة الأعلى درجة، وأصبح الحكم صالحاً لأن يكون مثلاً يحتذى به فيما يلحق من أحكام.

رابعاً: الصياغة المقترحة للسابقة.

(كل عقد صادر عن فاقد الأهلية باطل شرعاً).



المطلب الرابع

الوعد بالتبيع أو الشراء

لا يعد ملزماً قضائياً ولا ينمقد به شيء

♦ الفرع الأول: عرض السابقة:

القضية: الوعد بتوقيع عقد وكالة تجارية^(١).

الدعوى: لتلخيص وقائع هذه الدعوى في أنه تقدم للمحكمة وكيل المدعية (...) بصريفة استدعاء ذكر فيها بأنه تم التوصل عام (١٤١٦هـ) إلى اتفاقية توزيع حصري، تخول المدعية حق توزيع منتجات الشركة المدعى عليها في المملكة العربية السعودية، وذلك على أساس توقيع خطاب حسن النوايا لمدة سنة واحدة لحين الانتهاء من صياغة العقد الرسمي، وأن المدعية تلتقي وعوداً كثيرة سنوياً بتوقيع عقد التوكيل معها قريباً، وبدلاً من ذلك كان خطاب حسن النوايا يتعدد مرة في كل سنة، وبعد تغير الإدارة في الشركة المدعى عليها، وعلى الرغم مما قامت به المدعية في سبيل تحقيق شهرة منتجات المدعى عليها من مجهودات دعائية، وتسويقية بشتى الوسائل المختلفة، فقد أبلغت المدعى عليها - بعد زيارة رئيسها - بأنها لا ترغب في التعامل مع المدعية، وطلب في ختام دعواه اتخاذ الإجراءات القانونية والروسية لحفظ حقوق المدعية،

(١) انظر: الحكم رقم (٢٨١) / هـج / ١١ لعام ١٤٢٥هـ في القضية رقم (١٤٠٢) / ٢ / ق لعام ١٤٢١هـ الصادر من الدائرة السادسة عشرة بالمحكمة الإدارية بجنّة، والمؤيد من محكمة الاستئناف بأثرها من الدائرة السابعة بموجب الحكم رقم (٦٠٦) / ٧ / لعام ١٤٢٢هـ.

وروق منتجات المدعى عليها من دخول المملكة، لصالح أي جهة أخرى غير المدعية لحين انتهاء الدعوى، ويطلب الجواب عن هذه الدعوى من وكيل المدعى عليها، أجاب: بأنه لا صحة لوجود اتفاقية توزيع حصري بين المدعى عليها والمدعية، وأن العلاقة بينهما لا تتجاوز حدود خطابات التوايا الممنوحة لكل منها بسنة واحدة، وتنتهي آثارها بانتهاء السنة المحددة في كل خطاب منها، ولا يوجد شرقاء، أو نظاماً ما يجبر المدعى عليها على الاستمرار في إصدار خطابات توايا جديدة للمدعية، وأما رغبة المدعية بأن تكون موزعاً لمنتجات المدعى عليها فلا يمكن أن تنشأ بمفردها أي رابطة تعاقدية؛ لأن الاتفاقات لا تنشأ بالإرادة المنفردة، وأن عقد الوكالة له استقلالية وتميز عن غيره، وقد نصت خطابات التوايا الصادرة من المدعى عليه بتعلم التوقيع على عقد وكالة حصرية في الوقت الحالي؛ إذ أنه سابق لأوانه، ويمكن تزويدكم بخطاب توايا إلى نهاية ١٩٩٨م، وعندها يمكن الحكم هل من المناسب أو غير المناسب أن تصل إلى مستوى تعاون يحكم بمقد، وبذلك يظهر صراحة رفض المدعى عليها التوقيع على عقد وكالة حصرية، وبنهاية عام ٢٠٠٠م قررت المدعى عليها وقف التعامل مع المدعية، واستعملت حقها المشروع في ذلك، وليس للمدعية إجبار موكلته في إبرام عقد وكالة حصرية بمجرد رغبته المنفردة... ثم تبادل الطرفان المذكرات اللاحقة، وتمسك كل طرف بطلباته الواردة أعلاه.

الأسباب:

وحيث حصر وكيل المدعية دعوى موكلته بمطالبة المدعى عليها بتعويض موكلته بمبلغ أحد عشر مليوناً ومائتين وأربعين ألفاً ومائة ريال؛ ذكر أنها تمثل قيمة الخسائر التي تكبدتها موكلته منذ تعاقدتها مع المدعى عليها، إضافة إلى الشهرة التي حققتها للمدعى عليها داخل الأراضي

السعودية، وحيث إن وكيل المدعى عليها طلب رد دعوى المدعية لعدم وجود ما يثبت إلزام المدعى عليه للمدعية بعمل تلك المجهودات من فروع ومحللات وفكورات...، وبما أن البين من أوراق الدعوى أن المدعى عليها كانت تباع منتجاتها للمدعية، وكانت الأخيرة تباعها بعد ذلك في أسواق المملكة العربية السعودية، باسمها ولحسابها الخاص، ومن ثم تقول حصيلة المبيعات إلى المدعية وحدها، وعليه يمكن القول بأن ما قامت به المدعية من جهود، وما تكبته من خسائر في سبيل إنتاج تجارتها، أمر يلزمها وحدها، ولا مسؤولية على المدعى عليها في ذلك.

ثم إن علاقة الطرفين كانت بناء على خطاب التوايا المؤرخ في ٢٣ ديسمبر ١٩٩٩م، حيث تفيد فيه المدعى عليها بأن للمدعية الحق الحصري في توزيع منتجاتها في المملكة، ويكون الخطاب ساري المفعول إلى حين إبرام العقد المجدد له نهاية ديسمبر ٢٠٠٠م، مما يعد معه هذا الخطاب اتفاقية توزيع حصري للمدعية، وليس عقد وكالة بين الطرفين، ونهاية ما يمكن قوله أن هذا الخطاب يعد وعدًا بالتعاقد من قبل المدعى عليها، والوعد غير لازم التحقيق مطلقًا من قبل الواحد عند جمهور أهل العلم، وعليه: فإذا ثبت عدم إلزام الواحد بتحقيق ما وعد به، فمن باب أولى عدم التصويض عن آثار هذا الوعد، وما يترتب عليه من أعمال قام بها الموعود له في سبيل تحقق هذا الوعد، وحتى على قول بعض أهل العلم بإلزام الواحد بتحقيق ما وعد به، في حال ما إذا ترتب على ذلك حصول التزامات دخل فيها الموعود له، فإن المدعى عليها لم تكلف المدعية بعمل المجهودات التي قامت بها للتوصل بها إلى توقيع عقد وكالة بينهما، مما تنفي معه مسؤولية المدعى عليها عن قيمة هذه المجهودات والخسائر التي تطالب بها المدعية...، وكما أن الوكيل

التجاري رسمياً لا يعرض من قبل الموكل فيما يقرر به من مجهودات لم يكلفه بها، فمن باب أولى أن يقال ذلك في حق الموزع الذي يشتري منتجات غيره ليبيعهها لصالح نفسه، ويتكبد في سبيل ذلك بعض المجهودات التي لم يكلف بها بقية تحصيل وكالة منه، كما أن هذه المجهودات المذكورة لا تخرج -وفق ما جاء في المرافعة- عن عملها كموزع وهي من طبيعة عمل التوزيع، بالإضافة إلى ما تقرر من كون المدعى تقصد من ورائها التكسب، وطلب الربح، ولا يمكن القول في هذه الحالة بأن تحصل على الربح والتكسب المقصود من عملها بالتوزيع، وفي الأمر نفسه تعوُّض عن الخسائر التي تكبدها جراء عملها كموزع لمنتجات المدعى عليها، لا سيما وأن تلك المجهودات مما لا يمكن خبطه وتقديره، فيكون في التعويض عنها فتح لباب لا يمكن إبعاده حيث لو سلم ذلك لكان للمدعية أن تتكلف أضعاف ما عملت من مجهودات -حسب ما تشاء- لترجع بقيمتها على المدعى عليها مع عدم التزام الأخيرة بشحمل ذلك، وهذا مما لا يستقيم مع قواعد الشريعة الإسلامية التي تمنع إلحاق الضرر بالناس في معاملاتهم، وتكليفهم ما لا يطيقون، ولزامهم ما ليس لازماً لهم...

الحكم:

للك حكمات الدائرة برفض دعوى المدعية؛ لما هو مبين
بالأسباب.

◆ النوع الثاني: الدراسة التحليلية

أولاً: يظهر جلياً من خلال استعراض السابقة القضائية، عدم اعتبار ما جرى بين الطرفين من مكاتبات، ومراسلات غير صريحة في إنشاء التعاقد بين الطرفين، وأن غاية ما يمكن قوله هو عبثهم وعد من قبل

المندى عليها للمدعي؛ بالتوقيع وإبرام العقد في زمن لاحق على ما حصل بينهما من مباحة وشراء، وبالتالي تظهر العلاقة بين ما هو وارد في عنوان المطلب، وبين ما ورد في وقائع السابقة القضائية.

ثانياً: السابقة القضائية بثت قضائها على مسألة قضائية، تعد محل خلاف بين الفقهاء، وهي مسألة الوعد هل يكون ملزماً لمن صدر عنه قضاء أم لا؟

قال القرافي **رحمته**: (واعلم أن الفقهاء اختلفوا في الوعد هل يجب الوفاء به شرعاً أم لا؟ قال مالك: إذا سألك أن تهب له ديناراً، فقلت: نعم، ثم بدا لك لا يلزمك)^(١).

ولبيان هذه المسألة نوردنا في عدة نقاط:

أ - تعريف الوعد لغة: هو الإخبار عن فعل أمر في المستقبل يتعلق بالغير^(٢) قال ابن فارس: (الوار والعين والذال، كلمة صحيحة تدل على ترجية بقول)^(٣).

يقال: أتجز وعده، وعدته، وموعده، وموعنته، وميعاه إجازاً. أي: أوفى به^(٤).

وأما في الاصطلاح فإن جمهور الفقهاء على استعمال الوعد بمعناه اللغوي، وهو الإخبار عن فعل المرء لغيره أمراً في المستقبل، وخص

(١) البزق في أنواع الفروق للقرافي (ج ٤/ ٢٤).

(٢) ينظر: لسان العرب لابن منظور (٤٦١/ ٣) مادة وعد، والتكليات لأبي البقاء (ص ٩٣٩)، ومجموع المصطلحات المالية، كتبه حماد (ص: ٧٤).

(٣) مقاييس اللغة لابن فارس (١٢٥/ ٦) مادة وعد.

(٤) ينظر: القاموس المحيط، باب الذال، فصل الوار (٤٦٦/ ١)، لسان العرب، لابن منظور (٣)، مجمع مقاييس اللغة لابن فارس (١٢٥/ ٦) مادة وعد.

المالكية لفظ العنة بما كان في المستقبل من معروف، وأما ما كان من غير المعروف سواء من معاومة أو نحوه فإنه وعد^(١).

ب - صورة المسألة، ومحل النزاع:

قبل الكلام عن خلاف الفقهاء في مسألة الرعد، لا بد من تصور المسألة، وتحرير محل النزاع فيها، ولذلك فإن الحياة المعاصرة تشهد توسعاً كبيراً في المعاملات المالية، وتطوراً سريعاً مما يقتضي الحال معه إلى تجديد العقود والالتزامات تبعاً لما يقتضيه حال المتعاملين، فنجد إحدى الشركات المنتجة والمصنعة لنوع من أنواع المواد الاستهلاكية تتعامل مع أحد المشتريين في بلد آخر، وقد تتولد مع الأيام العلاقة بين الطرفين وتتقوى، مما تنشئ معه توقيع عقود ملزمة للطرفين تعود بالنفع على الطرفين، حتى وإن كان منشأ الترابط بيعاً وشراء فقط، فتقوم الشركة المنتجة مثلاً بقطع وعد في المستقبل بأن تنشئ تماقداً مع المشتري من شأنه تقوية الروابط بين الطرفين؛ سواء بمنحه عقد وكالة حصرية، أو شراكة في المنتجات وأرباحها، أو نحوه فلك من الوعود، فهل يلزم الواحد قطباً وحياته بما أرسله من وعد؟

* تحرير محل النزاع:

١ - لا خلاف بين الفقهاء في أنه من وعد بشيء منهي عنه فلا يجوز له إتيانه؛ بل يجب عليه إخلافه شرقاً وإتيان الذي هو خير^(٢).

(١) ينظر: الوعد والمراعاة، نزيه حماد، بحث منشور ضمن دراسات المعايير الشريعة لج ٣٧٧/٤.

(٢) ينظر: أحكام التركة للمصطفى (٤٤٢/٣)، والأحكام للنووي مع شرحه الفتوحات الربانية (٢٥٨/٦)، والإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (٢١/٥).

٢ - كما أنه لا خلاف في أن من وعد بشيء واجب، كأداء حق، أو فعل أمر لازم فإنه يجب عليه الوفاء به^(١).

٣ - كما أنه لا خلاف في أن من وعد بفعل شيء مباح، أو مندوب، فإن الوفاء به يعد مندوباً ومستحباً، لكونه من مكارم الأخلاق، وصفات أهل الإيمان، ويخلق الأنبياء والمرسلين^(٢)، ولكن هل يجب الوفاء بالوعد ديانة وقضاء؟ أم غاية الأمر أنه مستحب ولا يقضى عليه بموجبه؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال^(٣):

ج - أقوال الفقهاء، وأدلتهم:

القول الأول: أن الوفاء بالوعد واجب ديانة، ويحرم إخلافه بلا عذر، وملزم للمواعد قضاءً، وبه قال ابن شبرمة^(٤)، وقول في مذهب المالكية^(٥)، ووجه في مذهب الإمام أحمد^(٦)، وهو قول عمر بن عبد

(١) ينظر: الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم (١٩/٥)، وتفسير القوطي (٤٣٤/٢٠)، والفروع لابن مفلح (٩٤/١١).

(٢) ينظر: التمهيد لابن عبد البر (٢٠٧/٣)، والمبسوط لابن حزم (٢٨/٨)، والتمهيد لأحكام القرآن للقوطي (٤٣٥/٢٠)، والأفكار الثموري مع شرحه الفتحاحات الرباية (٢٥٨/٦)، الوعد والمواعدة لشيخ حماد، منشورات هيئة المساجد والمراجعة المالية (٤/٣٣٧٥)، ربيع التوسط لثوري (٤٤٣)، وتصدير الكلام في مسائل الالتزام للمستطاب (١٥٣)، والمعاملات المالية، المعاصرة شير (٣١٠).

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) انظر: المبسوط لابن حزم (٢٨/٨)، والفروع، لابن مفلح (٩٢/١١). وابن شبرمة هو: عبد الله بن شبرمة بن المغيرة بن حسان الغساني أبو شبرمة الكوفي كان ثقة، فيها، قليل الحديث وروى عن أنس بن مالك والسنن البصري وغيرهما، توفي الفقهاء، ومات سنة أربع وأربعين ومائة، انظر: تحريب التهذيب (٣٠٧/٢)، وسير أعلام النبلاء (٣٤٧/٦).

(٥) انظر: تصدير الكلام للمستطاب (١٥٥)، حاشية ابن المشاط على الفروع (٢٠/٤-٢٤).

(٦) انظر: الفروع لابن مفلح (٩٢/١١)، الإصباح للقوطي (٢٨/٢٥١).

العزیز^(١)، وإسحاق بن راهويه^(٢)، وأبو حامد الغزالي^(٣)، وذهب بعض المعاصرين إلى القول بوجوب الوفاء بالوعد فيأنة فقط^(٤).

واستدلوا بجملة من الأدلة، منها ما يلي:

الفيل الأول: قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا مَا لَا تَعْمَلُونَ ۚ كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَعْمَلُونَ﴾ [النص: ٢-١٣].

وجه الاستدلال: أن الله ﷻ ذم الذين يقولون ما لا يفعلون، وأنه يمتثل ذلك، ولا يكون مثل هذا الوعيد إلا لتترك واجب، أو فعل محرم، ومن أخلف وعده، فقد قال ما لم يفعل، ودخل في الوعيد الوارد

(١) انظر: الفتوحات الربانية شرح الأفكار التنويرية (٦/ ٢٦٠)، الفروع لابن مفلح (١١/ ٩١). حرر بن عبد العزيز حر: أبو حفص أمير المؤمنين، حرر بن عبد العزيز بن مروان بن النعمان بن أبي العاص، القرشي، الأموي، الخليفة الراشد، الإمام، الزاهد، ولد سنة ٢٣٠ هـ وروى الحديث من عند من اتصافوا بالتأبين، وهو الشيخ بني أمية، قال ابن سعد: كان في مأموناً، له نقد، وعلم، وروح، مات سنة ١٠١ هـ بدمشق. انظر: تهذيب التهذيب (٧/ ٤٠٢)، وسير أعلام النبلاء (٥/ ١١٤).

(٢) انظر: الأفكار التنويرية مع شرحه الفتوحات الربانية (٦/ ٢٦٠). وإسحاق بن راهويه حر: إسحاق بن إبراهيم بن مطهر الحنظلي أبو يعقوب الحمروزي ابن راهويه، أحد أئمة الثنين السفاة، وأعلام المسلمين الجامع بين الثقة، والحديث، والروح، والتقوى نزل يسابور وعالمها، قال الحاكم حر: هو: إمام عصره في السلف والخير، وكتب من خلق كثير من أتباع التأبين، ولد سنة إحدى وقل سنة ست وستين ومائة، ودخل في طلب الحديث والعلم، وتوفي ليلة نصف شعبان سنة ثمان وثلاثين ومائتين، انظر: سير أعلام النبلاء (١١/ ٣٥٨)، طبقات الشافعية الكبرى (٢/ ٨٨).

(٣) انظر: إحياء علوم الدين للغزالي (٣/ ١٢٦ - ١٢٧). وأبو حامد الغزالي حر: محمد بن محمد بن محمد بن أحمد، الطوسي، الشافعي، الغزالي، الإمام، الزاهد، صاحب التصانيف، ولد سنة ٤٥٠ هـ، في طوس بخراسان، تفقه على إمام الحرمين، ومهر في الكلام والحديث، وقد قاع صيته، ورجع في مؤلفاته، توفي في طوس سنة ٥٠٥ هـ، ومن مصنفاته: 'إحياء علوم الدين'، و'نفاة الفلاسفة'، و'غياة الزائفة'، و'المصنف' وغيرها.

انظر: طبقات الشافعية (٧/ ١٨)، وسير أعلام النبلاء (٩/ ٣٢٢).

(٤) منهم: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي: (٢/ ١٠٣٦)، ومحمد الشامي، قد النوح (١/ ٨٦).

في الآية (١).

ونؤلف هذا: بأن المراد بالآية هم الذين يقولون ما لا يفعلون من الأمور الواجبة أصلاً، كالزكاة، وأداء الحقوق، وما كان في المستقبل من أمور يلزم الإنسان بها نفسه، فلا يدري هل يفعلها، أو لا يستطيع فعلها (٢).

وأجيب عنه بأن الآية عامة في ذم كل من قال، ولم يفعل (٣).

العليل الثاني: ما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أومن خان» (٤).

ووجه الاستدلال: أن النبي ﷺ ذم إخلاف الوعد، واعتبره من خصال النفاق وهذا دليل على تحريمه والتخيير منه (٥).

نؤلف هذا: بأن الحديث، والزم الواو فيه محمول على الذي قارنه عزم على عدم الوفاء، وأصبر في نفسه خلاف ما قال، أو ترك الوفاء من غير عذر، أما من كان عازماً على الوفاء ثم طرأ عليه ما يمنع ذلك، فلا يدخل في الذم الواو في الحديث (٦).

القول الثاني: أن الوفاء بالوعد مندوب ومستحب فبأنه، وغير ملزم للمواعد قطبة، ولا يقضى عليه به، وهو قول جمهور أهل العلم من

(١) انظر: أحكام القواعد لابن العربي (٤/ ١٨١)، الجامع لأحكام الفوائد للقرطبي (٢٠/ ٤٢٧)، الترويق للقرافي (٤/ ٢٠).

(٢) انظر: المسلى لابن حزم (٨/ ٣٠).

(٣) انظر: مع التصحيح وأحكامه للتركي (٤٥٣).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب علامة النفاق (١/ ٣٧)، وأخرجه الإمام مسلم في كتاب الإيمان، باب خصال النفاق (٢/ ٣٣٥).

(٥) انظر: الترويق للقرافي (٤/ ٢٠).

(٦) انظر: إنباء علوم الدين للقرافي (٣/ ٣٣٣).

المحنة^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

واستدلوا بأدلة منها:

الفيل الأول: حديث عطاء بن يسار رضي الله عنه قال: "قال رجل لرسول الله ﷺ: أكذب لأمرائي؟ فقال رسول الله ﷺ: لا خير في الكذب فقال: يا رسول الله، أفاعنعها وأقول لها؟ فقال رسول الله ﷺ: لا جناح عليك^(٥)."

وجه الاستدلال من الحديث: أن سؤال الرجل جاء مقروناً بالسؤال عن الكذب، وأن الظاهر منه أنه يسأل عن الوعد الذي لا يفي به، وهل عليه فيه حرج، فأجابه برفع الحرج، ما يدل على أن الوفاء بالوعد أمر مستحب^(٦).

ونوقش هذا الاستدلال بأن هذا الحديث ضعيف لا تقوم به حجة؛ لاتقطاع إسناده -كما تبين من تخريجه- كما أن القول بأن سؤال الرجل كان عن الوعد الذي لا يفي به غير متعين؛ لاحتمال أن يفي به، والسائل

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص (١/١٤٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٤٧).

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي (١/١٨١)، الفروق للقرافي (٤/٢٥)، تحرير الكلام للشاطب (١٥٤).

(٣) انظر: الأفكار مع شرحه لفتوحات الرباية (٦/٢٥٨)، روضة الطالبين للزوي (٥/٣٩٠).

(٤) انظر: الفروع لابن مفلح (١١/٩٢)، والإصالة للموطوي (٢٨/٢٥١).

(٥) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الجامع، باب ما جاء في التصديق والكذب (ص ٧٠). وقال عنه ابن عبد البر: "لا أعلم هذا الحديث بهذا اللفظ يستند إلى النبي ﷺ من وجه من الوجوه". الاستبصار (٨/٥٧٣)، التمهيد (١٦/٢٤٧)، وقال أبو الفضل الصافي العراقي: -الله-: "أخرجه ابن عبد البر في التمهيد مرسلاً من رواية صفوان بن سليم عن عطاء بن يسار، وهو في الموطأ من صفوان بن سليم مفصلاً من غير ذكر عطاء بن يسار". التمهيد من حيل الأسفار للشافعي العراقي (٣/٨١٦).

(٦) انظر: الفروق للقرافي (٤/٢١-٢٢)، مع التضييق للزوي (ص ٤٤٦).

إنما سأل عن الوعد مطلقاً، وقد جاء الجواب كذلك، وعلى فرض التسليم بما جاء في استدلالكم، وأن الحديث يدل على الترخيص في عدم الوفاء بالوعد، فإنه محمول على وعد الرجل لزوجته، وما بينهما من علاقة زوجية يتجاوز فيها ما لا يتجاوز في غيرها، ولا يقاس غيرها عليها، فقد صح في الحديث عن أم كلثوم بثت عقبة رضي الله عنه: "أنها لم تسمع النبي ﷺ يرمخص في شيء مما يقول الناس كذب إلا في ثلاث: الحرب، والإصلاح بين الناس، وحديث الرجل امرأته، وحديث المرأة زوجها" (٢٧١).

الغليل الثاني: ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: إذا وعد أحدكم أخاه، ومن نيته أن يفي، فلم يَفِ فلا شيء عليه (٢).

وجه الاستدلال: بأن النبي ﷺ رفع الحرج عن الواحد إذا لم يَفِ بوعد، ولو كان واجباً لما نفى الحرج عنه، فدل على أن الوفاء بالوعد أمراً مستحباً لا غير (٤).

ونوقش بأن الحديث ضعيف فلا تقوم به حجة، وعلى فرض صحته

(١) أخرجه الإمام مسلم في كتابه البر والصلة والآداب، باب تحريم الكذب، وبيان المباح فيه، (٢٧٢/١٦).

(٢) انظر: التمهيد لابن عبد البر (٢٤٨/١٦)، شرح النووي على صحيح مسلم (٢٧٢/١٦)، مع القسط للتركي (٤٤٧).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه في باب الندة برقم ٤٩٩٥ (٧١٧/٢)، وأخرجه الترمذي في سننه في باب ما جاء في علامة المنافق برقم ٢٦٢٣، وقال: حديث غريب، وليس إسناده بالقوي—ولا يعرف أبو النعمان وأبو وقاص، وهما مجهولان— (٣٦٦/٤)، وأخرجه الذهبي في سننه في باب من وعد غيره شيئاً وليته أن يفي—، (١٩٨/١٠)، وقال الألباني: حديث ضعيف، مشكاة المصابيح (١٣٨/٢).

(٤) انظر: مع القسط للتركي (٤٤٨).

فإنه محمول على من لم يف بوعده مضطراً، أو لعذر مقبول؛ وذلك متصفاً للتعاضد بين الأدلة^(١).

الدليل الثالث: أن الفقهاء أجمعوا على أن وعد غيره بعتبة مال، فمات الواعد أو أفلس؛ فإن الموعود لا يضرب له مع الغرماء بما وعد به^(٢).

فدل ذلك على أن الوعد غير واجب الوفاء^(٣).

ونوقش بأن دعوى الإجماع مضمومة بوجود المخالف، وهو القائل بأن الموعود له أن يضارب مع الغرماء بما وعد به^(٤).

الدليل الرابع: أن الوعد في حقيقته - تبرع محض، وعقود التبرعات غير لازمة، ويجوز للمتبرع الرجوع فيها قبل إتمامها، فإذا جاز الرجوع في الهبة، أو العارية، قبل القبض مع وجود الإيجاب والقبول، والذي هو أقوى من الوعد؛ فجزاء في الوعد المجرد من باب أولى^(٥).

القول الثالث: أن الوفاء بالوعد مندوب ومستحب ديانة، ومطلزم قضاء إذا كان مطلقاً على سبب، أو شرط، أو دخل الموعود بسبب الوعد في أمر والتزام آخر، فلو وعده أن يقرضه مهر الزواج، فتزوج الموعود اعتماداً على ذلك الوعد؛ لزمه الوفاء^(٦).

(١) ينظر: حاشية ابن المشاط على الفروق (٢٦/٨).

(٢) حكى الإجماع ابن عبد البر في التمهيد (٢٠٧/٣)، وانظر: الإحكام لابن حزم (١٩/٥) و(٢٥٨/٦).

(٣) انظر: مع التيسير للتركي (٤٤٨).

(٤) ينظر: مع التيسير لابن حجر (٣٤٢/٥)، ومع التيسير للتركي (٤٤٩).

(٥) ينظر: التمهيد لابن عبد البر (٢٠٩/٣)، والمبني لابن مفلح (٣٤٥/٩).

(٦) هذا القول يروى في التيسير في مسألة الإكراه بالوعد قضاء.

وهذا هو القول المشهور، والراجح في المذهب المالكي^(١) ونسبه القرافي لـ: مالك، وابن القاسم، وسحنون^(٢)، ونص الحنفية على أن الوعد ملزم قضاء، إذا كان معلقاً على شرط^(٣)، قال في الأشباه والنظائر: "لا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً، وفي بيع الوفاء"^(٤). واستدلوا بما يلي:

١ - أن الوعد إذا صدر معلقاً على شرط فإنه يكتسب قوة بذلك، ويظهر فيه حيث معنى الالتزام والتمهيد، ويكون ملزماً لصاحبه^(٥).

= ينظر للاستزادة: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٠/١٧)، دور الحكام (٢٠٧/١)، الفروق للقرافي (٢٥/٤)، تحرير الكلام للسلطاب (١٥٤)، المنخل الفقهي امام للزرقا (١٠٣٦/٢)، الوعد والموعود لقرنه حماد (٣٢٩٠/٤)، بيع الخسيط للتركي (٤٦٠ - ٤٦٣).

(١) انظر: الفروق للقرافي (٢٥/٤)، وتحرير الكلام للسلطاب (١٥٥).

(٢) انظر: الفروق للقرافي (٢٥/٤)، وابن القاسم هو: أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن عاتق المعطي بالولاء، الفقيه المالكي، عالم الذكار المصرية، ومفتياً، جمع بين الزهد، والعلم، وتفقه بالإمام مالك، وصحب عشرين سنة، واتضح به أصحاب مالك بعد موت الإمام مالك، وهو صاحب "المنولة" في منبههم، وهي من أجل كتبهم، ومنه أخذها سحنون، وكانت ولادته في سنة اثنين، وقيل ثلاث وثلاثين ومائة، وقيل ثمان وعشرين، وتوفي سنة إحدى وتسعين ومائة.

انظر: وفيات الأعيان (١٢٩/٣)، سير أعلام النبلاء (١٢٠/٩).

وسحنون هو: عبد السلام بن سعيد أبو سعيد التنوخي القيسي، ثم القيرواني المالكي يكتفى بسحنون، قاضي القيروان، ومصنف المنولة وحمل إلى مصر، وقرأ على ابن وهب، وابن القاسم، وأشباه، وبرج في عهد، وعلى قوله المعول بالمغرب وتفقه به خلق، وكان موصوفاً بالنبالة، والنور، والسفاه، والكرم، تولى القضاء، صنف المنولة، وعليها يعتمد أهل القيروان، وقد انتشر علم مالك في المغرب، توفي سنة أربعين ومائتين.

انظر: ترتيب المنارة (٤٥/٤)، وسير أعلام النبلاء (١٢/١٢).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٤٧)، وفهم حيون البصار للسموي (٢٢٧/٢)، ودور الحكام (٧٧/١).

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٤٧).

(٥) انظر: فهم حيون البصار للسموي (٢٢٧/٢)، ودور الحكام (٧٧/١)، والمنخل الفقهي للزرقا (١٠٣٤/٢).

ب - أن الموعود ما كان له أن يدخل في السبب إلا بالوعد، وقد يستلزم ذلك الاتفاق، وتحمل ما لا يطبق من المال، ودفعاً للضرب عن الموعود؛ يلزم المواعد بما وعد، إعمالاً بقول النبي: **«لا ضرر ولا ضرار»** (٢٧١).

والفرق بين القول المشهور عند المالكية، وما نص عليه الحنفية في هذا القول الثالث، هو أن الحنفية بنوا الإلزام على اللفظ، وما يصدر عن الواحد من شرط معلق، وأنه أدعى للإلزام من مجرد الوعد المطلق، وأما المالكية فنظروا إلى الضرب الحاصل للموعود ودفع التضرير به (٢٨).

(ج) الترجيح:

والذي يظهر لي - والعلم عند الله - أن الوفاء بالوعد واجب، ويحرم الخلف به إلا لعذر ثباته، وغير ملزم قضاء إلا في حال اقترون به سببه ودخل الموعود في كلفة بسبب الوعد، لما في هذا القول من عدم التضرير

(١) أخرجه ابن ماجه في كتابه الأحكام؛ باب من بنى في حقه ما يضر جاره (٢/ ٤٢٦)، قال في معراج الزجاجة: 'وفيه جابر الجعفي، وهو ضعيف'؛ وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (٥٥/ ٥)، وجاء الحديث بعنة طرق وألفاظ مختلفة عن الصحابة **«وقال أبو حمزة بن الصلاح: هذا الحديث أسنده الشافعي من وجوه ومجموعها يروي الحديث ويحسنه، وقد تكلم جماعة أهل العلم، واحتجوا به، وقول أبي طه: 'إن من الأحاديث التي ينور النقد عليها' يشعر بكونه غير صحيح' جامع العلوم والحكم (ص ٥٧١). والحديث صحيح الألباني في السنة الصحيحة (١/ ٤٩٨).**

وللاستزادة: انظر: المقاصد الحسنة للسخاوي (٧٢٧)، وخلاصة البئر المنير لابن الملقن (٤٣٨/ ٢)، معراج الزجاجة، أبو عمير (٤٨/ ٢).

(٢) انظر: الفروع للقرافي (٢٥/ ٤)، تحرير الكلام للمصطفى (١٥٦)، البيان والتصيل لابن رشد (٣١١/ ١٠)، سيج التقييد للتركي (٤٦٢).

(٣) انظر: المنخل الفقهي للزرق (١٠٣٣/ ٢)، الوعد والمواعدة لصباح (٤/ ٢٢٩٥).

بالموعود، ولما فيه من جمع بين الأدلة، وإعمالاً للمقاعدة الفقهية "الضرر يزال" (١٦).

وقد رجح مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة المنعقدة في الكويت سنة ١٤٠٩هـ بأن الوعد ملزم قضاءً، إذا كان متعلقاً بسببه، ودخل الموعود فيه (١٧).

والذي يثبت عليه السابقة قضائها من الأقوال، هو ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من أن الوعد غير لازم لتحقيقه من الواحد قضاءً (١٨).

لذلك: وجه كونها سابقة قضائية:

يظهر جلياً من خلال استعراض الحكم القضائي، محل الدراسة، مدى تطابق وصف السابقة على مضمونها، إذ أنها صدرت من المحكمة الابتدائية، وجاءت مستوفية لأركان وشروط الحكم القضائي، ثم اكتسب التأييد من المحكمة الأعلى درجة، وقد تكررت وقائع مماثلة لها، وبالتالي فإنها أصبحت صالحة لأن تكون مثلاً يحتذى بها، لما يلحق من أحكام.

(١) انظر: الأديب والنظار، لابن نجيم: (٧٢)، والقواعد الفقهية، إسماعيل حلوان (٣٣٨)، القواعد الكلية، محمد خير (١٦٤).

(٢) جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٤٠ - ٤١) بشأن إثباته بالوعد، والمراجعة للأمر بالشراء في دورته الخامسة المنعقدة في الكويت من (١-٦) جمادى الأولى ١٤٠٩هـ ما يلي: أولاً: ...، ثانياً: الوعد - وهو الذي يصدر من الأمر أو الأمر على وجه الانفراد - يكون ملزماً للواحد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاءً إذا كان متعلقاً على سببه، ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد، ويتضمن أثر الإلزام في هذه الحالة إما تنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فضلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر - مبدل المصمم، الحنفية الخامس (ج/٢) من ٧٥٣، ٩٦٥) فلا من قبل المعاملات الحديثة، أبعد الوهاب أبو سليمان (ص ٥١٣).

(٣) انظر: المصنف ١٦٦ من هذا البحث، والسابقة للقضائية أوردت أسباباً أخرى، وحيثيات إضافية لما ذكره.



رابعًا : العبادة المقترحة للمساينة ;

(الوعد في البيع ، أو الشراء يجب الوفاء به حيانة ، ويلزم به قضاء ، متى حُلّق على سبب ، ويختل الموعد فيه).



البهيم الثاني

السوابق القضائية المتعلقة بشروط صحة البيع

وفيه أربعة مطالب:

- **المطلب الأول:** الرؤية للمبيع كافية في معرفته، وانتفاء الجهالة.
- **المطلب الثاني:** العلم بالثمن والمتمن، وبطلان ما تضمن تحريًا أو جهالة.
- **المطلب الثالث:** تصرفات التبع تنسب إلى مقبوه.
- **المطلب الرابع:** حكم بيع المراجعة للأمر بالشراء.



الطلب الأول

الرؤية للمبيع كافية في معرفته واكتفائه الجهالة

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

القضية: انعقاد البيع بعد المعاينة للمبيع^(١).

الدعوى: [تلخص وقائع هذه الدعوى في أن وكيل المدهي (...)
تقدم بلائحة دعوى، تضمنت أن المدهي اشترى من المدهي عليه حديد
سكراب خردة، بقيمة إجمالية قدرها ستة ملايين ريال، على ألا تقل
الكمية عن مائتي ألف طن، وبعد أن استلم المدهي عليه المبلغ، وقام
المدهي بتحميل الحديد محل البيع تبين له أن كميته لا تتجاوز عشرة
آلاف طن أي ما تعادل قيمته مليوني ريال فقط، وانتهى في دعواه إلى
طلب إلزام المدهي عليه بنفع مبلغ أربعة ملايين ريال، تمثل الفرق بين
المبلغ المنفرد للمدهي عليه، وقيمة الكمية المستلمة من الحديد على
الشحور المبين تفصيلاً بلائحة الدعوى ومرفقاتها، وفي جلسة
(١٩/٣/١٤٢٥هـ) حضر المدهي وكالة (...) كما حضر المدهي عليه
وكالة (...) المثبت بيانتهما بمحضر الضبط، ويسأل المدهي وكالة عن
دعواه، ذكر بأنها وفقاً لما ورد بلائحة الدعوى المذكورة أعلاه،

(١) انظر: الحكم رقم (١٠١/هـج/١٣ لعام ١٤٣١هـ) في القضية رقم (٣٥٤٠/٢/٢ لعام ١٤٢٤هـ)
المصدر من الدائرة التجارية الثالثة عشرة بالمحكمة الإدارية بجهة، والمؤيد من محكمة
الاستئناف بالرياض بموجب الحكم رقم (٢٥٣/١/٢٥٣٧ لعام ١٤٣٢هـ).

والمستغنية طلب إلزام المدعى عليه بدفع مبلغ أربعة ملايين ريال،
 وبسؤال المدعى عليه وكالة الجواب ذكر بأن الطرفين وثقا عقدًا اشترى
 المدعي بوجه كمية حديد بعد المعاينة، ولم يحدد في العقد كمية
 الحديد، وإنما اكفى الطرفان برؤية الحديد، وعلى ذلك بني العقد - كما
 أن العقد حدد منه تحميل الحديد، وقد انتهت المدعى وطلب أن يخلي
 المدعي الموقع، وأن تطبق عليه الغرامة المتصوص عليها في العقد، فرد
 وكيل المدعي: أن العقد تضمن تحديدًا للكمية إلا أن موكله وجد الكمية
 قد نقصت عن المتفق عليه، وذكر أن التحديد كان على الخريطة المرفقة
 بالعقد، والتي هي جزء مكمل للعقد، وفقًا لما نص عليه العقد، فنفي
 المدعى عليه وكالة صحة ذلك، وذكر أن ما دون على الخارطة من
 معلومات تتعلق بكمية الحديد لم يوقع عليها المدعى عليه، وأبرز صورة
 للخارطة، ذكر أنها أصل الخارطة، وقد تبين منها عدم كتابة المعلومات
 التي أشار إليه المدعي وكالة (...)، ثم في جلسة أخرى أكد المدعي
 وكالة على ما ورد في لائحة الدعوى، وأنه يطلب إلزام المدعى عليه
 بمبلغ أربعة ملايين ريال، تمثل الفرق بين القيمة المدفوعة للمدعى عليه
 بشيك معنق، وبين الكمية المباعة، وفقًا للتفصيل المدون بلائحة
 الدعوى، وما تم ضبطه وتقنيته، كما أكد المدعي عليه وكالة بأن جوابه
 يتعلق في أن العقد المبرم بين الطرفين لم ينص على وزن الحديد، ولا
 كميته، وإنما اكتفى بمعاينة الطرف الثاني للحديد محل التعاقد، وأنه
 بموجب ذلك يكون قد استلم المبيع مقابل المبلغ المتفق عليه، وليس له
 في ذمة موكله أي شيء، فسألت الدائرة وكيل المدعى عليه عن سند
 القبض رقم (...) المؤرخ في (...) الصادر عن مؤسسة الخردة، المبين فيه
 أن المبلغ ستة ملايين ريال قيمة موقع حديد سكراب السليمانيه مائتين
 ألف طن متري، فأجاب بأن السند على مطبوعات موكله إلا أنه مزور.

ولم يصدر عن موكلتي، والكلام المكتوب فيه غير صحيح، فسألت الدائرة وكيل المدعي هل لديه أصل هذا المستند؟ فأفاد بأنه لا يوجد لدى موكله أصل لهذا المستند، وإنما لديه صورة فقط، ولا يوجد أيضا لديه مستند آخر على الكمية سوى ما قلناه، ثم أنقذت المرافعة.

الأسباب:

وحيث إن المدعي يطلب إلزام المدعى عليه بمبلغ أربعة ملايين ريال، تمثل الفرق بين القيمة المنفوخة للمدعي عليه مقابل حديد سكراب خردة بستة ملايين ريال، والكمية التي استلمها من ذلك الحديد، حيث لم تتجاوز قيمة المقبوض من الحديد مبلغ مليوني ريال، والذي لا يتجاوز عشرة آلاف طن متري، في حين أن المتفق عليه كمية قدرها مائتي ألف طن متري، وحيث استند المدعي في دعواه إلى شرح موجود على خريطة موقع الحديد المذكور من قبل بتوقيع العامل لدى المدعي عليه، وشرحه بأن (الكمية مائتي ألف طن متري)، إضافة إلى سند القبض ورقم (١٤٦٥) المبين فيه أن المبلغ (ستة مليون ريال قيمة موقع حديد سكراب مائتي ألف طن متري)...، وحيث دفع المدعي عليه بأن بيع كمية الحديد التي كانت في الموقع ثم بعد أن قام المدعي بمعايبتها، والاطلاع عليها وقبل بها، وتم التعاقد على ذلك الأساس، ولم يذكر في العقد الكمية ولا الوزن، وإنما كان التعاقد على الكمية التي كانت موجودة فعليا في الموقع، ولم يكن هناك خريطة موقعة بين الطرفين كما ذكر المدعي في دعواه، كما دفع المدعي عليه بأن سند القبض المذكور مزور، ولم يصدر عن المدعي عليه، والكلام المكتوب فيه غير صحيح، وحيث طلبت الدائرة من المدعي وكالة سند القبض المذكور، فذكر أن موكله أفاده بأنه ليس لديه أصل هذا المستند، وإنما لديه صورة فقط، ولا يوجد لدى موكله مستند آخر على الكمية، وحيث إن الدائرة باطلتها على العقد

المبرم بين الطرفين تبين لها أن العقد نص في بنده الثاني على بيع كامل الكمية الموجودة بموقعه سكراب حسب المعاينة، ولم ينص على تلك الكمية، وحيث نص العقد على الخريطة الملحقة بالعقد، وأنها تكون معتمدة من الطرفين عند توقيع العقد، وحيث ذكر المدعي عليه وكالة أن ما دون على الخريطة من معلومات تتعلق بكمية الحديد لم يوقع عليها المدعي عليه، ولما كان المدعي يستند إلى تلك الأمور الخارجة عن العقد، ولم يتمكن من إثباتها^(١)، فإن الدائرة تنتهي إلى رفض دعواه، وبذلك تقضي.

لذلك حكمت الدائرة: برفض دعوى المدعي.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وبعرض السابقة، وعواستها يظهر لنا ما يلي:

أولاً: نص الحكم القضائي محل الدراسة على أن العبارة في لزوم المقد هو ما جرى عليه اتفاق الطرفين من بيع كامل الكمية الموجودة بالموقع حسب المعاينة، وهو الأصل في البيع المتعاقد عليه، والمدعي لا ينكر معاينة المبيع حين التعاقد، وادعى أموراً أخرى خارجة عن العقد المكتوب، ولم يستطع إثباتها، وبذلك تتضح العلاقة بين عنوان المطلب، وما جرى عرضه في السابقة.

ثانياً: استندت السابقة القضائية في حكمها بين المتنازعين على اتفاق البيع بعد ثبوت رؤية المبيع من قبل المشتري، وحدث ذلك الأمر

(١) الدائرة لم تعرض على المدعي بين المدعي عليه أي صحة ما يدعيه، وأهل تفسير ذلك وسيب أن المدعي يسعى إلى تفويض العقد بعد لزومه، وأن تبعد الدائرة مبرراً يقتضي ذلك، فحكمت برفض دعواه ولزوم العقد المبرم.

قاطعاً للنزاع لما في الرؤية من انتفاء الجهالة، والضرر الذي ادهاه المشتري، ولا خلاف بين الفقهاء في أن الرؤية للمبيع تعتبر معلوماً، ومعرفة المبيع تحصل برؤية مقارئة للعقد أو لبعضه إن ثبت عليه، أو تحصل بصفة معلومة تكفي في السلم^(١).

وإذا انعقد البيع على النحو المذكور آنفاً، وتصرف فيه المشتري بعد ذلك؛ صح تصرفه؛ ويظل خياره إن ادعى عدم الرؤية.

ومستند هذا الإجماع ما جاء في الحديث الذي يرويه أبو هريرة رضي الله عنه "أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الضرر"^(٢).

وجه الدلالة: أن العين الحاضرة التي وأما المشتري في مجلس العقد، قد سلمت من أهم قواعد البيع، وانتفى عنها الجهالة والضرر المنهي عنه^(٣).

قال في البحر الرائق: (ولا يتوقف -أي خيار الرؤية- ولا يمنع وقوع الملك للمشتري حتى أنه لو تصرف فيه جاز تصرفه، ويظل خياره، ولزمه الثمن...)^(٤)، وقال في الدر المختار: "والإشارة إليه (أي المبيع)، أو إلى مكانه شرط الجواز فلم يشر إلى ذلك؛ لم يجوز إجماعاً..."^(٥).

(١) انظر: البحر الرائق (٢٩٨/٥)، والدر المختار (١٠٤/٥)، التحاري الكبير للماروني (٢٣/٥)، المجموع للسرخسي (٦٨/٥)، بداية المجتهد لابن رشد (١٠٨٢/٣) و (١٠٩٦)، المغني لابن قدامة (٣٣٢/٦)، المبدع (٢٤-٢٥/٤)، نافع الصنائع (١٩٥/٤).
(٢) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب البيع باب بطلان بيع السمعة، والبيع الذي فيه ضرر، برقم ٢٨٨١ (٣/٥).

(٣) انظر: مسائل الإجماع، للتفسير: ٢٢١-٢٢٢.

(٤) البحر الرائق (٢٨/٦).

(٥) الدر المختار (١٠٤/٥).

وقال في الحاوي الكبير: (قال الشافعي رحمه الله: فإذا عقدنا بيعًا مما يجوز، واقتربا عن تراخس منهما، لم يكن لأحد منهما رده إلا بعيب أو خيار...).

وقال: (وأما بيع الأعيان فضرمان: عين حاضرة، وعين غائبة، فأما العين الحاضرة حكم بيعها فيجوز... وقال: "والاعتماد في بيع الأعيان على الرؤية..."^(١)).

وجاء في بداية المجتهد قوله: (المبيعات على نوعين: مبيع حاضر مرئي؛ فهذا لا خلاف في بيعه)، ثم قال: (ولا خلاف عند مالك أن الصفة تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع، أو لمكان المشقة التي في نشره...)^(٢).

وفي المغني: (ويعتبر لصحة العقد الرؤية من البائع والمشتري جميعًا، وإن قلنا بصحة البيع مع عدم الرؤية، فبإحاطة ما لم يره، فله الخيار عند الرؤية...)^(٣).

وفي المبدع ما نصه: (السادس: ... أن يكون معلومًا عند المتماثلين؛ لأن جهالة المبيع ضرر؛ فيكون منهيًا عنه؛ لا يصبح لذلك، ومعرفة المبيع تحصل برؤية مقارنة له أو بعضها، إن قلت على بقية نص عليه ... ولأن الرؤية متفق عليها...)^(٤).

ومما سبق من التصوحي؛ نجد أن المذاهب الأربعة على أن بيع العين الحاضرة بعد رؤيتها برؤية معتبرة لكامل السلطة، أو بعضها فيما

(١) الحاوي الكبير، الماوردي (٢٢/٢٢)، (٢٦).

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد (١٠٩٦/٢).

(٣) المغني، لابن قدامة (٣٣/٦).

(٤) المبدع (٢٤/٢) - (٢٥).

يكفي فيه البعض يعد منتجاً لأثار العقد، ولزومه، فكيف إذا أعقب ذلك تصرفاً، أو رفضاً بالمبيع، فلا خلاف حينئذ في أن الرؤية لم يعد لها محل اعتبار؛ لإبطال العقد، وهذا ما قصده السابقة في تأصيلها لما توصلت إليه من حكم؛ ولذا نقول بأن خيار الرؤية إن أثبتناه فإنه يسقط بعد الرؤية، وقبلها بكل تعريف في المبيع على صفة الملكية كبيع المشتري، وهبته مع التسليم^(١).

لذلك: وجه كونها سابقة قضائية:

يظهر جلياً من خلال استعراض الحكم القضائي محل الدراسة، مدى تطابق وصف السابقة على مضمونها، إذ أنها صدرت من المحكمة الابتدائية، وجاءت مستوفية لأركان وشروط الحكم القضائي، وقد تكررت وقائع مماثلة لها، وبالتالي فإنها أصبحت صالحة لأن تكون مثلاً يحتذى بها لما يلحق من أحكام.

وأيضاً: الصياغة المقترحة للسابقة:

(ينعقد البيع برؤية المبيع المقارنة للعقد، أو المتقدمة عليه بزمان لا يتغير فيه المرئي ظاهراً).



(١) ينظر: عقد البيع، معننى الزرقا (٢٧).

الطلب الثاني

المعلم بالثمن والمثمن،

ويطلبان ما تضمن شرذاً أو جهالة

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[تتجمل وقائع الدعوى في أنه وردت إلى المحكمة الإدارية بمنطقة مكة المكرمة لائحة الدعوى المقدمة من المحامي (...) ذكر فيها أن المُدعى عليه (...) اشترى على سبيل المقايضة من المُدعي بضاعة ثمنها (٤,٥٠٠,٠٠٠) أربعة ملايين وخمسمائة ألف ريال ببضاعة في مستودعائه بجنة والرياض قدر ثمنها بمبلغ (٤,٣٠٠,٠٠٠) أربعة ملايين وثلاثمائة ألف ريال، ونقل البضاعة من مستودع المُدعي في المدينة إلى مستودعائه بجنة، ودفع الفرق بين ثمن البضاعتين بمبلغ قدره (٢٠٠,٠٠٠) ريال، إلا أنه لم يمكن المُدعي من استلام بضاعته، ومضى على ذلك شهر رغم وجود عقد بينهما، وختم المُدعي وكالة دهباء بطلب إلزام المُدعى عليه بنفع مبلغ (٤,٣٠٠,٠٠٠) ريال مع ما لحق المُدعي من أضرار وما فاتته من منفعة، فقيدت الدعوى قضية.

وبجلسة (١٤٧٨/٢/٨هـ) أكد المُدعي وكالة على ما جاء بلائحة

(١) ينظر: مجموعة الأحكام والبراهين التجارية، الشؤون الفنية بديوان المظالم، لعام (١٤٦٩هـ) (ج ٢، ١٠٢٢)، الحسك: ١٤٦/٨/٢٠٠٠، والمؤيد من مسكنة الاستئناف برقم (١٣٨٧/١٣/٢٠٠٠) لعام ١٤٦٩هـ.

الدعوى، وعلى اتفاق طرفي الدعوى على مقايضة كل منهما الآخر ببضاعته، وذكر أن المُدعى عليه هو من قُدر البضاعتين، وأنه بعد أن تسلم البضاعة من المُدعي، ونقلها إلى مستودعائه في جدة، وقام بتغيير مفاتيح المستودعات التي أعطانا إياها، ومنعنا من دخول المستودعات، أما مستودعات الرياض فماتل في تسليمها، ثم امتنع عن تسليم البضاعة، ويسأل المُدعى عليه الجواب، ذكر أن الدعوى مقصود بها الإضرار بسمعتي، ولا توجد بيني وبين المُدعي (...) علاقة، أو اتفاق، ولم يسبق لي مقابله، وأن الاتفاق الذي تم كان مع المدعو (...) ابن المُدعي، والبضائع لم تكن على هيئة العيئات، بل كانت بضاعة قديمة وثالفة، وردفناها إليهم في اليوم نفسه، وتسلمها، وشكوته أمام الداخلية، فعقب المُدعي وكالة بأن المُدعي كان مريضاً في يوم توقيع العقد، وثبت ذلك سجل مراجعات المستشفى المرفق صورة منه، وبسبب ذلك تولى ابنه (...) إبرام العقد، وقدم صورة من الشيك رقم (٣٠٣) في (١١/١١/٢٠٠٦م) المسحوب على شركة (...) مقابل فرق قيمة البضاعتين، وذكر أنه بعد أن تم خصم مبلغ خمسة وسبعين ألف ريالاً من مبلغ الفرق بين قيمة البضاعتين البالغ مائتي ألف ريالاً تسلمها الوسيط (...) - وأبرز المُدعي وكالة صورة ورقة، ذكر أنها تفيد بتسليم البضاعة إلى (...) المذكور - ليقيم بتسليم البضاعة إلى (...) المذكور ليقيم بتسليمها إلى المُدعي عليه، فعقب المُدعي عليه بأن له دعوى قائمة ضد المدعو (...) المُدعي في هذه الدعوى، بخصوص العقد محل الدعوى والموقع من (...)، أما المُدعي فلا عقد بيني وبينه، وأطلب منه إثبات تعاقدني معه، فطلبت الدائرة من المُدعي وكالة تقديم البيضة على تسليم البضاعة، فقدم صورة مستند ذكر أنه يثبت تسليم البضاعة، وهو المستند المرفق صورته بملف الدعوى لفة (رقم ١)، فعقب المُدعي عليه بأن المستند ورقة موقعة

من المدعو (...) وهو غير مفروض من قبلي بالاستلام، فسألت الدائرة المُدعي عما إذا كان لديه بيئة أخرى على تسليم البضاعة، فطلب إيماله لمراجعة موكله.

وبجلسة (٢٠١٤٢٨/١١/٢) ذكر المُدعي وكالة أنه لا بيئة للمدعي سوى شريكه المُدعي عليه، وهما كل من (...) وأخيه فلاح وهما غير راغبين في الشهادة، فأفهمته الدائرة بأن للمدعي حق طلب يمين المُدعي عليه النافذة للدهوى، فطلب إيماله للرجوع إلى موكله.

وبجلسة (٢٠١٤٢٩/٢/٢٣) ذكر المُدعي عليه بأن أحد موظفيه أخبره بأن البضاعة وصلت، وتم إدخالها المستودع، وحضرت إلى المستودع، وعايشت البضاعة التي كانت تقدر كميتها بحمولة أربع إلى خمس شاحنات، وعندما وجدت أن البضاعة مخالفة للأوصاف المتفق عليها رفضتها، واتصلت بالشاهد الأول (...) في اليوم نفسه للحضور والاطلاع عليها، كما اتصلت (...) وبوسطاء الاتفاق (...) و (...) أبناء (...) وقد قمت بإرسال البضاعة على شاحنات قمت باستئجارها، وإرسالها إلى المُدعي بعد أن رفض المدعو (...) الحضور لاستعادتها، فعقب المُدعي وكالة بأن ما ذكره المُدعي عليه غير صحيح، حيث تسلم المُدعي عليه البضاعة بعد معايشتها في المدينة، والمُدعي عليه هو من قام بإرسالها إلى مستودعه في جدة، فعقب المُدعي عليه بأن ما ذكره وكيل المُدعي غير صحيح، ومصارف بشهادة الشهود جميعهم، وذكر أن العينات التي عرضت عليه في مدينة جدة قبل العقد كانت تحدد مواصفات البضاعة، وليس بينها بضاعة رديئة، ولا يعقل أن يتم شراء بضاعة رديئة، وقد أثبت الشهود مخالفة بضائع المُدعي للعينات، فعقب المُدعي (...) بأن العينات لم تكن ملزمة، ولا تحدد مواصفات البضاعة، وقد قبل المُدعي بالبضاعة

عندما شاهدناها في المستودع في المدينة، وفتح بعض الكرائين التي كانت البضاعة مخزنة فيها، وقد فتح حوالي خمسين كرتونة، فعقب المُدعي عليه: بأن ما ذكره المُدعي غير صحيح، وأنتي وقفت على المستودع ليلاً حسبما جاء في شهادة الشهود، ولم يتم القبول بالبضاعة إلا بشرط فحصها، ومطابقتها للمعينات بعد وصولها إلى مستودعي بجنة.

فطلبت الدائرة من المُدعي عليه يمين الاستظهار على جوابه فأدى اليمين قائلاً: أقسم بالله العظيم الواحد الأحد الفرد الصمد القوي الجبار أنني لم أقبل البضاعة المباعة من قبل المُدعي وبيتها وجيلها، وأنتي اشترطت لاستلام البضاعة أن تكون موافقة للمعينات التي عرضها المُدعي قبل توقيع العقد، وأنتي لم أتأكد من كامل البضاعة عند وقوفي على مستودع المُدعي في المدينة المنورة، ولم أقبل بها على النحو المندعي به، وأنتي لم أطلب من الوسيط (...) أن يستأجر لي مستودعاً، لو وضع البضاعة في المدينة المنورة، بل قلت (...) بأنك أنت الوسيط في العقد، وإذا استأجرت مستودعاً لو وضع البضاعة فيه فستأخذ الأجرة من الشخص الذي تكون البضاعة في مسؤوليته... ثم قررو الأطراف اكتفائهم وطلبوا الفصل في الدعوى.

الأسباب:

رحيث الثابت أن طرفي الدعوى تعاقدا بتاريخ ١٦ / ١٠ / ١٤٢٧ هـ على مقايضة المُدعي لبضائعه الموجودة في مستودعه في المدينة المنورة، والتي هي ملابس بجميع أنواعها بالبضاعة الموجودة في مستودعات المُدعي عليه الثلاثة الموجودة، أحدها بمدينة جدة واثنين منها في مدينة الرياض، وتضمن الاتفاق أن ينفع المُدعي عليه للمدعي مبلغاً قدره (٧٠٠,٠٠٠) ريال زيادة على ما احتوته المستودعات الثلاثة، حيث قدرت بضاعة المُدعي بمبلغ

(٤,٥٠٠,٠٠٠) ريال، وبضاعة المدعى عليه بمبلغ (٤,٣٠٠,٠٠٠) ريال، وعلى أن كل طرف يستلم بضاعته استلاماً رسمياً بحضور الطرف الآخر، وبعد الاستلام يكون كل طرف مسؤولاً عن بضاعته، وأن يتم إثبات كل بضاعة على حدة من الأطراف، وكل مسؤول عن بضاعته مسؤولية تامة، ويتم تغيير الأقفال الخاصة بالأبواب على كل طرف.

وحيث ثبت أن الاتفاق المبرم بين الطرفين خلا من بيان الأوصاف المبينة للبضاعة الخاصة بكل منها، ومن بيان هندها، وأنواعها، بياناً يحقق العلم بالمبيع، ويرفع الجدل عنه، رغم أن الاتفاق ينصب على بضائع قدر الطرفين قيمتها بمبالغ كبيرة، وليس من شأن أمثال هذه البضائع أن تباع جزأفاً، مما يجعل الاتفاق فاقداً لشرط العلم بالمبيع والثمن، وبما يرفع الجهالة المفضية للنزاع، ويفتقد العقد بسبب ذلك للصحة، بل هو عقد باطل للجهالة التي اشتمل عليها وكنا العقد المبيع والثمن، وحيث ثبت أن طرفي العقد لم يلتزموا أيضاً بالشرط المنصوص عليه في العقد؛ بأن يكون تسليم كل من الطرفين لبضاعته تسليمياً رسمياً، وبحضور الطرف الآخر وأنه بعد الاستلام يكون كل طرف مسؤولاً عن بضاعته، حسبما ظهر من وقائع الدعوى حيث أثبت الشاهد (...) أن المدعى عليه عند استلام البضاعة في المدينة كان وقوفه عليها ليلاً، وأنه اشترط لاستلامها أن تكون موافقة للعينات المعروضة عليه، وأنه طلب إرسالها إلى جدة وقد هزز المدعى عليه شهادة الشاهد يمينه، الأمر الذي يثبت أن المدعى عليه اشترط مطابقة البضاعة للعينات، وأنه لم يستلم البضاعة حسبما جاء في الدعوى، وذلك بسبب وقوفه عليها ليلاً، وأنه طلب إرسالها إليه إلى جدة، وقد ذكر المدعى (...) بأنه وثق في المدعى عليه وسلمه البضائع دون أن يقدم الدليل على قوله، الأمر الذي يثبت في حقه التصريح في الالتزام بالعقد وشروطه.

كما أن المُدَّعي وكالة أقر بجلسته (١١/٢/١٤٢٨هـ) بأنه لا بيئة لديه على تسليم البضاعة للمُدَّعي عليه سوى المستند رقم (١) المرفق بلائحة الدعوى، وما قنمه من شهود، فالثابت أن المستند المذكور لا يثبت تسليم المُدَّعي البضاعة، فضلاً عن القبول بها كما أنه لم يقدم المُدَّعي البيئة على أن المُدَّعي عليه فرض أحدًا باستلام البضاعة نيابة عنه، ولا أنه دفع تكاليف بحثها من المنيئة إلى جنة، بل الثابت من شهادة الشاهد (...) أن المُدَّعي عليه طلب إرسال البضاعة إليه إلى جنة مشتركاً موافقتها للمعيّنات، أما شهادة شاهد المُدَّعي (...) فمرفوعة في مقابل شهادة الشهادتين.

وحيث إنه فضلاً عما سبق؛ فإن دعوى المُدَّعي بأن بضاعته المباعة على المُدَّعي عليه، لم تكن محنّة الأرحاف، ولا مشروطة بأن تكون جنة ثبت بطلان العقد، فضلاً عن أنها دعوى مرسلة، ومناقضة بشهادة الشاهدين (...) و(...) اللذين أدليا بشهادتهما بجلسته (٢٣/٢/١٤٢٩هـ)، واللذين لم يطعن المُدَّعي في هذا التهمة، وقد أثبتا أن المُدَّعي (...) ذكر أن بضاعته جدينة ومرفقة، وأن المُدَّعي عليه اشترط لاستلامها أن تكون موافقة للمعيّنات التي هرغت عليه، كما أدى المُدَّعي عليه اليمين المعززة لجوابه الموافق للشهادة، وقد أثبت الشاهدان وكذا شاهد المُدَّعي نفسه (...) أن البضاعة كانت رخيصة جداً، وأن المُدَّعي عليه رفض استلامها، الأمر الذي يجعل من رد المُدَّعي عليه للبضاعة المخالفة لما تم الاتفاق عليه استثناءً إلى الشرط المتفق عليه تصرفاً مشروعاً بينهما، ويجعل من امتناع المُدَّعي (...) عن تسليم البضاعة المردودة إليه مخالفاً لما تم الاتفاق عليه، فضلاً عن أن المُدَّعي (...) أقر بأن المُدَّعي عليه أهاد إليه البضاعة، وأنها مكثت أمام مقر عمله أياماً، وهو رفض استلامها؛ مما يجعل من طلب المُدَّعي إلزام المُدَّعي عليه بنقح مبلغ (٤٣٠٠,٠٠٠)

وبإل مخالفا للاتفاق المبرم مع المُدعي عليه، والذي لم يكن البيع فيه مقابل ثمن بل كان بيعاً تضمن مقايضة بضائع المُدعي ببضائع المُدعي عليه في مستودعائه الثلاثة، كما أن طلبه طلبٌ فاقد الدليل، ومخالف للعقد، ومناقض بالشهادة واليمين، ومستوجبٌ ذلك كله للرفض، ولا يقال من ذلك ما ذكره المُدعي (...) بأن المُدعي عليه أهاد ثلاث شاحنات، وأنه أقر بأن كمية البضائع تقدر بأربع أو خمس شاحنات، فالثابت أن هذا الدفع لا يصلح مستنداً للمدعي؛ لأنه فرط في فحص البضاعة المصادرة عند وصولها له للتأكد من نقصانها؛ فإن أحجام الشاحنات سمعتها على التحميل والتخزين غير متماثل، ولأن المُدعي لم يقبض تسليم البضاعة عند إرسالها بعدد، أو بوصف، أو بوزن، كما أنه لم تثبت أحجام الشاحنات المرسلّة ولا العائلة، ولا دليل للمدعي في هذا الشأن يصبح الاستناد عليه، وقد أدى المُدعي عليه اليمين النافية للدهوى.

لذلك حكمت المحكمة بما يلي:

أولاً: رفض دهوى (...) ضد المُدعي عليه (...).

ثانياً: إلزام (...) سجل منفي رقم (...) بأن يرفع (...) مبلغاً قدره مائتا ألف ريال.

ثالثاً: عدم قبول دهوى (...) ضد (...) لرفضها على غير ذي صفة.

والله الموفق، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

♦ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة على النحو التالي:

أولاً: بالنظر إلى ما أوردته السابقة في قضائها، والأسباب التي بثت عليها، نجد أنها تقر بأن الاتفاق الذي عقده الطرفان كان على شيء موصوف، وقد خلا العقد من بيانها، أو بيان عندها وأنواعها، وأصبح خالياً من شروط صحة البيع؛ لاشتماله على الغرر والجهالة^(١) المفضية للنزاع، وأضحى العلم بالثمن والمضمن متعذراً في العقد، مما يعود عليه بالبطلان، وهذا متطابق مع العنوان والتصنيف الوارد في منهجية البحث.

ثانياً: جاءت هذه الواقعة القضائية، والحكم الصادر فيها، قرعاً لأصل عظيم من أصول الدين في المعاملات، ألا وهو النهي عن الغرر والجهالة في العقود، ولعل ذلك ما رواه الإمام مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "إن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر"^(٢).

قال الإمام النووي رحمته الله في شرح الحديث: (النهي عن بيع الغرر أصل عظيم من أصول كتاب البيوع، وتدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة، كبيع الآبق، والمعلوم، والمجهول...) ^(٣) وقال أيضاً: (الأصل

(١) الغرر لغة: الخطر وقيل: أصل الغرر من نقصان، واصطلاحاً: ما كان مستور العاقبة أو زوده بين الحصول والقوات. والغرر كما يعرفه بعض الفقهاء هو: "ما انطوى على أمر، يخفي عليه حقيقته"، والجهالة من الجهل وهو لغة: ضد العلم، واصطلاحاً: ما علم حصوله، وجهلت صفته. قال ابن تيمية: "الجهالة نوع من أنواع الغرر، فكل جهالة غرر، وليس كل غرر جهالة".

انظر: لسان العرب لابن منظور (٥/ ١١) و(١١/ ١٦٥) مادة غرر، القاموس المحيط (١/ ٩٨٠) مادة غرر، المهملات لمشيرازي (١/ ٢٦٢)، القواعد النورانية لابن تيمية (١٧٩)، معجم المصطلحات لقره حجاب (١٦٧، ٢٤٧).

(٢) سبق تخريجه عن (١٨١). (٣) شرح النووي (١٠/ ٢٩٦).

أن بيع الغرر باطل... والمراد ما كان فيه ضرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه^(١).

ولهذا فإن الفقهاء **اشتروا لصحة البيع: العلم بالثمن والمثمن، بما يرفع الجهل عنهما، ويعرف كل من البائع والمشتري ما أنواعها، وأعدادها، وذلك بصورة واضحة، وإلا أقضى ذلك إلى الضرر^(٢).**

وفيما تعرضه الواقعة من اختلاف بين الطرفين منشؤه الاختلاف في محل العقد، فلا يعلم البائع والمشتري ما عند البقاعة، وما يقابلها من الثمن، وما نوعها، وجنسها، وإتما تم البيع جزئياً، والمذاهب الفقهية متفقة على أن العلم بمحل العقد شرط لصحة البيع^(٣)، وأن الجهالة للمحل تفسد العقد ويكون من قبيل الضرر، على تفاوت بين المذاهب المستبرة في تحديد العلم الذي يتنفي معه الجهل بالمحل، كمن باع شاة من القطيع بمائة، فمنهم من أجاز به بشرط خيار التمين للمشتري، ومنهم من منع للمجهالة المفضية للمزاح ونحو ذلك، ويرجع هذا التفاوت إلى اختلاف في نظرتهم في تقرير الضرر المؤثر في البيع^(٤).

ثالثاً: وجه كونها سابقة قضائية:

يظهر جلياً من خلال استعراض الحكم القضائي، محل الدراسة، مدى تطابق وصف السابقة على مضمونها، إذ أنها صدرت من المحكمة

(١) المجموع للزوي (٢٥٨/٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٥٦/٥)، حاشية النسوي (١/١١)، حاشية الجمل على المنهج

(٢٨٦/٥)، الشرح الكبير لابن قدامة (٩٤/١١)، والفروع لابن مفلح (١٠٥/٦)،

(١٦٢)، المسلى لابن حزم (٤٤٤/٨).

(٣) انظر المراجع السابق.

(٤) انظر: الغرر وأثره في العقود للزوي (١٧٦)، (١٨٦-١٨٣).

الابتدائية، وجاءت مستوفية لأركان وشروط المحكم القضائي، ثم اكتسب تأييد المحكمة الأعلى درجة، وقد تكررت وقائع مماثلة لها، وبالتالي فإنها أصبحت صالحة لأن تكون مثالا يحتذى بها لما يلحق من أحكام.

وأما: المصلحة المقترحة للمباينة:

(إذا خلا العقد من بيان الثمن، والمثمن، وتحليلهما بما ينتهي منه الضرر فإنه يبطل).



الطلب الثالث

تصرفات التابع تسبب إلى متبوعه

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

السابقة الأولى: التابع يتبع متبوعه في التصرفات

الوقائع^(١):

(تتحصل وقائع هذه الدعوى بالقدر اللازم لإصدار الحكم اللازم فيها بأنه تقدم إلى المحكمة وكيل المدعي عبد المدهي عليه وذكر فيها بأنه يختصم مؤسسة (...) للاتصالات في هذه الدعوى ويطلب إلزامها بمبلغ مائة واثنين وخمسين ألفاً وثمانمائة وواحد وعشرين ريالاً تمثل قيمة أجهزة اتصالات واكسسوارات وشرائح موبايلي ويسأل المحاضر بهذه الدعوى (...) عن هذه الدعوى أجاب بأنه لم يسبق له التعامل مع المدعية ولا يقر لهم بهذا المبلغ ونفى صحة هذه الدعوى، فسألت الدائرة المدعي عن بيئته على ما يدعي فقدم طلب فتح حساب ذكر بأنه موقع باسم المحاضر وختم المؤسسة المدعي عليها كما قدم ثلاثة فوائير مختومة بختم المدعي عليها ويصرف ذلك على المحاضر نفى صحة هذه المستندات حيث إنه لم يقم بالتوقيع على طلب فتح حساب ولا بالختم عليه موضحاً بأنه يملك مؤسسة تجارية باسم (...) للالكترونيات ومقرها بحي الجامعة فطلب المدعي وكالة إسماله لتقديم كامل البيانات على هذه

(١) انظر الحكم رقم ٥١/د/تج/٢١ لعام ١٤٣٦هـ، المكتسب القطعية بسكم محكمة الاستئناف

رقم ٨٢٦/د/٧ لعام ١٤٣٦هـ

الدعوى وفي جلسة يوم الثلاثاء الموافق ١٤٢٩/٣/٢٤هـ أكد وكيل المدعي على طلبه الوارد في لائحة دعواه والمتضمن إلزام المدعى عليه بمبلغ وقدره ثلاثة وثلاثون ألفاً ومائة وأربعون ريالاً تمثل قيمة أجهزة اتصالات وشرائح موبايلي وإكسسوارات وقدم للدائرة ثلاثة فواتير أصلية وفتح حساب. وعرض ذلك كله على وكيل المدعى عليه طلب تزويده بنسخة من هذه الفواتير ليقوم بعرضها على موكله.. ثم كرر جوابه السابق فعقب المدعي بأن بينته على المدعى عليه صحيحة حيث إن الفواتير الأربعة التي قدم صورها للدائرة تثبت بأن مندوب المدعى عليها (...) مفوض باستلام البضاعة نيابة عنه وقام بالتوقيع على صحة هذه الفواتير وختمها بعد ذلك بختم مؤسسة المدعى عليها فعقب وكيل المدعى عليها بأن موكله لم يفوض (...) بالاستلام نيابة عنه وأن العقد الذي نص على تفويض (...) غير صحيح وأنه لم يتسلم البضاعة المدعى بها ولم يفوض أحداً بالاستلام نيابة عنه وأن العامل (...) سوابقي الجنسية نواطاً مع مندوب المدعية بشرائه بضاعة بالأجل دون إذن من قبله، فضلاً أنه على كفالة والذي وليس على كفالتي وهناك بلاغ بالهروب وتم تقديم شكوى لدى الشرطة لقيامه بالاستيلاء على المحل وسرقة البضائع ومن ثم لاذ بالفرار.

الأسباب: وبعد المداولة وتأصيلاً على ما تقدم من الدعوى والإجابة وحيث إن غاية ما تهدف إليه المدعية من دعواها مطالبة المدعى عليها بمبلغ خمسة وثلاثين ألفاً ومائتين وخمسة وسبعين ريالاً قيمة أجهزة اتصالات وإكسسوارات وشرائح موبايلي ودفعتها إليها استناداً لطلب فتح حساب موقع ومزبل بختم المؤسسة المدعى عليها مثبت فيه تفويض (...) سوداني الجنسية، إضافة إلى ثلاثة فواتير بضاعة بمبلغ يزيد عن المدعي به منزلة باستلام وتوقيع مفوض المدعي ومهورة بختمها، وحيث إن

العلاقة التي تربط طرفي الذهري علاقة تجارية مثبتة في الغالب على ما
تعارف عليه التجار في بيعهم وشراؤهم وتعاقدهم، وحيث إن المدهى عليه
ينكر صحة المستندات المقدمة وأنه لم يقم بالتوقيع على طلب فتح
حساب ولا بالختم عليه ولم يفوض ويأذن لمعامله الشراء والتعاقد مع
المدهية في البضاعة التي قيمتها محل هذه الذهري، وما إن كان ذلك
مخالف لواقع الحال المبني على اليقين الذي لا يزول بمجرد الشك،
لأن تمكين المدهى عليه لمعامله التعامل مع المدهية وغيرها من التجار
يستوجب الوقوف والتأمل، ومن المعلوم أن القرينة القاطعة هي الأمانة
البالغة حد اليقين وهي الواضحة بحيث يصبح الأمر في حيز المقطوع به،
وهي كل ما أبان الحق وأظهره، وحيث إن القرائن تدل على علم المدهى
عليه وإفقه وتفويضه لموظفه القيام بمحله والاستلام نيابة عنه والبيع
والتصرف له وبمجموعه مؤكد وجازم بعلم المدهى عليه ورغباه وتفويضه
وتوكيله لمعامله وإثابته في ذلك، ولما كان الثابت أن فعل الإنسان من
غيره ما شأنه أن يفعله مضي فعله عليه؛ تنزيلاً للإذن الشرعي منزلة الإذن
القولبي، فإن العوائد تقوم مقام الأقوال إجماعاً، فالإذن إما أن يكون
صراحاً، وإما أن يكون دلالة كصاطي عامل المدهى عليه مع الناس البيع
والشراء وهو ساكت عنه، فإنه يصبح مأذوناً له، وذلك لحاجة التعامل
ودلالة الحال، إذ من المقرر في القواعد أن السكوت في معرض الحاجة
إلى البيان بيان ولا تغور الناس بدلالة حال المدهى عليه، وتورطوا في
التعامل مع الصاطين وهم غير مأذونين، فمتى ما رأى المدهى عليه
العامل يبيع ويشترى أي علم ببيعه وشراؤه وسكت ولم يمنعه فيكون قد
أذن دلالة في التجارة له في غير الذي رأى يبيع ويشترى فيه، لأنه وإن
كان يحتمل الرضا والسخط ويلزم ألا يثبت الإذن بالشك فقد جرت
العادة بأنه إذا رأى تاجراً عامله - ومحل وأوراقه وأختامه بيده - يبيع

ويشتري فإنه يمتعه إذا لم يكن واضحاً بذلك فعليه إذا لم يعد السكوت إذاً كان ذلك مؤدياً إلى الضرر بالناس، لأن الناس يتخذون بسكوته وهم يتعاملون معه، وعليه فقد عد السكوت رضاء مما يجعل إنكاره لتعامل عامله مع المذمى لا يصح ولا يسوغ كونه على خلاف العرف التجاري وعلى خلاف القاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) وقد بين ابن تيمية كفاً في معرض جوابه على الغلام الذي يتصرف لهذا الموكل بلهجار حوائثه وقبض الأجرة، وينتهي بذلك عند القضاة لموكله وسيدته يعلم بذلك كله ويقره عليه، فهل يقبل قوله أنه لم يوكله؟

فأجاب: بأنه لا يقبل إنكاره الوكالة مع كونه يتصرف له تصرف الوكلاء مع علمه بذلك وكونه معروفاً بأنه وكيل بين الناس حتى لو قدر أنه لم يوكله - والحالة هذه - فتفريطه وتسليمه عنوان منه يوجب الضمان... ١) فتسليم المذمى عليه لعماله أوراقه وأختامه وتسليمهم للتعامل مع الآخرين يجعل مسؤولية تصرفاتهم عليه ولا يجوز له التنصل منها بأي حال وإن كان العامل قد أحل بالتزامه تجاه المذمى عليه فإن هذه العلاقة في حقيقتها هي علاقة ثنائية بين المذمى عليه وعامله وله الرجوع عليه إن أحل، ومتى ما فرط المذمى عليه في قبض محلاته والتصرف فيها بنفسه فإنه أولى بالخسارة، لأن القاعدة أن المفرط أولى بالخسارة، وحيث إن الأصل في الشريعة أن الإنسان ضامن لأفعاله كلها لا يتحمل غيره عنه شيء من تبعاتها، لأن الأصل أن الشخص مسؤول عن ضمان الضرر الذي نشأ عن فعله لا عن فعل غيره لكن الفقهاء استثنوا من هذا الأصل ضمان الشخص لأفعال التابعين له كالمخدم والعمال وكالموظفين ويتمثل هذا في الخادم في المنزل والطاهي في المطعم والمستخدم في المحل، والعامل في المصنع والموظف في الحكومة وفي سائق السيارة لمالكها كل في دائرة عمله، لأنه يصير نائباً

منابه فيصير فعله مذكوراً إليه كأنه فعله بنفسه. ولما كان دفع المدعى عليه
 عدم الإذن في تصرفات عامله مما تلحقه فيه التهمة الظاهرة لنفقه عن
 نفسه خبره محض والقاعدة أن من سعى لنقض ما تم من جهته فسميه
 مردود عليه ولأن تمكين عامله ينساق على تصرفاته اللاحقة والقاعدة
 جرت ببقاء ما كان على ما كان، ولما كان الثابت أن التعارض إذا وقع
 بين الأصل وبين العرف أو الغالب أو دلالة الحال فإنه يرجح العرف أو
 الغالب أو دلالة الحال فإنه يرجح العرف أو الغالب أو دلالة الحال،
 لأنها قرائن وشواهد قائمة تنبئ بحدوث أمر يغير حاله، وعليه فلا يقبل
 قول المدعى عليه بأنه لم يأذن لعامله بالتعامل مع المدعية، لما فيه من
 تكذيب للقرائن الظاهرة له والتي سبق الإشارة إليها فإن العلم الخاص من
 إذن المدعى عليه لعامله بالتعامل والمباشرة مع المدعية وغيره والتسليط
 لتسيير أعمال مؤسسته والعمل فيها - ويبنه المقومات المؤهلة لذلك
 العمل من أوراق وأختام - دليل على الأمارات الظاهرة وهي أقوى من
 الظن الحاصل باستصحاب الأصل، فكيف يقدم هذا الظن الضعيف على
 ذلك العلم الذي يكاد يبلغ القطع؟ كما أن تلك الأعمال الصادرة من
 العامل لم تكن في الخفاء الذي لا يمكن الاطلاع عليه بصمت مطبق من
 المدعى عليه للدليل قاطع على رضاه وإذنه وبالتالي يلزم الاكتفاء بهذه
 القرائن والأمارات ولا يجوز إهداؤها للظن الحاصل باستصحاب
 الأصل، غير أنه يمكن القول بتقديم الأصل متى ما خلت وقائع القضية
 من هذه القرائن الصريحة والدلالات الواضحة الساطعة المشار إليها ومتى
 ما كان تعامل المدعية مع عامل غير مستغل تحت ظل مؤسسة وليس بينه
 أوراقها وأختامها وسلطة استلام وقبض البضائع والتمكن من تخزينها
 والبيع منها فعليه يمكن ترجيح الأصل وتقديمه والنظر في إثبات الوكالة
 وما يتعلق بها، وهكذا يقبل قول المدعى عليه إذا لم يكن شاهد الحال،

فإن كذبه لم يقبل قوله، وحيث إن الأصل أن المفروض له ولاية على ما يتصرف فيه، لأن العامل نائب عن المالك في صرف ماله وأعماله في محله كل بحسبه، وحيث لم يثبت للدائرة ولم يقدم المدعى عليه ما يثبت تهمه لعامله عن التعامل مع الغير، فضلاً أنه يعمل على غير كفالته وهرب بعد الاستيلاء على المحل وسرقة البضائع ومن ثم لا بد بالفراغ حسب ادعائه ولما كانت مصلحة استقرار التعامل بين التجار بأن تكون تصرفات الإدارة التي يتعامل فيها الناس بعضهم مع بعض بطريق التعاقد الرضائي ذات نتائج ثابتة غير معرضة للاختلاف بأسباب يجهلها المتعاقد وليس هو المقصود في اجتنابها وذلك لكي يستطيع أن يبني أموره على نتائج معاملاته وهو مطمئن إلى استقرارها، وعلى ثقة بثباتها، فهذا النظر إلى مصلحة استقرار التعامل يقتضي اعتماد الإدارة الظاهرة، وأن لا يكون لتقصير أحد العاقلين تأثير في قوة هذا الارتباط العقدي، لأن العاقد يتحمل عليه معرفة باطن رفيقه ما لم تدل عليه دلائل واضحة، وكل عقد يمكن أن يكون أحد عاقيه مقصراً في ناحية منه، فإذا ساء له إبطال عقده بسبب تقصيره كان ذلك مفاجأة للعاقد الآخر، فينتفي أطمتنان كل عاقد إلى نتائج عقده لاحتمال أن يكون رفيقه واقعاً في التقصير أو الخطأ لذلك وترجيحاً لمصلحة استقرار التعامل يعتمد الفقه الإسلامي الإرادة الظاهرة لأن التضيحية بمصلحة العاقد الشخصية الجزئية عند أول من التضيحية باستقرار المعاملات، فالصيرة للإرادة الظاهرة وما دخل تحت دلائلها وحدودها فهو المحترم دون المقاصد الباطنة في نفس أحد العاقلين مما هو مستتر عن العاقد الآخر ومعلوم في جهله، لأن في التشديد في مسألة الإذن والتفويض للمعامل الحاصلين في المجالات والمؤسسات تضيق على المسلمين وتكليفهم ما لا يطبقون الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى الحكم بإلزام المدعى عليها بالمبلغ المدعى به.

عرض السابقة الثانية: العامل في المحل لا يعتبر مفوضاً حكماً إلا فيما تحت يده من نفوذ أو بقباحة فقط، وما سوى ذلك فإن التفويض لا يشمل إلا بنص يبين ذلك.

الوقائع^(١):

[تلخص وقائع هذه القضية حسبما يبين من أوراقها بأنه بتاريخ ١٤٢٤/١٢/٢٥هـ تقدم الوكيل الشرعي..... عن المدعية مؤسسة..... بلائحة استدعاء إلى رئيس فرع ديوان المظالم، وجاء فيها دعوى المدعية بأن مندوب الشركة المدعى عليها... قام باستلام كمية من الذهب من المدعية وذلك لإجراء الصيانة والتبديل، إلا أنها لم تعد الكمية، وأفاد أحد موظفيها بأن المندوب الذي قام باستلام الذهب فصل من الشركة لذا فالمدعية تطالب بإلزام الشركة المدعى عليها بتسليمها (٢٦٤٦، ١) جراماً من الذهب عيار ٢١ فأجاب وكيل المدعى عليها بأن هذا الادعاء لا يبدو كونه حركة توافق بين المدعي وبين المندوب، حيث لم تظهر مطالبته إلا بعد ثلاثة أشهر من الإعلان عن فصل المندوب وطلب إحالة الدعوى إلى مدينة الرياض، وبجلسة الاثنين ١٣/٤/١٤٢٥هـ سئل المدعي عن دعواه فذكر أنها كما جاءت بلائحة الدعوى، وذكر وكيل المدعي عليه أن موكله ينكر استلام أي كمية من الذهب هو أو أي أحد من موظفيه، فعقب المدعي وكالة بأن مندوب المدعي عليه.. حفيظ لدى موكله واستلم الكمية المدعى بها لصيانتها واستبدالها وحرر لموكله سند تحصيل برقم ٦٧٠ على فواتير المدعي عليه، وبجلسة السبت ١٤٢٥/٧/٥هـ قدم وكيل المدعي عليه مذكرة أوضح فيها أن المندوب

(١) انظر: الحكم رقم ١٢/٥/٢٠٩هـ/تج/١٢ لعام ١٤٢٧هـ، والمكتسب تأييد محكمة الاستئناف بالحكم رقم ١٣٣/ت/٣ لعام ١٤٢٨هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٨هـ: (٤٥٠/٢).

المذكور تغيب عن العمل والإخلاء المسؤولية ثم الإعلان بجريدة المنيئة بتاريخ ١٣/٣/٢٠٠٣م الذي جاء مضمونه عدم التعامل مع المندوب المذكور باسم المجموعة من تاريخ ١/٣/٢٠٠٣م، كما أن مهام المندوب لتحصير باستلام الذهب من المجموعة وبيعته على العملاء وتحصيل القيمة بينما يقوم فريق الصيانة باستلام الذهب من العملاء وعمل اللازم له، ويجلسة السبت ١٨/١٠/١٤٢٥هـ قدم وكيل المذهي مذكرة أوضح فيها أن موكله تعامل مع المندوب وهو على رأس العمل، إذا أن الإعلان قد نشر بجريدة المنيئة بتاريخ ١٣/٣/٢٠٠٣م الذي جاء مضمونه عدم التعامل مع المندوب المذكور باسم المجموعة من تاريخ ١/٣/٢٠٠٣م ورغم أن المندوب قد استلم الذهب المذهي به في تاريخ ٢١/١/٢٠٠٣م الموافق ١٨/١١/١٤٢٦هـ قدم المذهي عليه وكالة مذكرة أوضح فيها بأنه لا علاقة لموكله بفعل المندوب ولا باستلامه أي كمية ذهب سواء على سبيل التبديل أو الصيانة من قبل المذهي، والسند ليس من مستندات موكله وهو غير صادر عن فرع جدة، والعرف الجاري عليه العمل لدى المذهي عليه أن المندوب يسلم العميل سند صيانة صادر عن فرع جدة فليس المعيار بكون المندوب مفرقاً بالاستلام، بل في كونه تصرف في حدود هذا التفويض فإن تسلم المندوب الذهب على فواتير تحمل اسم فرع جدة اعتبر المذهي عليه مستولاً عنها، كما أن المذهي قد تعامل مع المندوب الآخر... في تاريخ ١٦/١/٢٠٠٣م وتم بيع ٣٧٦٥ هرام ذهب وتم تصفية العملية في ٦/٢/٢٠٠٣م فيما تعامل مع المندوب السابق كما يزعم في ٢١/١/٢٠٠٣م فكيف تتم التصفية للعملية السابقة مع المندوب الجديد دون ذكر للتعامل السابق مع المندوب... ثم إن التاريخ الموضوع على السند بالهجري وجميع مستندات المذهي عليها بالتاريخ الميلادي، كما أن السند المزور ينطوي على جهالة فاحشة

لجهة كمية الذهب المردود وكمية الذهب لعمل الصيانة عليه وكمية الذهب المطالب بتبديلها، ويجلسه الأحد ١٢/٥/١٤٢٦هـ قدم المدعي مذكرة أبرز فيها بأن المندوب الجديد كان مساعداً للمندوب السابق ولم يتعامل معه البتة ولا يوجد تعامل مستقل معه.

الأسباب

وحيث إن المدعي قد حصر دعواه بالمطالبة بكمية الذهب المستلمة من قبل مندوب المدعي عليه وقدرها (٢٦٤٦، ١) غراماً عيار ٢١ بموجب سند التحصيل رقم ٦٧٠ على قرائير المدعي عليه، ولما كان الأصل المقر في الشريعة أن الإنسان ضامن لأفعاله كلها لا يتحمل غيره عنه شيئاً من تبعاتها، لأن الأصل أن الشخص مسئول عن ضمان الضرر الذي ينشأ عن فعله لا عن فعل غيره، لكن الفقهاء استثنوا من هذا الأصل ضمان الشخص لأفعال التابعين له كالخدم والعمال والموظفين ويتمثل هذا في الخادم في المنزل والطاقي في المطعم والمستخدم في المحل والعامل في المصنع، والموظف في الحكومة، وفي سائق السيارة لمالكها كل في دائرة عمله، لأنه يصير نائباً مثابه، فيصير فعله مثقولا إليه، كأنه فعله بنفسه، وحيث إن التعاملات التجارية بين التجار مبنية في الغالب على العرف وما جرت عليه العادة، وحيث إن المدعي عليه لا ينكر أن المندوب هو المخول للتعامل مع الآخرين ومن بينهم المدعي، وحيث إن المدعي عليه قد أبرز مندوبه ليعامل التجار بالبيع والشراء والتحصيل والصيانة دون تحديد طريقة معينة محددة لكل نوع، إذا إنه لم يقدم خلال نظر الدعوى ما يثبت إخطار المدعي باختصاص كل مندوب أو الطريقة التي يتم بها التعامل معهم، وحيث إن الثابت من أوراق القضية وجود تعاملات سابقة بين الطرفين وبمباشرة المندوب المستلم للذهب محل الدعوى، الذي ينكر المدعي عليه تصرف مندوبه بشأنه مع

إقراره بصحة تصرفات مندوبه السابقة مما يجعل إنكاره لتعامل مندوبه مع المندعي لا يصبح ويسوغ كونه على خلاف المرفع التجاري وعلى خلاف قاعدة (المطروف عرفاً كالمشروط شرعاً) وقد بين ابن تيمية كلفة في معرض جوابه عن الغلام الذي يتصرف لهذا الموكل بإيجار حوائثه وقبض الأجرة ويدهي بذلك عند القضاة لموكله وسيد يعلم بذلك كله، ويقره عليه فهل يقبل قوله إنه لم يوكله؟ فأجاب بأنه لا يقبل قوله في إنكاره الوكالة مع كونه يتصرف له تصرف الوكلاء، مع علمه بذلك وكونه معروفاً بأنه وكيل بين الناس، حتى لو قدر أنه لم يوكله - والحالة هذه - فتفريطه وتسليطه عدوان منه يوجب الضمان...) فتسليم المندعي عليه لمندوبه أوراقه وقوائمه وتسليطه للتعامل مع الآخرين يجعل مسؤوليته تصرفات مندوبه عليه ولا يجوز له التنصل منها بأي حال، كما لا يقبل منه الإقرار بمسؤولية بعض التعاملات دون البعض الآخر، وإن كان المندوب قد أخل بالتزاماته تجاه المندعي عليه فإن هذه العلاقة في حقيقتها هي علاقة ثنائية بين المندعي عليه ومندوبه وله الرجوع عليه إن أخل، كما أن الثابت أن المندعي قد تعامل مع المندوب وهو على رأس العمل، حيث إن التعامل وقع بتاريخ ١/١١/٢٠٠٣م الموافق ١٨/١١/١٤٢٢هـ والمندعي عليه قد نشر إعلاناً بجرينة المنيعة بتاريخ ١٣/٣/٢٠٠٣م نص فيه على عدم التعامل مع المندوب المذكور باسم المجموعة من تاريخ ١/٣/٢٠٠٣م فتبين أن التعامل مع المندوب سابق لهذا الإعلان وسابق للتاريخ المدون فيه، بل إن احتجاج المندعي عليه بهذا الإعلان يدل على مسؤوليتهم عن تصرفات المندوب المذكور قبل هذا الإعلان.

وحيث إن مطالبة المندعي متعلقة بوزن ذهب والنهب كما هو معلوم من المثليات التي تستوجب في حالة وجوب الالتزام بها رد مثلها، الأمر

الذي تنتهي مع الدائرة إلى إلزام المدعي عليه برد مثل الذهب الوارد في السند قنراً ووزناً وللمدعي عليه حق الرجوع على متلقيه بشأن تعامله مع المدعي.

لذا حكمت الدائرة: بإلزام المدعي عليها مجموعة... لصاحبها... بأن يسلم المدعي... وزن ألفين وستمائة وستة وأربعين جراماً وواحد من العشرة جرام من الذهب حيار واحد وعشرين، والله الموفق.

عرض السابقة الثالثة: نفوذ تصرفات المفوض تفويضاً صحيحاً مع الغير وإخلاله بما بينه وبين المفوض من التزامات لا تعني الغير الذي يتعامل بظاهر الحال.

الوقائع^(١):

[تتصل وقائع هذه الدعوى بالقدر اللازم لإصدار هذا الحكم في أنه تقدم إلى فرع ديوان المظالم المدعي وكالة... بلائحة ادعاء يختصم فيها المدعي عليه، ويسأل وكيل المدعية عن دعوى موكلته أكد على ما تضمنته لائحة الدعوى من أن موكلته مستحق لها في ذمة المدعي عليها مبلغاً وقدره (٩٤٥٠) تسعة آلاف وأربعمائة وخمسون ريالاً عبارة عن بطاقات اتصال مسبقة الدفع... سلمت للمدعي عليها، وعند مطالبتها بالسداد رفضت دفع قيمتها، وخلص بطلبه إلى إلزام المدعي عليها بسداد كامل المبلغ، ويعرض ذلك على وكيل المدعي عليها قال: إن موكلتي لا علم لها بهذه البطاقات ولم تتعامل مع الشركة المدعية، وإنما كان التعامل بين حامل موكلتي والمدعية دون علمنا، حيث كان يتعامل معهم

(١) انظر الحكم رقم ١٢/٥/تج/٢٢ لعام ١٤٢٧هـ، والمكتسب تأييد محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٩٩/ت/١٤٢٨هـ، مجموعة المبادئ والأحكام التجارية لعام ١٤٢٨هـ (٢/٤٢٨).

لمصلحة الشخص، وعند هروب العامل طالبتنا المندية بسداد تلك المبالغ التي تدعي بها، والتي لم تعلم بها إلا بعد هروب العامل، ولا يوجد أي مخاطب بين موكلتي والمندية، ولم تطلب منها أي بطاقات، وبالتالي فليس بدمه موكلتي أي مبالغ مستحقة للمندية، ويعرض ذلك على وكيل المندية قال إن عرف التعامل جارٍ على أن وجود العامل في المحل يعتبر تفويضاً من كفيله بالتعامل والاستدانة وهذا هو حال تعامل جميع الشركات مع المحال وبالتالي يلزم المندى عليها ما أحله عاملها، ثم عرضت الدائرة الفوائير التي قدمتها المندية كمستند لها على استلام عامل المندى عليها للبطاقات على وكيل المندى عليها فقرر بقوله: إن هذا هو توقيع عامل موكلتي، ثم عقب بأن كلام وكيل المندية غير صحيح من حيث إن العرف قد جرى بذلك، والصحيح بأن العرف قد جرى على أن العامل لا يشتري في الذمة إلا بعد تفويض كفيله وتقديمه لطلب فتح حساب وإذن منه بالبيع بالآجل، ثم قرر الطرفان اكتفائهما بما سبق وأن قدما، وليس لذيهما ما يوردان إضماره.

الأسباب

ولما كانت المندية تطالب بقيمة بضاعة باعته بالآجل على عامل المندى عليها وتطلب إلزام المندى عليها بسداد قيمتها على اعتبار أنه يعمل في محلها التجاري، وأن له حكم التفويض باعتباره يزاوّل العمل في المحل، إلا أن المندى عليها دفعت بأنها لا تعلم من البطاقات محل الدعوى أي معلومة، وأن العرف جارٍ على ألا يتم بيع العمال داخل المحال إلا بعد تفويض من مكفوليهم وتقديم طلب فتح وإذن بالبيع بالآجل. وحيث إن العامل في المحل لا يعتبر مفوضاً حكماً إلا فيما تحت يده من نقود أو بضاعة فقط أما الذمة فإن التفويض لا يشملها إلا بنص يبين ذلك، ومن ثم فإن المندية لم تقدم أي مستند يفيد تفويض

العامل بالشراء في الذمة كما أنها أيضا لم تدع أن العامل يشتري البضاعة في الذمة بعلم كفيله وبالتالي إذا كانت المنفعة تتعامل بالآجل بثبة أن البضاعة خاصة بكفيل العامل فتعتبر مفرطة والمفرط أولى بتحمل تبعات تفريطه، لأن شراء العامل للبضاعة بالآجل في ذمة كفيله لم يفرض فيها، مما تقرر منه الدائرة وفرض دعوى المنفعة، عند..... صاحبة محل.. لما هو موضح في الأسباب، والله الموفق.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وتتمثل دراسة هذه السابقة فيما يأتي:

أولاً: الأصل أن الانسان لا يسأل عن فعل غيره، وإنما يسأل عن فعله وجريته هو، ولكن استثنى من هذا الأصل بعض الصور، والحالات التي يمكن أن يسأل فيها الإنسان عن غيره، وخاصة إذا كان تابعا له ومسؤولاً عنه، إما بسلطته عليه أو ولايته الولاية الشرعية، ومن ذلك العامل أو الموظف لدى البائع، فإن المتبوع يعد مسئولا عن أعمال تابعة فيما يخص مصلحة المتبوع وعمله، وهذا الأمر هو ما قرره السابقة القضائية محل الدراسة، ومن خلال ذلك تظهر العلاقة بين عنوان المطلب وما جاء في عرض السوابق القضائية.

ثانياً: بنيت الأحكام القضائية الحكم في الوقائع المعروضة على أن ما جرى بين التجار من أهواف وعوائد لا تخالف الشرع تعد معتبرة ومحكمة، والقياس على مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة فيما يصدر عنه من خطأ غير مقصود يقوي صحة ما ذهب إليه السوابق القضائية في اعتبار تصرفات التابع نافذة وملزمة للمتبوع؛ إذا كان ذلك التصرف يعود لمصلحة المتبوع وعمله التجاري، وما جرت العادة به على تفويض

العامل في التعامل مع القیور، ومما سبق نخلص إلى دراسة مسألتين تعود عليهما الأحكام محل الدراسة وهي:

المسألة الأولى: القاعدة القنوية: (العادة محكمة)^(١)

وتعد هذه القاعدة من القواعد الكبرى في الفقه والأحكام العملية والمعاملات التي يحدثها الناس، ولها أثر واسع في ترتيب الأحكام والنوازل عليها.

قال في الأشياء والنظائر: (واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلاً^(٢)) وعليه فتوجز الكلام عن هذه القاعدة فيما يأتي أولاً: معنى القاعدة:

العادة لغة: مأخوذة من العود يعني التماذي في الشيء، والاستمرار فيه حتى يصير سجية، وهذا المعنى يقتضي التكرار والعود في الأمر مرة بعد أخرى^(٣).

وإصطلاحاً: تصرف العادة بأنها تكرر الأمر مرة بعد أخرى، تكررًا يخرج عن كونه واقعاً بطريق الاتفاق^(٤).

أما لفظ محكمة: فالمراد به لغة: الحكم، وهو الفصل، والمنع، والقضاء وجعلت الشيء محكماً أي أن الأمر قد جعل وقوفاً إليه^(٥).

(١) ينظر: الأشياء والنظائر لابن نجيم (٧٩/١-٨٠)، وشعر جيون الزماني (٢٩٥)، وشرح القواعد القنوية للزرقا (٢١٩-٢٢٢).

(٢) الأشياء والنظائر لابن نجيم: (٧٩/١-٨٠).

(٣) ينظر: مقاييس اللغة: (١٨١/٤) مادة عود، والقاموس المحيط: مادة العود (٢٨٦)، ولسان العرب: (٣/٣١٥) مادة عود.

(٤) المجتمع في القواعد القنوية، النورسي: (٢٦٩).

(٥) ينظر: مقاييس اللغة: (٩١/٢)، والقاموس المحيط: (١٤١٥)، ولسان العرب: (١٢/١٤٠) مادة حكم.

واصطلاحاً: تطلق ويراد بها أنها المرجع عند النزاع، أي أن العادة تكون مرجعاً وحكماً عند النزاع بحيث تكون معتمداً في إثبات الأحكام أو نفيها، إذاً المعنى الإجمالي لهذه القاعدة أن العادة بمعناها السابق تجعل حكماً ومرجعاً فيما هو وارد من الشرع من أحكام مقررّة جاءت على سبيل الإجمال ويقوم إلى إثباته أو نفيه، ومعرفة حده وتفسيره^(١).

إذاً فالمعنى الإجمالي لهذه القاعدة: أن العادة بمعناها السابق تجعل حكماً ومرجعاً..

قال في شرح الكوكب: (وغيابله -أي تحكيم العادة- لكل فعل وثب عليه المحكم ولا غياض له في الشرع، ولا في اللقطة، كإحياء الموات والحرز في السرقة، والأكل من بيت الصديق، وما يعد قبضاً وليداتها وإعطاء وهنية وخصياً والمعروف في المعاشرة، وانتفاع المستأجر بما جرت به العادة، وأمثال هذه كثيرة لا تحصر)^(٢).

ثانياً: أدلة القاعدة:

دل على مشروعية هذه القاعدة أدلة كثيرة من الكتاب والسنة تدل على صحة الاحتجاج بها ومنها:

النفيل الأول: قوله تعالى: ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ أَقْوَامٍ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَعْمَلُونَ﴾ [البقرة: ١٣٣].

وجه الدلالة من الآية أن الله تعالى أوجب على والد الطفل المريض نفقة والنته وجعل ذلك على الأمر المتعارف عليه، والمقدار

(١) ينظر: القواعد الفقهية، ال الشيخ: (١/ ١٦٥)، والممتع في الفوائد، النوسري: (٢٧١-٢٧٢).

(٢) شرح الكوكب المنير، ابن النجار: (٤/ ٤٥٢-٤٥٣).

الذي جرت العادة بمثله في البلد الذي هي فيه من غير إسراف ولا تقتير، وهذا دليل على اعتبار العادة والعرف وبقاء الحكم عليها في تقدير النفقة^(١) والآيات الدالة على مثل ذلك من القرآن كثيرة واكتفي بإيراد شاهدة منها

الفيل الثاني: وأما من السنة: فقد استدل جُل من كتب في القواعد لهذه القاعدة بما ورد عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه سيئاً فهو عند الله سيئ"^(٢).

الفيل الثالث: حديث عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذته منه وهو لا يعلم؟ فقال الرسول ﷺ (خذي ما يكفيك ووليك بالمعروف)^(٣).

وجه الدلالة من الحديث: أن الرسول ﷺ أباح لهند أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها من النفقة وعلق ذلك على العرف، وهذا دليل على إعمال العادة والعرف وبقاء الحكم عليه^(٤).

(١) ينظر: القواعد الفقهية للشيخ (١/١٢٦)، المجموع في القواعد للنوسري (٢٧٢).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده عن حنبل بن مسعود رضي الله عنه رقم (٣٦٠٠) (٦/٨٤)، والطبراني في 'المكبر' (٨٨٢) من طريق أبي بكر بن حبان، بهذا الإسناد (٩/١١٢). وأورده الهيثمي في 'المجموع' ٢١٧/١، وسيد إسماعيل أحمد واليزار والطبراني، وقال: رجاله موثقون. وقال في نصب الراية: 'خير مرفوعاً ولم أجده إلا موقوفاً على ابن مسعود وله طرق' (٤/١٧٨).

(٣) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه باب إذا لم يثق الرجل فللمرأة أن تأخذ بنهر حمله ما يكفيها ولكنها بالمعروف برقم ٥٣٦٤ واللفظ له (٧/٨٥)، وأخرجه مسلم في صحيحه في كتاب النفقة، باب نفقة عند برقم ٤٥٧٤ (٥/١٢٩).

(٤) ينظر المجموع في القواعد: (٢٧٢).

ثالثاً: شروط إعمال هذه القاعدة واختبارها^(١).

يشترط عند أهل العلم لاعتبار العرف والعمل بما جرت عليه العادة شروطاً أربعة:

الشرط الأول: أن لا يعارض العرف أو العادة نص شرعي خاص، إذ أن من شأن العمل بالعرف تعطيل النص الشرعي، وعند تعارض النص مع العرف فإنه لا هيبة بالعرف، كما لو جرى العرف على بيع الخمر في بلد معين، فإنه لا هيبة بهذا العرف لوجود النص بتحريم الخمر.

الشرط الثاني: أن يكون العرف ظاهراً أو مطرداً وهو ما يعبر عنه الفقهاء بالاستمرار قال ابن نجيم الحنفى^(٢) **كذلك**: (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو ظلت).

ومعنى ذلك أن العمل بالعادة والاعتبار بها هو ما كان مستمراً في جميع الحوادث أو أكثره.

الشرط الثالث: أن يكون العرف المراد إعماله قائماً وموجوداً وقت إنشاء التصرف، أي أنه لا هيبة بالعرف السابق أو المتأخر عن وقت الإنشاء.

(١) ينظر المحنل الفقهي العام، لوزقة ٢٧٧/٢٨٨، العادة محكمة، البلعسين: (٧٠/٦٨)، والمجتمع في القواعد: (٢٨٢).

(٢) الألباء والنظائر لابن نجيم (١/٧٩)، وابن نجيم هو: زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن محمد، الشهير بابن تميم الحنفى، كانت ولادته في سنة ست وخمسين وتسعمائة، ويؤرخ وكان إماماً عالماً حاملاً، جمع وشغل وتفرد في عصره، أفنى وفؤس وصنف وله: 'البحر الرائق شرح كنز الدقائق' وهو أكبر مؤلفاته و'شرح المنار' و'الألباء والنظائر' وهو كتاب موضوع فيه وغير ذلك توفي بالقاهرة في رجب سنة سبعين وتسعمائة وله من العمر أربع وأربعون سنة.

انظر: سلم الوصول إلى طبقات الفضول: ١١٩/٢، ومعجم المؤلفين ١٩٤/٤ وشذرات النخب لابن الألباء: ٣٥٥/٨.

الشرط الرابع: أن لا يعارض العرف نصريح بخلافه، فلو عارضه نصريح بخلافه أو شرط بخلافه فإن العرف فيهما يطرح ولا يؤخذ به إذ العبرة بالنصريح لا بالدلالة. ومن ذلك قاعدة (لا عبوة للدلالة في مقابلة التصريح).

رابعاً: الأمثلة لهذه القاعدة.

يتميز تحت هذه القاعدة فروع كثيرة سأكتفي بإيراد بعض منها ليتضح المعنى من هذه القاعدة، فمن الفروع:

- ١ - لو باع بالشرع وكننا في بلد لم يكن لهذه النقود وواجب ولا قيمة، انصرف البيع إلى طالب ما يتعامل به أهل البلد^(١).
- ٢ - لو استأجر شخص في بلادنا نجاراً ليصنع له دولاباً فإن العادة المطرقة جرت بأن تكون قيمة المواد على طالب العمل، فتعتبر هذه عادة^(٢).
- ٣ - لو أقام البائع في محله التجاري من يتعامل مع الناس بالبيع والشراء فإن العادة المطرقة في هذه البلاد أنه يقوم بالأخذ والرد والقبض والاستلام والمفاضلة في السعر والثبات في ذلك عن البائع نفسه، فتعتبر هذه عادة.

المسألة الثانية: مسؤولية المتبرع عن أعمال تابعه.

والمقصود بها هو: أن يكون للشخص (يسمى المتبرع) على شخص آخر (يسمى التابع) سلطة فعلية تخوله الحق في رقابته وفي توجيهه مثل العامل، والخادم والطاهي، والسائق، والموظف، ونحوهم^(٣).

(١) ينظر: الأبناء والنظار لابن تيميم (١/ ٨٠).

(٢) ينظر المنتج في القواعد: (٢٩٧).

(٣) ينظر: نظرية الأمانة، التوجيهي: ٢١٩، الموجز في المسؤولية المدنية، ومناذرة: ٦٦، القماني في الفقه الإسلامي، علي الخفيف: ١٧٦.

والأصل أن الإنسان إنما يسأل عن فعله، ولا يسأل عن فعل غيره؛ إلا أن العلاقات البشرية أحدثت تشابهاً بين فعل الإنسان وبين من يتصل به من الناس، مما جعله من الصعوبة بمكان فصل الفعل الضار الصادر من غيره عما يعتبر منه، لذا نص علماء القانون على هذه المسؤولية ضمن نظرياتهم المسماة (المسؤولية التقصيرية)^(١).

والحقيقة أن ما ذكره القانونيون ليس لهم به أفراد أو قصب السبق، إذا أن ذلك كله بأصوله وقواعده موجود في الفقه الإسلامي المستمد من نصوص الكتاب والسنة، وإن ظهرت على هيئة فروع، ومسائل متفرقة؛ إلا أن ذلك لا يلغي وجودها والعمل بها^(٢).

ويستدل لهذه المسؤولية بأدلة منها ما يلي:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَقِمْ تَارَةً وَلَوْهَا النَّاسُ وَكَلْبًا﴾ [النجم: ١٧].

وجه الاستدلال منها: أن هذه الآية قررت أساس مسؤولية المسلم عن نفسه وأهله من زوج وأولاد إذا قصروا في بعض الواجبات التي أقرها الله عليهم، وأن مسؤولية رب الأسرة لا تقتصر عليه وحده^(٣).

الدليل الثاني: ما ورد عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، فالأمير الذي على الناس راع، وهو

(١) ينظر: مسؤولية المتبرع من فعل تابعه، الزرقا: ١٥١، قواعد الجمعية، أمين محمد علي ٢٠٨، نظرية التمسك، الزحيلي ٢١٩.

(٢) ينظر: نظرية التمسك الزحيلي ٢٢٠، مسؤولية المتبرع، الزرقا ١٥٢، مسؤولية الناقل في العقد الإسلامي، الشامي: ٢٠٤.

(٣) ينظر: مسؤولية المتبرع الزرقا ١٥٣.

مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية على أهل بيت زوجها وولده وهي مسؤولة عنهم^(١).

فالحديث يدل بعمومه على شمولية المسؤولية للأب والأم ومن في حكمهم ممن تحت رعايتهم من القاصرين، إذا ارتكبوا فعلاً أخيراً بالآخرين؛ لأن هذا ينشأ عن تقصير عنهم في الرقابة والتوجيه^(٢).

الفصل الثالث: ما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يمشي أبا جهم بن حنيفة العدوي لجمع الصلقات فتلاح مع رجل فشهجه أبو جهم فذهب قوم الرجل إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، طالبين القود من أبي جهم، فأعطاهم الرسول صلى الله عليه وسلم ما أَرْضاهم به من المال^(٣).

فالرسول صلى الله عليه وسلم قد أعطاهم من بيت المال، مما يدل على أن خطأ المكلف من السلطان مضمون على الدولة من بيت المال.

والأثلة والآثار الواوثة عن السلف أكثر مما أوردته هنا، وأكتفي بهذا القدر الذي يتضح به المراد^(٤).

وتبرز مسؤولية المتبوع عن تابعه عند الفقهاء رحمهم الله في مسائل الإجارة

(١) متفق عليه واللفظ لمسلم؛ أخرجه في صحيحه في باب ذبيحة الإمام العادل وحقوقه الجائر برقم '٤٨٢٨' (٧/٦)، وأخرجه البخاري في صحيحه عن ابن عمر رضي الله عنهما برقم '٨٩٢' (٦/٢).

(٢) ينظر: مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، مصطفى الزرقا ١٣٦.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، باب العاقل يصاب على يده خطأ برقم ٤٥٢٤، من حاشية (٥٨٩/٢)، وأخرجه النسائي في سننه، باب القود، السلطان يصاب على يده برقم '٤٧٧٨' (٢٥/٨)، وأخرجه البيهقي في سننه، باب ما جاء في قتل الإمام ويخرج (٤٩/٨)، وأخرجه ابن ماجه في سننه برقم ٢٦٢٨ في باب الجوارح يقتل بالقود (٦٨١/٢)، وأخرجه الإمام أحمد في سننه من حاشية (١١٠/٤٢) وقال مسند شبيب الأرنؤوط: واسناده صحيح، ورجاله ثقات رجال الشيبين.

(٤) ينظر: مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، الزرقا: ١٠٦ - ١٥٩.

للاشخاص، ومسائل الإكراه والتلجئة، فعلى سبيل المثال: قال في الهداية شرح البداية: (لو استأجر رب الدار قطعة لإخراج جناح، أو قلة، فوقع قتل إنسانا بعد قراحتهم من العمل فالضمان على رب الدار استحساناً، لأنهم عملوا بالأجر وسلموا عملهم متى استحقوا الأجر، ووقع فعلهم عمارة وأصلاحاً، فانتقل فعلهم إليه فكأنما قتل بنفسه فيضمنه)^(١).

وقال صاحب كشف القناع: (إذا استأجر خياط صاحب دكان أجيراً خاصاً يعمل في دكانه، وتقبل صاحب الدكان ثوباً لخياطته، ودفعه إلى أجيريه، فخرقه أو أفسده (يفعله فيه) بلا عمد ولا تفريط، لم يضمنه لأنه أجير خاص، ويضمنه صاحب الدكان لمالكة لأنه أجير مشترك)^(٢).

وباستقراء تعليقات الفقهاء، ونصوصهم الفقهية، التي تدل على المسؤولية المشتركة على المتبرع، نلاحظ النص على وجوب توافر العلاقة التبعية بين المتبرع وتابعه، المتحققة بوجود عقد الإيجارة بينهما، والذي يقضي أن يسلم الأجير منافعه لصالح المؤجر لأداء عمل مشروع له، وأن يكون الضرر الواقع من التابع في حدود هذا العمل بحسب العرف الشائع، أو كان مأفوناً له من المتبرع صراحة أو ضمناً، ولا ضمان على المتبرع فيما سوى ذلك من أعمال تابعه)^(٣).

ومن خلال استعراض ما جاء في الأحكام القضائية الواردة في الفروع الأول وما ورد في النواصة التحليلية، يظهر جلياً توافق الوقائع مع ما ورد في المسائل من أحكام، وتحقق المناط واثباته فيها.

(١) الهداية شرح البداية للمرخياني (٤/ ٤٧١).

(٢) كشف القناع البهوتي: (٤/ ٣١).

(٣) ينظر مسؤولية المتبرع، محمد الشيخ صبر: ٢٦ - ٢٧، ونظرة الضمان للزحيلي: ٢٢١.

ثالثاً: وجه كون هذه الأحكام سوابق قضائية.

أن تعدد عرض الأحكام في الفرع الأول للليل كاف في بيان تكرور هذه الوقائع وتشابهها والذي يعد من إحدى مراحل نشوء السوابق القضائية، فضلاً عن أنه تحقق فيها التسلسل القضائي من حيث صnderه من المحكمة الابتدائية، واستيفاء المحكم لأركانها المعنوية شرعاً ثم اكتسابه التأيد من المحكمة الأعلى درجة مبين عند عرضها سابقاً، مما يرى الباحث معه أنها أصبحت صالحة لأن تكون مثلاً يحتذى بها لما يلحق من أحكام.

رابعاً: الصياغة المقترحة للسابقة.

يمكن أن نصوغ ثلاث سوابق مشتقة من الأحكام المعروضة وتكون وفقاً لما يلي:

- ١ - (قوة تصرفات التابع فيما هو تحت يده من نفود وبضاعة، وتعامله مع الغير مشروط بالتبعية للمتبوع، وفي حدود ما استعمل له)
- ٢ - (التابع يتبع متبوعه في التصرفات حقيقة وحكماً)
- ٣ - (إخلال التابع بما بينه وبين المتبوع من التزامات لا تعني الغير الذي يتعامل بظاهر الحال، ويرجع المتبوع على تابعه بالضرر).



المطلب الرابع

حكم بيع المراجعة للأمر بالشراء

◆ الفرع الأول: عرض السابقة^(١)

الوقائع:

[تقدم إلى فضيلة رئيس فرع ديوان المظالم وكيل المدعية (.....) بلائحة دعوى ضمنها أن موكلته الشركة (.....) للاستثمار الخليجي سبق لها التعاقد مع مصنع (....) للآلات الخشبي لصاحبه (.....) ممثلة في الوكيل الشرعي (.....) بشراء معدات، ومكانن لمصنع (....) للآلات الخشبي بموجب عقد بتاريخ ١٦/٧/١٤١٢هـ بمبلغ إجمالي قدره سبعة ملايين وستمائة وأربعة عشر ألف وخمسمائة وثمانون ريالاً (٧,٦١٤,٥٨٠) على أن يقوم المدعى عليه مصنع (.....) للآلات الخشبي بدفعها على أقساط شهرية، وحرره بموجب ذلك سندات لأمر لموكلتي، إلا أنه لم يلتزم بالسداد حسب الجدولة بموجب العقد، ويتأريخ ٢٢/١١/١٤١٧هـ تم عمل تسوية أخرى مع المدعى عليه بباقي المبلغ البالغ قدره مليونان وثمانمائة وثلاثة عشرة ألفاً وسبعمائة وثلاثة وعشرون ريالاً (٢,٨١٣,٧٢٣) بواقع القسط الواحد خمسون ألف ريال، ولم يستمر طويلاً حتى أحل بالمقد حيث تبقى بلمته مبلغ وقدره مليون وتسعمائة

(١) انظر: الحكم الصادر من النازرة التجارية الحايه برقم ١٩٦/٥/تج/٢ لعام ١٤٢٨هـ، والمؤيد من محكمة الاستئناف برقم ٢٠٦/ت/٣ لعام ١٤٢٩هـ، والمنشور في مجموعة الاحكام والبراهين التجارية لعام ١٤٢٩هـ (٦٤٣/٢).

وثلاثة عشر ألف ريال (١,٩١٣,٠٠٠) تقاضى المدعى عليه عن سدادها بالرقم من تعهده بالالتزام، إلا أنه لم يلتزم بالسداد.

وطلب الحكم على ورثة المدعى عليه بدفع باقي المبلغ المستحق لموكلته بنصف مودتهم (.....) والبالغ قدره مليون وتسعمائة وثلاثة عشر ألف ريال (١,٩١٣,٠٠٠) مع دفع الأضرار التي لحقت بموكلتي من جراء هذه المماطلة طيلة ثلاثة عشر عاماً دون وجه حق، وقد تم قيد الدعوى قضية بالرقم المشار إليه أعلاه.

وفي جلسة..... حضر وكيل المدعية كما حضر وكيل المدعى عليه (.....) وقدم الطرفان صورة من التقرير المحاسبي الصادر في القضية المؤرخ في ١٤٢٣/٤/٢٨ هـ فذكروا بأنه هو التقرير الذي صدر من المحاسب القانوني (.....) بناءً على تكليف القاضي بمحكمة حائل، ثم سألت الدائرة المدعى عليه عما وعد وكيله بتقديمه في الجلسة السابقة فذكر بأن وكيله لم يتمكن من إهداء الرد، ويتعهد بتقديم رد مفصل على الدعوى في الجلسة القادمة، ثم سألت الدائرة المدعى عليه عن مبلغ العقدين محل المطالبة وما تم سداؤه من قبلهم والمتبقي، وهل بقي للمدعية شيء منه، مع توضيح سبب عدم استحقاق المدعى عليها لما يمتدع عدم أحقيتها به؟ فأجاب: بأن مجموع إجمالي قيمة العقدين الموقع عليهما من طرفي الدعوى هو بمبلغ (٨,٣٢٦,٥٠,١٥) ريال سدد منها مبلغ (٦,٤٥٥,٢٥,٢٢٩) والمتبقي حسب العقد لا يستحقون منه سوى مبلغ (٥٩٢,٧٥١) ريال باعتبار أن هذا المبلغ تم احتسابه بالزيادة باعتبارها أرباحاً عن مبالغ دفعت مقدماً، أما المتبقي من المبلغ حسب العقد ومقداره (١,١٧٩,٢٥,٣٨) فإنه صحيح وتستحقه المدعية إذا صح العقد شرعاً، ويعرض ذلك على وكيل المدعية ذكر بأنه لا بد من الرجوع إلى موكلته لاستيضاح قيمة العقدين وما سدد منهما والمتبقي.

وفي جلسة هذا اليوم حضر الطرفان وسألت الدائرة وكيل المدعية عن المبلغ الذي خصصه المحاسب القانوني ومقداره: (٥,٩٢٧,٥٧٥) ريالاً من إجمالي مبلغ المطالبة باعتبارها أرباح غير حقيقية فأجاب بأن موكلته تتنازل عن هذا المبلغ وتحتصر مطالبتها بما تبقى وهو مبلغ (١,١٧٩,٢٥,٣٨) ريالاً ويعرض ذلك على وكيل المدعى عليه أحوال إلى ما أجاب به المدعى عليه (.....) في الجلسة المتعقبة في تاريخ ٢٩/٦/١٤٢٨هـ، ثم قرر الطرفان اكتفامهما بما سبق. وفي الجلسة ذاتها صدر هذا الحكم.

الأسباب:

ولما كان وكيل المدعية يطالب بإلزام المصنع المدعى عليه بأن يدفع لموكلته مبلغاً قدره (١,٩١٣,٠٠٠) مليون وتسعمائة وثلاثة عشر ألف ريال مقابل ما تبقى من أقساط قيمة معدات وماكينات باعته المدعية للمدعى عليه.

وحيث قدم الطرفان التقرير المحاسبي الصادر في القضية عن المحاسب (.....) والصادر بناءً على تكليف قاضي محكمة حائل، وحيث أقر وكيل المدعى عليه أن المتبقي من المبلغ والباقي حسب العقد مقداره: (١,١٧٩,٢٥,٣٨) مليون ومائة وتسعة وسبعين ألفاً وثمانية وثلاثين ريالاً وخمسة وعشرين هللة. وأن هذا المبلغ صحيح ومستحق المدعية إذا صح العقد شرعاً.

وحيث حضر وكيل المدعية مطالبة موكلته في المبلغ الذي أقر به وكيل المدعى عليها والبالغ قدره (١,١٧٩,٢٥,٣٨) ريالاً، وهو ما جاء في تقرير المحاسب الذي اتفق عليه الطرفان. وحيث إن هذا العقد هو من قبيل المراجعة للأمر بالشراء وهو من عقود المراجعة التي أقرتها

المجامع الفقهية ولا تتضمن ما يخالف أحكام الشرع، وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٢، ٣) بشأن الوفاء بالوعد والمراعاة للأمر بالشراء: (أن مجلس مجمع الفقه الإسلامي بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوعي الوفاء بالوعد، والمراعاة للأمر بالشراء واستماعه للمناقشات التي دارت حولهما، قرر ما يلي:

أولاً: أن بيع المراجعة للأمر بالشراء إذا وقع على سلمة بعد دخولها في ملك المأمور وحصول القبض المطلوب شرعاً، هو بيع جائز طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلّف قبل التسليم وتبعة الرد بالعيب الخفي، ونحوه من موجبات الرد والتسليم، وتوافرت شروط البيع، وانتفت موانعه) مجلة مجمع الفقه، العدد (الخامس)، الجزء (الثاني) ص(١٦٠)، وحيث تم الاطلاع على عقد المراجعة الموقع بين الطرفين وتبين أنه لم يتضمن ما يخالف أحكام الشريعة، وقد جاء في البند (الخامس) من العقد تملك المدعية للسلمة المباعة على المدعي عليه قبل بيعها، كما جاء في البند (السابع) من العقد أن ضمان المدعي عليها يكون بعد تسليمها، أو تسليمه لمستندات شحنها على اعتبار أن هذه من صور قبضها، وعليه فلم يظهر للدائرة ما يخالف أحكام الشرع في شأن هذا العقد، مما تقضي معه بصحة العقد المبرم بين الطرفين، وإلزام المدعي عليها بسداد ما تبقى من قيمته. لذلك حكمت الدائرة بإلزام مصنع (.....) للأثاث الخشبي بأن يدفع للمدعية الشركة (.....) للاستثمار الخليجي مبلغاً وقدره مليون ومائة وتسعة وسبعون ألفاً وثمانية وثلاثون ريالاً وخمسة وعشرون هللة (١٧٩,٢٥,٣٨,٠٠٠).

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة فيما يلي:

أولاً: نصبت السابقة القضائية على تكييف العقد المبرم بين الطرفين على أنه من قبيل المرافعة للأمر بالشراء وأنه استوفى الضوابط الواردة على هذا العقد، من تملك البائع للسلعة قبل بيعها، ومن انتقال الضمان إلى المشتري بعد تسلمه لها، أو تسلم مستندات شحنتها، مما يعني تطابق السابقة محل الدراسة مع ما جاء في عنوان المطلب.

ثانياً: أصل المسألة التي بنيت السابقة عليها قضائياً، هي مسألة البيع مرابحة للأمر بالشراء، ولمعرفة حقيقة هذه المسألة، وصورها، وأقوال العلماء فيها، فإني سأوردتها على النحو التالي:

أ - تعريف المرافحة للأمر بالشراء:

المرابحة في اللغة: على وزن مفاعلة من الربح، وهو النماء في التجارة، والزيادة، والفضل^(١).

والمرابحة في الاصطلاح: (البيع برأس المال ويصح معلوم)^(٢).

أما عقد المرافحة للأمر بالشراء باعتباره مركباً: فقد عرف بأنه: طلب شخص يسمى الأمر (الحميل أو المشتري)، من آخر يسمى المأمور (المصرف أو البائع)، بأن يشتري له سلعة، ويؤده بأنه إذا قام بشرائها، سيشتريها منه، ويبيعه فيها مقداراً محدداً عاجلاً أو آجلاً.

(١) انظر: مقاييس اللغة، لابن فارس ٤٧٤/٢، لسان العرب، لابن منظور ٤٤٢/٢ مادة (ربح).

(٢) المشي، لابن قدامة ٢٦٦/٦، وتعرفات المرافحة في المناصب القوية من هذا المعنى.

انظر: أيس الفقهاء، ثلثوني، ص ٢٠٧، الشرح الكبير، للذهبي ١٥٩/٣، روضة الطالبين، ثلثوني ٥٢٦/٣.

وتحدد نسبة الزيادة فيه على سعر الشراء مسبقاً^(١).

ب - صور بيع المراجعة للأمر بالشراء^(٢):

الصورة الأولى: أن يكون الوعد فيها غير ملزم للطرفين:

وذلك بأن يرغب العميل في شراء سلعة بعينها، فيذهب إلى المصرف مثلاً، ويحصل بينهما اتفاق و وعد بالشراء للمصلحة من قبل العميل، وبالبيع من قبل المصرف، وهذا الوعد لا يعتبر ملزماً^(٣).

ج - الأقوال والأفعال:

اختلف الفقهاء في حكم بيع المراجعة للأمر بالشراء إذا كان الوعد فيها غير ملزم على قولين:

(١) انظر: بيع المراجعة كما تحريم البنوك الإسلامية لمحمد الأختار ص (٦-٧).

والتعريفات الأخرى لبيع المراجعة للأمر بالشراء قريبة من هذا التعريف وبيع المراجعة للأمر بالشراء مسميات أخرى، فيسمى المراجعة المركبة، أو المراجعة للمواعد بالشراء، أو بيع المواعد انظر: بيع المراجعة للأمر بالشراء، لسمي حمود، وبيع المراجعة للأمر بالشراء، لرفيق المصري، منشوران في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، ص ٨٠٧، ٨٢٧، والمقود المركبة، العمري ٣٦٠-٣٦١.

(٢) ذكر بعض الباحثين أربع صور للمراجعة للأمر بالشراء، وهي: ١- أن يكون الوعد فيها غير ملزم للطرفين مع حكم فخر مسبق لمقتار الربح. ٢- أن يكون الوعد فيها غير ملزم للطرفين مع فخر مسبق لمقتار الربح. ٣- أن يكون الوعد فيها ملزم للطرفين مع فخر مسبق لمقتار الربح، وهي الصورة المشهورة، ٤- أن يكون الوعد فيها ملزم لأحد الطرفين فقط. فالمرتين الأولى والثانية تنلج في الحكم تحت صورة واحدة، وكذلك الثالثة والرابعة، فاختصت بما أوردته من صورتين لبيان المراد ودلائلها على التيقن، انظر: الشروط التعريفية، جاد الحصري: (٢/ ٥٢٦).

(٣) انظر: المراجعة للأمر بالشراء، بكر أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجنّة، العدد السادس (٢/ ٩٧٧).

وقد ذكر بعض الباحثين أن يكون الالتزام فقط للمصرف بالبيع دون العميل، انظر: المقود المالية المركبة، العمري: ٢٥٩.

القول الأول: أنه بيع صحيح، وهو ملهـب الحنفية^(١)،
والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) وظاهر اختيار ابن تيمية^(٤)، واختاره ابن
القيم^(٥)، وجمهور المعاصرين^(٦).

واستدلوا بما يلي:

الفتيل الأول: أن الأصل في المعاملات الحل، إلا ما دل الدليل
على منعه، ولا دليل يدل على منع بيع المربحة للأمر بالشراء إذا كان
الوعد غير ملزم، فبقى على الأصل وهو الحل^(٧).

الفتيل الثاني: إن البائع (المصرف) يشتري لنفسه، وهو يعلم أن
المشتري (العميل) ربما يرجع أو لا يرجع، وقد يشتري أو لا يشتري،
فالبائع يخاطر بالشراء لنفسه، حتى وإن لم يقبل بها المشتري، فهذه
الدرجة من المخاطرة تجعل المعاملة مباحة^(٨).

(١) انظر: الميسوط للمسرحسي، ٣٣٦/١١، وبدائع الصنائع، ١٣٥/٥، وحاشية رد
المحتار، ٢٥٦/٥.

(٢) انظر: الأم، للشافعي ٩٣/٣، وروضة الطالبين، للنووي ٥٢٦/٣.

(٣) انظر: المغني، لابن قدامة ٣١٦/٦، والامتناع، ٤٢٩/١١-٤٤٠. واستثنوا من ذلك ما لو
ذكر نسبة معينة من الربح فإن العقد مكروه، فيقول: رأس مالي فيه مائة، يحتك بها على أن
أرجع في كل عشرة دويمل.

(٤) انظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية ٣٠٦/٢٩-٣٠٣.

(٥) انظر: إعلام الموقعين، لابن القيم ٤٣٠/٤.

(٦) ومنهم الشيخ عبدالحزيب بن باز - رحمه الله - مجموع فتاوى ابن باز ٦٨/١٩، وقرار مجمع الفقه
الإسلامي، بشأن الوفاء بالوعد والمربحة للأمر بالشراء، العدد الخامس، رقم ٤٠-٤١ العدد
٥/ الجزء ٢ و٣، وتوصيات المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي بالكويت، ١٤٠٣هـ، وقرار
مجمع الفقه الإسلامي بالهند بشأن المربحة، ١٤١٠هـ، والمعايير الشرعية للمؤسسات
الإسلامية، ص ١٩٩، وفتاوى اللجنة الدائمة ٣٣٧/١٣.

(٧) ينظر: الشروط التجارية، الحزبي (٥٢٨/٢).

(٨) ينظر: المرجع السابق، ربح المربحة كما تجوز للربح الإسلامية، لمحمد الأثير، منشور
فمن بحث قوية في قضايا التصاوية معاصرة، لمحمد الأثير وأخرون ١٠٣/١.

الدليل الثالث: أن البائع يملك السلعة حقيقة قبل تسليمها للمشتري وعليه ضمان السلعة لو هلك^(١).

القول الثاني: أنه بيع محرم. وهو مذهب المالكية^(٢) واختاره من المعاصرين ابن عثيمين^(٣).

واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: أن هذه المعاملة حيلة لأكل الربا كالهيئة، فحقيقتها عبارة عن قرض بزيادة، والبيع حيلة للتوصل لها^(٤).

نوقش: بعدم التسليم؛ إذ أنها تفارق الهيئة من حيث أن المشتري في الهيئة يقصد المال، أما هنا فإنه يقصد السلعة، كما أن البائع يشتري السلعة حقيقة بتملك حقيقي، وقبض حقيقي، ثم يبيعها للأمر، ويتعرض لدرجة من المخاطرة التي سبق ذكرها، ولا يقدح في المعاملة أن يشتري البائع السلعة لغيره، فكل التجار يشترون السلع لغيرهم، وليس من شروط الشراء المباح أن يشتري المرء ليتفع، أو يقتني، أو يستهلك^(٥).

د - الراجع:

بعد عرض القولين، ودليل كل قول، ومناقشة ما احتاج منها إلى مناقشة، تبين لي - والله أعلم - أن الراجع هو القول الأول القائل بجواز بيع المرابحة للأمر بالشراء إذا كان الوعد غير ملزم؛ وذلك لقوة ما استدلوا به، مقابل ما استدل به أصحاب القول الثاني وما ورد عليه من

(١) انظر: الطنات الاستثمارية في المصارف ٢/ ٢٩٧.

(٢) انظر: البيان والتفصيل، لابن رشد ٧/ ٨٦، الشرح الكبير، للذهبي: ٣/ ٨٩.

(٣) انظر: الممتع، لابن عثيمين ٨/ ٢١١.

(٤) انظر: الشرح الكبير للذهبي ٣/ ٨٩، والممتع، لابن عثيمين ٨/ ٢١١.

(٥) انظر: بيع المرابحة للأمر بالشراء، للقرطبي، ص ٢٠.

مناقشة، كما أن بيع المرابحة للأمر بالشراء إذا تضمن وهذا غير ملزم لم يخرج عن مضمون البيع والشراء المجرد لبقاء الطرفين تحت حرية الاختيار في التعاقد.

الصورة الثانية: أن يكون الوعد فيها ملزماً للطرفين:

أ - صورتها:

وذلك بأن يرهق العميل في شراء سلعة بعينها، فيذهب إلى المصرف مثلاً، ويحصل بينهما اتفاق وهدد بالشراء للسلعة من قبل العميل، وبالبيع من قبل المصرف، وهذا الوعد يعتبر ملزماً لهما مع الاتفاق على مقدار الثمن والأجل والربح^(١).

ب - الأقوال والأطلة:

اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم بيع المرابحة للأمر بالشراء إذا كان الوعد ملزماً، على قولين:

القول الأول: أنه بيع محرم، وهو قول جمع من المعاصرين^(٢).

واستدلوا بأدلة منها:

العليل الأول: ما ورد عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال: **قَتَلَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَتَّى سَلَفَ وَيَبِيعُ... وَهَنْ يَبِيعُ مَا لَيْسَ جَنْدَكَ، وَهَنْ**

(١) انظر: العقود المركبة، العمري: ٢٥٨.

(٢) منهم: ابن باز، والأفتقر، ورفيق المصري، ومكر أبو زيد، والمصنف المصري، وعلي السالوس، وفخرى اللجنة الثالثة، انظر: مجموع فتاوى ابن باز ٦٨/١٩، بيع المرابحة كما تجوز البنوك الإسلامية، لمحمد الأفتقر، منشور ضمن بحوث فقهية في قضايا التصاريح معاصرة، لمحمد الأفتقر وآخرين ١/ ٧٧، فتاوى اللجنة الثالثة ١٢/ ٢٢٧، بيع المرابحة للأمر بالشراء، لرفيق المصري، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ص ٨٢٢، والعقود المركبة، العمري: ٢٦٧.

ويُباع ما لم يُضمَّن^(١).

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند البائع، وعن بيع ما لم يُضمَّن؛ والإلزام بالوعد على شراء السلعة يدخل في النهي؛ لأن الإلزام بالوعد في حقيقته بيع، وإن سمي وعداً، لتضمنه معنى العقد والعبارة بالحقائق والمعاني، وعليه فالبتك يعد بائعاً لما ليس عنده، وداعلاً في بيع ما لم يُضمَّن^(٢).

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: بأن البتك لم يبيع ما ليس عنده، ولم يبيع ما لم يُضمَّن؛ لأنه لن يتم العقد حتى يمتلك السلعة، وتدخل في ضمانه، وما يجري بينه وبين المشتري في المرة الأولى إنما هو وعد، وليس عقدًا، وبينهما فروقا من أهمها أن العقد يترتب عليه استحقاق الثمن بمجرد تحققه، بخلاف الوعد الصادر من الطرفين؛ فلا يترتب عليه استحقاق الثمن وإنما يصبح منه المطالبة بالتعويض عن الضرر الواقع فحسب^(٣).

(١) رواه أبو داود، في كتاب البيع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، برقم ٢٥٠٤ (٢/٢٠٥)، والترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده، برقم ١٢٢٤ وقال: هذا الحديث حسن صحيح (٢/٥٢٦)، والنسائي، كتاب البيوع، باب شرطان في بيع، برقم ٤٦٣، ٤٦٢ (٧/٦٨٨)، والبيهقي في سننه في باب من قال لا يجوز بيع الثمن الثابت (٥/٢٦٧)، والداوقطني في سننه، (٤/٤٦)، وأحمد في مسنده عن حنيفة بن عمرو بن العاص رضي عنه (١١/٢٥٢) وأخرجوه للحاكم في مستدركه في كتاب البيوع، وقال: هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين صحيح (٢/٢١).

(٢) انظر: بيع المرابحة كما تجرى البنوك الإسلامية، لمحمد الأبقر، منشور ضمن بحث قوية في قضايا التصالبة معاصرة، لمحمد الأبقر وآخرين (١/٧٦، ١٠٥)، بيع المرابحة للأمر بالشراء، ليكر أبو زيد، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ص ٧٢٢.

(٣) انظر: تطوير الأعمال المصرفية، نسامي حمود، ص ٤٢٢، بيع المرابحة للأمر بالشراء، للقرطبي، ص ٥٤-٦٠.

أجيب: بأن المتعاقدين ملزمان بإنشاء العقد على الصورة التي تمت بالوعد الأول، وليس لهما الحرية في ترك المبيعة؛ مما يدل على أن العقد الثاني إنما هو تحصيل حاسل، وما ذكر من فروق فأنها غير مؤثرة لأن النتيجة واحدة^(١).

الوجه الثاني: أن النهي عن بيع ما ليس عند البائع، محمولا على إذا كانت السلعة حيناً معينة يبيعها، وهي ليست ملكه، بل ملك غيره ثم يسمى في تحصيلها، أو بيع ما لا يقدر على تسليمه، فيكون قد ضمن له شيئاً لا يؤدي هل يحصل أو لا يحصل؟^(٢)، بخلاف لو كانت بيع موصوف في الذمة، فيجب المراجعة يكون البيع فيه لموصوف في الذمة مما جرى العرف على إمكان تسليمه في وقته.

أجيب: بأن عقد المراجعة قد يقع على أعيان معينة، وقد يقع على ما لا يقدر البائع على تسليمه؛ مما يؤدي إلى النزاع، والمجيزون للإلزام يجيزونها دون تفريق بين العين المعينة، والموصوفة، والتي لا يقدر على تسليمها^(٣).

الدليل الثاني: ما ورد في الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: **قَتَلَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ يَتَتَيْنِ فِي يَتَمَّةٍ**^(٤).

(١) انظر: المراجعة لأمر بالشراء، للمصنف القمير، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ص ٧٤٦، والطلبات الاستثمارية في المصارف، للشيبلي ٤٠٤-٤٠٣/٢.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية ٢٩/٢٠، إعلام الموقعين، لابن القيم ٢٠١/١.

(٣) انظر: الطلبات الاستثمارية في المصارف، للشيبلي ٤٠٤/٢، العقود المالية المركبة، للعمري، ص ٢٧٨.

(٤) رواه الترمذي، في كتاب البرج، في باب ما جاء في النهي عن يتين في يعة، برقم ١٢٢١ (٥٢٤/٢)، والنسائي، في كتاب البرج، في باب يتين في يعة، برقم ٤٦٢٦ (٢٩٥/٧)، وأحمد، في مسند أبي هريرة، برقم ٩٥٨٤ (٣٥٨/١٥). والحديث صحيحه الترمذي وقال: =

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة، والإلزام بالوعد عبير، عقداً بعد أن كان وعداً، فجمعت المعاملة بين بيعتين في بيعة^(١).

نوقش: بعدم التسليم فبيع المراجعة للأمر بالشراء لا يجمع بين بيعتين، بل هو عبارة عن بيعة واحدة، فإذا كان الإلزام بالوعد بعبيره بيعاً، فالبيعة واحدة تأخر فيها تسليم المبيع، وإذا كان الإلزام بالوعد لا بعبيره بيعاً، فالبيعة واحدة تتم عند تسليم المبيع، فلا يصح الاستدلال بهذا الحديث للنهي عن بيع المراجعة للأمر بالشراء.

الغليل الثالث: أن حقيقة بيع المراجعة للأمر بالشراء مع الإلزام بالوعد حيلة لبيع نقد بتقد أكثر منه إلى أجل بينهما سلعة محللة فتايته قرص بفائدة وهذا من بيع الحينة المنهي عنه شرعاً^(٢).

نوقش: بعدم التسليم؛ فالبيع في المراجعة للأمر بالشراء حقيقي، لا عبوي، والسلعة مقصود فيها حقيقة التملك للاستعمال، أو الاتجار، فهو خالي من الحيلة الربوية^(٣).

وأجيب عنه: بأن هذا مسلم في العبوة الأولى وهي المراجعة مع

١- هذا حديث حسن صحيح، قال: وفي الباب عن ابن عمر وابن عباس مسعود (٥٢٤/٢)، وقال ابن حبان في التمهيد: "هذا يصل ويستند من حديث ابن عمر وأبي هريرة وابن مسعود عن النبي ﷺ من وجوه صحيح وهو حديث مشهور عند جماعة الفقهاء" ثم ساق طرق الحديث وإسناده (٢٨٨/٢٤).

(١) انظر: المراجعة للأمر بالشراء، لمصطفى القمير، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ص ٧٤.

(٢) انظر: بيع المراجعة كما تجرى البنوك الإسلامية، لمحمد الأشقر، منشور ضمن بحث فقهية في قضايا التصايف معاصرة، لمحمد الأشقر وآخرين ١/ ٧٢، بيع المراجعة للأمر بالشراء، لكرابر زيد، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ص ٧٢.

(٣) انظر: بيع المراجعة للأمر بالشراء، لفرهادي، ص ٢٤-٢٥.

الوعد الغير الملزم، أما مع الالتزام فهي حيلة على الرباء لأنها في حقيقتها بيع^(١).

الفيل الرابع: أن بيع المرابحة مع الالتزام بالوعد مؤجل البنلين، فلا البنك يسلم السلعة في الحال، ولا العميل يسلم الثمن، والعلماء أجمعوا على التهي عن بيع الدين بالدين^(٢).

ونولش:

الوجه الأول: أن بيع المرابحة ليس مؤجل البنلين، فإن الذي يحدث أولاً بين العميل والمصرف وعد لا بيع، وعند تملك المصرف السلعة المأمور بشرائها وحيازتها، يتم العقد والتسليم للمبيع، وتأجيل الثمن كله أو بعضه^(٣).

أجيب: بأن هذا مسلم في صورة المرابحة مع الوعد غير الملزم، أما مع الوعد الملزم فقد تمت المبايعة في الموعدة الأولى، وتسليم السلعة والثمن مؤجلان فيها^(٤).

الفيل الخامس: أن الشارع قد أعطى وفرش لكل من المتبايعين حقاً في خيار المجلس، وفي بيع المرابحة مع الالتزام بالوعد إسقاط لهذا الحق الذي فرضه الشارع لهما^(٥).

(١) ينظر: الشروط المركبة، العمري: ٢٧٩.

(٢) قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن بيع الدين بالدين لا يبرؤ الإجماع، لابن المنذر، ص ٩٦. وانظر: المغني، لابن قدامة ١٠٦/٦، وانظر: بيع المرابحة للأمر بالشراء، لوفيق المصري، قلا عن كتاب الشروط التعريفية، للمعزي: ٥٤٧/٧.

(٣) انظر: الطلعات المصرية لبيع المرابحة، نفاض: ١٠٢-١٠٣، قلا عن الشروط التعريفية، للمعزي: ٥٤٧/٧.

(٤) انظر: الشروط التعريفية، لواء المعزي: ٥٤٧/٧.

(٥) انظر: بيع المرابحة للأمر بالشراء، لوفيق المصري، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، لندم الطلس، ص ٨٥٠، الطلعات الاستثنائية في المعاملات، لشيلي: ٤٠٥/٧.

نوقش: بأن خيار المجلس حق جعله الشارع للمباقة لمصلحته للتروي والنظر، فإذا رضي إسقاطه سقط^(١).

الغليل السادس: أن الرضا التام حين التصاقد شرط من شروط العقود، والإلزام بالوعد في المراجعة يتنافى مع الرضا المطلوب شرعاً؛ لأن المتعاقدين مجبران على العقد اللاحق، فيكون العقد باطلاً لعدم توفر شرط الرضا فيه^(٢).

القول الثاني: أنه بيع صحيح، وهو قول جمع من المصاحرين^(٣).
واستدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول: أن الأصل في المعاملات الحل إلا ما دل الدليل على تحريمه، ولا دليل يدل على تحريم المراجعة مع الوعد الملزم، فتكون مباحة بناءً على الأصل^(٤).

نوقش: بأن أدلة القول الأول تدل على تحريم هذه المعاملة، كما تقدم ذكرها.

(١) انظر: الشروط المبرقية، لعاد الحنزي ٥٤٣/٢.

(٢) انظر: بيع المراجعة كما تجرى البنوك الإسلامية، لمحمد الأخر، منشور ضمن بحث فقهاء في قضايا اقتصادية معاصرة، لمحمد الأخر وآخرين ١/١٠٤، بيع المراجعة للأمر بالشراء، توفيق المصري، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ص ٨٥١.

(٣) منهم: القرطبي، وسامي حمود، ومينالستار أبو خنة، وصنوبره قوار مؤتمر المصروف الإسلامي الأول المنعقد بدبي في ١٣٩٩هـ، وقوار مؤتمر المصروف الإسلامي الثاني المنعقد بالكويت في ١٤٠٣هـ. انظر: بيع المراجعة للأمر بالشراء، لقرطبي، ص ٣٠، بيع المراجعة للأمر بالشراء، لسامي حمود، أسلوب المراجعة والجواب الشرحية التطبيقية في المصروف الإسلامية، لمينالستار أبو خنة، منشوران في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ص ٨٠٧، ص ٨٩٤.

(٤) انظر: بيع المراجعة للأمر بالشراء، لقرطبي، ص ١٥-٢٠.

القليل الثاني: أن بيع المرابحة يتفق مع قول العلماء الذين يرون الإلزام بالوعد مطلقاً^(١)، أو على رأي المالكية الذين يرون الإلزام بالوعد إذا دخل الموعد بسببه في شيء^(٢)، فالمأمور (المصرف) اشترى السلعة ودخل في هذه المخاطرة لأجل الواحد (العميل)، وحتى على رأي من يرى الإلزام بالوعد حيث من العلماء^(٣)، فإننا يمكننا أن نلزم به قبضه إذا اقتضت المصلحة ذلك، وقد اقتضت المصلحة في بيع المرابحة الإلزام بالوعد^(٤).

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: بأن المقصود بالإلزام بالوعد عند العلماء المتقدمين هو الوعد بالمصرف من جانب واحد، وهو الذي وقع فيه الخلاف، أما الوعد في المعاوضة من الطرفين، فلم يقل أحد منهم بلزوم الوفاء به، ولم يكن مقصوداً عندهم؛ لأنه يصير حيثن عقد^(٥).

الوجه الثاني: أن النصوص عند المالكية في الإلزام بالوعد - وهم أكثر من تكلم عن مسائل الوعد - إنما هي في إيجاب الوفاء بالوعد في مسائل التبرعات كالهبة - أي الوعد بالمصرف -^(٦)، ومن تلك النصوص

(١) ربه قال عمر بن حنبل عز، وابن شبرمة، وإسحاق بن راهويه، وأبو حنبل الخزازي، وهو قول في أغلب المالكية، ووجه عند الحنابلة انظر: المصلي، لابن حزم ٢٨/٨، الفروع، لابن مفلح ٩٢/١١، وتصوير الكلام للمصطفي: (١٥٥)، والأحكام للشرقي مع شرحه (٢٦٠/٦)، وإحياء علوم الدين للخزازي (١٣٦-١٣٧/٣)، والإيضاح للبرهاني: (٢٥١/٢٨).

(٢) انظر: الفروع، للقرافي ٢٥/٤، وتصوير الكلام للمصطفي: (١٥٥).

(٣) انظر: الألفاظ، للشرقي مع شرحه، (٢٦٠/٦)، أمواه لبيان، للتشيطي ٤٣٨/٣-٤٣٩.

(٤) انظر: قرار مؤتمر المصرف الإسلامي الأول المنعقد بدمشق في ١٣٩٩ هـ في كتاب بيع المرابحة للقرطبي ص ١٧.

(٥) انظر: بيع التسيط وأحكامه، للشرقي، ص ٤٦٥، ٤٧٠.

(٦) انظر: الإيجار الذي يصح بالتكميل، لابن زيد، منشور في مجلة مجمع افتد الإسلامي، العدد الخامس، ص ٢١٦٥، بيع التسيط وأحكامه للشرقي، ص ٤٦٦.

ما جاء في إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك: (قاعدة: (الأصل منع المواة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية) ومن ثم منع مالك المواة في العنة، وعلى بيع الطعام قبل قبضه ووقت نداء الجمعية، وعلى ما ليس عندك^(١)).

الفيل الثالث: أن في ترك الإلزام بالوعد في بيع المراجعة للأمر بالشراء ضرراً بالطرفين، أو أحدهما، والشرعة جاءت لرفع الضرر؛ فقد يطلب شخص من المصرف شراء آلة نادرة قل من يطلبها، ثم لو عدل عن الشراء بعد أحضارها، لتوجب على المصرف خسارة وضرر، فلا يتمكن من تصريفها، وقد يستغل المصرف حاجة الطالب للآلة فيمتنع عن الوفاء بما وعد؛ مما يتسبب في إيقاع الضرر بصاحب الحاجة^(٢).

نقش: بأن التجارة مبنية على أن يتحمل البائع قلراً من المخاطرة وهذا هو الفارق بين الربح المشروع وغير المشروع^(٣)، كما أنه بإمكان المصرف أن يشترط لنفسه خيار الشرط عندما يشتري السلعة المطلوبة، ثم يعرضها على الأمر في مدة الخيار، فإن قبلها تم البيع ولزمته، وإن رفضها ردها المصرف إلى من اشتراها منه، وعلى ذلك يكون في مأمّن من الضرر^(٤).

الدليل الرابع: أن في مسألة بيع المراجعة للأمر بالشراء قولين متكافئين، وإذا وجد في مسألة قولان، أحدهما بالإباحة، والآخر

(١) إضاح المسالك، لثوري، لقاعدة الخامسة والستون من ٢٧٨.

(٢) انظر: بيع المراجعة للأمر بالشراء، تاسمي حمود، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، الجزء ٢ من ١١٠٧.

(٣) انظر: الخدمات الاستثمارية في المعاملات، ثليلي ٤٠٦/٧.

(٤) انظر: المراجعة للأمر بالشراء، للمصطفى القزويني، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، من ١٠٠٩.

بالحظر، وهما متكافئتان من حيث قوة النليل، فالأخذ حيثنذ بما فيه التيسير أفضل، خصوصاً أن جمهور الناس في عصرنا أخرج ما يكونون إلى التيسير والرفق، وعناية لظروفهم، وما غلب على أكثرهم من رقة النين، وضعف اليقين، وما ابتلوا به من كثرة المضربات بالإثم، والمسوقات عن الخير^(١).

نوقش: بأن الواجب عند اختلاف العلماء الأخذ بما هو أرجح قليلاً؛ لأن ذلك أقرب إلى تنفيذ أمر الله، ولا يعد الخلاف دليلاً للمجاز، إضافة إلى أن القولين في المسألة غير متكافئين، حتى نسلم بالأخذ بالأيسر^(٢).

(ج) الترجيح:

بعد عرض الأقوال، وأدلتها، ومناقشة ما يحتاج منها إلى مناقشة، تبين لي - والله أعلم - أن الأرجح هو القول الأول والذي يرى بعدم صحة بيع المرابحة للأمر بالشراء متى كان الوعد ملزماً للطرفين وذلك لقوة أدلتهم؛ ولأن الإلزام بالوعد يصيره عقدًا، ويفضي إلى أن البائع يبيع ما ليس عنده، ولكي لا تركز المصارف الإسلامية إلى أداة فيها شبه بالربا، ولا يكون لها مساهمة نافعة في تنمية الاقتصاد، وانتشار المشاريع النافعة للمجتمع وأفراد^(٣).

وقد جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن المرافعة التي تتم في

(١) انظر: بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجرى المصارف الإسلامية، للقرهاري، ص ٢٥-٢٦.

(٢) انظر: بيع المرابحة كما تجرى البنوك الإسلامية، لمحمد الأشقر، منشور ضمن بحث فقهي في قضايا اقتصادية معاصرة، لمحمد الأشقر وآخرين ٨٩/١ - ٩٠، والعهود المالية المركبة، للعمري، ٢٧٦.

(٣) ينظر: العقود المركبة، للعمري، ٢٨٤، والشروط التصريفية، للنعزي، ٥٥١/٢، وبيع الشريط وإحكامه للتركي، ٤٧٣.

بيع المراجعة للأمر بالشراء محققاً لمصلحة الطرفين، ويمكن الجمع بين هذه الأقوال، والعمل بما اختاره بعض العلماء من اشتراط الخيار للطرفين أو أحدهما؛ حتى لا يكون الوعد الملزم كالعهدة، ونص القنطرة.....

(أولاً: أن بيع المراجعة للأمر 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: الوعد - وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد - يكون ملزماً للمواعد حيانه إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد. ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

ثالثاً: المواعدة - وهي التي تصدر من الطرفين - تجوز في بيع المراجعة بشرط الخيار للمتواعدتين، كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في بيع المراجعة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالِكاً للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده^(١).

ومن خلال استعراض أسباب الحكم محل الدراسة؛ نجد أنها

(١) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي بجلته، برقم (٤٠ - ٤١/٦، ٣) نقلاً عن كتاب قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي: ص ٩١.

نصت على صيغة المراجعة للأمر بالشراء من خلال تطبيق بنود العقد المبرمة بين الطرفين، وبيان أنها خلعت من المحظورات الشرعية، وبيع الإنسان ما ليس عنده، وقضت بناء على هذا الأصل.

ثالثاً: وجه قولها سابقة قضائية:

يظهر جلياً من خلال استعراض الحكم القضائي، محل الدراسة، مدى تطابق وصف السابقة على مضمونها، إذ أنها صدرت من المحكمة الابتدائية وجاءت مستوفية لأركان وشروط الحكم القضائي، ثم اكتسبت تأييد وموافقة المحكمة الأعلى درجة^(١)، وبالتالي فإنها أصبحت صالحة لأن تكون مثلاً يحدى بها لما يلحق من أحكام.

رابعاً الصياغة المقترحة للسابقة:

يقترح الباحث أن تكون صياغة القاعدة كالتالي: (تصح المراجعة للأمر بالشراء إذا خلعت من الوعد الملزم، أو كانت المراجعة بين الطرفين مقررة بالخيار، ويشترط تملك البائع للسلعة قبل بيعها، وحيازته لها).



(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية، الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٢٧٨هـ: (٢/ ٤٥٠، ٤٢٨)، الحكم الصادر من النائرة التجارية السابعة عشرة بالمسككة الإدارية بجدة في القضية رقم ١٢٣٩/٢ في لعام ١٢٧٤هـ، وقد اكتسبت هذه السوابق التأييد من المحكمة الأعلى درجة، وأصبحت نهائية.

المبحث الثالث

السوابق القضائية المتعلقة بالشروط في البيع

وفيه ثلاثة مطالب:

- **المطلب الأول:** حبس المبيع على ثمنه.
- **المطلب الثاني:** شرط البيع على التصريف.
- **المطلب الثالث:** فساد الشرط المخالف لمقتضى العقد وأثر ذلك.



الطلب الأول حبس المبيع على ثمنه

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[تتحصل وقائع هذه القضية في أن وكيل المدعية تقدم بلائحة دعوى ذكر فيها بأنه قام بالاتفاق مع المدعى عليها لشراء عدد عشر سيارات من نوع... المطابقة لشروط وذاكرة المواصفات لاستخدامها في مجال سيارات الأجرة ومن شروط العقد المبرم معهم تسليم السيارات حال توقيع العقد واستلامهم النسخة الأولى.

وقد تم احتساب السيارات بمبلغ (٤١٠٠٠) واحد وأربعين ألف ريال قيمة السيارة الواحدة ليصبح قيمة مجموع السيارات (٤١٠٠٠٠) ريال.

وقد تم تسليمهم النسخة الأولى مبلغاً وقدره (١٠٠٠٠) ريال والباقي أقساط قيمة كل قسط (٢٣٠٠٠) ريال شهرياً.

وعند انتهاء الإجراءات من مرور الرياض وذاكرة المواصفات وتجهيز السائقين طلب تسليم السيارات فرفضوا طالبين تسديد الأقساط المتأخرة قبل تسليم السيارات وقد حاول محاولات من تأريخه ولم يصل معهم إلى نتيجة وختم دعواه بطلب المحكم عليهم بما يلي:

(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٨هـ: (٤٠١/٢)، وقد اكتسب المحكم القطعية بموجب حكم هيئة التدقيق رقم ٢/٥/٦١/تج/٥ لعام ١٤٢٨هـ فيما انتهى إليه من قضايا.

أولاً: تسليمه السيارات واحتساب الأقساط من تاريخ تسليمه السيارات حيث إن السيارات تم تجهيزها من قبله حسب شروط وزارة المواصلات والمروء وقد كلفه ذلك مبالغ مالية كبيرة.

ثانياً: تعويضه عن الفترة التي حجزت فيها السيارات من تاريخ العقد واستلامهم للنفقة الأولى وحتى تاريخ تسليمه السيارات هذا مع العلم بأن السيارة الواحدة دخلها اليومي مائة وخمسون ريالاً.

ثم قدم وكيل المدعى عليها مذكرة مكونة من ثلاث صفحات ضمنها رده على لائحة الدعوى وقد ذكر فيها بأنه قد قامت المدعية بشراء عشر سيارات من نوع... موديل ٢٠٠١م من موكلتي بغرض تشغيلها في مجال الأجرة العامة كما جاء في مذكرة المدعية ولكن ما ذكرته المدعية من مبالغ وأثمان فإنه غير صحيح والصحيح أن الصفقة التي قامت المدعية بشراؤها من موكلتي على النحو التالي:

بتاريخ ١٤٢١/١/٢١هـ الموافق ٢٠٠١/٤/١٥هـ اشترت المدعية عند (١٠) سيارات من نوع.... موديل (٢٠٠١) بمبلغ (٤٠٠٠٤٨) ريال بدفعة مقدمة وقدرها (٧٣٠٠٠) ريال بواقع أقساط شهرية لمدة (٧٤) قسطاً قيمة كل قسط (١٣٦٢٧) ريال.

وبذلك يكون كل ما ذكرته المدعية في هذه الفقرة قد جاثبه العيوب ولا يمت للمواقع بصلة فكيف لا تصرف المدعية ثفاصيل الصفقة التي التزمت بها والتي وقعت عليها كما أن تاريخ استحقاق أول قسط من الأقساط الأربعة والعشرين في ٢٠٠١/٦/٣م فلو قارنا بين تاريخ العقد وتاريخ أول قسط يتضح أن المدعية منحت مهلة لإنهاء إجراءات المواصلات وسداد أول قسط ما يقارب الشهرين فهل يعقل أن لإجراءات

المواصلات تستغرق شهرين مع الأخذ بالاعتبار أن المدعية منشأة ربحية وأنها حريصة كل الحرص على توفير الوقت فلم يصل موكلته منها لا خطياً ولا شفهيّاً ما يفيد تأخر إجراءات المواصلات، كما أن المدعية قبل هذه الصفقة قد قامت بالتعامل مع موكلته وذلك في تاريخ ٩/٢٣/١٤٢١ هـ الموافق ١٩/١٢/٢٠٠٠ م.

أما فيما ورد بمذكرة المدعية بأن موكلتي وقضت تسليم السيارات للمدعية إلا بعد سداد الأقساط فهذا الادعاء قد جاتبه العواب فليس من الواقع أن تطلب موكلتي سداد الأقساط قبل استلام السيارات وأكبر برهان على ذلك أن موكلتي سلمت المدعية البطاقات الجمركية الخاصة بالعشر سيارات موضع النزاع وقت توقيع العقد والسندات لأمر الخاصة بالصفقة، وليس هذا فقط بل مكنت المدعية من الدخول إلى المستودع الخاص بموكلتي، وتجهيز السيارات من قبل المدعية، والشركة المتفق معها من قبل المدعية بتركيب الأجهزة، والشعارات الخاصة بسيارات الأجرة العامة حسب ما أقرت المدعية في مذكرتها، ويعدّها لم تراجعنا المدعية وهم اتصال موكلتي عليها مراراً وتكراراً لاستلام السيارات الخاصة بها، لشغلها حيزاً من مستودع موكلتي، وهم ازدحام المستودع بسيارات أخرى ومروحيات مختلفة، وهم ذلك قامت موكلتي بالمحافظة على السيارات من أي تلف، ويعد أن حل على المدعية مبلغ من الأقساط يعادل (٢٠٠٠٠٠) ريال من أجمالي (٣٢٧٠٤٨) ريال قامت موكلتي بالتفاهم مع المدعية في المبلغ المستحق ولكن دون فائدة، ويعد ذلك قامت موكلتي بإقامة دعوى على المدعية بالمبلغ المستحق في المحكمة العامة بالرياض وأخذوا بالقاعدة الفقهية (المؤمنون على شروطهم) نجد أن المدعي ليس له أي حق يدعيه علينا ويندعونا بتسليم

لماذا أثار المدعي هذا الإدهاء بعد ما استحق كامل المبلغ عليه وبعد قيام موكلتي برفع دعوى بالمبلغ، وختم مذكرته بطلب رد الدعوى مع حفظ حق موكلته في الرجوع على المدعية بأي تعويض مادي أو أدبي.

الأسباب:

ربما أن المدعية تهدف إلى طلب إلزام المدعي عليها بتسليمها السيارات المشتراة منها وعددها (١٠) سيارات، واحتساب الأقساط من تاريخ تسليمها السيارات مع تعويضها عن الفترة التي حجزت فيها السيارات من تاريخ العقد حتى تسليمها السيارات.

أما عن موضوع الدعوى فإن الثابت أن الطرفين قد وقعا عقد بيع السيارات بتاريخ ١٤٢٢/١/٢١ هـ بالتقسيط لمدة أربعة وعشرين شهراً قبية كل قسط (٢٣٦٢٧) ريال، وأن المدعي قد استلم أصل البطاقات الجمركية للسيارات بذات التاريخ ليتولى إصدار استمارات السيارات، والتي لم يتم باستخراجها إلا بتاريخ ١٤٢٢/١٠/١٨ هـ أي بعد مرور قرابة التسعة أشهر من توقيع العقد واستلام البطاقات الجمركية للسيارات، كما أنه لم يراجع المدعي عليها لاستلام السيارات إلا بعد استخراج الاستمارات من المورّد على ما ذكره في لائحة دعواه المقدمة بتاريخ ١٤٢٤/١١/٢٩ هـ وبالتالي فيكون قد تأخر في تسديد النفقات المستحقة عليه عدا الدفعة المقدمة مع توقيع العقد، وأن المدعي عليها قد امتنعت عن تسليم السيارات محل العقد للمدعية استناداً إلى البند الخامس من العقد الموقع بين الطرفين والذي ينص على (أنه في حالة تخلف الطرف الثاني عن سداد قسط من الأقساط المشار إليها في البند رابعاً من هذا العقد... يحق للطرف الأول - المدعي عليها - الحجز على السيارات موضع العقد وفقاً لتعليمات الأمر السامي الصادر بهذا الشأن...).

وحيث إن هذا الشرط لا يخالف مقتضى العقد وقد أجاز كثير من العلماء حبس المبيع على ثمنه قال ابن القيم رحمه الله في إعلام الموقعين (٤/٣٤) (وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وبعض أصحاب الإمام أحمد وهو الصحيح) اهـ. وكلام العلماء في ذلك في حالة عدم الشرط إذا كان الثمن حالاً، أما في حال الشرط فقال ابن القيم رحمه الله (فإذا كان ملك حبسه على ثمنه من غير شرط فلان يملكه مع الشرط أولى وأحرى)، وقال ابن مفلح في المبدع (٤/٣٣٦) (وهو إذا حبس المبيع ببقية الثمن فهو طاعب ولا يكون رهناً إلا أن يكون شرط عليه في نفس البيع وهذا يدل على صحة الشرط) اهـ. مما تنتهي معه الدائرة إلى صحة شرط حبس المذمى عليها للمبيع ببقية الثمن، وبالتالي صحة تصرف المذمى عليها في ذلك، ولا يعد ذلك خطأ من قبلها يوجب عليها الضمان، وعليه فتنتفي المسؤولية العقدية في حق المذمى عليها بحبسها للسيارات محل العقد لعدم توافر أحد أركان المسؤولية، وهو ركن الخطأ في حقها، مما تنتهي معه الدائرة إلى عدم أحقية المذمى في استلام السيارات قبل تسديد ما عليها من أقساط، كما أنه لا أحقية لها في التعويض عن حبس المذمى عليها لسيارات المذمى مما تقضي معه الدائرة برفض دعوى المذمى.

لهذه الأسباب حكمت الدائرة برفض الدعوى المقامة من مجموعة.... ضد مؤسسة.... لما هو مبين بالأسباب، وبالله التوفيق.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة فيما يلي:

أولاً: إذا وقع العقد اللازم بين الطرفين، فالأصل أن ينتقل ملك المبيع إلى المشتري، وينتقل ملك الثمن إلى البائع، ويكون تسليم البائعين

حق على كل طرف لتحقيق انتقال الملكية إليه^(١)، ألا أن هناك عبور وحالات تبين للبائع أو المشتري، حبس ما بينه حتى يسلم الآخر ماله عنده، ومن ذلك حبس المبيع حتى ينقذ المشتري الثمن، ومنها ما استندت عليه السابقة في قضائهما، ومن خلاله تظهر العلاقة بين عنوان المطلب وما جاء في الحكم القضائي محل الدراسة.

لذا: نصت السابقة القضائية على مسألة حبس المبيع على ثمنه^(٢)، وذكرت بعض الأقوال في المسألة، وهي من المسائل الخلافية بين الفقهاء وتفصيل هذه المسألة وبيانها سأورد على النحو التالي:

أ - صورة المسألة:

إذا تعاقد البائع والمشتري على بيع سلعة بثمن معلوم، فلا يخلو هذا الثمن إما أن يكون حالاً، وإما أن يكون مؤجلاً كله أو بمضيقه، فإذا قام البائع بحبس السلعة حتى يؤدي المشتري الثمن في إحدى العبرتين فما حكمه؟

ب - تحرير محل النزاع:

لا يخلو الكلام في هذه المسألة من حالين:

١ - إذا كان الثمن فيها مؤجلاً غير حال، فقد أئفق الفقهاء على أنه لا يحق للبائع الامتناع عن تسليم المبيع، ومستندهم في ذلك تراخي العاقدان على التأجيل، فالبائع قد أسقط حقه بالرخص، كما

(١) ينظر: البحر الرائق: (٣٣١/٥)، مواهب الجليل: (٤٧٩/٤)، أسنى المطالب: (٣٥/٢)، كذلك النزاع: (٣٣٩/٣).

(٢) المراد به: امتناع مالك السلعة عن تسليمها للمشتري بعد التخذ من أجل استيفاء ثمنها. انظر: حبس المبيع على ثمنه، للنايد، مجلة الجمعية القانونية السورية، العدد (٨) ص: ١٨٦، ربح الترخيط وأحكامه، التركي: (٤١٢).

أن حق حبس المبيع يثبت للبائع في حال ثبت له حق المطالبة بالثمن، وعند التأجيل لا يثبت له المطالبة به، فيسقط تبعاً له الحق في حبسه^(١).

٧ - إذا كان الثمن حالاً غير مؤجل، فله ثلاث حالات:

أ - أن يكون كل من المبيع والثمن عيناً معينة أو عرضاً، فإنه لا يجبر أي من المتعاقدين على التسليم قبل الآخر، لاستوائهما في الحقوق والتعيين، فلا حاجة إلى تقسيم أحدهما في النفع^(٢).

ب - إذا كان كل من الثمن والمثمن، عيناً في الذمة (أي غير حاضرين في مجلس العقد)، فلا يجبر أي من المتعاقدين على التسليم قبل الآخر أيضاً، وذلك لعدم تحقيق المساواة بينهما والتي هي من مقتضيات عقود المعاوضة، وليس أحدهما بأحق من الآخر، ويجعل بينهما عدل يقبض منهما، ويسلم إليهما^(٣).

ج - إذا كان المبيع عيناً حاضرة، والثمن ديناً في الذمة، فقد اختلف الفقهاء في أحقية البائع في حبس المبيع حتى ينقد المشتري الثمن، ويرجع الخلاف في هذه المسألة إلى الخلاف في مسألة من يلزم بالبدء بالتسليم أولاً، وتفصيل

(١) ينظر: البصر الرابع: (٣٣١/٥)، الطوشي على خليل: (١٥٩/٥)، بداية المجتهد (١٠٩٨/٣)، أسنى المطالب: (٣٦/٢)، الشرح الكبير لابن قدامة: (٤٨٧/١١).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع: (٣٣٨/٥)، مواهب الجليل: (٤٧٩/٤)، روضة الطالبين: (١٨١/٣) - ١٨٢، الشرح الكبير: (٤٨٦/١١).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع: (٣٣٧/٥)، الطوشي على خليل: (١٥٩/٥)، التحاوي الكبير: (٦٨٣/٥)، الشرح الكبير (٤٨٦/١١).

الخلاف كالتالي^(١):

ج - الأقوال والأقوال:

القول الأول: أن للبائع حق الامتناع عن التسليم للمبيع حتى يقبض الثمن، وهو من ذهب الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، وقول للشافعية^(٤).

واستقلوا بما يلي:

الدليل الأول: أن عقد البيع من عقود المعاوضات، وهي مبنية على المساواة بين المتعاقدين، ولا يتحقق ذلك إلا بالتسليم أولاً للثمن المطلوب من قبل المشتري^(٥).

الدليل الثاني: أن البائع حقه لا يتعين إلا بالتسليم والقبض، بخلاف المشتري فإن حقه متعين بالعقد وإن لم يتسلمه، فيقدم حق البائع على المشتري، فيجب تسليم الثمن أولاً والذي هو ثابت بالذمة، لكي تتحقق المساواة بينهما في التعيين^(٦).

الدليل الثالث: القياس على المرتهن، حيث لا يلزمه تسليم الرهن حتى يقبض الدين^(٧).

(١) ينظر: البحر الرائق: (٥/٥٣١)، بنائع الصنائع: (٥/٣٧م)، الطرشي على خليل: (٥/١٥٩)، بداية المجتهد: (٣/١٠٩٨)، نهاية المحتاج: (٤/١٠٣)، أسنى المطلب: (٢/٣٦)، الشرح الكبير (١١/٤٨٦)، كشف القناع (٣/٢٧٩)، حرس الجميع على ثمنه، العابد، مجلة الجمعية الفقهية السورية، ج: ٢٨ من ١٨٦.

(٢) ينظر: البحر الرائق: (٥/٥٣١)، بنائع الصنائع: (٥/٣٣٧).

(٣) ينظر: الطرشي على خليل (٥/١٥٩)، بداية المجتهد: (٣/١٠٩٨).

(٤) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/١٠٣)، أسنى المطلب: (٢/٣٦).

(٥) ينظر: بنائع الصنائع: (٥/٣٣٧)، أسنى المطلب: (٢/٣٦).

(٦) ينظر: بنائع الصنائع: (٥/٣٣٧)، نهاية المحتاج: (٤/١٠٣).

(٧) ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة: (١١/٤٨٦).

وجه الاستدلال: قياس حبس البائع السلعة وعدم تسليمها حتى يتسلم الثمن على المرئيين في حقه حبس الرهن وعدم تسليمه حتى يقبض الدين؛ بجامع أن كلا منهما عين في الذمة.

القول الثاني: أن ليس للبائع حبس السلعة حتى يقبض الثمن، وأنه يجبر على تسليم المبيع عند التنازع، وهو مذهب الشافعية^(١)، والمحنابلة^(٢)، واستثنى الشافعية من ذلك، ما إذا غشي قوت الثمن بعد التسليم، أو كان البائع نائباً عن غيره وما عدا ذلك فلا يصح الحبس^(٣).

واستقلوا بما يلي:

الدليل الأول: أن مقتضى المساواة في العقد أن يبدأ البائع بالتسليم، وذلك لأن المبيع يتعلق به استقراره وثمائه، ولا يستطيع المشتري التصرف فيه إلا بعد قبضه؛ بخلاف الثمن فكان تقديمه أولى^(٤).

ونوقش: بأن استقرار البيع لابد أن يكون برضا العاقدين، والبائع إنما باع على أن يقبض الثمن في مجلس العقد^(٥).

الدليل الثاني: أن حق المشتري تعلق بعين المبيع، وأما حق البائع فقد تعلق بلذمة المشتري ودفعي بها، وتقديم ما تعلق بالعين أولى، كتقديم الدين الموثق بالرهن على الدين المتعلق بالذمة^(٦).

ونوقش: بأن تعلق حق المشتري إنما هو بنقعه للثمن، فإن البائع

(١) ينظر: الحاوي الكبير، (٥/٦٨٢)، نهاية المحتاج (٤/١٠٣)، أسنى المطلب: (٢/٣٦).

(٢) ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة: (١١/٤٨٦)، الإصناف: (١١/٤٨٦).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٥/٦٨٢).

(٤) ينظر: الشرح الكبير: (١١/٤٨٦)، نهاية المحتاج: (٤/١٠٣).

(٥) ينظر: حبس المبيع على ثمن، العابد، مجلة الجمعية الفقهاء السعودية: ج: (٣٨/١٩٧).

(٦) ينظر: الشرح الكبير: (١١/٤٨٦-٤٨٧).

لم يرض أن يذل المبيع إلا بثمن يقبضه^(١).

أما القياس على الدين فإنه قياس مع الفارق، إذ أن الرهن لا تتعلق به مصلحة عقد الرهن، والتسليم هاهنا متعلق به مصلحة عقد البيع^(٢).

الدليل الثالث: أن الثمن مستقر في ملك البائع بمجرد العقد، ومضمون من الهلاك، وثابت له في ذمة المشتري، ويجوز له التصرف فيه بالحوالة والهبة، ونحوها، كما لو قبضه، وتحقيقاً للمساواة فإنه يبدأ البائع بتسليم السلطة^(٣).

٤ - الراجع من الأقوال:

والذي يظهر - والله أعلم - القول بأن للبائع حبس المبيع حتى يتسلم ثمنه، لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول، وسلامته من المناقشة فيما استدلوا به، ولأن في إجبار البائع على تسليم المبيع دون حضور ثمنه وتمكينه منه إضرار به، والضرر يزال، وإخلال بشروط من شروط صحة البيع وهو الرضى، وفي الحديث الصحيح: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفس منه»^(٤).

(١) ينظر: الشرح الكبير: (٤٨٦/١١)، الحاوي الكبير: (٥/٣٠٧).

(٢) ينظر: الشرح الكبير: (٤٨٦/١١ - ٤٨٧).

(٣) ينظر: نهاية المحتاج: (٤/١٠٣).

(٤) أخرجه الذهبي في مستدركه، باب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليها (٦/١٠٠)، وأخرجه الدارقطني في سننه عن أنس بن مالك برقم "٢٨٨٥" وعن حم أبي حرة الرقاشي برقم "٢٨٨٦" (٣/٤٢٤)، وأخرجه أحمد في مسنده، مسند البصريين، حديث حم أبي حرة الرقاشي، (٢٩٩/٢٤)، وأخرجه الحاكم في مستدركه عن ابن عباس رضي الله عنه برقم "٣١٨" (١/١٧١)، وقال في البئر للمنيو: هذا الحديث مرئي من طرق، أخرجه رواد الدارقطني في مستدركه وأخرجه رواد الحاكم في مستدركه وقال: قد احتج البخاري بأحاديث مكرمة، ومسلم بأبي أوس، ومالك ورواه معق عليه - ثم ذكر بقية الطرق (٦/٦٩٤).

يقول ابن القيم **رحمه الله**: (وهذا على أصل من يقول للبائع حبس المبيع على ثمنه ألزم، وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وبعض أصحاب أحمد وهو الصحيح، وإن كان خلاف مخصوص أحمد، لأن عقد البيع يقتضي استواءهما في التسليم والتسليم، ففي إجبار البائع على التسليم قبل حضور الثمن وتمكينه من قبضه إغراء به...) (١).

ثالثاً: وجه كونها سابقة قضائية:

يظهر جلياً من خلال استعراض الحكم القضائي، محل الدراسة، مدى تطابق وصف السابقة على مضمونها، إذ أنها صدرت من المحكمة الابتدائية وجاءت مستوفية لأركان وشروط الحكم القضائي، وقد تكررت وقائع مماثلة لها، وبالتالي فإنها أصبحت مبالحة لأن تكون مثلاً يحتذى بها لما يلحق من أحكام.

رابعاً: الصياغة المقترحة للسابقة:

(البائع أن يحبس تسليم السلعة حتى يقبض ثمنها).



(١) إعلام الموقعين، لابن القيم الموصلة: (٣٤/٤).

الطلب الثاني

عرض البيع على التصريف

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[وقائع هذه القضية تتلخص بأن وكيل المدعي أهلاء تقدم لديوان المطالم بحريضة استدعاء سجلت قضية بالرقم الموضح أهلاء، ذكر فيها أن له بذمة مؤسسة (.....) لصاحبها (.....) مبلغاً قدره (١٦٥٥٩) ستة عشر ألفاً وخمسمائة وتسعة وخمسون ريالاً قيمة دهانات، وطلب تكليفها بدفع المبلغ، وبإحالة القضية إلى هذه الدائرة نظرتها على النحو الموضح بفتور الضبط في عدة جلسات، حيث حضر المدعي وكالة والمدعي عليه وكالة في جلسة الاثنين ٦/٢/١٤٢٧هـ، ويسأل المدعي وكالة عن دعوى موكله ذكر بأنها وفقاً لما جاء في لائحة الدعوى، وكرر ما ذكره فيها، ويسأل المدعي عليه وكالة الجواب ذكر بأن ما جاء في دعوى المدعي صحيح، وأن موكله قد استلم البضاعة التي ذكرها وكيل المدعي في دعواه إلا أنه لا يعلم عن أسباب عدم سداد موكله للمبلغ المدعي به، فطلبت منه الدائرة جواباً مكتوباً، ثم أجلت نظر القضية إلى جلسة الثلاثاء ٦/٢/١٤٢٧هـ، حيث حضرها المدعي وكالة ولم يحضر

(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٨هـ (ج ٢/٣٤٤) الحكم رقم (١٣٧/٥/١٣٧) تاريخ ١٤/٢٧هـ والمؤيد من محكمة الاستئناف برقم (٩١/ت/٣) لعام ١٤٢٨هـ.

المدعي عليه أو من يمثله، وبعد أن طلب الحاضر الحكم لموكله فبايًّا بمبلغ المطالبة طلبت الدائرة أصول المستندات التي يستند إليها في مطالبته وأمهلتته لإحضارها، ثم حضر المدعي وكالة والمدعي عليه أوصاله، وذكر الأخير في جوابه على الدعوى بأنه استلم البضاعة محل الدعوى على سبيل التصريف، وقد صرف جزءًا منها عن طريقه مباشرة أحيانًا وعن طريق مندوب المدعي أحيانًا أخرى، الذي كان يسلمه قيمة ما يتم تصريفه من البضاعة، وقد تبقى لديه جزء من البضاعة تتراوح قيمتها ما بين ثلاثة إلى ستة آلاف ريال على وجه التقريب، وأنه يطلب من المدعي استرجاع البضاعة المتبقية وخصمها من كامل المبلغ ليتم سداد الباقي من قبله، فعقب وكيل المدعي بأنه لا علم لديه بما يقوله المدعي عليه غير أنه استلم البضاعة، وقام بالمصادقة على المبلغ المطالب به، ولو كان هناك خلاف على أي فائدة لما صادق على المبلغ بعد سنة من تاريخ استلامه البضاعة وتوقيع الفواتير، فذكر المدعي عليه بأن البضاعة كانت على سبيل التصريف، مما يستوجب على المدعي استرجاع المتبقي من البضاعة. فعقب المدعي وكالة بأن الاتفاق كان على التصريف، وذلك بأن يكون البيع بالآجل ولا علاقة لموكله بالمتبقي من البضاعة.

فسألت الدائرة المدعي عليه عن صحة الفواتير، وصحة خطاب فتح الحساب لدى المدعي والمصادقة على الرصيد، فذكر بأنه صحيح، غير أنه يتمسك بما ذكره آنفًا، بأنه تم الاتفاق مع المندوب على استرجاع البضائع المتبقية، فذكر المدعي وكالة بأن المندوب ليس مسؤولاً بذلك، وإنما ينحصر عمله في القيام بتسليم البضاعة للمدعي عليه، وطلب المدعي عليه تحليف المندوب على استرجاع المتبقي من البضاعة، فعقب المدعي وكالة بأن طلب فتح الحساب ينص على استرجاع البضاعة

المعينة خلال شهرين من تاريخ شرائها وهو ما لم يتم المدعي عليه به. فاكتمل المدعي عليه بما ذكره، وطلب المدعي وكالة المحكم له بمبلغ المطالبة.

ثم سألت الدائرة المدعي عليه عن بينته على تخويل المدعي للمندوب المذكور بالاتفاق معه على استرجاع البضائع المتبقية، فذكر بأنه ليس لديه بينة على ذلك وأنه يطلب تحليفه على ذلك، حيث إنه طلب من المندوب استلام البضاعة نظراً لعدم تصريحها.

الأسباب:

وحيث إن المدعي يطلب إلزام المدعي عليه بمبلغ (١٦٥٥٩) ستة عشر ألفاً وخمسمائة وتسعة وخمسين ريالاً، تأسيساً على مصادقة المدعي عليه على مبلغ المطالبة، والمدعي عليه يقر بالمصادقة واستلامه البضاعة؛ إلا أنه يدفع بأن استلامه لها كان على سبيل التصريف واسترجاع المدعي البضائع المتبقية لدى المدعي عليه بناء على اتفاقية مع مندوب المدعي، وأنه ملتزم بسداد المبلغ بعد خصم قيمة البضائع التي يطلب استرجاعها.

وحيث إن المدعي عليه قد أقر باستحقاق المدعي ما زاد عن قيمة البضاعة المتبقية لديه إلا أنه علق السداد باسترداد البضاعة، وخصم قيمتها من إجمالي المبلغ بناء على اتفاقية مع مندوب المدعي على أن البيع يكون على أساس التصريف، وذلك باسترجاع المتبقي من البضاعة، ولما كان وكيل المدعي لا ينكر بأن البيع كان على سبيل التصريف ولكنه ليس على سبيل التزام موكله باسترجاع البضائع المتبقية لدى المدعي عليه وإنما المقصود منه أن يكون السداد بالأجل، وحيث إن المدعي عليه صادق على كشف الحساب المؤرخ في (٢٩/١/٢٠٠٥م) المثبت به مبلغ

المطالبة، ولم يتطرق إلى البضاعة التي يطلب استرجاعها حين توقيعه على كشف الحساب مما يؤيد ما ذكره وكيل المدهي بأن البيع كان على سبيل المداة بالأجل، إضافة إلى إقرار المدهي عليه بخطابه للمدهي بطلب فتح الحساب، حيث ورد في نص الخطاب (نتعهد لكم بالتسديد على دفعتين كمنة لا تزيد عن شهر من تاريخ الفاتورة، وفي حال توقفنا عن التعامل معكم نلتزم بتسديد باقي حسابكم خلال مدة أقصاها شهر واحد من تاريخ آخر فاتورة، كما أننا نتعهد بعدم استرجاع أي بضاعة مشتراة منكم إلا إذا وجد عيب فني واضح فيها خلال مدة لا تزيد عن الشهرين من تاريخ شرائها)، مما يلزم المدهي عليه بعدم استرجاع البضاعة المشتراة من قبله طالما كان سبب عدم بيعها هو ما ذكره من عدم تصريفها في السوق، وأما بخصوص طلب المدهي عليه يمين مندوب المدهي الذي ذكر أنه اتفق معه على التعهد باسترجاع البضائع المتبقية، فإضافة إلى أن المدهي عليه تعهد بعدم استرجاع البضاعة كما في طلب فتح الحساب، فإن وكيل المدهي ينكر تخويل موكلته للمندوب بإبرام الاتفاق، إضافة إلى أن المدهي عليه لم يقدم ما يثبت ذلك؛ مما يكون معه طلب تحليف المندوب لا أثر له في النزاع حتى في حال تكوله عن أداء اليمين، لأن الاتفاق في حال اقتراحه يكون صادراً عن ليس له الحق في إبرامه، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة لما سبق من أسباب إلى الحكم على المدهي عليه بمطالبة المدهي وبه تقضي.

لذلك حكمت الدائرة: بإلزام المدهي عليه (.....) بدفع مبلغ (١٦٥٥٩) ستة عشر ألفاً وخمسمائة وتسعة وخمسين ريالاً للمدهي (.....) لما هو موضح في الأسباب، وبإزالة التوقيعات.

◆ النوع الثاني: المراجعة التحليلية

أولاً: الأصل في البيع والشراء التملك التام، واشتراط التصريف -أي أنه متى ما أمكن المشتري بيع السلعة ثم البيع، وإلا قام برد ما اشتراه أو بعبء- بعد شرطاً يخالف مقتضى ذلك، وقد جاءت السابقة القضائية كما ورد في أسبابها، ومنطوق حكمها مقروء لذلك، ومن خلال هذا الإراد يظهر تطابق الحكم القضائي مع العنوان واندرجاه تحته.

ثانياً: اشتهر في العصر الحاضر مسألة البيع على شرط التصريف، ومن صورها أن يأتي المنتج أو المورد للسلع، إلى محلات العرض، ومحلات البيع الاستهلاكية، أو الصيدليات، ونحوها، ويضع عنده البضاعة يبيعها عليه بسعر متفق عليه، وما يأخذه المشتري من بضاعة وقت صلاحيتها فهو عليه، وما لم يبيع فهو على البائع، إلا أن بعض البضائع لها صلاحية لمدة طويلة فلا ينري المنتج، أو المورد ما هي الكمية المباعة منها، والمشتري كذلك لا ينري مقدار ما اشتراه منها، فهل مثل هذا البيع صحيح؟^(١)

وهذه الصورة هي غالب تعاملات الناس اليوم في بيع التصريف ونحوها في المنتجات الاستهلاكية والتي يحتاجها الناس بشكل يومي.

وتكيف هذه الصورة في أصلها على ما ذكره الفقهاء في باب الشروط في البيع، وما نصروا عليه في مسألة من باع بشرط ألا يبيع، أو متى نفق المبيع وإلا رده، ويحسن هنا إيراد هذه المسألة والأقوال فيها؛ لكونها الغالب لما جاء في البيع بشرط التصريف^(٢).

(١) انظر: عقد التصريف، السلمي: ٢٦، والمعاملات المالية المعاصرة للنيان (٣٩٥/٥).

(٢) ينظر: عقد التصريف للسلمي: ٣٩، العقد على التصريف للنوسري: ٣٥٦، المعاملات المالية للنيان (٣٩٥/٥).

وحاصل ذلك فيما يلي:

١ - تحرير محل النزاع:

١ - اتفق الفقهاء رحمهم الله على أن كل شرط مخالف مقتضى العقد يعد شرطاً باطلاً، كمن شرط ألا يبيع السلعة، أو متى نفق المبيع ولا رده؛ فإنه يبطل الشرط^(١).

٢ - واختلفوا في صحة البيع على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن البيع صحيح والشرط باطل، وهو المنعبد الحنبلي^(٢).

واستدلوا بالآتي:

القول الأول: بقول النبي ﷺ في الحديث الصحيح، حديث بريدة رضي الله عنه حيث شرط أهلها الولاء، فقال: «اشتري لهم... ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»^(٣).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نص على بطلان الشرط ولم يبطل العقد^(٤).

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/٥)، البحر الرائق (١٩٢/٦)، بداية المجتهد لابن رشد (١١٠٣/٣)، مواهب الجليل (٣٧٣/٤)، المجموع (٣٧٦/٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (٣٣٢/١١)، الفروع لابن مفلح (١٩١/٦)، ونقل ابن عبد البر الإجماع على ذلك في الاستذكار (٤٨٥/٦).

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٣٣٦/١١ - ٣٣٦)، الفروع (١٩٢/٦)، الإصناف (٣٣٣/١١).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه واللفظ له باب إذا اشترط فروقاً في البيع لا تحل برقم ٢١٦٨ (٩٥/٣)، وأخرجه مسلم في صحيحه كتاب العتق باب إذا أعتق فأعتق برقم ٣٨٥٠ (٢١٣/٤).

(٤) انظر: الشرح الكبير (٣٣٦/١١)، المجموع (٣٧٦/٩).

الذليل الثاني: قياس سائر الشروط على النص المذكور في حديث
بريرة؛ لأنها في معناها^(١).

- نوقش الذليل الأول بأنه يجاب عنه بأن الشرط لم يكن في أثناء
العقد بل سابق عليه^(٢).

كما أن معنى (اشترطي لهم) أي: عليهم، أو أحلهم بمعنى
الولاء، فلا اشتراط في اللغة: الإعلام^(٣).

وأجيب عنه بأن هذا التأويل لا يصح من وجهين^(٤).

١ - أن الولاء حاصل لها بإعتاقها فلا حاجة إلى اشتراطه.

٢ - أن الأمر بصيغة التسمية بين الاشتراط وتركه، كقوله تعالى:
﴿اسْتَقْرِكُمْ أَوْ لَا تَسْتَقْرِكُمْ﴾ [النور: ١٨٠] والتقدير: واشترطي لهم
الولاء، أو لا تشرطي.

وأجيب من قال بأن بيع التصريف جائز، بقوله: (إن حديث عائشة
يفيد بأن الشرط الفاسد لا يفسد العقد، وهذا لا إشكال فيه إذا لم
يكن الشرط يخالف مقصود العقد وموجبه، أو يعود على أصل العقد
بالإبطال، لكن من أين لكم أن شرط التصريف في العقد شرط
فاسد؟... كما أنه لا وجه للقول بطلان الشرط على الإطلاق)^(٥).

القول الثاني: أن البيع فاسد، والشرط فاسد، وهو مذهب الجمهور

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١١/٢٢٢).

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب (٩/٢٧٦ - ٢٧٧).

(٣) انظر: المبسوط للشيخ (٥/١٦) والمجموع (٩/٢٧٦ - ٢٧٧).

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١١/٢٢٢).

(٥) هذا التصريف، للسلي: ٧٣-٧٤.

الأحاديث الصحيحة تعارضه^(١).

الفيل الثاني: ما ورد من جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: "نهى رسول الله ﷺ عن المعاقل والمزائنة والشيا إلا أن تعلم"^(٢).

الفيل الثالث: أن من شروط البيع التراخي، وفي تصحيح البيع بدون الشروط زوال ملك أحدهما بدون رضاء، وكذلك المشتري^(٣).

الفيل الرابع: أن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه من الثمن، وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً، ويعود ذلك على العقد بالبطلان^(٤).

الفيل الخامس: أن الشرط فاسد فيفسد البيع، كما لو اشترط فيه عقد آخر^(٥).

ونوقشت هذه التعليقات بما يلي^(٦):

الوجه الأول: بأن الجزء المشروط في العقد، ليست زيادة أو نقص لا يقابلها عوض محل نظره، فإن المشتري ما بذل ماله للبائع، ودخل في هذا العقد إلا بوجود هذا الشرط الذي هو من ضمن المعقود عليه، فهو جزء منه.

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (١٣٦/٢٩).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النزع، باب النهي عن المعاقل والمزائنة وعن المتكافئة وبين المتكافئة قبل بثو صلاحها وعن بيع المتكافئة وهو بيع الشئ، برقم (١٧/٥)، وأخرجه الترمذي في صحيحه، والنظر له، في باب ما جاء في النهي عن المعاقل والمزائنة، وقال حديث حسن غريب (٥٧٦/٢).

(٣) انظر: المبسوط (١٧/٥)، والشرح الكبير (١١١/١١).

(٤) انظر: بداية المجتهد (١١٠٧/٣)، الشرح الكبير (١١١/١١).

(٥) انظر: المجموع (٢٧٧/٥)، الشرح الكبير (١١١/١١).

(٦) ينظر: عقد المصروف للمسلمي (٦٥-٧٠).

الوجه الثاني: بأن الجهالة التي لا تقول إلى العلم، أو التي لا تعلم، تعد سببا من أسباب بطلان العقد، لكن الأمر مختلف في مسألة اشتراط المشتري أنه متى نفق المبيع والا رده، إذ أنها ليست جهالة فاحشة، بل يسيرة مغفورة، وهي آيلة إلى العلم وذلك ممكن في بعض الأحيان الاستهلاكية التي يحدد لها زمن معروف كعشرة أيام مثلا وهالبا تعد يسيرة ويمكن معرفتها، وقد أجاز بعض العلماء اليسير المغفور أو ما يكون معبره إلى العلم^(١).

القول الثالث: أن البيع صحيح، والشرط صحيح، وهو قول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب^(٢)، وأمير المؤمنين علي بن أبي طالب^(٣)، وعبدالله بن مسعود^(٤)، وشريح^(٥)، والشعبي^(٦)، وقاهر قول ابن تيمية^(٧)، وابن القيم^(٨).

واستقلوا بما يلي:

الفيل الأول:

- أ - قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَوْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٧٠].
- ب - وقوله تعالى: ﴿وَلَوْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٧٠] إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَقْضُوا الْإِيمَانَ بِيَدٍ تَكِيدُهَا وَقَدْ جَاءَهُ اللَّهُ عَلَيْكُمْ كَيْلًا [النحل: ١٧١].
- ج - قوله ﷺ: آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أومن خان^(٩).

(١) ينظر: مسبوغ الفتاوى (٥٢/٢٩).

(٢) ينظر: المصنف، لابن أبي شيبة (٤٥٠/٤). (٣) ينظر: المرجع السابق (٤٥٠/٤).

(٤) ينظر: المرجع السابق (٤٥٠/٤). (٥) ينظر: المرجع السابق (٤٥٠/٤).

(٦) ينظر: مسبوغ الفتاوى، (١٢٢، ١٢٣، ١٢٤، ١٢٥، ١٢٦).

(٧) ينظر: اعلام الموقعين، لابن القيم (٢٥٩/١).

(٨) أخرجه البغوي في مصبحة، كتاب الإيمان، باب علامات المنافق برقم ٣٣ (١٥/١).

وجه الدلالة من الآيات والأحاديث:

أن الآيات والحديث تدل على وجوب الوفاء بالعهد وتحريم الغش، ونقض العقود والمواثيق، ومن ذلك الشروط في العقد؛ إذ أنها من جنس الأمر بالوفاء، وحفظ العهد مما يدل على صحتها وأن الأصل فيها الإباحة.

ال دليل الثاني: حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج" ^(١).

وجه الدلالة: أن الشروط التي لا تخالف نصاً شرعياً أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالعمل بها، ومراعاتها، واستحقاق الوفاء بها، وأن شروط النكاح أحق بالوفاء، لما في باب النكاح من حيلة وحرمة أخص من سائر العقود.

ال دليل الثالث: عموم قوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم" ^(٢).

وجه الدلالة: أن شرط التفوق أو التصريف داخل في عموم الحديث، ويجب الوفاء به؛ لأن المسلمين على شروطهم.

ال دليل الرابع: أنه لم يرد في الشرع ما يدل على تحريم العقود والشروط إلا ما ثبت حله بعينه، وإنتفاء دليل التحريم؛ فليل على عدم التحريم ^(٣).

ال دليل الخامس: الحاجة داعية لمثل هذه الشروط، والناس في تعاملاتهم مضطرون لها، والشارع يبيح ما تذهب إليه الحاجة، وإن اختلف

— وأخرج مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان ضمان المتأق برقم ٢٢٠ (١/٥٦).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقد النكاح برقم ٢٧٢١ (٣/٢٤٩)، وأخرج مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح برقم ٢٥٢٧ (٤/١٤٠).

(٢) سبق تخريجه الفروع المصنفة ١٥٠.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/١٥٠).

به نوع من الغرر اليسير، كما أباح بيع الثمار قبل بدو صلاحها مبقاة إلى الجلاء، وكما أباح أن يشترط المشتري ثمرة الشغل المؤبر، ونحو ذلك^(١).

ج - الراجح من أقوال أهل العلم:

الذي يرجح - والله أعلم - ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث من صحة الشرط وصحة العقد، لقوة الدليل وصحته، وسلامته من المعارضة، ولما أجابوا به عن حديث "نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط" أنه لا أصل له^(٢).

ومسألة البيع على التصريف تخرج على هذه المسألة، والحديث عنها على النحو التالي:

١ - صورتها^(٣):

(١) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/٢٢٧)، ولعل سبب الخلاف في المسألة: يرجع إلى كثرة ما تنهت الشروط من صفي الفساد الذي يخل بصحة العقد، وهما الزرع والغرر، أو ما يفيد نقصاً في الملك واختلاف وجهة نظر كل صاحب في مدى تأثير هذه الأمور في البيع قلة، وكثرة، وما يجهل كما يعود إلى مسألة الفساد الذي يفسد البيع هل هو حكمي أم مقول؟ فإن قلنا: حكمي، ثم يرتفع الفساد باوتفاع الشرط الفاسد الذي تسق بالبيع.

وإن قلنا: مقول؛ ارتفع باوتفاع الشرط بوزنه، فمن رآه مقولاً صحيح العقد، ومن رآه حكمياً أجهل العقد انظر: بداية المصنف (٣/١١٠٥، ١١٠٧).

(٢) انظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/٢٢٧)، وعقد التصريف، السلمي (٧٩)، العقد على التصريف، التومري (٣٦٩).

(٣) وليج التصريف صور أخرى أقل استعمالاً بين الناس من الصورة المذكورة هنا، ومنها: أن يكون صاحب المصل وكلاً للمنتج أو البائع، وذلك بأن يقول المنتج لصاحب المصل خذ هذا به لي بكذا، وما زاد فهو لك، وهذه الصورة جاذبة، وتكون منه بد أمارة لا يضمن بها إلا ما تندي فيه أو فوطاً تكونها من قبيل الوكالة بأجرة ومن قبيل الجعالة.

ومنها: أن يتباها بملعة، حتى أن يكون للمشتري الخيار في ردها أو رد بعضها، وغير ذلك من الصور. وللإستزادة ينظر المراجع التالية: عقد التصريف، السلمي: (٢٢-٢٣)، والعقد على التصريف، للتومري: (٣٥٦-٣٥٨)، المعاملات المالية المعاصرة، النيان (٥/٣٥٩).

أن يقوم المنتج بتوفير سلعة معلومة، ويقول للبائع ما يخته منها فهو على سعره، وما لم يتصرف أو يباع فزده إلى بقسطه من الثمن^(١).

١ - الأقوال والأهلة:

وهذه الصورة وقع الخلاف في جوازها تخريجاً على الأقوال الواردة في مسألة البيع بشرط التفوق المذكورة أعلاه وحاصلها:

القول الأول:

أن العقد صحيح والشرط باطل، وعلة ذلك لكونه شرط يخالف مقتضى العقد، إذ أن مقتضى العقد أن المبيع للمشتري سواء تفق المبيع أو لا. وهذا القول يتفق مع مذهب الحنابلة. وبه قال الشيخ ابن عثيمين رحمه الله تعالى حيث قال: "البيع بالتصريف عقد محرم لحصول الجهالة والضرر، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الضرر"^(٢)، وبهذا أفتت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية^(٣).

(١) انظر: المرجع السابق.

(٢) انظر: المعاملات المالية المعاصرة، للنسيان (٢٥٩/٥)، نقلاً عن ثمرات الثنوين من مسائل ابن حنبل، تولى طباعة الشيخ أحمد القاضي، وهي منشورة في موقع (المجلة والبيان) على الانترنت.

(٣) انظر الفتوى رقم (١٩٦٣٧) ١٩٨/١٢ برئاسة سعادة الشيخ عبد العزيز بن باز رحمه الله، ونصها قالت اللجنة: "إذا شرط المشتري أن لا يفسد عليه، أو حتى تفق المبيع وإلا فده عليه، أو شرط البائع ذلك فقال: اشتر هذه البضاعة مني، وإلا ففسدت فانا أبيع مقابل الفسادة، فإن الشرط باطل وحده، ويصح البيع، لقول الرسول ﷺ لكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، ومتفق عليه. ولأن مقتضى العقد انتقال المبيع للبائع بعد دفع الثمن، والتصريف المطلق فيه، وأن لا يفسد عليه بمساوئه وحده، ولنفس الضرر المتوقع إذا تهاون المشتري في توزيع السلعة فباعها بفسادة ورجع على البائع، ولأن قوله البائع: إن فسد البضاعة فانا أبيع بفسادة فيه تغليب من ناحية إهمام المشتري بأن السلعة رابحة، وأنها تساوي هذا المبلغ".

القول الثاني:

أن العقد والشرط باطلان. وهذا قول الجمهور^(١).

القول الثالث:

أن العقد والشرط صحيحان، وهذا ما اختاره ابن تيمية وتلميذه ابن القيم^(٢).

وأدلة هذه الأقوال هي عينها أدلة مسألة الشرط المخالف لمقتضى العقد التي سبق ذكرها^(٣).

ب - الراجع في مسألة البيع بشرط التصريف:

الذي يظهر والله أعلم بأن الشرط صحيح، والعقد صحيح، شريطة أن يقيد بزمان معلوم لكي لا يقول الشرط إلى مدة مجهولة أو ما يكون فيه غرر وخسر، قال في مطالب أولى النهى: "ويشبه صحة هذا الاشتراط في بيع العربون وإجازته إن قيد المتعاقدان ذلك بزمان معين - كإلى شهر من الآن - وفات ذلك الزمان، وإلا يقيداء بزمان، فلا يصح اشتراطه من أصله؛ لأن البائع أو المورج لا ينوي إلى متى ينتظر، فالإطلاق لا يناسب؛ لما يلزم عليه من طول الأمد بلا نهاية، فيترتب عليه من الغرر ما فيه كفاية"^(٤).

وهذا الراجع ظاهر من خلال عرض أدلة القول الثالث، وسلامتها من المناقشة، ولما في الحاجة الماسة إليه من الناس ما ينتفع بها يسير الغرر، لا سيما وأن شرط التصريف يعود على المتعاقدين بالنفع، فالبائع

(١) انظر المصنف ٢٥١ من هذا البحث.

(٢) انظر المصنف ٢٥٢ من هذا البحث.

(٣) مطالب أولى النهى، لابن تيمية: (٧٨/٣).

منتفع بتسويق وترويج سلعته، والمشتري يتتبع بنفع ما يخشى من عدم تصريفها وترويجها^(١).

ثالثاً: وجه كونها سابقة قضائية:

يظهر جلياً من خلال استعراض الحكم القضائي، محل الدراسة، مدى تطابق وصف السابقة على مضمونها، إذ أنها صدرت من المحكمة الابتدائية وجاءت مستوفية لأركان وشروط الحكم القضائي، وقد تكررت وقائع معاملة لها، وبالتالي فإنها أصبحت صالحة لأن تكون مثلاً يحتذى بها لما يلحق من أحكام.

رابعاً: الصياغة المقترحة للسابقة:

(شروط البيع على التصريف يصبح متى قيد بزمان معلوم، ولم يتعلق به غور أو غرور فاحش).



(١) ينظر: عقد التصريف، السلمي: (٧٩-٨١)، والمقد على التصريف، النوسري (٥٦٩).

الطلب الثالث

فساد الشروط المخالفة لمقتضى العقد وأثر ذلك

♦ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[يتلخص وقائع هذه الدعوى في أن وكيل المذعية (...) تقدم بلائحة دعوى ذكر فيها أن شركة (...) - التي آلت حقوقها والتزاماتها إلى شركة (...) (المذعية) تعاقدت مع شركة (...) - التي تحولت فيما بعد إلى شركة (...) (المدعى عليها) - وذلك على أن تقوم المذعية ببيع سبعين ألف طن من مادة الكيوسين للمدعى عليها سنوياً وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين في ١٦/٣/١٤٠٧ هـ الموافق ١٨/١١/١٩٨٦ م، وقد تضمن العقد في المادة السادسة منه أن سعر الكيوسين هو السعر المحلي وأن يتم حساب الكيوسين المستخدم في المنتجات المصنعة المصدرة بالسعر العالمي، إلا أن المدعى عليها تبين أنها ومنذ عام ١٩٩٢ م إلى ٣١ يناير ٢٠٠٧ م كانت تقوم بتصدير المنتجات بعد شرائها بالسعر المحلي، مما ترتب عليه فرق سعر قدره ثمانمائة وسبعة عشر مليوناً وتسعمائة وثلاثون ألفاً ومائتان وواحد وثمانون ريالاً والثنان وسبعون هللة (٧٢/٢٨١،٩٣٠،٨١٧) ريال سعودي، وانتهى إلى طلب إلزام المدعى

(١) انظر: الحكم رقم (١٧٣) هـج/لعام ١٤٣١ هـ الصادر من النافذة التجارية الثالثة عشرة في التقية رقم ٦/١٩٤٩ ق/لعام ١٤٣٠ هـ، والمزيد من مسكحة الاستئناف من الدائرة [السابعة] بحكمها رقم (٢٩٨) وتاريخ ٤/٣/١٤٣٦ هـ، وأصبح نهائياً رجب التظلم.

عليها بنفع هذا المبلغ وإلزامها كذلك بتقديم بيانات تفصيلية بشأن الكميات المصدرة من منتجاتها إضافة إلى أتعاب المحاماة ومصاريف الدعوى، وفقاً للتفصيل المبين في لائحة الدعوى ومرافقاتها.

وربما جلسة ١٤٣٠/٩/٤ هـ قدم وكيل المدعى عليها مذكرة مكونة من خمس ورقات أرفق بها مجموعة صور مستندات تضمنت المذكرة ما يلي:

"... لقد جرى إبرام العقد بين شركة (....) ومصفاة (....) -أحد مشاريع المؤسسة العامة للبترول والمعادن (....)- بتاريخ ١٦/٣/١٤٠٧ هـ، قبل البدء ببناء مصنع المدعى عليها والذي تضمنت بموجبه الحصول على كميات محددة من الكيوسين، ثم تأسست في عام ١٩٨٩م شركة (.....) وعهد لها بإدارة وتشغيل كافة المصافي بما فيها مصفاة يتبع في عملية لتنظيم الصناعة النفطية في المملكة، وبعد اكتمال بناء مصنع المدعى عليها في منتصف عام ١٩٩٠م طلبت المدعى عليها الحصول على أول شحنة من الكيوسين، فقامت شركة (.....) بتزويد المدعى عليها بالكيوسين -وفقاً لإجراءاتها- بالأسعار المحلية، ورفضت تطبيق العقد المشار إليه أهلاء، وقيمت شركة (....) على موقعها من رفض تطبيق العقد واستمر التعامل بين الطرفين لمدة تزيد على السنتين كاثبت المدعى عليها خلالها تحصل على الكيوسين بالسعر المحلي سواء لمنتجاتها المباشرة محلياً أو المصدرة، وبعد ذلك بدأت (.....) في ١٠/٢٨/١٩٩٢م بإصدار فوائرها بالسعر العالمي، وبعثت (....) بخطابها رقم (٩٢/١٢٧١) وتاريخ ٢٣/٠٥/١٩٩٢م تهذه بالتوقف عن بيع المنتجات البترولية، ومصادرة الضمان البنكي إعمالاً لما قرره مجلس إدارة (.....) بتاريخ ١/٧/١٤١١ هـ في اجتماعه الأول لعام ١٩٩١م والذي أصدر قراره التالي ".... القواعد الرابع للاجتماع الأول لعام ٩١: أ/ اعتماد مبدأ تطبيق السعر العالمي الذي يحقق أكبر عائد للشركة

للمنتجات البترولية المستخلصة من قبل شركة (.....) والشركات التي سيتم التعامل معها مستقبلاً. ب/يوافق المجلس كحالة استثنائية ولمدة عام واحد فقط من تاريخ بدء التعامل معهم على تطبيق السعر التحويلي ووافق كحالة استثنائية ولمدة عام واحد فقط من تاريخ بدء التعامل مع الشركة المدعى عليها تطبيق السعر التحويلي لمنتج الكيروسين، ومنتج الريفوميث المستخلصة من قبل شركة (.....) المحدودة. * ثم تقدمت المدعى عليها لدى المقام السامي بالخطاب المؤرخ في ١٤١٣/٠٥/٠٤ هـ تطلب أمر وزير البترول والثروة المعدنية باستمرار تزويد المدعى عليها بالمنتجات البترولية بالأسعار المحلية، كما كان عليه الحال في السنتين السابقتين وبناء عليه صدر الأمر الملكي رقم (٧٠١٧/ب/٣) وتاريخ ١٤١٣/٠٥/١٦ هـ والقاضي بمنح (.....) الحق في الحصول على المنتجات البترولية بالأسعار المحلية، كما كان عليه الحال في السنتين السابقتين لصندوق الأمر الملكي، ثم استقر الحال لمدة حوالي عشرين عامًا طبق الأمر الملكي الكريم رقم (٧٠١٧) المنزوه عنه أعلاه، تطبيقاً عادلاً دونما نزاع إلى أن توقفت شركة (.....) في ١٤٢٨/٠١/١١ هـ عن تزويد شركة (.....) بمادة الكيروسين، وبذلك يثبت أن شركة (.....) ثم شركة (.....) المدعية طبقت الأمر السامي الكريم (٧٠١٧/ب/٣) وتاريخ ١٤١٣/٠٥/١٣ هـ والقاضي بمنح المدعى عليها الحق في الحصول على المنتجات البترولية بالأسعار المحلية، كما كان عليه الحال في السنتين السابقتين لصندوق الأمر الملكي... * وانتهى في مذكرته إلى طلب رد دعوى المدعية.....

“الأسباب”

وحيث إن المدعية تهدف من دعواها إلى طلب الحكم بإلزام المدعى عليها بدفع مبلغ وقلوه ثمانمائة وسبعة عشر مليوناً وتسعمائة

وثلاثون ألفاً ومائتان وواحد وثمانون ريالاً واثنان وسبعون هللة (٧٢/ ٢٨١، ٩٣٠، ٨١٧) ريال سعودي، إضافة إلى أتعاب المحاماة ومصاريف الدعوى. وحيث إن المدعية أسست دعواها على الشرط الوارد في العقد المبرم في ١٦ ربيع الأول ١٤٠٧هـ بين سلف المدعية (.....) وسلف المدعى عليها (.....) في المادة السادسة منه: ٦* - السعر: أ/ سعر الكيوسين المورد طبقاً لهذا العقد تسليم سيارات المشتري بمحطة الشاحنات بالمصفاة هو السعر المحلي الذي تحدده بترومين من وقت لآخر لهذا المنتج لهذه الأغراض والاستخدامات. ب/ في حالة قيام المشتري بتصدير بعض منتجاته فإن الكيوسين المستخدم في صناعة هذه المنتجات المصنوعة يتم حسابه بالسعر العالمي الذي تحدده بترومين، ويلتزم المشتري في هذه الحالة بتقديم البيانات والمستندات التي توضح الكميات المصنوعة ونسبة المواد الخام المستخدمة فيها حيث يتم تسعير هذه الكميات بالأسعار العالمية ويلتزم المشتري بسداد قيمتها على هذا الأساس. * وحيث إن المادة تضمنت اشتراط البائع على المشتري ما ينافي مقتضى العقد إذ إنه يشترط على المشتري ألا يستفيد من الكيوسين الذي يشتريه بالسعر المحلي في صناعة المنتجات المصنوعة، وحيث إنه من المتقرر فقهاً وقضاه بأن مقتضى عقد البيع التصرف المطلقاً فللمشتري أن يبيع السلعة على من شاء أو أن يستعملها أو أن يتصرف فيها بأي تصرف مباح، ولا يصبح اشتراط ما ينافي ذلك، قال العلامة البهوتي **كلامه**: "النوع الثاني من الشروط الفاسدة: شرط في العقد ينافي مقتضاه نحو أن يشترط ألا يخساره عليه، أو شرط أنه متى نفق المبيع وإلا رده، أو يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع ولا يهبه..". (كشف الغناع). وبناء عليه فإنه لا يصبح العمل بما رده في المادة المذكورة من إلزام المدعى عليها بالألا تستفيد من الكيوسين الذي تشتريه

بالسعر المحلي في صناعة المنتجات المصنوعة ولا يثبت للمدعية فرق السعر الذي ادعت به، لاسيما وأن التسعيرات المذكورة لم يصدر بها نظام أو أمر من ولي الأمر حال التعاقد بين الطرفين لتكون ملزمة لكليهما، كذلك فإن من الثابت صدور التوجيه الملكي الكريم المنشور في جريدة أم القرى العدد رقم (٣٠١٠) وتاريخ ١٢/٧/١٤٠٤هـ باللائحة التفصيلية لأسعار مشتقات البترول لكافة المستخدمين وخاصة للعاملين في القطاعات الزراعية والصناعية والنقل الثقيل للحصول على تلك المنتجات بالأسعار الواردة في اللائحة وسريان تلك الأسعار في نطاق التوزيع المحلي ولم يقيد التوجيه الملكي أو يحدد تلك الأسعار من حيث مجال استخدامها، إضافة إلى أنه من الثابت كذلك قيام شركة (.....) المدعية بالتصاطي مع المدعى عليها وتزويدها بالكيروسين وفقاً لإجراءاتها بالأسعار المحلية منذ بداية العلاقة بين الطرفين وإصدار سلف المدعية لفواتيرها عن كميات الكيروسين المستخدمة من المدعى عليها بالأسعار المحلية المعلنة لفترة زمنية طويلة ويؤكد ذلك اختلاف الشروط الواردة بالفواتير الصادرة من قبل المدعية لأحكام العقد المبرم بين المدعى عليها و(.....) المدعية واستمرار التعامل بين الطرفين وفقاً لذلك التوجع إلى تاريخ ٢٨/١٠/١٩٩٢م. كذلك من الثابت طلب شركة (.....) المدعية من وزير البترول والثروة المعدنية بالخطاب رقم (د س/ ٢٢٤/ ٢) وتاريخ ٢٩/٨/١٤١٢هـ الموافقة على استثناء العلاقة مع شركة (.....) المدعى عليها لفترة زمنية من تطبيق سياسة (.....) الجديدة آنذاك وتنفيذ بنود الاتفاقيات الموقعة بين (.....) والمدعى عليها لمادة الكيروسين ورفض وزير البترول والثروة المعدنية لذلك وفقاً لما جاء في خطابه (.....) المدعية بتاريخ ١٨/١٠/١٤١٢هـ مما يدل بما لا يدع مجالاً للشك إقرار المدعية انقضاء تطبيق العمل بالاتفاقية أصلاً بين شركة

(.....) المدعية والمدعى عليها منذ بداية التعامل بين الطرفين. ومن الثابت أيضًا إصرار (.....) المدعية بخطاباته فرفض بيع الكيروسين للمدعى عليها بالأسعار العالمية والتهديد بقطع الإمدادات ومصادرة الغثمان البنكي وصدر أمر المقام السامي رقم (٧٠١٧/ب/٣) وتاريخ ١٦/٥/١٤١٣هـ، إلى وزير البترول والثروة المعدنية لإسهال الشركة واستمرار تزويدها بالمنتجات البترولية جميعها وليس مادة الكيروسين موضوع العقد - بالأسعار المحلية كما كان عليه الحال في السنتين الماضيتين لتاريخ صدور الأمر الملكي وقد أثبت واقع الحال الذي استصعبه الأمر السامي المشار إليه أن المدعى عليها كانت تشتري مادة الكيروسين بالسعر المحلي كما كانت تصدر منتجاتها منه خارج المملكة، فجاء هذا الأمر السامي ليؤسس للقاعدة المنظمة والحاكمة للعلاقة بين الطرفين وذلك للمدة التالية على تاريخ صدوره بما استصعب واستقر عليه الحال بينهما في السنتين السابقتين على صدوره وبما أكدته المدعية في خطابها للمدعى عليها رقم (٥ - ٧٩ - ٩٥) بتاريخ ١٢ رمضان ١٤١٥هـ من أمثالها لمقامين ذلك الأمر الملكي وأكثته قبلها (.....) المدعية بخطابها للمدعى عليها برقم (د س/٣١٢/٩٣) بتاريخ ٢٩ شعبان ١٤١٣هـ، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى رفض دهوى المدعية وبه تقضي.

"لذلك وبعد المداولة"

حكمت الدائرة: برفض دهوى المدعية وإعلانه قرر وكيل المدعية عدم قناعته وقرر وكيل المدعى عليها القناعة به وبإلح التوفيق وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

◆ الفرع الثاني: المراجعة التحليلية:

أولاً: الأصل في أن كل شرط يخالف مقتضى العقد يعد شرطاً باطلاً، كما مر معنا في المطلب السابق، ومن الشروط التي تخالف مقتضى العقد اشتراط ألا يبيع المشتري السلعة، أو إذا قام بإعادة بيعها للتاجر الفلاني فإن سعر البيع يكون أكثر من المتعاقد عليه حالياً، وهذا فيه منع من التصرف والتملك التام الذي يقتضيه البيع، وبالنظر لما جاء في السابقة القضائية، وأسبابها نجهها جاءت مقررته لذلك ومؤكدته عليه، الأمر الذي يظهر معه جلياً تطابق الحكم القضائي وما جاء فيه مع العنوان، واندراجها تحته.

ثانياً: نصت السابقة القضائية على أن العقد تضمن اشتراط البائع على المشتري ما يناقضي مقتضى العقد، وهذا الشرط هو (ألا يستفيد المشتري من الكروسين الذي يشتريه بالسعر المحلي في صناعة المنتجات المصنوعة) ثم قرر الحكم القضائي بأن هذا الشرط باطل، ومر معنا في المطلب السابق ليراد أقوال الفقهاء في حكم الشروط المخالفة لمقتضى العقد وأجلة المسألة، والراجع في الأقوال وهي ذات المسألة المتعلقة بهذه السابقة، واكتفى بالإحالة إليها معنا من التكرار^(١).

(١) راجع هذه المسألة في المطلب السابق المضمرة رقم ٢٥٧.

وقد نقل ابن تيمية رحمه الله الإجماع على أن مثل هذه الشروط باطلة فقال بعد إرواه لحدوث بررة: (هذا الحديث المستفيض الذي اتفق العلماء على تلقيه بالقبول، اتفقوا على أنه عام في الشروط في جميع العقود ليس تلك مضمومة عند أحد منهم بالشروط في البيع، بل من اشترط في الوقف أو العتق أو الهبة، أو النكاح، — وغير ذلك شروطاً تخالف ما كتب الله على عباده، بحيث تنقض تلك الشروط الأمر بما نهى الله، أو تنهي عما أمر الله به، أو تحلل ما حرمه، أو تحرم ما حلله، فهذه الشروط باطلة بائنا للمسلمين في جميع العقود) — انظر التلوي (٢٤٨/٤).

ثالثاً: وجه كونها سابقة قضائية:

يظهر جلياً من خلال استعراض الحكم القضائي، محل الدراسة، مدى تطابق وصف السابقة على مضمونها، إذ أنها صدرت من المحكمة الابتدائية وجاءت مستوفية لأركان وشروط الحكم القضائي، وقد تكررت وقائع مماثلة لها، وبالتالي فإنها أصبحت صالحة لأن تكون مثلاً يحتذى بها لما يلحق من أحكام.

رابعاً: الصياغة المقترحة للسابقة:

(كل شرط مخالف مقتضى العقد يعد باطلاً).



المبحث الرابع

السوابق القضائية المتعلقة بخيار العيب في البيع

وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: ثبوت خيار العيب وما يترتب عليه.
- المطلب الثاني: سقوط خيار العيب لثبوت الرضا.



الطلب الأول

ثبوت خيار العيب^(١)، وما يترتب عليه

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

«الوقائع»^(٢)

أوضحنا أن وقائع هذه القضية تتلخص حسبما يتبين من مطالعة أوداعها المقدمة، وبالقدر اللازم لإصدار هذا الحكم، في أنه تقدم وكيل المدعي (.....) بعريضة دعوى اختصم فيها المدعى عليها لإلزامها بفسخ عقد البيع المبرم بينهما، والمتعلق ببرنامج فينوس للمحاسبة والمخزون بمبلغ وقدره مائة وثمان وثلاثون ألفاً وخمسمائة ريال، ذكر أن موكله دفع للمدعى عليها من ثمنه مبلغاً وقدره اثنان وتسعون ألفاً وسبعمائة وخمسون ريالاً، وكان الاتفاق على أن يوجّل المتبقي من قيمة البرنامج لحين الانتهاء من تركيبه وتدريب موظفي موكله عليه، إلا أن ذلك لم يتم حيث ظهرت بعض العيوب التي لا يمكن معها تشغيل البرنامج، والتي لم تكن ظاهرة عن التعاقد، بحيث لم يكن موكله يقدم على الشراء لو علم بها لذا يطلب إلزام المدعى عليها بفسخ عقد البيع

(١) خيار العيب: لغة: الرخصة في السعة، واصطلاحاً: خيار رد المبيع بسبب وجود وصف مندرج فيه ينقص القيمة أو الثمن نقصاناً يفوت به غرض صحيح انظر: المطلاع على ألفاظ المنع (٢٨٣)، ومعجم المصطلحات المالية، زيد حماد (٢٠٤).

(٢) انظر: الحكم رقم (١٢٦/٢٢٦/تج/١٣) لعام ١٤٣١هـ، الصادر عن الدائرة التجارية الثالثة عشرة في القضية رقم (١٣٣٠/٢/٢) لعام ١٤٣٠هـ، والمؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٨٤٠ تاريخ ١٩/١١/١٤٣١هـ.

إضافة إلى إلزامها بإعادة المبلغ المدفوع والبالغ قدره اثنان وتسعون ألفاً وسبعمائة وخمسون ريالاً، وقد قيدت أوراق الدعوى قضية بالرقم الواود في مستهل الحكم ثم أحيلت إلى هذه الدائرة، فباشرت نظرها على النحو المثبت بمحاضر القبط حيث حضر أمامها وكيل المدعي كما حضر لحضوره وكيل المدعي عليها (.....)، ويسأل وكيل المدعي عن دعوى موكله أجاب بما لا يخرج في مضمونه على ما ورد بلائحة دعواه، ويسأل وكيل المدعي عليها الجواب أجاب بأن دعوى المدعي غير صحيحة إذ أن البرنامج كان سليماً، ولم يكن فيه أي عيب وعلى المدعي أن يقدم بيته على دعواه فاستعمل وكيل المدعي لذلك.

وبجلسة السبت ١٤٣١/١/٩هـ قدم وكيل المدعي مذكرة غبمتها تقريراً مفصلاً عن عيوب البرنامج ذكر أن منها ضعف قاعدة بيانات البرنامج، وعدم وجود خاصية توزيع التكاليف المضافة على أصناف الفاتورة لقبط التكلفة النهائية للمنتج، إضافة إلى عدم توفر خاصية طلبات الشراء وأوامر الشراء لفوائير المشتريات، كما أنه لا يوجد بالبرنامج "الداتا أوست" خاصية التحويلات المخزنية بين الفروع وعدم توفر الإشعارات المدينة والدائنة للعملاء والموردين والمدينين والدائنين، كما أن البرنامج لا يندم خاصية استحقاق الشيكات الآجلة كما أنه لا توجد طرق بيع فاتورة المبيعات، إضافة إلى انعدام عدد من الخصائص وهي: استخدام الكميات المجانية، استخدام الخصم على مستوى الأصناف، تقسيم العملاء والمتنويين إلى مناطق حسب التوزيع، استخدام أهياء للمبيعات وتحميلها على المشتري، احتساب عمولة المحصلين والمتنويين يدوياً.

ثم قدم وكيل المدعي صورة لسند صرف بمبلغ وقدره ثلاثة آلاف ريال، ذكر أن موكله قام بنسخها لأحد منبري المدعي عليها كراتب رقم

أن الاتفاق كان على أن التدوير من التزامات المدعى عليها، كما قدم صورة خطاب موجه إلى موكله من المدعى عليها يخصم مبلغ ترضية من قيمة البرنامج بعد أن انضمت هيئته بمبلغ قدره تسعة وثلاثون ألفاً ومائتين وخمسون ريالاً كما ذكر وبإطلاع وكيل المدعى عليه على المذكرة والمستندات استعمل للرد.

وبجلسة الثلاثاء ١٤٣١/٣/٣٠ هـ حضر وكيل المدعي وتبين عدم حضور من يمثل المدعي عليها نظامياً وحضر مندوب المدعي عليها (.....) المفوض بخطاب مدير عام الشركة (.....) وقدم مذكرة تضمنتها دفع موكلته بالتعادم صفة المدعي في الدعوى، حيث ذكر أن موكلته تعاقدت مع مؤسسة بانافع ولم تعاقد مع مصنع بانافع، والبرنامج محل الدعوى كان خاصاً بتشغيل المؤسسات لا المصانع، لذلك يطلب رد الدعوى لإقامتها من غير ذي صفة. وبجلسة اليوم قدم وكيل المدعي مذكرة ضمنها القول بأن موكله..... هو من قام بتوقيع العقد مع المدعي عليها ويكفي إثباتاً أن وكيل المدعي عليها ذكر في مذكرته أن من الطبيعي أن يكون لأي مصنع معارض لبيع منتجاته، وموكله قام بشراء برنامج خاص للمعارض من المدعي عليها وأما ما ذكره وكيل المدعي عليها بشأن جنسية المدعي وأنه ليس من حقه إقامة دعوى لأنه ليس ذي صفة فالجواب أن المدعي أصالة هو..... وهو المالك لمصنع بانافع للمود، وله سبعة فروع في المملكة بموجب تراخيص استثماره، ثم قدم وكيل المدعي عليها مذكرة ضمنها قوله بأن موكلته تعاقدت مع مؤسسة بانافع للمود، ولم تعاقد مع المصنع لذا يتمسك برد دعوى المدعي لكونها مرفوعة من غير ذي صفة، كما ذكر ثم عقب وكيل المدعي بأن قيمة البرنامج مائة وأثنى وثلاثين ألفاً وخمسمائة ريال، وقد دفع موكله منها اثنين وتسعين ألفاً وسبعمائة وخمسين ريالاً على أن يكون المبلغ المتبقي

بعد الانتهاء من تركيب البرنامج، ومناقشة إشكالية العيوب مع المذهي عليها قامت بالتنازل عن المبلغ المتبقي مقابل العيوب التي ظهرت في البرنامج حسب ما جاء في خطابها المرسل إلى المذهي والمقدم عبوة منه للدائرة، إلا أن موكله رفض هذا الطلب وطلب الحكم بفسخ البيع ورد المبلغ المسلم للمذهي عليها.

(الأسباب)

وحيث إن وكيل المذهي يهتف من دعواه إلى إلزام المذهي عليها بفسخ عقد البيع المبرم بين الطرفين والمتعلق ببرنامج فينوس للمحاسبة والمخزون؛ لوجود عيوب في المبيع، إضافة إلى إلزامها بإعادة ما قبضته جزءاً من ثمنه، والذي يبلغ قدره اثنان وتسعون ألفاً وسبعمائة وخمسون ريالاً.

وحيث إن وكيل المذهي قدم بيته على أن المبيع معيب بعيب مؤثر وقديم وخفي على موكله لحظة انعقاد العقد، بحيث لا يمكن معه تحقق استفادته من المبيع في نحو القرض الذي من أجله كان البيع، والمتمثلة في الخطاب الصادر من المذهي عليها والموقع والمختوم بختمها وعلى مطبوعاتها والمتضمن تنازل المذهي عليها عن المتبقي من قيمة المبيع محل الدعوى في مقابل قبول المذهي للعيوب التي تبينها المذهي في المبيع بعد عقد البيع.

وبما أن وكيل المذهي لم يقبل بما عرضته المذهي عليها على موكله بشأن تنازلها عن المتبقي من ثمن المبيع أرشاً للعيوب التي وجدت في المبيع، وطلب فسخ عقد البيع وإلزام المذهي عليها برد المبلغ الذي تسلمته كجزء من ثمن المبيع، والبالغ قدره اثنان وتسعون ألفاً وسبعمائة وخمسون ريالاً.

وحيث إن من المقرر فقها وقضاء، أن خيار العيب في البيع متراخ، ولا يسقط بالتأخير، كما أن للمشتري الخيار بين رد المبيع، وبين إمساكه بأرشه أو بدونه، وحيث لم يقبل المدعي إمساكه المبيع بأرشه على النحو سالف الذكر، وطلب فسخ البيع ورد الثمن؛ الأمر الذي يتعين معه الحكم بفسخ البيع وإلزام المدعي عليها بأن تعيد للمدعي ما تسلمته منه ثمنًا للمبيع المعيب بعد الفسخ.

"لذلك"

حكمت الدائرة:

أولاً: فسخ عقد البيع بين الطرفين.

ثانياً: إلزام المدعي عليها (.....) بأن ترفع للمدعي (.....) مبلغ وقرره اثنين وتسعين ألفاً وسبعمائة وخمسين ريالاً ويأجلاته قرر وكيل المدعي قضايته به وقرر وكيل المدعي عليها عدم القناعة به، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

♦ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

أولاً: خيار العيب حق ثابت للمشتري لو رد المبيع بسبب عيب يظهر في المبيع لم يعلمه المشتري عند العقد، ولا خلاف في ثبوته؛ بل دلت النصوص من الكتاب^(١)، والسنة^(٢)، والإجماع^(٣)، على اعتباره، والعمل به، ويشترط له ثلاثة شروط^(٤):

- ١ - ظهور عيب معتبر وهو "ما يفوت به غرض صحيح، أو نقص قيمة، ويكون الغالب في أمثاله عنده".
- ٢ - جهل المشتري بالعيب عند العقد.
- ٣ - عدم رضا المشتري بالعيب وألا يصدر منه ما يدل على الرضا صراحة أو دلالة.

ومن خلال استعراض السابقة القضائية يتبين أنها توافقت فيها هذه الشروط، وجرى إعمال خيار العيب، وإثباته، ويظهر مدى تطابق العنوان مع السابقة.

ثانياً: بنت السابقة القضائية قضاياها على مسألتين:

(١) دل على مشروعيتها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ﴾ (٢٩) سورة النساء: ٢٩.

(٢) دليله ما أخرجه أبو داود من حادثة عنه قالت: إن رجلاً أجاج خلافاً فقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به حياءً، فخاصمه إلى النبي ﷺ، فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله، قد استغل خلاصي، فقال رسول الله ﷺ: الطراج بالعمالة. انظر: سنن أبي داود، باب فيمن اشترى حياءً فاستعمله ثم وجد به حياءً، وقال عنه الحاكم صحيح الإسناد ولم يخرجاه، المستدرك (٢٨/٢).

(٣) نقل الإجماع ابن عسيرة وابن قدامة والقرافي رحمهم الله. انظر: الإصباح (١/٢٧٢)، والمغني (٦/٢٢٥)، النخبة (٥/٥٧).

(٤) انظر: الخيار في العقود، أبو حنيفة (٢٤٢)، قدس سره - العناني (٢/٧٩٦).

المسألة الأولى: مسألة ثبوت خيار الرد بالعيب، وهي أصل ثابت في الشريعة الإسلامية، فمتى ظهر للمشتري عيب لم يكن يعلمه عند العقد، وكان مؤثراً في السلعة بالنقصان، أو قوات غرض صحيح له، ولم يرض به؛ صح وجاز له رد السلعة، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء في اعتباره^(١)، وتنوعت عباراتهم في بيان الضابط لما يمدح عيباً يصح الرد به، وحاصل آرائهم أن المرجع في ذلك إلى عرف أهل الخبرة في كل شيء أو فن، قال في فتح القدير: "والمرجع في كونه عيباً أو لا لأهل الخبرة بذلك، وهم التجار، أو أرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات، وبهذا قالت الأئمة الثلاثة"^(٢).

وقال في حاشية الدسوقي: "جاز له رده بما طرأ له فيه من الخيار بعدم وجود وصف مشروط بشرطه الميثاق له فيه غرض كان فيه مالية أو لا مالية فيه..."^(٣).

وقال في المذهب: "والعيب الذي يرد به المبيع ما يمدح الناس عيباً، فإن خفي منه شيء، رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس"^(٤).

وقال في الفروع: "وفي الترطيب: نقيضه يقتضي العرف سلامة المبيع عنها غالباً..."^(٥).

المسألة الثانية: إذا ثبت الخيار بالعيب فهل هو على الفور أم على التراخي؟

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام (٣٥٧/٦)، والخبرة للقرافي (٥٧/٥)، والمذهب مع تكملة المجموع (٣٠٩/١٢)، والمغني لابن قدامة (٢٢٥/٦).

(٢) فتح القدير لابن الهمام (٣٥٧/٦).

(٣) حاشية الدسوقي، لابن عروة (١٠٨/٣).

(٤) المذهب مع تكملة المجموع (٣٠٩/١٢).

(٥) الفروع لابن مفلح (٢٢٥/٦).

أ - وصورة المسألة:

إذا علم المشتري وأطلع على العيب بعد العقد ولم يرضَ به، فله الحق في رده، ولكن هل يجب الرد على الفور، وإذا لم يردّه على هذا النحو سقط خياره، أم يجب الرد على التراخي.

ب - تحرير محل النزاع:

- أجمع العلماء على أنه إذا وجد عيباً في العين بعد العقد، ولم يكن ثمة عيب آخر وقع بعده فإن للمشتري حق الخيار بين الرد أو الإمساك^(١).

- كما أجمع العلماء على أنه متى وجد عيب في العين المباعة، وأخبره به البائع أو أطلع عليه المشتري، ورضي به، أو صدر منه ما يدل على الرضا به، فإن العين المفقود عليها تلزمه، ولا حق له في الرد^(٢).

- واختلفوا في حال ثبوت حق الرد له بالعيب؛ هل يكون على الفور أم على التراخي؟، على قولين:

ج - الأقوال والأطلة:

القول الأول: أن الرد بالعيب يكون على التراخي لا على الفور، وهو مذهب الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والمطالبيّة^(٥).

(١) انظر: الإنصاف لابن عسيرة (٢٧٢/١)، المغني لابن قدامة (٢٢٥/٦) والخيرورة للقرافي (٥٧/٥).

(٢) انظر: مراتب الإجماع لابن حزم (١٥٥)، والشرح الكبير لابن قدامة (٢٧٥/١١).

(٣) انظر: رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين (٣٢/٥) وقد أورد على المذهب الأربعة، الشامي (٨٠٥/٢).

(٤) انظر: حاشية المدوني (١٢١/٢)، وحاشية العساري (١٦٦/٢).

(٥) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٤١٣/١١)، والإنصاف للمرهطوي (٤١٣/١١).

واستغلوا بما يلي:

الدليل الأول: ما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: **«من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام»**^(١).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ جعل الخيار لمن علم بالمصراة ثلاثة أيام، قلل على أنه على التراخي، ولم يأمر بردها من فور علمه^(٢).

وأجيب عنه: بأن ذلك محمول على إذا لم يعلم إلا في اليوم الثالث، والغالب أنها لا تعرف إلا خلال هذه المدة ولا تعلم بأقل من اليوم الثالث، كما أن ابتداء الثلاث ومتى يكون فيه خلاف قليل: من بعد تبين التصرية وقيل: من عند العقد وقيل بعد التفريق^(٣).

الدليل الثاني: أن خيار العيب خيار شرع لرفع الضرر المتحقق، فكان على التراخي كخيار القصاص^(٤).

الدليل الثالث: أن خيار المصراة انفراد بوصف زائد عن غيره من العيوب، وجعل الخيار فيها ثلاثاً، مع أن خيار العيب لا يقدر بالثلاث، وذلك لكون الحكمة من تحديد الثلاث في المصراة أنها المدة التي يتبين بها لبن الخلقة من اللبن المجتمع بالتدليس غالباً فشرعت لاستعلام العيب^(٥).

(١) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه بهذا اللفظ في كتاب النكاح، في باب حكم بيع المصراة برقم ٣٩٠٩ (٦/٥).

(٢) انظر: سبل السلام للمنعمي (٣٤/٢).

(٣) انظر: فتح الباري لابن حجر (٣٦٦/٤)، وسبل السلام للمنعمي (٣٤/٢)، ونبيل الأوطار للشوكاني (٢٥٤/٥).

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٤١٣/١١).

(٥) انظر: فتح الباري لابن حجر (٣٦٦/٤).

القول الثاني: أن الرد بالعيب يكون على الفور لا على التراخي، وهو مذهب الشافعية^(١)، ورواية عند الحنابلة^(٢).

واستدلوا بما يلي:

الفتيل الأول: ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «لا تصبروا إلا بل والقنم فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصالحا من ثمره متفق عليه^(٣)».

وجه الدلالة: أن الحديث فيه دليل على أن الرد بالتصيرية فوري لأن القاء في قوله: «فهو بخير النظرين» يدل على التعقيب من غير تراخ^(٤).

الفتيل الثاني: أن خيار العيب خيار ثبت لنفع الضرر من المال، فأشبه خيار الشفعة^(٥).

الفتيل الثالث: أنه متى ثبت وعلم بالعيب ثم أحر الرد مع إمكانه بطل خياره؛ لأن التأخير يدل على الرضا، فأشبه التصرف^(٦).

وأجيب عن الثاني والثالث بأن الرد بالعيب لا تسلم بأنه كخيار الشفعة، فهو قياس مع الفارق، إذ أن الشفعة تثبت لنفع غير متحقق بخلاف الرد بالعيب.

(١) انظر: المهذب للشيخ الرازي (٥٠/٢)، وروضة المصلين للنووي (٤٧٨/٢).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٤١٣/١١)، والإيضاح (٤١٣/١١).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه في باب النبي للبائع أن لا يضر الأبل والبقر والغنم برقم ٢١٥٠ (٩٢/٢)، وأخرجه مسلم في صحيحه واللفظ له في كتاب البيع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسوء برقم ٢٨٩٠ (٤/٥).

(٤) انظر: سبل السلام (٣٤/٢)، وبل الأوطار (٣٥٤/٥).

(٥) انظر: المهذب للشيخ الرازي (٥٠/٢)، والشرح الكبير لابن قدامة (٤١٤/١١).

(٦) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٤١٤/١١).

وأما الإمساك فلا يدل مجرداً على الرضاء ولا يقاس على التصرف^(١).

٤ - الترجيح:

والذي يظهر والله أعلم: أن الرد بالعيب على التواخي، لقوة ما استدلل به الجمهور ولما في طبيعة البيع في بعض السلع من تأخر ظهور العيب، والحاجة داعية لاستعلام العيب، ونظراً للضرب المتحقق المفضي إلى النزاع والشقاق، لذا فلا يسقط الخيار بعد العلم بالعيب لأجل التأخير من قبل المشتري، شريطة أن يكون مقيداً بالعدو، وأن يكون إلى قوة محتملة في عرف التجار، وتختلف المدة باختلاف المبيعات، ومتى تخلف أحد الشرطين أصبح التأخير دليل على الرضاء مما يتعين معه سقوط الخيار دفناً للضرورة، فلا غبر ولا غبار^(٢).

قال النسوقي كذا في حاشيته^(٣): (حاصله: أنه إذا اطلع على العيب وسكت ثم طلب الرد، فإن كان سكوته لعذر رد مطلقاً طال أم لا بلا يمين، وإن كان سكوته بلا عذر، فإن رد بعد يوم ونحوه أجيب للملك مع اليمين، وإن طلب الرد قبل مضي يوم أجيب للملك من غير يمين، وإن طلب الرد بعد أكثر من يومين فلا يجاب ولو مع اليمين).

(١) المرجع السابق نفسه.

(٢) انظر: الخيار في العقود، أبو خنيفة (٤١١-٤١٤)، وفي النجاشي، (٢/ ٨٠٥).

(٣) انظر: حاشية النسوقي (٢/ ١٦١)، والنسوقي هو: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن حرفة النسوقي الأزهرى؛ وقد ينسوق بمصر أقام وفوس بالأزهر، له تأليف يؤخذ فيها القبول واضحة العبارة بالعلم إشارة سهلة التماسك ملتزمة بتوضيح المشكل، منها 'حاشية على الدرر'، وكذلك السند الفقهي في فقه الإمام مالك ولم يؤخذ على حاله في الإفتاء والتنبؤ والإفادة إلى أن توفي في ربيع الثاني سنة ١٢٣٠هـ وصلى عليه بالأزهر.

شجرة النور الزكية في طبقات المالكية (١/ ٥٢٠)، والأعلام للزركلي (٦/ ١٧).

ومن خلال استعراض ما جاء في أسباب الحكم القضائي الوارد ذكره في الفروع الأول، وما ورد في المسائلين السابقتين: نجد بأن السابقة لم تخرج في مضمونها عما أجمع عليه الفقهاء في إثبات خيار العيب والرد أو الإمساك؛ متى علم به المشتري بعد العقد، كما أحملت قول الجمهور في كون الخيار متراجح وقضيت بذلك.

ثالثاً: وجه كونها سابقة قضائية:

يظهر جلياً من خلال استعراض الحكم القضائي، محل الدراسة، مدى تطابق وصف السابقة على مضمونها، إذ أنها صدرت من المحكمة الابتدائية وجاءت مستوفية لأركان وشروط الحكم القضائي، وقد تكررت وقائع مماثلة لها^(١)، وبالتالي فإنها أصبحت صالحة لأن تكون مثلاً يحتذى بها لما يلحق من أحكام.

رابعاً: الصياغة المقترحة للسابقة:

(يثبت خيار العيب على التراخي، فلا يسقط إلا بما يدل على الرضى به صراحة أو حكماً).



(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٩هـ، مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم، (ج ٢ ص ١٠٩٣)، والمؤيد من محكمة الاستئناف برقم (١٤٨/١/س/٢٣) لعام ١٤٣٠هـ.

الطلب الثاني

مقوِّط خيل العيب ثبوت الرضا

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

الدعوى^(١)

[تلخص وقائع هذه الدعوى وبالقدر اللازم لإصدار حكم فيها أنه تقدم لفرع ديوان المظالم بمنطقة مكة المكرمة وكيل شركة (.....) بلائحة دعوى ضد مؤسسة (.....) يطالب فيها بمبلغ (١٢٥٣٧٠) دولارًا أمريكيًا (مائة وخمسة وعشرون ألفًا وثلاثمائة وسبعون دولارًا) قيمة مائة وثلاثة وتسعين ألف ومائتين كيلو جرام من الفاكهة، وفي جلسة يوم السبت الموافق... قدم المدعي عليه وكالة مذكرة برده أوضح فيها أن البضاعة التي تسلمها موكله تختلف عن مواصفات البضاعة المطلوبة، فضلًا عما تبين من عيوب ورداءة المنتج مما حدا بموكلته بتكليف شركة محلية في جدة متخصصة لإجراء الفحص والمعاينة، والذي أثبت مخالفة الشحنة للمواصفات ووجود التعفن فيها، وأوفق ترجمة لهذا التقرير ويجلسه يوم الاثنين الموافق... قدم المدعي وكالة مذكرة برده تقبضت أن أمر الشراء الصادر من المدعي عليها لم يرد فيه أي مواصفات وإنما نوعية وصنف ولم يرد ذكر أو تحديد النوعية بالقبض وإنما صنف ودرجته،

(١) النظر: بالحكم رقم (٢٦٦/د/تج/٩) لعام ١٤٢٨هـ، الصادر من الدائرة التجارية للتاسعة بالمحكمة الإدارية بجدة، واكتسب الحكم القطعية تأييد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم (٨٩/ت/٣) لعام ١٤٢٩هـ وتاريخ ١٤/٢/١٤٢٩هـ.

كما أن الفحص تم بعد مرور شهر من وصول البضاعة فالباخرة وصلت الميناء في ٨/١١/٢٠٠١م الموافق ٢٣/٨/١٤٢٢هـ وتم الفحص في ٢٣/٩/١٤٢٢هـ الموافق ٨/١٢/٢٠٠١م فلم كانت هناك مشكلة بشأن الجودة وكان الواجب الإعداد لفحصها خلال ثلاثة أيام، وبحضور جميع الأطراف المعنية المورد ومخطوط الشحن والشركة المؤمنة ولكن لم يحدث شيء من ذلك، وفي جلسة يوم الاثنين الموافق ٢٦/٥/١٤٢٣هـ قدم المدعي عليه وكالة مذكرة جوابيه أوضح فيها بأنه ليس شرطاً أن يتضمن أمر الشراء كامل التفاصيل وإنما يكفي تضمينه لأساسياتها، كما أن رد المدعي وكالة تضمن العطن في التقرير بأمور فنية تحتاج إلى غيره في ذات المجال مما نقترح معه إما استدعاء مندوب الشركة معونة التقرير، أو بما تراه الدائرة لاستجلاء الحقيقة ومدى سلامة التقرير وعدمه حيث إن الشركة معونة التقرير شركة متخصصة وفي جلسة الاثنين ١٧/٦/١٤٢٣هـ قدم المدعي وكالة مذكرة برده أوضح فيها الأدلة على خلو مسئولية البائع عن العيب الذي يذهب المدعي عليه وكالة فقال:

- ١ - إن قبول المدعي عليها لهذه الشحنة وتصرفها فيها يقطع بقبولها لهذه البضاعة وأنها لم تكن معيبة وقت وصولها واستلامها.
- ٢ - إن الشحنة لم يكن عليها أي ملاحظات من ميناء التصدير.
- ٣ - إن الجهات المختصة بفسح البضائع بميناء جدة الإسلامي لم تعترض على هذه الشحنة، ومن الثابت أنه لا يمكن لهذه الجهات أن تفسح بضاعة تالفة، وغير صالحة للاستهلاك الآدمي.
- ٤ - المدة الزمنية بين تاريخ وصول البضاعة واستلامها وبين تاريخ الفحص والمعاينة إذا سلمنا بصحة التقرير، فإن المدة الزمنية تعتبر طويلة لفحص ومعاينة مثل هذا النوع من البضاعة الذي قد يطرا

عليه التغير بسبب سوء التخزين، فإذا حدثت هروب في البضاعة خلال هذه المدة فهو بسبب إهمال المدعى عليها وتراخيها في الحفاظ على هذه البضاعة، وواقعة التلف إذا كانت صحيحة فإنها كانت أثناء حيازة المدعى عليها للبضاعة ولا يسأل عنها البائع.

٥ - إن تقرير الفحص والمعاينة لا يرمى إلى القناعة، أو لدرجة الأخذ به لكونه جاء متأخراً عن المدة المصقولة للفحص والمعاينة فضلاً على أنه لم يتم بحضور البائع، أو جهة رسمية، أو مشاركة من جهة رسمية، وفوق هذا كله فإن المدعى عليها تقر بأن الفحص والمعاينة كانت لجزء من البضاعة.

٦ - إن الاحتمال يسري إلى أن البضاعة التي تم الكشف عليها غير البضاعة المشحونة ومع وجود الاحتمال يسقط الاستدلال.

وفي هذه الجلسة سألت الدائرة وكيل المدعى عليها عن نسبة ما باعه صاحبها؟ فأجاب بأنه يتتقى من كل كرتون الصالح منه فيبيعه، أما التالف فيبيعه في الكرتون، ثم سئل متى تم بيعه أي بعد وصوله مباشرة أو بعد فترة؟ فأجاب بأنه لا يستطيع التحديد بالضبط، فسألت الدائرة هل التقرير الذي احتج به قبل البيع أو بعده؟ فأجاب بأنه قبل البيع، ثم سألت الدائرة بماذا كانت نتيجة التقرير؟ فأجاب بأن التقرير تضمن أن بعضها تالف وبعضها غير تالف، ثم سألت الدائرة أن التقرير يشير إلى أن معاينتها تمت بعد شهر من وصولها فلماذا تأخرت هذه المدة؟ فأجاب بأنها تأخرت لأن في السندات اختلاف عن البضاعة، ثم سألت الدائرة لماذا يتصرف فيها وبيعها وفيها تقرير بالتلف؟ فأجاب بأنه باعها ليغطي مصاريفه، ثم سألت الدائرة لماذا يبيعها ويتصرف فيها وهي تالفة ومستندات مختلفة؟ فأجاب بأن هذا هو ما حصل، ثم سألت عن الكمية

التي تم بيعها؟ فأجاب بأنها ستة آلاف وستمائة وواحد كيلو جرام، ثم سأله على أي أساس تم بيعه على أساس أن البضاعة له أو للمدعي حسبما تضمنه التقرير بأنه تالف وأنكم تريدون رد البضاعة؟ فطلب مهلة للجواب ثم سأله عن اختلاف حجم البوتقال الذي تضمنه التقرير عن الحجم الحقيقي في الشحنات؟ فأجاب بأن هذا هو تقرير الشركة، ثم سأله هل لديك ما يدل على أن هذا التقرير خروج ويقصد به الشحنة القادمة من جنوب أفريقيا؟ فطلب مهلة ليرجع لموكله، وفي جلسة يوم الاثنين الموافق ١/٨/١٤٢٣هـ سألت الدائرة المدعي عليه وكالة هل تم فسخ البضاعة من الجمرك؟ فأجاب نعم تم فسخها من الجمرك على أساس أنها سليمة وبعد أن تم توزيعها على المشتريين من التجار أعادوها بحجة أنها تالفة، ثم سألت الدائرة المدعي عليه هل اتضح قبل تخزينها من تقارير رسمية أن البضاعة فيها تلف؟ فأجاب بأن الطرق الرسمية وهي الكشف عليها من قبل وزارة الزراعة والجمارك كالمتبع في غيرها قد اتخذت، ولم يشر فيها إلى فساد أو تلف لأن الكشف تم على عينات وليس على كل البضاعة، كما أفاد المدعي عليه وكالة أن الاختلاف ليس في السعر وإنما الاختلاف في كون البضاعة معيبة وتالفة، ثم سألت الدائرة المدعي عليه هل أجاب على استفسارات الدائرة ومذكرة وكيل المدعي؟ فقدم مذكرة تضمنت أن التصرف في البضاعة السليمة وترك المعيبة هو ما يمليه حسن النية المتبع بين التجار، وأوفق لذلك مشهودا لشحنة من البرازيل عرض المصدر فيها بيع السليم وترك المعيب، ومشهد لأحد تجار الفواكه والمتضمن المتبع في الحالات المماثلة، كما أن الدافع للتصرف في البضاعة السليمة كان على أساس أن هذا سلاحا عند المحاسبة، وأما بخصوص ما ذكره وكيل المدعي من الرد بالعيب فهذا يتضمن البضاعة التي لا تجزأ كالثوب ونحوه، أما ما يمكن تجزئته

بالاستفادة من الصحيح ورد المصيب فلاء وأما ما ذكره وكيل المندوبة هن التأخر في الفحص والمعاينة عن استلام الشحنة فإن المندوب عليها لم تستلم الشحنة إلا في ١٤٢٢/٩/٣ هـ حسب بيانات الجمرك في حين أن طلب المعاينة كان بتاريخ ١٤٢٢/٩/١٠ هـ أي بعد أسبوع من استلام الشحنة، حيث تم بيعها لتجار آخرين إلا أنهم أعادوها لوجود التلف بها، فقمنا بعد ذلك بطلب شركة للفحص والمعاينة، وفي جلسة السبت... حضر المندوب وكالة طلباته في قيمة البضاعة المندوب بها وقرر الطرفان بأن ليس ليهما ما يقضيانه ثم سألت الدائرة وكيل المندوب عليه والمندوب عليه أصالة هل يقبل يمين المندوب على نفي ما ادعى به من وجود عيب في البضاعة فأفاد بأنه لا يقبل بذلك..... وعليه قررت الدائرة تأجيل نظر الدعوى لجلسة هذا اليوم حيث حضر وكيل المندوبة كما حضر المندوب أصالة وفيها استوضحت الدائرة من المندوب عليه أصالة الحاضر عما سألته عنه الدائرة سابقاً من أن له يمين المندوب الذي ورد له البضاعة ومن أنه قد سلمها له سليمة خالية من العيوب والفساد فذكر بأنه سبق وأن عرضت عليه الدائرة يمين المندوب إلا أنه لا يقبل يمينه فكررت عليه الدائرة بأنه ليس له إلا يمين المندوب على نفي المصيب الذي يدعيه فكرر رفضه قبول يمين المندوب وأخاف بأنه يتمسك بما جاء بمذكراته السابقة فعقب وكيل المندوبة بأنه يكفي بما قدمه من مذكراته السابقة ويطلب الحكم في الدعوى ثم اكتفى الطرفان بما سبق لهما من أقوال.

الأسباب

وحيث حضر المندوب دعواه في المطالبة بقيمة البضاعة وحيث قرر المندوب عليه وكالة في جلسة ١٤٢٣/٨/١ هـ أنه لا اختلاف في قيمة البضاعة وإنما دفعه يتصب على أن البضاعة تالفة ومعيبة كما قرر أيضًا

استلامه للبضاعة محل الدعوى وادعى العيب فيها وحيث أنه لم يقدم لإثبات ذلك سوى تقرير معد من قبل شركة للفحص والمعاينة بناءً على طلبه ذكر فيه تفاصيل التلف في البضاعة وحيث أن الدائرة وهي بصدد التحقق من صحة هذا التقرير تبين لها أن هذا التقرير ليس فيه ما يقوي جانب المدعى عليه دهواء العيب والمخالف للقاعدة الفقهية وهي أن الأصل في الأشياء السلامة وذلك للأسباب الآتية:

١ - أن هذا التقرير يخالف ويعارض ما هو أقوى منه وهو فسخ الجمرك ووزارة الزراعة في المملكة بكون البضاعة سليمة وكذا ميثاق التعصير في جنوب أفريقيا كما أقر المدعى عليه بذلك في جلسة الاثنين ١٤٢٣/٨/١ هـ هي جهات حكومية رسمية وشركة الفحص والمعاينة شركة خاصة ولا يطقن في ذلك إفادة أحد تجار حلقة الخضار والمرفقة بملف الدعوى بأن تاجر الفاكهة لا يلجأ إلى مثل هذا الفحص إلا عند وقوع التلف فعلاً وهذا الكلام فضلاً على عموميته فإنه يحتمل في كون التاجر في هذه الدعوى قد لجأ لهذا السبب ألا وهو التلف وربما لغيره فلا تقوم بها حجة.

٢ - وربما كان التلف حدث عند التجار الآخرين الذين سلم لهم الشحنة بعد وصولها من الميثاء حيث أنه كما ورد في مذكرات المدعى عليه أنه جرى تسليم البضاعة وهي مشمعة بالرحاص قبل فتحها إلى التجار في السوق ثم جرى ردها من قبلهم بالعيب وربما تواطؤوا على إفسادها أو تبديلها إلى ذلك من الاحتمالات.

٣ - أنه حسب إفادة المدعى عليه أنه بين تسليمها من الميثاء حتى وقت فحصها مدة أسبوع وهذه المدة كافية لفساد هذا النوع من الفواكه خصوصاً في أجواء جدة مما هو معلوم بالعادة تلفها.

٤ - ذكر التقرير أن الكوائين تحمل اسم المصنوع بينما تقي المدهي عليه ذلك في جلسة ١٤٢٣/٩/٦ هـ وذكر أن عليها فقط عبوة البرتقال وهذا تناقض يوحى بأن البضاعة التي تم فحصها ليست محل الدعوى فأقصى ما يقال في هذا التقرير هو مساوئته في الحجة لما ذكر من أن البضاعة سليمة مما سبق الإشارة إليه من فسح الجهات الرسمية فيكون من باب تساقط البيانات ويرجع فيه للأصل وهو أن الأصل السلامة وعلى مدهي العيب الإثبات أو طلب اليمين من النافي وهي المدهية.

وحيث أنه من ملاحظة هيئة التدقيق أن هناك أصنافاً وودعا المدهي للمدعى عليه ولم تذكر في أمر الشراء ومنها عشتف (مبلفايت) وأن الأحجام مختلفة عما ورد في أمر الشراء فالتأثير لدى الدائرة أن المدعى عليه تسلم البضاعة وقام بالتصرف فيها بالبيع وهذا يسقط خيار الخلف في الصفة لذلك قال الفقهاء أنه عند نقصان الوصف فإن المشتري مخير بين أمرين: ١- الإمساك مع النقصان والقبول بذلك ٢- الرد وأخذ جميع الثمن فإذا أمسك المبيع مع نقصان الوصف ووجد ما يدل على الرضا به كالتصرف بالبيع ونحوه فهذا يسقط خيار الوصف ويثبت الثمن قال الكاساني رحمه الله: "كل تصرف يوجد من المشتري في المشتري بعد العلم بالمعيب يدل على الرضا به، ويسقط الخيار" وذلك لأن تصرفه بالبيع ونحوه دليل على الرضا منه بالمبيع، ولولا هذا التقرير لكان متصرفاً في ملك الغير بغير إذنه وهو حرام فجعل ذلك إجازة صيانة له عن ارتكابه وعلى اقتراح أن ما قبضه من غير صفته التي اشترطها هو ربيعة أو أمانة فلا يجوز له بيعها كما أن الذي يتضح للدائرة أنه لا يوجد أمر شراء في هذه القضية فلذلك طلبت الدائرة من المدهي وكالة تقديم أمر الشراء فقدم لذلك عبوة الفاكس للمفاتورة المبكية وعليها الأصناف التي سترسل إلى

المدعى عليه والتي وافق عليها المدعى عليه وأمرها بتوقيعه وختم مؤسسته وأرسلها إلى المدعية بالفاكس وقد رفض المدعى وكالة استلام نسخة منها) وبالنظر إلى هذه الفاتورة وجد فيها الصنف مينشايت وبالأحجام المطلوبة وقد وافق عليها المدعى عليه ويؤيد هذه الفاتورة خطاب تأكيد الدفع الصادر من المدعى عليه والمرفق بلائحة الدعوى وبالتالي فإن هذا يوافق حصر المدعى عليه لجوابه على الدعوى في كون البضاعة معيبة وتالفه كما في جلسة ١٤٢٣/٨/١هـ وعلى هذا فإن كانت البضاعة سليمة فتصرفه فيها بالبيع يدل على رضاه وقبوله بها - كما سبق بيانه - وأن كانت معيبة فعليه تقديم البيضة على العيب وإلا فله طلب اليمين من المدعى وحيث إنه لم يقدم البيضة الكافية لإثبات العيب، كما أن الدائرة سبق وأن عرضت على المدعى عليه طلب اليمين على نفي العيب فأبى طلبه ذلك مما تنتهي معه الدائرة إلى انتفاء العيب، كما أن وقائع هذه القضية وموضوعها يماثل وقائع وموضوع القضية رقم (٢/٢٢١٨/ق) لعام ١٤٢٢هـ والتي حكمت فيها الدائرة بحكمها رقم (١٤٤) لعام ١٤٢٣هـ وأيدتها هيئة التحقيق بحكمها رقم (١٨٩/ت/٣) لعام ١٤٢٤هـ والمرفوعة عند المدعى عليه نفسه من شركة برتقال جنوب أفريقية أخرى هي ويد ثوت ماركيتينج والتي أشار إليها المدعى عليه في تظلمه للمقام السامي المرفق مع الأوراق.

وحيث أنه بالنظر إلى اعتراض المدعى عليه وكالة على حكم الدائرة رقم (٦٥) لعام ١٤٢٥هـ نجد أنه لمضبه فيها يلي:

- ١ - إن المدعى عليه سلم بضاعته غير موصوفة.
- ٢ - لم تتطرق الدائرة إلى نقص البضاعة حتى ولو كانت أحسن مذاقاً فالمطلوب برتقال فالنسب.

- ٣ - كونها تغيرت صفتها بعد الاستلام فإن ذلك لا يدل على قبولها.
- ٤ - إن المدعى عليها اشترت بضاعة موصوفة ولم يطلع عليها فإذا استلمها وهي غير مطابقة للعقد فلا يلزم بها.
- ٥ - إذا لم تقديم مستندات ينظر لها.

وهذه النقاط قد سبق الجواب عنها ولم تأت بجديد عما سبق إيراد من قبل المدعى عليه مما رأته محم الدائرة ورفض الاعتراض والمصادقة على حكمها الغيابي رقم (٦٥) لعام ١٤٢٥هـ.

وحيث إن هيئة التحقيق قد نقضت هذا الحكم الصادر من الدائرة بقرارها رقم (٢٨٤/ت/٣) لعام ١٤٢٥هـ ووجهت باتباع إجراءات التبليغ وإعادة أوداق القضية إلى الدائرة وإعادة القضية إلى الدائرة عاودت النظر فيها وفق ما قلناه الطرفان من بيانات ودفاع إلى أن أصبحت الدائرة حكمها ذي الرقم (٢٧٤/د/تج/لعام ١٤٢٥هـ) والقاضي بالمصادقة على حكمها الغيابي ذي الرقم (٦٥/د/تج/لعام ١٤٢٥هـ) والذي ألزم فيه المدعى عليه بأن يدفع للمدعية مبلغًا وقدره مائة وخمسة وعشرون ألفًا وثلاثمائة وسبعون دولارًا أمريكيًا وحيث إن هيئة التحقيق قد نقضت هذا الحكم كذلك ووجهت بمناقشة ما أثاره المدعى عليه في مذكراته من أن الحكم قد قضى للمدعى عليها بالمبلغ الوارد في عريضة دعوها دون تحيين في حين أن هذه القيمة هي قيمة الكمية الواردة في فاتورة الشراء على أساس أنها (٢٤١٥٠٠) كيلو جرام في حين أن الكمية الواردة في عريضة الدعوى إنما هي (١٩٣٢٠٠) كيلو جرام أي بنقص (٤٨٣٠٠) كيلو جرام مما يستوجب تنزيل قيمة هذه الكمية من الحكم وإعادة القضية إلى الدائرة فتحت باب المرافعة في الدعوى واستدركت ما أشارت إليه هيئة التحقيق في قرارها رقم (٣١٠/ت/٣) لعام ١٤٢٧هـ في جلسة يوم

الثلاثاء ١١/٧/١٤٢٧هـ حيث حضر وكيل المدعية كما حضر وكيل المدعى عليه حيث استوضححت الدائرة من وكيل المدعى عليه عن الكمية التي استلمها موكله فذكر بأن المدعية قد سلمت لموكله عشر حاويات إلا أن الكمية داخل الحاويات غير كاملة وأنه قد وضع الفرق في اعتراضه إلى أن النقص مقداره ثمانية وأربعون ألفاً وثمانمائة كيلو جرام وقرر بأن هذه الكمية هي التي تحتويها الحاويات وأما الفرق فإنه لم يتم استلامه ويطلب تنزيله من القيمة وحيث إن قرار الهيئة قد جاء بمناقشة ما أثاره المدعى عليه بالنسبة للكميات فقط دون التعرض لغير ذلك من دفاع وحيث إن الدائرة قد ناقشت هذه الجزئية مع وكيل المدعى عليه واستوفتها في جلسة الثلاثاء الموافق ١١/٧/١٤٢٧هـ وحيث إنه وبالنظر في دفاع المدعى عليه وجد بأنه لا جديد فيه بل إن المدعى عليه قد تعمد تضليل الدائرة في درجة الحرارة التي يجب حفظ البضاعة فيها حيث ذكر أن درجة الحرارة التي حفظت فيها البضاعة كانت ٤٠ فهرنهايت وأنها تعادل ١٠ درجات مئوية تحت الصفر في حين أنها تعادل أربع درجات مئوية وليس عشر درجات كما زعم المدعى عليه ثم إنه قد قدم حيوياً تثبت التلف وهي صادرة من جهة أهلية وليست حكومية ثم هي مختلفة الشكل فبعضها في كرائين كما في مذكرته المقدمة للاعتراض على الحكم رقم (٧٧٤) لعام ١٤٢٥هـ والآخر في صناديق كما في مذكرته المقدمة في ٢٥/١٢/١٤٢٣هـ للاعتراض على الحكم رقم (١٤٥) لعام ١٤٢٣هـ ثم أين محضر التلف الذي لا بد أن يكون بحضور الشاحن أو من يمثله والمرسل إليه أو من يمثله ومندوب الجمارك فدهوى التلف والحالة كذلك لا تثبت لوجود الشبهة المانعة من ثبوت ذلك ولعدم البيئة على ذلك فإن الدائرة لا تلتفت إلى دهوى التلف فالبيئة على المدعى ولا بيئة وقد رفض المدعى عليه تعيين المدعية على نفي التلف، ثم أين البضاعة التي أخرجها المدعى عليه من التلاجات كيف صرفها ولمن

بأعها وكيف يدعي التالف وقد باع بعضها وتصرف فيها كما أن المدعي عليه تناقض في دعوى التالف فمرة يذكر أنه قام بفرض البضاعة وباع الصالح منها للتجار وأما التالف فلم يستفد منه. ومرة يدعي أنه قام ببيع البضاعة للتجار فأعادوها إليه لكونها تالفة مع أن صاحب التجارة ذكر في شهادته أن ما تم إخراجها من مستودعه لم يرجع إليه منه شيء.

لما هو الصحيح هل سلم التجار بضائع تالفة فأعادوها إليه؟

أم أن الصحيح هو أنه سلم التجار بضائع سليمة بعد أن أخرج التالف من الشحنة كما يزعم؟ ومع التناقض لا تقوى للمدعي عليه حجة ولا تثبت أمام الأصل المستقر وهو السلامة من العيب.

كما يتضح أن المدعي عليه حاول إطالة أمد القضية حيث يقدم مستندات ناقصة تارة وبعد بإحضار البقية في جلسة قادمة ويحضر تارة ويطلب من الدائرة أن تمكنه من تقديم بينائه مع أنها لم تمنعه من ذلك في أي مرحلة من مراحل القضية ثم يقدم مذكرات يتناقض بعضها ببعض كما صنع في نوع المحافظات ودرجة الحرارة وطريقة تصريف البضاعة... ولكل ما ذكر فإن الدائرة تنتهي إلى التمسك بحكمها ذي الرقم (٧٧٤/د/تج/٩ لعام ١٤٢٥هـ) فيما قضى به.

لذلك حكمت الدائرة: بالتمسك بحكمها رقم (٧٧٤/د/تج/٩) لعام ١٤٢٥هـ المؤرخ في (١٢/٢٩/١٤٢٥هـ) والذي قضى بالمصادقة على حكمها النهائي رقم (٦٥/د/تج/٩) لعام ١٤٢٥هـ القاضي بإلزام مؤسسة (.....) بأن ينفع للمدعية شركة (.....) مبلغًا وقدره مائة وخمسة وعشرون ألفًا وثلاثمائة وسبعون دولارًا أمريكيًا لما هو موضح بالأسباب وإعلان الحكم قرر المدعي وكالة قناعته به وقرر المدعي عليه أصالة عدم القناعة].

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

أولاً: الأصل في ثبوت خيار العيب ألا يعتمد من المشتري ما يدل على رضاه بالعيب سواء صراحة، أو دلالة، مثل أن يتصرف في المبيع بعد علمه ومن خلال ما جاء في السابقة القضائية بتبين جلياً تصرف المشتري بعد علمه بالعيب، وذلك من خلال التصرف بالبضاعة وبيع جزء منها، مما يدل على الرضا بالعيب وكل ذلك يمنع من حق الرد، وبهذا يتضح مدى التطابق بين العنوان والسابقة، حسبما هو متبع في هذه الدراسة.

ثانياً: تندرج هذه السابقة القضائية تحت مسألة تكلم عنها الفقهاء **وانفقت المذاهب الأربعة^(١) على العمل بها، وهي: إذا أطلع المشتري على العيب، وعلم به سواء عند العقد أو بعده، ثم صدر منه ما يدل على الرضا به صراحة بأن يقول: رضيت به، أو دلالة بأن تصرف بالمبيع، إما باستخدام، أو نقل ملكيته ببيع أو هبة، ونحو ذلك من التصرفات فإنه لا خيار له، ولا يثبت له الرد.**

قال في البحر الرائق: (أن كل تصرف يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والأورش، فمن ذلك البيع...) ^(٢).

وجاء في حاشية النسوقي ما نصه: (ومنع من الرد ما يدل على الرضا بعد الاطلاع على العيب من قول، أو فعل، أو سكوت طال بلا على) ^(٣).

(١) حكى الإجماع ابن حزم، وابن قدامة، وتقي الدين السبكي، وابن تيمية.

ينظر: مسائل الإجماع، الطحطاوي: (٤١٩-٤٥١).

(٢) البحر الرائق (٦/ ٧٠)، وينظر: بنائع الصنائع للكاساني (٥/ ٢٩١)، ومجلة الأحكام العدلية (١/ ٦٦، ٦٧).

(٣) حاشية النسوقي (١٢/ ١٠).

وفي روضة الطالبين قال: (وإن كان المشتري عالماً بالمحال عند الشراء أو تبين له بعد الشراء ولم يرد فعلى الوجه الأول لا يرجع بشيء كسائر العيوب، وعلى الثاني وجهان.... أصبحهما لا يرجع بشيء لدخوله العقد على بصيرة وإمساكه مع العلم بحاله....)^(١)

وقال في الشرح الكبير: (ومن علم العيب وأخّر الرد، لم يبطل خياره إلا أن يوجد منه ما يدل على الرضا، من التصرف ونحوه)^(٢).

وقال في المحلى: (ومن أطلع فيما اشترى على عيب يجب به الرد فله أن يرد.... وله أن يمسكه.... ولا يسقط ما وجب له من الرد بعد علمه بالعيب إلا أحد خمسة أوجه لا سادس لها، وهي: نطقه بالرضا بإمساكه، أو خروجه كله، أو بعضه عن ملكه...)^(٣).

ويستند الإجماع إلى أحدها منها^(٤):

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَكَ الْأَثَرُ فَامْكُتُوا لَا قَاغِلُوكُمْ أَمْوَالُكُمْ يَنْتَحِمُ بِالْإِطْلَاقِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَيْعَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الدلالة: أن الآية نصت على جواز التجاوة إذا تمت بالتراضي دفعا للمعصومة، والمشتري قد رضي بالعيب فلا يحق له الرد بعد رضا وعلمه وتصرفه.

الدليل الثاني: أن حق الرد إنما شرع لفوات السلامة المشروطة في العقد ولما رضي بالعيب أو صبر منه ما يدل على ذلك بعد علمه به دل على أنه أسقط حقه^(٥).

(١) روضة الطالبين للنووي (٤٦٤/٣).

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة (٤١٣/١١) قال في الإيضاح: 'على الصحيح من المذهب' (٤١٤/١١).

(٣) المحلى بالآثار لابن حزم (٥٨٤/٧).

(٤) انظر: مسائل الإجماع، الطحطاوي: (٤٤٥-٤٥١).

(٥) انظر: بدائع الصالحات: (٣٨٦/٥).

الدليل الثالث: أن حق الرد بالعيب إنما شرع للمشتري دفعا للضرر الذي يلحق به، فإذا تصرف في السلعة دل على رضا بالعيب فبمضاء وسقط الخيار للمرضى^(١).

ومن خلال هذه النصوص الفقهية السابقة يظهر ما بنت عليه السابقة القضائية، واستنتجت عليه في حكمها، وأنه متوافق مع هذه النصوص، إذ أن المشتري قام بالتصرف بعد علمه بالعيب وأخرج المبيع أو بعقه من ملكه بالمبيع، ومثله السكوت الطويل بعد العقد والقبض يسقط خيار البيع ويطله.

ثالثاً: وجه كونها سابقة قضائية:

يظهر جلياً من خلال استعراض الحكم القضائي، محل الدراسة، مدى تطابق وصف السابقة على مضمونها، إذ أنها صدرت من المحكمة الابتدائية وجماعت مستوفية لأركان وشروط الحكم القضائي، وقد تكررت وقائع مماثلة لها، كما في الحكم رقم (٩٩/د/تج/١٥) لعام ١٤٢٩هـ في القضية: (١٦٨٠/٣/ق) لعام ١٤٢٧هـ^(٢)، وبالتالي فإنها أصبحت صالحة لأن تكون مثلاً يحتذى بها لما يلحق من أحكام.

رابعاً: الصياغة المقترحة للسابقة:

(إذا وجد من المشتري بعد علمه بالعيب ما يدل على الرضا به، من قول أو تصرف كمرهض للبيع، أو اجازة، أو استعمال؛ سقط خياره ولا أثر له).

(١) المرجع السابق.

(٢) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٩هـ، مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم، (ج ٢ ص ١٠٩٣)، والمؤيد من محكمة الاستئناف برقم (١٤٨/١/س/٢٣) لعام ١٤٢٠هـ.

المبحث الخامس

السوابق القضائية المتعلقة بفسخ البيع

وهذه مطالبان :

- **المطلب الأول: الجمع بين العين والتمن.**
- **المطلب الثاني: حكم فسخ العقد بلا عسوف.**



الطلب الأول

الجمع بين العين والثمن

♦ الفرع الأول: عرض السابقة^(١) :

الوقائع :

[تتلخص وقائع هذه القضية بأن المدعي وكالة... تقدم بعريضة استدعاء سجلت قضية بالرقم المستهل به في صدر الحكم والمتضمنة أن المدعي عليهما... و... متغبامين قد اشترى من موكلته عند ٧١ سيارة ثم تسليمها لهما وفقاً قيمتها بموجب شيكات الأول برقم... في... والثاني برقم... في... إلا أنه اتضح أنها بدون رصيد فطالباهما بالسداد إلا أنهما رفضا علماً أن بعض البطاقات الجمركية للسيارات لا تزال لدى موكلتي، وطلب فسخ عقد بيع تلك السيارات وخصم قيمتها من الحساب المتبقي على المذكورين وأرفق المدعي وكالة بلائحة دهواء بياناً بتلك السيارات ويجلسة الثلاثاء ١٤٢٦/٦/٦ هـ سئل المدعي وكالة عن دهواء فذكر أنه يطالب بفسخ عقد بيع السيارات المبرم مع المدعي عليهما وإعادة السيارات المستلمة لموكلو لعدم سداد قيمتها.

وبجلسة الأحد ١٤٢٧/٤/٢٣ هـ أوضح المدعي وكالة أن عند السيارات المبيعة للمدعي عليهما ٥٤ سيارة متنوعة وقد حرر المدعي

(١) انظر: الحكم رقم ١٧٤/٥/١٢/تج لعام ١٤٢٧ هـ، والمزيد من مسكنة الاستئناف بالحكم رقم ٦٤/ت/٣ لعام ١٤٢٨ هـ والمنشور بمجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٨ هـ: (٤١٢/٢).

عليهما شيكاً بقيمتها وتم حجز ودمن البطائق الجمركية لحين سداد ثمنها وعند مراجعتنا للمبتك أنضح عدم وجود وصيد ولخوفنا من قواث المنة تقدمنا لمكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية وصدر لنا حكمان بالزامهما بتسديد الشيكات إلا أنهما حجزا عن ذلك فأودع المدعي عليه..... على إثر ذلك السجن ويسأل المدعي عليه... الجواب ذكر انه اشترى السيارات من المدعية وقد سلمتها المدعية.... بناء على أمرى وقد حررت بقيمتها شيكاً والسيارات لا زالت لدى.. ولم تستطع التصرف فيها لعدم وجود البطاقات وقد صدر علي حكم بالزامي بتسديد الشيكات فكيف يطالبون بإعادة السيارات بقيمتها، وقرر الطرفان اكتفاهما بما قلناه وطلبنا الفصل في القضية بحالتها الراهنة.

ويجلسة الأحد ١٣/٦/١٤٢٧هـ قدم المدعي وكالة عبودة من قراري مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية رقم..... في ٦/٩/١٤٢٥هـ ورقم.... في ٦/٩/١٤٢٥هـ ذكر أنها تتعلق بقيمة السيارات المطالب بها في هذه الدعوى فعقب المدعي عليه أن المدعية صدر لها حكم بقيمة السيارات التي تطالب بها في هذه الدعوى وذلك بموجب قراري مكتب الفصل السالفة الذكر وقد تم سجنني لتنفيذ هذين القرارين ولا يجوز للمدعي بعد أن صدر له حكم بالثمن أن يطالب باسترداد السيارات علماً أن السيارات قد تم بيعها على آخرين واكتفى الأطراف بما قلناه وطلبنا الفصل في القضية.

الأسباب:

وبما أن المدعية حشرت دعوها بطلب فسخ عقود بيع عدد ٥٤ سيارة من السيارات المينة بثلاثة الدهور لعدم تمكن المدعية من صرف الشيكات المحورة من المدعي عليهما بقيمة السيارات وهي....

وحيث إن الأصل في العقود العبرة والسلامة باكتمال شروطها وأركانها وهي تصبح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، وحيث إن الثابت مما ذكره المدعي عليه بجلسة ١٤٢٧/٤/٢٣ وبجلسة ١٣/٦/١٤٢٧هـ من أنه قد تم تسليم السيارات المدعى بها إلى طرف ثالث وهو ما لم تذكره المدعية أو تعرض عليه أثناء نظر الدعوى.

كما أن الثابت أن المدعية قد صدر لها حكمان من مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية برقم.... في ١٤٢٥/٩/٦هـ ورقم.... في ١٤٢٥/٩/٦هـ بإلزام المدعى عليهما بالشيكين اللذين يمثلان قيمة السيارات المطالب بفسخ عقود بيعها واستردادها في هذه الدعوى، وحيث إن المدعية والحال ما ذكر لا يسوغ لها طلب الفسخ والاسترداد لأنها تكون بذلك قد طالبت باسترداد أعيان السيارات بعد حصولها على حكمين بأمانتها، مما يجعلها مطالبة بالعين والقيمة في الوقت نفسه وهو ما لا يصح.

فضلاً عن أن طلب فسخ العقد من شأنه أن يعيد الشيء إلى أصله فلا بد للمحكم بالفسخ من أن يكون البائع الذي يطالب بذلك قد حبس المبيع عنده أو أن يكون المبيع لا يزال بيد المشتري، وقد ذكر المدعي عليه أن السيارات قد تم بيعها على طرف ثالث ولم يشكر المدعي وكالة ذلك، الأمر الذي يجعل من طلب المدعية فسخ العقد فاقدًا لسنده بعد أن ارتضت تسليم المبيع قبل استلام الثمن كما ارتضت استلام القيمة بموجب الشيكين المبيئين بالدعوى ثم حصلت على قراوين من مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية تضمنتا إلزام المدعى عليهما بقيمة الشيكين وبذلك تكون المدعية محكوماً لها من الجهة المختصة بثمن السيارات التي تطالب باسترداد أعيانها في هذه الدعوى، فلا يكون

للمدعية الحق في طلبها، لأن مواده أن تجمع بين الحكم لها بالثمن إلى الحكم لها برد العين وهو مما لا يجوز الجمع بينهما، وحاصل ما تقدم أن المدعية لم تقدم ما يبرر طلبها فسخ العقود واسترداد السيارات محل الدعوى حسب الأصول الشرعية، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى الحكم برفض الدعوى.

لذلك حكمت الدائرة: برفض الدعوى، والله الموفق.

◆ الفرع الثاني: الضمانة التحليلية

أولاً: الأصل في البيع لزوم العقد، وتسليم الثمن والتمتع، ولكن هل يسري اللزوم في العقد مع الإخلال بتسليم الثمن من قبل المشتري؟ وهل يعد هذا الإخلال مبرراً للفسخ؟ ومطالبة البائع بإعادة سلعته إليه؟ وبالنظر للسابقة القضائية، وما بنت عليه في حكمها نجد الإجابة عن هذه التساؤلات، وأن المدعي ليس له في هذه الواقعة إلا المطالبة بالثمن، وعدم الالتفات إلى طلبه بفسخ العقد، وذلك بسبب صحة العقد وسلامته، ولكون المطالبة بالفسخ جاءت بعد ثبوت الثمن في ذمة المشتري وصدر حكم بذلك، ولكي لا يؤدي ذلك إلى الجمع بين العين والثمن مما يفضي إلى أكل الأموال بالباطل المنهي عنه، ومن خلال ما ذكرته آنفاً يظهر التطابق جلياً بين عنوان المطلب والسابقة المندرجة تحته^(١).

ثانياً: ترجع هذه الواقعة القضائية إلى مسألة من المسائل الفقهية الفرعية التي اختلف فيها الفقهاء، ألا وهي إذا لم يقم المشتري

(١) ينظر في مسألة لزوم العقد: موسوعة الإجماع، التفسير: (٢/٣٩٦)، وفي مسألة الثمن: نفس المرجع (٢/٣٨٩) ومسألة الثمن نفسه (٢/٣٩٦).

بالتزامه في العقد، وقّع الثمن مقابل ما أخذه، فهل يحق للبائع فسخ البيع؟ وكذلك الحال لو أفلس المشتري قبل دفعه الثمن، فهل يحق للبائع الفسخ؟

ولتحرير المسألة والنزاع فيها فإتي سأوردتها على النحو التالي:

أ - صورة المسألة:

إذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري، وقبض المشتري السلعة (المثمن) دون أن يسلم ثمنها - وكان الثمن حالاً أو مؤجلاً - ثم أضر السداد وكان حالاً، أو أفلس بعد قبضه السلعة، أو غير ذلك، فهل يحق للبائع فسخ العقد؟ والرجوع بسلعته، ويكون أحق بها من بقية الغرماء؟ أم لا يحق له ذلك ويتساوى هو والغرماء ويتحاربون في المال؟^(١)

ب - تحرير محل النزاع في المسألة:

- اتفق الفقهاء على أن الأصل في عقد البيع اللزوم، وأنه يجب على المشتري أن يقدّم الثمن متى ما أحضر البائع السلعة، ما لم يكن الثمن مؤجلاً على المشتري أو كانت الصفة مما يجب فيها أن تكون يدا بيد لعلّة الربا^(٢).

- كما اتفق الفقهاء على أنه إذا لم يقبض المشتري السلعة بعد العقد، ولم يسلم ثمنها، ثم أفلس، فإن البائع أحق بسلعته، أو بثمنها من بقية الغرماء^(٣).

- واختلفوا فيما إذا قبض المشتري السلعة بعد العقد، ولم يسلم

(١) انظر: بيع التخييل وأحكامه، التركي: (٣٩٧)، ونظرية فسخ العقود، لأسمادي، ليم: (٩٠).

(٢) بداية المسجّد (١٠٩٧/٣)، ونظرية فسخ العقود، ليم: (٩٠).

(٣) انظر: الترمذ المحتار وحاشية ابن عابدين: (٥٦٤/٤)، وبداية المجتهد، لابن رشد: (١٣٧٧/٤).

ثمها وتعتبر ذلك بالإفلاس ونحوه، فهل للبائع فسخ العقد أو الرجوع بسلعته، على قولين.

ج - الأقوال والأقوال:

القول الأول: ليس للبائع أن يرجع بسلعته أو يفسخ العقد، بل يبقى البيع قائما غير قابل للفسخ، ويطالب المشتري بالثمن، ويجبر على أدائه، وهذا هو مذهب الحنفية^(١).

واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: ما ورد أن رسول الله ﷺ قال: «أبما رجل باع سلعة فأدركها عند رجل قد أفلس فهو ماله بين طرمائه»^(٢).

فالحديث نص على أن البائع ليس بأحق بما باعه من بقية الثمن، وأنهم سواء في قسمته^(٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع، للكاساني: (٢٥٢/٥)، التلويح مع حاشية ابن عابدين (٥٦٤/٤).
(٢) أخرجه أبو طهارة في صحيحه، في باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعته عنده، برقم ٣٥٢٠ (٣٠٩/٢)، وأخرجه ابن ماجه في سننه، من طريق آخر عن أبي هريرة، في باب من وجد متاعه بعته عند رجل قد أفلس (٧٩٠/٢)، وأخرجه البيهقي في سننه عن أبي هريرة في باب المشتري يموت مفلس بالثمن، وقال: رواه إسماعيل بن عياش عن الزبيدي عن الزهري موصولا ولا يصح (٤٦/٦)، وأخرجه النوار قطني في سننه برقم ٢٩٠٣ وقال: 'إسماعيل بن عياش مضطرب الحديث، ولا يثبت هذا عن الزهري مستندا وإنما هو مرسلا' (٣٤١/٢)، وقال ابن حجر في الفتح: 'ورفع في رواية مالك عن بن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث مرسلا أبما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض البائع من ثمنه شيئا فوجده بعته فهو أسبق به فمفهومه أنه إذا قبض من ثمنه شيئا كان أسوة الثمناء وبه صرح بن شهاب فيما رواه عبد الرزاق عن معمر بن وهب وإن كان مرسلا فقد وصله عبد الرزاق في مصنفه عن مالك لكن المشهور عن مالك بإسناد وكذا عن الزهري وقد وصله الزبيدي عن الزهري أخرجه أبو طهارة في صحيحه وعن الحارث بن عازبة وعن الحارث بن عازبة ولا بن أبي شعبة عن معمر بن عبد العزيز أحد رواة هذا الحديث قال قاضي رسول الله ﷺ أنه أسبق به من الثمناء إلا أن يكون القبض من ماله شيئا فهو أسوة الثمناء وإليه يشير اختيار البيهقي' (٦٣/٥).

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، (٢٥٢/٥)، النهاية شرح الهداية (٧٨/٩).

ونوقش هذا الدليل: بأنه حديث ضعيف، مخالف للأحاديث الصحيحة التي صرحنا ونصت على أن البائع أحق بسلعته إذا وجدها عند رجل قد أفلس^(١).

الدليل الثاني: واستدلوا أيضًا: بأن المشتري قد ملك المبيع بمجرد العقد، وأصبح ملكه مستقرًا بالقبض، فلا يملك البائع الرجوع بعد ذلك، لكون العقد أصبح لازمًا ومستوفياً لأركانه وشروطه، وليس من شرطه تسليم الثمن^(٢).

ونوقش هذا الدليل: بأن الثابت أن الملك ينتقل بمجرد العقد، إلا أن هذا لا يمنع من الفسخ، أما بإقالة أو خيار، ومثله الإفلاس أو عدم دفع الثمن، كما قل الدليل الشرعي على ثبوت رجوع البائع في حين ماله عند إفلاس المشتري، وبذلك يكون أحسن من لزوم العقد واستقراره بالقبض، ويبقى العام على الخاص^(٣).

القول الثاني: أن للبائع الرجوع بسلعته وفسخ العقد متى ما أخل المشتري بالتزامه من دفع الثمن أو إفلاسه، وهذا هو مذهب الجمهور من المالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦).

(١) انظر: مع التيسير، الترمذي: (٣٩٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٢٥٢/٥)، العناية شرح الهناية: (٢٧٨/٩)، الدر المنثور مع حاشية ابن عابدين (٥٦٤/٤).

(٣) انظر: نيل الأوطار، للشوكاني: (٢٩٠/٥).

(٤) انظر: بداية المجتهد، لابن رشد: (١٣٧٧/٤)، شرح الطوشي على خليل: (٢٨١/٥).

(٥) انظر: فتح العزيز: (١٦٩/١٠-١٧٠)، والمذهب، للشواري: (٣٢٢/١).

(٦) انظر: المغني، لابن قدامة: (٥٢٨/٦)، الشرح الكبير: (٢٥٤/١٣)، والإيضاح: (٢٥٣/١٣).

واستغلوا بما يلي:

القليل الأول: ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: فمن وجد ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره ^(١).

فالحديث دليل على أن البائع أحق بماله إذا وجدها عند رجل قد أفلس، وأنه أحق بها من غيره ^(٢).

وثالث هذا القليل: بأن المقصود به ما تحقق فيه كونه مالا له كالوديعة، أو العارية فهذه يصدق عليها أنها أحيان ماله ويكون حينئذ أحق بها من الغرماء، وأما المبيع هنا فليس بمال البائع وإنما أصبح مالا للمشتري بمجرد العقد والقبض ^(٣).

وأجيب عنه: بأن في بعض روايات الحديث جاء النص صراحة على البيع ففي لفظ لمسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: ففي الرجل الذي يعدم إذا وجد عنده المشاع ولم يفرقه أنه لصاحبه الذي باعه ^(٤).

وأما ما ذكر من العارية والوديعة فهي داخلة من باب أولى، بل إن صاحبها أحق بها ولو يكن هناك إفلاس ^(٥).

(١) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب من أفلس ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه، بلفظ: "من أفلس ماله يتبرع به ويحل له أن يفسد - أو إنسان قد أفلس - فهو أحق به من غيره"، رقم ٤٠٧٠ (٥/٣٦).

(٢) انظر: مع القسط، التركي: (٣٩٥).

(٣) انظر: تبيين الخلفاء: (٦٠٦/٥).

(٤) رواه الإمام مسلم في صحيحه كتاب المساقاة، باب من أفلس ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه، رقم ٤٠٧٦ (٥/٣٦).

(٥) انظر: نيل الأوطار، للشوكاني: (٢٩٠/٥).

الذليل الثاني: واستدلوا أنطبأ بالقياس: فإن الإجماع دل على أن البائع إذا عجز عن التسليم للمبيع فيحق الفسخ للمشتري، ومثله إذا عجز المشتري عن سداد الثمن فإنه يحق للبائع فسخ العقد، لأن البيع عقد معاوضة، والمعاوضات مبنية على المساواة بين الثمن والمثل^(١).

د - الراجع:

والذي يترجح - والله أعلم - هو ما ذهب إليه الجمهور؛ لقوة الذليل والص على أن البائع أحق بسلمته التي باعها إذا وجعها بعينها عند رجل قد أفلس.

والمذهب الذي سارت عليه السابقة القضائية:

من خلال استعراض ما ورد في السابقة القضائية من أسباب نرى بأنها اختارت ما ذهب إليه الحنفية من اعتبار العقد لازماً بمجرد القبض واستمرارية اللزوم حتى مع عدم تسليم الثمن من قبل المشتري، لا سيما وأن البائع تحصل على أوراق تجارية مثبت بها الثمن، وعلمه بأن المشتري تصرف في السلمة بالبيع لطرف ثالث، مما يقوى - ما ذهب إليه من اعتبار - عدم فسخ العقد وأن ليس للبائع سوى المطالبة بالثمن.

ثالثاً: وجه كونها سابقة قضائية:

يظهر من خلال عرض السابقة القضائية في الفرع الأول، وجه كون الحكم سابقة من حيث صدور الحكم من المحكمة الابتدائية وفقاً لما هو مبين عند عرضها واكتساب تأييد المحكمة الأعلى درجة، وقد تكررت مثل هذه الوقائع.

(١) انظر: بدائع الصالح - للكسبي: (٧٥٢/٥)، والشرح الكبير، للمقنعي: (٢٥٥/١٣).

وأصبحت السابقة صالحة لأن تكون مثالا يحتذى بها لما يلحق من أحكام وفق لما هو مقرر في هذا البحث.

وأخيراً: الصيغة المقترحة للسابقة:

(لا يصح الجمع بين الثمن ورد الثمن في طلب واحد امام القضاء).



الطلب الثاني

حكم فسخ العقد بلا مسوغ

◆ الفرع الأول: عرض السابقة^(١)

[وردت إلى فرع ديوان المظالم بمنطقة مكة المكرمة بجنة/لائحة الدعوى المقدمة من (..... الوكيل الشرعي للمدعي) متضمنة طلب إلزام المدعي عليه برد المبلغ المسلم إليه والبالغ وقدره (١٥٠,٠٠٠) مائة وخمسون ألف ريال - مقابل توريد أجهزة استنير وتسجيل - لعدم وفاء المدعي عليه بتنفيذ العقد المبرم بين الطرفين في توريد تلك الأجهزة، فقيدت الدعوى، ويسأل المدعي وكالة عن دعواه ذكر أنها وفقاً لما جاء بلائحة الدعوى موضحاً أن موكله اشترى من المدعي عليه أجهزة للتسجيل وإنتاج الأشرطة الدينية وقام بنفع (١٥٠,٠٠٠) مائة وخمسين ألف ريال، إلا أن المدعي عليه لم يفي بالتزاماته بخصوص توريد هذه الأجهزة وأن موكله لم يستلمها من تاريخه، وطلب في نهاية الدعوى إلزام المدعي عليه برد المبلغ الذي استلمه بغير وجه حق، ويسأل المدعي عليه الجواب أقر بصحة العقد الخاص بتوريد الأجهزة وأقر باستلام الدفعة الأولى من المدعي ومقداره (١٥٠,٠٠٠) مائة وخمسون ألف ريال، ويسأله عن الكيفية التي يتم تسليم الأجهزة بموجبها أجاب أن الاتفاق بينه وبين المدعي على أن يقوم المدعي باستلامها من مستودع

(١) انظر: الحكم الصادر من الدائرة التجارية الخاصة رقم ٩٨/٥/١٩٨٠ ت/ج/٨ لعام ١٤٢٨هـ والمؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ١٢/ت/٣ لعام ١٤٢٩هـ، والمنشور في مجموعة الأحكام والقرارات التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٢٩هـ (٢/٨٦٠).

المدعي عليها، إلا أن المدعي تأخر في تسليم الدفعة الثانية على أن الجهاز الأساسي في هذه الأجهزة وصل قبل موعده بعشرة أيام ولا زال هذا الجهاز في مستودعه حتى تاريخه، وأنه يطلب من المدعي تنفيذ الاتفاق واستلام الجهاز من المستودع وتسليمه الدفعة الأخيرة من قيمته، ويعرض ذلك على وكيل المدعي أنكر ما أفاد به المدعي عليه من الكيفية التي ذكرها بخصوص الاتفاق فطلبت الدائرة من المدعي عليه البيعة على حقيقة الاتفاق التي ذكرها. فأجاب بأن ليس لديه بيعة إلا هذا العقد المبرم بين الطرفين وحسرة من بوليصة الشحن وخطاب من الشركة الموردة للجهاز، وبإطلاع الدائرة عليها تبين أنها باللغة الإنجليزية وطلبت الدائرة ترجمتها من مكتب معتمد وتقليدها في الجلسة القادمة، وسالت الدائرة المدعي عن السبب في تأخره عن دفع الدفعة الثانية المنصوص عليها في العقد المؤرخ في ١٩٩٥/٩/٥م فذكر أن السبب في ذلك أنه اكتشف أن المدعي عليه غير ملتزم بالمواعيد وأسعاره خيالية في السوق، فعقب المدعي عليه أن الجهاز محل العقد قد تم توريده حسب بوليصة الشحن في ١٩٩٥/١٢/١٨م أي قبل موعد التسليم المتفق عليه بأسبوع،.... ويسأل المدعي الجواب قال: أكتفي بما سبق تقديمه وأنه يحصر دعواه في فسخ عقد البيع واسترداد الدفعة المسلمة للمدعي عليه ومقتارها (١٥٠٠٠٠) مائة وخمسون ألف ريال وطلب المدعي عليه إلزام المدعي بالمبلغ المتبقي ومقتارها: (١٥٣٩٩٠) مائة وثلاثة وخمسون ألفاً وتسعمائة وتسعون ريالاً تنفيذاً للعقد، وأنه مستعد بتسليم الأجهزة فور استلامه المبلغ.

(الأسباب)

وحيث أن المدعي يهدف من دعواه إلى فسخ عقد البيع المبرم بين الطرفين لتوريد أجهزة استديو وطلب استرداد الدفعة الأولى المسلمة

للمدعي عليه ومقدارها (١٥٠٠٠٠) مائة وخمسون ألف ريال، وحيث أوضح العقد الموقع من الطرفين بتاريخ ١٩٩٥/٩/٥م الالتزامات التعاقدية التي نشأ العقد من أجلها وهي أن يقوم الطرف الأول المدعي عليه بتزويد الطرف الثاني بالأجهزة المقننة في العرض المرفق الموقع من الطرفين أيضاً المشتمل على مواصفات الأجهزة التي تم التعاقد بموجبها والمؤرخ في ١٩٩٥/٨/٢٦م وهي خاصة باستديو الطرف الثاني المدعي والبالغ قيمتها الإجمالية مبلغاً وقدره (٣٠٣,٩٩٠) ثلاثمائة وثلاثة آلاف وتسعمائة وتسعون ريالاً بمرعد أقصاء ١٤١٦/٨/١هـ، وأن الطرف الثاني المدعي قد قام بدفع مبلغ وقدره (١٥٠٠٠٠) مائة وخمسون ألف ريال على أن يقوم بنفع مبلغ (٧٥,٠٠٠) خمسة وسبعين ألف ريال خلال شهر من توقيع هذا العقد والرصيد الإجمالي المتبقي دفعات تنتهي بتاريخ ١٤١٦/٩/٣٠هـ، وإذا أقر الطرفان بصحة العقد المذكور، وحيث قدم المدعي عليه صور المستندات وترجمتها التي تثبت تزويد الأجهزة محل الدعوى خلال المدة المتفق عليها وهي بوليصة الشحن المؤرخ في ١٩٩٥/١٢/١٨م وطلب حوالة بالتلكس المؤرخ في ١٩٩٥/١٢/١٣م بمبلغ (١٤٨٧٠) أربعة عشر ألف وثمانمائة وعشرين جنيهاً إسترلينياً واسم المستفيد (.....) وإشعار مجموعة الساوند كرافت بشركة (.....) الصناعية العالمية الموجودة في المملكة المتحدة بأن المنتج رقم (RW 5232) والمواصفات ساوند كرافت دي سي: (٢٣٢٠٢٠) قناة مع بدالة أسلاك بالقيمة المذكورة وتاريخ الشحن ١٩٩٥/١٢/١٤م، وأن هذا الإشعار من أجل تأكيد أن المنتج المذكور قد تم بيعه إلى (.....) بالمملكة العربية السعودية بتاريخ ١٤ ديسمبر عام ١٩٩٥م وفاتورة مؤرخة في ١٩٩٥/١٢/٢٠م من (.....) في الولايات المتحدة الأميركية إلى (.....) وتاريخ طلب الشراء ١٩٩٥/١/٣١م بسعر إجمالي (١٥٤١١) خمسة عشر ألفاً

وأرسمائة وأحد عشر ريالاً ورمز الصنف بي إس (١٣٠٠ إي ٧٢٠ فولت) مضخم الصوت الرقمي وفائورة مؤرخة في ١٦/١/١٩٩٦م من (.....) والمشتري (.....) بمبلغ (٤١٩٧) أربعة آلاف ومائة وسبعة وتسعين ريالاً وفائورة برقم (٣٤٧٢١٨) والمشتري (.....) بمبلغ (٧٨٩٠٠) ثمانية وعشرين ألفاً وتسعمائة دولار أمريكي وحيث ثبت من بوليصة الشحن المقدم صورتها من المدعي عليه أن تاريخ شحن البضاعة المباعة على المدعي ١٨/١٢/١٩٩٥م الموافق ٢٦/٧/١٤١٦هـ سابق للتاريخ المحدد لاستلامه والمحدد في العقد بتاريخ ١/٨/١٤١٦هـ مما يعني أن البضاعة الموصوفة في العقد وردت من قبل المدعي عليه لصالح المدعي خلال المدة المحددة في العقد، وحيث التزم المدعي في العقد بنفع ما يلزمه بموجب العقد وفقاً للمواصفات المتفق عليها من الطرفان للبضاعة الموردة والموصوفة في العرض المرفق بالعقد مما تنتهي معه الدائرة إلى إلزام المدعي بنفع المبلغ المتبقي وقدره (١٥٣,٩٩٠) مائة وثلاثة وخمسون ألفاً وتسعمائة وتسعون ريالاً ورفض طلب المدعي فسخ عقد البيع باعتبار أن العقد تم بالتراضي بين الطرفين، ولا يغير من هذا الأمر ما دفع به وكيل المدعي من أن المدعي عليه لم يستند في توريد تلك البضاعة إلى فتح اعتماد مستندي لكون التعامل بالاعتماد المستندي ليس أمراً متعيناً بحق المدعي عليه لاستيراد البضائع من الخارج؛ إذ أن للتاجر أن يتعامل بالشراء مع أصحاب البضاعة بأية طريقة مشروعة تحقق له العرض المطلوب، إضافة إلى أن العقد لم ينص على إلزام المدعي عليه بتسليم المدعي البضاعة في محله ولم ينص على اشتراط الاعتماد المستندي طريقة لتوريد البضائع محل العقد، كما أن خطاب الضمان الذي يكون الاعتماد المستندي أحد أنواعه تكون العلاقة فيه منحصرة بين طالب خطاب الضمان وبين

مصنوعه وهو البنك وبين المستفيد منه وهو البائع والمدعي ليس طرقاً فيه والهدف منه ضمان تأمين المشتريات وفق شروطها ومواصفاتها وفي أوقاتها المحددة لذلك، وحيث إن القصد من العقد المبرم بين الطرفين هو توريد تلك البضاعة وفقاً للمواصفات المحددة في العقد، فإنه لا يضير المورد أية طريقة حققت الغرض المقصود من العقد ما دام مشروعاً، وأما امتناع المدعي من تسليم النسخات المتبقية للمدعي عليه فذلك يعد إخلالاً منه بالتزاماته التعاقدية، وتنتهي الدائرة إلى إلزامه بنفع المستحقات المتبقية لصالح المدعي عليه وتمكينه من استلام البضاعة محل العقد وبه تقضي.

لذلك حكمت الدائرة بإلزام المدعي (.....) بأن ينفع للمدعي عليه (.....) صاحب مؤسسة (.....) للأجهزة والتسجيلات مبلغاً وقدره (١٥٣,٩٩٠) مائة وثلاثة وخمسون ألفاً وتسعمائة وتسعون ريالاً ورفض ما هذا ذلك من الطلبات. ويعلن الحكم على الحاضرين بقرر المدعي عدم القناعة به وقرر المدعي عليه القناعة به.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة على النحو التالي:

أولاً: الأصل في العقد المبرم بين الطرفين في هذه الواقعة اللزوم، ولا يثبت الفسخ إلا بمسند شرعي أو مبرور مقبول من ثبوت خيار مشروع أو تعذر المضي في العقد بوصول العاقلين إلى حالة لا يمكن الاستمرار فيها، ومن خلال استعراض السابقة القضائية وما تضمنت به، نجد جلياً أنها لم تقض بفسخ العقد لعدم وجود ما يبرر ذلك، وتقتضيه الحال المعروضة أمام القضاء، وبهذا يتضح مدى التطابق بين العنوان والسابقة القضائية حسبما هو متبع بيانه في هذه الدراسة.

ثالثاً: الأصل في العقود شرعاً اللزوم والوفاء بها، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]. وهذا الأصل فيما يتعلق بالعقود اللازمة لذا جاء في الأشياء والنظام: "أن العقود بين اثنين على أقسام، منها عقد لازم من الطرفين قطعاً، ولا يجوز الفسخ فيها إلا إذا تضمنت أحوالاً معينة، ومنها أيضاً عقد جائز غير لازم من الطرفين بحيث يجوز الفسخ من أحد المتعاقدين دون رضا الآخر".^(١)

إذن فإن المتبايعين إذا تعاقدوا على عين في بيع، ثم تفرقا من مجلسهما - ولم يكن ثمة خيار بينهما- فإن العقد لازم بينهما لا يحق لأحدهما فسخه، إلا بوجود عيب موجب للرد، أو لخيار شرط بينهما معلوم المدة، وهذا الأمر متفق عليه بين العلماء، ومجمع عليه بينهم.

قال في الإيضاح: (وانفقوا على أنه إذا وجب البيع، وتفرقا عن المجلس من غير خيار، فليس لأحدهما الرد إلا بعيب).^(٢)

وقال في المعني: (لا خلاف في أن البيع يلزم بعد التفريق، ما لم يكن سبب يقتضي جوازه... إلا أن يجد بالسلعة عيباً فيردها به، أو يكون قد شرط الخيار لنفسه مدة معلومة فيملك الرد أيضاً، ولا خلاف بين أهل العلم في ثبوت الرد بهذين الأمرين).^(٣)

ومستند الإجماع أدلة منها:

الفيل الأول: حديث ابن عمر رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: "إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار، ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا بعد

(١) الأشياء والنظام للسيوطي، (٢٧٥) جعفر.

(٢) الإيضاح، ابن عيرة: (٢٧٣/١).

(٣) المعني، ابن قدامة: (٣٠/٦).

أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع^(١).

الفيل الثاني: حديث حكيم بن حزام **قال:** قال رسول الله **عليه السلام:** "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا" أو قال: "حتى يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما"^(٢).

وجه الدلالة من الحديثين:

أن النبي **صلى الله عليه وسلم** جعل البيع لازما بأمرين وهما: التفريق بين المتبايعين، وقطع الخيار بينهما^(٣).

إذا علم ذلك فإن الفسخ^(٤) يرد على العقود وقد يكون واجبا أو مندوبا أو مباحا أو مكروها، فهو يكون واجبا لرعاية حق الشرع كفسخ العقد الفاسد لإزالة سبب الفساد مثلا، ويكون مباحا إذا تراضى الطرفين على ذلك، وأعمالا لإرادتهما لفسخ العقد، ويكون مندوبا بالإقالة، أو لتضبر أحدتهما من إتمام العقد ونحو ذلك^(٥).

ومما سبق يظهر أن للفسخ في العقود أسبابا تطرق لها الفقهاء في

(١) أخرجه البخاري في باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع برقم ٢١١٢ (٨٤/٣)، وأخرجه مسلم في كتاب البيوع باب ثبوت خيار المجلس للمبتاعين برقم ٣٩٣٤ (١٠/٥).

(٢) أخرجه البخاري في باب إذا بين البعان ولم يكتما ونصحا، برقم ٢٠٧٩ (٧٦/٣)، وأخرجه مسلم في كتاب البيوع باب التصق في البيع والذان برقم ٣٩٣٧ (١٠/٥).

(٣) ينظر: مسائل الإجماع في عقود المعاملات المالية، التفسير (٣٨٨/٣).

(٤) الفسخ في اللغة يأتي بمعان أظهرها: الرفع، والإزالة، والتقصي ولا يخرج الاستعمال الفقهي للكلمة من مثولها للمعنى لما فقد حرفه ابن نجيم بأن الفسخ هو "حل ارتباط العقد" لا إبراء، والمثل لا ين نجيم: ٢٩٦ وينظر: لسان العرب: (٤٤/٣) مادة (فسخ).

انظر: الفسخ في العقود المالية، إبراهيم شيبه (ص ٥٢)، ومجموع المصطلحات المالية، حماد (ص ٥٢٣).

(٥) انظر: نظرية فسخ العقود، نجيم: (ص ٦٦).

كتبهم يحسن بنا استعراضها مجملة، لمعرفة المبررات التي تستوجب النظر في طلب الفسخ، بعد تلاقي إرادة المتعاقدين على العقد، وحاصلها في ما يلي^(١):

الفسخ بالاتفاق، وتسمى بالإقالة، ويترتب عليها وجوع كل من العرضين إلى صاحبه^(٢).

الفسخ لثبوت الخيار لأحد الطرفين، أما لظهور عيب، أو خيار شرط، أو خيار رؤية ونحو ذلك.

الفسخ لعدم لزوم العقد من أصله، ويكون ذلك في العقود الغير لازمة والمبنية على التبوع والإحسان كعقد الوكالة، أو القرض، أو العارية.

الفسخ لتعذر واستحالة تنفيذ ما تم الاتفاق عليه، أما لهلاك السلعة، وإما لاختلاف المتبايعين، وأما لأسباب طارئة أثناء التنفيذ ونحو ذلك من الأسباب التي يتعذر معها تنفيذ العقد.

الفسخ لفساد العقد، فإن العقود التي نهى عنها الشارع لذاتها، أو لأمر عارض خارج عنها، كبيع الربا، ولحم الخنزير، والخبز الفاحش، ونحو ذلك من البيوع المنهي عنها، فإن العقد يعد باطلاً، ولا يترتب عليه أي أثر ويجب فسخه حقاً للشرع حتى بعد القبض.

(١) المرجع السابق (ص ١٨٩ وما بعدها)، وتكونت الأسباب مجملة دون تفصيل للاختلاف الواردة فيها واعتباره سبباً، ويراجع ذلك في مقالته، وتلازمة نظر: فسخ العقود المالية، للتكوير لإبراهيم شيب، ونظرية فسخ العقود للتكوير أسعادي نسيم.

(٢) الإقالة لغة: الرفع والإزالة، ومنه قولهم: أقال الله حوزته أي رفعه من سقوطه، وفي الاصطلاح رفع العقد، وإلغاء حكمه وأثاره إرادي الطرفين. ينظر: معجم المصطلحات المالية، حماد: (ص ٧٦).

الفسخ بسبب الضرر في عقد الإيجار، وبيع الثمار متى ما وجد السبب كالجوائح، أو وجد سبب أدى إلى نقص في المال أو تلفه، مما يعده الإحاث ضرراً سائغاً في فسخ عقد الإيجار، كما لو استأجر شخصاً لمخاطة ثوبه ثم بدى له أن لا يخطئه.

الفسخ لأي سبب من الأسباب المتعلقة بعقد النكاح، والتي يجوز معها فسخ العقد كاللعان، والردة، والعنة، والفرقة والشقاق ونحو ذلك. الفسخ لأجل إفلاس أحدهما، أو معاطلته، أو إفساره.

الفسخ في عقد الهدية لوجود خيانة، أو ضرر، أو إمارات تدل عليه. فإذا لم يوجد سبب من الأسباب المسوغة للفسخ في العقود كما هو مبين آنفاً، فلا يجوز فسخ العقود اللازمة بعد انعقادها؛ لما يبنى في بداية هذه المسألة من أن الأصل في العقود اللزوم ووجوب الوفاء بها، والإجماع منعقد على ذلك.

وبالنظر لما جاء في السابقة القضائية، وما قضت به من عدم صحة ما طلبه المدعي من فسخ العقد بعد لزومه، وأنه لم يثبت قضاء المبرور الشرعي لجواز الفسخ، وحكمت بتنفيذ العقد وإجراء مضمونه، نجد أن ذلك القضاء متوافق مع جاء في لزوم العقد شرعاً، وانعقاد الإجماع على عدم أحقية الفسخ له بعد التفرق إلا بمبرر مشروع.

ثالثاً: وجد كونها سابقة قضائية:

الثابت من عرض المحكم القضائي، وما تبع ذلك من إجراءات قضائية، انطباق وصف السابقة القضائية على مضمونه، إذ أنه صدر من المحكمة الابتدائية برقم ١٩٨/د/٨/تج/٨ لعام ١٤٢٨هـ واستوفى أركان وشروط المحكم القضائي، ثم اكتسب تأييد وموافقة المحكمة الأعلى

درجة بالحكم رقم (١٢/ت/٣ لعام ١٤٢٩هـ) وأصبحت صالحة لأن تكون مثالا يحتذى بها لما يلحق من أحكام^(١).

رأيًا: الصياغة المقترحة للمابقة:

(لا يصبح نسخ المقتد اللازم دون سبب مشروع).



(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ المتعارفة، الصادرة عن ديوان المظالم: لعام ١٤٢٨هـ/ج ٢: ٨٢٠.

الفصل الثاني

السوابق القضائية المتعلقة بالصرف وأحكامه

وفيهِ مبحثان: -

- ♦ المبحث الأول: رد المثل بالمثل في الاصناف الربوية.
- ♦ المبحث الثاني: الإلتزام في السبقة بالعملة النقدية التي تعامل بها الطرفان.

البهت المدعى

رد الممثل بالممثل في الاصناف الترويجية

♦ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[تلخص وقائع هذه القضية حسبما يبين من أوراقها بأنه بتاريخ ١٤٢٤/١٢/٢٥هـ تقدم الوكيل الشرعي..... عن المدعية مؤسسة..... بلائحة استدعاء إلى رئيس فرع ديوان المظالم، وجاء فيها دعوى المدعية بأن مندوب الشركة المدعى عليها... قام باستلام كمية من الذهب من المدعية وملك لإجراء الصيانة والتبديل، إلا أنها لم تُمد الكمية، وأفاد أحد موظفيها بأن المندوب الذي قام باستلام الذهب فصل من الشركة لذا فالمدعية تطالب بإلزام الشركة المدعى عليها بتسليمها (٢٦٤٦، ١) جراماً من الذهب عيار ٢١ فأجاب وكيل المدعى عليها بأن هذا الادعاء لا يعدو كونه حركة تواطى بين المدعى وبين المندوب، حيث لم تظهر مطالبته إلا بعد ثلاثة أشهر من الإعلان عن فصل المندوب وطلب إحالة الدعوى إلى مدينة الرياض، ويجلسه الاثنين ١٣/٤/١٤٢٥هـ سئل المدعى عن دعواه فذكر أنها كما جاءت بلائحة الدعوى، وذكر وكيل المدعى عليه أن موكله ينكر استلام أي كمية من الذهب هو أو أي أحد

(١) انظر: الحكم رقم ٢٠٩/٥/تج/١٢ لعام ١٤٢٧هـ، والمكتسب تأييد محكمة الاستئناف بالحكم رقم ١٣٣/ت/٣ لعام ١٤٢٨هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ للتجارية لعام ١٤٢٨هـ: (٤٥٠/٢).

من موظفيه، فعقب المدعي وكالة بأن مندوب المدعي عليه.. حضر لدى موكله واستلم الكمية المدعى بها لصيانتها واستبدالها وحرر لموكله سند تحصيل برقم ٦٧٠ على فواتير المدعي عليه، وبجلسة السبت ٥/٧/١٤٢٥هـ قدم وكيل المدعي عليه مذكرة أوضح فيها أن المندوب المذكور تغيب عن العمل والإخلاء المسؤولية ثم الإعلان بجريدة المدينة بتاريخ ١٣/٣/٢٠٠٣م الذي جاء مضمونه عدم التعامل مع المندوب المذكور باسم المجموعة من تاريخ ١/٣/٢٠٠٣م، كما أن مهام المندوب تنحصر باستلام الذهب من المجموعة وبيعه على العملاء وتحصيل القيمة بينما يقوم فريق الصيانة باستلام الذهب من العملاء وعمل اللازم له، وبجلسة السبت ٢٨/١٠/١٤٢٥هـ قدم وكيل المدعي مذكرة أوضح فيها أن موكله تعامل مع المندوب وهو على رأس العمل، إذا أن الإعلان قد نشر بجريدة المدينة بتاريخ ١٣/٣/٢٠٠٣م الذي جاء مضمونه عدم التعامل مع المندوب المذكور باسم المجموعة من تاريخ ١/٣/٢٠٠٣م رغم أن المندوب قد استلم الذهب المدعى به في تاريخ ١١/١/٢٠٠٣م الموافق ١٨/١١/١٤٢٦هـ قدم المدعي عليه وكالة مذكرة أوضح فيها بأنه لا علاقة لموكله بفصل المندوب ولا باستلامه أي كمية ذهب سواء على سبيل التبديل أو الصيانة من قبل المدعي، والسند ليس من مستندات موكله وهو غير صادر عن فرع جدة، والعرف الجاري عليه العمل لدى المدعي عليه أن المندوب يسلم العميل سند صيانة صادر عن فرع جدة فليس المعيار بكون المندوب مفوضاً بالاستلام، بل في كونه تصرف في حدود هذا التفويض فإن تسلم المندوب الذهب على فواتير تحمل اسم فرع جدة اعتبر المدعي عليه مستولاً عنها، كما أن المدعي قد تعامل مع المندوب الآخر... في تاريخ ١٦/١/٢٠٠٣م وتم بيع ٣٧٦٥ غرام ذهب وتم تصفية العملية في ٦/٢/٢٠٠٣م فيما تعامل مع المندوب السابق كما

يزعم في ٢٠٠٣/١/١١م فكيف تتم التصفية للمصلحة السابقة مع المندوب الجديد دون ذكر للتعامل السابق مع المندوب... ثم إن التاريخ الموضوع على السند بالهجري وجميع مستندات المدعى عليها بالتاريخ الميلادي، كما أن السند المزعوم ينطوي على جهالة قاحشة لجهالة كمية الذهب المردود وكمية الذهب لعمل الصيانة عليه وكمية الذهب المطالب بتبديلها، وبجلسة الأحد ١٢/٥/١٤٢٦هـ قدم المدعي مذكرة أبرز فيها بأن المندوب الجديد كان مساعداً للمندوب السابق ولم يتعامل معه البتة ولا يوجد تعامل مستقل معه.

الأسباب:

وحيث إن المدعي قد حصر دعواه بالمطالبة بكمية الذهب المستلمة من قبل مندوب المدعى عليه وقدرها (٢٦٤٦، ١) غراماً عيار ٢١ بموجب سند التحصيل رقم ٦٧٠ على فواتير المدعى عليه، ولما كان الأصل المقرر في الشريعة أن الإنسان ضامن لأفعاله كلها لا يتحمل غيره عنه شيئاً من تبعاتها، لأن الأصل أن الشخص مسئول عن ضمان الضرر الذي ينشأ عن فعله لا عن فعل غيره، لكن الفقهاء استثنوا من هذا الأصل ضمان الشخص لأفعال التابعين له كالخدم والعمال والموظفين ويمثل هذا في الخادم في المنزل والطاهي في المطعم والمستخدم في المحل والعامل في المصنع، والموظف في الحكومة، وفي سائق السيارة لمالكها كل في دائرة عمله، لأنه يعبر نائباً عنه، فيعبر فعله منقولا إليه، كأنه فعله بنفسه، وحيث إن التعاملات التجارية بين التجار مبنية في الغالب على العرف وما جرت عليه العادة، وحيث إن المدعى عليه لا ينكر أن المندوب هو المخول للتعامل مع الآخرين ومن بينهم المدعي، وحيث إن المدعى عليه قد أبرز مندوبه ليعامل التجار بالبيع والشراء والتحصيل والصيانة دون تحديد طريقة معينة محددة لكل نوع، إذا إنه لم

يقدم خلال نظر الدعوى ما يثبت إخطار المدعى باختصاص كل مندوب أو الطريقة التي يتم بها التعامل معهم، وحيث إن الثابت من أوراق القضية وجود تعاملات سابقة بين الطرفين وبمباشرة المندوب المستلم للذهب محل الدعوى، الذي ينكر المدعى عليه تصوره بشأنه مع إقراره بصحة تصرفات مندوبه السابقة مما يجعل إنكاره لتعامل مندوبه مع المدعى لا يصبح ويسوغ كونه على خلاف العرف التجاري وعلى خلاف قاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) وقد بين ابن تيمية رحمته الله في معرض جوابه عن السؤال الذي يتصرف لهذا الموكل بإيجار حوائثته وقبض الأجرة ويدهي بذلك عند القضاة لموكله وسيد يعلم بذلك كله، ويقره عليه فهل يقبل قوله إنه لم يوكله؟ فأجاب بأنه لا يقبل قوله في إنكاره الوكالة مع كونه يتصرف له تصرف الوكلاء، مع علمه بذلك وكونه معروفاً بأنه وكيل بين الناس، حتى لو قلر أنه لم يوكله - والحالة هذه - فتفريطه وتسليطه هذوان منه يوجب القيمان... فتسليم المدعى عليه لمندوبه أوراقه وقرائره وتسليطه للتعامل مع الآخرين يجعل مسؤولية تصرفات مندوبه عليه ولا يجوز له التنصل منها بأي حال، كما لا يقبل منه الإقرار بمسؤولية بعض التعاملات دون البعض الآخر، وإن كان المندوب قد أخل بالتزاماته تجاه المدعى عليه فإن هذه العلاقة في حقيقتها هي علاقة ثنائية بين المدعى عليه ومندوبه وله الرجوع عليه إن أخل، كما أن الثابت أن المدعى قد تعامل مع المندوب وهو على رأس العمل، حيث إن التعامل وقع بتاريخ ٢٠٠٣/١/٢١م الموافق ١١/١٨/١٤٢٢هـ والمدعى عليه قد نشر إعلاناً بجرينة المديونة بتاريخ ١٣/٣/٢٠٠٣م نص فيه على عدم التعامل مع المندوب المذكور باسم المجموعة من تاريخ ٢٠٠٣/٣/١م فتبين أن التعامل مع المندوب سابق لهذا الإعلان وسابق للتاريخ المدون فيه، بل إن احتجاج المدعى عليه بهذا

الإعلان يدل على مسؤوليتهم عن تصرفات المندوب المذكور قبل هذا الإعلان.

وحيث إن مطالبة المدهي متعلقة بوزن ذهب والذهب كما هو معلوم من المثليات التي تستوجب في حالة وجوب الالتزام بها رد مثلها، الأمر الذي تنتهي مع الدائرة إلى إلزام المدهي عليه برد مثل الذهب الوارد في السند قدرًا ووزنًا وللمدهي عليه حق الرجوع على مندوبه بشأن تعامله مع المدهي.

لذا حكمت الدائرة: بإلزام المدهي عليها مجموعة.... لصاحبها.... بأن يسلم المدهي... وزن ألفين وستمائة وستة وأربعين جرامًا وواحد من العشرة جرام من الذهب عيار واحد وعشرين، والله الموفق.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وتتمثل دراسة هذه السابقة فيما يلي:

أولاً: نصت السابقة القضائية على أن المدهي يطالب بتسليم وزن من الذهب، والذهب يعد من المثليات التي يشترط فيها التساوي مثلاً بمثل، ولذا ألزم المدهي عليه بتسليم ورد مثل ما أخذ قدرًا ووزنًا، ومن هنا يظهر التطابق بين عنوان المطلب وما جاء في السابقة القضائية.

ثانيًا: استندت السابقة القضائية في قضائها على أمر متفق عليه بين الفقهاء ^(١) وهو أنه يجب رد المثل في المكيل والموزون، قال في الشرح الكبير: (لا نعلم خلافاً في وجوب رد المثل في المكيل والموزون) ^(٢).

(١) الشرح الكبير لابن قدامة: (١٧/٣٣٨).

ومستند ذلك^(١) :

أولاً: الإجماع على جواز رد المثل في القرض، قال ابن المنذر^(٢) **قوله:** (أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من أسلف سلفاً مما يجوز أن يسلف فرداً عليه مثله، أن ذلك جائز، وأن للمسلف أخذ ذلك)^(٣).

ثانياً: أن المكيل والموزون يضمن في الغصب والإتلاف بمثله، فكذا هنا^(٤).

ثالثاً: وجه كونها سابقة:

يظهر من خلال استعراض السابقة القضائية، مدى انطباق وصف السابقة القضائية على مضمونها، إذ أنها صدرت من المحكمة الابتدائية، واستكملت الأركان الشرعية المطلوبة في الأحكام القضائية، ثم اكتسبت تأييد وموافقة المحكمة الأعلى درجة، وقد تكررت وقائع مماثلة لها كما

(١) ينظر: البحر الرائق: (١٦٦/٦)، حاشية الدسوقي: (٤١٢/١٢)، السوابق الكبير (٢١٩/٨)، الشرح الكبير لابن قدامة: (٣٢٨/١٢)، الإنصاف: (٣٨٨/١٢) موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، الوطيان وآخرين: (١٥٩/٤).

(٢) هو: محمد بن إبراهيم بن المنذر الإمام أبو بكر النيسابوري، تولى مكة أحد أحلام هذه الأمة وأخبارها، كان إماماً مجتهداً حافظاً ورعاً، وله الخصائص العظيمة الثمينة 'مكتابه الأوسط' 'والإشراف في اختلاف العلماء' 'والإجماع'، قال عنه النحوي **قوله:** كان على نهاية من معرفة السنن والاختلاف وكان مجتهداً لا يقلد أحداً، وقال أبو إسحاق في كتابه الطبقات عنه: 'صنف في اختلاف العلماء كتاباً لم يصنف مثلهما واشتاق إلى كتبه المتفرقة والمسالك' توفي سنة ثمان عشرة وثلاث مائة بمكة.

انظر: سير أحلام النبلاء: ١٤/ ٤٩٠، وطبقات الشافعية ٣/ ١٠٦.

(٣) الإجماع لابن المنذر: (٩٩).

(٤) ينظر: الشرح الكبير، لابن قدامة: (٣٢٨/١٢).

في الحكم رقم (١٤١/د/تج/٣١ لعام ١٤٣٢هـ)^(١)، وأصبحت عبادة لأن تكون مثلاً يحتذى به فيما يلحق من أحكام.

رابعاً: العبادة المقترحة:

(كل مكيل أو موزون من الأجناس الربوية؛ يجب الحكم لهباء يرد مثله قسراً ووزناً وجنساً).



(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٢هـ، (ص ٩٧٩).

المبحث الثاني

الإلتزام في السبقة بالمسألة النقدية التي تعامل بها الطرفان

♦ الفرع الأول: عرض السبقة^(١)

[الدعوى:]

تتلخص وقائع هذه الدعوى وبالقدر اللازم لإصدار حكم فيها أنه
تقدم لفرع ديوان المظالم بمنطقة مكة المكرمة وكيل شركة (.....)
بلائحة دعوى ضد مؤسسة (.....) يطالب فيها بمبلغ (١٧٥٣٧٠)
دولاراً أمريكياً (مائة وخمسة وعشرون ألفاً وثلاثمائة وسبعون دولاراً)
قيمة مائة وثلاثة وتسعين ألف ومائتين كيلو جرام من الفاكهة، قيدت
قطعة....

الأسباب:

وحيث حصر المدعي دعواه في المطالبة بقيمة البضاعة، وحيث قرر
المدعي عليه وكالة في جلسة ١٤٢٣/٨/١هـ أنه لا اختلاف في قيمة
البضاعة، وإنما دفعه ينصب على أن البضاعة تالفة ومعيبة، كما قرر أيضاً
استلامه للبضاعة محل الدعوى، وادعى العيب فيها، وحيث أنه لم يقدم
لإثبات ذلك سوى تقرير معد من قبل شركة للفحص والمعاينة؛ بناءً على

(١) سبق الإشارة إلى وقائع الدعوى ومنعنا من الاطالة فمت باختصارها بما يتناسب مع المطلوب
والمراد من النظر: الصفحة ٢٨٣ من هذا البحث.

طلبه ذكر فيه تفاصيل التلف في البضاعة وحيث أن الدائرة وهي بصدد التحقق من صحة هذا التقرير تبين لها أن هذا التقرير ليس فيه ما يقوي جانب المدعى عليه في دعواه العيب، والمخالف للقاعدة الفقهية وهي أن الأصل في الأشياء السلامة.....

الحكم:

لذلك حكمت الدائرة: بإلزام مؤسسة (.....) بأن ينفع للمدعية شركة (.....) مبلغاً وقدره مائة وخمسة وعشرون ألفاً وثلاثمائة وسبعون دولاراً أمريكياً لما هو موضح بالأسباب وبإعلان الحكم قرر المدعي وكالة قناعته به وقرر المدعي عليه أصالة عدم القناعة^(١).

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

تمثل الدراسة التحليلية لهذه السابقة فيما يأتي:

أولاً: صدر هذا الحكم من المحكمة الإدارية بمحافظة جدة (الدائرة التجارية)، وهي إحدى محاكم المملكة العربية السعودية، وعملتها الرسمية هي الريال السعودي، والحكم تضمن الحكم بالدولار الأمريكي أي بغير العملة الرسمية والرائجة في البلد، والسبب في ذلك يعود إلى مراعاة أحكام الصرف، ورد المثل عند الوفاء بما ثبت في الذمة من حقوق والتزامات، ولثبوت الدين في الذمة بذات العملة المقضي بها، ومن هنا تظهر العلاقة بين المطلب والسابقة القضائية محل الدراسة.

ثانياً: أسست السابقة في قضائها على أن ما يطالب به المدعي يعد من قبيل الثمان السلع التي تثبت في الذمة، وبينت بأن على المدعي عليه

(١) انسحب الحكم القطعية جأينه من محكمة الاستئناف بالحكم رقم (٨٩/ت/٣) لعام ١٤٢٩هـ.

أن يدفع مثل ما ثبت في ذمته عند بدء العقد، والذي كان بعملة مغايرة للعملة الرسمية للبلد الصادر منه حكم المحكمة، ولم تجري عليه عملية الصرف، وإنما ألزمته بما ثبت في ذمته من دين على النحو المتعامل به بين الطرفين، وعلى هذا تبنى مسألة النواصة التحليلية، والتي هي اشتراط القبض في الصرف، وبيان هذه المسألة بشكل موجز يفي بالمطلوب، ويبين المقصود من السابقة، فإني سأوردتها على النحو التالي:

المسألة الأولى: اشتراط القبض في الصرف^(١)

صورة المسألة:

لو أن شخصاً أودع في هذا المصرف أن يستبدل مائة ريال سعودي بمائة درهم إماراتي أو يبيع مائة دولار أمريكي بمائة وخمسين دولار أمريكي، فهل يجري في ذلك ما يشترط في الصرف للذهب والفضة من تقايض في المجلس، والتماثل في القدر إذا كان من جنسه، ونحو ذلك من أحكام الصرف، ولتحريرو ذلك نقول:

١ - "أجمع العلماء على أن السنة الاصناف متفاضلاً يبدأ بيد ونسيئة لا يجوز أحدهما وهو حرام"^(٢)، أي فلا يجوز بيع الذهب بالذهب، ولا فضة بفضة، ونحوهما من الاصناف الباقية متفاضلاً يبدأ بيد ولا بنسيئة.

(١) الصرف لغة: معطى الباب لهذه الكلمة يدل على رفع الشيء، أي أنه شيء صرف إلى شيء، كأن التبرع شيء إلى النواصم، أي رجع إليها، إذا أعطت بكذا ومنه اشتق اسم الصيرفة، تصريف أحدهما إلى الآخر واصطلاحاً: بيع نقد بقد من جنسه أو من غيره انظر: مقاييس اللغة، لابن فارس: (٣/٣٦٨) مادة (صرف)، والمطلع على ألفاظ المفتي: (٢٨٦).

(٢) الإجماع، لابن المنذر (٩٧).

٢ - " وأجمعوا على أن المتعاضدين إذا تفرقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد" (١).

٣ - واختلفوا في العقود الورقية المعاصرة، وهل تلحق بالذهب والفضة في الأحكام وجريان الربا فيها؟ على عدة أقول (٢)، يهتأ منها هنا القول الراجح منها، وهو أن الأوراق النقدية المعاصرة نقد قائم بذاته؛ كالذهب والفضة، يجري عليه ما يجري عليهما، وتتخذ أجناسه بتعدد جهات الإصدار، فيعتبر كل نوع منها جنساً مستقلاً، وذهب إليه أكثر المعاصرين، وبه صدرت قرارات المجامع الفقهية (٣)، وقرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية ومخلاصة ما جاء فيه: (بناء على أن النقد هو كل شيء يجري اعتباره في العادة أو الاصطلاح، بحيث يلقى قبولا عاما كوسيط للتبادل، كما أشار إلى ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية حيث قال: (وأما الدرهم والدينار فما يعرف له حد طبيعي ولا شرعي، بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح؛ وذلك لأنه في الأصل لا يتعلق المقصود به، بل الضرب أن يكون معيارا لما يتعاملون به، والدرهم والدينار لا تقصد لنفسها، بل هي وسيلة إلى التعامل بها؛ ولهذا كانت أمانا... إلى أن قال: والوسيلة المحضة التي لا

(١) المرجع السابق.

(٢) وحاصل هذه الأقوال: القول الأول: العملة الورقية مبنية «بوزن» القول الثاني: حرم من حرموا التجارة، القول الثالث: ملحقه بالفلوس. القول الرابع: ليست بمال أصلا للقول الخامس: العملة الورقية مخرقة من الذهب والفضة. القول السادس: هي قد مستقل قائم بذاته. انظر: الربا والمعاملات المصرفية، للمترك (٣١٥).

(٣) انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، القرار رقم ٣٢/٥٢١، ص ٨٦، والقرار رقم ٤٢/٤٥: ص ١٨٩، وقرارات مجلس للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي: ص ٩٦-٩٧.

يتعلق بها طرف، لا بمادتها ولا بصورتها يحصل بها المقصود
كفما كانت اه^(١).

وذكر نحو ذلك الإمام مالك في [المقدمة] من كتاب الصرف حيث
قال: (ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلود حتى يكون لها سكة وحين
لكرونها أن تباع بالذهب والورق نظرة)^(٢).

وحيث إن الورق النقدي يلقي قبولاً عاماً في التداول، ويحمل
خصائص الأثمان من كونه مقياساً للقيم ومستودعاً للثروة، وبه الإبراء
العام، وحيث ظهر من المناقشة مع سعادة المحافظ: أن حصة السندية
فيها غير مقصودة، والواقع يشهد بذلك ويؤكد، كما ظهر أن الغطاء لا
يلزم أن يكون شاملاً لجميع الأوراق النقدية، بل يجوز في عرف جهات
الإصدار أن يكون جزء من عملتها بدون غطاء، وأن الغطاء لا يلزم أن
يكون ذهباً، بل يجوز أن يكون من أمور عدة كالذهب والعملات الورقية
القوية، وأن الفضة ليست غطاء كلياً أو جزئياً لأي عملة في العالم، كما
انضح أن مقومات الورقة النقدية قوة وضعفاً مستمدة مما تكون عليه
حكومتها من حال اقتصادية، تقوى الورقة بقوة دولتها وتضعف بضعفها،
وأن المخامات المحلية؛ كالبيترو والقطن والصوف لم تعتبر حتى الآن
لدى أي من جهات الإصدار غطاء للعملات الورقية.

وحيث إن القول باعتبار مطلق الثمنية حلة في جريان الربا في
النقدين هو الأظهر دليلاً، والأقرب إلى مقاصد الشريعة.... وحيث إن
الثمنية متحققة بوضوح في الأوراق النقدية؛ لذلك كله فإن هيئة كبار
العلماء تقر بأكثريتها:

(١) مجموع الفتاوى: ١٩/٢٥٢-٢٥٣.

(٢) المنلة: ٣/٥.

أن الورق النقدي يعتبر نقدا قائما بذاته كقيام النقدية في الذهب والفضة وغيرها من الأثمان، وأنه أجناس تتعدد بتعدد جهات الإصدار، بمعنى: أن الورق النقدي السعودي جنس، وأن الورق النقدي الأمريكي جنس، وهكذا كل عملة ورقية جنس مستقل بذاته، وأنه يتروى على ذلك الأحكام الشرعية الآتية:

أولاً: جريان الربا بترويه فيها، كما يجري الربا بترويه في النقدين الذهب والفضة وفي غيرها من الأثمان كالفلوس، وهذا يقتضي ما يلي:

1 - لا يجوز بيع بعضه ببعض أو بغيره من الأجناس النقدية الأخرى من ذهب أو فضة أو غيرها - نسيئة مطلقاً، فلا يجوز مثلاً بيع الدولار الأمريكي بخمسة أريلة سعودية أو أقل أو أكثر نسيئة.

ب - لا يجوز بيع الجنس الواحد منه بعضه ببعض متفاضلاً، سواء كان ذلك نسيئة أو يدا بيد، فلا يجوز مثلاً بيع عشرة أريلة سعودية ورق بأحد عشر ريالاً سعودياً ورقاً.

ج - يجوز بيع بعضه ببعض من غير جنسه مطلقاً، إذا كان ذلك يدا بيد، فيجوز بيع الليرة السورية أو اللبانية بريال سعودي، ورقاً كان أو فضة، أو أقل من ذلك أو أكثر، وبيع الدولار الأمريكي بثلاثة أريلة سعودية أو أقل أو أكثر إذا كان ذلك يدا بيد، ومثل ذلك في الجواز بيع الريال السعودي الفضة بثلاثة أريلة سعودية ورق أو أقل أو أكثر يدا بيد؛ لأن ذلك يعتبر بيع جنس بغير جنسه ولا أثر لمجرد الاشتراك في الاسم مع الاختلاف في الحقيقة.

ثانياً: وجوب زكاتها إذا بلغت قيمتها أدنى النصابين من ذهب أو فضة أو كانت تكمل النصاب مع غيرها من الأثمان والعروض المعنة للتجارة إذا كانت مملوكة لأهل وجوبها.

ثالثاً: جواز جعلها رأس مال في السلم والشركات^(١).

ومما سبق نخلص إلى أن النقود الورقية الحديثة تعد نقداً قائم بذاته، ويشترط فيه ما يشترط في الذهب والفضة من شروط الصرف واحكامه، ومنها القبض في مجلس العقد يداً بيد، وبيانه في الفقرة التالية.

المسألة الثانية: حكم اشتراط القبض في الصرف:

إذا اختلفت الاجتناس في البيع كذهب ببر، أو فضة بشعير، وكذلك اختلفت جنس الورقة النقدية كريال بدولار، فإنه يجب أن يكون يداً بيد، لأن من شروط الصرف القبض في المجلس قبل التصرف، فإذا لم يقع، فإن العقد فاسد، بإجماع العلماء^(٢).

ومستند الاجماع حجة أدلة منها:

الفيل الأول: ما أخرجه البخاري في صحيحه^(٣) عن أبي سليمان بن أبي مسلم^(٤) قال: سألت أبا المنهال^(٥) عن الصرف يداً بيد؟ فقال: اشتريت أنا وشريك لي شيئاً يداً بيد ونسيته، فجاءنا البراء بن عازب

(١) أبحاث مكية كبار العلماء: ١/ ٣٥.

(٢) قل الاجماع غير واحد من أهل العلم منهم: ابن المنذر، وابن حنبل، وابن قدامة، وغيرهم. انظر: مسائل الاجماع في عقود المعاوضات المالية، الطحطاوي: ٢/ ٥٣٣.

(٣) صحيح البخاري برقم (٢٤٩٧، ٢٤٩٨) في باب الاشتراك في الذهب والفضة وما يكون فيه الصرف (٣/ ١٨٤).

(٤) هو: سليمان بن أبي مسلم حنبل المكي الأصول، قال حنبل بن أبي نعيم، وثقه ابن معين، وأحمد، وأبو طه، وإسحاق وغيرهم.

انظر: اللغات لابن حبان: ٦/ ٢٨١، تهذيب الكمال: ١٢/ ٦٦.

(٥) هو: حنبل بن الحسن بن مسلم الليثي أبو المنهال المكي، روى عن البراء بن عازب وزيد بن أرقم وابن عباس، وغيرهم من الصحابة، وثقه أبو زرقة، وروى له الجماعة مات عام ١٠٦هـ.

انظر: المعجم والتهذيب: ٥/ ٢٨٤، وتهذيب الكمال: ١٧/ ٤٠٦.

فسألناه؟ فقال: فعلت أنا وشريكَي زيد بن أرقم، وسألنا النبي ﷺ عن ذلك، فقال: "ما كان يداً بيد فخذوه، وما كان تسبحة فلقوه".

الثاني: عن مالك بن أوس^(١) أنه ألتبس صرفاً بمائة دينار، فذهاني طلحة بن عبيد الله، فتراوختا حتى اصطوف مني، فأخذ الذهب يقلبها في يده، ثم قال: حتى يأتي خازني من الغاية، وعمر يسمع ذلك، فقال: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، قال رسول الله ﷺ: "الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء"^(٢).

والذي سارت عليه السابقة القضائية هو الالتزام بالعملة النقدية التي تعامل بها الطرفين، وعدم استبدالها بعملة أخرى، لأنه يشترط في ذلك أن تكون حالة ريد بيد في مجلس الصرف "التقاضي"، وهو متعلق شرعاً لكون المحكم لا يثبت في اللمة حال صدوره؛ وإنما يخضع المحكم لمدى نظامية حتى يصبح نهائياً وواجب النفاذ.

ثالثاً: وجه كونها سابقة:

يظهر جلياً من خلال عرض المحكم محل الدراسة مدى انطباق وصف السابقة عليه، حيث أنه صدر من المحكمة الابتدائية برقم ٣٧/د/٨/ لعام ١٤٢٩هـ واستوفى أركان المحكم القضائي وشروطه، وحاز

(١) هو: مالك بن أوس التستالي بن الحارث أبو سعد المصري السجاسي المدني، أحد حياة النبي ﷺ، وحدث عن عمر وعثمان وعلي وغيرهم، وهو ثقة معروف بالفصاحة، قليل التثبت، توفي عام ١٢٧هـ.

انظر: سير أعلام النبلاء: ١٧٢/٤، وتهذيب الكمال: ١٢١/٢٧.

(٢) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٣٤) باب ما يُلْكُرُ في بيع الطعام والسكر، ٨٩/٢، وأخرجه مسلم في صحيحه برقم (٤١٤٧) باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، (٤٤/٥).

تأييد المحكمة الأعلى درجة بصدد الحكم رقم ٣٧٦/س/٣ لعام ١٤٢٩هـ من محكمة الاستئناف، وتكررت وقائع مماثلة، وأصبحت صالحة لأن تكون مثالا يحتذى به.

وأما: العبارة المقترحة للمابقة:

(يجب الالتزام في الدعوى بالعملة النقدية التي تعامل بها الطرفان، ما لم تستوف شروط الصرف).



الباب الثاني

السوابق القضائية المتعلقة بحقوق المنافع

وفيه أربعة فصول:

- ❖ الفصل الأول: السوابق القضائية المتعلقة بحقوق الإجارة.
- ❖ الفصل الثاني: السوابق القضائية المتعلقة بحقوق الاستئجار.
- ❖ الفصل الثالث: السوابق القضائية المتعلقة بحقوق السلم.
- ❖ الفصل الرابع: السوابق القضائية المتعلقة بالجماعة.

الفصل الأول

السوابق القضائية المتعلقة بحقوق الإجارة

وفيه تسعة مباحث: -

- ◆ المبحث الأول: وجوب أجرة المثل للموثر إذا لم تسم في العقد.
- ◆ المبحث الثاني: الأجرة مشروطة بالانتفاع.
- ◆ المبحث الثالث: المؤجر لا يجبر على إصلاح ملكه إذا تعطلت منافعه.
- ◆ المبحث الرابع: عقد الإجارة ينتهي بهلاك العين المؤجر ويتحمل المتلف ضمانها.
- ◆ المبحث الخامس: سقوط خيار العيب في الإجارة لفريقه الرضا.
- ◆ المبحث السادس: حكم اقتران عقد الإجارة بالوعد بالبيع.
- ◆ المبحث السابع: اعتبار الزمن ركن في عقد الإجارة.
- ◆ المبحث الثامن: إذا كان الالتزام في العقد بين فيعد الشرط الجزائي فيه من قبيل الربا.
- ◆ المبحث التاسع: التعويض عن الأرباح الفائقة.

المبحث الأول

وجوب أجرة المثل للموزع إذا لم تسم في العقد

◆ الفرع الأول: عرض السابقة^(١)

الوقائع:

[تلخص وقائع القضيةين حسبما يبين من أوداهما في أنه بتاريخ ٢٠/١٢/١٤٢٢هـ، تقدم إلى ديوان المظالم وكيل المذهبي... بصريضة دعوى جاء فيها أن موكله تعاقد مع المذهبي عليها على أن تقوم بتوزيع منتجاتها التي تحمل اسم... مقابل نسبة مئوية قدرها ١٠٪ من المبيعات ومع تحمل موكله تكاليف التوزيع من محروقات ورواتب وحوافز للعاملين التابعين للشركة المذكورة، وقد فوجئ بعد ذلك بأن الشركة قد قامت بتحويل المقد إلى ٥٪ فقط، كما أنها قد طلبت منه توزيع منتجاتها التي تحمل اسم..... بنفس الحوافز والشروط دون أي عقد مكتوب يخصومها، وبعد أن قام موكله بتوزيع كميات كبيرة من المنتجات، وعند المحاسبة فوجئ بأن الشركة تطالبه بسداد كامل المبلغ دون احتساب نسبته المقررة له من توزيع هذا المنتج، وائتهى إلى طلبه إلزام المذهبي عليها بنفع النسبة المتفق عليها بين الطرفين ولم يحدد مبلغ المطالبة، وفي جلسة يوم..... حضر الطرفان وذكر وكيل المذهبي عليها أن الدعوى غير

(١) انظر الحكم الصادر من الدائرة التجارية الثالثة، برقم ٢٢١/٥/تج/٣ لعام ١٤٢٧هـ، والمؤيد من مسكيات الاستئناف بالحكم رقم ٢٧٥/ت/٣ لعام ١٤٢٨هـ، والمنشور في مجموعة الأحكام والبرامج التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٢٨هـ: (٢/٨٤٣).

محررة لأن المدعي به مجهول، فأجاب وكيل المدعية بأن موكله تعاقد مع المدعي عليها على توزيع منتجاتها بنسبة ١٠٪ من قيمة المبيعات وقد فوجئ بأن الشركة قد عدلت هذه النسبة إلى ٧,٥٪، وأما قدر المبلغ المطالب به فهو يظهر من خلال إجراء المحاسبة بين الطرفين. وفي جلسة يوم ١٨/٥/١٤٢٣ هـ قدم وكيل المدعي مذكرة مكونة من ثلاث صفحات ذكر فيها قدر المبيعات التي حققها موكله كموزع للأعوام ١٩٩٨م، ١٩٩٩م، ٢٠٠٠م لكل من منتج..... و..... وذكر أن حصة موكله من هذه المبيعات هي (١,٩٠٧,٧٥١) ريال وهي ما يطالب به، كما أضاف أن لديه مطالبات أخرى وهي:

حواجز منحتها الشركة لعملائها وقد نص عقد التوزيع المبرم بين الطرفين على أن للمدعي الأولوية في جميع الحواجز التي تمنح لغيره من الموزعين والعملاء زيادة على نسبتها المقررة.

تمريض موكله عن خفض الأسعار من قبل الشركة.

تمريض موكله عن توقف المدعي عليها عن تزويده بالبضاعة مدة أربعة أشهر في نهاية المدة واستمراره في صرف مكافأة فرق العمل دون مقابل.

وفي جلسة يوم..... أجاب وكيل المدعي عليها بمذكرته المقدمة في هذه الجلسة بأن المقر الرئيسي للمدعي عليها هو جدة ولذلك فهو يطلب الحكم بعدم اختصاص الدائرة مكانياً، وأضاف بأن المدعي قد أبرأ موكلته عن حقوقه لعام ١٩٩٩م وأنه استلم حقوقه لعام ١٩٩٨م وأما بخصوص نسبه من مبيعات عام ٢٠٠٠م فإنه قد خالف شروط العقد ولم يلتزم بالتسديد حسب العقد ولذلك فقد أخطرت المدعي عليها بإلغاء عقده معها بتاريخ ١٦/٥/٢٠٠٠م وأكد أن المدعي استوفى جميع حقوقه من

الحرافز والتعويضات وأخاف بأن المذهبي أقر في خطابه في ١٦/٤/٢٠٠٠م بأن نسبته كانت ١٠٪ عن مبيعاته من ... وكانت نسبة عمولته عن منتج ... ٤٪ مضافاً إليها ١٪ عن بدل البضاعة المنتهية من منتج ... نفسهن وانتهى إلى طلبه رد الدعوى لعدم تحريرها وطلب أيضاً رد الدعوى لوجود تسوية سابقة.

وفي جلسة يوم ... قدم وكيل المذهبي مذكرة جاء فيها أن العقد تم على أساس أن نسبة موكله ١٠٪ من ... شفهيّاً وتم إرسال نسخة العقد موقعة من قبل موكله لكن المذهبي عليها لم توقعها واحتفظت بها وأنه تم إعطاء موكله نسبة ١٠٪ من ... أول عام ١٩٩٨م ولما رأت حسن تعامل المذهبي أخافوا له منتجات ... في ٩/٧/١٩٩٨م ووعده بأنها ستكون مثل ... في السنة لكنهم بعد ذلك لم يعطوا موكله سوى ٧٪ مع أن العمل تحسن، وأما منتجات ... فلم تعط موكله شيئاً أصلاً، وأن ما ذكره وكيل المذهبي عليها من توقف موكلته عن التسليم فهو غير صحيح، بل أن المذهبي عليها كانت تعطي موكله بضاعة بمبالغ عالية، وصلت إلى ثلاثة ملايين ريال دون ضمانات، وما زال المذهبي يسند، والمبالغ تفل حتى توقفوا عن توريد البضاعة، والكشوفات تدل على ذلك، لكن المذهبي عليها كانت تتعامل مع المذهبي حسب الحاجة إليه، فإن كانت محتاجة لتعريف البضاعة فإنها تسلم المذهبي كميات ضخمة، وإذا عرفت أن السلعة درجت في السوق امتنعت عن التوريد طمعاً في ما قسم الله له من ربح، وأنه بعد إشكالات الدين وتحويل نسبته، وبعد عود بالتعويض العادل أصدر المذهبي شيكات وكمبيالات ضماناً لحسن النية وحتى يتم توريد البضاعة ولكن المذهبي عليها توقفت عن تزويده بالبضاعة، وأخاف في مذكرته المقدمة في ١٨/١١/١٤٢٣هـ أن العقد المكتوب تم على منتجات ... بنسبة توزيع محددة، فهل من المعقول أن يدخل المذهبي

بضاعة لتوزيعها بدون مقابل؟ أو لأجل جوائز قد تحصل وقد لا تحصل، مع أن... لم تكن معروفة في السوق مثل..... والمخاطرة فيها أكثر، وأخاف أنه بالنسبة ل..... فقد ذكر وكيل المدهي عليها أنه لا يوجد عقد على ١٠٪ لعام ١٩٩٨م، وأن هذا ليس بصحيح وأن لديه إقرواً من المدهي عليها بذلك فمن أين جاء التفريق بين العاملين ٩٨، ٩٩ بدون بيته، وبالنسبة لفسخ العقد فقد توقفت المدهي عليها بتاريخ ٢٩/٣/٢٠٠٧م عن التوريد، وتم سحب العمال في ٣٠/٦/٢٠٠٧م، وسبباً فسخ العقد اللذان ذكرتهما المدهي عليها غير صحيحين، وذلك أن سقف الدين قد وصل إلى أعلى مستوى قبل الفسخ ومع ذلك لم يتم الفسخ، بل استمر التعامل فهل يعقل أن يكون الدين كبيراً والبضاعة تسلم لموكله ثم بعد الشروع في السداد شيئاً فشيئاً حتى تقلص الدين إلى أقل حد تقوم بفسخ العقد بدهوى عدم السداد؟ كما أن المدهي عليها قد بينت نية سحب أعمال المدهي بعد إحساسها بالاستقناء من خدمته. أما ما ذكر من البيع بأقل من سعر الشراء فالمدهي عليها تعلم أن من حسبات موكله أنهم جعلوه آخر ملجأ بعد الله تعالى، فعندما يزداد السحب على البضاعة تقلل التوريد، وترفع السعر حتى يخرج مع عملائه وعندما يقل السحب تملأ مستودعاته فوق طاقتها، وبلا مشاوره معه في بعض الأحيان وتطلب منه أن يقوم بتصريفها، ووعداً منهم بتعويضه وحرجاً على عدم فساد البضاعة يقوم بتصريفها ولو بأقل من سعر التكلفة بناء على وعد مدير الفرع بأنه سيتم تعويضه، وأما بالنسبة للشيكات فقد أقرت المدهي عليها بوجود اتفاقية صلح، وأقرت بأن موكله حرر لأجل ذلك ستة شيكات مع سند لأمر مقابل إضفاء الصلح، وكضمان مستقبلي يتم بموجبه تزويد موكله بالبضاعة، ومع ذلك ليس هناك مقابل ولم يتم التوريد، واتضح أن ذلك خدعة واستعملت الشيكات، وحبرف منها أربعة شيكات دون حق؛ فقد

وفي موكلتي بموجب الصلح، وكان بإمكانه لو شاء أن يمتنع عن تصريف البضاعة، وأن لا يسدد لهم، وأن يفضط عليهم حتى يحصل على حقوقه لكنه لم يفعل، بل فعل ما يجب من حسن المعاملة، والسير وفق قواعد التعامل التجاري، ومع ذلك صرفت معظم الشيكات، وأما الشيكات المتبقية فلما رأى موكله أن أغلب الشيكات صرفت، والعمال باقون على حسابه، ولم تسلم له البضاعة - كما وعد بذلك - تأكّد له أن هذا ليس صلحا وإنما غش وخديعة وانتهى إلى طلبه:

الحكم بنسبة ١٠٪ لمنتجات..... وإكمال مستحقات..... عن عامي ٩٩، ٢٠٠٠م وفقا لصام ٩٨م أي بنسبة ١٠٪ إضافة إلى ١٪ بدل منتهيات بموجب العقد. وتحليف الخصم بأن جميع الحوافز التي تسلم لغيره سلمت له.

تحصيلها قيمة ما تحمله موكله من مصاريف وخسائر بسببها وكذلك مصاريف الدعوى. وإعادة أصل الشيكين والسند لأمر بقيمة مليون ونصف المليون ريال.

وأعمال المحاسبة عن طريق محاسب قانوني.

(الأسباب)

وحيث أن العقد المبرم بين الطرفين عقد توزيع وهو عقد تجاري بموجب المادة (٢) من نظام المحكمة التجارية فقرة (ب) التي نصت على أن من الأعمال التجارية: (كل مقاول أو تعهد بتوريد أشياء أو حمل يتعلق بالتجارة بالعمولة) وبالتالي يتعدّد الاختصاص بنظر الدعوى فيها للدوائر التجارية بالديوان، وحيث إن المدهي يطالب بما يلي:

احساب نسبة ١٠٪ عن توزيعه لمنتجات..... للأعوام ٩٨، ٩٩.

احساب نسبة ١٠٪ من توزيعه لمنتجات.... للأعوام المذكورة.

احساب الحوافز التشجيعية التي منحت لغيره من الموزعين.

احساب ١٪ بدل متهيات.

وتعويضه عن الفترة من ٢٩/٣/٢٠٠٠م إلى نهاية العقد، حيث لم تتورد له بضاعة خلال هذه المدة مع تحميله للمصاريف.

فإنه بالنسبة للمطالبة الأولى وهي احتساب ١٠٪ عن توزيع منتجات.... للعام ١٩٩٨م فإن العقد المؤرخ في ٣١/٨/١٩٩٨م قد نص في ملحقه الموقع من الطرفين على أن المدعي يستحق ٨٪ عند تحقيق الهدف ١٠٠٪ و ٩٪ عند تحقيق الهدف ١١٠٪ و ١٠٪ عند تحقيق الهدف ١٢٠٪ وقد ذكر المحاسب في ص(٥١) من تقريره أنه بناء على فحصه لأوراق المدعي عليها تبين أن المدعي قد حقق نسبة ١١٢٪ تقريباً وبالتالي يستحق نسبة ٩٪ لكن ذكر وكيل المدعي في اعتراضه على التقرير أن المحاسب لم يوضح انقطاع البضائع عن موكله في عام ١٩٩٩م وكان الأحرى به أن يظهر معدل مسحوباته في عام ١٩٩٨م ويظهر معدل السحب الشهري فحرة التعامل ليتبين أن الشركة قد قللت تزويده بالبضائع في عام ١٩٩٩م إلى حد أنه لا يمكنه إخراج مصاريفه من خلال هذه البضائع البسيطة. وبإطلاع الدائرة على تقرير المحاسب تبين أنه في شهر ٤/١٩٩٩م لم يصرف الموزع شيئاً من.... لكن لم يتبين للمحاسب أو الدائرة سبب هذا الانقطاع عن التصريف هل بسبب المدعي أو المدعي عليها، وبالتالي فإن الدائرة تأخذ بما ذكره المحاسب من أن النسبة المستحقة لعام ١٩٩٨م هي ٩٪ وقد حوسب المدعي عنها وبالتالي تنتهي الدائرة إلى رفض هذا الطلب.

وأما بالنسبة لتوزيع منتجات..... لعام ١٩٩٩م فإن الثابت من أوداق القضية أن الطرفين أبرما في ١٨/١/١٩٩٩م عقداً جديداً لكن لم تحدد فيه النسبة والأهداف، كما حصل في الاتفاقية الأولى وبعد ذلك أرسلت المدعي عليها للمدعي ملحقاً يوضح الأهداف والنسب على نحو آخر وهو ٨٪ عند تحقيق ١١٠٪، و٧٪ عند تحقيق ١٠٠٪، لكن المدعي لم يوقع عليها والدائرة ترى أن تقاس سنة ١٩٩٩م على ١٩٩٨م وذلك لأن هذا التمثيل حصل من طرف واحد ولم يوافق عليه المدعي كما أنه لم يكن مشمولاً في العقد المبرم بينهما، هذا فضلاً عن أن العقد السابق المؤرخ في ٢١/٨/١٩٩٨م ومنته سنة قد نص في البند (رقم ١٦) على أنه يتجدد تلقائياً، وعلى ذلك فطالما أن العقد الثاني لم يتناول الأهداف والنسب فالمفهوم من ذلك بقاؤها على أصلها طالما أنه لم يطرأ ما يغيرها، وعلى ذلك فقد طلبت الدائرة من المحاسب استخراج استحقاق المدعي على أساس ما ورد في الاتفاقية الأولى ومعاملة سنة ١٩٩٩م معاملة السنة السابقة لها ١٩٩٨م وإجراء المحاسبة على هذا الأساس فذكر المحاسب في تقريره الأخير المقدم بتاريخ ٩/٨/١٤٢٧هـ أن المدعي يستحق على هذا الأساس في ذمة المدعي عليها مبلغ (٢٨٣٩٩) ثمانية وعشرين ألفاً وثلاثمائة وتسعة وتسعين ريالاً وهو ما تنتهي إليه الدائرة بشأن استحقاق المدعي من مطالبته آنفة الذكر.

وأما بالنسبة لمطالبة المدعي بنسبة ١٠٪ عن توزيع منتجات..... فإن الثابت أن المدعي كان يوزعها ويعاملها معاملة..... إلا أنه لم يكن هناك عقد طوال فترة التعامل بين الطرفين في خصوصها وبناء على ذلك فقد طلب المدعي أن تحسب له نسبة التوزيع مثل ما احتسبت نسبة توزيع..... لأن العقد ليس عقد تبرع وطالب بأجرة المثل لأقرب الأشياء شبيهاً به وهي.....، وأما المدعي عليها فقد ذكرت أن ليس هناك أي عقد

بخصوصها ولم تلتزم له بنفع شيء مقابل ذلك وباطلاع الدائرة على أقوال الطرفين والمخاطبات التي دارت بينهما تبين أن المدعي كان يقوم بتوزيع منتجات.....، ويدخلها في مستودعه، ويصرفها مثلها في ذلك مثل... وأنه بذلك يستحق أجره المثل على عمله؛ لأنه من المقرر فقهاً أنه إذا لم يعين الثمن فإنه يصار إلى أجره المثل وأقرب الأشياء شيئاً به..... هي..... لكن باطلاع الدائرة على خطابات المدعي تبين أن المدعي قد طلب من المدعي عليها بتاريخ ١٤/٩/١٩٩٩م أن تحاسب له نسبة ٥٪ عن توزيعه لمنتجات.... وتاريخ ١٦/٣/٢٠٠٠ طلب احتساب نسبة ٤٪ عن توزيعه ل.....، حيث إن المدعي قد رغبى لنفسه ذلك فإن الدائرة تأخذ بالنسبة الأقل التي اوتقياها لنفسه وهي (٤٪) وعليه فقد ذكر المحاسب أن المدعي يستحق بناء على ما ذكرته الدائرة في ذمة المدعي عليها (٣٩٩,٥١١) ريالاً ثلاثمائة وتسعة وتسعين ألفاً وخمسمائة واحد عشر ريالاً...

فلما تقدم من الأسباب حكمت الدائرة بما يلي:

أولاً: إلغاء الحكم رقم ١٥٦/د/تج/٣ لعام ١٤٢٦هـ.

ثانياً: بإلزام المدعي عليها الشركة.... بأن تنفع للمدعي..... مبلغاً قدره (١٦٧,٤٢٥,١٣) مائة وسبعة وستون ألفاً وأربعمائة وخمسة وعشرون ريالاً وثلاث عشرة مائة.

ثالثاً: إلزام المدعي عليها بأن تعيد إلى المدعي الشيك رقم ٠٠٢٠٩٧ والشيك رقم ٠٠٢٠٩٦ المسحوب على شركة... المصرفية والسند لأمر المسحوب لفائدة المدعي عليها دون رقم أو تاريخ لما هو مبين في الأسباب.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة فيما يأتي:

أولاً: جاءت السابقة القضائية مبنية استحقاق المدني لأجرة المثل، والتي فسرت في العقد الأول المبرم بين الطرفين، وبعد انتهاء العقد، وفسخه، ظهر بأن المدني (الموزع) قام بأعمال التوزيع، ولم يسم له أجرة مستحقة نظير عمله، وقضت السابقة بوجوب أجرة المثل له على النحو الوارد مفصلاً في أسباب الحكم، وبذلك تظهر العلاقة بين ما جاء في عنوان المطلب، وما أورده السابقة، ومدى تطابق في بيان المراد من عرض السابقة.

ثانياً: من خلال عرض وقائع الدعوى نجد أن العلاقة التي تحكم تعامل الطرفين هي من قبيل ما يسمى بحقوق التوزيع، وهذا النوع من العقود يعد من العقود المستجدة، والتي لم تكن مسماة في كتب الفقهاء، وعرفت: بأنها العقود التي يتم فيها الاتفاق بين المنتج، أو التاجر، وبين طرف آخر يقوم بإيصال السلع، أو الخدمات اللازمة لها، أو كلاهما، لأطراف أخرى مستهلكين لهذه السلع، وفي الجملة؛ فإن عقد التوزيع يعتبر من عقود الوساطة التجارية التي يكون الغرض منها تبادل السلع والخدمات^(١).

وبالنظر إلى ما جاء في عرض الحكم محل الدراسة، يظهر هنا اندراج العقد المبرم بين الطرفين تحت إحدى الصور المعبودة ضمن الأنواع المقبولة في عقد التوزيع^(٢) إذ أن الموزع كما يظهر من مجريات

(١) ينظر: عقود التوزيع، المباحث: ص ٢٤.

(٢) المرجع السابق: ص ٥٩ - ٦٠، ونجد التوزيع هنا صوراً لا تخرج في الجملة من الآتي:

١ - أن تنقل البضاعة الموزعة إلى ملك الموزع، ثم يقوم بتوزيعها، وهذا أبداً ما يكون بالبيع -

الذهوي لم تنتقل إلى ملكه السلعة الموزعة، وإنما يقوم بتوزيع السلع المنتجة من المذهبي عليها مقابل نسبة معلومة من الربح - فالموزع يقوم بالعمل مقابل عوض معلوم القدر، أو مآله إلى العلم كما سيأتي بيانه.

وإذا علم ذلك فإن هذه الصيغة تعد من قبيل الإجارة^(١). وهو ما ذهبت إليه السابقة القضائية في حكمها، وهنا مسألة تفرع عن ذلك، وهي هل تصبح الأجرة بالنسبة، أي بالجزء المشاع؟، كأن يجعل أجرة الموزع عشر السلفة أو ربعها ونحو ذلك؟.

أولاً: أقوال أهل العلم وأفتهم:

اختلف العلماء في حكم الأجرة بالنسبة على قولين:

القول الأول: أنها تجوز. وبه، قال بعض المالكية^(٢)، وهو منعب الحنابلة^(٣).

واستدلوا بما يلي:

الفيل الأول: حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ (عامل أهل غدير بخطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع)^(٤).

١- أن لا تنتقل السلعة الموزعة إلى ملكه، فإذا كان عمله بنون عوض فهو وكالة، وإن كان عوض فهو إما إجارة أو مضاربة.

(١) ذكر بعض الباحثين بأن العوض إذا كان مستحقاً بنسبة مئوية مما يتم توزيعه أو ما زاد من كفا، فهو أشبه بالمضاربة، ولم أجد ما يثري ذلك. انظر: حقوق التوزيع، الباسوت، ص ٥٩.

(٢) انظر: التاج والإكليل: (١٩٩/٧).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: (٤٦/٨)، وكشاف القناع: (١١/٤) ومطالب أول النهي: (٦١٣/٣).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه في باب معاملة النبي ﷺ أهل غدير بخرم برقم ٤٦٤٨ (١٧٨/٥)، وأخرجه مسلم واللفظ له برقم ٤٠٤٤ في باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر (٢٦/٥).

وجه الدلالة: بأن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بجزء معلوم مما يخرج وهو الشطر أي النصف، ومثله الأجرة بجزء من الثمن.

الدليل الثاني: أنه ما يقوم به المورّع من عمل يعد من قبيل ما ينمي بالعمل؛ فصح العقد عليها ببعض ثمنائها^(١).

القول الثاني: أن الأجرة بالنسبة لا تجوز، ويجب أجرة المثل، وهذا مذهب الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤).

وعلموا ذلك، بأن المنع لأجل كون الثمن مجهولاً فلا يصح معه العقد، قال ابن رشد^(٥): «لأن من شروط صحة الجعل أن يكون الجعل معلوماً فإذا كان الجعل ثابتاً لا يزيد ولا ينقص بثمنه جاز، وإن كان يزيد وينقص بثمنه لم يجز، لأنه مجهول»^(٦).

لأننا: الراجع من الأقوال:

والذي يظهر - والله أعلم - صحة ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من جواز الاستعجار بالنسبة، لأن الأجرة مآلها إلى العلم، إذ أن

(١) انظر: كتاب النكاح: (٣/٥٢٥).

(٢) انظر: التتويي للفتية: (٤/٤٥٠)، رد المحتار على الدر المختار لابن حابدين (٦/٦٣).

(٣) انظر: المنيرة: (٣/٤٧٧)، البيان والتصيل: (٨/٤٦٤).

(٤) انظر: روضة المالكين: (٤/٣٠٦)، ومضي المحتاج: (٣/٤٤٥).

(٥) ابن رشد عر: أبو الوليد القروطي محمد بن أحمد ابن محمد بن أحمد بن رشد، حفيد العلامة ابن رشد الفقيه، درس الفقه حتى برع، وكان حافظاً له، فقلنا فيه على جميع أهل عصره، عارفاً بالفتوى، بصيراً بأقوال أئمة المالكية، والمجتهد له بصحة النظر وجودة التأليف ومن مؤلفاته: «كتاب التصيل» جمع فيه اختلاف العلماء، ونهاية المجتهد، وألف «البيان والتصيل» كما في المستخرجة من التوجيه والتحليل وغيرها، وقد سبته ٤٥٥هـ وتوفي في فاس القعدة سنة ٥٢٠هـ.

انظر: شجرة النور الزكية ١/١٩٠، سير أعلام النبلاء ١٩/٥٠١.

(٦) البيان والتصيل: (٨/٤٦٤).

البيع يكون بثمن معلوم وعليه، فإن الأجرة تعلم نسبتها من ثمن البيع، فلا يؤدي ذلك إلى النزاع وهو المقصود من العلم بالأجرة، كما أن الحديث دلالة واضحة وصريحة في هذا الباب.

هذا كله إذا كانت الأجرة مسماة في العقد، أما إذا لم تسم، أو وقع العقد فاسداً وقد قام الأجير بالعمل، كما هو الحال في هذه السابقة القضائية، حيث إن الموزع انتهى عقده مع المدعي عليها، واستمر في العمل دون اتفاق على مقدار أجرة نظير ما يقدمه من أعمال.

فإن الواجب على المستأجر أن يدفع أجرة المثل أيا كانت، بإجماع العلماء^(١)، فقد جاء في بدائع الصنائع ما نصه: (هذا إذا كان في العقد تسمية - عقد الإجارة الفاسدة - فأما إذا لم يكن فيه تسمية - فإنه يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، بالإجماع)^(٢).

وقال في المحني في حكم استئجار السمسار يشتري له ثوباً بجزء من ثمنه: (لأنه عمل عملاً بمرهين لم يسلم له، فكان له أجر المثل، كمائر الإيجارات الفاسدة) اهـ^(٣).

وعلى الإجماع ومستنده ما يلي:

الفيل الأول: قوله تعالى: ﴿وَلْتَرْتَبَّنَّ سَعْيَكُمْ﴾ [نورة: ١٩٤].

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢١٨/٤)، والمنوع (٤٥٦/٣ - ٤٥٧)، والمثلين: (٤٠٣/٢)، وأسنى المطالب: (٤٣٣/٢)، ومضي المحتاج: (٤٨٩/٣ - ٤٩٠)، والأصناف: (٥٢١/٤ - ٥٢٢)، المحني: (٤٦/٨)، الشرح الكبير لابن قدامة (٥٢٢/٤) الجوهرية المنيرة: (٢٧٧/١)، المسلى: (١٩١/٨).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٢١٨/٤).

(٣) انظر: المحني لابن قدامة: (٤٦/٨).

فإن من استغل مال غيره بغير حق، فهي حرمة انتهاكها، فعليه أن يقاوم بمثله من ماله^(١).

الفصل الثاني: أنه إذا لم يكن في العقد تسمية الأجر فلا يُرضى باستيفاء المنافع من غير بدل، فإذا تعدت القيمة الأصلية المتفق عليها فإنه يصار إلى تقويم المنافع بأجر المثل؛ إذ أنها هي قيمة المنافع حقيقة^(٢).

ومن خلال ما سبق ويعرضه على وقائع الدعوى نجد أن المحكم القضائي قد بنى حكمه على اعتبار المنة الزمنية التي حمل فيها المورع دون أجر مسمى أنها من قبيل المنافع التي استوفيت من غير عوض مسلم له، وقضت بأجرة المثل؛ عملاً بما جاء في الإجماع. والله أعلم.

ثالثاً: وجه كونها سابقة:

تمد هذه السابقة القضائية سابقة من حيث موضوع الواقعة، وأنه يختص بعمود التوزيع، والتي هي من التنازل المستجدة، ومن حيث جهة صدورها إذ أنها صدرت بحكم ابتدائي برقم (١٤٢٨/د/تج/٣ لعام ١٤٢٧هـ) واكتسب تأييد المحكمة الأعلى درجة بالحكم رقم (١٧٥/ت/١٤٢٨هـ)^(٣).

رابعاً: الصياغة المقترحة السابقة:

(الإجراءات الفاسدة إذا عمل فيها الأجير، وجب له أجر المثل)^(٤)
(كل عقد إجارة لم تسم فيه الأجرة، وعمل فيها الأجير وجب له أجرة مثله).

(١) انظر: المحطى لابن حزم: (١٩١/٨).

(٢) ينظر: بنائع الصانع: (٢١٨/٤)، المنعي: (٤٢/٨).

(٣) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٨هـ، الصادر عن ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية، الجزء الثاني: ص ٨٤٣.

(٤) مجلة الأحكام الشرعية، القاري: ص ١٧٧.

البهيت الثاني

الأجرة مشروطة بالانتفاع

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[تتلخص وقائع هذه الدعوى وبالقدر اللازم لإصدار هذا الحكم، في أن المدعي تقدم بلائحة دعواه إلى المحكمة الإدارية بجدة، وخلاصتها أنه باع على المدعي عليه سبع سيارات نيسان سينرك م ٩٩ على أن يقوم المدعي عليه بسداد قيمتها على أربعة وعشرين شهراً حسب ما هو موضح في عقد البيع المرفق وبعد الانتهاء من السداد يتم نقل ملكية السيارات للمشتري (المدعي عليه) وإذا لم يتم نقل ملكيتها ينفع المدعي عليه ألف ريال شهرياً عن كل سيارة من رسوم تشغيل استعمالها، وهي باسم المدعي وأعضاء المدعي أن السيارات لازالت حتى الآن بحوزة المدعي عليه، ولم ينقل ملكيتها، وقد استحق على المدعي عليه مبلغاً وقدره ثلاثة وستون ألف ريال، وطلب المدعي إلزام المدعي عليه بدفعها، ويسأل المدعي عن حقيقة دعواه قرو أن هذه الدعوى هي ذات الدعوى رقم ٣٣٤٣/٧/ق لعام ١٤٢٧هـ وتخص بذات الموضوع المنظور في تلك الدعوى والمدعي عليه هو نفسه في تلك الدعوى كذلك إلا أنه لعدم تنفيذه لحكم الصلح زاد المبلغ المطالب به

(١) انظر الحكم الصادر من النائرة التجارية العشرون بالمحكمة الادارية بجدة برقم رقم ٢٠/٢٠٠ لعام ١٤٢٢هـ، والمزيد بحكم محكمة الاستئناف برقم ١/٢٢ لعام ١٤٢٣هـ.

بحوالي مائة وعشرين ألف ريال، ثم سألته الدائرة عن البند الرابع من عقد الاتفاقية في القضية السابقة الصادرة فيها حكم الصلح، والذي ينص على أنه (في نهاية مدة الأقساط - بعد ٢٤ شهر - يقوم الطرف الثاني بسداد ألف ريال شهرياً عن كل سيارة في حالة تشغيل السيارات بعد نهاية الفترة المتفق عليها) فهل الألف مقابل التأخير في دفع الثمن؟ أم مقابل أخضرار تكبدها المدعي من جراء عدم نقل المدعي عليها للسيارات؟ فقرر أن الألف المذكورة ليست مقابل التأخير في دفع الثمن؛ حيث أن المدعي عليه سند الثمن خلال الأربعة والعشرين شهراً المتفق عليها، وإنما كان مقابل الأخضرار التي أصابته من جراء تشغيل السيارات من قبل المدعي عليه، وهي باسم المدعي حيث إن كل ما يعتد به من المخالفات المرورية، والرسوم الخاصة بالجهات ذات العلاقة يكون من مسؤولية المدعي، الذي هو البائع، ثم سألته الدائرة ما مقدار هذه المخالفات المرورية، والرسوم التي سجلت على السيارات حتى الآن؟ فقرر أنه لا يعلم مقدارها، ويعرض ذلك على المدعي عليه أقر أنه فعلاً سدد الثمن خلال المدة المتفق عليها، وأن السبب في تعطيل نقل السيارات هو المدعي؛ حيث إنه لم يعطه خطاباً مستقلاً لإدارة المرور لنقل ملكية السيارات، وأن العمل جارٍ في إدارة المرور على أنه لا بد من خطاب من مالك السيارة، وأنه منذ تسديد كامل قيمة السيارات والمدعي يرفض إعطاء هذا الخطاب، وبالتالي فإن المدعي لا يستحق شيئاً في ذمته، ويعرض ذلك على المدعي أجاب بأنه سلم للمدعي عليه خطاب تفويض، وليس خطاباً مستقلاً لإدارة المرور وأن هذا الخطاب خطاب شامل لجميع الجهات ذات العلاقة، وقدم المدعي صورة خطاب التفويض المذكور والموضح فيه بيانات السيارات محل الدعوى، ومواصفاتها، وتبين أنه مؤرخ في ١٤/٤/١٤٢٩هـ؛ إضافة إلى أن المدعي أقاد أنه سلم

للمدعي عليه خطاباً سابقاً بتاريخ ١١/٢٠/١٤٢٧هـ، وقدم حبره منه للدائرة ثم حصر المدعي دعواه بالمطالبة بتنفيذ الشرط رقم ٤ في عقد الاتفاق بينهما، وحصر المدعي عليه طلباته في إلزام المدعي بنقل ملكية السيارات، وذلك بإعطائه خطاباً مستقلاً لإدارة مرور جدة. ويسأل المدعي عليه عن سبب عدم نقل ملكية السيارات ذكر أنه بعد سداد كامل أقساط السيارات طلب من المدعي خطاباً لنقل ملكيتها فرفض المدعي ذلك، واتفق معه على أخذ خمسين ألف ريال مقابل التنازل عن الشرط الجزائي؛ ثم أنه حذف السيارات من وزارة المواصلات بتاريخ ١٤/٣/١٤٢٦هـ وتقدم بهذه الدعوى، ويعرض ذلك على المدعي قدم تفويضاً منه للمدعي عليه بتاريخ ١٤/٤/١٤٢٩هـ، لمراجعة وزارة المواصلات، وإدارة المرور لإنهاء وحذف السيارات محل الدعوى، ونقلها باسم المدعي عليه، ويعرض ذلك على المدعي عليه ذكر أنه قد استلم هذا التفويض، وفي جلسة يوم الثلاثاء ٢٩/١٠/١٤٣٢هـ ذكر المدعي أن الترخيص لمزاولة نشاط الأجرة للسيارات التي تم بيعها على المدعي عليه انتهى في التاريخ المحدث لآخر قسط من أقساط بيع السيارات وهو ١/١٢/١٤٢٣هـ، وأنه يحصر دعواه في طلب إلزام المدعي عليه بمبلغ ألف ريال شهرياً عن كل سيارة من تاريخ نهاية مدة الأقساط إلى تاريخ رفع هذه الدعوى في ٢٦/٨/١٤٢٨هـ ثم قرر الطرفان اكتفائهما بما سبق خبطه وتقديمه وطلباً الفصل في القضية.

أسباب الحكم

وحيث إن المدعي حصر دعواه في طلب إلزام المدعي عليه بمبلغ ألف ريال شهرياً عن كل سيارة من السيارات السبع التي اشتراها المدعي عليه من تاريخ سداد آخر قسط في ١/١٢/١٤٢٣هـ إلى تاريخ قيد هذه الدعوى في ٢٦/٨/١٤٢٨هـ وذلك مقابل استغلال المدعي عليه لترخيص

الأجرة العامة المملوكة للمدعي وفقاً للبند الرابع من العقد الموقع بينهما في ١١/٧/١٤٢١هـ ونعبد (في نهاية مدة الأقساط - بعد ٢٤ شهراً - يقوم الطرف الثاني بسداد ألف ريال شهرياً عن كل سيارة في حالة تشغيل السيارات بعد نهاية الفترة المتفق عليها)، وحيث قرر المدعي أن ترخيص الأجرة محل الدعوى منتهي الصلاحية بتاريخ سداد آخر قسط في ١/١٢/١٤٢٣هـ، وحيث نصت المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لنظام النقل العام على الطرق على (أن الترخيص يعتبر منتهياً بانتهاء مدته وعدم طلب تجديده)، وحيث تقرر أن منفعة ترخيص الأجرة العامة غير مشروعة نظاماً لانتهاء مدة صلاحيته، وعدم تجديده من قبل المدعي، وحيث إن من المقرر فقهاً (أنه يشترط في العين المؤجرة أن تشمل العين على المنفعة وأن تكون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذوناً له فيها)، وحيث إن منفعة الترخيص في حكم المعدوم، وهي غير مملوكة للمدعي بانتهاء مدة الترخيص ولا مأذوناً له فيها، ولذلك فإن الدائرة تنتهي إلى أن الشرط الذي يستند إليه المدعي في دعواه باطل، وبالتالي فإن المدعي لا يستحق في مقابل استغلال المدعي عليه لترخيص الأجرة العائد لمؤسسته شيئاً لأن ذلك من أكل المال بالباطل، وبه تقضي.

أما ما ذكره المدعي من كون السيارات لم تزل باسمه وأنه لم يتم نقل ملكيتها للمدعي عليه وقد ترتب عليها بعض المخالفات والالتزامات فإن بإمكانه رفع دعوى مستقلة بشأن هذه المطالبة.

ولهذه الأسباب

حكمت الدائرة: برفض دعوى المدعي/في مواجهة المدعي عليه/، وإعلان الحكم قرر المدعي عليه قضايته به وقرر المدعي عدم القناعة وبالله التوفيق، وعلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

◆ الفرع الثاني الدراسة التحليلية:

تمثل الدراسة التحليلية لهذه السابقة فيما يلي:

أولاً: الأجرة الأصل فيها أنها مستحقة بالانتفاع، والتمكين للمستأجر بأخذ منفعتها، أما في حال عدم تحقق ذلك، أو حال دون التمكين ما يمنعه من تملك المنفعة^(١) محل العقد أو الإذن له فيها، فلا أجرة يستحقها المؤجر، ويبطل العقد، ومن خلال النظر والمقارنة بين ما جاء في عنوان المطلب، وما عرضته السابقة نجد التطابق بينهما والاتحاد في الموضوع.

ثانياً: بنت السابقة القضائية حكمها على النص بأن المنفعة التي يطالب المؤجر بأجرتها ليست مملوكة له، أو مأذوناً له فيها، وعليه فلا أجرة مستحقة له يلتزم المستأجر بأدائها، وهذا الأمر يعد من الشروط المحبوبة في المنفعة عند الفقهاء^(٢)، ولكن اختلفوا في كونه شرطاً من شروط النفاذ، أم شرطاً من شروط الصحة، ولمعرفة تفصيل ذلك فإني سأورد ما على النحو التالي:

١ - صورة المسألة وتحرير محل النزاع:

إذا قام المؤجر بتأجير عقار أو سلعة على المستأجر، ثم استبان بأنه

(١) المنفعة: لغة أصله من النفع وهو الخير وكل ما يستعان به على ذلك واصطلاحاً: يراد بها الفائدة المروية التي تستفاد من الأعيان بطريق استعمالها كسكنى النار وركوب السيارة ونحو ذلك.

انظر: معجم المصطلحات المالية، لزي حماد (٤٤٧).

(٢) ينظر: البحر الرائق: (١٤٨/٣)، بدائع الصنائع: (١٤٨/٥ - ١٥٠)، بداية المجتهد: ١١٢٥/٣ - مغني المحتاج: (٢/ ٣٥٠ - ٣٥٢)، الشرح الكبير لابن قدامة: (١١/ ٥٥ - ٥٧)، الإنبال: (١١/ ٥٧ - ٥٨)، المرسوط: (١٣/ ١٥٢ - ١٥٤)، نظرية المنفعة، تيسير بومرو: (٣٣٥)، العقد على المنافع، بلغوتي: (١١٨)، بيع الفقهي، خالد السيدان، مطبعة العدل، الطبعة الثانية: ١٤٦٠ هـ، (١٢٧ - ١٥٦).

لا يملكها ملكاً صحيحاً، أو أنه أجر ملك غيره بدون إذن منه (عقد الفضولي)، فهل يصبح العقد وشرط عليه آثاره الشرعية مع عدم قدرة المؤجر على تسليم المتعة؟

اتفق الفقهاء **❧** على أنه يشترط في المتعة أن تكون مملوكة للمؤجر وقت العقد، أو مأذوناً له فيها، لأن عقد الإجارة كعقد البيع وقد قال النبي **ﷺ**: "لا بيع ما ليس عندك" (١).

واختلفوا **❧** في انعقاد العقد مع كونه ليس مأذوناً له فيه، أو ليس مملوكاً له، قياساً على بيع الفضولي (٢) وذلك على قولين:

الأقول والأدلة:

القول الأول: أن هذا الشرط شرط نفاذ، أي أن العقد صحيح ويبقى موقوفاً على إجازة المالك.

وهو مذهب الحنفية (٣)، والمالكية (٤)، ورواية عن الشافعي في القديم (٥)، وقول للإمام أحمد (٦).

واستدلوا بما يلي:

القول الأول: صوم الآيات الدالة على إباحة البيع والشراء دون تفصيل بين ما كان ابتداء من مالك لها، أو نائب عنه، وما كان من مالك عند الانتهاء، ومجيز لها، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خصص بنيل (٧).

(١) سبق تلويده في ص ٢٢٥.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) ينظر: البحر الرائق: (١٤٨/١٣)، المبسوط: (١٥٢/١٣).

(٥) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد: (١١٢٥/٣)، ومروءة التعليل: (٢٧٠/٤ - ٢٧٤).

(٦) ينظر: مني المحتاج: (٣٥٠/٢).

(٧) ينظر: بدائع الصانع: (١٤٩/٥).

(٨) ينظر: الإصناف: (٥٦/١١).

ومن هذه الآيات: قوله تعالى: ﴿وَكُلَّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي حِكْمَةٍ وَمَنْ أَمْرًا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونُ بِحُكْمٍ مِّنْ رَبِّكَ يُنَادِيكَ﴾ [النمل: ٢٧٩].

الدليل الثاني: حديث عروة البارقي^(١) أن النبي ﷺ أعطاه بديشاً يشتري له به شاة، فاشتري له به شاتين، فباع إحداهما بديشاً، فجاء بديشاً وشاة، فدهاء له بالبركة في بيعه، فكان لو اشتري الثواب ربح فيه^(٢).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ أجاز ما فعله عروة ﷺ ولو كان باطلاً لرجه، وأنكر عليه^(٣).

ونوَّح: بأن عروة ﷺ كان وكيلاً وكالة مطلقاً^(٤).

وأجيب عنه: بأن المقول عن النبي ﷺ بأنه أمره بأن يشتري له شاة فقط، ولا دليل على كونه وكيلاً مطلقاً^(٥).

الدليل الثالث: حديث حكيم بن حزام^(٦) أن النبي ﷺ بعثه

(١) عروة هو: الصمعي الجليل عروة بن الجعد، وقيل ابن أبي الجعد، البازلي سكن الكوفة، وله ثلاثة عشر حديثاً وثي القضاء في زمن عمر ﷺ على الكوفة وهو أول من وثي بها.

انظر: الإصابة في تمييز الصحابة: (٤٠٣/٤)، وتهذيب التهذيب: (١٧٨/٧).

(٢) أخرجه البيهقي في صحيحه، كتاب المناقب، باب حديثي محمد بن الحنفية (٢٥٦/٤).

(٣) انظر: المبسوط: (١٥٤/١٣)، ودرائع الصنائع: (١٤٩/٥).

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة: (٥٧/١١).

(٥) انظر: المبسوط (١٥٤/١٣).

(٦) حكيم بن حزام: هو الصمعي الجليل حكيم بن حزام بن عويلد بن أسد بن عبد العزي القرشي الأسدي أبو عاتك المكي وعنه عديجة زوج النبي ﷺ روى عن النبي ﷺ أسلم يوم الفتح وكان من المؤلفة وكان من العلماء بالنسب قرش وأخباره ورواه البيهقي في الإسلام ستين سنة وروى له عديجة ستين سنة، مات سنة ٥٤ هـ وكذا قال يحيى بن كبر قال وقيل سنة ٥٨ هـ.

انظر: تهذيب التهذيب ٢٢٢/٨، والإصابة في تمييز الصحابة (٩٧/٢).

ليشتري له أضعحية بنيثار، فاشترى أضعحية، فأربح فيها عيناوا، فاشترى أخرى مكائها، فجاء بالأضعحية والدينار إلى النبي ﷺ فقال: ضبح بالشاة، وتصلق بالدينار^(١).

وجه الاستدلال: هو أن النبي ﷺ أقر هذا الفعل من حكيم بن حزام، ويصح للشاة بعد شرائه، ولو كان باطلاً لما أقره علي ذلك ولرد عليه الشاة ولم يغضبي بها^(٢).

ونوقش بمثل ما نوقش به حديث هرو، وأجيب عنه بمثل ما أجيب عنه.

كما نوقش بأنه حديث في سننه رار مجهول، فلا تقوم به الحجة^(٣). وأجيب عنه: بأن غاية ما في الحديث أنه مرسل، وقد ثبت ما يوافقه من رسول الله ﷺ، وهو حديث هرو السابق^(٤).

الليل الرابع: من المعقول ما يلي:

١ - قياس بيع الفضولي وشراؤه على الوصية بالمال^(٥).

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق، لأنه الوصية يتأخر فيها القبول عن الإيجاب، ولا يعتبر أن يكون لها صبيز حال وقوع العقد، كما أن

(١) أخرجه أبو داود في سننه في كتاب البيوع في باب المضارب بخلافه من أبو حنيفة من شيخ من أهل المدينة من حكيم بن حزام: (٢٧٦/٢)، وأخرجه الترمذي من حبيب بن أبي ثابت من حكيم بن حزام رقم ١٢٥٧ وقال: 'حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عنني من حكيم بن حزام (٥٤٩/٢)، وقال الطحاوي في معالم السنن: 'أد أن الخبر غير متصل لأن فيه رجلا مجهولا لا ينوي من هو' (٩٠/٢).

(٢) ينظر المبسوط (١٥٤/٢)، نتائج الصنائع: (١٤٩/٥).

(٣) ينظر: معالم السنن (٤٩/٥)، نصب الرتبة: (٩٠/٤).

(٤) ينظر: بيع الفضولي، المسينات: (معدة العدل)، ج: ٢ من ١٤٢.

(٥) ينظر: المبسوط: (١٥٤/٢)، الشرح الكبير: (٥٦/١١).

الرخصة يجوز فيها الغرر والبيع بخلافها^(١).

ب - أن هذا التصرف قد صدر من أهله في محله، فلا يلغوه ويجب القول بانعقاده كما لو صدر من المالك^(٢).

ج - أن هذا التصرف لا غرر فيه على المالك مع تخيره بل فيه مصلحة له، وفيه نفع للمعاقد لصون كلامه عن الإلقاء، وفيه نفع للطرف الثاني، لأنه أقدم عليه طائفاً، فثبتت القنطرة الشرعية تحصيلاً لذلك^(٣).

القول الثاني: أن هذا الشرط شرط انعقاد وصحة، فلا تصبح إجارة من لا ولاية له، أو ملك في العين المؤجرة، وهو ملهب الشافعية^(٤)، والمحابلة^(٥).

واستقلوا بما يلي:

الفيل الأول: حديث حكيم بن حزام **أن النبي ﷺ قال: لا تبع ما ليس عندك**^(٦).

(١) ينظر: الشرح الكبير: (٥٧/١١).

(٢) ينظر: المبسوط: (١٥٤/١٣ - ١٥٥)، بدائع الصنائع: (١٤٩/٥).

(٣) المرجع السابق.

(٤) ينظر: مني المحتاج: (٣٥١/٢)، إسنو المطالب: (١٠/٢).

(٥) ينظر: الشرح الكبير: (٥٥ - ٥٦)، الإصناف: (١١/٥٥ - ٥٦).

(٦) أخرجه أبو طه في سننه في باب في الرجل يبيع ما ليس عنده برقم ٣٥٠٣ (٣/٢٠٥)، وأخرجه الترمذي في سننه في باب كراهية بيع ما ليس عندك، وقال: "وفي الباب حديث عبدالله بن عمرو" (٢/٥٢٥)، وأخرجه النسائي في سننه، في باب بيع ما ليس عند البائع (٧/٢٨٩)، وأخرجه البيهقي في سننه في باب من قال لا يجوز بيع العين الغائبة (٥/٢٦٧)، وأخرجه ابن ماجه في سننه، في باب انتهى من بيع ما ليس عندك (٢/٢٧٧)، وأخرجه أحمد في مسنده عن حكيم بن حزام (٢٤/٢٨)، وقال عنه في التلويح للثوري: "وهذا الحديث صحيح - وذكره الشيخ في التلويح في آخر 'الاقتراح' في أحاديث احتج برواها الشيطان وتم -

وجه الاستدلال: أن النهي يقتضي الفساد، وفي الحديث نهى عن بيع ما لا تملكه، وبيع وإجارة الفضولي باطلان لكونها بيع ما لا يملك^(١).

ونوقش: بأن المراد بالنهي: النهي عن البيع المطلق أي الكامل، والكامل هو البيع البات، فلا اتصال بموضوع النزاع، والقنوة على التسليم بعد الإجازة ثابتة^(٢).

الذليل الثاني: أن ملك المالك لهذه العين مستقر، ونقل الفضولي له عن ملكه بغير ولاية ولا نيابة على خلاف القواعد^(٣).

نوقش بمثل ما ورد في مناقشة الذليل السابق، وبأن تصرف الفضولي ليس على خلاف القواعد، لما ورد في أهلة القول الأول، ولما له من نظائر في الشرع كما في البيع بشرط الخيار^(٤).

الذليل الثالث: القياس على بيع الأبق، والسمك في الماء، والطيور في الهواء مما لا يقدر على تسليمه، فالفضولي باع ما لا يقدر على تسليمه^(٥).

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق، لأن بيع الأبق لا يتمدد أصلاً لائتمام المحل، وليس قابلاً للملك، بخلاف تصرف الفضولي، فإنه تصرف لمالك وقد صدر من أهله، ولا ضرر فيه على أحد الطرفين؛ فوجب القول بانعقاده^(٦).

- يخرجاه (١٤٨/٦)، وقال في التلخيص السير: "قال الترمذي حسن صحيح، وقد روي من غير وجه عن حكيم" (٩/٣).

(١) ينظر: الشرح الكبير (١١/٥٦). (٢) ينظر: المبسوط: (١٣/١٥٣-١٥٤).

(٣) ينظر: بيع الفضولي، السنيان: (ص ١٥٠).

(٤) ينظر: منابع المصالح: (٥/١٤٩).

(٥) ينظر: الشرح الكبير: (١١/٥٦-٥٧).

(٦) ينظر: المبسوط (١٣/١٥٤-١٥٥).

ج - الراجع من الأقال:

والذي يترجح - والله أعلم - هو القول الأول، لثبوت الأدلة الصريحة النافذة على ما ذهبوا إليه، ولورد المناقشة على أدلة القول الثاني.

والذي سارت عليه السابقة القضائية خلاف ما ترجح لدي إذ أنها لم تعتبر المدعي مستحقاً للأجرة باعتبار أن المنفعة التي يطالب بأجرها أصبحت في حكم المعدوم للنقص عبرة من قبل مالك المنفعة باعتبار الترخيص للمنفعة منتهاً بانتهاء منته وعدم طلب التجديد له، ولطول المدة المسكوت عنها من قبل المدعي في طلب التجديد حتى تاريخ المطالبة بالأجرة.

رابعاً: وجه كونها سابقة:

يظهر جلياً من خلال استعراض السابقة القضائية مدى انطباق وصف السابقة على مقوماتها، إذ أنها صدرت من المحكمة الابتدائية، بعد تحقق شروط الحكم القضائي والأركان فيها، ثم اكتسبت تأييد وموافقة المحكمة الأعلى درجة، ثم تكررت وقائع مماثلة لها كما في الحكم رقم (١٧٩/د/تج/٣ لعام ١٤٢٧هـ)^(١) وأصبحت صالحة لأن تكون مثلاً يحتذى بها فيما يلحق من أحكام.

خامساً: الصياغة المقترحة للسابقة:

(الأجرة تستحق بملك المنفعة، أو الإذن فيها).



(١) ينظر: مجموعة الأحكام والقرارات القضائية لعام ١٤٢٨هـ (ج ٢/٨٩٦، ٩٠٨).

الباب الثالث

المؤجر لا يجبر على إصلاح ملكه إذا تعطلت منافعه

◆ الفرع الأول: عرض السابقة^(١):

"الوقائع":

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع أقوال الطرفين، وحيث إن واقعة هذه الدعوى تنلخص حسبما يتبين من مطالعة أوراقها المرفقة وبالقدر اللازم لإصدار هذا الحكم في أنه تقدم إلى المحكمة الإدارية بجند بوكالته عن المدعي... بمريضة دعوى وحضر لحضوره وكيل الشركة المدعي عليها.... فاستوفيت الدائرة من المدعي.... عن حقيقة دعواه فأجاب بأنه يطلب إلزام الشركة المدعي عليها بإصلاح سيارته التي استأجرها منها بنظام التأجير المقرون بوعد البيع من نوع (أريتر) رقم اللوحة (هـ هـ ل ٥٣٧) والتعويض عن حرجها لدى المدعي عليها، حيث أن المدعي قام بإعادة تأجيرها على أحد عملاء الذي استخدمها استخداما غير نظامي، ووجدت السيارة فيما بعد لدى إدارة مكافحة المخدرات بجازان، وجري نقلها بواسطة المدعي إلى محافظة جدة وتسليمها للشركة المدعي عليها لإصلاحها، والتي حصر منسوبها التلفيات الواقعة عليها وقام باستلامها، إلا أنه ومنذ استلامها لم تقم المدعي عليها بتعويضها عنها بسيارة أخرى بديلة، ولم تقم بإصلاح السيارة محل

(١) انظر: الحكم الصادر من الدائرة العشرية برقم ٢/٢٠/١٣٥ لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ٢/٢١٠٠ ق لعام ١٤٢٩هـ، والمزيد من مسكبة الإبتدائي بالحكم رقم ١/٧ لعام ١٤٣٣هـ.

الدعوى، مع أنني قد راضيت في دفع الأقساط حتى تاريخ ١/٣/٢٠٠٨م، ثم توقفت عن ذلك، لذا فإني أطلب إلزام الشركة المذمى عليها بإصلاح السيارة، والتعويض عن الفترة التي أوقفت فيها السيارة منذ تاريخ استلامهم لها بواقع مائة ريال عن كل يوم، أو إلزام الشركة المذمى عليها باستلام سيارتها، وإسقاط كافة الأقساط المستحقة من تاريخ استلامها للسيارة محل الدعوى، هذه دعواه وهو يطلب الحكم له بذلك، ويسرخص دعوى المذمى على وكيل الشركة المذمى عليها قدم مذكرة جوابية على دعوى المذمى انتهى فيها إلى أن العقد المبرم بين الطرفين، هو عقد إيجار كما أن التأمين لا يغطي إصلاح مثل هذه الحالات؛ حيث إن موكلته تسلمت السيارة في ٧/١١/٢٠٠٧م أي بعد مرور ثلاثة أشهر من سرقته في ٤/٨/٢٠٠٧م، كما أن العقد لا يشمل التعويض، فضلاً عن أن موكلته لم تسلم التعويض من شركة التأمين لتقوم بإصلاح السيارة، لذا يطلب رد دعوى المذمى، وإلزامه بسداد كامل قيمة عقد الإيجار، وقد تم تزويد المذمى بصورة من المذكرة المشار إليها، وبعد إطلاعه عليها استعمل للرد إلى جلسة قادمة، وفيها قدم المذمى مذكرة مكونة من ورقتين أرفق بها مجموعة صور مستندات ذكر فيها أن السيارة محل الدعوى ناتجة عن عقد تأجير وبناء على البندين رقم ١٢-١٣ الواردين في العقد، والذين نصا على أن تنفع جميع الإيجارات المستحقة من تاريخ وقوع الحادث، أو فسخ العقد، أو في حال سرقة السيارة، فكيف يُطلب من المذمى دفع أقساط التأجير، والسيارة في حوزتهم وموجودة لدى الشركة المذمى عليها، وأخاف في مذكرته بأن المذمى عليها سبق وأن زودته بإفادة صادرة منها بشمول التأمين للسيارة محل الدعوى، بموجب خطابها المؤرخ في ١٠/١١/٢٠٠٧م، والمقدم نسخة منه للدائرة، وأضاف بأنه قام بتسليم كافة

الأوراق، والمستندات المدعى عليها، ويؤكد على طلبه تأجيل الأقساط لأن ذلك من حقه؛ حيث لم يتم باستخدام السيارة، أو الاستفادة منها منذ استلام المدعى عليها للسيارة، كما أنه لا علاقة له بشركة التأمين، لذا فهو يطلب إلزام المدعى عليها بالتعويض عن ذلك، إضافة إلى إسقاط مبالغ التأجير الشهرية من تاريخ تسليم السيارة للشركة المدعى عليها، وقد تم تزويد وكيل المدعى عليها بصورة من المذكرة المشار إليها وبعد إطلاعه عليها قدم مذكرة مكتوبة من صفحتين ذكر فيها بأن الشركة المدعى عليها حينما أعطت المدعي خطاباً تذكر فيه أن السيارة مؤمن عليها تأميناً شاملاً لم تعلم، ولم يخبرها المدعي بأن السيارة تم القبض عليها من قبل إدارة المخدرات بجازان، وسبق التصميم عليها من قبله ولذا يتضح من صيغة الخطاب المهدد من المدعي عليها أنه يحق إعطاء المدعي إذن بإصلاح السيارة وتقرير حادثه، ولم يذكر فيه أن السيارة مسروقة، وهذا دليل على عدم علم المدعي عليها بسرقة السيارة، أو التصميم عليها، كما أنه وبحسب البند السابع من العقد، والذي أتى نصه في الفقرة الأولى منه أن يتم دفع مبلغ الإيجار الشهري دون اعتبار للحالة الفنية للسيارة، أو فترة تواجدها داخل مركز الخدمة، كما تؤكد المدعى عليها بأن ما ذكره المدعي بشأن علاقته بشركة التأمين، فهو صحيح إذ أن المدعي لا يوجد بينه وبين شركة التأمين أي علاقة، أو عقد مبرم، ولكن يجب التوضيح بأن العلاقة التعاقدية القائمة بين الشركة المدعى عليها وشركة التأمين تلزم موكلته بتقديم مستندات وأوراق يجب توفرها من قبل المدعي، في حال حدوث أمر طارئ للسيارة مع مراعاة الفترة الزمنية المحددة لتقديم هذه المستندات إلى قسم التأمين حتى يمكن للمدعي عليها تقديمها، ورفعها لشركة التأمين، والمطالبة بقيمتها، وبالتالي فالشركة المدعى عليها لم تستلم تعويضاً من شركة التأمين حتى تقوم

بإصلاح السيارة بسبب نقص الأوراق المقدمة من المدعي، وأما بشأن طلب المدعي تأجيل الأقساط فليس في العقد أي بند، أو فقرة نصت على ذلك، والمدعي ملزم بنفع كامل الأقساط، وطلب في نهاية مذكرته رد دعوى المدعي، وإلزامه بما توجب في ذمته من مبالغ إيجاريه، فرد المدعي بأن الشركة المدعي عليها استلمت منه السيارة بموجب الخطاب الصادر من إدارة المخفريات بجازان في ٢٥/١٠/١٤٢٨هـ، وكذا تاريخ فاتورة النقل المؤرخة في ٢٧/١٠/١٤٢٨هـ، وعلى أساس إصلاحها، ومن ثم إعادتها له، وطلبت منه عدة أوراق كان من ضمنها تقرير من إدارة المرور، وورقة إصلاح إلا أنها رفضت إصلاح السيارة، وأما بشأن ما ذكره وكيل المدعي عليها بأن شركة التأمين لم توافق على إصلاح السيارة، فالمدعي لم يقم بالتأمين من طرفه وإنما هي شركة.....، وليس للمدعي أي علاقة في ذلك، فالبنود والشروط الموضوعة للتأمين هي بين المدعي عليها، وشركة التأمين، وشهادة التأمين واضحة كل الوضوح وهي على مطبوعات شركة..... واسم المؤمن له.

وإنما قمت بالتوقيع على العقد الخاص بالتأجير المقرون بوعده البيع، علماً أن شركة..... هي من تطالب بالتعويضات من شركة التأمين التي أمنت السيارة لديها وليس أنا من يراجع، وقد انتهت مهمتي عند تسليم السيارة، والأوراق الخاصة بالحادث، وكان من المفترض إصلاح السيارة دون تأخير، ولكن لا أعلم ماذا تريد شركة..... من كل هذا التعطيل، كما أنني عندما طلبت تأجيل الأقساط فهو لسبب عدم إصلاح السيارة، ولو كانت شركة..... تعمل على إصلاحها، وجاري العمل بها لما طلبت ذلك، ولكن عند مراجعتي للمدعي عليها أخبروني بأنه سوف يتم الانتهاء منها بعد أسبوع، ومن ثم بدأت تماطل في إصلاحها، وكل ذلك بحجة أن الموافقة على الإصلاح لم تأتي من الإدارة، وفي نهاية

الأمر أفادوني بأن شركة التأمين لم توافق على التعويض، بعد أن مضى على وقوف السيارة لديهم أكثر من ستين؛ حيث أن وقوفها فيه ضرر كبير على السيارة من الناحية الفنية، والميكانيكية، والكهربائية وكذلك أدى إلى خيبان المتفعة الأساسية التي تم إبرام العقد من أجله، وهو إعادة تأجير السيارة والانتفاع بها، إضافة إلى أن موثيل السيارة أصبح قديماً، وفي وضع لا يسمح بتأجيرها حسب نظام رذاة النقل، وقد خبيعت الشركة المدعى عليها متفعة لي؛ حيث أنه تم دفع ٧٣ قسط من قيمة السيارة، ولم يتبقى سوى ١٣ قسط، ومن ثم حقي في تملكها بعد ذلك، وهذا كله بسبب معاملة الشركة المدعى عليها، وعليه فإثني أتمسك بما جاء في طلباتي السابقة إضافة إلى:

- ١ - تعويضني عن ما تم دفعه من دفعة أولى ومصاريف إدارية في بداية العقد وذلك بمبلغ (٤٣٧٦ ريال)، ومثبتة في العقد ويستند من الشركة.
- ٢ - تعويضني بمبلغ ثلاثون ألف قيمة تأمين السيارة في ذلك الوقت، أو استرداد جميع المبالغ التي دفعت على السيارة.
- ٣ - إعادة الأقساط التي تم دفعها والسيارة في قسم الصيانة، وهو مبلغ (١١٣٢٢ ريال).
- ٤ - تعويضني بمبلغ (١٠٠٠٠٠) مائة ألف ريال لخسارتي، والأضرار التي تعرضت لها، من إسائة سمعتي وتعطيل مصالحتي المالية والمعنوية.

فمقرب وكيل الشركة المدعى عليها بأنه يوجد مساعي للمصلح بين الطرفين، وأنه يطلب إمهاله لمحاولة إتمامه، ثم قرر المحاميان في جلسة أخرى بأنهما لم يتمكنوا من إتمام المصلح، وقد تبادلوا مجموعة من

المذكرات، والدفع لم تخرج في مضمونها عما سبق ذكره، واستوفيت الدائرة من الطرفين عن الدعوى المنظورة أمام الدائرة التجارية الثانية عشرة؟ فذكر المدعي بأن هذه القضية مستقلة عن القضية المنظورة أمام الدائرة التجارية الثانية عشرة، وليس بينهما أي ارتباط، كما عقب وكيل المدعي عليها بأن موكلته لا زالت على ردها سابقاً، حيث أنها لا تهرب في إصلاح السيارة لعدم شمولها للتأمين، وذلك حسب الأنظمة، واللوائح الخاصة بمثل هذه الحالات، وحسب ما هو منصوص في العقد المبرم بين الطرفين، وهو يطلب ضم هذه الدعوى إلى الدعوى المنظورة لدى الدائرة التجارية الثانية عشرة، لوحدة الموضوع والأطراف، ثم سألت الدائرة المدعي عن عقد السيارة محل الدعوى؟ وهل كان من ضمن العقود التي قامت الشركة المدعي عليها بفسخها بإرادتها المتفرقة والمنظورة حالياً أمام الدائرة التجارية الثانية عشرة؟ فأجاب بأن عقد السيارة محل هذه الدعوى هو من ضمن العقود التي قامت الشركة المدعي عليها بفسخها فيما بعد إلا أن هذه القضية مستقلة بطلباتها عن القضية المنظورة أمام الدائرة التجارية الثانية عشرة، وليس بينهما أي ارتباط.

الأسباب

وبما أن المدعي يطالب بالحكم على الشركة المدعي عليها بإصلاح السيارة والتعويض مالياً مقابل الضرر الذي أصابه بالمبلغ المشار إليه في دعواه سالفة الذكر، كما طالب بإلزام المدعي عليها بإعادة الأقساط التي دفعها لها من تاريخ استلامها للسيارة وذلك بمبلغ (١١٣٢٢ ريال)، وإذا أنه بمطالبة الدائرة للمقدّم المشار إليه تجد أنه أنشأ بين الطرفين عقد تأجير مقرون بوعد البيع عند انتهاء مدة الإجارة، وكما هو معلوم طبقاً للأحكام الشرعية أن عقد الإجارة من عقود المعاوضات الذي يتضمن تملك المستأجر حق الانتفاع بالعين محل التعاقد مدة الإجارة، وبالتالي تصبح

الإجارة بيع منافع لا بيع أعيان؛ إذ أن الذي يتنقل للمستأجر بموجب العقد هو المنفعة، دون ملكية أصل العين الباقية ملكاً للمؤجر.

وحيث اتفق الطرفان بموجب العقد على أنه بعد انتهاء عقد الإجارة، يبدأ تنفيذ وعد البيع الصادر من المدهي عليها، باعتبارها المالكة للسيارة المتعاقدة عليها والمعلق تنفيذ بين الطرفين بشرط سداد المدهي لكامل أقساط الأجرة في المدة المحددة بالعقد، وطالما أن المدهي قد أقر بأنه لم يسدد كامل الأجرة المتفق عليها وبأنه توقف عن سداد بقية الأقساط محل التعاقد، فلا يلزم المدهي عليها الوفاء بوعده البيع إلا إذا تحقق الشرط؛ وهو سداد المدهي جميع الأقساط الإيجارية في المدة المحددة، وهو ما لم يحصل، وبالتالي فإن الدائرة تنتهي إلى أن واقع العقد بين الطرفين يبقى على أصله وهو عقد الإجارة.

وحيث أجمع الطرفان في أقوالهما بأن السيارة محل الدعوى لا يمكن استمرار العقد عليها لكونها غير صالحة، ولا تحقق المنفعة المستأجرة لأجلها، وحيث أن المدهي يده يد أمانة، ولا يضمن العين المؤجرة إلا إذا تعدى أو فرط، ولم يثبت ذلك وبالتالي فلا تجد الدائرة مبرراً شرعياً لتحميل المدهي تبعات تعرض السيارة للتلف والهلاك؛ إذ أن المدهي عليها قد أدت وفرضت المدهي بموجب العقد في التصرف بالعين المؤجرة على النحو الذي أقر بفعله، والجواز يتأفي الضمان، فما أصاب السيارة لم يكن يعتمد من المدهي، كما لا توى الدائرة موجباً في إيجاب المدهي عليها على إصلاح العيوب التي لحقت بالسيارة؛ لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه ولأن في إيجاب المدهي عليها بالإصلاح والتجديد يؤدي إلى تسليم المدهي عين جديدة لم يتناولها عقد الإجارة، فضلاً عن أن النفقات التي ستتحملها الشركة المؤجرة نتيجة

إلزامها بالإصلاح خارج عقد التأمين قد تفوق ما يتقاضاه من أجرة، وبما أن المدهي عليها لا ترغب في الإصلاح، وصرحت بذلك، وحيث أن من المقرر شرعاً أن الإجارة عقد على منفعة، ولا بد أن تكون العين المؤجرة سليمة، وصالحة للانتفاع طيلة مدة الإجارة، وحيث تعذر على المدهي الانتفاع بالعين المؤجرة؛ لما سبق بيانه فإن الدائرة والحال ما ذكر تنتهي إلى الحكم بإنهاء التعاقد المبرم بين الطرفين بشأن السيارة محل الدعوى من تاريخ استلام المدهي عليها للسيارة المؤرخ في ٢٠٠٧/١١/٧م، وإلزام المدهي عليها بإعادة المبالغ الإيجارية المنقوعة من المدهي اعتباراً من التاريخ المنوء عنه أهله والبالغ قدرها (١١٣٢٢ ريال) لعدم تمكنه من الانتفاع بها خلال تلك الفترة.

وحيث أنه فيما يتعلق بطلب المدهي الحكم له بالتعويض عن الضرر على النحو الذي ذكره في دعواه، فلما كانت الدائرة باطلاعها على العقد لم تجد فيه أصلاً ما يلزم المدهي عليها بالتعويض؛ إذ قد نص على أن العلاقة بين الطرفين هي علاقة تأجير، وبالتالي فلا مبرر للتعويض أساساً ما دام أن المدهي قد نال حقه من المنفعة الإيجارية عن الفترة الماضية، فضلاً عن أن ما يطالب به المدهي إنما هو كسب محتمل قد يحدث أو لا يحدث، ولا يمكن شرعاً التعويض عن الكسب المحتمل لعدم ثبوت تحققه وتعين رفض هذا الطلب.

"الملك"

حكمت الدائرة بما يلي:

أولاً: إنهاء التعاقد بين الطرفين بشأن إيجار السيارة من نوع (أوتورا) موديل ٢٠٠٦م فضية اللون وتحمل لوحة رقم (هـ هـ ل ٥٣٧) وهيكول رقم ١٤٠٧٣١ اعتباراً من ٢٠٠٧/١١/٧م.

ثانيًا: إلزام شركة..... المحدودة بأن تنفع للمدعي..... مبلغاً قدره إحدى عشر ألفاً وثلاثمائة واثنتان وعشرون ريالاً.

ثالثًا: رفض ما هذا فلك من طلبات الطرفين لما هو موضع بالأسباب، وبإعلانه قرر الطرفان عدم القناعة به، والله الموفق وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية

تتمثل الدراسة التحليلية لهذه السابقة فيما يلي:

أولاً: يظهر من محال عرض الحكم القضائي، وما جاء في أسبابه، النص على تلف المنفعة الموجرة للمدعي، وأن المدعي عليها مالكة المنفعة لم تجبر على إحلالها لكونها المالكة لها، وبالتالي فسخ العقد بين الطرفين هو القول الفعيل لتوقف وتعطل المنفعة، دون إلزام المدعي عليها بإصلاح ما تعطل، وبذلك تكون العلاقة بين السابقة القضائية وعنوان المطلب ظاهرة وفقاً لما قروناه في خطة البحث.

ثانيًا: بثت السابقة القضائية حكمها على أمر متفق عليه بين المذاهب الفقهية الأربعة^(١)، وهي مسألة أن مالك المنفعة إذا تعطلت منفته الموجرة، كذاز تهتمت، أو ذابة نفقت، فإنه لا يجبر على إصلاح ما تهدم، أو إبدال ما نفق، وهاية ما في الأمر أن عقد الإجازة بمجرد تعطل المنفعة يتفسخ، لأنه عقد بيع المنافع، وبانتفاها تنتفي الأجرة المستحقة^(٢).

(١) ينظر: الدرالمختار: (٣٦٦/٥)، بدائع الصنائع: (٢٨/٤)، المبسوط: (١/١٤٤)، الفوائد النهائي: (١/١٦٤)، ورقة المائلين: (٢١٩/٥)، كتاب القناع: (٤/٢١).
(٢) المراجع السابقة.

قال في بنائع العنائع: (وتعطيين الدار، وإصلاح ميزابها، وما هي من بنائها، على رب الدار دون المستأجر؛ لأن الدار ملكه، وإصلاح الملك على المالك لكن لا يجبر على ذلك، لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه)^(١).

وجاء في الفواكه النواتي ما نعه: (لم يعلم من كلام المصنف حكم ما لو طلب المكتري من صاحب الدار أن يصلحها له بعد حصول انهدامها، والحكم عدم الجبر، قال خليل: ولم يجبر مؤجر على إصلاح مطلقاً...)^(٢).

والذي سارت عليه السابقة القضائية هو عين ما قرره المسألة الفقهية المتفق عليها، ولم تلتفت إلى طلب المدعي بإلزام المدعي عليها بإصلاح السيارة المستأجرة، لأن المدعي عليها مالكة لها، ولا يجبر المالك على إصلاح ملكه.

ثالثاً: وجه كونها سابقة قضائية:

يتجدد من خلال استعراض السابقة القضائية، انطباق وصف السابقة على مضمونها، إذ أنها صدرت من المحكمة الابتدائية واستكملت أركان وشروط الحكم القضائي، ثم اكتسبت تأييد وموافقة المحكمة الأعلى درجة، وأصبحت صالحة لأن تكون مثلاً يحتذى بها لما يلحق من أحكام.

رابعاً: الصياغة المقترحة:

(لا يجبر المؤجر بإصلاح ما تعطل من المنفعة المؤجرة) أو (المالك لا يلزمه إصلاح ملكه).

الباب الرابع

عقد الإجارة ينتهي بهلاك المين الموجرة ويتحمل الملتف ضماناتها

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[تلخص وقائع هذه القضية وبالقدر اللازم لإصدار حكم فيها أنه تقدم لفرع حيوان المقالم... وكيل..... بلائحة دعوى ضد شركة... للاستثمار التجاري، تضمنت أنه اشترى أربع سيارات من المدهى عليها، ووقع لإحداها حادث تسبب في تلفها، لذا فهو يطالب المدهى عليها بسيارة بديلة بموجب العقد المبرم مع المدهى عليها، والمرفق بصورته بلائحة دعواه، ثم تقدم بمذكرة تفصيلية تضمنت أنه يملك مؤسسة تأجير سيارات وقد اشترى من المدهى عليها أربع سيارات بطريقة الإيجار المنتهي بالتمليك، وقد قام أحد المستأجرين من مؤسسته بعمل حادث بالسيارة ثريب عليه تلف كامل السيارة، لذا فإنه يطلب التعويض عن هذه السيارة بسيارة بديلة أو قيمتها التي تبلغ خمسين ألفاً ومائة وسبعين ريالاً، ويطلب الجواب من وكيل المدهى عليها تقدم بمذكرة حاصلها أن تلف السيارة كان بسبب أحد عملاء المدهى، وأن العقد مع المدهى هو بالتأجير المنتهي بالتمليك، ووجود السيارة في يد

(١) انظر الحكم الابتدائي الصادر برقم ٢٥/٥/٧/تج/٧ لعام ١٤٢٨هـ، والمكتسب القطعية بحكم محكمة الاستئناف رقم ٢٨٤/ت/٣ لعام ١٤٢٨هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٨هـ: (٢/٩١٦).

المدعي هو من قبيل الإيجار الشهري، وقد انتفع بها المدعي لمدة تزيد عن أربعة عشر شهرا وبالتالي فلا حق للمدعي فيما يطالب به، لأنه يعد إثم بلا سبب، وذلك لأن المطالبة لو صحت فإن ذلك سينفع أي حميل إلى إتلاف السيارة بأي طريق بعد الانتفاع بها، ثم يأخذ ثمنها أو سيارة بديلة، وانتهى إلى طلب رفض الدعوى، ثم سألت الدائرة الطرفين هل سدد المدعي أي أجرة بعد وقوع الحادث على السيارة محل الدعوى؟ فأجاب بأنه لم يسدد أي أجرة بعد وقوع الحادث، وتم تسليم السيارة المدعي عليها وأغاب وكيل المدعي عليه أن تم إيقاف طلب السداد من المدعي بعد وقوع الحادث واستلام السيارة من قبلهم فطلبه الالتزام بباقي أقساط السيارة كاملة حسب ما نص عليه العقد.

الأسباب

وحيث إن دعوى المدعي تنحصر في مطالبة المدعي عليها بالتعويض عن السيارة التي تلفت في هدمته، وحيث إن المدعي يملك مؤسسة تأجير سيارات وقد قام باستئجار سيارة من المدعي عليها، وأبرم معها عقدا بالإيجار المنتهي بالتمليك وحيث ثبت من كلام المدعي أن تلف السيارة حصل بسبب أحد عملائه الذين يؤجر عليهم السيارات، وحيث أن من شروط التعويض عن الضرر أن تكون المدعي عليها متسببة في هذا الضرر، وحيث ثبت أن المتهم فيه هو عملاء مؤسسة المدعي وبالتالي لا وجه لمطالبة المدعي عليها بالتعويض، سواء قلنا أن العقد عقد بيع أو إجارة، فضلا على أن العقد وحسب تكييف مجمع الفقه الإسلامي هو عقد إجارة مع وعد بالتمليك، وهو الذي تتحمله ألفاظ العقد التي نصت على أن المدعي هو مستأجر والمدعي عليها مؤجرة وإذا كان عقد إجارة فلا وجه للمطالبة بالتعويض عن سيارة مستأجرة تلفت تحت يده، لأن عقد الإجارة ينتهي بهلاك العين المؤجرة، ويتحمل

المتلف ضماناتها دون المالك، كما هو مقرر شرعاً مما تنتهي معه الدائرة إلى رفض دعوى المدعي.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة فيما يلي:

أولاً: عقد الإجارة عقد على منفعة معلومة، والمستأجر يستنفذها شيئاً فشيئاً، حتى تنقضي مدة العقد، فإذا هلكت العين المؤجرة كدار انتهت، أو دابة تلفت، أو سيارة تلفت، انفسخ العقد، لتعطل المنفعة، وعدم التمكن من استيفائها، ومن خلال النظر في الحكم محل الدراسة نجد أنه يقرر ذلك الأمر هيناً، ومن هنا نرى التطابق بين العنوان والسابقة وذلك حسب ما هو مقرر في منهج البحث.

ثانياً: بشت السابقة القضائية حكمها على أمر مجمع عليه بين الفقهاء ^(١) وهو أن عقد الإجارة ينفسخ بمجرد انتفاء المنفعة بالكلية، وهلاكها، ومن حكي الإجماع شيخ الإسلام ابن تيمية قال ^(٢): (وأما الجوائح في الإجارة، فنقول: لا نزاع بين الأئمة أن منافع الإجارة إذا تعطلت قبل التمكن من استيفائها سقطت الأجرة) ^(٣). وقال في موضع آخر: (وقد اتفق العلماء على أن المنفعة في الإجارة إذا تلفت قبل التمكن من استيفائها فإنه لا تجب أجرة ذلك، مثل أن يستأجر حيواناً فموت قبل التمكن من الانتفاع) ^(٤). وقال في موضع آخر: (لا خلاف بين الأمة أن تعطل المنفعة بأمر سماوي يوجب سقوط الأجرة، وتقصها، أو

(١) ينظر البصر الزاقي: (٨٠/٨)، والفواكه النوان: (١٦٤/٦)، وحاشية النسوفي: (٢/١٦).

وأسنى المطالب: (٢٤٠/٢٠)، والشروح الكبير: (٤٦٦/١٤)، والانعصاف: (٤٤٦/١٦).

والمسلى لابن حزم (١٨٧/٨).

(٢) مسجوع الفتاوى: (٢٣٨/٢٧).

(٣) مسجوع الفتاوى: (٢٨٨/٢).

الفسخ، وإن لم يكن للمستأجر فيه صنع، كموت دابة، وانهدام الجدار،... وغيره من الأفات المانعة من كمال الانتفاع^(١).

ومستند هذا الإجماع أدلة منها:

- ١ - أن استيفاء المنفعة المعقود عليها متعذر شرعاً، كما لو زالت المنفعة حساً بالموت^(٢).
- ٢ - أن الإجارة إذا امتنع استيفاء المنفعة فيها فإن الثمن لا يقابله شيء يمكن الاستفادة منه^(٣).
- ٣ - أن في تعذر استيفاء المنفعة ضرر على المستأجر والضرر يزال^(٤).

ثالثاً: وجه كونها سابقة قضائية:

يظهر من خلال عرض السابقة القضائية الواردة في الفرع الأول، وجه كون هذا الحكم سابقة قضائية، من حيث صدوره من المحكمة الابتدائية واستيفاءها لأركان الحكم الشرعي، وتكرر وقائضها كما في الحكم رقم (١٥٦/د/ج/٢٠ لعام ١٤٣٢هـ)^(٥) واكتسابها لتأييد المحكمة الأعلى درجة، مما يجعلها صالحة لأن تكون مثلاً يحتذى بها فيما يلحق من أحكام.

رابعاً: الصياغة المقترحة:

(تنتسخ الإجارة بتعذر الانتفاع من المعقود عليه متى كان العذر المانع من ذلك ناشئ عنه).

(١) مجموع الفتاوى: (٢٩٣/٣٠ - ٢٩٤).

(٢) ينظر: مني المستأجر: (٤٨/٣) المبيع (١٠٣/٥).

(٣) ينظر: مسائل الإجماع في عقود المعاوضات، التفسير: (٧١٧ - ٧١٨).

(٤) المرجع السابق نفسه.

(٥) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٢هـ: (٧١٧/٢).

الباب الخامس

مسؤولية المالك في الإخلال بقوانين الرضا

◆ الفرع الأول: فرض السابقة:

الوقائع^(١):

أنتلخص وقائع هذه الدعوى في أنه تقدم إلى المحكمة الإدارية بمحافظة جدة وكيل المدعى بلائحة دعوى موكلته، والمتضمنة أنه اشترى من المدعى عليها ثمان سيارات لائسر موديل ٢٠٠٥ بنظام التأجير المتهي بالتمليك على أساس أنها سيارات جديدة، وأنفج له بعد استلام هذه السيارات أنها مستعملة من قبل مجموعة... لتأجير السيارات، وطلب في نهاية دعواه فسخ عقد البيع لما اشتمل عليه من الضرر والتليس مع إعادة المبلغ المنفوع إليه، وتعويضه عما أصابه من أضرار، ويسأل ممثل المدعى عليه، أنكر صحة الدعوى جملة وتفصيلا، وأكد أن السيارات التي اشتمل عليها عقد البيع بين الطرفين، والتي استلمها المدعى سيارات جديدة، ولم تستعمل من قبل وطلب الحكم برفض دعوى المدعى.

الأسباب

وحيث إن المدعى يهدف من دعواه إلى فسخ عقد الإيجار المتهي

(١) انظر: الحكم الصادر من الدائرة التجارية للثالثة عشرة بالمسكمة الادارية بجدة رقم ١٤٥/دعج/١٣ لعام ١٤٣١هـ، والمكتسب القطعية بحكم مسكمة الاستئناف رقم ٨١١/ت/٢ لعام ١٤٣١هـ.

بالتمليك لثمان سيارات، اشتراها من المذهي عليها على أنها جديدة، وتبين أنها مستعملة إضافة إلى التصويض عما لحقه من أضرار، وحيث إنه لم يقدم بيته على ذلك سوى خطاب من إدارة المرور، تتضمن تسجيل تلك السيارات باسم مجموعة.....، وحيث ذكر وكيل المذهي عليها أن مجموعة... قد تراجعت عن التعاقد ووليت في تخفيض الكمية بعد أن سجلت السيارات باسمها في المرور، ولكن قبل أن تقوم باستلام السيارات، وقبل خروج تلك السيارات من الشركة، وحيث إن بيته المذهي غير موصلة لأن تسجيل السيارات باسم مجموعة..... قبل بيعها عليه لا يلزم عنه أن تكون مستعملة لما سبق ذكره، لاسيما وأن وصف اللجنة مما يعلم بالروية، وقد وقع المذهي على إقرار استلام السيارات، وخروجها من مقر الشركة المذهي عليها بعد أن تفقد كل سيارة من الداخل، والخارج، وهائنها المعاينة النافية للجهالة، والضرر ونفي وجود أي ملاحظة عليها، وحيث إن المذهي صادق على صحة توقيعه على ذلك الإقرار، وحيث إن المذهي قد تصرف في السيارات، وقام بتشغيلها وتأجيرها فترة طويلة، وقد ذكر الفقهاء أن خيار العيب مترسخ ما لم يوجد دليل الرضا، وحيث إن المذهي قد تصرف في المبيع بعد علمه بالعيب الذي يدعيه - لم يثبت لدى الدائرة - فقد وجد دليل الرضا في هذه الدعوى.

لذلك حكمت الدائرة: برفض دعوى المذهي..... صاحب مؤسسة..... لتأجير السيارات ضد شركة مؤسسة..... للتجارة.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة فيما يلي:

أولاً: عقد الإجارة من عقود المعاوضة وهو مثل عقد البيع في

الأركان والشروط والخيارات^(١)، ومن ذلك خيار العيب فالأصل أن خيار العيب يثبت للمستأجر بعد علمه بعيب في المنفعة الموجرة شريطة ألا يصدر عنه ما يدل على الرضا به صراحة، أو دلالة، فإن تصرف في المنفعة بعد ذلك فهو قرينة على الرضا ويسقط حقه في الرد أو الأرش ومن خلال ما جاء في المحكم القضائي، فإنه يتبين لنا ما ذكر آنفاً من سقوط خيار العيب في المنفعة المستأجرة بدليل تصرف المستأجر والرضا بالمنفعة بعد علمه بالعيب، وبهذا يتضح مدى التطابق بين العنوان والسابقة، حسبما هو متبع في منهجية البحث.

ثالثاً: تنخرج هذه السابقة القضائية تحت مسألة تكلم عنها الفقهاء وافقت المذاهب الأربعة على العمل بها، وهي مسألة العلم بالعيب من قبل المشتري أو المستأجر عند العقد أو بعده، ثم يصدر منه ما يدل على الرضا به صراحة بأن يقول رغبته به، أو دلالة بأن يستخدم المبيع أو يهبه أو ينقل ملكيته، وتحر ذلك من التصرفات فإنه لا خيار له، ولا يثبت له رد، وقد جرى تفصيله سابقاً في المبحث الرابع من الباب الأول ونحيل إليها متناً للتكرار^(٢).

ثالثاً: وجه كونها سابقة:

يظهر من خلال عرض السابقة القضائية في الفرع الأول، وجه كون الحكم سابقة من حيث صدور الحكم من المحكمة الابتدائية وفقاً لما هو مبين عند عرضها واكتساب تأييد المحكمة الأعلى درجة، وقد تكررت مثل هذه الوقائع.

(١) ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٣٦٢/١٤

(٢) انظر المنفعة ٢٧٧ من البحث

وأصبحت السابقة صالحة لأن تكون مثالا يحتذى بها لما يلحق من أحكام وفق لما هو مقرر في هذا البحث.

رأيًا: الصيغة المقترحة للسابقة:

(يسقط خيار العيب في الإجارة إذا صدر من المستأجر ما يدل على الرضا صراحة أو دلالة).



المبحث السادس

حكم اقتران عقد الإجارة بالوعد بالبيع

◆ الفرع الأول: عرض السابقة^(١)

[.....]

الأسباب

وحيث إنه يتبين من أقوال الطرفين أنهما وقعا عقداً يتم بموجبه تأجير المذعي عليها للمذعي السيارة محل الدعوى، وفق العقد المبرم بينهما، والتي استأجرها المذعي بولف استثمارها، ومعاودة تأجيرها إلا أنها تعرضت لتلفيات، وحيوب لم يمكن معه تحقيق الغرض الذي استأجرت من أجله، وقد طالب المذعي المحكم على الشركة المذعي عليها بإصلاح السيارة، والتعويض له مالياً مقابل الضرر الذي أصابه بالمبلغ المشار إليه في دعواه سالفة الذكر، كما طالب إلزام المذعي عليها بإعادة الأقساط التي دفعتها لها من تاريخ استلامها للسيارة، وذلك بمبلغ (١١٣٢٢ ريالاً) وإذا أنه بمطالبة الدائرة للمعقد المشار إليه نجد أنه أنشأ بين الطرفين عقد تأجير مقرون بوعد البيع عند انتهاء مدة الإجارة، وكما هو معلوم طبقاً للأحكام الشرعية أن عقد الإجارة من عقود المضارعات الذي يقسم تملك المستأجر حق الانتفاع بالعين محل التعاقد مدة الإجارة، وبالتالي تصبح الإجارة بيع منافع لا بيع أعيان، إذ

(١) هذه السابقة هي مكررة من حكم جرى حرقه في المبحث الثالث الصفحة ٣٧٧، وسأكتفي بعرض الأسباب هنا من أجل الاطلاع.

إن الذي ينتقل للمستأجر بموجب العقد هو المنفعة دون ملكية أصل العين الباقية ملكاً للمؤجر. وحيث اتفق الطرفان بموجب العقد على أنه بعد انتهاء عقد الإيجار يبدأ تنفيذ وعد البيع الصادر من المدعي عليها باعتبارها المالكة للسيارة المتعاقد عليها، والمعلق تنفيذه بين الطرفين بشرط سداد المدعي لكامل أقساط الأجرة في المدة المحددة بالعقد وطالما أن المدعي قد أقر بأنه لم يسدّد كامل الأجرة المتفق عليها، وبأنه توقف عن سداد بقية الأقساط الإيجارية في المدة المحددة وهو ما لم يحصل، وبالتالي فإن الدائرة تنتهي إلى أن واقع العقد بين الطرفين يبقى على أصله، وهو عقد الإيجار. وحيث أجمع الطرفان في أقوالهما بأن السيارة محل الدعوى لا يمكن استمرار العقد عليها، لكونها غير صالحة، ولا تحقق المنفعة المستأجرة لأجلها، وحيث إن المدعي يده يد أمانة ولا يضمن العين المؤجرة إلا إذا تعدى، أو فرط، ولم يثبت ذلك، وبالتالي فلا تجد الدائرة مبرراً شرعياً لتحميل المدعي تبعات تعرض السيارة للتلف، والهلاك إذ إن المدعي عليها قد أثبتت وفروغت المدعي بموجب العقد في التصرف بالعين المؤجرة على النحو الذي أقر بفعله، والجواز ينافي الضمان فما أصاب السيارة لم يكن يعتمد من المدعي...

◆ الفرع الثاني، الدراسة التحليلية:

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة على النحو الآتي:

أولاً: نصت السابقة في حكمها، والوقائع المصروغة فيها على تكيف العقد المبرم بين الطرفين بأنه عقد إيجار مقرون بوعد بالتملك في نهاية العقد، وموضوع العقد تأجير سيارة على الطرف الآخر، وله أن يقوم بتأجيرها، أو استخدامها مع بقاء أصل العين مملوكة للمؤجر، ومندرج وعد بتملكها للمستأجر متى ما قام بسداد أقساطها المتفق

عليها، وهذا الأمر هو عينه ما يسمى بالإجارة المنتهية بالتملك، ومن خلال ذلك يظهر التوافق بين عنوان المطلب، وما جاء عرضه في السابقة القضائية على النحو المذكور في منهجية البحث.

لأننا: تطرقت السابقة القضائية مما يظهر في أسباب حكمها، ووقائعها إلى أن العلاقة التي تربط طرفي النزاع، هي علاقة عقدية نشأت من خلال الاتفاق على تأجير السيارات على المستأجر مع وعد بتمليكها له نهاية العقد بالبيع، وهو ما يسمى بعقد الإجارة^(١) المنتهية بالتملك^(٢) ويعتبر هذا العقد من العقود المعاصرة التي ظهر التعامل بها حديثاً، وكتبت فيه البحوث والفتاوى لبيان حكمه الشرعي من قبل الهيئات الشرعية، والمجامع الفقهية والرسائل العلمية، وغيرها وسأوجز الكلام عنه هنا على النحو التالي:

أ - تعريفه:

وهو سنة تعريفات أبرزها ما يلي:

هو (أن يتفق الطرفان على إجارة شيء لمدة معينة بأجرة معلومة قد تزيد على أجرة المثل، على أن تنتهي بتمليك العين المؤجرة للمستأجر)^(٣).

(١) الإجارة لغة: مصدر أجز، وهي مشتقة من الأجر، وهو العوض، والجزاء على العمل، واصطلاحاً: "تمليك المضمرة بعوض معلوم"، أو "هي عقد يقتضي تملك منفعة مقصورة، معلومة، بعوض معلوم"، انظر: مقاييس اللغة لابن فارس: (١٦/١)، والقاموس المحيط، لأبي داود: ٤٣٦، أليس الفقهاء: ص ٢٥٥، وطلبية الطلبة، لنفسه: (ص ٢٦٦)، والإجارة الطويلة، لنفسه: (٢٢).

(٢) التملك لغة: مصدر ملك، أي جعله ملكاً للجال. في الاصطلاح الفقهاء بمعنى: التزوي. انظر: مقاييس اللغة لابن فارس: (٥٢١/٥)، والقاموس المحيط لأبي داود: ص ١٢٢٢ مادة (ملك).

(٣) الإجارة وتطبيقها المعاصرة: "الإجارة المنتهية بالتملك" لفكرة داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٢)، (١٦/١)، (٤٧٧).

وقيل هو: (إجارة يقترون بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في إثنائها، ويتم التمليك بإحدى الطرق المبينة في المعيار)^(١).

وهذه الطرق هي أحد ثلاثة أمور:

١ - وعد بالبيع بثمن ومزى، أو بثمن حقيقي، أو وعد بالبيع في أثناء مدة الإجارة بأجرة المدة الباقية، أو بسعر السوق.

٢ - وعد بالهبة.

٣ - عقد هبة معلق على شرط سداد الأقساط^(٢).

وقيل:

هو: (تمليك المتفعة ثم تمليك العين نفسها في آخر المدة)^(٣).

وكل هذه التصريفات تبين المراد بالعقد إما من حيث العصور المقترحة شرعاً، وإما من حيث الصيغة المعمول بها، وإما من حيث المعنى العام للعقد.

وللإجارة المنتهية بالتمليك صور متعددة^(٤)، كثير منها ليس له علاقة

(١) المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: ص ٢٧٠.

(٢) المرجع السابق: ص ٢٥٢.

(٣) الإجارة المنتهية بالتمليك المشارقي، مجلة محمد الفقه الإسلامي، مجلة: العدد الخامس (٢٦١٢/٤).

(٤) من أبرز صورها ما يلي: أ- إجارة تنتهي بالتمليك دون دفع ثمن سوى ما قدم من أقساط لإجارية. ب- إجارة تنتهي بالبيع بثمن ومزى. ج- إجارة تنتهي بالبيع بثمن السلعة الحقيقي وقت البيع. د- إجارة تنقلب تلقائياً بعد انتهائها إلى ملك المستأجر. وغيرها وللاستزادة ينظر: الإجارة المنتهية بالتمليك فسان للشيخ (١٠٨ - ١٦٠)، العقود المركية، العمراني: (١٩٥ - ١٩٨)، بيع القسيط التركي: (١٩٥ - ٢٠١).

بهذه الدراسة الواردة على المحكم القضائي، لذا سأكتفي هنا بالإشارة إلى أن ما قضيت به السابقة من جواز العبوة الواردة في العقد المبرم بين طرفي النزاع، وهي إحدى الصور التي تخرج تحت عقد الإجارة، المنتهية بالتملك، وذلك بأن يتفق الطرفان على إجارة السلعة، مع وعد بالبيع في نهاية المدة إذا تم السداد، ولا عبرة لما يقابل ذلك البيع من ثمن، سواء قل، أو كثر، وذلك حسب ما يتفق عليه المأخذون.

ب - تحريم محل النزاع^(١):

١ - الذي يظهر من أقوال العلماء المعاصرين في هذه المسألة أن المتفق عليه هو تحريم الإجارة المنتهية بالتملك متى ما قرئت بعقدين مختلفين في وقت واحد على عين واحدة.

٢ - كما اتفقوا على جواز الاتفاق على الإجارة، ثم يعقب ذلك عقد مستقل يبيعها بعد الانتهاء من الإجارة وأحكامها، أو وجود وعد أو خيار بتمليك السلعة في نهاية المدة الإيجارية، والخيار يوازي الوعد في الأحكام.

٣ - واختلفوا فيما سوى ذلك من صور الإجارة المنتهية بالتملك بين مجيز ومائع، وإيراد الأقوال في كل صورة مفصلة يطول وليس هنا محل ذكرها، لذلك سأكتفي بالعبوة الواردة في السابقة القضائية وأقوال المعاصرين فيها^(٢).

(١) ينظر: مسألة الإجارة المنتهية بالتملك تراجع في المراجع التالية: المعاملات المالية المعاصرة، محمد خير: (٢٢٦) ومع التوسط التركي (ص ١٩٢)، المقود التركية، العمري: (١٩٣ وما بعدها)، الإجارة المنتهية بالتملك، فريد الشيوخ: ٦٦ (وما بعدها)، الإجارة الطويلة المسجلة بالتملك (٣٩١).

(٢) انظر المراجع السابقة، وسبب الخلاف يعود إلى عدم أمور منها:

ج - صور العقد:

نظراً لتظافر عبارات الباحثين لموضوع الإجارة المنتهية بالتملك، والقول بأن هذا العقد اكتنفه التركيب من حيث التكيف الفقهي، فهو مؤلف من عقد إجارة وبيع، أو عقد إجارة وهبة في جميع الصور^(١).

نجد أن الصورة الواردة في الحكم القضائي مركبة من عقد إجارة مع وعد بالبيع، ولا يخلو الأمر في هذه الصورة من حالتين^(٢):

الحالة الأولى: أن يكون الوعد غير ملزم^(٣)، وذلك بأن يكون العقد المبرم عقد إجارة حقيقي، تترتب عليه أحكام الإجارة، ويعد سداد الأقساط الإيجارية يتم إجراء عقد بيع مستقل، تنفيذاً للوعد الغير ملزم، وحسب ما يستظر عليه رأي الطرفين.

وبهذا يكون العقدين منفصلين مستقلين، ولا خلاف في جواز كل واحد منهما، بتلك الصورة.

أ - مسألة اجتماع عقدين في عقد واحد وبخلاف العلماء في ذلك، فالجمهور على تحريمه واستثنى بعضهم بعض صور البيع والإجارة، والملكية على جواز، ولحق إلى ذلك ابن القيم وبعض العلماء المعاصرين، ينظر تفصيل هذه المسألة في: الإجارة المنتهية بالتملك، الشيخ: (٦٧)، والإجارة الطويلة، الطيب: (٣٦٢-٣٧٢)، ونظرة الشوط، الشافعي: (٦٦).

ب - اتساق عقد الإجارة في التطبيق العملي مثلاً للبيع، مما يفضي إلى الضرر والجهالة، وقد يحجز المشتري من السداد، فيبيع عليه ما دفعه دون مقابل.

ج - التردد في وصف العقد هل هو بيع أم إجارة؟ وعدم تحديد مائة العقد مما ينتج عنه عدم ترتيب أحكام البيع مثلاً على المقنود عليه، من انتقال السلطة إلى المشتري وقامعاً في يد البائع بسبب أنه عقد إجارة ونحو ذلك من أسباب تفضي إلى النزاع، وتؤدي إلى التعوض في العقد.

- (١) انظر: المقنود المركبة الحمروني: (٢٠٧)، والمعاملات المالية المعاصرة، شير (٣٢٠).
- (٢) انظر: المقنود المركبة الحمروني: (٢١٣)، الإجارة المنتهية بالتملك، الشيخ من ١٢٢-١٢٧.
- (٣) انظر: تفصيل مسألة الوعد وهل يكون ملزماً شرعاً ونقاه؟ الواردة في المصنف ١٤٧ من هذا البحث.

الحالة الثانية: أن يكون الرهد ملزماً، وذلك بأن يكون هناك عقدين على عين واحدة، أحدهما عقد إجارة، والآخر عقد بيع معلق على شرط سداد كامل الثمن، مما يؤدي إلى اجتماع عقدين في عقد واحد المنهي عنه شرعاً^(١) كما أنه يؤدي إلى الجهالة في الثمن والمثمن^(٢).

أما جهالة الثمن، فتحصل من خلال عدم معرفة الثمن الحقيقي للمصلحة نهاية العقد، لأن سعر السوق المتفق عليه مسبقاً عند ابتداء العقد يعتبر أمر مجهول في نهاية المدة، مما يعود على الثمن بالجهالة المفوضية للنزاع، ويمكن تعديل ذلك بإضافة شرط الخيار لأحد العاقلين أو كلاهما عند نهاية المدة مما يصبح معها وتنفي الجهالة المؤثرة.

وأما جهالة المثمن فتكون من خلال الاتفاق على دفع ثمن مقابل العين عند ابتداء العقد، والدفع يؤجل عند انتهاء المدة الإيجارية، علماً بأن العين تستعمل أثناء العقد ويؤثر ذلك في قيمتها أما سلباً أو إيجاباً،

(١) جاء النهي عن ذلك في أحاديث منها: أ- ما رواه أبي هريرة رضي الله عنه: (أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة) أخرجه الترمذي والنسائي وأحمد وصححه النووي، وقد سبق تطريجه (٢٠٧) ب- ما رواه عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: 'نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة' أخرجه الإمام أحمد في مسنده وقال مستقروا المستند: 'صحيح لغيره، وهذا إسناد ضعيف لقبه شريك، وهو ابن عبد الله النخعي، وعبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، قال الحافظ في 'التقريب': قد سمع من أبيه ولكن شيئاً يسيراً. وفيه رجال الإسلام ثقات رجال الشافعيين غير سماك - وهو ابن حرب - فمن رجال مسلم، وأخرج له البخاري تعليقا، وهو حسن الحديث إلا في روايته عن حكومة خاصة حسن: هو ابن موسى الأديبي، وأبو النضر: هو هاشم بن القاسم.

وأخرج الشافعي (٢٩١) من طريق أبي النضر، بهذا الإسناد، وأخرجه الزوار (١٦٧٧) من طريق أسود بن عامر، به * (٣٢٤/٦) ج- ما رواه عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (لا يسل سلف ويبيع) أخرجه الترمذي وأبو داود والنسائي وأحمد وصححه الألباني (سبق تطريجه (١٩٨).

(٢) انظر: العقود المركبة، العبراني (٢٢٠).

ويؤدي ذلك إلى الاختلاف في صفة المبيع والتزاع فيها، والأعيان بلا شك أنها تختلف أثمانها باختلاف استعمالها أو تشقيها وقد تلتف بحيث لا تساوي شيئاً.

وبين مما تقدم أن هذه الصورة تفضي إلى الجهالة والغرر المنهي عنه، أو المحرمة شرعاً^(١).

د - مشروعيتها:

ولمشروعية عقود الإجارة المنتهية بالتمليك في المعاملات المالية الإسلامية، وخاصة لدى المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، خلاف عند العلماء المعاصرون على قولين^(٢):

القول الأول: التحريم، لأنها من قبيل اجتماع عقدين في عقد واحد أو صفتين في صفة^(٣) واحدة. ومن قال بذلك هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية والدكتور عبد الحليق فرفور.

واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: حديث ابن مسعود رضي الله عنه "أن النبي ﷺ نهى عن صفتين في صفة واحدة"^(٤).

وجه الدلالة: أن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك يتضمن عقدين في

(١) المرجع السابق لصفحة (٣٣٤).

(٢) المقصود في هذا بيان الحكم من حيث الجملة، وبيان من ذهب العلماء المعاصرين في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من حيث المحرم، وإلا فإن المسألة فيها صور متعدة وتتميل في كل صورة لم أفكر، في هذا البحث غشية الإطالة وللإستزادة انظر للمراجع المذكورة في الصفحة ٣٣٤ الهامش (١).

(٣) ينظر: الإجارة المنتهية بالتمليك، الشيخ: ٦٨، الإجارة الطويلة، الطحيس: (٤٤١).

(٤) سبق تخريجه من ٣٨٧.

وقت واحد هما: عقد الإجارة، وعقد البيع، وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك^(١).

ونوقش: بأن في حديث ابن مسعود ضعفاً؛ لأنه من رواية شريك^(٢) وهو سيء الحفظ؛ ولأنه موقوف على ابن مسعود ﷺ ورواه سفيان الثوري^(٣) عنه ولم يرفعه إلى النبي ﷺ^(٤).
وأجيب عن ذلك بأن له شواهد أخرى^(٥).

ونوقش: بأن المراد بالبيعتين في بيعة والصفقتين في صفقة الواوثة في الحديث ليس منها ما هو محل الخلاف؛ بل تفسر على معنيين إما التردد في الثمن والمثمن، كأن يقول بعثك هذه السلعة بمشورة حالة أو بخمسة عشر مؤجلة، ويتفرقا دون تعيين الثمن.

(١) ينظر: الإجارة الطويلة: الطبعي: (٣٦٥).

(٢) شريك هو: شريك بن عبد الله بن الحارث بن أوس بن الحارث النخعي كنية أبو عبد الله؛ الكوفي القاسي بواسط ثم الكوفة أبو عبد الله صنوق بطنه كثيراً، تفرح حقله من وحي للقضاء بالكوفة، وكان عادلاً فاضلاً عابداً شديداً على أهل البدع، كان مولده بخراسان سنة خمس وتسعين، ومات بالكوفة سنة سبع أو ثمان وسبعين ومائة وكان في آخر أمره بطنه فيما يروي تفرح عليه حقله فسمع المتعلمين من الذين سمعوا منه بواسط ليس فيه تضليل مثل يزيد بن عارون وإسحاق الأزرق وسمع المتأخرين من بالكوفة فيه أوهام كثيرة، وتوقف بعض الأئمة من الاحتجاج بمقارنته.

انظر: الثقات لابن حبان (١٤٤/٦)، تحريب التهذيب ٢/٢٦٦، سير أعلام النبلاء (٨/٢٠٠).
(٣) سفيان هو: الإمام سيد السلفاء، الفقيه، أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي، من مشرقي أمير المؤمنين في الحديث، ولد في الكوفة ونشأ بها سنة ٩٧هـ، قال الخطيب: كان إماماً من أئمة المسلمين، وطاماً من أعلام التابعين، مجتهداً على إمامت بحيث يستثنى عن تركته مع الإكثار، والحفظ، والقبيل، والمعركة، والورع، توفي - الله - بالصورة سنة ١٦٦هـ، من مصنفاته: (لتجامع الكبير)، و(لتجامع الصغير).

انظر: تهذيب التهذيب (١٤/١٦٩)، سير أعلام النبلاء (٧/٢٢٩).

(٤) ينظر: الإجارة الطويلة: الطبعي: (٣٦٩).

(٥) المرجع السابق: ٣٧٠.

وأما أن يكون المراد به مسألة العينة^(١).

الدليل الثاني: أن هذا العقد حيلة واضحة للربا، وكل حيلة للربا مردودة، وممنوعة اعتباراً بمآلات الأعمال، وسد النرائع الفاسدة^(٢).

ونوقش: بأنه ليس حيلة للربا، ولا يسلم بذلك، لأن الربا إقراض مال مضموناً بفائدة، وليس في عقد الإجارة المنتهية بالتملك شيء من ذلك لأن المؤجر هو الذي يتحمل ثبوت الصيانة والهلاك والتأمين... ونحو ذلك، باعتباره المالك ولا خلاف في ذلك^(٣).

الدليل الثالث: أن هذا العقد ليس له أصل شرعي، بل هو عقد مستورد بالكامل^(٤).

ونوقش: بأنه لا يسلم بذلك فلم يقل أحد بأن الفقهاء المعاصرين أخذوا العقد كما هو في الضرب، وأجازوه وإنما قالوا بالجواز بعد تأصيله بما يوافق الشرع.

كما أن هذا القول بالتحريم يصدق على بعض صور العقد المحرمة لا العبرر الصحيحة^(٥).

القول الثاني: الجواز في بعض صوره، وعدم الجواز في العبرر

(١) المرجع السابق.

(٢) ينظر: الإجارة المنتهية بالتملك: الشيخ: ٦٨، والإجارة الطويلة والمنتهية بالتملك، الطهسي: (٣٦٣).

(٣) المرجع السابق نفسه.

(٤) المرجع السابق نفسه، والإجارة الطويلة، الطهسي: (٤٤٠).

(٥) ينظر: الإجارة المنتهية بالتملك، غسان الشيخ ص ٦٦، تلاً من مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٢) (١/١) الإسلامي العدد: (١٢) (١/١) (٦٥٠)، الإجارة الطويلة والمنتهية بالتملك، الطهسي: (٣٦٣).

الأخرى، ومن قال به مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ومعظم الهيئات الشرعية كهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، والتي تضم نخبة من العلماء وفقهاء العالم الإسلامي^(١).

ويمكن القول بأن القرار الصادر من مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة المنعقدة في الرياض لعام (١٤٢١هـ)، والتي وضعت الضوابط والصور الجائزة والممنوعة، هو مجمل ما استدل به أصحاب هذا القول ومالوا إليه.

وحاصل ما جاء في القرار ما يلي:

(أولاً: ضابط الصورة الجائزة والممنوعة ما يلي:

أ - ضابط المنع: أن يرد عقدان مختلفان في وقت واحد، على عين واحدة في زمن واحد.

ب - ضابط الجواز:

١ - وجود عقدين منفصلين مستقل كل منهما عن الآخر، زماناً بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتملك في نهاية مدة الإجارة، والخيار يوازي الوعد في الأحكام.

٢ - أن تكون الإجارة فعلية وليست سائرة للبيع.

٣ - أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر، وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من ضرر

(١) انظر: الإجارة المنتهية بالتملك، الشيخ: (٦٩ - ٧١).

غير ناشئ من تعدي المستأجر أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فانت المصلحة.

٤ - إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة فيجب أن يكون التأمين تعاونياً إسلامياً لا تجارياً، ويتحملة المالك المؤجر وليس المستأجر.

٥ - يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتمليك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة، وأحكام البيع عند تملك العين.

٦ - تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر لا على المستأجر طوال مدة الإجارة.. إلخ^(١)

ثم ذكر القرار بعض صور العقود الممنوعة وصور العقود الجائزة، والملاحظ أن ما جاء في القرار من ضوابط المنع، وصور العقود الممنوعة، يتفق مع ما جاء في فتوى القائمين بتحريم عقد الإجارة المنتهية بالتمليك (القول الأول)^(٢).

الراجع في المسألة:

والذي يظهر لي والله أعلم - أن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك وفقاً للضوابط المذكورة في قرار مجمع الفقه الإسلامي جائز، لأن الأصل أن عقد الإجارة مشروع بأصله، وكأي عقد من العقود الإسلامية، والتي تصبح غير جائزة متى لحقت بها بعض الشروط والموانع، أو فقد ركن من أركانها، ولأن العصور الجائزة في هذا العقد تحفظ لكل عقد من

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس: (٤/ ٣٧٦٣).

(٢) ينظر: الإجارة المنتهية بالتمليك، ضان الشيخ: ٦٨.

المقدين الواردة عليها أحكامه وآثاره، وتنتهي فيها ما يؤدي إلى الجهالة والقور.

وقد سارت السابقة القضائية^(١) على إجازت هذا المقد ومضمونه لكونه من العصور الجائزة، ولعدم شموله على ما يخالف قواعد الشريعة الإسلامية وأحكامها.

ثالثاً: وجه كونها سابقة قضائية:

تميزت هذه السابقة بكونها قضيت في عقد من العقود المستجدة، وإحدى التوازل المعاصرة، كما حازت سبق بصورها من المحكمة الأدنى درجة واستوفت أركان وشروط الحكم القضائي، وذلك في الحكم رقم "١٣٥/٢٠/٢ لعام ١٤٣٢هـ" واكتسبت تأييد المحكمة الأعلى درجة "محكمة الاستئناف" في حكمها رقم "١/٧ لعام ١٤٣٣هـ" وتكررت في وقائع مماثلة تلت هذا الحكم كما في الحكم رقم "١٤٤/١٤٤/٢ لعام والمؤيد من محكمة الاستئناف برقم "١/٢٤٥/١ لعام ١٤٣٣هـ"^(٢)

رابعاً: العبارة المقترحة السابقة:

(يصح تأجير منفعة العين، مدة معلومة، ثم بيع ذات العين بعد انتهاء عقد الإجارة، أو هبتها، ويصح أثناء الإجارة أو عند بدايته الوعد بمليكها، أو شرط الخيار للعائنين على السواء).



(١) ينظر: حرس السابقة القضائية في هذا المطلب في المفضة رقم ٣١٧.
(٢) ينظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٣هـ، العبارة من ديوان المظالم بالملكة العربية السعودية، الجزء (٣/١٦٠).

البهت السابع

اعتبار الزمن ركن في عقد الإجارة

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

النازلة^(١):

[تلخص وقائع هذه القضية في أنه تقدم لديوان المظالم ركبلاً عن شركة... بلاثعة دعوى ضد المدعي عليها... تضمنت المطالبة بمبلغ وقدره (١١,٥٠٨,٠٤٤) أحد عشر مليوناً وخمسمائة وثمانية آلاف وأربعة وأربعون ريالاً قيمة إيجار سيارات ويطلب استرجاع السيارات المؤجرة، وفي جلسة اليوم ذكر المدعي وكالة أن دعواه تنحصر في إلزام المدعي عليها بإعادة السيارات المستأجرة ودفع قيمة الإيجار للسيارات والبالغ قدرها (٤,١٨٩,٥٦٠) أربعة ملايين ومائة وتسعة وثمانون ألفاً وخمسمائة وستون ريالاً، ويطلب السير في الدعوى والحكم فيها غيابياً، وذكر أن المدعي عليه قد أبلغ أكثر من مرة عن طريق الخدمة الأولى بتاريخ ١٥/٤/١٤٢٧هـ، والثاني في ٢٧/٦/١٤٢٧هـ، والثالث في ٤/٨/١٤٢٧هـ وكلها يرفض الموظفون بمكتب المدعي عليها الاستلام، وقدم عبوره العقد الموقع مع المدعي عليها والمؤرخ في ٢١/١١/٢٠٠٤م، والعقد المؤرخ في ٢٠/٩/٢٠٠٥م، والعقد المؤرخ في ٢٧/١٠/٢٠٠٥م]

(١) انظر: الحكم الصادر من النازلة السابقة حشر بالمسكدة الاغارة بجدة برقم ٢/١٦/١٢٢ لعام ١٤٢٣هـ، والمؤيد من مسكدة الاستئناف بالحكم رقم ١/٩٧/١٤٢٣ لعام ١٤٢٣هـ.

٢٠٠٥م، كما قدم أذون تجهيز وأمر شراء السيارات المدعى بها موقعة من المدعى عليها، فأصدرت الدائرة بذات الجلسة حكمها القيايي رقم /د/تج/٩ لعام ١٤٢٧هـ القاضي بإلزام المدعى عليها بأن تلحق للمدعية شركة.. مبلغاً وقدره (٤,١٨٩,٥٦٠) أربعة ملايين ومائة وتسعة وثمانون ألفاً وخمسمائة وستون ريالاً وإعادة السيارات المستأجرة بعقد الاتفاق المؤرخ في ٢١/١١/٢٠٠٤م، والعقد المؤرخ في ٢٠/٩/٢٠٠٥م، والعقد المؤرخ في ٢٧/١٠/٢٠٠٥م، وهي سبع وتسعون سيارة من نوع هونداي اكسنت موديل ٢٠٠٥م، ومائة سيارة من نوع فورد كراون فكتوريا موديل ٢٠٠٥م، وإعلان الحكم قرر المدعي وكالة قناعته به، وقد أسست الدائرة حكمها المذكور على أن المدعية حصرت مطالبتها المدعى عليها بمبلغ وقدره (٤,١٨٩,٥٦٠) أربعة ملايين ومائة وتسعة وثمانون ألفاً وخمسمائة وستون ريالاً، وطلبت السير في الدعوى غيائياً، وقدم للدائرة إلبائناً للمدعية عبارة عن صورة من العقود المبرمة مع المدعى عليها، العقد المؤرخ في ٢٠/١/٢٠٠٤م، والعقد المؤرخ في ٢٠/٩/٢٠٠٥م، والعقد المؤرخ في ٢٧/١٠/٢٠٠٥م، كما قدمت المدعية وكالة أذون بتجهيز وأمر شراء السيارات المدعى بها، وعلى أنه لم يحضر المدعى عليه أو من يمثله شرعاً بالرغم من تليفه بموعد الجلسات المشار إليها في ضبط القضية عن طريق العملة مما يعد معه امتناعاً عن الحضور وتكولاً عن الإجابة فهو بمنزلة الإقرار الضمني بمضمون الدعوى، وقد تسلمت المدعى عليها نسخة من الحكم المذكور يوم الأربعاء الموافق ٤/٩/١٤٢٧هـ وتقدمت باعتراضها على الحكم المذكور بتاريخ ١٦/٩/١٤٢٧هـ مما يعد معه اعتراضها مقبول شكلاً، وأما من حيث الموضوع فقد تضمن الاعتراض المذكور أن المدعى عليها قد سددت المبالغ المستحقة عليها

بموجب شيكات صادرة منها ومودعة في حسابات شركة... لدى شركة... المصرفية للاستثمار في حساب رقم...، وأما بخصوص السيارات التي تطالب بها المدعية فإن السيارات المذكورة قد تم نقل ملكيتها بعد موافقة الشركة المدعية على ذلك نظراً لسداد المبالغ المستحقة عليها، وذكر أنه قد أرفق بلائحة اعتراضه بصور سندات الإيداع المذكورة، وكذا صور تفويض نقل ملكية السيارات المذكورة من قبل شركة... المدعية، وبإطلاع الدائرة على اللائحة المذكورة تبين لها أن المدعى عليها لم ترفق شيئاً مما زعمته في لائحة دعواها، وقد حددت الدائرة جلسة يوم الثلاثاء الموافق ١٩٦٧/١٢/١٩هـ وفيها حضر وكيل المدعية/ كما حضر وكيل المدعى عليها/ حيث تمسك وكيل المدعى عليها بما جاء في لائحة دعواه وسلم وكيل المدعية صور كشف حسابات وشيكات وصورة تفويض نقل ملكية وإطلاعه عليها طلب إسماله للرجوع إلى موكله والرد عليه؛ فعقب وكيل المدعى عليه بأن الشركة المدعية قد أقامت دعوى في وزارة التجارة بقيمة سندات الأمر، وهي تمثل جزء من المديونية المطالب بها في هذه الدعوى، فعقب المدعي وكالة بأن دعواه المنظورة في وزارة التجارة هي للمطالبة بقيمة سندات الأمر والكمبيالات، وأما هذه الدعوى فهي منحصرة في إلزام المدعى عليها بإعادة السيارات حسب العقد؛ لأن العقد عقد إيجار وليس عقد تملك، ولهذا فنحن نطلب إلزام المدعى عليها بإعادة خمس وثمانين سيارة من نوع فورد كراون فكتوريا، ثم طلب إسماله لتنظيم بيان بأرقام لوحات السيارات وهياكلها، وبناء عليه قوت الدائرة تأجيل نظر القضية إلى جلسة يوم الاثنين الموافق ١٩٦٨/٢/٨هـ حيث حضر فيها وكيل المدعية/...، كما حضر وكيل المدعى عليها/... وفيها قدم وكيل المدعية كشفاً يتضمن أنواع وصفات السيارات محل

الذهوي، وعندها واحد وثلاثون سيارة، وزود وكيل المدعى عليها بصورة منه، وأخاف بأن جميع المقود قد انتهت في ١٠/١٠/٢٠٠٦م، ويطلب إلزام المدعى عليها بإعادة السيارات محل الذهوي، فعقب وكيل المدعى عليها بأنه يطلب مهلة للرجوع إلى موكلته لمعرفة حال هذه السيارات، واستعد بتقديم مذكرة جوابية كما استعد بتسليم المذعية صورة منها قبل ١٧/٢/١٤٢٨هـ، وإذا لم يتمكن من ذلك فعليه أن يقدمها للدائرة يوم السبت الموافق ٢٠/٢/١٤٢٨هـ، ثم قورت الدائرة تأجيل نظر القضية إلى جلسة يوم الاثنين الموافق ٢١/٣/١٤٢٨هـ، وفيها حضر وكيل المذعية/.. كما حضر وكيل المدعى عليها/.. حيث سألت الدائرة وكيل المدعى عليها عما استعد به في الجلسة الماضية من تقديم مذكرة جوابية لوكيل المذعية قبل ١٧/٢/١٤٢٨هـ فذكر بأنه لم يقدم شيئاً من ذلك؛ لأن موكله يطلب من المذعية إثبات استتجار موكلته للسيارات المذكورة، كما أن موكلته تنكر استلام السيارات الفوردة المذكورة في الكشف المقدم من المذعية بتاريخ ٨/٢/١٤٢٨هـ، وتاريخ ٢٩/٣/١٤٢٨هـ، كما أن موكله افاده بأنه فعلاً قد قام بشراء هذه السيارات ونقل جزء منها إلى اسمه، وأنه قد سدد ثمنها كاملاً، ولم يبق في فخته شيء، وقدم للدائرة مذكرة مكررة من صفحة واحدة أرفق بها صور شيكات، وصور استمارات بعض سيارات الفوردة التي نقل ملكيتها، وطلب إلزام المذعية بتسليم موكله باقي الاستمارات المحبوزة لديها، وقد تسلم وكيل المذعية صورة من المذكرة المذكورة وبإطلاعه عليها أجاب قائلاً: إن المدعى عليه أخذ من موكلته مائة سيارة فوردة، وسدد قيمة تسع عشرة سيارة منها وهي التي سلمت له استماراتها ونقل ملكيتها، وبقي واحد وثلاثون سيارة لم ينفع قيمتها، وهي المذكورة في الكشف محل الذهوي، وأما صور المستندات

المقدمة من شيكات، واستمارات فائدا تخص عقوداً سابقة، ومن ضمنها التسع عشرة سيارة سالفه الذكر، وأما السيارات محل الدعوى فلم يقدم المدعى عليه ما يثبت سداد قيمتها، وأضاف بأنه سيقدم مذكرة في الجلسة القادمة يضمها رده التفصيلي على مذكرة المدعى عليه، وبناء عليه قررت الدائرة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة يوم الثلاثاء الموافق ٤/٧/١٤٢٨هـ وفيها حضر وكيل المدعية/، كما حضر وكيل المدعى عليه/ حيث قدم وكيل المدعية مذكرة مكونة من صفحة واحدة أرفق بها صور خمس مستندات ذكر فيها أن المرفق الأول- ضمن مرفقات مذكرة المدعى عليه الأخيرة- يتضح فيه بعض المبالغ المكرورة، والمرفق الثاني فيه بقية الإبداعات التي تم سدادها لعقود سيارات من نوع هيوانداي اكسنت، وليس لعقود من نوع كراون فكتوريا الصابر فيها حكم الدائرة، كما ذكر أن المرفق رقم (٣) والذي يحوي صور الاستمارات المقدمة من المدعى عليه وخاصة بجزء من السيارات المستلمة من قبل المدعى عليه التي قام بسداد إيجاراتها، وأضاف أن إجمالي اتفاقيات التأجير المبرمة بين الطرفين بلغت مبلغاً وقدره سبعة وعشرون مليوناً وستمائة وثمانية وثمانون ألفاً ومائتان وأربعة وتسعون ريالاً، ثم سدادها هذا المبلغ الخاص بالواحد والثمانين سيارة كراون فكتوريا، والتي تم استمادة أربع منها عن طريق الشرطة، وبقي عند المدعى عليها عند سبع وسبعين سيارة حسب الكشف المقدم سابقاً، ثم التمس من الدائرة المصافقة على حكمها القيايبي رقم ٢٩٨ لعام ١٤٢٧هـ، وقد زود وكيل المدعى عليها بصورة منها، ثم سألت الدائرة وكيل المدعية عن تاريخ عقد تأجير السيارات محل الدعوى فذكر أن العقد أبرم بتاريخ ١/١١/٢٠٠٥م وكانت قيمته ستة ملايين وستمائة ألف وتسعة آلاف ريال سند منها قيمة

تسع عشرة سيارة، وبقي في ذمة المدعى عليه مبلغاً وقدره أربع ملايين ومائة وتسعة وثمانون ألفاً وخمسمائة وستون ريالاً تمثل قيمة إلقاء العقد، فطلبت الدائرة من وكيل المدعى عليه تقديم ما يثبت سداد موكله قيمة عقود السيارات محل الدعوى بعد تاريخ إبرامها، لأن ما قدمه في الجلسة الماضية من صور شيكات يستدل بها على أن موكله قد سدد قيمة السيارات محل الدعوى، انضح للدائرة أن تواريخها كانت قبل إبرام عقود السيارات محل الدعوى، كما طلبت منه الإجابة التفصيلية على المذكرة المقلمة من وكيل المدعى عليه في هذه الجلسة بحيث يوضح قيمة كل العقود المبرمة بين الطرفين، وما يثبت سدادها حتى تاريخه، كما طلبت الدائرة من طرفي الدعوى تقديم كشف بعشرة مكاتب محاسبية لتختار الدائرة منها مكتباً لنديه لإجراء المحاسبة بين الطرفين إن رأت ذلك فاستعداً بذلك، وبناء عليه قررت الدائرة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة يوم الثلاثاء الموافق ١٤/٤/١٤٢٨هـ وفيها حضر وكيل المدعية/ كما حضر وكيل المدعى عليها/ حيث قدم وكيل المدعى عليها مذكرة مكونة من صفحتين أرفق بها عدداً من المستندات الغير موقعة، وذود وكيل المدعية بصورة منها وبإطلاعه عليها ذكر أن تواريخ المستندات المرفقة قبل تواريخ العقود محل الدعوى، ثم قدم مذكرة مكونة من صفحة واحدة بين فيها مستحقات موكلته حتى تاريخ الجلسة، ثم اتفق الطرفان على ندي مكتب المحاسب القانوني/ لإجراء المحاسبة بينهما وبناء عليه قررت الدائرة ندي المحاسب المذكور لإجراء المحاسبة بين الطرفين عن كامل فترة التعامل بينهما على أن يشتمل تقريره على عرض كامل لكل عقد مبرم فيه المبالغ التي سددت، والتي لم تسدد حتى تاريخه وعلى أن يحسب العقود على صورتين: بحيث يوضح في الأولى ما تبقى

من قيمة العقود على أساس أنها عقود إيجار، وفي الصورة الثانية يوضح ما تبقى من قيمة العقود على أساس أنها عقود بيع بالتقسيط، وأن يقدم تقريره خلال شهر من تاريخه، وعلى أن ترفع أتعابه مناصفة ومقدماً ويتحملها في النهاية الطرف الخاسر للدعوى.

الأسباب

وحيث إن المدعية تطالب المدعى عليها بأن تدفع لها مبلغاً وقدره ثلاثة عشر مليوناً ومائتان وثمانية وثلاثون ألفاً وثمانمائة وستة وخمسون ريالاً، بالإضافة إلى أتعاب المحاسب القانوني مبلغ وقدره سبعون ألف ريال، والتي قد سبق أن دفع نصفها المدعى عليه مع أتعاب المحاماة التي يقدرها بتسعمائة ألف ريال مع إعادة السيارات الموضوعة بالكشف

وحيث قدم للدائرة نسخة من عقود السيارات محل الدعوى وكشف حساب، وحيث تبين أن المدعى عليها أنكرت واقعة التأجير، ثم أقرت بها وأدعت أنها سندات المديونية، وقدمت لإثبات ذلك مستندات لا تدل على زعمها، وانتهجت طريق المماطلة، وحيث كان الأمر كذلك فقد تلقت الدائرة جهة خبرة محاسبية فورد إليها التقرير المحاسبي رقم.... المؤرخ في ١٤٢٩/٢/٢٥هـ، والذي خلص إلى ما يلي :-

أولاً: ما تبقى من قيمة العقود على المؤسسة المدعى عليها على أساس أن باقي العقود عقود بيع بالتقسيط هو مبلغ وقدره (٥٧٢,٧٨٦) أربعة ملايين وخمسمائة واثنتان وسبعون ألفاً وسبعمائة وستة وثمانون ريالاً، كما هو وارد بتقريرنا رقم ٤٢٨/٨٦٦ والمؤرخ في ١٢/١٩/١٤٢٨هـ.

ثانياً: ما تبقى من قيمة العقود على المؤسسة المدعى عليها على أساس أن العقود إيجار حتى تاريخ ٢٠٠٧/١٠/٣١م هو مبلغ وقدره

(٩,٢٦٧,٣٠٦) تسعة ملايين ومائتان وسبعة وستون ألفاً وثلاثمائة وست
ريالات، شريطة وجود سيارات عقدي رقم (٦) و(٧) وبعدها (٧٧) سبع
وسبعون سيارة الباقية لدى المدعي عليها. وحيث أثبت التقرير المحاسبي
انشغال ذمة المدعي عليها بالمئويونية المدعاة، وحيث دفعت المدعي
عليها أخيراً بأن حقيقة العقود مع المدعية هي عقود بيع بالتقسيط وليست
عقود إجارة، وحيث إنه بالإطلاع على العقد الرئيسي بين الطرفين
والمؤرخ في ١٩/٥/٢٠٠٤م الموافق ٣٠/٣/١٤٢٥هـ، وجد أنه لم يشر
إلى أن هناك علاقة بيع بين الطرفين، بل جاءت عباراته كلها دالة على
التأجير، ففيه مؤجر ومستأجر وسيارات مستأجرة وأجرة بل إن المادة رقم
(٧-٩) منه نصت على أنه "عند انقضاء هذا العقد أو انتهائه بسبب يلتزم
المستأجر في تاريخ ذلك الانقضاء أو الانتهاء حسب الحالة بالقيام فوراً
بإعادة السيارات المستأجرة إلى الركنيل التي استملها منه وهي بحالة جيدة
بعد إصلاح كافة الأعطال والخراب الذي تعرضت للسيارة له بسبب
إهمال المستأجرة أو رعوته أو إغفائه المتعمد بالوفاء بالتزاماته بموجب
اتفاقية التأجير..."

ونصت المادة رقم (١٠-١) على أنه: "يقر المستأجر بأنه يعرف
معرفة تامة للمجهل بأن العقد هو عقد إيجار طويل الأمد، وأن السيارة
ملك للمؤجر طوال مدة هذا العقد وليس للمستأجر حق في ملكيتها ولا
يحق له بيعها أو هبتها إلى أي طرف ثالث ولذلك فاستمارة السيارة تبقى
باسم المؤجر طيلة مدة هذا العقد ولديه نسخة كاملة من مفاتيحها لسمها
من خلال الجهات المختصة في أي وقت ينتهك فيه المستأجر الالتزامات
المحددة بهذا العقد"

وحيث إنه بالإطلاع على المادة السابقة يتبين أنه لا وجه لما دفع به
المدعي عليه من أن العقود بين الطرفين هي عقود بيع بالتقسيط، بل إن

المادة رقم: (١٠-٧) كانت أكثر صراحة من المادة السابقة حيث إنها نصت على أنه "إذا رغب المستأجر في شراء السيارة المؤجرة فإن عليه أن يقدم طلباً خطياً للمؤجر يعبر فيه عن رغبته صراحة باستخدام هذا الخيار، وأنه في حالة ممارسة هذا الخيار فإن عقد الإيجار هذا سوف ينتهي ويبرم عقد بيع منفصل بين الطرفين يتضمن تحديداً لسعر الشراء المتفق عليه بين المؤجر والمستأجر... إلخ".

وحيث إنه لم يثبت أن هناك عقد بيع وشراء أبرم مستقلاً بين طرفي الدعوى فإن الأصل بقاء ما كان على ما كان، وما ثبت بيقين فإنه لا يزول إلا بيقين ولا ينال من ذلك، ما دفع به المدعى عليه من أن المدعية أخذت كمبيالات أو سندات على المدعى عليه بالقيمة الإيجارية للسيارات المذكورة، وأن ذلك يدل على أن حقيقة العقود بيع لا إجارة، وذلك لأن عقد التأجير من العقود الملزمة لطرفيه، والتي لا تنقضي ولا تنتهي بالإرادة المنفردة، وحيث قد تلاققت إرادة طرفيه على تحديد مدته، والقيمة الإيجارية لكل شهر إلى نهاية المدة، وأنه لا يحق لأي من طرفيه إنهاء العقد إلا وفقاً لشروطه؛ فإنه لذلك لا غيبير من أخذ كمبيالات أو سندات أمر على المستأجر لضمان حق المؤجر، كما أنه لا ينال من ذلك طلب يمين المدعى عليه على نفي أن يكون العقد عقد بيع، وذلك لأن نصوص العقد واضحة، وبيئة المدعية لا لبس فيها ولا غموض، كما أن الشخص الذي باشر إبرام العقود مع المدعى عليها قد ترك الشركة المدعية حسب إفادة المدعية، وحيث ثبت إخلال المستأجر بعقد الإجارة وعدم وفاءه بشروط العقد الموقع بينهما؛ فإن الدائرة تنتهي إلى أنه ملزم بنفع أجرة السيارات التي بحوزته إلى حين إعادتها للمؤجر، ولكن ربما أن المدعى وكالة قد حصر مطالبته وقتياً بأجرة السيارات إلى تاريخ ٢٠٠٨/٧/٣١م فإن الدائرة تحكم له بالأقساط المتبقية له عن العقدين رقم (٦ و٧) إلى

تاريخ نهايتهما وهو حسب ما ورد بتقرير الخبرة مبلغ وقدره (٤,٥٧٢,٧٨٦) أربعة ملايين وخمسمائة واثنتان وسبعون ألفاً وسبعمائة وستة وثمانون ريالاً بالإضافة إلى أجرة السيج والسبعين سيارة (٢٩ سيارة من العقد رقم ٦، و٤٨ سيارة من العقد رقم ٧) التي لا زالت بحوزة المدعى عليه إلى التاريخ الذي حدثت المذعبة في مذكرتها المؤرخة في ١٤٢٩/٨/٣ هـ ليصبح المجموع مبلغاً وقدره ثلاثة عشر مليوناً ومائتان وثمانية وثلاثون ألفاً وثمانمائة وستة وخمسون ريالاً، كما تنتهي الدائرة إلى أن المدعى عليه ملزم بدفع تكاليف المحاسب القانوني كونه الخاسر للقضية، وأخيراً تشير الدائرة إلى أنه بالنسبة للسيارات من نوع هيواندي أكتشت فقد ثبت أن المدعى عليها قد سددت ما يلزمها للمذعبة، وتم إقفال عقدها ولذلك فإن المذعبة في مذكراتها الأخيرة لا سيما بعد صدور التقرير المحاسبي لم تثر هذا الطلب، ولم تشير إليه من لا من قريب ولا من بعيد، ولهذا فإن الدائرة لم تعرض له في ثانياً حكمها تبسيطاً ولا منطوقاً.

لذلك

حكمت الدائرة بما يلي :-

أولاً: إلزام المدعى عليها مؤسسة.... التجارية لصاحبها... بأن يدفع للمذعبة شركة.... المحدودة مبلغاً وقدره (١٣,٧٣٨,٨٥٦) ثلاثة عشر مليوناً ومائتان وثمانية وثلاثون ألفاً وثمانمائة وستة وخمسون ريالاً.

ثانياً: إلزام المدعى عليه بأن تدفع للمذعبة أتعاب المحاسب القانوني البالغ قدرها خمسة ثلاثون ألفاً.

ثالثاً: إلزام المدعى عليها بتسليم المذعبة سيارات الفوردي التي بحوزتهم البالغ عددها سبع وسبعون سيارة الموضح أرقامها بهذا الحكم لما هو موضح بالأسباب.

◆ النوع الثاني الدراسة التحليلية:

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة فيما يلي:

أولاً: بعد عقد الإجارة من عقود المعاوضات التي لا تزال الحاجة له بين الناس قائمة، ومعمول بها في تملك المنفعة واستخدامها، وتعد المدة الزمنية المعلومة بين المتعاقدين إحدى ركائز هذا العقد ويتوجه الأساسية، إذ به يعرف الفرق بين البيع والإجارة، وقد نصت السابقة القضائية محل الدراسة على ذلك الأمر وأضحت هذا الفرق واعتبرت أن التعامل المحكوم بالعقد، هو: عقد إجارة وليس بيعاً، ثم قضت بالأجرة المستحقة نظير استهلاك المنفعة، وبهذا يتضح وجود الرابط بين العنوان في المطلب والسابقة القضائية، على النحو المقرر في منهجية البحث.

ثانياً: بنت السابقة في قضائها على أن ما يطالب به المدهي بعد من قبيل أجرة المنافع، والتي جرى تملكها للمدهي عليه بنون خلاف، وقام باستهلاكها، والانتفاع بها، وقضت بعدم صحة ما دفع به المستأجر من أن العقد كان بيعاً وليس إجارة وبينت بأن أركان وشروط الإجارة متوفرة في العقد المكتوب بين الطرفين وقت إنشاء وأهم هذه الأركان هي المدة والأجل المقصود لانتهاء العقد، وكذلك ما ظهر من أوصاف العقد، والفاظه، ومبانيه، من أمور تبين أن لإرادة الطرفين متوجهة إلى كون المراد هو التأجير.

وهنا مسألة تفرعت منها هذه السابقة، وهي: هل يشترط ذكر المدة في عقد الإجارة، وأن تكون معلومة ؟

ولبيان هذه المسألة بشكل موجز يفني بالمطلوب، ويبين المقصود من السابقة فإني سأورد ما على النحو التالي:

أ - صورتها^(١) :

لعقد الاجارة وما تقدر به نوعين :

القسم الأول: اجارة تقدر بالزمن، وذلك بأن يتفق المؤجر مالك العين (سيارة مثلاً) على تأجير منفعتها للمستأجر لمدة سنة أو ستة أشهر مقابل مبلغ من المال يدفعه المستأجر نظير ذلك.

القسم الثاني: اجارة تقدر بالعمل؛ كأن يستأجر خياطاً ليخيط له ثوباً من هذا القماش صفته كذا وكذا.

فإذا وقعت الاجارة على عين معينة، مما تقدر بالزمن، فهل يصح العقد فيها بدون ذكر الزمن، هذا ما سأبينه في الفقرة التالية، وأما القسم الثاني مما تقدر فيه الاجارة بالعمل فليست محللاً للمبحث لكون السابقة مما تقدر بالزمن.

ب - حكم تحديد المدة والعلم بها في عقد الاجارة^(٢) :

إذا كانت الاجارة الواقعة على العين محل التعاقد مما تنقضي وتقاس بالزمن فإنه يشترط تحديد المدة ومعرفتها بالشهر أو السنة، بدون خلاف يذكر بين الفقهاء؛ إذ أنه محل اتفاق، وإجماع بينهم، ولا تجوز فيها الجهالة عند الجميع^(٣).

(١) انظر: مرسعة الاجماع في مسائل حوزة المعارضات، الطحير: ٧٠٦، والاجارة الطويلة، الطحير: ٤٩.

(٢) انظر: المرجع السابق، وراجع في القسم الثاني مما تقدر المدة فيه بالعمل: (الاجارة الطويلة، الطحير: ٩٧).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: (٩/٦)، وحاشية النسوي: (١١/٤)، والمجموع: (٣١١/٩)، والمغني: (٨/٨)، والمصلي: (٥/٧).

قال في المغني: (الاجارة إذا وقعت على مدة، يجب أن تكون معلومة: كشهر وستة، ولا خلاف في هذا تعلمه)^(١).

ومستند هذا الإجماع ما يلي:

١ - القياس على بيع الكيل؛ حيث إنه يشترط فيه العلم بمدة المكيلات، ومثلها المدة في الاجارة، فكل منهما يعتبر غائباً ومعرفة للمقدّر، فلا بد من العلم به^(٢).

٢ - أن المتافع إذا لم تضبط بمدة معلومة القدر لدخولها الغرر والجهالة المفضية إلى النزاع والمضاربة، فاحتيج إلى تحديد مدة في العقد معلومة تنفي عنه ذلك^(٣).

والذي سارت عليه السابقة في حكمها: هو القضاء بما يلتزمه الطرفان من تحديد المدة الزمنية، واعتباره ملزماً لهما، ومؤثراً في تقوية جانب أحدهما، وترتيب آثاره عليه.

ثالثاً: وجه كونها سابقة:

تعد هذه السابقة من حيث موضوعها من النوازل المستجدة، والمسائل المعاصرة، كما أنها صدرت من المحكمة الابتدائية برقم ١٢٢/د/٥/٢ لعام ١٤٣٢هـ واستوفت أركان الحكم القضائي وشروطه، وحازت تأييد المحكمة الأعلى درجة بصدر الحكم رقم ١٩٧/١/س/٢.

(١) المغني لابن قدامة: (٨/٨)، ونقل الإجماع غير واحد من العلماء، منهم: القروطي في الجامع، والقنوي في المجموع، وابن حجر في الفتح وغيرهم، ينظر: موسوعة الإجماع في طرق المعاملات المالية، للتخيري: ٧٠٢-٧٠٣.

(٢) انظر: المغني: (٨/٨).

(٣) انظر: موسوعة الإجماع، للتخيري: ٧٠٤، والاجارة الطويلة، للطيبي: ٧٧.

لعام ١٤٣٣هـ من محكمة الاستئناف، وتكررت وقائع مشابهة لها^(١)، وأصبحت صالحة لأن تكون مثالا يحذني به.

رأيًا: الصياغة المقترحة للسابقة:

(يشترط في الاجارة لمدة أن تكون معلومة، وأن تحدد بؤمن معين، فتمى وجدت تميزت عن غيرها من العقود).



(١) انظر: الحكم رقم ٩٨/٥/تج/ ٣٠ لعام ١٤٣٢هـ المؤيد من محكمة الاستئناف برقم ٨٩١/س/ ١٢ لعام ١٤٣٢هـ، المنشور في مجموعة الاحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٢هـ الصادرة من ديوان المظالم، (٢/ ٧٩٧).

البهت الخامس

إذا كان الالتزام في العقد دين
فيعد الشرط الجزائي فيه من قبيل الربا

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[قدم لفرع ديوان المظالم بجهة لائحة الدعوى المقتضية من المدعي وكالة (...) متضمنة طلب إلزام المدعى عليها بدفع مبلغاً وقدره (٧٤٠،٢٠) مائتان وأربعون ألفاً وثلاثمائة وأربعة وأربعون ريالاً وعشرون هللة قيمة إيجار سيارات استأجرتها الشركة المدعى عليها ولم تسدد أجرتها من موكلة وتسليم تلك السيارات لموكلة، وأخفاف وكيل المدعية أنه تم تسليم المدعى عليها السيارات المؤجرة ومقاديرها (٧١) إحدى وعشرون سيارة، ولا زالت السيارات لدى المدعى عليها، وقد توجب في ذمة المدعى عليها مبلغ وقدره (٧٤٠،٢٠) مائتان وأربعون وثلاثمائة وأربعة وأربعون ريالاً وعشرون هللة، وطلب إلزام المدعى عليها بردها، وفي جلسة ١٤٢٨/٦/١٢ هـ زود وكيل المدعى عليها المدعي وكالة بوجه على الدعوى فطلب مهلة للرد، ثم سألت الدائرة وكيل المدعى عليها عن العقد المؤرخ في ٢٠٠٥/٩/٧ م بين طرفي

(١) انظر: الحكم الابتدائي الصادر من النافذة الثامنة برقم ٢٧/د/تج/٨ لعام ١٤٢٩ هـ، والمزيد بحكم الاستئناف رقم ٣٧٦/اس/٣ لعام ١٤٢٩ هـ، والمشور في مجموعة الاحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٩ هـ الصادرة من ديوان المظالم، (٢/٩٧١).

الدعوى، فذكر أن هذا العقد صحيح وموقع من موكلته، ثم سألته عن كشف الحساب الصادر من المدعى عليها المؤرخ في ١٢/٩/٢٠٠٦م فذكر أنه لم يطلع عليه ويطلب مهلة للرجوع لموكلته، فسألته الدائرة عن عدد السيارات التي استأجرتها موكلته، وما استرجع منها فطلب مهلة للملك، ثم سألت الدائرة المدعي وكالة عن عدد السيارات المؤجرة؟، فذكر أنها إحدى وعشرون سيارة، وقدم كشف بعدد السيارات، ووجدت الدائرة أنه غير مترجم فطلبت ترجمته وتسليم نسخة للمدعي عليها فزوده بصورة منه وفي جلسة ١٠/٧/١٤٢٨هـ قدم وكيل المدعي عليه مذكرة مكونة من ست صفحات، وقد تسلم وكيل المدعي صورة منها، ثم قدم وكيل المدعي مذكرة مكونة من صفحتين تسلم وكيل المدعي عليها صورة منها، وذكر الطرفان أنهما يكتفيان بما قدماء، وطلبا الحكم في الدعوى بحالتها الراهنة، وفي جلسة ١٢/٨/١٤٢٨هـ، سألت الدائرة المدعي وكالة عن المقصود بفسخ العقد الصادر به قرار لجنة الفصل في منازعات الأوراق التجارية، فذكر أن العقد بين الطرفين هو عقد واحد وهو المؤرخ في ٧/٩/٢٠٠٥م، المرفق بأوراق القضية، وأن المدعي عليها سلمت شيكاً بمبلغ (٣٠٠,٠٠٠) ثلاثمائة ألف ريال عبارة عن شرط جزائي تستحقه المدعية في حالة تخلف المدعي عليها عن سداد قيمة الإيجار، وقد كان الشيك مسلم للمدعية في فترة توقيع العقد، وتسليم السيارات كشرط جزائي إذا طلبت المدعي عليها إنهاء الإيجار وفسخ العقد، وعدم التزامها بتسديد الإيجار، وطلب مهلة لتوضيح هذه النقطة في الجلسة القادمة، وفي جلسة ١٨/٩/١٤٢٨هـ زود المدعي وكالة وكيل المدعي عليها بصورة من المذكورة، ثم سألت الدائرة المدعي وكالة عن ملحق العقد (أ) المبرم بين الطرفين الذي يوضح منه الإيجار للسيارات محل الدعوى فاستعد بإحضاره في الجلسة القادمة، فطلبت الدائرة ترجمة

كشف حساب السيارات وقد أطلعت الدائرة على صورة ملحق العقد (أ) لدى وكيل المدعى عليها فتبين أن مدة الإيجار ستة وثلاثين شهراً، وتتعلق بأحد السيارات المستأجرة، ويسأل وكيل المدعية عن المراد بعبارة فسخ العقد المدونة في قرار مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية فأجاب بأن المراد هو عدم التزام المدعى عليها بسداد الأقساط المستحقة لأجرة كل سيارة في مواعيدها المحددة في العقد وفقاً للبند (التاسع والحادي عشر) من العقد، وأفهمته الدائرة أن المادة (التاسعة) تتعلق بالتقصير في الالتزام بنفع الأجرة الشهرية واستماعة السيارات وأن البند (الحادي عشر) يتعلق بالإنتهاء المبكر بعقد الإيجار من قبل المستأجر بأن يلتزم المستأجر بهذه الحالة بأن يرسل إشعاراً خطياً إلى المستأجر بشهر واحد على الأقل قبل تاريخ الإنتهاء المبكر ويعدده سيقوم المستأجر بنفع هرامة أجرة ستة أشهر إذا حدث الإنتهاء خلال السنة الأولى من فترة الإيجار. وذكر وكيل المدعى بأن الإنتهاء قد تم خلال السنة الأولى، وأن المبلغ المحكوم به في قرار مكتب الفصل يتعلق بهذه الهرامة، وأن الأجرة المذكورة تزيد عن مبلغ الشيك الصادر بموجب القرار، ويصرح ذلك على وكيل المدعى عليها طلب أجلاً للرد عليه والمذكورة المقدمة في هذه الجلسة، وفي جلسة ١١/١/١٤٢٩ هـ وبحضور طرفي الدعوى قرر وكيل المدعية أنه لا جديد في المذكرة الجوابية المقدمة من وكيل المدعى عليه وأنه يتمسك بالمطالبة الواردة في لائحة الدعوى وأنها تمثل المتبقي من قيمة أجرة سيارات متأخرة، وأما بالنسبة للقرار الصادر بشأنه قرار مكتب الفصل، فهو لقاء فسخ عقد من قبل المدعى عليه وفقاً لما نص عليه العقد المبرم بين الطرفين بمادتيه (التاسعة والحادية عشرة)، ويسأله عن تاريخ الشيك ذكر بأن تاريخه ٢٣/١٠/٢٠٠٥ م تاريخ عقد التأجير ٧/٩/٢٠٠٥ م أي بعد مضي شهر ونصف، وذكر بأن الشيك صدر من

المدعى عليه لاعتباره شرطاً جزائياً في حالة الإنهاء المبكر من قبل المستأجر المدعى عليه، وأنه تم ذلك الإنهاء خلال السنة الأولى من العقد، وأن المبلغ يمثل قدر الغرامة الجزائية الواردة في العقد المادة (الحادية عشر) الفقرة (أ) بل وأقل منه، ويعرض ذلك على المدعى عليه وكالة ذكر بأن ما ذكره غير صحيح، والصحيح أن المبلغ الصادر بشأنه قرار مكتب الفصل هو لقاء دفعة من قيمة إيجار عدد مائة وخمسة وعشرين سيارة، وأن لائحة الدعوى المقدمة من المدعية لدى مكتب الفصل قد نص على أساس المطالبة هو لقاء أجرة سيارات وأن الإخلال بالعقد جاء من طرف المدعية؛ لأن المبلغ الذي تم إصداره في ذلك الشيك الصادر به قرار مكتب الفصل بعد دفعة من أجرة جميع السيارات التي لم يتم استلامها كلها، وإنما جزء منها وعند المستلم إحدى وعشرون سيارة، وأنه ليس لقاء فسخ العقد والإنهاء المبكر وإنما لكي يتم احتسابه من الأقساط التي تأخر موكلتي في سدادها، ويعرض ذلك على وكيل المدعية ذكر بأن ما ذكره غير صحيح، حيث إن العبرة بما ورد بالقرارات الصادر من مكتب الفصل الذي نص على أن الشيك لقاء فسخ العقد، وأن ما ورد في لائحة الدعوى المقدمة من موكلتي لدى مكتب الفصل قد تم تعديله وتصحيح الدعوى على أنها قيمة فسخ عقد، وأما الإخلال بالعقد فكان من قبل المدعى عليها وتمسك الطرفان بما قدما من مذكرات وما ضبط في محاضر الجلسات واكتفائهما بما قدما وطلبنا الفصل في القضية بحالتها الراهنة، وأفاد وكيل المدعية أنه يحضر دعوى موكلته في الحكم لها بالإيجارات المتأخرة ومقدارها (٧٠.٣٤٤، ٧٤٠) مائتان وأربعون ألفاً وتسعمائة وثلاثة وريالات وعشرون هلة، وطلب وكيل المدعى عليها الحكم برفض الدعوى، ثم قرر الطرفان الاكتفاء وطلبنا الحكم في الدعوى بحالتها الراهنة.

وحيث إن المدعية قد أقامت دعواها على أساس مطالبة المدعى عليها بدفع أجرة السيارات المستأجرة من قبل المدعى عليها وقدرها (٢٠.٣٤٤، ٢٤٠) مائتان وأربعون ألفاً وثلاثمائة وأربعة وأربعون ريالاً وعشرون هللة، وحسرت دعواها في المطالبة بهذا المبلغ، وحيث دفعت المدعى عليها بعدم استحقاق المدعية للمبلغ المدعى به؛ لكون هذه المطالبة سبق الفصل فيها بقرار صادر من مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية رقم (١٤٢٨/١١/٢٣٥) وتاريخ ٢٥/٤/١٤٢٨هـ، وأنه يمثل دفعة مقدمة من قيمة إيجار السيارات لعدد (١٢٥) حيث يتم الاستفاضة منه في حال تأخر دفع إيجار السيارات، وأن المدعية استحصلت عليه بموجب القرار المذكور، وأنه لا وجه لمطالبتها الحالية إلا رهبة في الإجراء غير المشروع على حسابها، وأنه ليس لقاء الإثراء المبكر من قبل المدعى عليها لعقد الاستئجار المبرم بين الطرفين، وحيث ثقت المدعية ذلك وذكرت بأن القرار المذكور صدر لقاء إخلال المدعى عليها بالتزاماتها التعاقدية بإنائها المبكر لعقد الإيجار بتخلفها عن سداد الأقساط المستحقة عليها، وفقاً للبند (الحادي عشر) باعترافه بقرينة جزائية، ولما كان الثابت من أوراق القضية أن الأجرة التي كانت مستحقة بلغة المدعى عليها تمثل مبلغاً أقل من المبلغ الذي صدر به القرار آنف الذكر، وأياً كان سبب القرار الصادر من مكتب الفصل بمنازعات الأوراق التجارية، فإن استحقاق المدعية للأجرة يتوقف على المدة التي انتفعت بها المدعى عليها بالسيارات، ولما كان المبلغ المدعى به يمثل المدة التي استأجرت خلالها المدعى عليها السيارات محل الدعوى، فإن مطالبة المدعية تكون على غير سبب مشروع، لكون الغرامة الجزائية المشروطة في العقد المبرم بين الطرفين غرامة غير جائزة

شروعاً وهي لقاء تخلف المذعي عليها من سداد أقساط الأجرة المتبقية بلغة المذعي عليها، فهو شرط ملحق بالشروط الربوية حكماً؛ الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى رفض دعوى المذعية وبه تقضي، ولا يقال من ذلك ما استندت إليه المذعية من كون ذلك الشرط قد اتفق الطرفان على اشتراطه في العقد المبرم بينهما لحث المذعي عليها على الالتزام بالعقد؛ لأن الشروط وإن كانت محل اتفاق الطرفين إلا أن كل شرط غير جائز شروعاً ملغى وباطل، ولا يرتب أثراً لحديث النبي ﷺ (ما كان من شرط ليس في كتاب الله ﷻ فهو باطل وإن كان مئة شرط كتاب الله أحق وشروط الله أوثق). ولحديث عائشة رضي الله عنها في شأن بريدة التي اشترتها لإعتاقها فاشتراط أهلها أن يكون الولاء لهم، فوافقتهم على هذا الشرط، وأخبر النبي ﷺ (أن الولاء لمن أعتق)، ولحديث المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، وما سبق لا يتناقض مع ما نقرر شروعاً من أن الأصل في الشروط الصحة، وأنه لا يحرم منها ويبطل إلا ما دله الشرع على تحريمه، وإبطاله إما نصاً أو قياساً، وأنه لا يدخل في باب الشروط الجزائية المستبورة. وقد أجازت الشريعة الإسلامية لكل من المتعاقدين حرية الاشتراط على أن لا تخالف هذه الشروط مقتضى العقد ونظامه الشرعي، كما أنه يتفق مع قرار المجمع الفقهي بشأن موضوع البيع بالتسيط رقم (٥١) (٦/٢) ونصه (إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط بعد الموعد المحدد، فلا يجوز إلزامه بأية زيادة على الدين بشرط سابق، أو دون شرط لأن ذلك ربا محرم)، ولما كان الالتزام الأصلي في العقد محل الدعوى فيثماً، فإن الشرط الجزائي يعد من قبيل الربا الصحيح، وما أن عقد الإيجار عقد لازم، فقد كان للمذعية قبل فسخ العقد مطالبة المذعي عليها بالأجرة وعدم الموافقة على فسخ العقد، أما وقد اعتبرت المذعية بتخلف المذعي عليها عن السداد

العقد مفسوخاً، فإن العلاقة التعاقدية قد انتهت ولم يبق للمدعي سوى المطالبة بالأجرة حتى استلام السيارات محل التعاقد، ولما كانت المدعية قد استحصلت على قرار من مكتب الفصل بمنازعات الأوراق التجارية يلزم المدعي عليها بنفع مبلغ وقدره (٣٠٠,٠٠٠) ثلاثمائة ألف ريال.

لذلك حكمت الفائرة بما يلي: أولاً: إلغاء المحكم القضائي رقم ٣٧٩/٥/ج/٨ لعام ١٤٢٧هـ.

ثانياً: رفض دعوى المدعية شركة (...) المحدودة. وإعلانه على الطرفين قرر وكيل المدعية عدم القناعة به وقرر وكيل المدعي عليها القناعة به.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة فيما يلي:

أولاً: الشرط الجزائي من الشروط التي تلحق عقود المعاوضات، وتعد مما جرى عليه العرف التجاري في الوقت الحالي، وخاصة في عقود الاستصناع^(١) والمقاولات ونحوها، وقد نصت السابقة القضائية محل الدراسة على عبورية من عبور الشرط الجزائي وحكم اشتراطه في العقد الذي يكون محل الالتزام فيه شيئاً، كضمن مبيع أو بدل قرض، ويثبت حكمه، ثم قضت بإبطال الشرط وعدم اعتباره، وبهذا يتضح وجود الرابط بين العنوان في المطلب والسابقة القضائية، على النحو المقرر في منهجية البحث.

ثانياً: أسست السابقة في قضائها على أن ما يطالب به المدعي يعد

(١) الاستصناع: في اللغة: سؤال الصنع أو طلبه، وفي الاصطلاح: عمل شيء خاص، على وجه مخصوص، مأخوذ من الصانع. مصمم المصطلحات المالية، زيد حماد (٥٥).

من قبيل الرأى، ويثبت بأن الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد، من الشروط الباطلة، لكونه يرد على عقد محل الالتزام فيه ديناً، وبناء على السلطة الممنوحة للقاضي شرعاً في تصحيح العقود والشروط حكمت المحكمة بالبطالان.

ونظراً لأن المسألة التي تقتضي الدراسة التحليلية بيانها هي (الشرط الجزائي) وما تفرع عنها من أحكام، فقد آثرت بيان هذه المسألة بشكل موجز يفي بالمطلوب، ويبين المقصود من السابقة، وذلك على النحو التالي:

١ - تعريف الشرط الجزائي لغة واصطلاحاً:

- الشرط لغة: يطلق على معاني كثيرة أبرزها: -الشرط - بسكون الواء - إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه، كالشرطة والجمع شروط، وشرايط ويقال: شرط عليه في البيع، ونحوه شرطاً ألزمه شيئاً فيه^(١).
والشرط اصطلاحاً: عرف بأنه: (هو الذي يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته)^(٢).

- وأما الجزء لغة: فهو مصدر جزى يجرى جزاء، ويطلق في اللغة على معاني أهمها: - الجزء بمعنى العقاب^(٣) ومنه قوله تعالى: ﴿كَأَلَا فَمَا جَزَاءُ إِنْ كُنْتُمْ كَاذِبِينَ﴾ (سورة النمل: ١٧٤)، أي فما عقوبته^(٤).

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور ٣٦٩/٧، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص ٨٦٩ مادة شرط.

(٢) الفرق للقرافي ٦٦/١، وانظر شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٦٦، وشرح مستصر الزهرة لمطوفي ٤٣٥/١، والمنتهى إلى ملعب الإمام أحمد لابن بنوان ص ١٦٦، وملكرة أصول الفقه للشكيلي ص ٤٣.

(٣) انظر: لسان العرب لابن منظور ١٤٣/١٤، ونج العروس للزبيدي ١٣٠/١ (مادة جزاء).

(٤) انظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: (١٥٣/٩).

واصطلاحاً هو: كل ما يناله الإنسان المكلف المسؤول من الله من ثواب مقابل عمله الاختياري الحسن شرعاً في الدنيا والآخرة، ومن عقاب على عمله السيئ شرعاً في الدنيا والآخرة^(١).

وعليه يكون معنى الجزاء الاصطلاحي مناسباً لمعناه اللغوي؛ إذ هو الثواب على العمل الحسن، والعقاب على العمل السيئ.

- والشرط الجزائي لا يخرج عن المعنى اللغوي والاصطلاحي للجزاء: "إذ هو تعريض، وتضمنان مشروط في العقد يستحق عند الإخلال به فهو جزاء على الإخلال بما تم الاتفاق عليه في العقود"^(٢).

وعرف أيضاً بأنه: "اتفاق طرفي التعاقد بنص في العقد يحدد مقدار التعريض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه بينهما، أو تأخر في تنفيذه"^(٣).

ب - صورته:

أن يتفق العاقدان على أنه إذا تأخر المقاول مثلاً في تنفيذ العمل، أو المستأجر في تسليم العين المؤجرة، فإنه ملزم بنفع مبلغ من المال من كل يوم أو من كل شهر أو نحو ذلك، وللشرط الجزائي حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون التعريض نتيجة الإخلال بالتزام في عقد القرض منه حيناً - أي مما يثبت في الذمة - كتمن مبيع، أو بدل قرض.

الحالة الثانية: أن يكون التعريض نتيجة الإخلال بالتزام في عقد القرض منه حيناً - أي ليس مما يثبت في الذمة - كتسليم العين المستأجرة

(١) انظر: الشرط الجزائي وآثاره في العقود المعاصرة، الجيني ص 48.

(٢) المرجع السابق نفسه.

(٣) انظر: نظرية الشرط في العقد الإسلامي، الشافعي: (٧٠١).

في وقتها، وكيفية عمل من الأعمال ونحوه^(١).

ولكل حالة من الحالتين السابقتين حكم يختص بها، من حيث الجواز أو عدمه، وبما أن السابقة تنسج تحت الحالة الأولى فساكتني ببيان حكمها، وأحيل في الحالة الثانية إلى مقال المسألة وذلك في الفقرة التالية.

ت - حكم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي إذا كان محل الإلزام ديناً^(٢):

يعتبر الشرط الجزائي من الشروط التي تقتن بالعهدة، والتي لم يرد فيها نص شرعي بتحليلها أو بتحريمها، والأصل في الشروط الصحة والجواز ما لم يرد ما يحرمها أو يمنعها، أو كانت هذه الشروط سبباً لتحريم ما أحل الله أو تحليل ما حرم الله.

فإذا كان الشرط الجزائي واقع على محل الإلزام الأصلي فيه ديناً، كما لو باع سلعة بثمن مؤجل، أو بثمن مقسط، واشترط البائع في عقد البيع على المشتري شرطاً جزائياً يوجب عليه دفع تعويض مالي إذا تأخر عن سداد الثمن المؤجل، أو الاقساط المستحقة في موعدها، فإن هذا الشرط لا يجوز شرعاً لأنه يكون من قبيل ربا الزيادة في الدين عند التأخر عن سداده، وهو عين الربا المحرم بالإجماع^(٣).

(١) انظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود، الجني: ٢٠٧-٢١٨، ونظرية الشرط، الشافعي: ٧٠٢.

(٢) واختلف العلماء المعاصرون في جوازه في غير النكاح وأكثرهم على جوازه، وسيأتي بيان لاحقاً في (٤٢٠). انظر: الشروط التعويضية، الحزري: (٣٦٨/١-٣٩٠)، ونظرية الشرط، الشافعي: ٧٠١-٧١٨، وعقد المعاوضة، العابد: ٢٢٩، الشرط الجزائي وأثره في العقود، الجني: ٢٠٧-٢٢٢.

(٣) نقل الإجماع غير واحد من العلماء، منهم: ابن حبان، وابن حيرة وابن قدامة رحمهم الله وهم يعلمون خلافه في حرمته. انظر: موسوعة الإجماع، مسائل الإجماع في المحرمات المالية، الرطبان: (٢١/٤-٢٤).

ومستند هذا الإجماع ما يلي:

٣ - قوله تعالى: ﴿وَلَعَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَيَمُرَّ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، "والربا الذي عليه عرف الشرع شيطان: تحريم النِّسَاء والتفاضل في القود"^(١).

٤ - أن ربا النساء هو عينه الذي وضعه رسول الله ﷺ ونسخه بقوله يوم عرفه: "ألا إن كل ربا مريض، وإن أول ربا أضعه ربا العباس بن عبدالمطلب، فإنه مريض كله..."^(٢).

٥ - حديث عبد الله بن مسعود ﷺ أن النبي ﷺ لعن أكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه، وقال هم سواء^(٣). والحكم عام في كل أنواع الربا.

كما أن هذا النوع من الشرط الجزائي - إذا حكم بصحته - يؤدي إلى تحليل ما حرم الله وهو الربا، وقد جاء النص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنع ذلك فقال: "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً"^(٤)، مما يكون معه الشرط فاسداً مفسداً للعقد^(٥).

ويسري هذا الحكم عموماً على جميع العقود التي محل العقد فيها شيئاً كالقرض والسلم - تسليم المسلم فيه - والأجرة في عقود الاجارة، والبطاقات الائتمانية ونحوها^(٦).

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: (٢٨٦/٤).

(٢) أخرجه الإمام مسلم من حديث جابر بن عبد الله في كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ برقم ٣٠٠٩ (٢٩/٤).

(٣) أخرجه الإمام مسلم في كتاب المساقاة، باب لعن أكل الربا وموكله برقم ٤١٧٦ (٥٠/٥).

(٤) سبق تطويعه (١٥٠).

(٥) انظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود، البيهقي: ٢٢٤.

(٦) انظر: الشرط الجزائي، البيهقي: ٢٠٩، ونظرية الشرط للشافعي: ٧٠٣.

ولذا فقد جاء في قرار "مجمع الفقه الإسلامي" رقم ١٠٩ (١٢/٣) بشأن موضوع الشرط الجزائي ما نصه:

"أولاً: الشرط الجزائي في القانون هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه.

ثانياً: يؤكد المجلس قراراته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي الواردة في قراره في السُّلم رقم ٨٥ (٢ / ٩)، ونصه: (لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه؛ لأنه عبارة عن قين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الدين عند التأخير)، وقراره في الاستصناع رقم ٦٥ (٧/٣). ونصه: (يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة)، وقراره في البيع بالتقسيط رقم ٥١ (٢ / ٦) ونصه: (إذا تأخر المشتري (المدين) في دفع الأقساط بعد الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين، بشرط سابق، أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم.

ثالثاً: يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترناً بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر.

رابعاً: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، فإن هذا من الربا الصريح.

وبناء على هذا، فيجوز هذا الشرط - مثلاً في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للمصانع (البائع)، إذا لم ينفذ ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه.

ولا يجوز - مثلاً - في البيع بالتخصيص بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية، سواء كان بسبب الإهمال، أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستعانة بالنسبة للمستعير (المشتري) إذا تأخر في أداء ما عليه.

خامساً: الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

سادساً: لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

سابعاً: يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك، أو كان مبالغاً فيه^(١).

والذي سارت عليه السابقة في حكمها: هو القضاء بعدم صحة الشرط الجزائي الوارد في الواقعة المعروضة أمامها، لكونه مشروطاً في مقابل تخلف المدعى عليها عن سداد أقساط الأجرة المتبقية في ذمتها، وعكفه من قبيل الربا المحرم شرعاً.

ثالثاً: وجه كونها سابقة:

تعتمد هذه السابقة من حيث موعودها من الشوازل المستجدة، والمسائل المعاصرة، كما أنها صدرت من المحكمة الابتدائية برقم ٣٧/د/٨ لعام ١٤٢٩هـ واستوفت أركان الحكم القضائي وشروطه، وحازت تأييد المحكمة الأعلى درجة بصدد الحكم رقم ٣٧٢/س/٣.

(١) فتاوى ومقدمات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: ٣٧١.

لعام ١٤٢٩هـ من محكمة الاستئناف، وأصبحت صالحة لأن تكون مثالا يحتذى به.

رأيًا: الصياغة المقترحة للمسابقة:

يقترح صياغة المسابقة على النحو التالي: "كل شرط جزائي لحق عقدا محل الالتزام فيه فيبدأ فهو باطل ويعد شرطاً ريبياً".



المبحث التاسع

التمويض من الأرباح الفائقة

♦ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[تتوصل وقائع هذه الدعوى بالمقدر الكافي لإصدار الحكم فيها أنه تقدم المدعي وكالة إلى هذه المحكمة بلائحة دعوى ورسالة من دعوى موكلته قرر أنها على وفق ما جاء بلائحة الدعوى المودعة بملف القضية، والمتضمنة أن المدعي عليه سبق وأن امتنع عن سداد دين تجاري للمدعية بمبلغ قدره (٧٠٣,٠٧١) ريالاً طيلة أربع سنوات، وقد ثبتت أحقية المدعية للمبلغ المذكور بموجب حكم هذه الدائرة رقم (٢٠٣ لعام ١٤٣٣هـ) وحكمها رقم (٧٨ لعام ١٤٣٣هـ)، وقد ثبتت معاملة المدعي عليه، وبسبب المعاملة ثريب على المدعية تفويت ربح محقق عن حبس المنفعة لرأس المال المقدر بمبلغ (٢٥٠,٠٠) ريال، وذلك بموجب حسابات القوائم المالية لمؤسسة المدعية، وطلب في ختام دعواه الحكم بإلزام المدعي عليه بنفع مبلغ قدره مليون ريال عن المعاملة لمدة أربعة أعوام، وأتعاب محاماة بنسبة ١٠٪ من المبلغ المدعي به. وقدم في هذه الجلسة تقريراً صادراً من محاسب قانوني تضمن حساب العائد من

(١) انظر الحكم الصادر من الدائرة التجارية الثانية بالمحكمة الإدارية بجهة برقم ٣٦/د/تج/٢٢٢ لعام ١٤٣٤هـ، والمزيد من مسكدة الاستئناف برقم ١/١٩١ لعام ١٤٣٤هـ، مجموعة المباحث والاحكام التجارية لعام ١٤٣٤هـ (٤/٣٩٤).

المبالغ المحتجزة لدى المدعى عليه بحسب العرف السائد في مجال عمل المدعية، وقد تضمن مبلغ (١,٠٣٤,١٦١) ريالاً، تسلم المدعى عليه وكالة نسخة من هذا التقرير فطلب مهلة للرد. وفي جلسة هذا اليوم ٣/٤/١٤٣٤هـ. قدم المدعى عليه وكالة مذكرة جوابية طلب في ختامها رفض الدعوى، تسلم المدعي وكالة نسخة منها، فعقب بأن موكلته لم تطالب المدعى عليه بقرض أو سلفة، وإنما بسبب دين تجاري سبق للمدعى عليه إنكاره ولا زال ينكره بما يؤكد صحة مطالبة موكلته في هذه الدعوى، ثم قرر الطرفان اكتفائهما.

الأسباب

وحيث إن المدعية تهدف من دعواها إلى طلب إلزام المدعى عليه بدفع مبلغ قدره مليون ريال مقابل مماطلته لمدة أربعة أعوام في سداد المديونية الصادرة بها حكمي الدائرة رقم (٢٠٣ لعام ١٤٣٣هـ)، ورقم (٧٨ لعام ١٤٣٣هـ)، وإلزامه بأتعاب المحاماة بنسبة ١٠٪ من المبلغ المدعى به، وحيث إن الدائرة سبق أن أصدرت حكمها رقم (٧٨ لعام ١٤٣٣هـ) بإلزام المدعى عليه بتصريض المدعية بمبلغ (١٠٠,٠٠٠) ريال مقابل أتعاب المحاماة التي اضطرت لدفعها للوصول إلى حقها الذي كان ينكره المدعى عليه، مما ترى معه الدائرة أن ذلك كاف في عقوبة المدعى عليه، كما قال الشهي رحمته الله: (مطل الغني فسلم يحمل عرقبه وعقوبته)^(١)، لاسيما وأن المبلغ الذي تطالب به المدعية قد استنتجته من أمر محتمل غير مؤكد الحصول، وهو الربح المتوقع، فذلك أن الربح

(١) متفق عليه، أخرجه الإمام البخاري، في كتاب الحروالاة، باب وهل يرجع في الحروالة من أي هرة، بالحدوث رقم ٢٢٨٧، (١٢٣/٢). وأخرجه الإمام مسلم في باب تصريم مطل الغني، وصحة الحروالة واشتراب قبولها إذا أميل على ملي، من أي هرة، الحديث رقم ٤٠٨٥ (٣٤/٥).

المشروع من حيث الأصل - وإن كان مما تعتبره الجهالة لا من حيث مقداره فحسب، بل وفي تحققه وحصوله كما هو معلوم - لا يحصل إلا بالعمل والجهد وفي ظل المخاطرة، وما يقدره الله تعالى من توفيق نتيجة لهذه العوامل وغيرها من الأمور الأخرى، مما لا يستقيم معه الحكم بتعريض المذهي عما فاتها من الربح المتوقع دون تحقق أسبابه، ودون أن تتعرض لخسارة مادية محققة ومعلومة (حكم هيئة التدقيق رقم ٧٦/ت/٤ لعام ١٤١٧هـ)، وأما بخصوص طلب المذهي لأتعاب المحاماة، فإنه من الطلبات المتفرعة عن ثبوت أصل المطالبة، وحيث لم يثبت للمذهي المبلغ الذي تطالب به في هذه الدعوى، فالمطالبة بأتعاب المحاماة عنها حرية بالرفض.

لذلك حكمت الدائرة، برفض دعوى الدعوى، لما هو موضح بالأسباب.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

تتمثل الدراسة لهذه السابقة على النحو التالي:

أولاً: الربح الذي هو تنمية للمال، يعد من المطالب التي يسعى الناس وداعها، وفي هذه السابقة نجد أن المذهي سعى إلى إلزام خصمه بنفع الأرباح المفترضة عن ثمن المبيع المحبوس لديه، والذي لم يتم بسداده في حينه، أو التي استحققت نتيجة أخلال المذهي عليه بالعقد ونحو ذلك، وبالتالي فإنه يظهر مدى التوافق بين ما جاء في عنوان المطلب، وبين السابقة المندرجة تحته وفقاً لما تقرر في منهجية البحث.

ثانياً: أسست السابقة في قضائها على القول بأن الربح المشروع من حيث الأصل، لا يحصل إلا بالعمل والجهد وفي ظل المخاطرة، ولذلك نجد أنها لم تقض بالأرباح المتوقعة التي طالب بها المذهي،

وهنا مسألة تكلم عنها الفقهاء في كتبهم وهي مسألة استحقاق الربح^(١) وشروطه المعتمدة^(٢)، وليبيان هذه المسألة، فإني أبحثها على النحو التالي:

أ - صورة المسألة:

أن يتأخر المدين (المشتري) في وفاة دينه من وقته المحدد، وتمضي مدة يفترض أن يربح فيها الدائن (البائع) من ماله، لو أنه تم تسليمه إليه في وقته لإمكانية استثماره له خلال هذه الفترة، إلا أن المدين بعدم وفائه للمدين تسبب في خوات هذا الربح على الدائن، فهل يجوز للدائن مطالبته بنفع هذه الأرباح المفترضة والتي يتوقع حصولها؟

ولمعرفة حكم هذه الأرباح المتوقعة سأورد لها في الفقرة التالية.

ب - حكم المطالبة بالأرباح الفائقة والمتوقعة الحصول:

إن المتأمل في ما نص عليه الفقهاء من ذكر الأسباب المشروعة التي يستحق بها الربح^(٣)، يتبين له أن الأرباح الفائقة والمتوقعة الحصول تعد من الأرباح غير المشروعة، لانتفاء السبب القائم على الدليل الصحيح لاستحقاقها والمطالبة بها.

وما كان من ربح غير مشروع، أو لا يقابله عوض، فإنه يعد من جملة أكل أموال الناس بالباطل، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا

(١) الربح لغة: الزيادة والنماء في البيع والشراء، قال ابن فارس: "الراء والياء والحاء أصل واحد، يند على شيء في مباداة" أي قبل وزيادته واصطلاحاً: يطلق على الزيادة الحاصلة على رأس المال نتيجة تخليص المال في عمليات التداول المختلفة ينظر: القاموس المحيط: (٧٧٩)، ومقاييس اللغة: (٣/ ٥٩٣)، ولسان العرب (٢/ ٤٤٦) مادة (ربح)، ومعجم المصطلحات المالية، حماد: (٢٢٥).

(٢) انظر: بنائع المصالح (٦/ ١٦)، وحاشية النسوتي (٣/ ٥٥٤)، وأسنى المطالب: (٢/ ٣٨٢)، والمغني: (٧/ ١٣٨-١٣٩).

(٣) المراجع السابق.

تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِمَكَرٍ عَنْ تَرَاثٍ بَيْنَكُمْ

[النساء: ٢٩]

وخصايط الربح المشروع هو ما تولد من أحد أمور ثلاثة هي: المال، أو العمل، أو الضمان، جاء في بدائع الصنائع ما نصه: "الأصل أن الربح إنما يستحق ههنا: إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان..." (١)

وقال في المعني: "الربح يستحق بمال وعمل..." وقال أيضاً: "وقال القاضى الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشتري، لأن الربح يستحق بالضمان" (٢) وفي أسنى المطالب قال: فإن شرط إدخال ثالث في الربح ليس بعامل، ولا مملوك لأحدهما، بطل العقد؛ لأن الربح إنما يستحق بالمال أو العمل، وليس للثالث المذكور مال ولا عمل... (٣)

ويستدل لهذه الشروط في استحقاق الربح بما يلي:

الدليل الأول: قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَا الْذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِمَكَرٍ عَنْ تَرَاثٍ بَيْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الدلالة: أن في أخذ الربح بدون سبب صحيح لاستحقاقه بعد أخذ المال بدون بذل موعبه، ويدخل ذلك في أكل أموال الناس بالباطل (٤).

الدليل الثاني: حديث عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا وبيع ما لم

(٢) المعني: (١٣٨/٧-١٣٩)

(١) بدائع الصنائع: (٦/١٢٧)

(٣) أسنى المطالب: (٢/٣٨٦)

(٤) انظر: وبيع ما لم يضمن، للحقيل: (٩١).

يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»^(١)

وجه الدلالة: بأن الربح الناتج عن المال أو العمل بالتصرف في المال لا يحل إلا لمن ضمن، فرب المال يتحمل تبعه هلاكه، وتعيبه على قدر ملكه، وأما العامل فيتحمل ضمان عمله^(٢).

الدليل الثالث: ولأن استحقاق الربح بالمال أمر ظاهر، فالربح نماء للمال متولد منه وتابع له، ويكون لصاحب المال الذي يعمل فيه، أو يكون المال من طرفه، والعمل من طرف آخر^(٣).

الدليل الرابع: اتفاق الفقهاء على استحقاق العامل في المضاربة بعمله جزء من ربح المضاربة، على ما يتفقان عليه^(٤).

وبهذا يتبين أن الربح المتوقع حصوله، أو ما يسمى بالفرصة الفائتة، لا تقوم على أساس صحيح من الشرع، وإنما بنيت على التخمين والافتراض، مما يؤدي إلى الظلم وأكل المال بالباطل، وقد قضت السابقة بطلانها وعدم صحتها، وهذا ما تقتضيه قواعد العدالة التي أمر بها الشارع.

ثالثاً: وجه كونها سابقة:

يظهر جلياً من خلال استعراض الحكم القضائي محل الدراسة، مدى تطابق وصف السابقة على مضمونها، إذ أنها صدرت من المحكمة الابتدائية وجاءت مستوفية الأركان وشروط الحكم القضائي، ثم اكتسبت

(١) سبق تلويحه الفهرس ٢٢٤ من هذا البحث

(٢) الفهرس: ربح ما ضمن، الشئيل: (٦٦-٦٧).

(٣) الفهرس: المرجع السابق ص: ٨٠.

(٤) الفهرس: مبرمج الفهرس، ابن تيمية (١٩/١٩٥).

تأييد وموافقة المحكمة الأعلى درجة، وتكررت وقائع مشابهة لها، وبالتالي أصبحت عبالة لأن تكون مثلاً يحتذى بها لما يلحق من أحكام.

رابعاً: العبارة المقترحة السابقة:

(الربح الصحيح هو كل ما نتج عن مال مقدم أو عمل مشروع أو ضمان، وما سوى ذلك فاسد).



الفصل الثاني

السوابق القضائية المتعلقة بحقوق الاستصناع

وفيها ثمانية مباحث: -

- ◆ المبحث الأول: عقد تنفيذ أعمال المقاولة من عقود اللازمة.
- ◆ المبحث الثاني: حكم الإلزام بالأعمال الإضافية المنفذة فعليًا من قبل المفاوض.
- ◆ المبحث الثالث: المصلحة النهائية تعد عنحية للتعامل بين الطرفين.
- ◆ المبحث الرابع: حكم تنفيذ شرط دراسة التأخير وصحة ذلك.
- ◆ المبحث الخامس: حكم الإخلال بالالتزامات المقضية في عقود الاستصناع.
- ◆ المبحث السادس: يمين الاستظهار يتكرر طلبها في عقود المقاولات.
- ◆ المبحث السابع: حكم فسخ العقد للظروف القاهرة.
- ◆ المبحث الثامن: حكم تعديل شروط العقد من طرف واحد بنسوى الضرر.

البهت المدل

مقد تنفيذ أهمال المقاوله من العقود اللازمة

◆ الفرع الأول: عرض السابقة

الوقائع^(١)

[لتحصل واقعة هذه القضية بالقدر اللازم لإصدار الحكم فيها في أنه تقدم المدعي أصالة... إلى فرع ديوان المظالم بمنطقة... بلائحة ادعاء يختصم فيها المدعي عليها، وسؤال المدعي عن دعواه قال: إن المدعي عليه تعاقد مع المؤسسة العامة للتقاعد على إعادة تأهيل وتجهيز مكاتب المؤسسة في توك، وغيباء، والوجه وأملج، وتيماء، إلا أنه نتيجة لعدم قدرته على إنجاز هذا العقد قام بالتعاقد معي ممثلاً في مؤسسة... على أن أقوم بالأعمال المتفق عليها، بين المدعي عليه والمؤسسة العامة للتقاعد، وتم توقيع عقد اتفاق بيني وبين المدعي عليه بتاريخ ١٥/٣/١٤٢٧هـ على أن أقوم بتجهيز هذه المكاتب بمبلغ قدره (١,٣٨٠,٠٠٠) مليون وثلاثمائة وثمانون ألف ريال، مقابل أن يكون نصيبي منها ما نسبته خمسة وتسعون بالمائة والخمسة الباقية للمدعي عليه وقمت بإنجاز الأعمال في هذا الاتفاق كاملة في الوقت المحدد وسلمتها للمدعي عليه، وسلمها بدوره للمؤسسة العامة للتقاعد، واستلمت من المدعي عليه مبلغاً

(١) انظر: الحكم الصادر من الدائرة التجارية برقم ٣١/د/تج/٢٢ لعام ١٤٢٨هـ والمؤيد من محكمة الاستئناف برقم ٢٩١/ت/٣ لعام ١٤٢٨هـ مجموعة الجداول والأحكام التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٢٨هـ (٧٦/٢).

قنوه (٦١٧,٥٠٠) ريال ستمائة واثنان عشر ألفاً وخمسمائة ريال وتبقى لي من هذا العقد (٦٩٣,٥٠٠) ريال ستمائة وثلاثة وتسعون ألفاً وخمسمائة ريال، حيث استلم المذهي عليه جميع المستخلصات، حيث طالبته بدفع المبلغ المتبقي لي من العقد المبرم بيننا إلا أنه رفض، وختم دهواء بطلب إلزام المذهي عليه بدفع مبلغ قنوه (٦٩٣,٥٠٠) ريال ستمائة وثلاثة وتسعون ألفاً وخمسمائة ريال والذي يمثل المستحق له من العقد المبرم بينهما، فعقب وكيل المذهي عليه بقوله: إن ما ذكره المذهي غير صحيح والصحيح أن مؤسسة موكلتي هي التي قامت بتنفيذ المشروع وتأهيل المكاتب الخمسة، وأما العقد المبرم مع المذهي فالتوقيع المثبت على هذا العقد هو توقيعني والختم هو ختم المؤسسة إلا أن هذا العقد ملغي نتيجة لكون المشرق المنتدب من قبل المذهي قام بتحميل عدادات الكهرباء الموجودة في المشروع أكثر من طاقتها فتمت بطرده وإلغاء العقد وقمت بتنفيذ المشروع، حيث إن هذه الحادثة كانت منذ بداية المشروع، وبعد ذلك قمت بتسليمه للمؤسسة العامة للتقاضي، واستلمت مستخلصات المشروع.

الأسباب

لما كان المذهي يهدف من إقامة دهواء إلى إلزام المذهي عليه بسداد ما تبقى في ذمته من قيمة العقد المبرم بينهما بتاريخ ١٥/٣/١٤٢٧هـ، بإعادة تأهيل وتجهيز مكاتب... في غباء، والوجه، وأملج، وتيماء، والبالغ قنوه (٦٩٣,٥٠٠) ريال، ولما كان المذهي قد قدم في سبيل إثبات دهواء صورة عقد الاتفاق المبرم بينهما بتاريخ ١٥/٣/١٤٢٧هـ والذي ينص على أن يقوم المذهي عليه بتجهيز مكاتب المؤسسة... المشار إليها آتفاً وبالأسماء التي قدمها المذهي للمؤسسة... وبالمواصفات والشروط التي حددتها تعميمات المؤسسة للمذهي عليه،

وذلك مقابل أن يكون نصيب المدعي منها ما نسبته خمسة وتسعون بالمائة، ولما كان المدعي قد قدم في سبيل إثبات تنفيذ الأعمال المعلقة بالعقد خطاباً صادراً من المدعى عليه للمدعي والذي يطلب فيه المخالصة من العقد المبرم بينهما والذي تشير فيه بأنها قد قامت بتسليم المشرف على الأعمال المكلف من قبل المدعي مبلغاً قدره (٦١٧,٥٠٠) ستمائة واثنا عشر ألفاً وخمسمائة ريال وتطلب فيه من المدعي خطاباً يقر فيه بإنهاء الأعمال التي كلف بها بنفس المواصفات التي حددتها مؤسسة التعاقد، وكذلك تطلب من المدعي إقراراً بأنه لا توجد عليه أية مطالبات مالية بخصوص تنفيذ هذا العقد، ومن خلال سندات الصرف المرفقة بصورها في لائحة الدعوى الصادرة بأوراق المدعى عليها الرسمية والتي نصت على أنه يصرف للمشرف على الأعمال والمكلف من قبل المدعي السيد..... مبالغ متفرقة.

ولا ينال من ذلك ما دفعت به المدعي عليها من إلغاء الاتفاق المبرم بينهما نتيجة لقيام المشرف المكلف من قبل المدعي بتحميل عدادات الكهرباء أكثر من طاقتها، لكون هذا الاتفاق من العقود اللازمة التي لا تفسخ بإرادة طرف واحد وكذلك لا تبطل بمثل هذا، وكذلك ينفي هذا النفع سندات الصرف التي أصدرها المدعي عليه باسم ممثل المدعي، وكذلك خطاب المخالصة الذي أصدره المدعي عليه بأوراقه الرسمية والمختومة بختمها، إذ أن العقد لو كان ملغياً لما احتاج المدعي عليه إلى طلب هذه المخالصة وكذلك كان بإمكانها الاتصال بالشركات مباشرة لتوفير مواد العمل دون اللجوء إلى المكلف بأعمال المدعي.

ولما كان جانب المدعي قد قوي بتقديمه لبيئاته فإن للدائرة أن تستظهر هذه البيانات دون الحاجة إلى طلب المدعي عليه، لذلك فقد

وأنت توجيه يمين القضاء للمدعي بقيامه بتنفيذ المشروع بالعقد المبرم بينهما بتاريخ ١٥/٣/١٤٢٧هـ وعدم استلامه لبقية المستخلصات التي يطالب بها في هذه الدعوى، وقد بذل المدعي اليمين الشرعية المطلوبة منه، وبناء عليه فإن الدائرة تنتهي إلى إلزام المدعي عليها بنفع المبلغ المدعي به في هذه الدعوى تأسيساً على ما سبق إيضاحه.

لذلك حكمت الدائرة: بإلزام... صاحب مجموعة... بأن ينفع... مبلغاً قدره (٦٩٣,٥٠٠) ريال ستمائة وثلاثة وتسعون ألفاً وخمسمائة ريال، لما هو موضح في الأسباب. والله الموفق. وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة فيما يلي:

أولاً: تعد عقود المقاولات^(١) من العقود المستجدة، والتي تكيف بأنها من عقود المعارضات بلا خلاف^(٢).

وقد بيئت السابقة محل الدراسة حكمها من حيث اللزوم من علمها، وقررت بأن الصورة الواقة في الوقائع من صور عقود المقاولات اللازمة؛ والتي لا يجوز فسخها من أحد الطرفين دون رضى الطرف الآخر وموافقة على ذلك، ولهذا فإن التوافق بين عنوان المطلب وما جاء في السابقة واضح وجلي، على النحو المقرر في منهج البحث.

(١) المقابلة لغة: تطلق من المفارقة يقال: قارنت في أمر، وقارنتا: أي خالفنا، واصطلاحاً: 'عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر'. ينظر: الصحاح: (٦/٨٥)، ولسان العرب (١١/٥٧٦) (مادة قول)، عقد المقابلة للعائد: (١٩).

(٢) انظر: عقد المقابلة، للعائد: (١٣٣).

ثانياً: قضت السابقة بطلان ما دفع به المدعى عليه من انتهاء العقد بين الطرفين، وقسخته من طرف واحد، وحجة ذلك أن العقد المبرم بينهما من العقود اللازمة، والتي لا تنقضي إلا بإرادة الطرفين، ولمصرقة صحة ذلك لا بد أن تُعترف على التكييف الفقهي لعقود المقاولات وما تتكون منه، وسأوجز تفصيل ذلك على النحو التالي:

أولاً: صورة العقد وتكييفه الفقهي^(١):

لمصرقة التكييف الفقهي لعقود المقاولات لا بد من ذكر صورها، والمتبع لصور هذا العقد السائدة يتبين له أنها لا تخرج عن صورتين:

١ - الصورة الأولى: أن يقدم المقاول العمل فقط، كمقد الصيانة على أن يتكفل صاحب العمل بإحضار قطع الغيار، أو كمقد النشر.

وبالنظر إلى هذه الصورة نجد أنها هي عين عقد إجازة الأجير المشترك، لأنه يتم التعاقد على إتجاز عمل موصوف في الذمة دون أن يكون لصاحب العمل حق في امتلاك نفع المقاول في جميع مدة المقولة^(٢).

ب - الصورة الثانية: أن يقدم المقاول العمل والأدوات، وهذا مثاله: أن يتعاقد الطرفان على بناء منزل مع تكفل المقاول بالأدوات والأعمال اللازمة لذلك.

وهذه الصورة تكييف من خلال النظر الفقهي إلى كونها عقد استصناع، يجوز فيه الأجل، ويكون لازماً في جميع مراحله^(٣).

(١) ينظر: اختلاف المتعاقدين في المقولة، العايد من: (٣٧٩)، المنشور في مجلة جامعة الإمام محمد (٥٣) لعام ١٤٢٧هـ.

(٢) المرجع السابق. (٣) المرجع السابق، وحده المقولة، العايد: (١١٩).

لأننا: حكم عقد المعاولة من حيث اللزوم وعلمه:

تبين لنا مما سبق أن عقد المعاولة ينتج تحته عقدان من العقود المسماة هما: عقد إجازة الأجير المشترك، وعقد الاستصناع وعليه فإن لكل عقد حكم يترتب عليه آثاره ومن ذلك لزوم العقد، وبيان حكم لزوم عقد المعاولة، فإنه لا بد أن أبين الحكم في لزوم هذين العقدتين، وتفصيل ذلك في المسألتين التاليتين:

المسألة الأولى: لزوم عقد إجازة الأجير المشترك.

اختلف العلماء في لزوم عقد الإجازة على قولين:

القول الأول: أن عقد الإجازة عقد لازم، وبه قال جمهور العلماء من الحنفية^(١) والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، وحكى ابن تيمية الإجماع على ذلك^(٥) واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: بقوله تعالى: ﴿كَاتِبُهَا إِلَيْكَ مَاتُوا لَوْ كُنُوا بِالْعُقُودِ﴾

[المائدة: ١١].

وجه الدلالة: أن الوفاء بالعقود يقتضي التزام كل واحد من الطرفين بما التزمه مع صاحبه، ولا معنى لذلك فيما إذا كان جائزاً من الطرفين أو من أحدهما^(٦).

(١) انظر: المبسوط: (٨٠/١٥)، وبدائع الصانع: (٢٠١/٤).

(٢) انظر: النزهة: (٥٠٠/٥)، وبدائع الصانع: (١٢٣٥/٣).

(٣) انظر: المجموع: (١٨٥/١٣)، وأسنن المطالب: (٤٣١/٢).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة: (٢٢/٨)، الإصناف: (٤٣٤-٤٣٥).

(٥) انظر: مجموع الفتاوى: (٢١٨/٣٠) والإجماع لا يتحقق في مثل وجود مخالفات وهم أصحاب القول الثاني كما سيأتي.

(٦) انظر: بدائع الصانع: (٢٠١/٤)، وبدائع الصانع: (١٢٣٥/٣)، المغني: (٢٢/٨).

الفيل الثاني: القياس على عقد البيع في اللزوم، بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة، واللزوم أصل في المعاوضات^(١).

القول الثاني: أن عقد الإجارة غير لازم، وأن لكل واحد من العاقدین الفسخ متى شاء^(٢)، وبه قال شريح القاضي^(٣)، وابن أبي ليلى^(٤).

واستدلوا بما يلي:

الفيل الأول: القياس على العارية في عدم اللزوم، بجامع أن كلا منهما فيه إباحة منفعة لا تملك لها^(٥).

ونوقش: بأن هذا قياس مع الفارق لكون عقد العارية عقد تبرع بخلاف عقد الإجارة^(٦).

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

(٣) شريح هو: شريح بن العمار بن قيس بن النهم الكندي، أبو أمية قاضي الكوفة، وروى عنه شريح بن العمار بن شراحيل، من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن، وكان حليف كندة، مختلف في صحته. قال ابن السكن: روي عنه غير ذلك على صحته. وروى عن عدم من الصعابة، وقال ابن مندة: ولاء عمر القصاص، وله أربعون سنة، وقال شريح: ولدت القصاص لعمر، وثمان، وولي، فمن بينهم، إلى أن استغيت من السجاء، وكان له يوم استغنى مائة وعشرون سنة، وعاش بعد ذلك سنة، قال علي لشريح: أنت أقضى العرب، ماتت سنة ثمان وسبعين. وقيل: سنة ثمانين.

انظر: الإصابة في تمييز الصحابة: (٣/ ٢٧٠)، سير أعلام النبلاء: (٤/ ١٠٠).

(٤) ابن أبي ليلى هو: هو: الإمام ابن أبي ليلى شمس الدين بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الكوفي قاضي الكوفة وقبيلها وحالمها، ولد سنة ثمان وسبعين، روى عن الشعبي ورواه ابن أبي رزاح ولم يترك السجاء عن أبيه قال الشعبي كان فيها مشقة صاحب سنة جاء الشديت فأولاه حلالاً بالقرعات، وقال أحمد بن حنبل: لا يستحب يد سيء السيف، وروى عنه الأربعة توفي سنة تسع وأربعين ومائة وكان يوم وفاته أربعين سنة وخمسة وسبعين.

انظر: الوافي بالوفيات: (٣/ ١٨٤)، سير أعلام النبلاء: (٦/ ٣١٠).

(٥) انظر: المبسوط (١٥/ ٨٠)، ونبذ الصناعات (٤/ ٢٠١).

(٦) انظر: تبيين السائق (٥/ ١٤٦).

الراجع^(١):

الذي يظهر - والله أعلم - رجحان قول عامة الفقهاء في كون عقد الإجارة عقد لازم، لقوة ما استدلوا به وسلامته من المعارضة، ولما يرد على دليل أصحاب القول الثاني من مناقشة، ولكونه مما استقرت عليه المذاهب الأربعة.

قال في مجموع الفتاوى: (وهذا مذهب الأئمة الأربعة وغيرهم من أئمة المسلمين، لم يقل أحد من الأئمة: إن الإجارة المطلقة تكون لازمة من جانب المستأجر، غير لازمة من جانب الموجد في وقف، أو مال يتيم، ولا غيرهما....)^(٢)، ومن خلال ما ترجع من القول بلزوم عقد الإجارة - ومنه إجارة الأجير المشترك - يتبين أن عقد المعاولة إذا جرى على صورة الأجير المشترك يكون عقداً لازماً.

المسألة الثالثة: لزوم عقد الاستعانة

عند النظر إلى عقد الاستعانة باعتباره عقداً مستقلاً - كما يراه الحنفية^(٣) - وليس داخل تحت مسمى عقد السلم - كما يراه الجمهور^(٤) فهل يعد العقد لازماً بمجرد انعقاد إبراة الطرفين أم جائزاً؟ بمعنى يحق لأي منهما فسخه متى شاء؟

(١) انظر: عقد المعاولة، العابد (١٦٦)، وذكر الباحث د. علي الطغيفي في رسالته مسائل الإجماع في عقود المعاوضات، بأن الإجماع صحيح ومنقطع، واعتبر قول شريح رحمه الله قولاً شافياً. انظر: (موسوعة الإجماع) (٧١٣/٢).

(٢) مجموع الفتاوى (٢١٨/٣٠).

(٣) انظر: تبين المسائل: (٤/ ١٦٤)، بنائع الصنائع: (٢/ ٥).

(٤) انظر: مواهب الجليل (٤/ ٥٢٩)، أسنى المطالب (٢/ ١٣٦ - ١٣٧)، الإصناف (١٢/ ٢٢٦)، عقد الاستعانة، الصنائع: (٤٥ - ٦٢).

اختلف علماء الحنفية في لزوم عقد الاستصناع على قولين^(١):

القول الأول: أن عقد الاستصناع عقد غير لازم، ويجوز لأي واحد من العاقلين فسخه متى شاء، وهو المشهور في مذهب الحنفية^(٢) واستثنوا ما لم يقدم الصانع المصنوع إلى رب العمل فيكون لازم في حق الصانع^(٣)، وقال أبو يوسف يكون لازم في حقهما^(٤).
واستدلوا بما يلي:

الغليل الأول: أن الاستصناع جاز على خلاف القياس لحاجة الناس فبقي اللزوم على أصل القياس، ولأن العقد ما وقع على عين المعمول بل على مثله في اللغة^(٥).

وأجيب عنه من وجهين:

١ - بأن كونه أجيز على خلاف القياس، لا يعني أن يكون غير لازم فالسلم أجيز على خلاف القياس، ومع ذلك هو لازم عندكم^(٦).

٢ - وأما القول بأن العقد ما وقع على عين المعمول بل على مثله في اللغة، فمثله يقال عن المسلم فيه، ولم يقل أحد بأنه غير لازم^(٧).

الغليل الثاني: بأن في تخيير كل واحد منهما دفع للضرر عنه وهو واجب^(٨).

(١) انظر: تبیین الحقائق (٤/ ١٢٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٣)، عقد الاستصناع للمصالح: (١٣٩/ ٤٦)، عقد المخابرة للعابد (١٢٧/ ١٣١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٥/ ٣).

(٣) انظر: تبیین الحقائق: (٤/ ١٢٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٣).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٤). (٥) المرجع السابق.

(٦) انظر: البحر الرائق: (٦/ ١٦٩)، بدائع الصنائع: (٥/ ٢٠١) تبیین الحقائق: (٤/ ١١٣).

(٧) انظر: عقد المخابرة للعابد: (١٢٨).

(٨) بدائع الصنائع (٥/ ٤).

وأجيب عنه: بأن في تخييرهما - بعد لزوم العقد - ضرراً عليهما، ويتمثل ذلك بأنه إن اختار أحدهما الفسخ تضرر الآخر، وفي القول باللزوم دفع للضرر عنهما^(١)

القول الثاني: أن عقد الاستصناع عقد لازم من حين إبرام العقد، وهذا ما قال به بعض متأخري الحنفية وأفتوا به^(٢)، وأخذت به مجلة الأحكام العدلية^(٣) ومجمع الفقه الإسلامي^(٤).

واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: القياس على السلم في اللزوم، بجامع أن كلا منهما مبيع في الذمة^(٥)

الدليل الثاني: أن القول باللزوم هو الذي يحقق المصلحة للمتعاقدين ويرفع الضرر عنهما، وذلك لأنه يجري في هذا المصير مناهات عظيمة يتطلب استصناؤها أموالاً طائلة، والاستصناع مستند إلى التعارف مما لا يناسبه القول بعدم لزوم العقد^(٦).

الراجع:

الذي يترجح - والله أعلم - القول الثاني، وأن عقد الاستصناع عقد لازم من حين إبرام العقد، لما فيه من تحقيق المصالح العظيمة، وانتظام

(١) انظر: عقد المفاوضة، الطائفة: (١٣٦).

(٢) انظر: فقه النجاشي، الشمالي: (٥٧٤/١).

(٣) انظر: المادة ٢٩٦ من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٧/٢/٦٥ بشأن عقد الاستصناع، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص ٢٢٢).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٤/٥).

(٦) انظر: عقد المفاوضة، الطائفة: (١٢٧).

سير الصناعات التي يحتاج إليها الناس في هذا الزمان، ولقوة ما استدل به أصحاب القول الثاني من قياس الاستعانة على عقد السلم، بجامع أن كلا منها مبيع في الذمة^(١).

وقد ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٧/٣/٦٥) بشأن عقد الاستعانة في جلسته الممثلة يوم ١١/٧/١٤١٢ هـ ما يلي:

أولاً: إن عقد الاستعانة - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

ثانياً: يشترط في عقد الاستعانة ما يلي:

أ - بيان جنس المستعان ونوعه، وقنونه، وأوصافه المطلوبة.

ب - أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستعانة تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لأجل محدد.

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستعانة شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة^(٢).

ومما سبق من القول يلزم عقد الاستعانة بتبيين لنا أن عقد المعاولة عقد لازم إذا كان على صورة الاستعانة، أو كان على صورة إيجارة الأجير المشترك.

والذي سارت عليه السابقة القضائية هو القول يلزم عقد المعاولة استناداً على أن الواقعة المعروضة في المحكم تعد صورة من صور

(١) انظر: عقد الاستعانة، للمصالح: (ص ١٤٥)، عقد المعاولة، للمبايد: (١٣١).

(٢) انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي: (ص ٢٢٢-٢٢٤).

المقابلة، وهي أن يقوم المفاوض بالعمل فقط، والتي كيفت بأنها إجازة أجير مشترك.

ثالثاً: وجه كونها سابقة:

يظهر من خلال عرض السابقة القضائية؛ وجه كون الحكم سابقة من حيث صدوره من المحكمة الابتدائية، واستيفائه لشروط الحكم القضائي، واكتسابه تأييد المحكمة الأعلى درجة، وتكررت وقائع مشابهة له، مما يجعله صالحاً لأن يكون مثلاً يحتذى به لما يلحق من أحكام في عقود المقاولات الحديثة.

رابعاً: الصياغة المقترحة للسابقة:

(بعد عقد المقابلة من عقود المعاوضات اللازمة، التي لا يجوز فسخها من الطرفين بدون إرادتهما، سواء أكان المفاوض فيها ملتزم بالعمل والموثون اللازمة له، أو ملتزم بالعمل فقط، ما لم يتم سبب يقتضي الفسخ).



المبحث الثاني

حكم الإلزام بالأعمال الإضافية المتفذة فعلياً من قبل المقاتل

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

(الوقائع)^(١):

[تلخص وقائع هذه الدعوى بالقدر اللازم لإصدار هذا الحكم في استنداء تقدم به مدير الشركة المدعية اختصم فيه المدعى عليها، طالباً إلزامها بمبلغ (١٦٩,٩٢٩,١٦٣) ريال ذكر أنها تمثل الباقي من قيمة الأعمال المتفذة لصالح المدعى عليها في مشروع قطار المشاعر في مكة المكرمة، كما طلب منع مدير الشركة المدعى عليها من السفر لحين انتهاء القضية، وحضر مدير الشركة المدعية ووكيل المدعى عليها ويسأل وكيل المدعى عليها الجواب فتم مذكورة مفادها أن المدعية لم تنفذ المشروع كاملاً وأن موكلته سلمت المدعية كامل حقوقها ولم يعد لها في ذمة موكلته أي مبالغ، بل إن للمدعى عليها على المدعية مبلغ (٦٧,٩٠٥,١١٥) ريال عبارة عن أجور تنفيذ الأعمال التي قام بها الطرف الثالث المكلف للقيام بأعمال المدعية التي عجزت عن تنفيذها وقيمة استئجار معدات على حساب المدعية، وطلب في ختام مذكرته رد الدعوى وإلزام المدعية بأن تنفع للمدعى عليها المبالغ المترتبة عليها،

(١) انظر: الحكم الصادر من المحكمة التجارية الخامسة بالمحكمة الإدارية بجدة برقم ٧٩/تج/٥/١٤٣٣هـ، والمؤيد من محكمة الاستئناف بالسكك رقم ١/١٨١ لعام ١٤٣٣هـ.

فطلبت الدائرة من وكيل المدعي تقديم نسخة مترجمة من العقد المبرم بين الطرفين، وجميع المستندات المثبتة للمبالغ المدعى بها فقدم نسخة من العقد مع ترجمتها، واستعمل لإحضار باقي المستندات والرد على مذكرة وكيل المدعي عليها ومرفقاتها.

وفي جلسة..... قدم وكيل المدعي مذكرة مفادها أنه وفقاً لجداول الكميات والأعمال المنفذة الموقع عليها من قبل الطرفين يتضح بجلاء أن موكلته قامت بتنفيذ الأعمال التي أوكلت إليها كاملة، وأن إدهاء الشركة المدعي عليها تكليف مقاول آخر على حساب المدعي لإنهاء الأعمال التي عجزت عن إتمامها هو إدهاء حار عن الصحة، كما أن العمل في العقد انتهى في الوقت المحدد دون أي تأخير، وعلى من يدعي التأخير إثبات ما يدعيه، علماً بأن مدة العقد ٣٦٤ يوم تبدأ من ١/٣/٢٠٠٩م وتنتهي في ٢٨/٣/٢٠١٠م، وذكر وكيل المدعي بأن المبالغ التي استلمتها المدعية من المدعي عليها عن العقد، والأعمال الإضافية التابعة له هي (١٦٩,٠٠٠,٠٠٠) ريال، قيمة العقد الأساسي منها (١٤٦,٤٠٠,٠٠٠) ريال، وقيمة الأعمال الإضافية المنفذة مبلغ (٢٢,٦٠٠,٠٠٠) ريال، وهذا يدفع إدهاء المدعي عليها بأن المدعية تأخرت في تنفيذ الأعمال، كما أن المدعي عليها استمرت في تكليف المدعية بأعمال إضافية وسندت جزء منها بقيمة (١٤٣,٧٠٠,٠٠٠) ريال، فلماذا استمرت الشركة في تكليفه بأعمال إضافية جديدة واستمرت في الدفع أن لم يكن أنجز ما كلف به سابقاً، كما قدم وكيل المدعي خطاب وزارة الشؤون البلدية والقروية موجه للمدعية كدليل على مصداقيته، تذكّر فيه الوزارة بأنه نظراً إلى التأخير الحاصل من الشركة..... للمسكك الحديدية في تنفيذ دورات مياه للأجزاء التي تم إزالتها لقطار المشاهير، ونظراً لقرب موسم الحج وأهمية دورات المياه فإن الوزارة قررت تطبيق

المادة رقم (٥٣) البند ثالثاً من الشروط العامة للعقد وذلك بتعميد المدعية من قبل الوزارة بالبنه قوياً بتنفيذ عند ثلاث مجتمعات دورات مياه وسيتم خصم قيمتها من مستحقات الشركة للسكك الحديدية، ثم خطابتها الدائرة ورئيس الإدارة المركزية للمشروعات التطويرية بوزارة الشؤون البلدية والقروية بخطابها رقم ٧/١٧٨٣٩ بتاريخ ٤/١٢/١٤٣٢ هـ حيث إن المادة (١٤) من العقد المبرم بين الطرفين والمصنق عليه من قبل الوزارة وتنص على أنه (في حالة وجود خلاف خلال تنفيذ العقد يقوم كلا الطرفين بالتفاوض وتسوية الخلاف على أساس العدالة والمقلاقية وفي حالة فشل المفاوضات يمكن تقديمها إلى القسم الإشرافي لكلا الطرفين للوساطة وإيجاد الحل) وطلبت الدائرة في خطابها بيان الأعمال التي قامت بها المدعية للمدعي عليها في مشروع قطار المشاهير على أن يكون مصافقاً عليه من قبل استشاري المشروع وممثلي الوزارة القائمين على المشروع وإفادة الدائرة برأي الاستشاري وممثلي الوزارة عن العقد المبرم بين الطرفين.

(الأسباب)

بناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وحيث حصر المدعي دعواه في إلزام المدعي عليها بنقح مبلغ (٩١,٣٨٤,٨٨٨,٥٠) ريال المتبقي من قيمة أعمال المقاوله عن مشروع قطار المشاهير بمكة المكرمة.

وحيث أن الثابت في هذه القضية تعاقد المدعية مع المدعي عليها على تنفيذ أعمال في المشروع التابع لوزارة الشؤون البلدية والقروية بموجب العقد الأساسي رقم ٧٠٠٩/٠٠١ المبرم بين الطرفين البالغ قيمته (١٤٦,٤٠٠,٠٠٠) ريال والتي استملت المدعية كافة مستحقاتها عنه وهو ليس محل خلاف بين الطرفين، إلا أن المدعي عليها استمرت بتكليف

المذهبة بأعمال إضافية كانت تسند قيمتها التي تجاوزت الثلاثمائة مليون ريال.

ولما كانت المذهبي عليها لا تنازع في وجود العقد بين الطرفين وفي تكليفها للمذهبة بأعمال إضافية، وإنما تنفع بأنها قامت بمساعدة المذهبة في أعمال القطع الصخري واستئجار المعدات بلغت قيمتها (٩٠,٩٦١,١٩٤) طلبت حسمها من مستحقات المذهبة.

وحيث إن القاعدة الشرعية تنص على أن (البينة على المذموم واليمين على من أنكر) ولما أقرت المذهبي عليها بصحة المبالغ التي تطالب بها المذهبة إلا أنها ادعت وجود مستحقات لها وفقاً لما سبق بيانه، فإن الدعوى تثقل ويكفي على المذهبي عليها عبء إثبات ما يدعيه وإلا فليس لها إلا يمين المذهبة على نفيه، وحيث أمهلت الدائرة وكيل المذهبي عليها لإحضار بينته على ما يدعيه من وجود مبالغ في ذمة المذهبة، وكل ما قدمه هو فوائير ومستندات من إنشاء المذهبي عليها نفسها لا تسلم بها المذهبة ولا ترقى لأن تكون بينة شرعية مثبتة لما يدعيه، وحيث عجزت المذهبي عليها عن إحضار بينتها فإنه ليس لها إلا يمين المذهبة على نفي علمها أو إقرارها باستئجار المذهبي عليها للمعدات لمساعدتها في تنفيذ الأعمال أو تكليفها مقاول آخر للعمل معها، وحيث ذكر وكيل المذهبي عليها بأن موكلته ترفض قبول يمين المذهبة، فإن الدائرة تخلص إلى الحكم للمذهبة بطلباتها.

ولا يقال من ذلك ما ذكرته المذهبي عليها من أن موكلته لم تعترف بأية مبالغ في اجتماعها مع المذهبة، حيث أن وكيل المذهبة الذي يملك حق الإقرار ذكر بأن ما ورد في خطاب الوزارة صحيح، وهذا يعد إقراراً منه بصحة مبلغ المطالبة إلا أنه أرجأ سبب عدم الدفع لوجود مستحقات

للمدعى عليها على المدعية، وحيث أن الإقرار يعد من الصحيح القاطعة التي لا يقبل الرجوع عنها، كما أن اختلاف المبالغ التي تدعيها المدعى عليها في كل مرة يدل على عدم تأكيد المدعى عليها منها وعدم جزمها بها مما يبعث في النفس عدم صحتها.

وحيث أن ما تدفع به المدعى عليها من تأخر المدعية في التنفيذ إضافة إلى كونها لم تقدم ما يستند، لا يرقى لمواجهة الشهادة التي أدلى بها مدير عام مشروع قطار المشاهر المقدسة والمعين من قبل الوزارة المهندس..... والذي حضر أمام الدائرة وذكر بأن جميع الأعمال المكلفة بها شركة..... من قبل الشركة.... قد نفذت عن طريق شركة.. باعتبارها المقاول المعتمد من الباطن ولا يمكن أن تكون الشركة... نفذت شيئا من الأعمال عن طريق مقاول آخر لأن الوزارة لم تعتمد سوى شركة... كمقاول من الباطن كما نفى وجود أي تأخير في تنفيذ الأعمال، وأنها نفذت حسب الوقت المحدد عن طريق شركة... بصفتها المقاول من الباطن ولو كان هناك مقاول آخر لكان المفترض أن يعتمد من قبل الوزارة وأن تسلم الأعمال لاستشاري الوزارة من قبله وليس من قبل شركة..... مما يدل على عدم وجود مقاول آخر.

ولكل ما سبق ولكونه من المستبعد في طبائع الأمور ومقتضيات الأحوال أن تتأخر المدعية في تنفيذ الأعمال وتستمر المدعى عليها في إسناد المزيد من الأعمال الإضافية التي تتجاوز في كمياتها ما ورد في العقد الأساسي، وإن دل ذلك على شيء فإثما يدل على حسن أداء المدعية في تنفيذ العقد وأن الأعمال تسلم دون تأخير كما أن إدعاء المدعى عليها وجود تأخير في تنفيذ المدعية للأعمال دون أن تقدم ما يثبت هذا التأخير، كخطابات لإلزام المدعية بسحب المشروع أو

لإعلامها بتأخيرها في التنفيذ لحثها على سرعة العمل بعد إدهاء مرسل ولا يمكن العمل به.

(لكل ما سبق)

حكمت الدائرة: بإلزام المدعى عليها... بأن تدفع للمدعية شركة... للتجارة والمقاولات مبلغاً قدره واحد وتسعون مليوناً وثلاثمائة وأربعة وثمانون ألفاً وثمانمائة وثمانية وثمانون ريالاً وخمسون هللة وبالله التوفيق. ويعرض الحكم على الطرفين قرره وكيل المدعية قناعته به وقرره وكيل المدعى عليها عدم القناعة، والله الموفق وحسبى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة فيما يأتي:

أولاً: مما يكثر العمل به في مشاريع المقاولات العملاقة، نجد الطلبات من المالك بزيادة الكميات المنفذة أو الأعمال الإضافية، سوى ما جرى التعاقد عليه عند ابتداء العقد، وبما أن عقد المقاولات من العقود اللازمة التي ترتب عليها آثارها في حكم تنفيذ الأعمال الإضافية، وهل يلزم المقاول أو المالك العمل بها؟، فقد نصت السابقة على حكم الإلزام بمثل هذه الأعمال وترتيب آثارها عليها، من دفع المالك لما يقابلها من الثمن، وتنفيذ المقاول لالتزامه، ومن هنا تظهر العلاقة بين السابقة القضائية وعنوان المطلب وفق المنهجية في البحث.

ثانياً: سبق القول بأن عقود المقاولات تعد من العقود اللازمة، والتي يشترط فيها أن يكون المعقود عليه معلوماً للمعاقدين وإلا لم تصبح^(١).

(١) انظر: عقد الخاتمة المعابد: (٨٧).

فإذا تعاقد الطرفان على عمل شيء وفقاً لعقد المقاولة وأحكامه، ثم ظهر لهما مدى الحاجة إلى زيادة المواصفات أو كمية العمل، فإن هذا العمل الجديد لم يكن معلوماً وقت العقد الأول، ولا يلزم أحدهما المضي فيه بدون رضاه، أو ما لم يشترط أحدهما سلفاً المضي فيه على الآخر^(١)، فإذا عملت هذه الزيادات بدون إلزام لأحدهما، ورضاه التام فلا يخلو الأمر من ثلاث حالات^(٢):

الحالة الأولى: أن يتفقا على الزيادة ويعرفا الأجر المقابل:

وهذه الحالة تشمل الزيادة في المواصفات أو الزيادة في الكميات، فإنها تعد في منزلة العقد الجديد، ويشترط لها ما يشترط له، ومن تلك الشروط معرفة الأجرة^(٣) ويتحقق هذا الشرط بما هو متعارف عليه، فقد تكون مما تعرف بما جرى الاتفاق عليه في العقد الأول، والمبين فيه إما سعر الوحدات، أو سعر الأمتار ونحو ذلك، فيقاس عليه العقد الجديد تبعاً لذلك.

ومثل ذلك الزيادة في المواصفات، والسعر المتفق عليه سابقاً، والمهم في هذه الحالة النص صراحة أو ضمناً على الأجرة التي تقابل الزيادات الجديدة والمتجددة في العقد.

الحالة الثانية: أن يتفقا على الزيادة، ولا يعرفا الأجر المقابل:

وفي هذه الحالة إن لم يبين الأجر، ولم يمكن معرفة ذلك ضمناً فإن العقد يعد جديداً، ولم تحدث فيه الأجرة ويعود ذلك على العقد بالبطلان^(٤).

(١) انظر: عقد المقاولة، الطائفة (١٩٦).

(٢) المرجع السابق: (١٩٦).

(٣) انظر: بنائع الصنائع: (١٩٣/٤)، وبنائك المصنعة: (١٦٩/٣)، وروضة الطالبين:

(٢٦٣/٤)، والمغني: (١٤/٨).

(٤) انظر: المرجع السابق.

ولو عمل المفاوض بعد ذلك فيستحق أجره المثل على عمله^(١).

الحالة الثالثة: أن يعمل المفاوض الزيادة بدون إذن صاحب العمل:

ففي هذه الحالة يعد المفاوض متبرعاً بعمله، ولا يستحق عليه أجره، وينظر في استخدامه للأدوات في هذه الزيادة، فإن كانت المفاوضة على أن يقدم رب العمل الأدوات اللازمة للمفاوض ضمن ما استعمله، وإن كانت الأدوات على المفاوض فإنه أفسدها بنفسه، ويحملها تبعاً لذلك^(٢).

والذي سارت عليه السابقة القضائية في قضائها هو اعتبار ما قام به المفاوض (المدعية) من أعمال إغرافية، لأن الطرفين اتفقا على إجراء عمل هذه الزيادات، وبنيت على الأجر المتفق عليه سلفاً في العقد الأول، ولم تجد ما يعود على العقد الجديد بالبطلان، وهذا الأمر جرى بيانه في الحالة الثانية من الحالات المنسوجة تحت أعمال الزيادات في عقود المفاوضات المذكورة أعلاه.

ثالثاً: يظهر جلياً من خلال استعراض الحكم القضائي، محل الدراسة، مدى تطابق وصف السابقة مع مضمونه، إذ أنها صدرت من المحكمة الابتدائية، وجاءت مستوفية لأركان الحكم القضائي وشروطه، ثم اكتسبت تأييد وموافقة المحكمة الأعلى درجة، وتكررت وقائع مماثلة له^(٣). كما في الحكم رقم ٢٤٤/د/تج/٥ لعام ١٤٢٧هـ والحكم رقم ١٢٨/د/تج/٤ لعام ١٤٢٧هـ وأصبحت صالحة لأن تكون مثلاً يحتذى بها لما يلحق من أحكام.

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢١٨/٤).

(٢) انظر بدائع الصنائع: (٢١٧/٤)، المختصر (١٠٧/٨).

(٣) انظر: مجموعة الأحكام والمراجع التجارية الصادرة عن ديوان المظالم لعام ١٤٢٨هـ (٥٨٢/٢، ٦٧٥).

رابعاً : الصياغة المقترحة للمسايق:

(تعتبر الأعمال الإضافية في المقاولات عقوداً جديدة، يشترط لها ما يشترط في العقد ابتداء من معرفة العاقد والمعقود عليه والتمن، والرضى من العاقدين، وفي حال ترك بيان الأجرة المقابل لها فيرجع إلى العقد الأساسي لكونه أقرب شبهاً ولرضا الطرفين به سلفاً).



الباب الثالث

المخالصة النهائية تعد منتهية للتعاقد بين الطرفين

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[تمحصل واقعة هذه القضية بالقدر اللازم لإصدار هذا الحكم فيها بأنه تقدم إلى ديوان المظالم المدعي وكالة بلاتعة دعوى ضد المدعى عليها، قيدت قضية بالرقم المذكور أعلاه. ذكر أن مركلته تعاقدت مع المدعى عليها للقيام ببعض أعمال المقاولات بمشروع إنشاء... بجامعة الملك عبد العزيز والبلديات بجهة فحصل خلاف حول الحسابات المالية، وطلب تصفية الحسابات بين الطرفين وإلزام المدعى عليه بتسليمها.

وبجلسة الاثنين ١٤٢٦/٦/٢٦هـ قدم المدعى عليه مذكرة أوضح فيها أنه تعاقد مع المذهبة على تنفيذ بعض الأعمال بمشروع إنشاء... بجامعة الملك عبد العزيز وفروع البلديات بمحافظة جدة وكذلك جسر المشاة وترتب له بذمة المذهبة مبلغاً قدره (٣٩٥٣٦٣) ريال، ثم أبلغ المذهبة بأن المستحق له مبلغ (٣٤١,٧٨٣) ريال إذا وافق على هذه التصفية يسلم شيكاً في الحال، فأرسل فاكساً بالموافقة، وطلب الحكم

(١) انظر: مجموعة المبادئ والأحكام التجارية الصادرة عن ديوان المظالم لعام ١٤٢٨هـ (٧٠٦/٢)، رقم الحكم الابتدائي ١٦/٥/٢٠٠٠/تج/١٦ لعام ١٤٢٨هـ، والمقود بسلك الاستئناف رقم ٢٥٥/ت/٢٠٠٠ لعام ١٤٢٨هـ.

على الشركة المذهبة بحقوقه المستحقة دون ماطلة، كما أن مدير المدعى عليها قام بتوقيع مخالصة نهائية عن مشروع بلدية ثول ونجده يطالب بفواتير عن مشروع تم التخالص عليه، ولعدم إمكانية المدعى عليها من إنهاء مشروع بلدية ثول بموجب خطابه وهو بمثابة إقراره وكره المدعي وكالة طلبه تصفية الحسابات، وإحالة النزاع إلى خبير ليتمكن من فحص مستندات الطرفين للمخلوص إلى نتيجة ملزمة، فأفهمته الدائرة بضرورة رده على مذكرة المدعى عليه، مع بيان وجه اختلافه معه، وسبب طلبه إحالة القضية إلى خبير.

الأسباب

تأسيساً على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وحيث إن المدعية تهدف من دعواها إلى إجراء المحاسبة وإلزام المدعى عليه بتسليمها.

وحيث إن المدعى عليه قدم دفعه على الدعوى المتضمن مطالبة المدعية بمبلغ قدره ثلاث مئة وخمسة وتسعون ألفاً وثلاث مئة وثلاثة وستون ريالاً؛ قيمة فواتير متعلقة بمشروع إنشاء.... بجامعة الملك عبد العزيز، وفروع البلديات بمحافظة جدة، وكذلك جسور المشاة، وخيمان حسن التنفيذ عن مشروع بلدية ثول.

وحيث إن الثابت تعاقد الطرفين فيما بينهما لإجراء مجموعة من الأعمال، التي أهد بموجبها المدعى عليه فواتير حسب المتعارف عليه فيما بينهما، وهو ما لم تنكره المدعية أثناء المرافعة بجلسة الأرياء ١٩/١١/١٤٢٦هـ، وحيث إن التعامل التجاري مبني في الغالب على الحرف وما جرت عليه العادة، وحيث أطلعت الدائرة على الفاكس المرسل من المدعى عليه بتاريخ ١٤/٧/١٤٢٥هـ الذي يقر باستحقاقه لمبلغ قدره ثلاث مئة وواحد وأربعون ألفاً وسبع مئة وثلاثة وثمانون

وبالآ، فالثابت استقطاعه وإسقاطه لمبلغ قدره (٥٣,٥٨٠) ريال من المبلغ المدعى به، والساقط لا يعود، فتتحصير مطالبته بما أقر؛ لأن المرء مؤاخذ بإقراره.

وحيث إن الدائرة وهي في معرض دراستها للقضية، وما قدمه كل طرف من بيانات ودفع؛ وتنزيل ذلك على الأسس العامة للتعاقد، أطلعت الدائرة على المخالصة المقدمة من كلا الطرفين المؤرخة في ٥/٨/١٤٢٤هـ عن أعمال مصنفات العظم والتشطيبات لمبنى بلدية ثول الفرعية، والتي هي منتهية في حقيقتها للتعاقد وهي محل اتفاق بينهما، مما تولى معه الدائرة أن العقد قد انتهى بهذه المخالصة الموقعة من كلا الطرفين، وعليه فلا تستحق المدعية ما تطالب به؛ لأنها مبنية على عقد مفسوخ لا يصبح الاعتماد عليه، ولأن من تصاف الحساب فقد انتهى جميع العوالم المترتبة على الحسابات، والمستحقات، والخصميات المتعلقة بالمشروع، فهي بمثابة فسخ للتعاقد المبرم بين الطرفين، ثم على أثرها استلام المدعى عليه شيكاً برقم.... في ١١/٨/١٤٢٤هـ مقابل مستحقاته بعد التصفية النهائية عن أعمال المصنفات لما له وما عليه في تنفيذ مشروع بلدية ثول، كما يظهر للدائرة من المخالصة أن الشركة المدعية قد استلمت الموقع بوضعه الحالي لتكملة بقية الأعمال، وتصفية مستحقات المؤسسة المدعى عليها عن أعمالها، وذلك بعد توقف المدعى عليه عن العمل، حيث ورد في مخالصة المدعية مع المدعى عليه المعنونة (بمستخلص تصفية حساب نهائي لأعمال المدعى عليها، عقود أعمال مصنفات أعمال العظم والتشطيبات لمبنى بلدية ثول الفرعية). ما نصه: "بموجب ما تم الاتفاق عليه بين شركة.. ومؤسسة.... المدعى عليها لتسليم واستلام المبنى بوضعه الحالي وقيام الشركة بتكملة بقية الأعمال.... وتعميدها الإدارة المختصة لتصفية مستحقات المؤسسة عن

أعمالها بهذا المشروع فقد تم حصر جميع بنود الأعمال المنفلة من قبل المؤسسة بموجب المستخلص النهائي لها شاملة وكاملة، كما تم الاتفاق حول المستحق النهائي لأعمال المعصنات فقط، ما عدا فواتير التوريدات لجميع الأعمال بالمقود الموقعة مع المؤسسة لغاية توقفها عن العمل بموقع البلدية، وحصر جميع الأعمال المنفلة، والمستحق عنها قيمة بموجب العقد وبعد خصم جميع الدفعات المستلمة، وقيمة الإصلاحات أو التعديلات... ويتبقى ما قيمته ٥٪ من إجمالي قيمة الأعمال المنفلة كضمان حسن التنفيذ أي (٧٩٣١٨) ريال يتم الإفراج عنها بعد الاستلام النهائي من قبل أمانة محافظة جدة*، وبالتالي فاتفق المدعي على استلام المبنى المتعاقد عليه، وإقرارها بتكاملة الأعمال وانتهائها لتصفية مستحقات المدعي عليه دون تحفظ من قبلها، تأكيد للفسخ وتأييد لبرائة ذمة المدعي عليه، فهذه التصفية وهذه المخالصة حاسمة للمنزاع لانفساخ التعاقد فيما بين المدعي عليه وبين المدعية لرغباها وقبولها تصفية حسابيه ومخالصته.

لذلك حكمت الدائرة، بإلزام المدعية شركة... بأن تدفع للمدعي عليها مؤسسة... مبلغاً وقدره ثلاثمائة وواحد وأربعون ألفاً وسبعمائة وثلاثة وثمانون ريالاً ورفض ما عدا ذلك من طلبات، والله الموفق.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

تمثل الدراسة لهذه السابقة فيما يلي:

أولاً: مما اختصت به عقود المقاولات الحديثة، وتفردت به في المعاملات بين التجار ظهور ما يسمى بالمخالفات التجارية^(١)، أو

(١) حوت بأنها ورقة مكتوبة يصدق بها الإبراء من الدين. انظر: طرق الإثبات، الصوري: (٢٠٠).

المخالفات النهائية، ويستخدمها المتعاقدان للإبراء من الدين، أو من الالتزامات العقدية اللاحقة لها، وقد نصت السابقة على اعتبارها، وأعلنت مضمونها، بأن اعتبارها منتهية للعقد، وبها تغطي الالتزامات، وبهذا نجد العلاقة المترابطة بين عنوان المطلب، وما جرى عرقه في الحكم القضائي.

ثانياً: تضمنت المخالفة المكتوبة بين العاقلين الواردة في ثانياً أسباب الحكم، ووقائعها على أنها من أوراق التجار، وما جرى العرف التجاري على تداولها سواء على مستوى الأفراد، أو المؤسسات والشركات، والجهات الرسمية، ولعمرك المقصود بالمخالفة، وحكمها، وما يترتب عليها من آثار، فإني سأوردتها على النحو التالي:

أ - المقصود بالمخالفة:

المخالفة: هي عبارة عن سند أو ورقة مكتوبة بين التجار، أو المتعاقدين تنص على إنهاء التعامل بينهما دون أي شروط لاحقة، وعادة يكتب فيها الإبراء من الدين، سواء بمقابل مذكور فيها، أو بدون مقابل، ويختتم ذلك بعبارة: "ولم يعد له أي مطالبة على الطرف الثاني"^(١).

ب - حكمها:

تعد المخالفات التجارية من قبيل الإقراء المكتوب، والتي تندرج ضمن باب التوثيق والإستيثاق، وجرى العرف التجاري على العمل بها، إذ يحرم التاجر عند إنهاء تعاملاته - مع الغير - إلى الحصول على مخالفة تثبت وفائه بما عليه في ذمته، ويتمتع البعض ربط ذلك الأمر في المعاملات المتكررة مع تاجر آخر لربطه به علاقة تجارية مستمرة، كالاستيراد منه مباشرة.

(١) انظر: طرق الإثبات، العمودي: (٣٠٠).

لذا فإنه مما استقر عليه القضاء التجاري، اعتبار كتابة التخصيص من الدين من المسائل المجازة والمشروعة في المعاملات، وتصبح بكافة الطرق^(١).

ج - أكارها:

المخالفة - كما ذكرت آنفاً - هي بمثابة الإقرار الصريح بعدم بقاء أية التزامات للمخالص له، ويعني ذلك بأن أية مطالبة، أو دعوى تقام بعد صدور المخالفة في أساس المبلغ المدعى به لا صحة لها، والأصل يكون مع من يتمسك بالمخالفة، فهي بمثابة انتهاء التعاقد، وعلى من يدعي خلاف ما جاء فيها الإثبات^(٢).

ولأجل ما تحثه المخالفة من أثر، وتقوية جانب المتمسك بها فإنه يشترط لصحتها ما يلي^(٣):

١ - أن تكون صادرة من صاحب الحق، أو من يمثله تمثيلاً صحيحاً، يتضمن حق الإقرار، أو الإبراء، أو التنازل، ونحو ذلك مما يدل على صريح الإبراء من الدين.

٢ - أن يكون ما دون في المخالفة واضحاً ومعلوماً، ومحدداً لثلاً يفضي إلى التنازع.

٣ - أن تكون المخالفة موهوبة بما يثبت نسبتها إلى من نسبت إليه، وغالباً يعرف ذلك بختمه وتوقيعه.

والذي سارت عليه السابقة القضائية هو اعتبار المخالفة، والأخذ

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق (٣٠١).

(٣) المرجع السابق (٣٠١).

بها، وترتيب آثارها على النزاع المعروض عليها، وأن المدعية لا تستحق ما تطالب به.

ثالثاً: وجه كونها سابقة:

يظهر من خلال عرض السابقة القضائية، مدى تحقق وصف السابقة على الحكم محل الدراسة، إذ أنه يخص موضوع المخالعة التجارية، والتي تعد من المسائل المستجدة، وقد صدر الحكم من المحكمة الأدنى درجة مستوفياً لأركان وشروط الحكم القضائي، ثم اكتسب تأييد المحكمة الأعلى درجة، وتكررت وقائع مماثلة له^(١) وأصبح عاماً لأن يكون مثلاً يحتذى به فيما يلحق من أحكام.

رابعاً: الصياغة المقترحة:

(تعتبر المخالعة من الأوراق التجارية، التي يقصد بها الإبراء من الدين، وبها تنظمي العلاقة التعاقدية بين الطرفين، ولم يعد لأي منهما أي مطالبة تجاه الآخر).



(١) انظر: مجموعة المبادئ والأحكام التجارية الصادرة عن ديوان المظالم لعام ١٤٢٨ هـ:

المبحث الرابع

حكم تنفيذ شرط ضمان التأخير وصحة ذلك

♦ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[تلخص وقائع هذه الدعوى بالقرن اللازم لإصدار الحكم فيها بأن المدعي أصالة تقدم لدى المحكمة الإدارية بجنة بلائحة دعوى ضد المدعي عليها، حاصليها طلب إلزامها بما تعلق بمشروع إنشاء منسبة ابتدائية... بمبلغ ثلاثمائة وستة وخمسين ألف ريال، إضافة إلى مبلغ مائة واثمان وستون ألف حسب ما هو في البند رقم (١) والبند رقم (٥) في الصفحة الثانية من لائحة الدعوى إضافة إلى مبلغ ٧٥,٠٠٠ ريال أتعاب مكتب هندسي؛ ليكون مبلغ المطالبة خمسمائة وثلاثة وتسعون ألف ريال، تسلم وكيل المدعي عليها نسخة منها ويطلب الجواب منه قدم مذكرة من ست صفحات مرفق بها تسع مرفقات، أوضح فيها أن موكلته تعاقدت مع وزارة المعارف على تنفيذ عدد من المشاريع، وحرصاً منها على إتمام تلك المشاريع في موعدها المحدد تعاقدت موكلته مع المدعي، غير هادفة إلى تحقيق أي ربح من وراء ذلك، وإنما تم التعاقد بنفس المقابل المالي الذي تعاقدت موكلته مع الوزارة لتنفيذ مشروع إنشاء منسبة نموذج (٤٢٠/١٤) طالبة... بناء على العقد الموقع بين موكلته

(١) انظر: الحكم الصادر من النافذة التجارية الرابعة من المحكمة الإدارية بجنة، برقم ٥٩/ج ٤/١٤٣٣هـ، والمزيد من مسكدة الاستئناف بالسكم رقم ١/١٩٣ لعام ١٤٣٣هـ

والوزارة بتاريخ ١١/٩/١٤٢٢هـ، وبموجب العقد المبرم بين موكلته والمدعي بتاريخ ٢١/١٠/١٤٢٣هـ، وقد تم تسليم المشروع للمدعي بتاريخ ٢٤/١٠/١٤٢٣هـ إلا أنه منذ استلامه للمشروع وهو يماطل في تنفيذه مما أدى إلى توقيع الغرامة عليه وموكلته بصيغة كل البعد عن ذلك، لأن المدعية قد أقوت والتزمت بموجب العقد على إتمام جميع الأعمال الخاصة بهذا المشروع في الميعاد المحدد لاستلامه بدون تحميل موكلته أية مسؤولية وفق ما جاء صراحة في البند الرابع والخامس من العقد المؤرخ في ٢١/١٠/١٤٢٣هـ أما ما يتعلق بما ذكرته المدعية من تسبب موكلته في تأخر تنفيذ المشروع وفرض الغرامة عليها فهذا كلام غير صحيح لأن موكلته قامت بمساعدة المدعي والدلالة على ذلك خطاب المدعي الذي يقر فيه بمساعدة موكلته عن طريق توريد مستلزمات المشروع وإصدار موكلته شبكاً لشركة الكهرباء بمبلغ مئة وثمانية آلاف وخمسمائة وخمسة وعشرون ريالاً، وصرف الحديد من المبالغ العالية الخاصة بالمشروع حرصاً منها على إتمامه، فتوقيع الغرامة ناتج عن تقصير المدعي وإهماله في إتمام العمل الموكل له من الباطن من موكلته، فأوقعت الوزارة الغرامة التي يجب أن يتحملها المدعي والتي فرضت عليه بسبب تأخره في تنفيذ أعمال المشروع رغم أن موكلته خاطبت المدعي بالخطاب رقم م ت/٢٢٦/٠٤ في ١٧/٢/١٤٢٥هـ بتشكيف العمالة اللازمة لسرعة إنهاء المشروع في الموعد المحدد لها لتلاشي فرض أية غرامات ولكن المدعية لم تلتزم بهذا الخطاب بل خاطبت موكلته بتاريخ ٢/٧/١٤٢٧هـ بأنها أنهت جميع الأعمال الخاصة بالعقد وأنها على استعداد لتسليم المشروع ابتداءً في حين أن المفترض تسليم المشروع طبقاً للعقد بتاريخ ٢٦/١١/١٤٢٤هـ وبذلك تكون المدعية أقوت بتأخرها لأكثر من عامين مما يستوجب مساءلتها عن هذا التأخير،

أما ما يتعلق باعتماد العينات فإن ما ذكره المدعي غير صحيح حيث إن موكلته اعتمدت جميع العينات لإتمام تنفيذ أعمال هذا المشروع في حينها ولم يحدث منها أي تأخير في مطالبة الوزارة بشأن اعتماد تلك العينات بل تم اعتمادها قبل نهاية المشروع بفترة طويلة تصل إلى ستين تقريباً قبل تسليم المشروع ابتدائياً من قبل المدعي فالمفترض نهاية المشروع بتاريخ ١٤٢٥/٥/٩ هـ بينما تم تسليمه بتاريخ ١٤٢٧/٨/٢٤ هـ كما أن هناك خطاب صادر من نائب وزير التربية والتعليم في ١٤٢٥/٦/٨ هـ يوضح أن نسبة المدة المنتهية من مشروع (وثنية) (١٠٠٪) في حين أن نسبة الإنجاز (٧٦٪) بهذا التاريخ وهذا يؤكد أن هناك تأخير كبير من المدعي في تنفيذ أعمال الخرسانات والتي لا تحتاج إلى أي اعتماد من قبل موكلته أو الوزارة مع العلم أنه تم اعتماد جميع العينات الخاصة بهذا المشروع قبل إنهاء أعمال الخرسانة من جانب المدعية، وبشأن البيان المقدم من المدعية بتأخر موكلته في اعتماد بعض العينات من قبل الوزارة فقد ثبت من تواريخ الاعتماد المذكورة في العينة رقم (٧، ١) أنها قبل انتهاء مدة المشروع، أما العينة رقم (٣) فلم يثبت أن تاريخ اعتمادها هو التاريخ المذكور وأنها لا تحمل رقم اعتماد مما يشكك في مدى صحة ذكر المدعية لها، وأما ما ورد في رقم (٤، ٥، ٦، ٧) من عينات لم تعتمد فهذا غير صحيح؛ لأن تلك العينات اعتمدت من قبل الوزارة بموجب خطاباتنها، أما ما يتعلق بالخطابات الخاصة بالعينات فبمراجعة تواريخها يتبين أنها اعتمدت قبل انتهاء المدة المحددة لتسليم المشروع بفترة طويلة. كما أن موكلته لا تمتد بالخطابات المرسلة من المدعية لأنها لا تحمل أرقام صادرة من المدعي ولا توجد أي دلالة على إرسالها لموكلته، وعن مطالبة المدعي إلزام موكلته دفع مبالغ مالية للمكتب الهندسي فإنه لا علاقة لموكلته بهذا المكتب ولم يكن منصوباً عليه في العقد الخاص

بهذا المشروع وإنما المدهي من اختارته للمعمل معها ومن ثم هي التي يجب أن تتحمل دفع أي مبالغ خاصة بها، وكذا المبالغ المحسومة على المدهية من قبل الوزارة كغرامة تأخير - وكان الأجدر للمدهي توجيه موكلته للاتفاق معه على إقامة دعوى ضد الوزارة - وكذلك ما تم حسبه من مستحقات المدهي لعدم تسليم المشروع نهائياً للوزارة حتى الآن ويمثل هذا المبلغ مئة واثنان وستون ألف ريال قيمة القيمان المالي المقرو بنسبة ٥٪ من القيمة الإجمالية للمشروع والذي لا يمكن حرقه قبل تسليم المدهية المشروع نهائياً وانتهى في مذكرته إلى طلبه صرف النظر عن دعوى المدهي وإلزامه بأتعاب المحاماة المقدرة بمبلغ خمسين ألف ريال وذكر المدهي أنه سبق أن تسلم نسخة من مذكرة المدهي عليه وكالة المشار إليها مع مرفقاتها ويسأله عن رده على ما تسلمه قدم مذكرة مكونة من ست صفحات مرفق بها صورت مستندات من ١١ صفحة أوضح فيها أن المدهي عليها لم تعتمد أكثر العينات للمواد اللازمة للمشروع إلا بعد انتهاء مدة العقد والبعض الآخر في مدة قصيرة لا يسمح الوقت بتوريدها وتركيبها، إذ المفترض عليها مخاطبة الوزارة - كونها المختصة في ذلك - لاعتماد العينات في الثلاثة أشهر الأولى من بداية العقد، لأن المواد تحتاج إلى وقت لدى المصانع لتجهيزها وتوريدها لكثرة ارتباطاتها بمشاريع حكومية، مما يؤدي إلى تأخر سير العمل، كما قدم صورة فاكس مرسل من قبل المدهي عليها يثبت بأن الخطابات المرسلة إليهم والتي ينكرها وكيل المدهي عليها تم استلامها من قبلهم. أما ما يتعلق بالمكتب الهندسي وإنكار المدهي عليها علاقتها به رغم تعاقدهم معه مباشرة واشترط توقيع المستخلصات من قبله وهو ما جرى عليه العمل في المشروع وانتهى في مذكرته إلى طلبه الحكم بطلباته السابقة ثم سألت الدائرة المدهي عن بيته أن المدهي عليها سبب تأخر المشروع الذي أدى

إلى فرض طرامة التأخير من قبل الوزارة وبينته على تقاضى المدهى عليها لمطالبة الوزارة بصرف المستخلصات ومراجعتها فيها وتقديم بيته على منع الوزارة له من العمل في موقع رنية وبيان أن المانع والعائق للاستلام الحقيقي ووزارة التربية والتعليم والإجراء الذي اتخذه بمخاطبة المدهى عليها بذلك وعن ما يستند إليه المدهى بمطالبتها بألعاب المكتب الهندسي فأستعد بتقديمها في الجلسة القادمة فسألت الدائرة وكيل المدهى عليه تقديم آلية اعتماد العينات وأسباب تأخر موكلته في اعتمادها وتقديم تقارير سير العمل المعتمدة من قبل الوزارة ومستخلصات المشروع والمبالغ التي تم استلامها من قبل الوزارة وتقديم وثائق العقد الواردة في البند ١-٢ مع تقديم ما يثبت تسليم المدهى لمستحقائه وفق المستخلصات بعد استلام قيمتها من الوزارة في موعدها وتقديم تقارير الاستشاري المشرف على المشروع كما سألت الدائرة وكيل المدهى عليها عن سبب تأخره في تسليم المشروع حتى هذا التاريخ فأستعد بتقديم ذلك في جلسة لاحقة ثم في جلسة يوم الأربعاء... وبعد دراسة الدائرة للمقضية والتأمل فيها استوضححت الدائرة من المدهى عن آلية اعتماد العينات المتفق عليها بين الطرفين أثناء سير العمل فذكر أن المدهى عليها تقوم بمخاطبة الوزارة مالكة المشروع لاعتماد العينات بعد مخاطبته للمدهى عليها حسب ما يظهر من الأوراق المرسلة من قبله المرفقة في لائحة الدعوى إلا أن المدهى عليها كانت تتأخر في مخاطبة الوزارة لاعتماد العينات لكونها المقاول الرئيس وترتب على ذلك تأخر في تسليم المشروع كما لم تعقب على استخراج المستخلصات في وقتها ثم عقب المدهى عليه وكالة بأنه سبق أن أقر للمدهى بمبلغ الضمان البالغ قدره مائة واثنان وستون ألفاً ومائة وخمسون ريالاً كما أنه أقر بمبلغ ألعاب المكتب الهندسي المذكور في جلسة ١٤/٥/١٤٢٩هـ والبالغ

قنوه اثنان وثلاثون ألف ريال ثم طلبت الدائرة من المدعي أصالة أداء اليمين المتممة على آلية اعتماد العيّنات وأن المتسبب في تأخر اعتمادها هي المدعي عليها فاستعد بذلك وحلف قائلاً (والله العظيم الذي لا إله إلا هو أنني قد خاطبت المدعي عليها بشأن اعتماد العيّنات وأن المدعي عليها تأخرت في مخاطبة مالك المشروع بشأن اعتمادها وأن هي المتسببة في إيقاف الغرامات بعد إخلالها بالآلية اعتماد العيّنات) هكذا حلف ثم قرر الطرفان الاكتفاء بما سبق تقديمه وطلباً الفصل في القضية بحالتها الراهنة.

الأسباب:

وبما أن المدعي يهتف في دعواه إلى المطالبة بإلزام المدعي عليها بما حسم عليه مقابل حرمة التأخير والضمان النهائي وأنعاب المكتب الهندسي حسب ما أورد مفصلاً في جلسة ١٠/٧/١٤٢٨هـ العلاقة الرابطة بين طرفي الدعوى يحكمها العقد المبرم بينهما بتاريخ ٢١/١٠/١٤٢٣هـ من الباطن والمبني على عقد وزيارة المعاينة - شتتت تعليم البنات لإنجاز مدرسة نموذج ١٤/٢٤٠ طالبة تحفيظ القرآن الكريم، والذي تضمن المدعي والمدعي عليها في كافة الالتزامات والحقوق المترتبة عليه في وثيقة العقد الأساسية الخاصة بإنشاء المشروع والمؤرخة في ١١/٩/١٤٢٢هـ والموقع المسلم للمدعي بموجب محضر الاستلام المؤرخ في ٢٤/١٠/١٤٢٣هـ على أن يكون يوم تسليمه الابتدائي في ٢٦/١١/١٤٢٤هـ، ولما كانت مطالبة المدعي في شقها الأول متعلقة بالمبلغ المحسوم من قبل المالك (الوزارة) من مستحقاته وقنوها ثلاثمائة وسبعة وخمسون ألفاً ومائة وستة وعشرون ريالاً وذلك مقابل حرمة التأخير عن تسليم المشروع في الموعد المحدد وفق العقد بسبب تقاعس المدعي عليها في اعتماد العيّنات، وبما أنه لا نزاع بين الطرفين على صحة مبلغ الغرامة المفروضة من قبل الوزارة والمحسومة من مستحقات المدعي

وإنما النزاع ينحصر في المتسبب في وقوعها وكون أحد الطرفين أخل بما هو واجب عليه من التزامات وبما أن الدائرة وهي بصدد دراسة أوراق القضية وما قدمه الطرفان من بيانات ودفع وما يظهر من الأسس العامة للتعاقد فإن البين لديها والثابت من الأوراق المقدمة بخصوص اعتماد العينات من قبل مالك المشروع وما أفاده به الوزارة حسبما هو مدون في جلسة ١٤٣٢/١١/٢٠ هـ من أن تاريخ مخاطبة المدعى عليها للوزارة لاعتتماد عينات المشروع إما أن يكون تم بعد انتهاء الفترة المحددة لتسليم المشروع أو قبل انتهائه بفترة وجيزة وفي كلا الحالتين فالثابت تأخر المدعى عليها في مخاطبة الوزارة لاعتتماد تلك العينات مع كونها المداول الظاهر ولما كان المدعى قدم للدائرة عدداً من بطاقات اعتماد العينات المقدمة بجلسة اليوم التي تبين من الإطلاع على ظاهرها تأخر مخاطبة المدعى عليها للوزارة ومنها على سبيل المثال خطاب المدعى عليها رقم (م ت ر/ ٦/ ٤) وتاريخ ١٤٢٥/٢/٢٢ هـ ورقم (م ت ر/ ٨/ ٤) وتاريخ ١٤٢٥/٥/١٦ هـ وحيث إن العلاقة بين التأخر في اعتماد العينات وتسليم المشروع ابتدائياً علاقة طردية تستوجب فرض الغرامة لا محالة وحيث إن المسؤولية التقصيرية ثابتة بحق المدعى عليها من خطأ وضرر وعلاقة سببية حيث ثبت خطأها وتأخرها في مخاطبة الوزارة لاعتتماد عينات المشروع وثبت وقوع الضرر الجسيم بحسم غرامة التأخير من مستحقات المدعى والعلاقة السببية بينهما الأمر الذي يستوجب معه دفع الضرر وإزالة لحديث النبي ﷺ (لا ضرر ولا ضرار) (والضرر يزال) مما تروى معه الدائرة جبره بتحميل المدعى عليها ما أصاب المدعى من ضرر جراء تقاعسها وتأخرها في اعتماد العينات الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى إلزام المدعى عليها بما حسم على المدعى مقابل غرامة التأخير وتقضي به.

وحيث خلا عقد الطرفين عن بيان طريقة اعتماد العيّنات والآلية التي انتهجت في المشروع محل النزاع وامتناع المدعي عليها عن تقديم ما طلب منها أكثر من مرة لتقنين آلية اعتماد العيّنات، وحيث الثابت من خطابات الوزارة لاعتماد العيّنات أنها تكون بعد مخاطبة المدعي عليها لها الأمر الذي يظهر منه استقرار التعامل على هذا النحو كما أنه لم يكن للمدعي سبيل في ذلك حسبما تظهره أوراق القضية كما أن الدائرة رأت تقوية هذا الظاهر بيمين المدعي المتممة والواردة ذكرها في جلسة اليوم ١٤٣٣/٣/٣٠هـ ولما كانت مطالبة المدعي في شقيها الثاني والثالث متعلقة بمبلغ الضمان الوارد ذكره في العقد المبرم بين الطرفين مقابل تنفيذ لأعمال وقدره مائة واثنتان وستون ألفاً ومائة وخمسون ريالاً وقد تم تنفيذ المشروع وتسليمه وأيضاً مبلغ أتعاب المكتب الهندسي الذي تعاقد معه المدعي وقدرها اثنان وثلاثون ألف ريال وبما أن ووكيل المدعي عليها أقر بجلسة اليوم بصحتها وأن موكلته لا تنكر ثبوتها وذلك بموجب وكالة التي تمنحه حق الإقرار المقدمة بجلسة ١٤٣٢/٦/٢١هـ كما أن المدعي عليه وكالة سبق أن أقر بها في جلسة ١٤٢٩/٥/١٤هـ وحيث إن الإقرار حجة على المقر متى اكتملت أركانه وشروطه وانتفت موانعه، والقاعدة ردت بأنه لا عذر لمن أقر الأمر الذي يتوجب على الدائرة الحكم بإلزام المدعي عليها بما أقرت به.

لذلك:

حكمت الدائرة: بإلزام المدعي عليها بأن تدفع للمدعي مبلغاً قدره خمسمائة وواحد وخمسون ألفاً ومائتان وستة وسبعون ريالاً، لما هو موضح بالأسباب. وإعلان الحكم قرر المدعي أعباء القناعة بالحكم كما قرر المدعي عليه وكالة عدم القناعة به. والله الموفق.. وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية

تتمثل الدراسة لهذه السابقة فيما يأتي:

أولاً: سبق الحديث عن الشرط الجزائي وأثره في الديون، أو ما كان محل الالتزام فيها شيئاً، وفي هذا المطلب نبين الشق الآخر وهو حكم تنفيذ الشرط الجزائي في غير الديون، وبالنظر إلى ما جاء في السابقة القضائية نجد أنها أجازت مثل هذه الشروط وألزمت بها، ومن خلالها تتضح العلاقة بين العتوان وما جرى عرضه في السابقة وفقاً لمنهجية البحث.

ثانياً: نص الحكم القضائي محل الدراسة، على جواز تنفيذ الشرط الجزائي، والزام أحد الطرفين بنفع التعويض عن الأضرار التي نتجت جراء التأخير في تسليم المشروع في عقد المعاولة المبرم بينهما، وعليه فإن المسائل التي تبني عليها الدراسة لهذه السابقة تتمثل في مسألتين: الأولى: حكم الشرط الجزائي في العقود التي يكون محل الالتزام فيها ليس من قبيل الديون. والثانية: شروط استحقاق الشرط الجزائي، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

المسألة الأولى: حكم الشرط الجزائي في غير الديون

الشرط الجزائي في حقيقته يعتبر تعويضاً عن الضرر الذي يلحق أحد المتعاقدين بسبب الإخلال في العقد^(١)، وقد سبق بيان ذلك، والإشارة

(١) الضرر لغة: ضد النفع، ويطلق ويراد به معان منها: الأذى والضييق، وسوء الحال واصطلاحاً: إلحاق مفسدة بالشخص مطلقاً سواء أكانت في الأموال، أو الحقوق، أو الأشخاص، ويعد الضرر هو حالة وجوب التعويض والتعويض في الفقه الإسلامي - النظر: لسان العرب: (٧٨٧/٤) والقسوس المصيط: (٥٥٠) مادة (قصر). ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء (٧٨٧).

إلى أن للشرط الجزائي حالتين^(١):

إحدهما: أن يكون التعويض نتيجة الإخلال بالتزام في عقد القرض منه ديناً، كتمن مبيع.

والثانية: أن يكون التعويض نتيجة الإخلال بالتزام في عقد القرض منه شيئاً - أي ليس مما يثبت في الذمة - كتضيء عمل من الأعمال ونحوه.

والحالة الأولى سبق الحديث عنها^(٢)، وأما الحالة الثانية فهي ما نحن بصدده، وتتقوى تحت فروعها وأحكامها السابقة محل الدراسة.

١ - الأقوال والأدلة:

إذا تبين ذلك، فاعلم أن الفقهاء المعاصرون اختلفوا^(٣) في حكم الشرط الجزائي في غير الديون، على ثلاثة أقوال^(٤):

القول الأول: الجواز وصحة هذا الشرط، وبه أفتى جمهور المعاصرين^(٥) وأخذت به هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية^(٦) وقرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة التعاون

- والتعويض ثمة: من العوض وهو البذل، أو التلف، واصطلاحاً: دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلقاء ضرر بالغير. انظر: لسان العرب: (١٩٢/٧) مادة (عوض)، والموسوعة الفقهية الكويتية: (٣٥/١٢).

(١) سبق بيان معنى الشرط الجزائي ثمة واصطلاحاً، وبيان الحالتين للشرط الجزائي. انظر المصنف ٤١٥ من هذا البحث.

(٢) انظر: المصنف رقم ٤١٥ من هذا البحث.

(٣) ومثل الخلاف هو ما كان مبرره على نفس ما جاء في الحالة الثانية للشرط الجزائي، وهو المقصود بقولي 'في غير الديون'.

(٤) انظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود، الميمني: (٢١٧)، والشروط التعويضية في المعاملات المالية للحزبي: (١/٣٦٨-٣٩٣).

(٥) المرجع السابق.

(٦) انظر: مجلة البحث الإسلامية، العدد الثاني ١٣٩٥هـ، ص ١٤١ - ١٤٢.

الإسلامي^(١)، والهيئة الشرعية في بيت التمويل الكويتي^(٢) وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٣).

وأبرز ما استدل به أصحاب هذا القول ما يلي:

الخليل الأول: أن الأصل في الشروط المقررة، بالعقد الصحة والإباحة إلا ما دل الخليل على تحريمه أو منعه نصاً أو قياساً، والشرط الجزائي لم يأت دليل يدل على تحريمه فيبقى على أصل الإباحة، ثم ساقوا الأدلة التي تدل على هذا الأصل، ومنها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَوْ كُنَّا لَقَدْ جَعَلْنَا فِي قُلُوبِكُم مِّنَ الشُّكِّ﴾^(٤) ومنها قوله ﷺ: "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً"^(٥) وغير ذلك^(٦).

ونوئ:

بأنه لا يسلم الاحتجاج بهذا الأصل، لأن الأدلة متوافرة ومتظافرة على بيان حرمة الشرط الجزائي، كما سيتبين من القول الثالث وأدلة^(٧) واجب عنه: بأن ما ذكر من أدلة التحريم لا يسلم بها، وترد عليها المناقشة، كما يتبين عند إيرادها^(٨).

الخليل الثاني: أن الشرط الجزائي من الشروط التي تعتبر من

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثاني عشر: (٣٠٦/٢).

(٢) انظر: الشروط التعويضية، العنزي: (٣٦٩/١) نقلاً من الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية (١/٣٣).

(٣) انظر: المعايير الشرعية: (ص ٩٥).

(٤) سبق تطويعه (١٥٠).

(٥) انظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود، الميمني: (٢١٨)، الشروط التعويضية، العنزي: (٣٧١/١).

(٦) انظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود، الميمني: (٢١٩).

(٧) انظر: الشروط التعويضية، العنزي: (٣٧١/١).

مصلحة العقد، إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته^(١).

ونوّه: بأن وجود بعض المصالح في الشرط الجزائي لا يدل على إباحته، كما قال الله تعالى عن الخمر والميسر: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْتَلَعٌ لِّثَابِينَ وَاللَّهُمَّا اسْكَبْ مِنْ قَبْلِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩].

والشرط الجزائي وإن كان فيه مصالح فقد قامت الأدلة على إلغائها فهي مصالح مطلقة، كما سيتبين من أدلة القول الثالث^(٢).

وأجيب عنه: بأن الأصل في المعاملات والشروط الإباحة، لا سيما ما تدعو إليه الحاجة، ولا يجوز القول بتحريمه إلا بنليل واضح، وما ذكر من المصالح المطلقة تحتاج إلى إثبات، وما ورد في أدلة القول الثالث غير مسلم به كما سيأتي بيانه^(٣).

الدليل الثالث: ما جاء عن ابن سيرين^(٤) كلفه أنه قال: "قال رجل لكرية^(٥) أدخل وكابك^(٦)"، فإن لم أدخل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو

(١) انظر: الشرط الجزائي وأثره المبعني: (٢١٩)، الشروط التصريحية: (٢٧٤/١).

(٢) انظر: الشرط الجزائي، المبعني: (٢٢٠).

(٣) انظر: الشروط التصريحية، الحزبي: (٢٧٤/١).

(٤) ابن سيرين هو: هو الإمام، محمد بن سيرين الأنصاري أبو بكر ابن أبي حمزة البصري، مولى أس بن مالك خادم رسول الله ﷺ وهو ثقة ثبت عابد كبير القدر كان لا يرى الرواية بالمعنى من الطبقة الثالثة وقد أئتمن بقينا من خلافة عمر رضي الله عنه من الصحابة مات سنة عشر ومائة للهجرة.

تروى لهذه: (٤٨٢/٢)، وسير أعلام النبلاء: (٦٠٦/٤).

(٥) الكرية: هو الرجل الذي يكره ما به، ويقال للأجرة كراء.

ينظر: لسان العرب، مادة كراء: (٢١٨/١) والنهاية في غريب الحديث: (٥٢٨/٢).

(٦) الركاب: الرماح من الأبل- ينظر: النهاية في غريب الحديث: (٦٨٣/١).

عليه^(١) فهذا الأثر من شريح صريح في جواز الشرط الجزائي من عدم التنفيذ، إذ هو تعريض عن الضرر اللاحق بسبب عدم تنفيذ العقد^(٢).

ونؤكّد: بأن هذا الاستدلال وإن سلمنا به لا يدل إلا على جواز الشرط الجزائي في حال عدم التنفيذ، لا عن التأخير في التنفيذ^(٣).

وأجيب عنه: بأنه إذا جاز الشرط الجزائي من عدم التنفيذ، جاز عن التأخير في التنفيذ، إذ هو في كلا الحالتين تعريض عن الضرر قبل وقوعه^(٤).

الدليل الرابع: دليل (العرف) فالعرف والمادة مما يقره الشرع إذا لم تصادم نعباً شرعياً، والشرط الجزائي تعارف الناس على وضعه في عقودهم لاسيما عقود المقاولات، والتوريد، والاستصناع، وعرف التعامل بالشرط الجزائي عرف صحيح شرعاً، لأنه لا يتعارض مع دليل شرعي، ولا يبطل واجباً أو يحل حراماً فهو جائز، وصحيح^(٥).

ونؤكّد: بأن دليل العرف غير مسلم به، لمخالفته للأدلة الشرعية، فقد دلت الأدلة على منع الشرط الجزائي كما سيأتي - فلا اعتبار للعرف المتعامل به ما دام مخالفاً للشرع^(٦).

الدليل الخامس: أن الشرط الجزائي مما شاع التعامل به بين الناس في الواقع، وأصبحت الحاجة إليه حاجة عامة، فقلما تجد في عقود

(١) أخرجه البخاري في باب ما يجوز من الاشتراط والتثا في الإقرار (٢٥٩/٣).

(٢) انظر: الشروط التعريفية، الخزي: (٢٧٨/١).

(٣) المرجع السابق نفسه.

(٤) المرجع السابق (٢٧٩/١).

(٥) انظر: الشرط الجزائي وأثره، الميجني: (٢٢٠)، والشروط التعريفية، الخزي: (٢٨١/١).

(٦) المرجع السابق نفسه.

المقاولات أو التوريد، أو الاستصناع عقداً يخلو من الشرط الجزائي، وعموم الحاجة مما يأخذ الشرع بالاعتبار؛ فالقاعدة تقول: (الحاجة تنزل منزلة الضرورة)^(١)، و"الحاجة إذا عمت كانت كالضرورة"^(٢)، ولذا فقد وُحِصَ في بعض العقود في الشريعة الإسلامية لحاجة الناس إليها، كالسلم، والإجارة، والاستصناع، ونحو ذلك^(٣).

ونوقش من وجهين: الوجه الأول: بأنه لا يسلم بوجود حاجة ماسة إلى الشرط الجزائي، ففي التمريض بعد وقوع الضرر غنية عن تقدير التمريض بالشرط الجزائي مسبقاً وجزافاً قبل وقوع الضرر^(٤).

وأجيب عنه: بأن الحاجة ماسة وشديدة إلى الشرط الجزائي، وليس في التمريض القضائي بعد وقوع الضرر غنية عن التمريض بالشرط الجزائي؛ لأن التمريض القضائي خاصة في هذا العصر يكلف الكثير من الوقت، والجهد، والمال، ويقع النزاع والخلاف في تقدير الضرر والتمريض عنه، ومن ثم فالحاجة ماسة وشديدة إلى الاتفاق على تقدير التمريض عن الإضرار الناتجة من الإخلال بالمقد بالشرط الجزائي^(٥).

الوجه الثاني:

بأن قياس الشرط الجزائي على السلم والإجارة، قياس مع الفارق لورود الأدلة بإباحتهما؛ بخلاف الشرط الجزائي فقد جاءت الأدلة بتحريمه كما سيأتي^(٦).

(١) الأبناء، الظاهر: السيوطي: (٨٨)، شرح الفرائد الفقهية للزبيدي: (٢٩).

(٢) الأبناء، والظاهر للسيوطي: (٨٨).

(٣) انظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود: (٢٢١)، والشروط التمريضية: (٢٧٩/١).

(٤) ينظر: المرجع السابق.

(٥) انظر: الشروط التمريضية: (٢٨٠/١).

(٦) انظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود: (٢٢٢).

وبجواب عنه: بأنه لا يسلم بوجود الفارق بينهما؛ إذ أن الشرط الجزائي لا دليل يدل على تحريمه، وما ذكر في أداة التحريم لا يسلم بها وترد عليها المناقشة كما سيأتي. كما أن المراد هنا ليس القياس الذي يشترط له عدم وجود الفارق وإنما هو من باب أثر الحاجة الواردة فيهما والتي أدت إلى إباحتهما، وهي كذلك موجودة في الشرط الجزائي^(١).

القول الثاني: جواز الشرط الجزائي إذا كان لعدم التنفيذ، وعدم جوازه إذا كان لأجل التأخير في التنفيذ. وبه قال بعض الفقهاء المعاصرون^(٢).

وأبرز ما استدلوا به ما يلي:

الدليل الأول: القياس على مسألة العربون فيما إذا كان الشرط الجزائي لعدم التنفيذ؛ بجامع أن كلا منهما شرط يوجب على من أحل بالمقد دفع مبلغ مالي يجري تقديره سلفاً قبل حصول الضرر^(٣).

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن العربون مختلف في حكمه، ولا يصح القياس على أمر مختلف فيه^(٤).

وأجيب عنه: بأن العربون ثبت على صحته الأداة الصحيحة، ومن ثم فالقياس عليه صحيح^(٥).

(١) ذكرت أبرز الأدلة وانحصرت عليها منعاً من الإطالة، والتي هي ليست من مسائل البحث الأصلية.

(٢) منهم الدكتور وليق المصري، انظر: الشرط الجزائي وأثره في العقوبة، (٢٢٢)، والشروط التعريفية: (١/ ٢٧٠).

(٣) انظر: الشروط التعريفية المعنى (١/ ٢٨٢).

(٤) المرجع السابق. (٥) المرجع السابق.

الوجه الثاني: إذا سلمنا بأن الشرط الجزائي يشبه العربون في حال عدم التنفيذ، فإنه يلزم على ذلك جوازه عن التأخير في التنفيذ أيضاً، لأن كلا من العربون والشرط الجزائي إما أن يكون عقوبة، أو تعويضاً عن الضرر يقدّر سلفاً قبل وقوعه، ويستوي - في ذلك كون الشرط الجزائي عن عدم التنفيذ أو من التأخير في التنفيذ، ما دام في غير الدين^(١).

الدليل الثاني: أن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد سواء في عقود المعاولة أم التوريد، خرب من الالتزام (= الدين) فيكون في الشرط الجزائي عن التأخير في التنفيذ شبهة ريا النسبة: تقضي أم تربي؟ بل يكون عندئذ في حكم ريا النسبة^(٢).

ونقش بأن كون المبيع المستحق التسليم في أجل محدد خرب من الالتزام لا خلاف فيه، وأما كون هذا الالتزام مساوياً للدين فتغير مسلم، لأن الالتزام أهم من الدين، فكل حين التزام وليس كل التزام ديناً، والالتزام في عقد المعاولة ليس ديناً، وإنما هو التزام بأداء عمل، والمقاول قد يكون دائماً لا مديناً في كثير من الحالات، فالبثوك العقارية تقوم ببناء المساكن معاولة وتتناقض المقابل على أقساط بعد تسليم المبنى، وكذلك يفعل كبار المقاولين والفرق كبير جداً بين التزام المقاول والمورد، والتزام المقترض والمشتري بشمن مؤجل والمسلم إليه، فالتزام هؤلاء الثلاثة دين حقيقي ثبت في فتمتهم وأخذوا مقابلته، أما التزام المقاول والمورد فهو التزام بأداء عمل لا يستحقون مقابلته إلا بعد أدائه والله أعلم^(٣).

(١) انظر: الشروط التجارية: ٣٨٤/١.

(٢) المرجع السابق، نقلاً عن مناقشات الفهر الإخبارية ص ٦١.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (بحث الشرط الجزائي للتوريد) الجزء الثاني العدد ٧٢/٢-٧٤.

القول الثالث: عدم جواز الشرط الجزائي مطلقاً في الديون وغيرها، وبه قال بعض الفقهاء المصاحبين^(١).

وأبرز ما استدلوا به، ما يلي:

الدليل الأول: أن الشرط الجزائي في حقيقته يعد اتفاقاً على تقرير جزائي لتعويض عن الضرر الحاصل بسبب الإخلال بالعقد قبل وقوعه، وهذا لا يجوز؛ لأنه يؤدي إلى محافيز شرعية منها: الجهالة، والغرر، والقمار، وأكل أموال الناس بالباطل؛ لأن الشرط الجزائي قد يكون أكثر من الضرر الواقع، وأكثر الأنظمة تجوز هذه الزيادة^(٢).

ونوqش: بأن الشرط الجزائي لا يسلم بأنه يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل؛ لأنه تعويض عن ضرر، لا يستحق إلا بعد وقوعه، وما قد يوجد فيه من جهالة أو غرر مستفزة للحاجة كما تقدم بيانه^(٣) بل إن تقرير العوض قد أباحه الشرع فيما يشترط فيه العلم بالمساواة للحاجة، وذلك في باب الرباء، فأباح الشارع بيع العرايا بخرصها للحاجة ومفسدة الضرر أقل من الرباء، فلذلك رخص فيما تذهب إليه الحاجة منه، فإن تحريمه - أي ما تذهب الحاجة إليه من الضرر - أشد ضرراً من ضرره كونه ضرراً^{(٤)(٥)}.

(١) ومنهم الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، والشيخ سيد عبد الله علي حمون، والكتور عبدالرزاق السنهوري، والشيخ علي التفتيز، ود فتحي الدوين، ود شفيق شحاته، ود محمد اليماني. ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود، اليماني (٢٩)، والشرط التعويضي، الحق: (١) / ٣٧٠.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي، اليماني: (٢٢٤)، والشرط التعويضي (١) / ٣٨٥.

(٣) انظر الصفحة ٤٧٠ من هنا البحث.

(٤) مسود الخاوي: ابن تيمية: (٢٩) / ٣٦٥-٣٦٦.

(٥) انظر: الشرط التعويضي: (١) / ٣٨٦.

الدليل الثاني: أن في تقدير التعويض بالشرط الجزائي ما يؤدي إلى التنازع والاختلاف ما دام أنه يجوز الرجوع في تقديره إلى القاضي ليعدل في حالة الزيادة الفاحشة^(١).

ونوqش: بأنه لا يسلم بأن الشرط الجزائي يؤدي إلى المنازعة والاختلاف، بل على العكس من ذلك، فهو يؤدي إلى التقليل من النزاع حول الضرر، ومقدار التعويض عنه، استجابة للشرط المتفق عليه سلفاً ولا يكون الرجوع إلى القاضي إلا في حالة المبالغة الفاحشة في تقدير الشرط^(٢).

الدليل الثالث: أن الشرط الجزائي في واقع الأمر أصبح يستحق بمجرد الإخلال دون ضرر حاصل، وأصبح هو المتعارف عليه بين الناس، وأكثه القول بجواز الشرط الجزائي، وأنه لا يعدل إلا في حالة المقالة، مما يجعل ذلك تقريراً لأكل أموال الناس بالباطل، وتأكيذاً على صحة ذلك^(٣).

ونوqش: أن استحقاق الشرط الجزائي بدون ضرر واقع غير مسلم، ولم يقل به أحد، بل أن من شروط استحقاق الشرط حصول الضرر، فإذا أثبت الملتزم عدم حصوله، لم يجب عليه تعويض لا بشرط ولا بغيره، وأما إذا خرج تقدير التعويض في الشرط الجزائي عن الحد المعقول، واتضح أنه مبالغ فيه، وجب الرجوع بالشرط إلى العدل، والإنصاف على حسب ما فات من مصلحة، أو ما لحق من مضرة، سواء باتفاق العاقدين، أو بالرجوع إلى القضاء^(٤).

(١) انظر: الشرط الجزائي وأثره في التعويض، الميجني: (٢٢٦).

(٢) انظر: الشروط التعويضية، الحزبي: (٢٨٦/١).

(٣) انظر: المرجع السابق (٤) المرجع السابق

الدليل الرابع: أن تقدير التعويض عن الضرر موكول إلى القضاء في جميع الأحوال؛ فلا يجوز تقديره مسبقاً بالشرط الجزائي^(١).

ونوqش: بأنه لا يسلم بأن التعويض عن الضرر موكول إلى القضاء مطلقاً، وإنما يكون عند التنازع فقط، أما في حال الاتفاق فلا يلزم تركه للقضاء^(٢).

الدليل الخامس: أن من الأصول المعمّرة شرعاً أصل "سدّ الدرائع"، والشرط الجزائي إن لم يكن فيه أكل لأموال الناس بالباطل، فهو فريضة مفضية إليه، وإلى الضرر والقمار؛ فسداً لهذه الفريضة يمنع الشرط الجزائي^(٣).

ونوqش: بأنه لا يسلم كون الشرط الجزائي فريضة مفضية لأكل أموال الناس بالباطل - كما مر معنا -، وعلى التسليم بصحة ذلك؛ فإن ما حرم سداً للفريضة يباح عند الحاجة والمصلحة الراجعة^(٤) كما حرم النظر سداً للفريضة الزنا، وأبيح منه ما تدعو إليه الحاجة والمصلحة الراجعة من باب سدّ الدرائع متى ما فانت به مصلحة راجعة لم يلتفت إليه^(٥).

ب - الراجع:

الذي يظهر - والله أعلم - صحة القول الأول ورجعائه، وهو القول بجواز الشرط الجزائي في غير النديون كما يلي^(٦):

(١) انظر: الشرط الجزائي وآثره في العقود: التيجاني: (٢٢٦).

(٢) ينظر: الشروط التعويضية: (٢٨٧/١).

(٣) ومعنى سدّ الدرائع: أي منع الفعل المباح إذا كان مفضياً إلى محرم. ينظر: قواعد الوسائل: (٢٦٦)، الشرط الجزائي وآثره في العقود ص ٢٢٥، والشروط التعويضية (٢٨٠/١).

(٤) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٥١/٢١).

(٥) ينظر: الشروط التعويضية (٢٩٠/١). (٦) المرجع السابق (٢٩١/١).

أ - قوة أدلة القول بالجملة وسلامتها من المناقشة الصحيحة.

ب - أن هذه المعاملة الحديثة، والشرط الجزائي من المعاملات المالية التي تدعو الحاجة إليها، ويقتضيهما ما كان من مفسدة قليلة متوقعة، قال شيخ الإسلام رحمته الله: "الشارع لا يحرم ما يحتاج الناس إليه من البيع لأجل نوع من الضرر، بل يبيح ما يحتاج إليه في ذلك... وهذه قاعدة الشريعة، وهو تحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدفاهما، ودفع أعظم المفسنتين بالتزام أدفاهما"^(١).

ج - أن في هذه المعاملة من المصلحة ما لا يتم بدونها من احترام الوفاء بالعقود والشروط وعدم التلاعب بها، وذلك بالتعويض عما يحصل من ضرر بسبب الإخلال بالشرط^(٢).

د - أن جواز هذا الشرط مقرونًا بعدم الزيادة في التقدير بحيث ينقلب إلى مجرد التهديد به، وأيضاً بأن لا يكون هناك ضرر مقبول شرعاً في الإخلال بالالتزام الوارد بالعقد.

وقد جاء في قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية ما نصه: (لذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع، أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود، شرط صحيح معتبر - يجب الأخذ به ما لم يكن هناك ضرر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً، فيكون الضرر مسقطاً لوجوبه حتى يزول، وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية

(١) مسجع الفتاوى: (٢٧٧/٢٨ - ٢٧٨)

(٢) انظر: الشروط السعودية المتفرقة: (١/ ٣٩٠).

فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة...^(١).

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم ١٠٩ (١٢/٣) بشأن الشرط الجزائي في فقرته سادساً: (لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد)^(٢).

إذن يتوجب على ما سبق من ترجيح القول بأن للشرط الجزائي شروط يستحق بها، وليس بمجرد العقد. وبيان تلك الشروط في المسألة التالية.

المسألة الثالثة: شروط استحقاق الشرط الجزائي والوفاء به

للقائلين بجواز الشرط الجزائي، وأنه شرط صحيح معتبر كما مر معنا - شروطاً يستحق معها المشتراط التمريض المشروط له، وأما إن اختلف أحدهما لم يستحق التمريض المشروط^(٣).

وحاصل هذه الشروط كما يلي^(٤):

١ - شرط الخطأ، وهو إخلال الملتزم بالتزامه بعدم التنفيذ، أو التأخير فيه.

٢ - شرط الضرر، أي وقوع الضرر المالي، أو الخسارة الحقيقية، أو

(١) مجلة البحوث الإسلامية، العدد الثاني ١٣٩٥هـ، ص ١٤١-١٤٢.

(٢) فتاوى وقرارات مجمع الفقه الإسلامي (٣٧٣).

(٣) ينظر: الشروط التمريضية: ٣٩٤/١.

(٤) ينظر: المرجع السابق.

قوات الكسب المؤكدة، وإن يلحق الضرر شيء من ذلك، فإن حصل إخلال بالمقد (خطأ)، ولم يقع ضرر على المشتري لم يستحق التعويض بالشرط الجزائي.

٣ - شرط العلاقة السببية، بأن يكون إخلال الملتزم (أي خطأ) هو السبب المفضي إلى وقوع الضرر، فإذا انتفت هذه العلاقة بأن كان الفصل والضرر ليس له علاقة بالملتزم، كفعل المشتري نفسه، أو فعل أجنبي عن المتعاقدين أو لأسباب وأعداء طارئة، ونحو ذلك فلا يجب الشرط الجزائي على الملتزم.

٤ - شرط الإحذار، وهو تنبيه يقوم به المشتري للملتزم بوجوب أداء ما التزم به قبل توقيع الشرط الجزائي عليه، ومطالبة بالتعويض، وهذا الشرط يجوز تركه متى اتفق الطرفان على ذلك، أو نص النظام على عدم اعتباره^(١).

ويسمى الفقهاء المعاصرين لم ينص عليه كشرط استحقاق التعويض، باعتباره أن الإنذار حاصل بالتعويض الشرعية والتعاقدية، من وجوب الوفاء بالعقد والشروط، ونحو ذلك^(٢).

والذي سارت عليه السابقة القضائية - كما هو ظاهر من منطوق الحكم وأسبابه - هو الحكم بصحة الشرط الجزائي في عقد المقاولات موضوع الدعوى، وإلزام المدعى عليه بنفسه بعد توافر شروط استحقاق المدعي له.



(١) ينظر: الشروط التعريفية: (١/ ٢٩٥).

(٢) ينظر: المرجع السابق.

ثالثاً: وجه كونها سابقة:

يظهر جلياً من خلال استعراض السابقة القضائية، مدى انطباق وصف السابقة عليها، إذ أنها من العقود المستجدة، وصدر الحكم من المحكمة الابتدائية مستوفياً لأركان وشروط الحكم القضائي، ثم اكتسب موافقة وتأييد المحكمة الأعلى درجة، وتكررت وقائع مماثلة له - كما في الحكم (٣٤٧) د/تج/١٣ لعام ١٤٣٠هـ^(١) وأصبحت صالحة لأن تكون مثلاً يحتذى به لما يلحق من أحكام.

رابعاً: الصياغة المقترحة:

(يصح الشرط الجزائي في كل عقد ليس محل الالتزام فيه ديناً، كمقود المقاولات، ومحل تنفيذه عند الإخلال بما التزمه المُلتزم به، ونتج عنه ضرر مادي فعلي، وكان ذلك بسببه ودون علم مقبول).



(١) انظر: مجموعة المبادئ والأحكام التجارية لعام ١٤٣١هـ (١٤٣٧/٣)، وقد اكتسب الحكم موافقة محكمة الاستئناف برقم ٧٩٤/إس/٣ لعام ١٤٣٠هـ.

الباب الخامس

حكم الإخلال بالالتزامات العقدية في مقود الاستصناع

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[تقدم وكيل المدعي (...)] بلاتحة دعوى إلى رئيس النيوان أورد فيها قوله:

١ - تم التعاقد بين الشركة السعودية للكهرباء وبين شركة (...) لتنفيذ المناقصة رقم (٣/٢٢/٥١٣) حسب خطاب الترسية الصادر من الشركة السعودية للكهرباء للقيام بالمشروع أعلاه، وهو عبارة عن إنشاء كابلات (١٣٢ ك. ف) لتغذية المحطتين (٨١١٩ و ٨١٠٢) وتمديد كابلات.

٢ - تم التعاقد مع مؤسسة (...) للتجارة والمقاولات بالعقد المؤرخ في ٥/١٠/٢٠٠٢م للقيام بأعمال الحفريات للمشروع.

٣ - قامت المدعى عليها بالإخلال بالعقد، وذلك بإتلاف قنوات هاتفية وقطع كيبيل بمنطقة النسيم عبارة عن كيبيل شبكة ابتدائية سعة (٢٥٠٠) زوج، وإتلاف قنوات هاتفية.

(١) انظر الحكم الابتدائي رقم ٢/٥/٧ لعام ١٤٢٩هـ، والمؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٢٨٠/٣/٧ لعام ١٤٢٩هـ، والمذكور في مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية: (٨٥٦/٢).

٤ - تمهذت المدهى عليها في العقد المبرم معها بالمحافظة على الخدمات الموجودة وعدم إتلافها وفي حالة الإتلاف يتم خصم قيمة الإصلاح من مستحقاتها وإعادة الرصيد إلى ما كان عليه.

٥ - ألزمتنا شركة الاتصالات السعودية بإصلاح الكيبل الذي قطع عن خطاً فردي من سائق البوكلين العائد ملكيته للمدهى عليها حسب محضر ضبط المخالفة الصادر من شركة الاتصالات السعودية.

٦ - تم إسناد مهمة إصلاح الكيبل إلى أحد مقاولي الاتصالات السعودية وهو مؤسسة (.....) للتجارة والمقاولات التي قدمت عرض سعر لإصلاح الكيبل بمبلغ (٣٢٢,٢٢,٠٠) ريال سعودي وتم دفع مبلغ (٩٩,٠٠٠) ريال كدفعة تحت الحساب للمنه في عملية إصلاح الكيبل.

٧ - تم مطالبة المدهى عليها بالمبلغ الذي تقرر لعملية الإصلاح لكنها رفضت تسليمناً أية مبالغ مخالفة بذلك العقد المبرم بينها.

ثم انتهى وكيل المنهية في دعواه إلى طلب الحكم على المدهى عليها بأن تدفع لموكلته مبلغ (٣٢٢,٢٢,٠٠) ريال.

وقد أجاب وكيل المدهى عليها (.....) على الدعوى بقوله:

(أولاً: أشار البند (سادساً) من اتفاقية العمل الموقعة بين الطرفين إلى أن المنهية يقع عليها التزام واضح وصريح لكي تتحمل المدهى عليها المسؤولية عن أي إتلاف، وهذا الالتزام هو (تحديد الخدمات الموجودة على المسار)، وبما أن المنهية لم تحدد تلك الخدمات للمنهى عليها عند بدء العمل، فإن المدهى عليها لا تتحمل مسؤولية أي إتلاف ينشأ نتيجة عدم تحديد تلك الخدمات على المسارات.

ثالثاً: أن المدعية أثارت هذا الطلب عندما أقامت موكلتي دعواها رقم (٢٢٥/١/ق) لعام ١٤٢٧هـ ضد المدعية لمطالبتها بالمبلغ المتبقي في فعتها من قيمة أعمال المحفريات ونظرت القضية أمام الدائرة فأصدرت حكمها رقم (٢٥٤/تج/٧) لعام ١٤٢٧هـ الذي قضى بإلزام المدعية بأن تدفع لموكلتي المبلغ المتبقي وقدره خمسون ألف ريال وقد اقتنع الطرفان بالحكم، هذا فضلاً عن أن المدعية لم تطالب بقيمة ما أسمته إثلاف الكييل طوال المدة السابقة على رفع موكلته للقضية المذكورة آنفاً، بل الأكثر من ذلك أنها أرسلت بتاريخ ٢١/١٢/٢٠٠٤م خطاباً للمدعية تصادق فيه على صحة وصيد الحساب، ولم تشر في خطاب المصادقة إلى أن لها مطالبة تتعلق بإثلاف الكييل. وهذه قرينة قوية على عدم استحقاقها لهذه المطالبة، هذا إذا أخذ بعين الاعتبار أن شركة كبيرة بحجم المدعية لها جهازها المحاسبي، وخبرتها الطويلة في مجال المقاولات لا يمكن لها أن تترك ما تدعي به دون المطالبة به إلى ما بعد مرور أكثر من عامين من مصادقتها على صحة وصيد المدعي عليها؛ فهذا إن دل على شيء إنما يدل على قناعتها بعدم استحقاقها لهذه المطالبة.

رابعاً: أن ما ورد بلائحة المدعية من أنها تعاقدت مع مؤسسة (....) للتجارة والمقاولات لإصلاح الكييل، فهذا لا يلزم المدعي عليها بشيء؛ لأنها لم تخطر بها بأنها سوف تنفذ هذا العمل على حسابها؛ ولأن المدعية تربطها مع المؤسسة المذكورة علاقة عمل في العديد من المشاريع.

وأخيراً: أن المدعية سبق، وأن أقامت نفس هذه الدعوى أمام المحكمة العامة بالرياض ضد أحد مكفولي المدعي عليها، مما يجعل دعواها المائلة حرية بالرد.

حيث إن المدعية تطلب في دعواها إلزام المدعى عليها بأن تدفع لها مبلغ (٣٢٢,٢٢٠) ريالاً عما ادعت من قطعها لكييل شبكة ابتدائية سعة (٢٥٠٠) زوج، وإتلاف قنوات هاتفية بمنطقة التسميم بالرياض.

وبما أن محل النزاع ناشئ عن تنفيذ عقد مقاوله؛ لذا فإن الديوان بهيئة قضائه التجاري يختص بنظره بموجب المادة (٤٤٣/د) من نظام المحكمة التجارية الصادر عام ١٣٥٠هـ.

وحيث نص البند (٦) من العقد المبرم بين طرفي الدعوى على أن: (يقوم الطرف الأول - المدعية - بأعمال قص الإسفلت، وتحديد الخدمات الموجودة على المسار).

ونظراً لكون المدعية لم تقدم ما يثبت التزامها بالبند آنف الذكر، وهو إبلاغ المدعي عليها؛ لذا فإنها تعد مفرطة، والمفرط أولى بالخسارة.

ولا يقال مما انتهت إليه الدائرة استشهاده المدعية بمحضر المخالفات الذي قننته في جلسة يوم الأحد ١٢/٢٧/١٤٢٨هـ على أنه يثبت تحديد مسار الكييل، فلك أن هذا المحضر قد تم تحريره بعد حادثة قطع الكييل هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المعنى به هو المدعية اعتبارها المتعاقد المباشر لتنفيذ المشروع؛ فإذا كان هذا المحضر يدل حسبما رآته المدعية على أن مسارات الكييل قد حددت سلفاً فليس هناك ما يثبت أن المدعية قد أبلغت المدعي عليها بذلك، هذا فضلاً عن أن المدعية قد حددت موقع المخالفة في لائحة الدعوى بأنها في منطقة التسميم بينما حدد المحضر المستشهد به موقع المخالفة بحي الروابي، أما العقد المبرم بين طرفي الدعوى - المقدم من المدعية - فقد حدد موقع العمل بحي الروابي.

لذلك حكمت الدائرة برفض دعوى المذهبة شركة (.....) للمقاولات ضد المدعي عليها/ مؤسسة (.....) للتجارة المقاولات لما هو مبين بالأسباب.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة على النحو التالي:

أولاً: إذا تعاقد الطرفان على تنفيذ عمل من الأعمال، وتلاقت إرادتهما على إنشاء التزام في عقد المقاولات، وقام العقد صحيحاً، ثم أحلّ أحدهما بتنفيذ ما اتفق عليه، أو امتنع عن أدائه، وورثب على ذلك حصول الضرر المادي بالطرف الآخر، فهل له أن يطالبه بما نتج عن ذلك، وبالنظر إلى وقائع السابقة المصروية، وما نصت عليه في منطوق حكمها يتبين لنا بجلاء الإجابة على استحقاق الطرف الآخر بالمطالبة بالتعويض من عنده، ومن هنا تظهر العلاقة بين السابقة وعنوان المطلب عن النحر المقرر في منهجية البحث.

ثانياً: تفرعت السابقة عن مسألة عدم تنفيذ بنود العقد والالتزام به، والمتمثل في المحافظة على الخدمات الموجودة مسبقاً في محل التنفيذ، ونتج عن ذلك حصول الضرر المادي المدعي به، مما يعني الإخلال بالمسؤولية التعاقدية بين الطرفين، وطالب المدعي بتحميل المدعي عليه ما تسبب به من إضرار وأخطاء نشأت عن العلاقة التعاقدية بين الطرفين، إلا أن الحكم القضائي حكم بإبطال هذه الدعوى، وأستند في ذلك إلى أن المدعي هو من أحلّ بالعقد، ولم يلتزم بما عليه من التزامات كما في نص البند السادس الوارد ذكره في أسباب الحكم وبالتالي فإن الفصل الغبار ينسب إليه، وهو من تسبب به وفقاً لأحكام العقد المبرم بين

الطرفين، ولأركان المسؤولية التعاقدية، وليبان تلك المسؤولية، وشروطها
فإنني أوجزها فيما يلي:

١ - تعريف المراد بالمسؤولية التعاقدية، وصورتها

تعهد المسؤولية العقدية إحدى نوعي المسؤولية المنفية^(١)،
والمسؤولية المنفية تقوم على أساس فكرة واحدة، وهي الالتزام
بالتصويض عن الضرر المترتب على الإخلال بعد الاحتراز أي (ارتكاب
الخطأ)^(٢).

وهذا الإخلال يختلف باختلاف مصدره، فإن كان مصدره العقد،
سميت بالمسؤولية العقدية، وإن كان مصدره القانون العام، سميت
بالمسؤولية التقديرية^(٣).

إذاً تُعرف المسؤولية العقدية بأنها: الإخلال بالتزام عقدي مبرم
سلفاً بين طرفي العقد (الدائن والمدين) ومثاله: الإخلال بتسليم المبيع
من قبل الدائن أو إخلال المشتري بنفع الثمن^(٤).

ونص بعض الباحثين إلى أن هذه المسؤولية لا تقدم إلا في حال

(١) المسؤولية أنواع: فهناك المسؤولية الأدبية التي لا علاقة للقانون بها، ومسؤولية قانونية تنحل
تحت حكم القانون، وتنقسم إلى ثلاثة أقسام: إما مدنية، وإما جنائية، وإما إدارية، فالإدارية
تقع المسؤولية على الإدارة، والجنائية فهي المسؤولية التي تقع على كل من ارتكب خطأ متعمداً
عنه أو مبرم أو لمتع من أهله ما أمر به، وترتب على ذلك ضرر يصيب المجتمع ككل، وأما
المدنية فهي: مجموعة القواعد التي تلزم من ألتحق ضرر بالغير أن يبرئ ذلك الغير من طريق
التصويض. ينظر: المسؤولية العقدية، بحث منشور على شبكة الانترنت العالمية على الموقع
باسم: موقع معاداة نت.

(٢) ينظر: فصول في أصول القانون، خليل: (٣٦٨).

(٣) ينظر: المرجع السابق. والمسؤولية التقديرية هي التي تقوم على الإخلال بالتزام مصدره
القانون، ينظر: فصول في أصول القانون (٣٦٨).

(٤) المرجع السابق، وانظرية العامة للالتزامات على كسطون: (٣٨٩).

عدم التنفيذ العيني واستحالته^(١)

فإذا قام العقد بشكل صحيح، وتعدر تنفيذه عيباً، قامت المسؤولية التعاقدية ويستحق المتضرر التعويض بسبب عدم التنفيذ العيني كما هو وارد بالاتفاق المبرم بينهما^(٢).

وتتضح المسؤولية العقدية في الوقائع المعروضة في الحكم محل الدراسة، من خلال كون التنفيذ المطلوب من المدعى عليه امتنع ورفض القيام به، فأصبح التنفيذ من قبله مستحيلاً، وتوجه المدعى إلى مطالبته بالتعويض، وذلك هي المسؤولية التعاقدية.

ب - شروط المسؤولية التعاقدية:

لا تقوم مسؤولية المتعاقد إلا بتوفر ثلاثة شروط، وهي: الخطأ التعاقدية، والضرر والحلاقة السببية بينهما^(٣)

ويمكن توضيحها على النحو التالي:

أولاً: الخطأ التعاقدية:

ويتمثل ذلك الخطأ في عدم الوفاء بالعقود وتنفيذها طبقاً لبنودها المتفق عليها سواء كان ذلك عمداً أو سهواً أو إهمالاً، أو كان عدم التنفيذ لها كلياً أو جزئياً، أو المعاملة في التنفيذ والتأخر فيها، أو كان بالامتناع عن العمل الواجب أو بعدم المطابقة لما تم الاتفاق عليه، ويخرج من ذلك كله ما لو كان عدم التنفيذ لسبب خارج عن المتعاقد لا يد له فيه، كمسألة الجوائح فإنه لا يعد مستورلاً.

(١) انظر: النظرية العامة لالتزامات، علي كحلون: (٢٨٩).

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر: النظرية العامة لالتزامات، علي كحلون: (٣٩١)، المسؤولية العقدية، بحث منشور في موقع المحاماة نت على (الانترنت).

ومما سبق نخلص إلى أن الخطأ التعااقدي ينحصر في ما هو من قبيل عدم الوفاء بالالتزام، أو بالتقصير بما ورد فيه^(١).

ثالثاً: الضرر:

وهو الشرط الثاني للمسؤولية العقدية، إذ أن الخطأ وحده لا يكفي في ثبوتها.

والضرر المقصود به هنا هو الأذى الذي يلحق المتعاقد في ماله، أو جسمه، أو مصلحته، أو عرضه، ونحو ذلك، وسواء كان بالإخلال، أو بالتعدي المباشر، أو تصفياً، أو إهمالاً، وغير ذلك من الأسباب^(٢).

والضرر يعتبر هو حلة الضمان والتعويض في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي، فإذا حصل الضرر وثبت، وجب الضمان والتعويض، وإذا انقضى الضرر انقضى موجب الضمان والتعويض أي أن الضرر يندرج مع الضمان والتعويض وجوداً وعدماً^(٣).

والضرر باعتباره مقارناً للخطأ التعااقدي طالباً فإنه لا يكفي مجرداً ادعاء وقوعه دون إثبات، إذ يعتبر فيه كونه واقعة مادية محسوسة، يقوم المضرور بإثباتها بجميع الطرق، كتابة أو شهادة ونحو ذلك^(٤).

كما أنه لا يكفي افتراض وقوعه، بل لابد من حصوله، فالضرر الاحتمالي لا تقوم به المسؤولية، أو يصبح التعويض بموجبية^(٥).

(١) انظر: النظرية العامة، حلي كسلون (٣٩١-٣٩٢).

(٢) انظر: المرجع السابق (٣٩٤)، والشروط التصريحية، الحنزي: (١/٣٧٥).

(٣) انظر: الشروط التصريحية، الحنزي: (١/٣٧٥).

(٤) انظر: النظرية العامة للالتزامات، حلي كسلون: (٣٩٥).

(٥) المرجع السابق، والمسؤولية العقدية، بحث منشور على موقع المحاماة نت.

والضرر المعتبر في الضمان والتعويض هو: ما كان محله المال، بأن يلحق الضرر أذى في ماله سواء أكان حيواناً أو عقاراً أو منقولاً، وسواء كان بالإتلاف الكلي، أو الجزئي، أو بنقص، أو عيب، ونحو ذلك، ويدخل في الضرر المالي كل ما يلحق الضرر من خسارة مالية، أو فوات كسب، وبيع متحقق في غير النيون، وبشرط أن يكون على الوجه المعتاد والمتوقع^(١).

ثالثاً: العلاقة السببية^(٢):

تعد العلاقة السببية هي الشرط الثالث اللازم توافره في قيام المسؤولية العقدية محل الدراسة، وتعرف بأنها تلك الصلة التي تربط بين الضرر والخطأ، فتجعل الضرر مترتب وناتج عن الخطأ بشكل مباشر، فإذا انقضت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الواقع، فلا تقوم المسؤولية التي يترتب عليها الضمان والتعويض.

إذن فلا يكفي توفر الخطأ من جهة والضرر من جهة أخرى، بل لابد من علاقة مباشرة بينهما، فيشترط أن تكون الخسارة "الضرر" كانت بسبب عدم الوفاء بالعقود (الخطأ).

ويشترط لقيام السببية واعتبارها أن تكون منتجة أو مباشرة، بمعنى أن يكون الخطأ المتعاقد هو الذي نتج عنه الضرر بشكل مباشر دون غيره من الأسباب الأخرى التي لا تعود إلى المتعاقد - من وقع منه الخطأ -، أو تكون من قبيل الأسباب المفترضة والمحتملة.

(١) انظر: الشروط التعريفية: المنوي (١/٢٢٤)، والضرر باعتباره مسك الذي يقع عليه نوحاً: ضرر مادي وهو ما يلحق بالضرر في ملك أو بئنه، وهو أجنبي أو منوي، وحصل الإتلاف في التعويض المنوي بين المتعاقدين وهو ما يلحق بالضرر من أذى في علفته أو حرقه أو مشاعره ونحو ذلك، والمقصود هنا هو الضرر المادي المالي فقط، ولاستزادة ينظر: الشروط التعريفية والنحو: (١/٢٢٣-٢٢٤).

(٢) انظر: النظرية العامة للتزامات، علي كسطن: (٢٩٧).

وقيل شرط الضرر في الإثبات تكون السببية، إذ أنه يلزم الضرر لإثبات العلاقة السببية بكل الطرق، وإذا انقطعت هذه العلاقة بأي شكل من الأشكال، كان يكون الضرر محصل بحدته أمور منها خطأ التعاقد، أو لورود سبب أجنبي لا يد له فيه^(١).

وحتى تتضح الشروط الثلاثة التي أوردناها للمسؤولية العقدية، نضرب مثلاً تحقق فيه جميعها، فنقول: لو التزم المفاوض في عقد المفاوضة ببناء مسكن خلال سنة، ثم تأخر عن الوفاء بتلك المدة، أو امتنع من استكمال العقد بعد ابتدائه بستة أشهر، وتربت عليه قوات متفعة السكنى على الملتزم له بعد ذلك فهل يستحق التعويض؟

فبالنظر إلى الخطأ التعاقدي في هذا المثال نجد أنه يتمثل في التأخر عن الوفاء أو الامتناع عنه، والضرر الناتج من ذلك الخطأ هو: قوات متفعة السكنى في المدة الزمنية المتوقعة، والسبب في ذلك الضرر الناتج هو: تأخر المفاوض وامتناعه دون غيره من الأسباب، فهنا اكتملت الشروط الثلاثة لقيام المسؤولية العقدية وثبت الضمان في حق المفاوض.

والذي سارت عليه السابقة القضائية محل الدراسة في حكمها، هو عدم صحة ما يطالب به المدعي من الضمان، والتعويض عن الخطأ التعاقدي الذي ثبت على المدعي عليه إذ قام بحفر وقص الإسفلت، وتسبب في قطع الخدمات الموجودة مسبقاً، وذلك لعدم تمحض شرط العلاقة السببية في حقه، فالثابت من العقد، أن المدعي ملتزم بتقديم الخرائط التي تبين وجود هذه الخدمات، ولم يثبت للدائرة تقديمها للمدعي عليه، فانقطعت العلاقة السببية، ورأت الدائرة أن المدعي مفرط، وهو أولى بالخسارة.

(١) انظر: النظرية العامة للتزامات، علي كسار: (٣٩٧).

ثالثاً: وجه كونها سابقة:

يظهر من خلال استعراض السابقة محل الدراسة مدى انطباق صفة السابقة في حقها، من حيث كونها تعالج موضوعاً قضائياً مستجداً، ومن حيث إنها صدرت من المحكمة الابتدائية، برقم (٢/د/١١١/١٩٧٩) لعام ١٤٢٩هـ، واكتسبت تأييد وموافقة المحكمة الأعلى درجة بالحكم رقم (٢٨٠/إس/٣ لعام ١٤٢٩هـ)، وتكررت وقائع مماثلة لها^(١)، وأصبحت صالحة لأن تكون مثالا يحتذى بها فيما يلحق من أحكام.

رابعاً: الصياغة المقترحة:

(كل علاقة عقلية صحيحة، ينتج عنها إخلالاً، أو خطأ عقلياً، يترتب عليه ضرر مادي فعلي محض مباشر، فإنهما يعدان سبباً في استحقاق التمويض والضمان).



البهت السادس

يمين الاستظهار يتكرر طلبها في عقود المقاولات

♦ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[تتحصل وقائع هذه القضية وبالقدر اللازم لإصدار هذا الحكم في أن المدعي (...) تقدم إلى المحكمة الإدارية بجهة بلائحة دعوى اختصم فيها المدعى عليه (...). ويسأل وكيل المدعى عن دعوى موكله قرر أنها وفقاً لما ورد في لائحة الدعوى وخلاصتها أن موكله قام بتوريد مواد غذائية للمدعى عليه بمبلغ أربعة مليون ريالاً وخمسمائة وتسعة وثمانون ألفاً وتسعمائة وواحد، قام المدعى عليه بسداد المبلغ وبقي في ذمته مبلغ قدره مليون وتسعة آلاف وستمائة واثنان وتسعون ريالاً، ويخلص إلى طلب إلزام المدعى عليه بسداد المبلغ المتبقي ويسأل وكيل المدعى عليه الجواب عن الدعوى قدم مذكرة من صفحة واحدة ذكر أنه يوجد تعامل بين المدعي والمدعى عليه، ثم انتهى إلى أن المدعى عليه قد سدد جميع المبالغ المستحقة للمدعي وقد انتهى التعامل منذ عام ٢٠٠٨م، حيث إن المدعي قام بمراجعة المدعى عليه عام ٢٠٠٩م واستلم شيكاً بمبلغ ثلاثة مليون وخمسمائة وثمانين ألفاً ومائتين وتسعة ريالاً، ثم خاطب بنك الرياض

(١) انظر: مجموعة المبادئ والأحكام التجارية الصادرة عن ديوان المظالم لعام ١٤٢٢هـ.

(٢/٢٢١٨)، رقم الحكم الابتدائي ١٢٠/تج/٢٠٥ لعام ١٤٢٢هـ المؤيد بكم محكمة

الاستئناف رقم ٦٦٧/١ لعام ١٤٢٢هـ.

بعد استلام الشيك للإفراج عن القممات البنكية بموجب الخطاب المرفق بملف القضية لانتهاؤ العرض الذي أهد من أجله وقد انتهى التعامل بعد ذلك، ولم يعد للمدعي في ذمة المدعى عليه أي مبالغ وبعد أن تسلم وكيل المدعي نسخة من المذكرة المقدمة ذكر بأن خطاب الضمان الذي يستند عليه وكيل المدعى عليه في إنهاء التعامل قد قام موكله بسحبه لصالحه لعدم سداد المدعى عليه من إجمالي المديونية التي على المدعى عليه ثم وجه خطاب للبنك بأنه تم سحب الضمان البنكي ثم سند بعدها المدعى عليه عنه مبالغ حسب كشف الحساب المقدم في هذه الجلسة وتبقى المبلغ الذي يطالب به المدعي، كما أنها لم تتم المخالصة النهائية بخصوص المطالبات بين الطرفين وأن الشيك الذي قلعه المدعى عليه لا يعني المخالصة النهائية للحسابات القائمة بين الطرفين كما أنه حصل تعامل بين الطرفين بعد تاريخ خطاب الضمان بطلب من المدعى عليه حتى يتمكن من السداد وأعاد الضمان البنكي بذلك للمدعى عليه.

طلبت الدائرة من وكيل المدعي إقحام موكله بالحضور في الجلسة القادمة فاستعد بذلك ثم قدم مندوب الخبير المحاسبي مذكرة من صفحتين أشار فيها إلى مراسلات المتبادلة بين الطرفين فيما يتعلق بمبلغ المطالبة، وأرفق صوراً منها ثم طلبت الدائرة من المدعي (...) أداء يمين الاستظهار على استحقاقه للمبلغ الذي انتهى إليه الخبير المحاسبي وقدره مليون وسبعمائة وأربعة وخمسون (١,٠٠٧,٥٤) ريالاً فاستعد بأدائها وأداها قائلاً أقسم بالله العظيم أن لي في ذمة المدعى عليه (...) مبلغ مليون وسبعمائة وأربعة وخمسون ريالاً والله العظيم والله العظيم والله العظيم، ثم قرر الطرفان اكتشافهما، وطلبا الفصل في القضية وذكر مندوب المحاسب بأن المحاسب استلم أتعاب المحاسبة من المدعي وقدرها خمسون ألف ريال.

لما كان المدعى يطلب إلزام المدعى عليه بسداد مبلغ مليون وتسعة آلاف وستمئة واثمان وتسعون ريالاً تمثل المبتقي من قيمة توريد مواد غذائية للمدعى عليه وبما أن المدعى عليه قد دفع بأنه سند جميع المبالغ المستحقة عليه بشأن التعامل الذي تم بين الطرفين وأنه لم يعد للمدعى في ذمته من المبلغ الذي يطالب به شيء، ويسأله عن البيعة المثبتة لذلك لم يقدم ما يثبت ذلك، وبإحالة طرفي الدعوى إلى خبيرة محاسبية لدراسة المستندات وإجراء المحاسبة بينهما وفقاً للمعايير والأصول المحاسبية، ولأن الخبير المحاسبي قدم تقريره وانتهى فيه إلى أنه بعد إجراءات المراجعة فإن التعامل بين الطرفين كان خلال الفترة من ١٧/٧/٢٠٠٧م حتى ٣٠/٦/٢٠٠٨م، وأن إجمالي مبيعات المدعى للمدعى عليه بلغت بمبلغ أربعة عشر مليون وأربعمائة وثلاثة وستون ألفاً وثلاثمائة وثلاثة وخمسون ريالاً، بينما إجمالي المبالغ المستحقة من المدعى عليه (...) مبلغ ثلاثة عشر مليون وأربعمائة واثمان وستون ألفاً وستمئة وريالاً واحداً، يكون صافي المستحق للمدعى على المدعى عليه هو مبلغ مليون وسبعمائة وأربعة وخمسون ريالاً، ولأن الدائرة بعد إطلاعها على ما قدمه الخبير المحاسبي قد اطمأنت إلى صحة ما انتهى إليه، ولا ينال من ذلك ما ذكره المدعى عليه من ملاحظات إذ أن الخبير قد أجاب عن تلك الملاحظات، وتضيف الدائرة أنه فيما يتعلق بأن الخبير المحاسبي قد بنى تقريره على ما قدمه المدعى من مستندات فإن تلك الدائرة قد طلبت من المدعى عليه تقديم مستنداته للخبير فأجاب بأنه لا يوجد لديه أي مستندات وقد نصت المادة العاشرة من نظام اللوائح التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦١) وتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ على أن للجهة القضائية المختصة عند نظر الدعوى أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على

طلب أحد المصنوع تقديم النفاخر التجارية لفحص القيود المتعلقة بالموضوع المثاقل فيه، واستخلاص ما ترى استخلاصه منها. وللمجهة القضائية المختصة عند امتناع التاجر عن تقديم دفاتره أن تعتبر امتناعه بمثابة قرينة على صحة الوقائع المراد إثباتها بالنفاخر لذا كان يتعين على المدعى عليه تقديم ما لديه من مستندات عندما طلبتها الدائرة لفحص موضوع النزاع، أما دفع المدعى عليه من أن عقد منح التسهيلات يتضمن أن يكون توريد البضائع بموجب أوامر شراء صادرة منه وأن الأشخاص الذين استلموا البضائع غير مفوضين باستلامها فإن التعامل الذي كان بين الطرفين بدأ في ١٧/٧/٢٠٠٧م حتى ٢٦/٦/٢٠٠٨م، وقد بلغ إجمالي مبيعات المدعى للمدعى عليه أربعة عشر مليون وأربعمائة وثلاثة وستون ألف وثلاثمائة وثلاثة وخمسون ريال سند المدعى عليه منها مبلغ ثلاثة عشر مليون وأربعمائة وثمان وستمائة وستون ألف وستون ريال، والبضائع محل المطالبة جزء من ذلك التعامل كما أن الأشخاص الذين قاموا باستلام البضاعة محل الدعوى هم الأشخاص الذين استلموا باقي البضائع خلال فترة التعامل واستلامهم البضائع السابقة وقيام المدعى عليه بسداد قيمتها بعد إقراراً منه بصحة تفويضهم في استلام البضائع، ولأن الدائرة قد استوضحت من الخبير عن حركة الحساب بين الطرفين فترة التعامل فأفاد بأن عقد منح التسهيلات قد أبرم بين الطرفين قبل نهاية التعامل بشهرين، كما أن تقريره ومراجعة الحساب كانت لكامل التعامل كما أن حركة الحساب بين الطرفين كانت حساباً جارياً والسداد كان يتم على دفقات وليس سداد لفواتير محددة، وبالتالي فإنه لا يمكن القول بأن الرصيد المتبقي يخص فائز مينة لأن الحساب بين الطرفين كان حساباً جارياً ولا يمكن تجزئة الحساب الجاري، لذا فإن الدائرة تطمئن إلى صحة ما انتهى إليه الخبير المحاسبي، ولأن الخبير انتهى إلى أن المبالغ

المستحقة للمدعي على المدعي عليه هو مبلغ مليون وسبعمائة وأربعة وخمسون ريالاً، ولأن الدائرة قد طلبت من المدعي أداء يمين الاستظهار على استحقاقه للمبلغ الذي انتهى إليه المخير المحاسبي فأداه، ولأن طرفي النزاع قد اتفقا بجلسة ١٤٣٣/١/٢٤ هـ على أن تكون أتعاب المخير مناصفة بين الطرفين ويحملها خاسر الدعوى، ولأن المدعي قد دفع أتعاب المخير خمسين ألف ريال، فإن الدائرة تأسيساً على ما سبق بيانه تنتهي إلى الحكم الوارد بمنطوقه.

لذلك حكمت الدائرة بالآتي: أولاً: إلزام المدعي عليه (...) بأن يدفع للمدعي (...) مبلغاً قدره (١,٠٠٠,٧٥٤) مليون وسبعمائة وأربعة وخمسون ريالاً، ثانياً: إلزام المدعي عليه (...) بأن يدفع للمدعي (...) مبلغاً قدره خمسون ألف ريال عن أتعاب المحاسبة.

◆ الشرح الثاني: الدراسة التحليلية

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة فيما يأتي:

أولاً: شرعت اليمين في الشريعة الإسلامية كطريق من طرق إثبات الحقوق، وتعد يمين الاستظهار نوعاً من الأيمان المتصور على الفقه الإسلامي، وقد جاءت أسباب الحكم محل الدراسة مبنية لصحتها ومحل طلبها، ومن يقوم بأدائها، وبهذا تبيين العلاقة بين عنوان المطلب وما جاء في السابقة القضائية ومدى التطابق بينهما وفقاً لما قرره منهجية البحث.

ثانياً: بالنظر إلى ما جاء في وقائع الحكم محل الدراسة، وما يشبهه من أحكام نجد أن اليمين^(١) وأدائها له أهمية كبيرة في الدعوى

(١) اليمين لغة: السلف والقسم، ولها معان أخرى ليست مرادفها، واصطلاحاً: "تقوية أحد طرفي الخبر بذكر الله تعالى أو بالتعلق بالشروط أو الجزاء"، وهذا يشمل اليمين عامة، أما ما يخص الدعوى القضائية فقد عرفت به "تأكيد ثبوت الحق أو بعبارة بإشهاد الله تعالى أمامه".

التجارية، لاسيما في ظل توسع وسائل الإثبات، والاعتماد على القرائن والأعراف التجارية، مما يؤكد الحاجة إلى اللجوء إلى اليمين لتقوية جانب أحد المتداعين، ويكثر في القضاء التجاري - وخاصة في عقود المقاولات - ودود اليمين المتممة "يمين الاستظهار" والعمل بها، لتكون واقداً ومستنداً لما يصرح من قرائن تصل إلى غلبة الظن، تأصيلاً وتأسيساً على أن "اليمين تشرع في جانب أقوى المتناحرين" (٢٧١).

ولذا نجد كتب الفقه تزخر ببيان أهمية اليمين، وتفصيل أحكامها، وكيفية أداها، والذي يهمنا في هذه المسألة هي يمين الاستظهار، وما اتبني عليها من أحكام، لذا سأقتصر على بيان حقيقتها، وصورتها، وحكمها، وذلك عن النحر التالي:

أ - بيان حقيقتها:

تعرف يمين الاستظهار، أو يمين الاستبراء، أو يمين القضاء، ويقصد بها: "اليمين التي يؤديها المدعي بناء على طلب القاضي لنفع الشبهة والريبة، والشك، والاحتمال في الدعوى بعد تقليم الأدلة فيها" (٢٧٢) فتعتبر مكملّة ومتمة للأدلة التي يقدمها المدعي، ويتأكد بها القاضي من صحة الدعوى.

ب - بيان صورتها:

تظهر يمين الاستظهار في كل دعوى قننت فيها البيئة، واستبان بعد

- القاضي، انظر: لسان العرب: (٤٥٨/١٣)، والقاموس المحيط: (١٤٨٣)، والتعريفات للمرجاني: (٣٣٧)، ووسائل الإثبات للزحيلي (٣١٩/١).

(١) انظر: الطرق السككية، لابن القيم: ١٩٢.

(٢) انظر: طرق الإثبات، العمري: (٢٤١).

(٣) وسائل الإثبات للزحيلي (٣٥٨).

فلك وجود احتمال بالإبراء منها، في ظل غياب المتهم أو المدعي عليه، وعدم معرفة الشاهدين مثلاً بسداده لما شهدا عليه أو عدم ذلك، فالبيئة هنا تفيد غلبة الظن، وإمكانية استيفاء الذين من الغائب أو الميت قائمة، فيكون للقاضي أن يوجه اليمين المكملة للبيئة، وتحكيم قسب المدعي فيما لا يطلع عليه أحد غيره، باستحقاقه لما يطالب به، وأن المدعي عليه لم يسدده، أو لم يسقط عنه، وبذلك يقضي بالبيئة واليمين معاً^(١٦).

ج - بيان حكمها:

الأصل في اليمين أن تكون في جانب المنكر، والبيئة على المدعي، ولا يلزم في حضور بيته بأداء اليمين، عملاً بقوله ﷺ "البيئة على المدعي واليمين على من أنكر"^(١٧).

وجمهور الفقهاء ﷺ على عدم استحلاف المدعي مع حضور بيته عملاً بالحديث، ولأن الشاهدين وما شهدا به يعتبر حجة كاملة تستوجب القضاء والحكم بها متى كانت صحيحة، ولما يلحق المدعي من طعن في بيته إذا حلف معها^(١٨).

(١٦) انظر: وسائل الإثبات، الزحيلي: (٣٥٨-٣٥٩).

(١٧) أخرجه بهذا اللفظ الترمذي عن عبد الله بن عمرو بوقم (١٣٤١) (١٩/٣)، والدارقطني (٢٧٦/٥)، والبيهقي (٢٥٧/١٠)، وقال الترمذي: "هذا حديث في سننه مقال، ومصدق من عيننا العروزي يضاف في الحديث من قبل حفظه، فسند ابن المبارك وغيره" ثم أخرجه عن ابن عباس ﷺ "أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: هذا حديث حسن صحيح، والحمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ، وغيرهم: أن البيئة على المدعي واليمين على المدعي عليه". (١٩/٣)، وقال ابن حبان في التمهيد: "وهذا الحديث - من عبد الله بن عمرو - وإن كان في إسناده لين فإن الآثار المتواترة في هذا الباب تعينه" (٢٠٥/٢٣)، وفي الباب شواهد من حماد، وابن عباس، والاشعث بن قيس، ورواه ابن حماد، وأخرج الباقون بسند من أبي رافع - في قصة - أن النبي ﷺ قال للأشعث بن قيس: "بيتك أو بيتي" بوقم ٤٥٥ (١٢/٦)، مما يقر صحة هذا الحديث والعمل به.

(١٨) انظر: البحر الرائق: (٢٠٧/٧)، وفهر الأحكام شرح مجلة الأحكام: (٥) لجامه ١٧٤٦ - =

إلا أن لكل قاعدة استثناء، فقد جاء في المذاهب الأربعة ما يدل على جواز توجيه اليمين للمدعي مع بيئته، وحلوا ذلك بالاحتياط في حفظ مال من لا يمكنه الدفع عن نفسه، كالعميت والغائب، واليتيم ونحو ذلك^(١) قال في تبصرة الحكام: (ويمين القضاء - الاستظهار - لا نص على وجوبها وإنما رأوا ذلك على سبيل الاستحسان نظراً للمصيبة والغائب وحياطة عليه، وحفظاً لماله للشك في بقاء الدين عليه)^(٢).

ويرى ابن فرحون^(٣) كقولهم أن الأمر أبعد من ذلك، إذ أن اليمين للمدعي مع بيئته ليست محصورة في حالات معينة، بل إنها تشرع في كل حالة تتوفر فيها التهمة، فيقول: (والضابط في ذلك أن كل بيئة شهدت بظاهر فإنه يستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر، ولكن لا توجه هذه اليمين إلا على من يظن به علم ذلك، كما لا تشرع عند عدم التهمة لأنها طعن في البيئة)^(٤).

وإن المتأمل فيما سبق، وما ورد في المذاهب الفقهية من عدم

١ - ٤٤٤/٤. والبهمة شرح النفعة (١٧٧/١) وتبصرة الحكام: (١/٣٣٦)، ومغني المحتاج (٤٠٧/٤) وأسنن المطالب: (٣١٧/٤) والمسور لابن تيمية: (٢/٣١٠)، والمبدع (١٠/٩٠)، وطرق الإثبات، الزحيلي: (٣٥٩).

(١) انظر: المراجع السابقة

(٢) تبصرة الحكام: ابن فرحون: (٢/٣٣٥)، (١/٣٣٦).

(٣) هو: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين البعوري المالكي: المعني أثر المؤلف ولد بالتبصرة ونشأ بها ومات بها. وهو مغربي الأصل، نسبت إلى مصر بن مالك، من حنابلة رحل إلى مصر والقنس والشام سنة ٧٩٢هـ. وتولى القضاء بالمدينة سنة ٧٩٣ ثم أصيب بالفلج في سنة الأسر، فمات بعلة من لسو ٧٠ عاماً وهو من فروع المالكية، له مؤلفات نفيسة منها: (الندى المذهب - مل) في تراجم أعيان المذهب للمالكي، و(تبصرة الحكام في أصول الأئمة ومناهج الأحكام - مل) ومات في حشر الأسمى من بني الحسنة سنة ٧٩٩هـ. انظر: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة (١/٥٦)، والاحكام للزركلي: (١/٥٢).

(٤) تبصرة الحكام: ابن فرحون: (١/٣٣٤).

الاستقرار على صبر الحالات التي يشرع فيها تحليف المذهي مع بيته،
ليعلم صحة ما قطع به ابن فرحون رحمته، وأن اليمين تجوز في كل حالة
وجدت فيها علة الاحتمال والتهمة في الدعوى، أو عدم القطع واليقين
في البينة، وتقدير ذلك الأمر يرجع إلى القاضي، وقناعته بما قدم في
الدعوى من بينات.

والذي سارت عليه السابقة القضائية محل الدراسة هو عين ما قرره
ابن فرحون المالكي رحمته، وأعملت يمين المذهي في ظل عدم القطع
واليقين في البينة المقدمة منه.

ثالثاً: وجه كونها سابقة:

يظهر جلياً من خلال استعراض الحكم محل الدراسة، مدى تطابق
وصف السابقة على مضمونه، إذ أنه صدر من المحكمة الابتدائية، وجاء
مستوفياً لأركان وشروط الحكم القضائي، وتكررت وقائع مماثلة له كما
في الحكم رقم (٣٠١/د/تج/٢٧ لعام ١٤٢٩هـ)^(١) وبالتالي فإنه أصبح
مباحاً لأن يكون مثلاً يحتذى به لما يلحق من أحكام.

رابعاً: الصياغة المقترحة للسابقة:

(يحلف المذهي في كل دعوى لم تكن البينة فيها قاطعة، أو لم
تصل إلى غلبة الظن، وتكون يمينه مكملة لبيته، ومظهرة لها).



(١) والمزيد تحكم محكمة الاستئناف رقم ٧٤/س/٣ لعام ١٤٣١هـ انظر: مجموعة الأحكام
والجداول التجارية (عام ١٤٣١هـ) (٣/١٣٥١)

البهت السابع

حكم فسخ العقد للظروف القاهرة

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[تقدم وكيل المدعية (.....) بلائحة ادعاء ذكر فيها أن المدعي عليه تقدم بالإعلان عن مسابقة لتوريد تراب لردم جزء من مساحة بحرية تقدر بـ (٢٥٠,٠٠٠ م^٣)، وبناء عليه تقدم المدعي بمناقصة وفاز بها ودرى عليه العطاء بواقع (٧,٥) ريال للمتر المكعب ليصبح مجموع التكلفة مليون وثمانمائة وخمسة وسبعين ألف ريال (١,٨٧٥,٠٠٠)، وشرع المدعي في ردم المساحة موضوع العطاء وبحساباته ورد المدعي (٢٩٠,٠٠٠ م^٣) من التربة؛ لأن الأرض لم تكن مستوية، وبعد أن أنهى العمل أحضر المدعي عليه مهندسين استشاريين من قبله لتمتير كمية الردم فقدروها بـ (١٨٦,٠٠٠ م^٣) فاعترضت المدعية على هذا التقدير، ومن ثم اتفق المدعي والمدعي عليه على تكليف مكتب هندسي محايد ليقوم بعمل التمتير، فوقع الاختيار على مكتب (.....)، فجماعت النتيجة بتقليبين أحدهما بـ (٢٥٥,٠٠٠ م^٣) والثاني (٢١٦,٠٠٠ م^٣) ووافق المدعي عليه أن يدفع قيمة: (٢٣٠,٠٠٠ م^٣) وترك الخيار للمدعية بالمعجزة للقضاء إن

(١) انظر: الحكم الصادر بالرقم ٥/٨٨/تج/١٥ لعام ١٤٢٨هـ، والمؤيد بحكم الاستئناف رقم ٩/ت/٣ لعام ١٤٢٩هـ، والمنشور في مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٩هـ (٧٨٩/٢).

لم يرض بهذا التقدير، وحيث إن عمل البلدوز في الغرة والرش والرص تكلفته بالمتر المكعب (٧,٥) ريال متساوية مع القيمة التي رصى عليها المطاء دون ربح، ثم ذكر أن المدعى عليه شرع في ردم (٢٥٠,٠٠ م٣) لأرض ملاصقة للمساحة التي يعمل بها المدعية فتزامن عمله مع عمل المدعية، فصرح المدعى عليه على أصحاب القلابات الذين يعملون مع المدعية أن يوردوا له تراباً على أن يكون سعر المتر ستة ريالات بزيادة ريالين على سعر المدعية، مما جعل أصحاب القلابات يتهربون عن العمل مع المدعية وعملوا مع المدعى عليه، فاضطرت المدعية أن تنفع لهم المبلغ نفسه فرفعت سعر المتر إلى ستة ريالات بدلاً من أربعة ريالات للمتر المكعب، وأن تنفع لهم أسبوعياً كما يفعل المدعى عليه بدلاً من الدفع الشهري الذي هو عليهم عليه، فأصبحت تكلفة المتر المكعب بالنسبة للمدعية (٩,٥) ريالاً وهو متعاقد مع المدعى عليه بحساب المتر المكعب (٧,٥) ريال أي بزيادة ريالين عما تعاقد عليه مشيراً إلى أن هذا الضرر الذي لحق بالمدعية بسبب من المدعى عليه؛ ذلك أن المدعى عليه اتفق مع المدعية على أن يورد له تربة لردم مساحة بحرية بموجب عقد توريد فرع له وعقد التوريد ما هو إلا صورة من صورة عقد المقاول؛ إذ إن عقد المقاول هو الأصل وعقد التوريد فرع وعقد التوريد له أركان وشروط، ومن هذه الشروط ما هو متعلق بالبنيل أي الأجر أو الثمن، فإذا استغل أحد المتعاقدين في عقد التوريد الآخر وذلك من حيث السعر، أو الشروط المجحفة أجمعاً بيناً، كان للمتضرر أن يطلب من المحكمة تبديل السعر أو الشروط بصورة يزول معها الإجحاف، وتأخذ المحكمة في ذلك بعين الاعتبار الظروف والملاسات التي اكتنفت تنفيذ العقد بما لها من سلطة تقديرية، وأن حق الضرر في المطالبة بتبديل الالتزام من النظام العام لا يسقط بالشرط على خلافه،

وعندها يقع باطلاً كل الاتفاق أو شرط يقصد به إسقاط الحق حفاظاً على اقتصاديات العقد ومضماً للاستغلال، وقد قامت المدعية بتنفيذ الالتزام المجهود إليه بموجب عقد المقاولة وسلمت العمل بالطريقة المتفق عليها في المقاولة طبقاً للشروط الصحيحة الواردة في العقد، وقامت بكل ما يتطلبه عقد المقاولة للوصول للنتيجة المطلوبة ببذل العناية والرعاية اللازمين وطبقاً للأصول الفنية وسلم العمل بصورة جيدة لا عيب فيه ولا خلل، لكن تدخلت عوامل لا يد للمدعية فيها ولا يمكن التحرز منها وشارك فيها المدعى عليه بتسبب، فكانت الرياح والعواصف خلال سريان مدة العقد تفعل فعلها في التعرية فالمدعية تروم والرياح تزيل وكذلك المد والجزر كان لهما تأثير فعال في التعرية فتضطر المدعية لمزيد من الردم وعدم استواء المنطقة كان له دور سالب، فبعض المناطق تحتاج لمزيد من الردم دون غيرها، وعملية التمتير لم تكن دقيقة؛ لأن الأرض غير مستوية، ثم هناك العامل الأكبر وهو تدخل المدعى عليه وعرضه على أصحاب القلايات العمل معه بسعر أكبر من الذي حده المدعى معهم، فنفع ستة ريلات للمتر المكعب لأصحاب القابلات بزيادة ريتين عن السعر الذي دفعه المدعى مما اضطر معه المدعى بنفع ستة ريلات هو الآخر حتى ينجز العمل في المواعيد المحددة فكبد ذلك خسائر مادية، علاوة على أن المدعى عليه اتفق مع أصحاب القابلات بالنفع الأسبوعي بدلاً من النفع الشهري الذي عودتهم عليه المدعية فكان ذلك سبباً آخر لترك أصحاب القلايات العمل مع المدعية والانخراط في العمل مع المدعى عليه، واختتم مذكرته بطلب إلزام المدعى عليه بتعديل شروط العقد فيما يتعلق بالبدل أو الآخر ليصبح سعر المتر المكعب (٩,٥) ريال بدلاً من (٧,٥) ريال ليكون جملة المبالغ التي تطالب بها المدعية كتعويض مبلغ أربعمائة وستين ألف ريال (٤٦٠,٠٠٠)، وفي

جلسة ٢٧/١١/١٤٢٧هـ قدم وكيل المدعى عليها (....) مذكرة جوابية على الدعوى ذكر فيها أن العقد المبرم بين الطرفين المرفق في لائحة الادعاء قد نص على أن قيمة المالية للمتر المكعب المنجز سواء في قطع الأواضي أو في الطرق في المشروع هي (سبعة) ريالاً فقط، كما نصت المادة (الثانية والعشرون) من العقد أنه حال عدم إنجاز المدعية للعمل خلال المدة الزمنية المتفق عليها حسب المادة (الثالثة عشرة) من العقد ذاته فإنه سيحسم ما نسبته (١٠٪) من المستحق للمدعية وبمقابل هذا الشرط الجزائي فقد استند المدعى عليه بوعده شفهي بأنه متى قامت المدعية بإنهاء المشروع قبل الزمن المحدد فستتم المحاسبة على زيادة نصف ريال لكل متر مكعب منجز، ومع أن المدعية لم تقم بإنجاز العمل وفق الجدول الزمني المقرر للمشروع والزمن عنصر أساسي في العقد، إلا أن المدعى عليه لم يحسم عليه شيئاً من غرامات التأخير مع استحقاق الحسم، بل أعطاهما ما وعد به من اعتبار قيمة المتر المكعب المنجز (سبعة) ريالاً ونصف ريالاً عملياً وإن لم يوف شروط الاستحقاق، وهذا يعني أن المدعى عليه سعى في مصلحة المدعية، وتنازل عن حق له في استقطاع غرامات التأخير، وأضاف أن العقد المشار إليه نص في مادته (الأولى) على ما يلي: (يقر الطرف الثاني بأنه قد اطلع على مخططات ومواصفات المشروع التي هي جزء من هذا الاتفاق ويحتفظ بصورة عنها، كما أنه عاين موقع المشروع وألم بكل تفاصيل العمل المطلوب)، وأن هذا يعني علم المدعية التام والمسبق عما يقوم به من عمل، إضافة إلى أنه دخل المشروع عن طريق طرح مناقصة كما ذكر في دعواه، فلا يمكن أن يكون قد تقدم بسعر معين دون الوقوف على المقار على الطبيعة وما تحتاجه من أعمال، وبخاصة أن هذه الأعمال فنية لا يمكن أن يعمل فيها إلا المختص، وهذا ينفي دعوى الجهل بطبيعة الأرض محل

المشروع. وأما ما طالبت به المدعية من تعويض بدعوى قيام المدعى عليه بنفسه بأعمال الردم وتوابعها بأسعار أعلى مما حدا بالموردين إلى الانصراف عن المدعية إلى المدعى عليه، فقد أوضح وكيل المدعى عليه أن موكله لم يقم بنفسه بردم متر مكعب واحد في كامل المخطط، بل كانت أعمال الردم مستندة لعدة مقاولين أحدهم المدعية، فإن كان أحد المقاولين المذكورين قمارها في التوريد فليتقدم بالدعوى ضده، ولا علاقة بالمدعى عليه بذلك، وعلى فرض قيام المدعى عليه بذلك بنفسه فإن المدعية حال التنفيذ لا بد أن تكون قد تصافت مع الموردين بمقدور واضعة الزمن، والقيمة ليقضن أداء العمل وفق الجدول الزمني المفروض له، كما أنه لا يملك إلزام المدعى عليه بسعر معين لأن موردي الرمال ليسوا قلة في سوقهم لتدعي المدعية بما ذكر في لائحة الادعاء، وأما عن تأخر العمل بسبب الرياح والعواصف والمد والجزر وغيرها فإن هذه أمور لا علاقة للمدعى عليه بها وليس له أي تحكم فيها. والمدعية حسب العقد يعلم أنه يعمل في مخطط مجاور للبحر، وهذه الأسباب على فرض صحتها وتأثيرها على أداء المدعية أسباب سماوية يقنوها الله سبحانه، كما أن وكيل المدعية حال الحديث عنها في لائحته قال ما نعبه: (لكن تدخلت عوامل لا يد للمدعية فيها ولا يمكن التحرز منها حال سوء الأسباب المنشئة للمطالبة. وهذا إقرار من المدعية بأن الأسباب التي ردت عليه لا يمكن التحرز منها، وذلك لأنه لا يد لأحد فيها بل هي من أقدار الله ﷻ، كما أنه يحق للمدعية المطالبة بموجبها حال فرض المدعى عليه غرامات تأخير على المدعية حيثما لم تسلم المشروع وفق الجدول الزمني المحدد، أما والمدعى عليه لم يفرض على المدعية أية غرامات مالية فما هي الأغوار التي لحقت المدعية من الرياح والعواصف والمد والجزر؟ بل إن المتضرر الأساسي هو المدعى عليه من

جهة تأخير تسليم العمل. ومع ذلك لم يطالب المدعية بأية أضرار أو يحاسبه على التأخير، وأما عن عدم استواء المنطقة، فقد أوضح أن المدعية قد أطلعت على المشروع وعايته قبل الدخول في المناقصة وقبل توقيع العقد، وعليه فلا يعد هذا الأمر سبباً موجباً للتعويض مع حصول العلم بالطبيعة قبل العمل، كما أن المحاسبة لم تكن على ما نص العقد من الكميات، بل كانت حسب اتفاق الطرفين على الكميات المنجزة، واختتم مذكرته بطلب رفض الدعوى وإلزام المدعية بأتعاب المحاماة، ثم اكتفى الطرفان، وعليه رأت الدائرة رفع القضية للدراسة والتأمل.

الأسباب

ويعد سماح الدعوى والإجابة وبعد الإطلاع على أوراق القضية ومستنداتها... وحيث إنه فيما يخص ما بني عليه وكيل المدعية مطالبتها من تعديل بنود العقد، وذلك برفع سعر توريد المتر المكعب من التربة للردم من (٧,٥) ريالاً المتفق عليها إلى (٩,٥) ريالاً والفرق هو مجموع المبلغ محل المطالبة، بحجة أن موكلته لم تستفد من هذا المشروع، بل أدى إلى خسارتها لإجفاف المدهى عليه في الشروط وعدم استواء المنطقة الذي أدى إلى تضرر موكلته إضافة لقيام المدهى عليه بتحويل أصحاب القلايات بالعمل معه بسعر أعلى، فإن الدائرة ترى أن المحاكم لموسر النزاع في هذه المطالبات هو العقد الموقع بين الطرفين في ٢٥/١١/١٤٢٥هـ؛ حيث تضمن هذا العقد تفاصيل للمخطط محل الردم والأعمال المطلوبة والمبلغ المالي المحدد لكل متر مكعب بالإضافة لمدة التنفيذ. كما تضمن العقد في مقدمته أن الطرف الثاني (المدعية): (مقاول متخصص في أعمال الردم والحفر ولديه خبرة في هذا المجال ولديه الإمكانيات والقدرة)، كما جاء في الفقرة أولاً: (يقر الطرف الثاني - المدعية - بأنه قد اطلع على مخططات، ومواصفات المشروع التي هي

جزء من هذا الاتفاق ويحتفظ بصورة منها، كما أنه عاين موقع المشروع،
والم بكل تفاصيل العمل المطلوب، وعليه فإنه لا محل لاحتجاج
المدعية بأن الأرض كانت غير مستوية.

ويخصوص القيمة المالية للمتر المكعب المنجز، فإن المتفق عليه
حسب الفقرة (السابعة عشرة) من العقد هو (سبعة) ريالات فقط للمتر
المكعب سواء بخصوص توريد الرمال لقطع الأراضي وفردها، وتسويتها
ورشها أم فرد ورش الرمال ورشها للطرق، ثم تمت زيادة (نصف ريال)
للمتر المكعب باتفاق شفهي لاحق، كما تم تحليل مدة تنفيذ العمل
(بأربعين) يوماً، كما جاء في الفقرة (الثانية والعشرين) أنه إذا أخفق
الطرف الثاني - المدعية - في تسليم العمل المطلوب منجزاً خلال المدة
المتفق عليها يستقطع من حسابه - أي مستحقات المدعية - لصالح الطرف
الأول (١٠٪) من قيمة الأعمال، وقد تبين من الأدواق إقرار المدعية
بمعبول التأخير، إلا أن المدعي عليه لم يحسم شيئاً من مستحقاته.

وبهذا يظهر من بنود العقد الذي وقعته المدعية وهي بكامل إرادتها،
واختيارها المقرر شرعاً ولم تنكر شيئاً مما جاء فيه أنه لم يتضمن من
الشروط المجحفة التي أضرت بها لاسيما، وقد وقعت المدعية على ما
جاء في مقدمته من أنها صاحبة خبرة في مجال العمل محل المناقولة،
وعليه فإنه لا مبرر للمدعي بخصوص هذا الجزء من المطالبة.

ويخصوص منافسة المدعي عليه للمدعية فقد جاء في الفقرة
سابعاً: (أن يتعهد الطرف الثاني - المدعية - بالتواجد في موقع العمل،
أو من يتوب عنه، وذلك للتنسيق مع المقاولين الآخرين العام لين في
المشروع)، ومنه يؤخذ أن المدعية تعلم بأن هناك مقاولين آخرين
يعملون في المشروع، ولم تضع أي تحفظ أو توضيح معين بشأن هؤلاء

المقاولين العام لين معناه، وهل هم يزاولون أعمالاً أخرى، كما جاء في الفقرة (عاشراً): (لا يكون الطرف الأول مسؤولاً عن أية خسائر أو أية أضرار قد تحصل لممتلكات الطرف الثاني - المدعية - إلا إذا كانت مسببة بالطرف الأول أو العام لين معه) ولم تقدم المدعية بخصوص هذه الفقرة ما يثبت أن المدعي عليه قد تسبب في خسائر أو أضرار معينة بممتلكاتها، وعلى افتراض دعوى المنافسة، فإن المدعية لم تقدم ما يثبت عدم مشروعية المنافسة التي قام المدعي عليه بارتكابها تجاه المدعية.

وأما بخصوص العوامل الخارجية وهي الرياح، والعواصف، وعوامل التصرية، والمد والجزر، فإن هذه العوامل لا يد للمدعي عليه بشأنها وهي عوامل طبيعية ومفترضة في مثل هذه الأعمال، لا سيما وأن المدعية من ذوات الخبرة في مجال تنفيذ مثل هذه النشاطات، ولا ترى الدائرة من خلال دراستها للأوراق أن آفة سماوية وقعت ألحقت خسائر وأضراراً كبيرة بالمدعية وهذه لها إجراءات خاصة تتبع بطلب التعويض من الجهات ذات العلاقة، ولا شأن لها بالعلاقة الخاصة القائمة بين المدعية والمدعي عليه، وإلّاما الثابت هو أن المدعية لحقت بها خسائر لم تتوقعها منحتها من تحقيق الربح والأرباح فقط، وبسائر الأعمال التجارية بما فيها أعمال المقاولات الربح فيها ليس مشروطاً، بل إن الأرباح فيها محتملة الحصول كاحتمال الخسارة، وترتفع نسب الربح من الخسارة من مشروع لآخر ومن مستثمر لآخر وحسب الظروف المؤثرة الأخرى، ولذا فإنه لا محل لمطالبة المدعية بخصوص استعمال الدائرة سلطتها التقديرية في تحليل بنود العقد بناء على هذه الأسباب، ولكل ما سبق فإن الدائرة تذهب إلى رفض هذه الدعوى.

لذلك حكمت الدائرة برفض الدعوى المقامة من المدعية (....) لصاحبها (.....) ضد المدعى عليه (.....) لما هو موضح بالأسباب وبإعلانه على طرفي الدعوى قرر وكيل المدعية عدم القناعة وقرر وكيل المدعى عليها القناعة بالحكم.

والله الموفق وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة على النحو التالي:

أولاً: نجد أن وقائع الحكم في القضية المعروضة طرحت أمام المحكمة مسألة تعديل بنود العقد، وبخاصة فيما يتعلق بالأجرة المتفق عليها سابقاً، بداعي تعرض المدعية أثناء العمل لعوامل خارجية من عواصف وسمية، ورياح، وعوامل التعرية ونحو ذلك من ظروف طبيعية أثرت على حد قولها على العمل المطلوب إتمامه، وقد قضت المحكمة بأن مثل هذه العوامل والأسباب تعد أمر متوقع ومفتروض في مثل هذه الأعمال، لاسيما وأنه لم يظهر من أوراق القضية أي ظروف قاهرة، أو آفة سماوية ألحقت خسائراً وأضراراً كبيرة بالمدعية، أو أدت إلى استحالة تنفيذ العقد، وقضت بلزوم العقد وعدم فسخه، مما يعني اعتبارها كون الظروف القاهرة أو الآفة السماوية سبباً من أسباب فسخ العقود لو ثبت وصح ذلك، ومن هنا تظهر العلاقة بين ما جاء في العنوان وما جرى عرضه في السابقة القضائية.

ثانياً: تضمنت السابقة القضائية الحكم باعتبار الآفة السماوية من أسباب فسخ العقد، وذلك بالإشارة لها ضمناً، وتعد الآفة السماوية من الأسباب الخارجية عن إرادة طرفي العقد، والتي لا يد لها فيها، ونص

الفقهاء في كتبهم على اعتبارها من مقتضيات الفسخ كما مر في مسألة تلحق استيفاء المضمة في عقد الإجارة لتهدم البيت، ونحو ذلك، وورد في عنوان المطلب ما يسمى بالظروف القاهرة، فما هي؟ وهل يصبح بموجبها الفسخ في العقود؟

ولبيان ذلك فلنأتي سأوردها على النحو التالي:

أ - مر معنا الحديث عن عقد المقاولة، وأنه من العقود اللازمة والتي تستند بمجرد حدوث الإيجاب والقبول من الطرفين، والأصل في هذه العقود أنها لا تقبل الفسخ دون رضى الطرفين المتعاقدين، بيد أن مثل هذه العقود المتراخية التنفيذ، والتي تستغرق مدة زمنية لانتهائها قد يطرأ عليها بعد العقد ما يقطعها، أو يصبح الاستمرار فيها مستحيلاً، كأن تأتى على محل العقد جائحة^(١) لا تبقى منه محلاً قابلاً للتنفيذ، لاسيما وأن مثل هذه العقود وعقود الاستصناع عموماً - مما يتقضي شيئاً فشيئاً، لكونها عقوداً على منافع تستوفي من قبل المأخذ على مراحل^(٢)، فإذا ما نزلت من السماء صاعقة، أو هبت رياحاً قوية، أو نحوها من العوامل الطبيعية الخارجة عن إرادة الطرفين، مما يسمى بالقوة القاهرة في القانون الوضعي^(٣)، ولا يد لهما فيها، ولا يمكن دفعها، أو

(١) الجائحة لغة: الشدة والنازلة الخيمة والجرح الاستعمال - واصطلاحاً: هو كل ما لا يستطيع دفعه، والاحتراس منه، أو تجنبه، مما يخلق المصعب أو يعيد قبل تمام القبض - ينظر: مقاييس اللغة: (١/ ٤٩٦) لسان العرب (٢/ ٤٣١) مادة (جرح)، وأحكام الجوارح في الفقه الإسلامي: (١٣/ ٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: (٤/ ١٩٩)، دور الحكام: (١/ ٤٤٤).

(٣) القوة القاهرة عرفت في القانون الوضعي بما يقارب تعريف الجائحة في الفقه الإسلامي، قيل هي: كل حادث عام أو خاص، لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول يقضي على الالتزام، ويجعل مستحيل التنفيذ ينظر: نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون -

الوقاية منها، أو التوقع بحصولها قبل وقوعها، فهل يكون هذا الأمر سبباً في فسخ العقد اللازم، وإنهاء العلاقة التعاقدية بدون إرادة من الطرفين؟

سما لا شك فيه أن الفقه الإسلامي لم يغفل الظروف المحاذرة والطوارئ بعد إبرام العقد، أو أثناء تنفيذه^(١)، بل ذكر الفقهاء عند من الأسباب في مواضع متفرقة تبين المبررات التي تكون سبباً في فسخ العقد - وقد سبق ذكرها^(٢)، ومن تلك الأسباب مسألة الفسخ بالعذر في الإجارة؛ ولشبه هذه المسألة بما نحن بصدده، ولكون عقود المقاولات تتخرج على عقد الإجارة^(٣) فإتي سائر هذه المسألة وأبين صيورتها، والأقوال التي جاءت فيها والأدلة والراجع، وذلك على النحو التالي:

أ - صورة المسألة وتحريم محل النزاع:

وصورتها:

إذا تعاقد الطرفان على بناء منزل له، ففترق المكان بالماء وانطمس، أو لو استأجر شخصاً لخطابة الثوب فأحترق ونحو ذلك من الأضرار.

تحريم محل النزاع:

١ - اتفق الفقهاء على أنه إذا وقعت الإجارة بين الطرفين، ثم حصل عذر يمنع استيفاء مفعة العين، فإن هذا العقد يتفسخ ويعد ملغياً، بإجماع العلماء؛ كأن يستأجر دار لسنة ثم تهدم، أو عبداً ليخدمه

- الرضوي، محمد رشيد قباني، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، الجزء الثاني: (١٣١).

(١) ينظر: أحكام الجوارح في الفقه الإسلامي، عادل الحلويات (١٥٤).

(٢) انظر: المصنف ٣١٥ من هذا البحث.

(٣) انظر المصنف ٤٣٥-٤٣٤ من هذا البحث.

فيموت^(١) قال شيخ الإسلام في الفتاوى: (لا خلاف بين الأمة أن تعطّل المنفعة بأمر سماوي - يوجب سقوط الأجرة، أو نقصها، أو الفسخ، وإن لم يكن للمستأجر فيه صانع كموت الدابة، وانهدام الدار، وانقطاع ماء السماء، فكذا حدث الخرق، وغيره من الآفات المانعة من كمال الانتفاع بالزرع)^(٢)

ومستند الإجماع في ذلك: القياس على الفسخ في المبيع قبل القبض بسبب العيب؛ فكذا الحال في الإجارة التي امتنع استيفاء المنفعة منها، بجامع أن كلا منهما لم يقابل الثمن منفعة يمكن الاستفادة منها^(٣)، ولأن في عدم الفسخ خبراً على المستأجر، والخبر يزال^(٤).

٢ - اختلفوا فيما إذا حصل عذر^(٥) لا يمنع استيفاء المنفعة وإنما يمكن استيفاءها لكن بغيره يلحق أحدهما من نقصان الحال، ونحوه وذلك على قولين:

ب - أقوال العلماء في الأعذار:

القول الأول: أن الإجارة لا تنفسخ بالأعذار، وإنما تنفسخ بما

(١) انظر: مسائل الإجماع في حقوق المعارضات المالية للتفسير: (٧١٦)، ومن قبل الإجماع الماوردي في المعاري الكبير: (١١/٩٦٥)، وشرح الإسلام ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٣٠١١/٣٩٣).

(٢) مجموع الفتاوى: (٣٠/٢٩٣ - ٢٩٤).

(٣) انظر: نور المسكام شرح مجلة المسكام: (١/٤٨٧ - ٤٨٨)، والمعاري الكبير: (٧/٩٤٥).

(٤) انظر: نور المسكام شرح مجلة الأحكام: (١/٤٨٨).

(٥) العذر حاجله عند من يقول بـ: المنفعة - هو: (كل حلو لا يمكن منه استيفاء المنفعة عليه إلا بغيره بلحقه في نفسه أو مثله، ثبت له حق الفسخ) النور المستنار: (٥/٥٠).

تفسخ به العقود اللازمة من عيب، أو تلحق استيفاء المنفعة، وبه قال الجمهور من المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

واستدلوا بما يلي:

أولاً: بعموم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

[الملفحة: ١٩].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود، والإجارة تعتبر عقداً على منافع فلا تفسخ بالعذر^(٤).

ثانياً: قياس فسخ الإجارة بالعذر على فسخ البيع من دون عيب بجامع أن كلا منهما لا يجوز مع استيفاء المنفعة بغير عذر^(٥)، قال في بداية المجتهد: (عمدة الجمهور - في مسألة فسخ الإجارة بالأعذار - هو أن الإجارة عقد على معاوضة فلم يفسخ أصله كالبيع)^(٦).

ثالثاً: أنه لو جاز فسخ عقد الإجارة لعذر المكثري - المستأجر - لجاز لعذر المكثري - المؤجر - تسوية بين المتعاقدين، ووفقاً للضرورة عن كل واحد من المتعاقدين، ولم يجوز ثم فلا يجوز ههنا^(٧).

القول الثاني: أن الإجارة تفسخ بالعذر، وهو ملحق بالحنفية^(٨) والظاهرية^(٩).

(١) انظر: بداية المجتهد: (١٤٥/٣)، وشرح حنود ابن عرفة: (٢١٢/٢).

(٢) انظر: السوايق للكثير: (٩٥٢/٧)، وروضة الطالبين: (٢٢٩/٥).

(٣) انظر: المغني: (٢٢/٨)، وكنز الدقائق: (٢٩/٤).

(٤) انظر: بداية المجتهد: (١٢٢٥/٣).

(٥) انظر: بداية المجتهد: (١٢٢٥/٣)، وروضة الطالبين: (٢٢٩/١)، والمغني: (٢٢/٨).

(٦) انظر: بداية المجتهد: (١٢٢٥/٣). (٧) انظر: المغني: (٢٢/٨).

(٨) انظر: المبسوط، (٥/١٦)، بدائع الصنائع: (٢٠٠/٤).

(٩) انظر: المبسوط: (١٨٧/٨).

واستتلوا بما يلي:

أولاً: أن الحاجة داعية إلى الفسخ عند وجود العذر، لأنه لو لزم العقد عند ثبوت العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه في العقد، فكان الفسخ في الحقيقة منعاً للضرر، وله ولاية رفعه عنه^(١).

ونوئش: بأن الحاجة لا تصلح مناهلاً للفسخ حتى يعلق الحكم عليها لعدم انضباطها، فهي تختلف من شخص إلى آخر، ويشارك فيها أيضاً الموجر والمستأجر^(٢).

ثانياً: أن الفسخ الذي سببه العيب إنما هو لرفع الضرر الناتج منه لا لعين العيب، فإذا حصل الضرر وتحقق من الوفاء بالعقد فيكون عللاً للفسخ وإن لم يوجد العيب في المعقود عليه^(٣).

ونوئش: بأن هذا غير مسلم، فإن الفسخ إنما يكون للعيب ذاته لا لأجل الضرر، إذ لو صح ذلك لعلق الفسخ بالضرر في خيار العيب فلما علق الفسخ بالعيب دل على أن الحكم لا يعلق بغيره، ولأن الضرر أهم من العيب فقد يحصل بغير العيب^(٤).

الراجع:

الذي يظهر - والله أعلم - وجهان القول الأول وهو ما ذهب إليه الجمهور من أن الإجازة لا تنفسخ بالضرر، إلا لعيب أو تقدر استيفاء المنفعة وذلك لقوة ما استتلوا به، وسلامته من المعارضة، ولأن الأصل

(١) انظر: بدائع الصالح: (٤/١٩٧).

(٢) انظر: الفسخ في العقود المالية، إبراهيم شية: (٤٦٧).

(٣) انظر: المبسوط: (٥/١٦)، النور المكنون: (٧/٣٧٧).

(٤) انظر: الفسخ في العقود المالية: (٤٦٧).

في عقد الإجارة اللزوم، وفي التوسع في العذر على قول الحنفية **ما** يؤدي إلى مخالفة هذا الأصل، بل إنهم ذكروا من الأعداء ما لا يوجب خبره، أو يحدث خللاً في المعقود عليه، كما لو استأجر بناء للبناء، ثم ندم على ذلك فقالوا: له الفسخ^(١).

كما أن العذر الذي يحدث خللاً في ذات المعقود عليه، أو يتعذر معه استيفاء المنفعة على الوجه الشرعي، هو محل اتفاق بين الجميع، وهو قول الجمهور مما يكون أكثر انضباطاً وأبعد عن مواطن النزاع والخلاف^(٢).

والذي سارت عليه السابقة القضائية، هو اعتبار أن ما أحدث خللاً في ذات المعقود عليه، أو تعذر معه استيفاء المنفعة على الوجه المطلوب، يكون معتبراً في فسخ عقود المقاولات، متى كان ظرفاً حادثاً لا صنع ولا يد للمتعاقدين في حدوثه.

ثالثاً: وجه كونها سابقة قضائية:

يظهر من خلال استعراض الحكم محل الدراسة، مدى انطباق وصف السابقة بحقه لكونه صدر من المحكمة الابتدائية مستوفياً لأركان الحكم القضائي وشروطه ثم اكتسب موافقة المحكمة الأعلى درجة، وتكررت وقائع مماثلة له، وأضحى صالِحاً لأن يكون مثلاً يحتذى به.

(١) انظر: المبسوط: (٥/١٦)، للنور المطبوع: (٣٧/٧).

(٢) انظر: الفسخ في العقود المالية: (٤٦٧)، وأحكام الجوارح في الفقه الإسلامي: (١٣٩-١٤٠)، وهنا ما أفتى به مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخاصة لعام ١٤٠٢ هـ، ومباني في المطلب اقام ذكر نص القرار.

رابعاً : الصياغة المقترحة السابقة :

(كل عقد يكون متراجعي التنفيذ أو مما يستغرق زمناً بعد العقد، ويطرأ عليه سبباً خارجياً عن إرادة المتعاقدين كافة سماعية، تمنع الاستمرار فيه، فإنه يعد غير يفسخ به العقد).

(تعد الظروف القاهرة، والأسباب الخارجية، مانعاً من الاستمرار في العقود، وتفسخ بها الالتزامات المتراجعية التنفيذ).



المبحث الثامن

حكم تعديل شروط العقد من طرف واحد بدعوى الضرر

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[تقدم وكيل المذهبية (.....) بلائحة ادعاء ذكر فيها أن المذهبي عليه تقدم بالإعلان عن مسابقة لتوريد ثواب لردم جزء من مساحة بحرية تقدر بـ (٢٥٠,٠٠٠ م^٢)، وبناء عليه تقدم المذهبي بمناقصة وفاز بها ودسى عليه المطاء بواقع (٧,٥) ريال للمتر المكعب ليصبح مجموع التكلفة مليون وثمانمائة وخمسة وسبعين ألف ريال (١,٨٧٥,٠٠٠)، ... واختتم مذكرته بطلب إلزام المذهبي عليه بتعديل شروط العقد فيما يتعلق بالبدل أو الأجر ليصبح سعر المتر المكعب (٩,٥) ريال بدلاً من (٧,٥) ريال ليكون جملة المبالغ التي تطالب بها المذهبية كتعويض مبلغ أربعمائة وستين ألف ريال (٤٦٠,٠٠٠) ...]

الأسباب

وبعد سماع الدعوى والإجابة... وحيث إنه فيما يخص ما بني عليه وكيل المذهبية مطالبته من تعديل بنود العقد، وذلك برفع سعر توريد المتر المكعب من التربة للردم من (٧,٥) ريالاً المتفق عليها إلى (٩,٥) ريالاً

(١) انظر عرض السابقة في المبحث السابق وسأكتفي هنا بالإيجاز منها من الاطلاع

والفرق هو مجموع المبلغ محل المطالبة، بحجة أن موكلته لم تستفد من هذا المشروع، بل أدى إلى خسارتها لإجحاف المدعى عليه في الشروط وعدم استواء المنطقة الذي أدى إلى تضور موكلته إضافة لقيام المدعى عليه بتحويل أصحاب القلايات بالعمل معه بسعر أعلى، فإن الدائرة ترى أن المحاكم لموضوع النزاع في هذه المطالبات هو العقد الموقع بين الطرفين في ١١/٢٥/١٤٢٥ هـ، حيث تضمن هذا العقد تفاصيل للمخطط محل الروم والأعمال المطلوبة والمبلغ المالي المحدد لكل متر مكعب بالإضافة لمدة التنفيذ. كما تضمن العقد في مقدمته أن الطرف الثاني (المدعية): (مقاول متخصص في أعمال الروم والحفر ولديه خبرة في هذا المجال ولديه الإمكانات والقدرات)، كما جاء في الفقرة أولاً: (يقر الطرف الثاني - المدعية - بأنه قد اطلع على مخططات ومواصفات المشروع التي هي جزء من هذا الاتفاق ويحتفظ بصورة منها، كما أنه عاين موقع المشروع، وألم بكل تفاصيل العمل المطلوب)، وعليه فإنه لا محل لاحتجاج المدعية بأن الأرض كانت غير مستوية.

ويخصوس القيمة المالية للمتر المكعب المنجز، فإن المتفق عليه حسب الفقرة (السادسة عشرة) من العقد هو (سبعة) ريلات فقط للمتر المكعب سواء بخصوص توريد الرمال لقطع الأراضي وفردها، وتسويتها ورشها أم فرد ورص الرمال ورشها للطرق، ثم تمت زيادة (نصف ريل) للمتر المكعب باتفاق شفهي لاحق، كما تم تحديد مدة تنفيذ العمل (بأربعين) يوماً، كما جاء في الفقرة (الثانية والعشرين) أنه إذا أخفق الطرف الثاني - المدعية - في تسليم العمل المطلوب متجزاً خلال المدة المتفق عليها يستقطع من حسابه - أي مستحقات المدعية - لمبالغ الطرف الأول (١٠٪) من قيمة الأعمال، وقد تبين من الأوداق إقرار المدعية بحصول التأخير، إلا أن المدعى عليه لم يحسم شيئاً من مستحقاته.

وبهذا يظهر من بنود العقد الذي وقعته المدعية وهي بكامل إرادتها، واختيارها المقرر شرعاً ولم تنكر شيئاً مما جاء فيه أنه لم يتضمن من الشروط المجعفة التي أضرمت بها لاسيما، وقد وقعت المدعية على ما جاء في مقدمته من أنها صاحبة خبرة في مجال العمل محل المناقشة، وعليه فإنه لا مبرر للمدعي بخصوص هذا الجزء من المطالبة.

وبخصوص مناقشة المدعي عليه للمدعية فقد جاء في الفقرة سابعاً: (أن يتعهد الطرف الثاني - المدعية - بالتواجد في موقع العمل، أو من يثوب عنه، وذلك بالتنسيق مع المقاولين الآخرين العام لين في المشروع)، ومنه يؤخذ أن المدعية تعلم بأن هناك مقاولين آخرين يعملون في المشروع، ولم تضع أي تحفظ أو توضيح معين بشأن هؤلاء المقاولين العام لين معها، وهل هم يزاولون أعمالاً أخرى، كما جاء في الفقرة (عاشراً): (لا يكون الطرف الأول مسؤولاً عن أية خسائر أو أية أضرار قد تحصل لممتلكات الطرف الثاني - المدعية - إلا إذا كانت مسببة بالطرف الأول أو العام لين معه) ولم تقدم المدعية بخصوص هذه الفقرة ما يثبت أن المدعي عليه قد تسبب في خسائر أو أضرار مسببة بممتلكاتها، وعلى افتراض دعوى المنافسة، فإن المدعية لم تقدم ما يثبت عدم مشروعية المنافسة التي قام المدعي عليه بارتكابها تجاه المدعية.

والثابت هو أن المدعية لحقت بها خسائر لم تتوقعها من تحقيق الربح والأرباح فقط، وسائر الأعمال التجارية بما فيها أعمال المقاولات الربح فيها ليس مشروطاً، بل إن الأرباح فيها محتملة الحصول كاحتمال الخسارة، وترفع نسب الربح من الخسارة من مشروع لآخر ومن مستثمر لآخر وحسب الظروف المؤثرة الأخرى؛ ولذا فإنه لا محل

لمطالبة المدعية بخصوص استكمال الدائرة سلطتها التقديرية في تعديل بنود العقد بناء على هذه الأسباب، ولكل ما سبق فإن الدائرة تلجأ إلى رفض هذه الدعوى.

لذلك حكمت الدائرة برفض الدعوى المقامة من المدعية (....) لصاحبها (.....) ضد المدعى عليه (.....) لما هو موضح بالأسباب وإعلانه على طرفي الدعوى لقرر وكيل المدعية عدم القناعة وقرر وكيل المدعى عليها القناعة بالحكم.]

◆ الفرع الثاني الدراسة التحليلية

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة على النحو التالي:

أولاً: الأصل في العقد المبرم بين الطرفين في هذه الواقعة اللزوم، ولا يثبت الفسخ أو تعديل للعقد وشروطه إلا بمبرر مقبول من ثبوت خيار مشروع أو تلحق المضي في العقد بحصول العاقدین إلى حالة لا يمكن الاستمرار فيها، أو حصول ما يقتضي التعديل من آفة سماوية، أو غير فاحش ونحو ذلك، ومن خلال استعراض السابقة القضائية وما قضت به، نجد جلياً أنها لم تقتضي بفسخ، أو تعديل بنود العقد لعدم وجود ما يبرر ذلك، وتقتضيه الحال المعروضة أمام القضاء، وبهذا يتضح مدى التطابق بين العنوان، والسابقة القضائية حسبما هو متبع بيانه في هذه الدراسة.

ثانياً: الأصل في العقود شرعاً اللزوم والوفاء بها، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]. وهذا الأصل فيما يتعلق بالعقود اللازمة لذا جاء في الأشباه والنظائر: (أن العقود بين اثنين على أقسام، منها عقد لازم من الطرفين قطعاً، ولا يجوز الفسخ فيها إلا إذا

تضمنت أحوالاً معينة، ومنها أيضاً عقد جائز غير لازم من الطرفين بحيث يجوز الفسخ من أحد العاقلين دون رضا الآخر^(١).

وإن أي عقد، يستند إذا أربط الإيجاب بالقبول على نحو يثبت أثره في المعقود عليه، وبعبارة أخرى فإنه إذا توافقت للعقد أركانه مستوفية شروط صحتها، وذلك بأن صدر من أهله مضافاً إلى محل قابل للحكمه، ولم يشب إرادة العاقلين عيب يفسدها فقد انعقد العقد صحيحاً نافذاً وتثبت عليه آثاره.

والأصل في العقد الصحيح واللازم عدم قنوة أحد العاقلين الرجوع عنه بإرادته المنفردة، إذ أنه يكون ملزماً لطرفيه ويجب عليهما الوفاء بالتزامات المترتبة عليه، ولا يستطيع أي منهما أن ينفرد بتنقيضه أو تعديله إلا باتفاقهما على ذلك، أو استناداً إلى نص في العقد المكتوب بينهما، أو استناداً إلى حكم الحاكم وقوله، لذا لا يجوز للمتعاقد أن يتحلى من التزام نشأ عن عقد هو طرف فيه، وعليه تضيئه بكل ما أشتمل عليه وعليقاً لطبيعة الالتزام موضوع ذلك العقد.

أما إذا حصل عذر طارئ، أو جائحة مائعة من تنفيذ العقد؛ وذلك بسبب حوادث استثنائية ضارة وغير متوقعة، فإنه يعد ضرراً يجب إزالته استناداً إلى القاعدة الفقهية "الضرر يزال"^(٢) أو ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة^(٣).

إذن نخلص مما سبق إلى أن السابقة محل الدراسة تنفرد عن مسألة "وضع الجوائح، وانقاص قيمة الثمار" وأثرها في الالتزامات العقلية

(١) الأبناء والفقراء للبيوطي، (٢٧٥) جعفر.

(٢) انظر: الأبناء والفقراء، لابن نجيم: (٧٢)، والأبناء والفقراء، للبيوطي: (٨٢).

(٣) انظر: نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي، للزحيلي: (٣١٧).

والتي تكلم عنها الفقهاء في فروع ومسائل فقهية متنوعة^(١)، وتضمنها قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي الصادر في دورته الخامسة لعام ١٤٠٢هـ، ونص القرار^(٢): "فقد قرّض على مجلس المجمع الفقهي الإسلامي مشكلة ما قد يطرأ بعد إبرام عقود التعهد وتحورها من العقود ذات التنفيذ المتراخي، في مختلف الموضوعات، من تبدل مفاجئ، في الظروف والأحوال ذات التأثير الكبير، في ميزان التعادل، الذي بنى عليه الطرفان المتعاقدان حساباتهما، فيما يعطيه العقد كلاً منهما من حقوق، وما يحمله إياه من التزامات، مما يسي اليوم في الصرف التعامل بالظروف الطارئة. وقد عرضت مع المشكلة أمثلة لها، من واقع أحوال التعامل وأشكاله، توجب التفكير في حل فقهي مناسب عادل، يقضي على المشكلة في تلك الأمثلة ونظائرها الكثيرة. فمن صوب هذه المشكلة الأمثلة التالية:

١ - لو أن عقد مقاوله على إنشاء بناية كبيرة، يحتاج إنشاؤها إلى مدة طويلة، تم بين طرفين، وحدد فيه سعر المتر المكعب من البناء وكسوته، بمبلغ مائة دينار مثلاً، وكانت كلفة المواد الأولية من حديد وأسمنت وأخشاب وسواها، وأجور عمال، تبلغ عند العقد - للمتر الواحد - ثمانين ديناراً، ف وقعت حرب غير متوقعة، أو حادث

(١) وغالباً ما تنحصر في مسألتين: فسخ الإجارة لعذر طارئ وعليه بيت نظرية الظروف الطارئة؛ ومسألة نقصان الثمن في جوائح الثمار وعليه بيت نظرية الجوائح، وسبق الإشارة إلى ذلك في البحث السابق.

انظر: نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، الزحيلي (٣٧٠)، ونظرية فسخ العقود، نسيم: (١٨٧-١٩٠)، ونظرية الظروف الطارئة لمحمد رشيد قباني، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي العدد الثاني السنة الثانية (١٢٥).

(٢) سأكتفي بإيراد نصه، والإشارة إلى مطلق المسألة منها من الاطلاق؛ لأن القرار جاء شاملاً وموقفاً لما نحن بصدده من غرامة تطيلية.

آخر خلال التنفيذ، قطعت الاتصالات والاستيراد، وارتفعت بها الأسعار ارتفاعاً كبيراً يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً جداً.

٧ - لو أن متعهداً في عقد توريد أوزاق عينية يومياً، من لحم وحبوب ولبن وبيض وخضروات وفواكه ونحوها، إلى مستشفى، أو إلى جامعة فيها أقسام داخلية، أو إلى دار ضيافة حكومية، بأسعار اتفق عليها في كل صنف لمدة عام، فحدثت جائحة في البلاد، أو طوفان، أو فيضان، أو زلزال، أو جاء جراد جرد المحاصيل الزراعية، فارتفعت الأسعار إلى أضعاف كثيرة، فما كانت عليه عند عقد التوريد، إلى غير ذلك من الأمثلة المتصورة في هذا المجال. فما الحكم الشرعي الذي يوجبه فقه الشريعة في مثل هذه الأحوال، التي أصبحت كثيرة الوقوع في العصر الحاضر، الذي تميز بالعقود الضخمة بقيمة الملايين، كالتمهيد مع الحكومات في شق الطرق الكبيرة، وفتح الأنفاق في الجبال، وإنشاء الجسور العظيمة، والمجمعات لدوائر الحكومة أو للسكنى، والمستشفيات العظيمة أو الجامعات، وكذا المقاولات التي تعقد مع مؤسسات، أو شركات كبرى، لبناء مباني ضخمة، ونحو ذلك مما لم يكن له وجود في الماضي البعيد؟ فهل يبقى المتعاقد الملتزم على حدود عقده وأسعاره، قبل تبدل الظروف وطوء التغيرات الكبيرة المشار إليها، مهما تكبد في ذلك من خسائر ماحقة أو ساحقة، تمسكاً بمقتضى العقد وحدوده في الأسعار والكميات، أو له مخرج وعلاج، من فقه الشريعة الحكيم السميحة العاقلة، يعيد كفتي الميزان إلى التعادل، ويحقق الإنصاف بقدر الإمكان بين الطرفين؟ وقد نظر مجلس المجمع في النظائر الفقهية ذات الصلة بهذا الموضوع، من فقه المذاهب، واستعرض قواعد الشريعة ذات

العلاقة، مما يستأنس به، ويمكن أن يوصى بالحكم القياسي، والاجتهاد الواجب فقهاً، في هذا الشأن، كما رجع إلى آراء فقهاء المذاهب فوجد ما يلي:

١ - أن الإجازة يجوز للمستأجر فسخها بالطوارئ العامة التي يتعلو فيها استيفاء المنفعة، كالحرب والظوفان ونحو ذلك، بل الحنفية يسوِّغون فسخ الإجازة أيضاً بالأعذار الخاصة بالمستأجر، مما يدل على أن جواز فسخها بالطوارئ العامة مقبول لديهم أيضاً بطريق الأولوية، فيمكن القول: إنه محل اتفاق، وذكر ابن رشد في بداية المجتهد (ج ١ ص ٢٩١) من طبعة الخانجي الأولى بالمطبعة الجمالية بمصر) تحت عنوان: (أحكام الطوارئ) أنه: (عند مالك أن أرض المطر - أي البعلية التي تشرب من ماء السماء فقط - إذا أكرمت فمنع القحط من زراعتها، أو إذا زرعها المكثري فلم ينبت الزرع لمكان القحط - أي بسببه - أن الكراء يفسخ، وكذلك إذا استعملت بالمطر، حتى انقضى زمن الزراعة، فلم يتمكن المكثري من زرعها) انتهى كلام ابن رشد.

٢ - وذكر ابن قدامة المقدسي في كتاب الإجازة من المصنف (المطبوع مع الشرح الكبير ج ٦ ص ٣٠) أنه: (إذا حدث خوف عام، يمنع من سكنى ذلك المكان، الذي فيه العين المستأجرة، أو تحضر البلد، قامتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزراعة، أو نحو ذلك: فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ، لأنه أمر هالب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة، فأما إذا كان الخوف حاصباً بالمستأجر، مثل أن يخاف وحده، لقرب أهله لم يملك الفسخ، لأنه غير يختص به، لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية، فأشبهه مرضه).

٣ - وقد نص الإمام النووي رحمه الله في روضة الطالبين (ج ٥ ص ٢٢٩)، أنه لا تفسخ الإجارة بالأعذار، سواء أكانت إجارة عين أم ذمة، وذلك كما إذا استأجر دابة للمسفر عليها فمرض، أو حائوًا لحرفة فنظم، أو هلك آلات تلك الحرفة، أو استأجر حمامًا فتعطلت الرقود.

قال النووي: (وكذا لو كان العذر للمؤجر، بأن مرض، وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره وكان أهله مسافرين فصادوا واحتاج إلى الدار أو تأهل. قال: فلا فسخ في شيء من ذلك، إذ لا خلل في المعقود عليه). اهـ.

٤ - ما يذكره العلماء رحمهم الله في الجوائح التي تجتاح الثمار المبيعة على الأشجار بالأسباب العامة، كالبرد والجراد وشدة الحر والأمطار والرياح ونحو ذلك، مما هو عام، حيث يقررون سقوط ما يقابل الهالك بالجوائح من الثمن، وهي قضية الجوائح المشهورة في السنة والفقه.

٥ - وذكر شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله في مختصر الفتاوى (ص ٦٧٣): أن من استأجر ما تكون منفعة إجارته لصامة الناس، مثل الحمام والفندق والقيسارية، فنقصت المنفعة المعروفة، لقلة الزيتون، أو لخوف، أو حرب، أو تحول سلطان ونحوه فبأنه يحبط عن المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة.

٦ - وقال ابن قدامة أيضًا في الصفحة (٩٧) من الجزء السابق الذكر نفسه: (ولو استأجر دابة ليركبها، أو يحمل عليها إلى مكان معين، فانقطعت الطريق إليه، لخوف حادث، أو أكرى إلى مكة فلم ينج الناس ذلك العام من تلك الطريق، فلكل واحد منهما فسخ

الإجارة، وإن أحب إنقامها إلى حين إمكان استيفاء المضمة جاز). وقال الكاساني من فقهاء الحنفية في الإجارة من كتاب بدائع الصنائع (ج ١ ص ١٧٩): «إن الفسخ في الحقيقة امتناع من التزام الضم، وإن إنكار الفسخ عند تحقق المخرج خروج عن العقل والشرع، لأنه يقتضي أن من اشترى بضعة، فاستأجر رجلاً لقلعها، فسكن الرجوع يجبر على القلع، وهذا قبيح عقلاً وشرعاً».

هذا وقد ذكر فقهاء المذاهب، في حكم الأضرار الطارئة في المزاورة والمساواة والمقارسة شبيه ما ذكروا في الإجارة.

٧ - قضى رسول الله ﷺ، وأصحابه من بعده، وقرروا كثير من فقهاء المذاهب في الجوائح التي تحتاج الثمار ببرد أو صقيع، أو جراد، أو دودة، ونحو ذلك من الآفات، أنها تسقط من ثمن الثمار التي بيعت على أشجارها، ما يعادل قيمة ما ألفتته الجائحة، وإن عمت الثمر كله تسقط الثمن كله.

٨ - قال رسول الله ﷺ، فيما ثبت عنه: «لا فَمَرَّ وَلَا فَمَرَّزَ»^(١). وقد اتخذ فقهاء المذاهب من قوله هذا قاعدة فقهية، اعتبروها من دعائم الفقه الكبرى الأساسية، وفرعوا عليها أحكاماً لا تحصى، في دفع الضرر وإزالته في مختلف الأبواب. وما لا شك فيه أن العقد الذي يعقد وفقاً لنظامه الشرعي، يكون ملزماً لما قبله قضاء، عملاً بقوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ بِالْغُورِ﴾ [المائدة: ١]. ولكن قوة العقد الملزمة ليست أقوى من النص الشرعي الملزم للمخاطبين به كافة. وقد وجد المجمع، في مقاييس

التكاليف الشرعية، ومعايير حكمة التشريع، أن المشقة التي لا يترك عنها التكليف عادة بحسب طبيعته، كمشقة القيام في الصلاة، ومشقة الجوع والعطش في الصيام، لا تسقط التكليف، ولا توجب فيه التخفيف، ولكنها إذا جاوزت الحدود الطبيعية للمشقة المعتادة في كل تكليف بحسبه، أسقطته أو خففته، كمشقة المريض في قيامه في الصلاة، ومشقته في الصيام، وكمشقة الأعمى والأعرج في الجهاد، فإن المشقة المرفقة عندئذ بالسبب الطارئ الاستثنائي، توجب تدبيراً استثنائياً ينفع الحد المرفق منها. وقد نص على ذلك وأسهب في بيانه، رأى عليه بكثير من الأمثلة في أحكام الشريعة الإمام أبو إسحاق الشاطبي رحمته الله في كتابه (الموافقات في أصول الشريعة)، فيتضح من ذلك أن الخسارة المعتادة في تقلبات التجارة، لا تأثير لها على العقود، لأنها من طبيعة التجارة وتقلباتها التي لا تنفك عنها، ولكنها إذا جاوزت المعتاد المألوف كثيراً، يمثل تلك الأسباب الطارئة الأتفة الذكر توجب عندئذ تدبيراً استثنائياً. ويقول ابن القيم رحمته الله في كتابه (إعلام الموقعين): (إن الله أرسل رسوله، وأنزل كتبه، بالعدل الذي قامت به السماوات والأرض، وكل أمر أخرج من العدل إلى الجور، ومن المصلحة إلى عكسها، فليس من شرع الله في شيء، وحيثما ظهرت دلائل العدل وأسفر وجهه فثم شرع الله وأمره) اهـ. وقصد العاقلين، إنما تكشف عنه وتحدد ظروف العقد، وهذا القصد لا يمكن تجاهله والأخذ بحرفية العقد، مهما كانت النتائج، فمن القواعد المقررة في فقه الشريعة (أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني).

ولا يخفى أن طريق التدخل في مثل تلك الأحوال المعروضة آنفاً

في العقود المتراجحة التنفيذ، لأجل إيجاد الحل العادل الذي يزيل المجور إما هو من اختصاص القضاء.

ففي ضوء هذه القواعد والتصورات المعروضة، التي تثير طريق الحل الفقهي السليمة، في هذه القضية المستجدة الأهمية، يقرر المجمع الفقهي الإسلامي ما يلي:

١ - في العقود المتراجحة التنفيذ (كمقود التوريد والصفقات والمقاولات) إذا تبينلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً قَويَ الأرواح والتكاليف والأسعار، تغييراً كبيراً، بأسباب طارئة عامة، لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة، من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحالة عند التنازع، وبناءً على الطلب، تعديل الحقوق والالتزامات العقدية، بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد، فيما لم يتم تنفيذه منه، إذا رأى أن فسحه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له، صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة، التي تلحقه من فسح العقد، بحيث يتحقق عدل بينهما، دون إرهاب للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة النقات.

٢ - ويحق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للإزالة في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال.

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستند من أصول الشريعة تحقيقاً للمعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر الموهق لأحد العاقلين، بسبب لا يدل له فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعملها. والله ولي التوفيق. وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه^(١).

وعليه نجد أن العقود المستقبلية أو المستمرة عند التنفيذ يطرق عليها ما يجعل العقد والاستمرار فيه مجعفاً أو مرهقاً، ويستوجب تدخل المحاكم أو القاضي بتعديل ما يجعله معقولاً وفي الحدود الطبيعية والعرفية لمثل تلك العقود^(٢).

فإذا لم يوجد سبب من الأسباب المسوغة للتعديل في العقود كما هو مبين آنفاً، فلا يجوز تعديل العقود اللازمة بعد انعقادها؛ لما بيثاء في بداية هذه المسألة من أن الأصل في العقود اللزوم ووجوب الوفاء بها، والإجماع منقذ على ذلك^(٣).

وبالنظر لما جاء في السابقة القضائية، وما تقبست به من عدم صحة ما طلبه المدعي من تعديل بنود العقد بعد لزومه، وأنه لم يثبت قبضه المبرر الشرعي لجواز ذلك، ولم يثبت ما دفع به من ظروف استثنائية، وحكمت بتنفيذ العقد وإجراء مضمونه، مما نجد أن ذلك القضاء متوافق مع جاء في لزوم العقد شرعاً، وعدم ثبوت الظروف الطارئة المرهقة الداعية لتدخل القاضي بالتصحيح أو التعديل.

(١) انظر: القرار السابع من الدورة الخامسة لعام ١٤٠٦هـ، قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي من دورته الأولى لعام ١٣٩٨هـ حتى الدورة الثامنة عام ١٤٠٥هـ (مكة المكرمة: رابطة العالم الإسلامي، ١٩٨٥م) ص ٩٩-١٠٤.

(٢) انظر: نظرية نسخ العقود، نديم (١٨٩).

(٣) انظر: الصفحة ٣١٢ من هذا البحث.

ثالثاً: وجه كونها سابقة قضائية:

الثابت من عرض المحكم القضائي، وما تبع ذلك من إجراءات قضائية، انطباق وصف السابقة القضائية على مضمونه، إذ أنه صدر من المحكمة الابتدائية برقم ٧٨/د/١٥/تج/١٥ لعام ١٤٢٨هـ واستوفى أركان وشروط المحكم القضائي، ثم اكتسب تأييد وموافقة المحكمة الأعلى درجة بالمحكم رقم (٩/ت/٣ لعام ١٤٢٩هـ) وأصبحت عبالة لأن تكون مثالا يحتذى بها لما يلحق من أحكام^(١).

رابعاً: الصياغة المقترحة للسابقة:

(لا يصبح تعديل العقد اللازم دون سبب مشروع، أو حصول ظروف طارئة من شأنها زيادة الضرر الفعلي بالمتعاقدين أو أحدهما).



(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية، الصادرة عن ديوان المظالم؛ لعام ١٤٢٨هـ/ج ٢؛



الفصل الثالث

السوابق القضائية المتعلقة بحقوق السلم

وفيه مبحثان: -

- ♦ المبحث الأول: مسخ العقد لعدم تسليم الثمن مقدماً.
- ♦ المبحث الثاني: حكم السلم في ما لا ينضبط بالصفة.



البهت المدل

فسخ العقد لعدم تسليم الثمن مقدماً

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[تلخص وقائع هذه القضية حسبما يتبين من مطالعة أوراقها وبالقدر اللازم لإصدار هذا الحكم فيها في أن وكيل المدعي تقدم للمحكمة الادارية بجنة بلائحة دعوى غش... تضمنت أن المدعي يمتلك مؤسسة تجارية، وقد تعاقدت مؤسسته مع مؤسسة المدعي عليها على توريد عشرة ملايين كيس من الاسمنت من المملكة العربية السعودية إلى دولة الكويت، وبمعدل خمسة آلاف كيس يومياً، وبواقع ثمانية عشر ريالاً للكيس الواحد، وبقيمة إجمالية بلغت مائة وثمانون مليون ريال، وألزم التزام المدعي عليه بتنفيذ العقد تكبد موكله خسائر مادية كبيرة، وطلب في نهايتها الحكم على المدعي عليه بتعويض موكله بمبلغ وقدره أربعة ملايين وثلاثمائة ألف ريال، تمثل المبالغ التي أنفقها موكله في سبيل تنفيذ العقد، كما طلب إلزام المدعي عليه بنفع مبلغ وقدره ثمانية عشر مليون ريال قيمة الشرط الجزائي في العقد، إضافة إلى إلزام المدعي عليه بنفع أتعاب المحاماة، والمقدرة بمبلغ مليونين وثلاثمائة ألف ريال.

(١) انظر الحكم الصادر من الدائرة التجارية الثالثة عشرة بالمسكمة الادارية بجنة برقم رقم ٢٤٧/د/ج/١٢ لعام ١٤٣٠هـ، والمكتسب القطعية بسكم مسكمة الاستئناف رقم ١٧٩٤/أ/٢ لعام ١٤٣١هـ.

ويسأل المدعي وكالة عن تفصيل دعواه أجاب بأنها وفقاً لما ورد في لائحة دعواه المرفقة، وخلاصتها أن موكله أبرم مع المدعي عليه عقد توريد أسمحت بتاريخ ٢٠٠٧/٩/٨م، يلتزم موكله بموجب هذا العقد باستخراج شهادة المنشأ التي كلفت موكله مائة ألف ريال، وقد شرع موكله بتنفيذ بنود هذا العقد، إلا أن المدعي عليه لم يلتزم بتنفيذ البنود المطلوب منه تنفيذها، والتي منها أن يلتزم المدعي عليه بنفع قيمة الأسمت المراد توريده مقنناً مما أدى إلى عدم قيام موكله بتوريد الإسمت وبالتالي عدم تنفيذ عقد التوريد المبرم بين الطرفين الأمر الذي أدى إلى خسارة تكبدها موكله وهو يطلب إلزام المدعي عليه بتصويبه عن الخسائر المترتبة على موكله بمبلغ أربعة ملايين وثلاثمائة ألف ريال، وكذا إلزامه بنفع قيمة الشرط الجزائي، كما يطلب إلزامه بنفع أتعاب محاماة بمبلغ مليونان وثلاثمائة ألف ريال.

وقد أجاب فيها المدعي عليه وكالة عن الدعوى مجملًا جوابه باتعدام الصفة القانونية للمدعي في هذه القضية؛ لأن عقد التوريد محل النزاع لم يبرم مع مؤسسة... بل مع مؤسسة... وبالتالي فإن الدعوى المائلة مقامه ممن لا صفة له فيها، أما بشأن تنفيذ العقد؛ فالمدعي هو من عرقل تنفيذ العقد، فقد اتضح بأن الإسمت ليس مملوكاً للمدعي ملكية تامة، وبالتالي فمسألة دفع النسخة الأولى من قيمة العقد متوقفة على ثبوت ملكية المدعي للإسمت، وهو ما نص عليه البند الخامس من عقد التوريد، وطلب في نهايتها الحكم برفض دعوى المدعي، وإلزامه بدفع مبلغ وقدره خمسة ملايين وثلاثمائة وسبعة عشر ألف ريال تمثل خسائر موكله من جراء إبرام العقد مع من لا يملك المقنن عليه.

ثم سألت الدائرة الطرفين هل تم تنفيذ العقد؟ فذكر وكيل المدعي أن المدعي قام باستخراج شهادة المنشأ، وذكر المدعي عليه صاحب مؤسسة.. أنه لم يتم تنفيذ العقد ثم سألت الدائرة هل دفع النقطة الأولى عند توقيع العقد البالغة عشرون ألف دولار حسب ما نص عليه البند رابعا في العقد؟ فذكر بأنه لم ينفع هذه النقطة ثم سألت الدائرة وكيل المدعي هل يملك موكله كمية الإسمنت المتفق عليها عند توقيع العقد، أو أنه لم يملكها حسب ما جاء في البند الخامس؟ فذكر بأن موكله عند توقيع العقد لم يكن مالك للإسمنت، ثم سألت الدائرة: هل تم تسليم المدعي عليه المستندات التالية بعد توقيع العقد شهادة المنشأ - إذن التصدير - الفاتورة - أوامر تحميل السيارات - أسماء المالكين

فذكر بأن موكله لم يسلمها للمدعي عليه إلا شهادة المنشأ لأن المدعي عليه لم يقم بنفع النقطة الأولى، ثم سألت الدائرة وكيل المدعي هل تم توريد أي دفعة من الإسمنت للمدعي عليه فذكر أن موكله لم يورد أي دفعة من الإسمنت للمدعي عليه، ثم سألت الدائرة المدعي عليه عن السبب في عدم تنفيذ العقد المبرم مع المدعي، فذكر بأن المدعي لا يملك الإسمنت، وقت التعاقد وهو خلاف ما أفهمني به وخلاف ما نص عليه البند الخامس من العقد، وبالتالي فإن المدعي لم يقدم لي مستندا واحدا يثبت ملكيته للإسمنت عند التعاقد، فكيف أرفع له المبلغ وهو لا يملك الإسمنت ثم اكتفي الطرفان.

الأسباب

وحيث أن المدعي يطالب المدعي عليه بمبلغ وقدره أربعة ملايين وثلاثمائة ألف ريال، تمثل المبالغ التي أنفقها موكله في سبيل تنفيذ

العقد، ومبلغ وقدره ثمانية عشر مليون ريال يمثل قيمة الشرط الجزائي في العقد، وحيث أن المدعى عليه يطالب المدعي أيضا بمبلغ وقدره خمسة ملايين وثلاثمائة وسبعة عشر ألف ريال تمثل خسارته في إبرام العقد مع من لا يملك المعقود عليه، إضافة إلى دفع قيمة الشرط الجزائي، وحيث أن النزاع في هذه الدعوى متوقف على تنفيذ العقد من عدمه، وحيث أن الثابت من أوراق القضية يفيد عدم تنفيذ العقد من قبل المدعي فالمدعي لم يملك المعقود عليه، وخالف بذلك صريح ما نص عليه البند الخامس من العقد والذي أشار إلى أنه هو المالك الفعلي للإسمت، كما أنه بذلك قد خالف ما نصت عليه الشريعة المطهرة، والتي منعت البائع من بيع ما لا يملك، كما أنه لم يسلم المدعى عليه كافة المستندات المطلوبة منه في هذا العقد، وبالتالي كان هو السبب الحقيقي في عدم تنفيذ عقد التوريد، وعليه فجميع طلباته في هذه القضية مرفوضة وجنيرة بعدم الالتفات إليها، وحيث أنه بالنسبة لطلبات المدعى عليه بتطبيق الشرط الجزائي، فإن الثابت أن العقد لم يتفد بين الطرفين، ولم يدفع المدعى عليه أية مبالغ للمدعي، ومعلوم أن الشرط الجزائي إنما يطبق عند وقوع الضرر على من يخرج به، وإن الدائرة ترى أنه لم يقع ضرر متحقق على المدعي عليه حتى وإن أبرم عقودا مع الغير المترتبة على عقده مع المدعي في هذه القضية؛ لأنه علم مسبقا بباطل المدعي وعدم التزامه بتنفيذ العقد فالتزامه مع الغير، والأمر ما ذكر سلفا تسرع منه رغم علمه بعدم جنية المدعي في تنفيذ العقد الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى رفض طلبات المدعي عليه بتطبيق الشرط الجزائي وتقصي بذلك.

حكمت الدائرة: برفض دعوى المدعي.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة فيما يلي:

أولاً: يحدد عقد السلم^(١) من الحقوق اللازمة، ومن عقود المعاوضات، والتي يشترط فيها تقديم الثمن في مجلس العقد، وتأجيل الثمن، ومن العقود المستجدة في العصر الحديث عقود التوريد^(٢) والتي تكيف على أنها عقود سلم، ومن خلال ما جاء في الحكم القضائي من الدراسة، نجد أنها تقر ما ذكر آنفاً، ومن هنا تظهر العلاقة بين عنوان المطلب والسابقة محل الدراسة.

ثانياً: بحث السابقة القضائية حكمها على مسألة تكلم عنها الفقهاء^(٣) وهي أن قبض رأس مال السلم في مجلس العقد يعد شرطاً في صحته، وإذا تفرقا قبل القبض انفسخ العقد وبطل السلم، ولا خلاف بين الفقهاء في أنه متى تم تسليم رأس المال في السلم أثناء مجلس العقد صح السلم، إلا أن هناك من يرى جواز تأخير القبض عن المجلس لمدة ثلاثة أيام، وبناء عليه فإنه يحسن بنا عرض المسألة وتفصيلها وذلك على النحو التالي:

- (١) السلم: على ثفة أهل الصحار والسلف ثفة أهل العراق، السليم معناه الإعطاء، والترك، والتسليم، والسلم نوع من العوض، وقال: أسلم، وسلم إذا أسلف، وهو: أن تعطي شيئاً أو ثفة في سبلة معلومة إلى أمد معلوم، واصطلاحاً: عقد على موصوف في الثمة موزج بشئ مقروض في مجلس العقد. انظر: لسان العرب: (٢٨٩/١٢) مادة (سلم)، والمعني: ٢٨٢/٦.
- (٢) التوريد يعرف بأنه: عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقبين بإحضار بضاعة من بلد ما إلى بلد آخر بعينه للعائد الآخر مقابل ثمن معين. انظر: عقد المخلوطة، الحايد: (٣٥٢).
- (٣) ينظر البحر الرائق (١٧٤/٦)، والعناية شرح النهاية: (٤٢٤/٤)، وحاشية المنصوفي: (٣٣٢/١٢)، والمخيرة للقرافي: (٢٧٧/٥)، والساوي الكبير (٨٩١/٥)، ومجلة الأحكام العدلية (٧٦/١)، والشرح الكبير: (٢٧٧/١٢)، والاتصال: (٢٧٧/١٢)، وكشاف القناع: (٣٠٤/٣).

أ - صورة المسألة، وتحرير محل النزاع:

إذا اتفق الطرفان على أن يقوم البائع بتسليم الثمن الممكن وجوده بعد مدة معلومة، بثمن معلوم يقلضه المشتري، ثم اختلفا من مجلس العقد قبل تسليم الثمن، فما الحكم في ذلك؟

١ - اتفق الفقهاء ❦ على أنه لا يجوز السلم حتى يستوفي المسلم إليه الثمن الذي تباعا فيه^(١)

٢ - واختلفوا ❦ في وقت الاستيفاء وزمنه على قولين.

ب - الأقوال والأطلة:

القول الأول: أنه يلزم تسليم رأس المال في السلم في مجلس العقد؛ وإذا اختلفا قبل القبض بطل العقد، وهو مذهب جمهور العلماء من الحنفية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) والظاهرية^(٥).

واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: قوله ❦: "من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"^(٦).

(١) حكي الإجماع الطبري، (اختلاف الفقهاء: ٩)، وابن المنذر: (الإجماع: ٩٨)، وابن حزم: (المسلم في مواعيد الجليل: ٤/٥١٤)، ولاستزادة ينظر: مسائل الإجماع في عقود المصارف والتطبيقات: (٦٢٧).

(٢) ينظر: البحر الرائق: (١٧٤/٦)، النهاية شرح النهاية: (٢٢٤/٤).

(٣) ينظر: العاوي الكبير للماوردي: (٨٩١/٥)، مفتي المساجد: (٤/١).

(٤) ينظر: الشرح الكبير: (٢٧٧/١٢)، الإصناف: (٢٧٧/١٢) كتاب الفتح: (٣٠٤/٢).

(٥) ينظر: المسلى لابن حزم: (٤٦/٨).

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه، في كتاب المساقاة باب السلم برقم ٤٦٠٦ عن ابن عباس ❦ (٥٥/٥).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ قال: "فليسلف" أي فليعطى ولا يقع اسم السلف فيه حتى يعطيه ما أسلفه قبل التفريق، وأسماء المقود المشتقة من المعاني لا بد من تحقق المعاني فيها^(١).

القول الثاني: عن ابن عمر رضيه الله عنه قال: (أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ)^(٢).

وجه الدلالة: نهى النبي ﷺ، عن بيع النين بالنين، ومن المعلوم أن عقد السلم عقد على موصوف في الثمة، وفي تأجيل الثمن وهم قبضه في مجلس العقد تأجيل للثمن والمثمن، ويكون ذلك من باب بيع النين بالنين المنهي عنه في الحديث^(٣).

الدليل الثالث: ولأن الغاية من المقود هو ترتيب آثارها عليها بمجرد العقد، وفي تأخير البدلان مخالفة لهذا العقد المشروع، وانعدام الفائدة من العقد^(٤).

القول الثاني: أنه يجوز تأخير تسليم الثمن عن مجلس العقد يومين

(١) ينظر: كتاب الفتح: (٣/٢٠٤).

(٢) أخرجه الحاكم في مستدركه عن موسى بن حبة عن لاجع وقال: 'حديث صحيح على شروط مسلم ولم يخرجاه' المستدرك (٢/٦٥)، وأخرجه الذارقطني في مسنده أيضاً عن موسى بن حبة (٤/٤٠)، وتعليقهما البيهقي في مسنده، بعبارة جاء في النهي عن بيع النين بالنين وقال: 'عن موسى بن حبة بلا شك'. ثم قال: وقد رواه الذارقطني — ورواه شريكنا أبو حنيفة 'الناكح' عن موسى بن حبة وهو وهم، والحديث مشهور بموسى بن حبة' (٥/٢٩٠)، وقال في التلخيص الطبري: 'نفرد به موسى بن حبة، وقال أحمد بن حنبل: لا تصل حديثي الرواية عنه، ولا أعرف هذا الحديث من غيره، وقال أيضاً: ليس في هذا حديث يصح، وقال الشافعي: أهل الحديث يوهنون هذا الحديث' ١- (٣/٦٢)، فالحديث ضعيف لا يحتج به، وقد فسده الألباني رحمه الله في إرواء التلخيص (٥/٢٢٠).

(٣) ينظر مسائل الإجماع في عقود المعاريات الطبري: (٦٢٨).

(٤) المرجع السابق نفسه: (٦٢٩).

والثلاثة، وهو مطلب المالكية^(١).

واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: أن في تأخير رأس المال عن مجلس العقد حتى ثلاثة أيام أمر ليس ممنوع إذ أن ما قارب الشيء يعطى حكمه، وليس هناك ضرر مترتب على ذلك^(٢).

الدليل الثاني: أن التأخير ليس لأجل العرض، وإنما المعنى في العقد وفلك لكي لا يكون من باب بيع الكالئ بالكالئ، والمعلوم أن الثمن مؤجل إلى أمد، وفي تأخير الثمن إلى ثلاثة أيام تحقق للعرض، وهو التسليم قبل حلول الأجل^(٣).

ث - الراجع من الأقوال:

الذي يظهر والله أعلم رجحان القول الأول لقوة ما استدلوا به، وسلامته من المعارضة، ولأن بعض العلماء نقل الإجماع على أنه لا يجوز السلم حتى يستوفي المسلم إليه الثمن في مجلسهما الذي تبايعا فيه^(٤)، وإن كان هذا الإجماع منتقض بما ذكره المالكية من خلاف المجمع عليه كما ذكر في المسألة آنفاً، إلا أنه يقوي صحة القول الأول وما ذهبوا إليه.

ومن خلال النظر في السابفة القضائية محل الدراسة نجد أنها اعملت القول الأول والراجع في المسألة وحكمت به.

(١) ينظر: الشجرة للقرافي: (٣٧٧/٥) حاشية النسوتي: (٣٣٦/١٢)

(٢) ينظر: حاشية النسوتي: (٣٣٦/١٢)

(٣) ينظر: مسائل الإجماع في عقود المعاريات الصغير: (٦٩)

(٤) ينظر مسائل الإجماع في عقود المعاريات الصغير: (٦٣٧ - ٦٣٨)

ثالثاً: وجه كونها سابقة:

بالنظر إلى ما جاء في الحكم القضائي الوارد في الفرع الأول يتبين لنا وجه كونه سابقة، من حيث صدوره من المحكمة الابتدائية، مستوفياً لأركان الحكم المعتمدة، واكتسابه لتأييد المحكمة الأعلى درجة، وتكرر وقائع مثلها في عقود التوريد، مما يرى الباحث أنه صالِحاً لأن يكون مثلاً يحتذى به.

رابعاً: الصياغة المقترحة للسابقة:

(يشترط في عقد التوريد ما يشترط في رأس مال المسلم من القبض للثمن في مجلس العقد، وإن لم يقبض فيه بطل العقد).



المبحث الثاني

حكم السلم في ما لا ينضبط بالصفة

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[تقدم إلى فرع الديوان بمنطقة المدهي وكالة (....) بلائحة ادهاء يختصم فيها المدهي عليها، ويسأل وكيل المدهي عن دعوى موكله أكد على ما تضمنته لائحة دهواء من أنه تعاقد مع المدهي عليها على أن تقوم بتوريد جلود الأنعام لموكله بأسعار محددة بالعقد، وقد قام موكله بنفع مبلغاً وقدره (١٠٠٠٠٠) مائة ألف ريال على دفعتين بواقع (٥٠٠٠٠) خمسين ألف ريال لكل دفعة، وذلك قيمة الجلود التي ستوردها المدهي عليها، إلا أن المدهي عليها قامت بالتوريد لمدة أربعة أشهر بمبلغ وقدره (٤٦٨,٠٧,٥٠) ستة وأربعون ألفاً وثمان مئة وسبعة وريالات وخمسون هللة، وختم دهواء بطلب إلزام المدهي عليها بدفع ما تبقى لموكله في ذمة المدهي عليها عن هذه المعاملة بمبلغ وقدره (٥٣,١٩٢,٥٠) ثلاثة وخمسون ألفاً ومئة واثنان وتسعون ريالاً وخمسون هللة، ويطلب الجواب من المدهي عليها قدم مذكرة من صفحة واحدة ذكر فيها أن موكلته اتفقت على أن تقوم بتوريد الجلود للمدهي من ممتلكاتها الموجودين على أن

(١) انظر الحكم الصادر برقم ١٠٦/٥/تج/٢٢ لعام ١٤٢٨هـ، والمقيد من مسكدة الاستئناف بالحكم رقم ١٣٦/ت/٣ لعام ١٤٢٩هـ، والمنشور في مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٩هـ (٦٠٩/٢).

يدفع المدعي مبلغاً وقدره (١٠٠٠٠٠) مائة ألف ريال عن مسلخ المدينة
و: (٣٠٠) ثلاثون ألف ريال عن مسلخ ينبع، وتم تبادل الاتفاقية
بالفاكس، وكانت بتاريخ ٨/١٠/٢٠٠٦م، وبناء عليه ألقت موكلة جميع
الاتفاقات الأخرى لتوريد الجلود، وقد قام المدعي بتحويل أول دفعة
وكانت بمبلغ وقدره (٥٠٠٠٠) خمسون ألف ريال بتاريخ ٢٤/٩/١٤٢٧هـ، ولم يلتزم بالاتفاقية ولم يتم تحويل الدفعة الثانية، وبعد عدة
مطالبات، وبعد مرور أكثر من شهر قام بتحويل الدفعة الثانية وقدرها
(٥٠٠٠٠٠) خمسون ألف ريال وذلك في تاريخ ٢٨/١٠/١٤٢٧هـ، ولم
يكمل المبلغ مع أن الاتفاقية نصت على أن يدفع المبلغ كاملاً مقدماً إلا أنه
لم يتم بذلك، بل كان يتهرب من استلام الجلود من المسلخ مما يؤدي إلى
تلفها ورميها، مع أن موكلة قامت بتوفير حوش لتجميعها مما رتب عليها
خسائر كثيرة، ولم يستلم من مسلخ ينبع إلا مرتين فقط في ٢٤/٩/١٤٢٧هـ
استلم خمسة وخمسين جلدًا، وفي تاريخ ١٠/١٠/١٤٢٧هـ
استلم تسعة وتسعين جلدًا، وأما بخصوص مسلخ المدينة فقد كان المدعي
يقوم بفرز الجلود، ولا يستلم إلا الكبيرة منها والسليمة، أما الصغيرة أو
التي بها تشققات فكان يرفض استلامها، مما كبد موكلة خسائر، وكانت
موكلته لا تجد صاحب المؤسسة إلا نادراً، وبصورة ولم تتفاهم معه، ثم
سألت الدائرة وكيل المدعي عليها عن قيمة الجلود التي استلمها المدعي،
فذكر أنه استلم من موكلة جلوداً بقيمة (٤٨,٥٨١,٥٠) ثمانية وأربعين ألفاً
 وخمسمائة وواحد وثمانين ريالاً وخمسين هللة، وفي جلسة هذا اليوم
سألت الدائرة وكيل المدعي عن قيمة الجلود التي استلمها فقروا أنه استلم
جلوداً بقيمة (٤٨,٥٨١,٥٠) ثمانية وأربعين ألفاً وخمسمائة وواحد وثمانين
ريالاً وخمسين هللة، وبالتالي يكون ما في ذمة المدعي عليها هو مبلغ
وقدره (٥١,٤١٨,٥٠) واحد وخمسون ألفاً وأربعمئة وثمانية عشر ريالاً

وخمسون هللة، ويطلب إلزام المذعي عليها بنقع هذا المبلغ، وبناء عليه أصدرت الدائرة حكمها لما يلي من الأسباب.

الأسباب

لما كان وكيل المذعي يهدف من إقامة الدعوى إلزام المذعي عليها بنقع ما تبقى لموكله في ذمتهم من مبالغ وقدرها (٥١,٤١٨,٥٠) واحد وخمسون ألفاً وأربعمائة وثمانية عشر ريالاً وخمسون هللة، وذلك باقي قيمة العقد المبرم بينهما بأن ينقع المذعي للمذعي عليها مبالغ مالية مقدماً على أن يتم تسليم جلود الأنعام فيما بعد، ولما كان المذعي قد دفع مبلغ (١٠٠٠٠٠) مئة ألف ريال، ولم يتسلم منها سوى ما قيمته: (٤٨,٥٨١,٥٠) ثمانية وأربعون ألفاً وخمسمائة وواحد وثمانون ريالاً وخمسون هللة، ويطلب إلزام المذعي عليه بنقع ما تبقى له في ذمة المذعي عليها، ولما كان المبيع في العقد محل النزاع مؤجلاً والضمن حالاً، فإن العقد المبرم بين الطرفين يكيف على أنه عقد سلم؛ لأن عقد السلم هو العقد على موصوف في الذمة مؤجل ينضبط بالصفات بضمن مقبوض بمجلس العقد، وإذا نظرنا إلى المبيع في العقد محل النظر نجد أنها جلود غير موجودة وقت إبرام العقد، والضمن سلم على دفعتين ولم يسلم جميعه في مجلس العقد، وعلى هذا فإن العقد باطل من وجهين أحدهما: أن الضمن لم يسلم بمجلس العقد، ثانيهما: أن المسلم فيه جلود والجلود لا تنضبط بالصفة؛ ولذلك نص الفقهاء على أنه لا يجوز السلم في الجلود، ومن ذلك ما ورد في شرح منتهى الإرادات: (٢١٥/٢) وكذلك في الفروع لابن مفلح: (١٧٤/٤) وفي المقنع لابن قدامة: (٨٧/٢)، فضلاً عن أن الاتفاق بين الطرفين لم يتضمن أوصافاً مائة من الاختلاف؛ ولذا نجد أن نشأ النزاع بين الطرفين هو أن يسلم الجلود فيها عيوب أو أنها غير مملحة بما يكفي، وإذا نظرنا إلى العقد لم

نجد متضمناً نقاط الخلاف على فرض أنه يصبح السلم في الجلود؛ مما
تنتهي معه الدائرة إلى أن العقد بين الطرفين يعد باطلاً.

أما ما تم تسلمه من الجلود بناء على قناعة من الطرفين فيعد بيعاً
بالثمن المنفوع مقدماً، أما ما لم يستلم منه فإنه تلزم المدهى عليها بإعادة
أقيامها؛ لعدم صحة عقد السلم بين الطرفين، أما ما تدعيه المدهى عليها
من خسارة نتيجة عدم تسلم المدهى للجلود بحجة هيوها؛ فإن المدهى
عليها هي التي تتحملها لبطان العقد وكان من المتعين عليها ألا تبسها
وهي غير موجودة طالما أنه لا يصبح السلم فيها ولا يعطون بعدم فهمهم
لقواعد الشريعة؛ إذ كان من الواجب عليهم عرض العقد على مختص
ليرى مدى صحته من عدمه.

لذلك حكمت الدائرة بإلزام شركة (...) أن تدفع لمؤسسة (...) مبلغاً
وقدره (51,418,50) واحد وخمسون ألفاً وأربعمائة وثمانية عشر ريالاً
 وخمسون مائة؛ لما هو موضح بالأسباب.]

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية :

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة فيما يلي :

أولاً: جاءت الوقائع المعروضة أمام المحكمة -معتبرت المحكم-
مشملة على بيع موصوف في الذمة والثمن حالاً، وهو ما يسمى عند
الفقهاء بعقد السلم^(١)، وهو من عقود المعاوضات، ثم جاء النص في
الحكم محل الدراسة على بطلان العقد؛ لكون المسلم فيه مما لا يتقبط
بالصفة، وبهذا يتضح وجود الرابط بين العنوان في المطلب والسابقة
القضائية، على النحو المقرر في منهجية البحث.

ثانياً: نصت السابقة في قضائها على أن ما يطالب به المدعي يعد من قبيل عقد السلم، ويثبت بأن ما اتفق عليه الطرفين في العقد مما لا يتضبط بالوصف، ولا يصح فيه السلم وبالتالي فقد حدث النزاع جراء ذلك، وبناء على السلطة الممنوحة للقاضي شرعاً في تصحيح العقود والشروط حكمت المحكمة بالإعلان.

وعليه فإن المسألة المطروحة للبحث في هذه الدراسة هي: حكم السلم أو البيع على موصوف في الذمة مؤجل مما لا يتضبط بالوصف؟ وما يترتب على ذلك؟

ولبيان هذه المسألة، ومقارنتها مع السابقة القضائية، فإني أوجزها على النحو التالي:

١ - وضع الفقهاء  للمعقود عليه في عقد السلم شروطاً تميزه وترفع عنه الجهالة والقرور وما يؤدي إلى التنازع بين الناس ويكثر معه الخصومات لا سيما في العقود المستمرة إلى حين حلول الأجل المتفق عليه أو التسليم للمبيع^(١).

وهذه الشروط يمكن إجمالها فيما يلي^(٢):

- ١ - أن يكون المسلم فيه شيئاً في الذمة.
- ٢ - أن يكون المسلم فيه مؤجلاً معلوم الأجل.
- ٣ - أن يكون المسلم فيه معلوم القدر والصفة.
- ٤ - أن يكون عام الوجود عند حلول الأجل.

(١) انظر: عقد السلم، للمصالح: ١٠٣.

(٢) انظر: بنائع المصالح: (٢٠٧/٥)، والمفتي، للمصالح: (٢٩٦/٤)، ومغني المحتاج (١٠٧/٢)، والمفتي: (٣٨٥/٦)، والمصلي: (٣٩/٨)، وعقد السلم: للمصالح: ١١٧.

٥ - تعيين مكان القبض والتسليم للمسلم فيه.

٦ - حكم السلم فيما لا يتعبط بالصفات أو القدر^(١):

إذا وقع العقد بين طرفين على موصوف في الذمة وكان المقصود عليه مما لا يمكن ضبطه بالقدر، إما زنا، أو كلاء، أو نحو ذلك، أو لا يمكن ضبطه صفة، إما نوحاً، أو جنساً، أو جودة، ودرامة، فهل يصح العقد عليه؟.

من المعلوم أن المسلم فيه هو أحد البتلين في عقد السلم، ويشترط فيه العلم بالمعوض والمعوّض كما في سائر عقود المعاوضة، لذا فقد اتفق الفقهاء على اشتراط العلم بالمسلم فيه قدره، وجنسه، ونوعه، وصفة مما يمكن أن يؤثر في اختلاف الثمن ظاهراً، وإن اختلف هذا الشرط بطل العقد بالإجماع^(٢).

ومستند هذا الإجماع ما يلي:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ يَتَرْتَابِهَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ مِثْقَلًا ذَرَّةً عَنْ تَرَاضٍ بَيْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، فنهى الله ﷻ عن أكل الأموال بالباطل، والنهي يقتضي التحريم، والتراضي المعلق عليه الجواز لا يتأني مع الجهالة الفاحشة، لأن الرغبة بالشيء فرع عن العلم به، فوجب أن يكون معلوماً^(٣).

الدليل الثاني: حديث عبد الله بن عباس ﷺ قال: قدم النبي ﷺ

(١) المراجع السابق.

(٢) نقل الإجماع غير واحد من العلماء منهم: ابن المنذر، وابن العربي، وابن حيرة وابن قدامة، ﷻ ولم يعلم من خالف في حرمة العقد. انظر: موسوعة الإجماع، مسائل الإجماع في عقود المعاوضات، الطبعة: (٢/ ٥٩٣-٥٩٨).

(٣) انظر: عقد السلم وأثره في التنمية الاقتصادية: للعاصم (ص ١١٧-١١٨).

المدينة، وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال: "من أسلف في ثمر، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"^(١). والحديث نص على أن يكون المسلم فيه معلوم القدر والصفة.

الفيل الثالث: أن المسلم فيه متعلق بالذمة، وما يثبت في الذمة يستحيل معرفته جزافاً وإنما يكون مقنناً، ولا يتميز في الذمة إلا بذلك، بخلاف المشاهدة فيمكن تمييزها بالإشارة إليه^(٢).

الدليل الرابع: أن جهالة المسلم فيه تؤدي إلى المنازعة والخصومة بين الناس وهو أمر ممنوع شرعاً^(٣).

الفيل الخامس: أن البيع لا يُحتمل فيه جهل المقود عليه وهو عين، ومن باب أولى أن لا يُحتمل وهو دين^(٤).

ويسري هذا الحكم عموماً على جميع العقود التي محل العقد فيها ديناً في الذمة موصوفة كالتأجير، والثمار^(٥).

ولذا فقد جاء في قرار "مجمع الفقه الإسلامي" رقم ٨٥ (٩/٢) بشأن موضوع السلم وتطبيقاته المعاصرة ما نصه:

"أولاً: السلع التي يجري فيها عقد السلم تشمل كل ما يجوز بيعه ويمكن ضبط صفاته ويثبت ديناً في الذمة، سواء أكانت من المواد الخام أم المزروعات أم المصنوعات....."^(٦).

(١) سبق ترويجه في ص ٥٢٧. (٢) انظر: عقد السلم، الصالح (١٤١١٧).

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر: المبسوط: (١٢٤/١٢)، والمفتي (٢٩٦/٤)، ومغني المحتاج (١٠٨/٢)، والمغني (٣٩٩/٦).

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) قرارات وقرارات مجمع الفقه الإسلامي: ٢٨٦.

والذي سارت عليه السابقة في حكمها: هو القضاء بعدم صحة عقد السلم المطروح أمامها؛ لكون المسلم فيه مما لا يتخبط بالقنر أو الصفة، فاعتبرت أن بيع الجلود مما لا يجوز بيعه سلفاً، لما فيه من الجهالة بالصفة والقنر، قال في المصنف: "وفي الجلود من الخلاف مثل ما في الرؤوس والأطراف. وقال الشافعي: لا يصح السلم فيها؛ لأنها تختلف... ولا يمكن ذبحه؛ لاختلاف أطرافه"^(١).

وبناء عليه قضى المحكم ببطالان العقد، وإعادة الحال إلى ما كان على قبل العقد.

لذلك: وجه كونها سابقة:

يظهر جلياً من خلال عرض السابقة مدى توفر شروط السابقة من حيث أنها صدرت من المحكمة الابتدائية برقم ١٠٦/د/تج/٢٢ لعام ١٤٢٨هـ واستوفت أركان المحكم القضائي وشروطه، وحازت تأييد المحكمة الأعلى درجة بصنوبر المحكم رقم ١٣٦/اس/٣ لعام ١٤٢٩هـ من محكمة الاستئناف، وأصبحت صالحة لأن تكون مثالا يحتذى به.

رأيًا: الصياغة المقترحة للسابقة:

(يجب في كل عقد على موصوف في اللغة مؤجل إلى أجل معلوم، وممجل الثمن إن يكون مما يتخبط بالقنر أو الصفة جنساً، ونوعاً، وجودة).





الفصل الرابع

السوابق القضائية المتعلقة بالجماعة

وفيه بحث واحد -

♦ وهو: استحقاق الجمل بالانتهاء العمل المتفق عليه.



مبحث

استحقاق الجعل^(١) بانتهاء العمل المتفق عليه

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(٢):

[تتلخص وقائع هذه الدعوى في أنه تقدم المدعي وكالة بدعوى موكله قائلاً: إن موكلي يملك وكالة سفر وسياحة تدعى وكالة... وأنه قام بالاتفاق مع صاحب مكتب... لصاحبه.... الحاضر في هذه الجلسة على أن يقوم بالتعقيب لدى الجهات المختصة لنقل كفالات بعض العمالة، وتغيير مهتهم وقد دفع له موكلي مبلغاً وقدره (١٧٥٠٠) اثنا عشر ألفاً وخمسمائة ريال مقابل نقل كفالة خمسة عمال وتغيير مهتهم واتضح فيما بعد أن عملية النقل، والتعديل غير صحيحة، ومزورة، وعليه أطلب إلزامه بإعادة هذا المبلغ، ويسأل المدعي عليه الجواب قال: صحيح إني استلمت أكثر من هذا المبلغ الذي يذكره وكيل المدعي مقابل إنهاء المعاملات الخاصة بهم وأطلب من المدعي أن يقدم لي صورة الجوازات التي تم إلغاؤها، فسألته الدائرة هل قدمت

(١) الجعل: ثمة تطلق على الشغل وهو كل ما يجعل للإنسان على عمله، واصطلاحاً: التزام مرفق معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول يسمى قبله انقرا: معجم المصطلحات المالية، نزه حماد (١٦٥).

(٢) انقرا: الحكم رقم ١٤١/د/تج/٢١ لعام ١٤٢٧هـ، وقد اكتسب الحكم القطعية بسنكم هيئة التفتيش رقم ٢١/ت/٢١ لعام ١٤٢٨هـ، والمنشور في مجموعة الأحكام والقرارات التجارية لعام ١٤٢٨هـ: (٩١٨/٢)

بنقل كفالات هؤلاء العمال، وتغيير مهن بعضهم، فقرر بقوله نعم قمت بذلك، فعقب وكيل المدعي بأن المدعي عليه فعلاً قام بنقل كفالات البعض وتغيير مهن البعض الآخر، واتضح أن خمسة من هؤلاء العمال بأن النقل الذي على وثائقهم مزورة، وقد أرفقت صور بعض الإقامات والجوازات ضمن لائحة المقدمة ويسرى هذه الصور على المدعي عليه قال أطلب إحضار الصور متكاملة وفي جلسة هذا اليوم قدم المدعي وكالة عدد ثلاثة جوازات، وإقامة للعمال التي اتضح أن عملية نقل الكفالة وتحويل المهنة التي تمت لهم أنها مزورة، والمنون عليها الإلقاء من قبل الجوازات، وأوضح أن هذه الإلقاء تم بعد أن قام المدعي عليه بتسليمنا هذه الجوازات والإقامة، ويسرى هذه الجوازات والإقامة على المدعي عليه قال صحيح أن هذا النقل لم يتم، وأنه ألقى وأنه اتضح تزويره، ولكن الرسوم التي دفعت من قبلي تم إعادة استخدامها في عملية النقل الجديدة المنونة على الجوازات، والإقامة ثم استوضحنا الدائرة منه عن الطريقة التي تم بموجبها تسديد الرسوم المسجلة له من المدعي، فقرر أنه تم تسديد هذه الرسوم نقداً قبل وجود نظام الشيكات، ثم استوضحنا الدائرة من المدعي عن الطريقة التي تم بموجبها تسديد الرسوم للنقل الصحيح الذي قام به؛ فقرر أنه تم تسديدها بطريق الشيكات، ثم سألت الدائرة المدعي وكالة بأنه ذكر في دعواه التي حرمها في الجلسة السابقة، أن عدد العمال الذين تم النقل لهم خمسة عمال بينما أحضر في هذه الجلسة وثائق لأربعة عمال فقط، فقرر أنه أخطأ في العدد والصحيح أنهم أربعة عمال وأن تكلفة النقل والتعقيب تزيد على المبلغ الذي ادعى به ولكن موكلني حصر دعواه في المطالبة بهذا المبلغ.

الأسباب:

ولما كان المدهي يطلب إلزام المدهي عليه بأن يدفع له مبلغاً قدره (١٢٥٠٠) اثنا عشر ألفاً وخمسمائة ريال التي سبق أن دفعها له كرسوم لنقل كفالات بعض العمال وتغيير هون البعض لإضافة إلى أتعابه عن هذا العمل، ولما كان المدهي عليه يملك مكتباً للتعقيب مهمته رعاية مصالح الغير نظير أجر يتقاضاه عن هذا العمل فإنه يعتبر من قبيل المكاتب التجارية التي نصت عليها المادة الثانية الفقرة (ب) من نظام المحكمة التجارية، ولما كان المدهي يملك وكالة سفر وسياحة وقام بالاتفاق مع المدهي عليه لنقل كفالات العمال المشار إليهم أعلاه فإنه يعتبر عملاً تجارياً بالتبعية وبالتالي تتعدّد ولاية الدائرة بنظر هذه المنازعة تأسيساً على ما سبق بيانه، ولما كان المدهي عليه قد أقر باستلامه لأكثر من المبلغ الذي يدعي به المدهي وأقر أيضاً بأن العمال الذين أحضر المدهي وكالة جوازاتهم وإقامة أحدهم أنها مزورة وأن النقل الملون عليها غير صحيح، ولما كان المدهي وكالة قد طلب إعادة المبالغ التي استلمها المدهي عليه كرسوم لنقل كفالات هؤلاء العمال وتغيير هون أحدهم وأيضاً الأتعاب التي تقاضاها نظير هذا العمل فإن الدائرة تنتهي إلى أن المدهي عليه لم ينجز العمل الذي تم الاتفاق عليه مع المدهي وبالتالي إلزامه بإعادة هذه المبالغ ولا ينال من ذلك ما دفع به من أن الرسوم التي دفعها قد أهدأ استخدامها مرة أخرى ذلك أنه أقر بأنه سند هذه الرسوم عندما قام بعملية النقل الأولى إلى إدارة الجوازات متاولاً بينما قام المدهي بتسديد هذه الرسوم بواسطة شيكات مدونة أرقامها على الجوازات والإقامة التي قدمها المدهي وكالة وبالتالي يتضي احتمال وجود مثل هذا النفع.

لذلك وبعد المداولة حكمت الدائرة: بإلزام... صاحب مكتب...

بأن ينفع لـ... مبلغاً قدره (١٧٥٠٠) اثنا عشر ألفاً وخمسمائة ريال لما هو موضح في الأسباب، وبالله التوفيق.

◆ النوع الثاني: الدراسة التحليلية

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة فيما يلي:

أولاً: اشتملت الواقعة القضائية محل الدراسة على طلب المدعي من المدعى عليه إنجاز عمل مقابل أجره معلومة، إلا أنه عمل غير محدد بزمان معين، أو وصف مطلوب، وإنما كان العمل هو أساس استحقاق الأجرة المتفق عليها، من نقل كفالة بعض العمال لدى المدعى، إلا أن ذلك لم يتم من قبل المدعى عليه، مما لم يستحق معه الثمن المتفق عليه، ويكيف هذا الاتفاق على أنه عقد جعالة لا ارتباطه بالعمل وإنجازه، ومن هنا تظهر العلاقة بين عنوان المطلب، وما عرضته السابقة القضائية في قطبائها.

ثانياً: بنت السابقة القضائية في حكمها على مسألة ثبوت إنجاز العمل من عنده، وهو ما يسمى عند الفقهاء **بمقد الجعالة** أو العمل وهي: (جعل الشيء من المال لمن يفعل أمر كذا)^(١) ويصبح عقدها على مجهول أو معلوم، وغير محدد بزمان^(٢) والجعالة من المسائل المختلف في مشروعيتها بين الفقهاء^(٣)، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

(١) الاصل: للمطوري: (١٦٢/١٦).

(٢) المرجع السابق.

(٣) ينظر: المبسوط: (١٩/١٠)، الخيرة للقرافي: (٦٠٥/٦)، حاشية التكميل على المنهج:

(٥١٥/٧)، اسنى المطالب: (٤٣٢/٢)، الشرح للكويت لابن قدامة: (١٦٦-١٦٢/١٦)،

الإصناف: (١٦٢/١٦)، التمسك لابن حزم: (٢٠٤/٨).

أ - صورة المسألة وتحرير محل النزاع:

الأصل في العقود أن يكون المحقود عليه معلوماً، ولا يصبح العقد على مجهول كسملك في الماء ونحوه، واستثنى من ذلك ما احتاج إليه الناس من الأهمال التي لا يجدون من يتبرع بفعله، ولا يصبح العقد عليه كره المال الضائع، والعبد الآبق ونحو ذلك^(١)، ولتحرير محل النزاع نقول:

١ - اتفق الفقهاء **رضي الله عنهم** على مشروعية الجمالة في رد العبد الآبق^(٢)، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَهُ يَهُودِيٌّ يَمِيزُ وَأَنَا يَهُودِيٌّ﴾ [يونس: ١٧٢].

٢ - واختلفوا على مشروعيته فيما سوى ذلك على قولين.

ب - أقوال الفقهاء وأهلهم:

القول الأول: مشروعية الجمالة، وأن الجمل لا يستحق إلا بتمام العمل، وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

واستدلوا بما يلي:

الفيل الأول: قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَهُ يَهُودِيٌّ يَمِيزُ وَأَنَا يَهُودِيٌّ﴾ [يونس: ١٧٢].

(١) ينظر: الشرح الكبير، لابن قدامة: (١٦١/١٦-١٦٢).

(٢) نفس المرجع السابق.

(٣) ينظر: النخبة للقرافي: (٦/٥-٦)، نهاية المجتهد: (١٢٣٥-١٢٣٦).

(٤) ينظر: حاشية الجمل على المنهج: (٧/٥١٥)، أمسي المطالب: (٢/٤٢٩).

(٥) ينظر: الشرح الكبير، لابن قدامة: (١٦١/١٦-١٦٢)، الإصناف، للمرواوي: (١٦٢/١٦).

وجه الدلالة: أن الآية نص في جواز تحديد مال لمن يقوم بعمل مجهول، وهو شرع لمن قبلنا، وشرع لنا إذا ورد ما يؤيده، وقد جاء في الصحيح ما يؤيده وهو خبر الراقي بالفاتحة على قطع من الغنم^(١).

الدليل الثاني: عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن ناساً من أصحاب النبي ﷺ أتوا على حي من أحياء العرب فلم يفرقهم، فبينما هم كذلك، إذ لدغ سيد أولئك، فقالوا: هل معكم من دواء أو راق؟ فقالوا: إنكم لم تفرقونا، ولا تفعل حتى نجعلوا لنا جبلاً، فجعلوا لهم قطعاً من الشاء، فجعل يقرأ بأم القرآن، ويجمع بزاقه ويثقل، فبأ فأتوا بالشاء، فقالوا: لا نأخذه حتى نسأل النبي ﷺ، فسألوه فضحك وقال: فوما أدراك أنها رقية، خذوها واضربوا لي بسهم^(٢).

وجه الدلالة: أن الحديث نص في راحة أخذ الجمل على الرقية، وقد أقر النبي ﷺ الراقي، وقال اضربوا لي بسهم، ولو كان أمر غير مشروع لم يأذن لهم بأخذه.

القليل الثالث: ومن الموقوف: فإن الحاجة تدعو إلى ذلك، فإن العمل قد يكون مجهولاً، كرد الغبالة والابل، ولا تنعقد عليه الإجارة، فتدعو الحاجة إلى بذل العوض فيه مع جهالة العمل^(٣).

(١) ينظر: إسن المطالب، الأنصاري: (٤٢٩/٢).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه في باب الرقى بخاتمة الكتاب برقم ٥٧٦٦ عن أبي سعيد الخدري (١٧٠/٧)، وأخرجه مسلم في صحيحه في باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأدكار برقم ٥٨٦٢ (١٩/٧).

(٣) ينظر: بداية المجتهد: (١٢٣٥/٢)، إسن المطالب: (٤٢٩/٢)، الشرح الكبير لابن قدامة: (١٦٦-١٦٧).

القول الثاني: عدم مشروعية الجمالة في غير رد العبد الأبق وهو مذهب الحنفية وابن حزم^(١).

واستتلوا بما يلي:

١ - أن الجمالة فيها تعليق التملك على الخطر (الغرق) وهو قمار، فتمنى دار التملك بين الوجود والعدم أصبح قماراً، وهو محرم في شريعتنا^(٢).

٢ - أن الجمالة عقد غير موجه إلى معين يقبل بالعقد، فائتفى وجود العقد^(٣).

ج - الراجع:

الذي يظهر والله أعلم - صحة ما ذهب إليه الجمهور من مشروعية الجمالة، وأنها من العقود الغير لازمة، وذلك لقوة الأدلة وعدم معارضتها بغيرها، والتي هي نص في الباب، والحاجة داعية إليها.

لذلك: وجه كونها سابقة قضائية:

يظهر من خلال عرض السابقة القضائية، تطابق وصف السابقة عليها، إذ أنها صدرت من المحكمة الابتدائية برقم (١٤١/د/تج/٢١ لعام ١٤٢٧هـ) وجاءت مستوفية لأركان وشروط الحكم القضائي، ثم اكتسب تأكيد وموافقة المحكمة الأعلى درجة برقم (٣١/ت/٣) لعام ١٤٢٨هـ وتكررت مثل هذه الوقائع كما في الحكم رقم (٣١/د/تج/

(١) ينظر: المبسوط للسرغسي: (١٩/١١)، بنائع الصنائع: (٢٠٣/٦) والمصلى لابن حزم (٢٠٤/٨).

(٢) ينظر: المبسوط للسرغسي: (٢٠/١١)، الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٠٨/١٥).

(٣) ينظر: المبسوط، للسرغسي: (٢٠/١١)، المصلى لابن حزم: (٢٠٤/٨).

١٣/ لعام ١٤٢٨هـ، وأصبحت مثلاً صالحاً للاحتذاء به فيما يلحق من أحكام^(١).

رأيًا: الصياغة المقترحة للمساواة:

(تتخذ الجمالة على العمل وإن كان مجهولاً، ويستحق العامل أجره بتمام عمله).



(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية، الشؤون الفنية لنيوان النظام: لعام ١٤٢٩هـ، المجلد (٣)، ٩٣٩.



الباب الثالث

السوابق القضائية

المتعلقة بحقوق التوثيق

المرتبطة بحقوق المعاملات التجارية

وفيهِ فصلان:

❖ الفصل الأول: السوابق القضائية المتعلقة بحقوق الحوالة.

❖ الفصل الثاني: السوابق القضائية المتعلقة بحقوق الكفالة.



الفصل الأول

السوابق القضائية المتعلقة بعقود الحوالة

وفيه بحثان: -

♦ المبحث الأول: يشترط لصحة الحوالة قبول المحال بالإحالة،
ورضاه والتزام المحال عليه.

♦ المبحث الثاني: حكم تحول الديون عن البائع إلى المشتري.



البهت المدل

يشترط لصحة الحوالة^(١) قبول المحال بالإحالة
ورضاه والتزام المحال عليه

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

السابقة الأولى:

الوقائع^(٢):

[وقائع هذه الدعوى تتحصل حسب ما يبين من مطالعة أوراقها
وبالقدر اللازم للفصل فيها أنه تقدم لفرع ديوان المظالم بمنطقة مكة
المكرمة - جدة.... بوكالته عن المنهى بلائحة دعوى، طالب فيها
بالحكم بإلزام المنهى عليها بدفع مبلغ قدره (١٥١٨٣٣) ريال يمثل قيمة
الورق المباع على المنهى عليها، والتي لم تسدد ثمنه حتى تاريخه.

وبجلسة ١٣/٧/١٤٢٧هـ ويسأل المنهى وكالة عن دعواه؟ أكد
أنها وفقاً لما ورد بلائحة الدعوى، والمتضمنة مطالبة المنهى عليها بمبلغ
وقدره (١٥١٨٣٣) ريال يمثل قيمة الورق المباع على المنهى عليها والتي

(١) الحوالة: نة: التحويل والنقل من موضع إلى آخر، واصطلاحاً: نقل الدين من فة إلى فة
أخرى.

انظر: معجم المصطلحات المالية، لؤة حماد (١٨٧).

(٢) انظر: الحكم الصادر من الدائرة التجارية العائرة بالمحكمة الإدارية بجدة، رقم
١٠٧/٥/١٤٢٧هـ، والمكتسب القطعية بحكم التلقيق رقم ١٥/ت/٢ لعام
١٤٢٧هـ.

لم تسدده ثمنه حتى تاريخه، ويسأل المحاضر عن المدعى عليها؟ أجاب بأن التعامل بين الشركة المدعى عليها والمدعى قائم منذ ستين طويلة، وكانت المدعى عليها تستلم البضاعة وتسدد ثمنها بالآجل، وفي أثناء هذا التعامل حررت المدعى عليها اتفاقية تسوية في ١٣/٥/١٤٣٦هـ، وطلب منها في الحفاظ على العلاقة مع المدعية، والاستمرار في التعامل معها، وقد تضمنت هذه الاتفاقية التزام المدعى عليها بسداد المديونية البالغ قدرها (١٥١٨٣٣) ريال على أقساط شهرية.

وقد قمت بتوقيع هذه الاتفاقية والختم عليها بصفتي مديراً عاماً بها، وبادرناها إلى المدعية رفضت هذه الاتفاقية ولم تقم بالتوقيع عليها، فذكر المدعي أن موكلته استلمت هذا الخطاب، ثم طلبت من المدعى عليها تعديل ما ورد في مقدمته، من أن المدعية قصرت في توريد بعض أنواع الورق للمدعى عليها، فرفضت المدعى عليها تعديل ذلك مما حدا بموكلتي إلى عدم الموافقة على هذه الاتفاقية والتوقيع عليها، ثم إنها بعد ذلك رفضت هذه الدعوى للمطالبة بمبلغ المديونية كاملاً، وقدم لإثبات ذلك كشف الحساب المصافق عليه بمطابقة الرصيد لمبلغ الدعوى، ويعرض هذا الكشف على المحاضر عن المدعى عليها قرر أن الختم صحيح وأن التوقيع للمحاسب المالي السابق في المطبعة، ثم طلب إسماله لتقديم جواب مفصل عن هذه الدعوى، فأفهمته الدائرة بضرورة إحضار عقد تأسيس الشركة والسجل التجاري لإثبات كونه مديراً فيها أو إحضار وكالة شرعية في الترافع القضائي عنها.

وبجلسة ١٤٣٧/٦/٢٨هـ حضر المدعى وكالة... السابق تعريفه كما حضر المدعى عليه وكالة... السابق تعريفه، وفي هذه الجلسة قدم المدعى عليه صورة لسجل المدعى عليها التجاري وصورة من عقد التأسيس موضحاً بأن المدعى عليها مطبعة... كانت مملوكة لأخيه... ثم

إتفاها انتقلت بموجب عقد البيع الشرعي إلى شركة.... بما لها وعليها، فطلبت منه الدائرة أصل عقد التأسيس وأصل شهادة السجل التجاري، وأصل عقد البيع المذكور، أو إضمار وكالة تخوله حق الترافع عن مالك مطبوعة... سابقاً، ثم قدم المدعي عليه مذكرة من صفحة واحدة ذكر فيها بأن يحفظون بإثبات الضرر الذي لحقهم من جراء إخلال المدعية بمقد التوريد المبرم معها وأنهم يرغبون في عودة المدعية إلى ما قد كان عليه التعامل بينهم، وأنهم ملتزمون بالسداد حين الإمكان وعلى قدر المتاح، تسلم المدعي وكالة صورية منها وباطلاعه عليها أكد على طلبه إلزام المدعي عليها بالسداد وفقاً لإقراره بذلك في ختام مذكرته.

وبجلسة ١٤٢٧/٧/٧ هـ حضر الطرفان السابق تعريفهما، وفي هذه الجلسة قدم المدعي عليه وكالة صورية من عقد بيع مطبوعة.... وفروعه إلى شركة.... بما لها من حقوق وما عليها من التزامات مديلاً بختم المدعي عليها مطبوعة... ومطابق على التوقيع بختم الخرفة التجارية بمحافضة جدة بتاريخ ١٤٢٥/٣/٧ هـ وتمت مطابقتها بأصله وإرفاق صورته بملف القضية، كما قدم أصل شهادة السجل التجاري لشركة.... وتمت مطابقتها بالصورة المرفقة بملف القضية، وباطلاع المدعي وكالة على عقد البيع وما تضمنته من انتقال المدعي عليها مطبوعة... وفروعه إلى شركة.... بما لها وعليها قرر أنه يختصم الشركة المذكورة في هذه الدعوى ويطلبها بالمديونية، ثم أفهمت الدائرة المدعي عليه وكالة بأن ما ذكره في مذكرته المقدمة بالجلسة الماضية من حصول بعض الأضرار عليه من جراء إخلال المدعية بالتزاماتها تجاه موكلته بأن له الحق في رفع دعوى مستقلة بذلك نظراً لانفصال مستنداتها وموجباتها عما ورد في هذه الدعوى، ولا سيما أن منشأ هذه المديونية حسب إفادة المدعي عليه وكالة كان بسبب الاتفاق الشفوي بينه وبين مندوب المدعية.

الأسباب:

وبما أن المدعى وكالة يطلب إلزام المدعى عليها بدفع مبلغ قدره (١٥١٨٣٣) ريال مستنداً في ذلك إلى كشف الحساب المصادق عليه بالمطابقة من قبل المدعى عليها مطبوعة.... والميليل بختمها المؤرخ في ٢٠٠٥/٤/٦ م.

وبما أن المدعى عليه وكالة أقر بصحة هذه المنيوتية وثبوتها في فمة المدعى عليها مطابع... وفقاً لاتفاقية التسوية الصادرة من المدعى عليها مطابع... والمؤرخة في ١٣/٥/١٤٢٦ هـ والميليلة بختم المدعى عليها وتوقيع المدعى عليه وكالة... بصفته مديراً عاماً للمطبعة والمتضمنة التزام المدعى عليها بسداد المنيوتية البال قدرها (١٥١٨٣٣) ريال على أقساط شهرية، كما قرر في مذكرته المقننة بجلسة ١٨/٦/١٤٢٧ هـ بأنهم ملتزمون بسداد المنيوتية حين الإمكان وعلى قدر المتاح. وبما أن المدعى عليه وكالة قرر في جلسة ١٨/٦/١٤٢٧ هـ بأن المدعى عليها مطبعة... انتقلت إلى شركة... بما لها وعليها وذلك بموجب عقد البيع المبرم بين.... بصفته صاحب مطبعة... وبين شركة... وقد نص البند الثاني من العقد على أنه "بموجب هذا العقد يتنقل إلى الطرف الثاني شركة... كل ما للمطبعة مطبعة... من حقوق وما عليها من التزامات".

وبما أن المدعى وكالة قرر أنه يحضر دعواه عند شركة... بأن تدفع لموكلته مبلغ الدعوى وقدره (١٥١٨٣٣) ريال، وذلك لانتقال ملكية المدعى عليها مطبعة... بما لها وعليها إلى شركة... وفقاً لعقد البيع المبرم بينهما؛ الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى الحكم بإلزام المدعى عليها/ شركة... بأن تدفع للمدعية مبلغاً وقدره (١٥١٨٣٣) ريال.

لذلك حكمت الدائرة: بإلزام المدعى عليها شركة... بأن تدفع

للمدعي شركة... مبلغاً قدره مائة وواحد وخمسون ألفاً وثمانمائة وثلاثة وثلاثون ريالاً، لما هو موضح بالأسباب، والله الموفق.

عرض السابقة الثالثة:

((الوقائع))

[وقائع هذه القضية تتلخص حسبما يتبين من مطالعة أوراقها بالفترة اللازمة لإصدار الحكم فيها بأن وكيل المدعي أعلاه تقدم لديوان المظالم بعريضة استدعاء سجلت قضية برقم ١٧٣٩/٢/ق لعام ١٤٢٤هـ ذكر فيها أنه يدعي على المدعي عليه بمبلغ وقدره (٧٣٥٦٢) ثلاثة وسبعون ألفاً وخمسمائة واثان وستون ريالاً، تبقى لهم في ذمته من حصينهم البالغ (٩١٢٣١) واحد وتسعون ألفاً ومائتان وواحد وثلاثون ريالاً، حيث إنه سند لهم منه مبلغ وقدره (١٧٦٦٩) سبعة عشر ألفاً وستمائة وتسعة وستون ريالاً على فوات ثم باع الثلاثة إلى طرف آخر، وطلب في ختام دعواه الحكم على المدعي عليه بنفع ما عليه.

ثم قدم مذكرة تضمنت أن موكله باع ثلاثة الحلقة بتاريخ ١٧/٩/١٤٢٢هـ وأحال ما لها وما عليها من التزامات إلى المشتري، وقام إبراء للثمة بالإعلان في الصحف المحلية مرتين ولم يتقدم أي من الدائنين أو المدينين بأي اعتراض على إحالة هذه الديون للمحال عليه الجديد، وأضاف وكيل المدعي عليه بأن الفقهاء أجمعوا على جواز حوالة الدين وتأخير القبض وخصه، وأنها تلزم بمجرد العقد، ويشترط لصحتها تماثل الحقين جنساً وصفة وحلواً وأن تكون على دين مستقر وأن تكون بمال معلوم وأن يتساوى الدينان، وأنها تشبه بلفظها وبما يؤدي معناها الخاص بمجرد إيجاب المحيل، وطلب في ختام مذكرته رد الدعوى، وعلى سبيل الاحتياط إدخال المشتري الجديد في الدعوى لسماع رده لأنه

هو الذي يصح اختصاصه أصلاً فيها، استناداً لنص المادة ٧٥ من نظام المرافعات الشرعية.

ثم سألت الدائرة المدني وكالة عن رده على مذكرة المدعي عليه المقدمة في الجلسة الماضية، فقدم مذكرة تلخصت في أن الاتفاقية التي قنعها المدعي عليه والتي تمت مع المشتري المذكور قد جاءت لاحقة لاتفاقية حوالة الدين التي تمت بين المدعي عليه و..... حيث تم بيع الأخير ثلاجة الحلقة فروقت المذنية دعوى عليه لاسترداد المبلغ محل المطالبة لدى المحكمة الكبرى فصدر بشأنها حكم بأن تقيم المذنية دعواها على الذي اشترى منها البضاعة وهو المدعي عليه في هذه الدعوى، وتساءل وكيل المذنية في مذكرته كيف يتم بيع الثلاجة..... مع أنه سبق بيعها ل..... فهل تم البيع لشخصين.

وأضاف بأنه يستشهد بأقوال الفقهاء في أنه يشترط رضا الدائن (المحال) إذا أحيل على غير مليء، وأنه له حق الرجوع على المحيل متى بأن له أن المحال عليه مفلس، وذلك في حال رضا بالحوالة، وأكد على أن انعقاد الحوالة يتطلب موافقة الدائن (المحتال) متى كان المحال عليه غير مليء، كما أن المذنية لم تعلم بالاتفاقية الأخيرة إلا من مذكرة وكيل المدعي عليه وهي لا تقبل ولا توافق ولا تقر بما ورد في هذه الاتفاقية، وأصر في ختام مذكرته على طلب الحكم لموكلته بسداد كامل مبلغ (٨٩١٢٢) ريال أخذاً بإقراره المكتوب والموقع بخط يده منذ ١٤١٩/١١/٢٧هـ.

الأسباب:

وحيث إن المبلغ الذي تدهيه المذنية ليس محل الإنكار وكيل المدعي عليه، وإنما نفى مسئولية موكله باعتباره أنه أحال المذنية بالدين

على شخص آخر قام بشراء ثلاثة المدهى عليه بما له وما عليها، ودفع بأن على المذهبة مطالبة المالك الجديد، باعتبار أن المذهبة قد أحيلت عليه في استيفاء الدين والحوالة لا تحتاج إلى إيجاب أو قبول من المحال فوجب عليه قبولها، وبالتالي فيطلب رد الدعوى ابتداءً وإدخال المالك الجديد للثلاثة احتياطاً.

ولما كان وكيل المذهبة يدفع بأن ما قام به المدهى عليه من عمل اتفاقية حوالة ديون الثلاثة - ومن ضمنها الدين المستحق للمذهبة - لا تقرو ولا تقبله ولا توافق عليه موكلته، وذلك لأنه يشترط في الحوالة رضا المحال بالدين خاصة إذا كان المحال عليه غير مليء.

ولما كان المبلغ المطالب به ثابت في ذمة المدهى عليه بإقرار وكيله الضمني أمام الدائرة وعدم إنكاره لمبلغ المطالبة، إضافة إلى عدم إنكاره لإقرار موكله الخطي المؤرخ في ١٦/٣/١٩٩٩م باستحقاق المذهبة كامل مبلغ المديونية في ذمته.

وحيث إن المدهى عليه ذكر أنه قد قام ببيع ثلاثة الحلقة المملوكة له إلى شخص آخر بما له وما عليها من ديون والتزامات - ومنها دين المذهبة - فتعد إحالته للمذهبة في استيفاء دينها المستحق في ذمته إلى المشتري الجديد من عبور الحوالة بالدين، وقد ذهب جمهور أهل العلم إلى وجوب ورضى المحال في الحوالة، لأن الدين حقه فلا يتقل من ذمة إلى ذمة إلا برضاه، إذ النعم تتفاوت يساراً وإعساراً وبداً ومطلاً فلا سبيل إلى إلزام المحال بتحمل عبور لم يلتزمه، وحيث قرر وكيل المذهبة عدم رضا موكلته بالحوالة مما يكون معه المدهى عليه ملزماً بسداد دين المذهبة، وأما ما دفع به وكيل المدهى عليها من احتجاجه بحديث إذا أحيل أحدكم على مليء فليتبّع فقد ذكر جمهور الفقهاء أن الأمر للنائب وليس للوجوب.

لذلك

حكمت النازرة: بإلزام صاحب مؤسسة التجارية بدفع مبلغ وقدره ثلاثة وسبعون ألفاً وخمسمائة والثمان وستون ريالاً (٧٣٥٦٢) إلى مجموعة القضائية^(١).

♦ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وتتمثل الدراسة لهذه السابقتين فيما يلي:

أولاً: تعد الحوالة من عقود المعاوضات اللازمة، والتي تنعقد بموجبها آثار شرعية، منها براءة ذمة المحيل، ويشترط لانعقاده لازماً، ورضي المحال، وقد نصت السابقة القضائية على ذلك، وجعلته معتبراً في القضاء على المحال عليه، مما يظهر معه علاقة عنوان المطلب بما جاء في السابقة بشكل لا خلاف فيه.

ثانياً: نصت السابقة القضائية على مسألة فقهية خلافية، وهي مسألة ورضي المحال (أو المحتال)^(٢)، وقبوله بالحوالة، وأصل المسألة قوله ﷺ: «إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع»^(٣)، فإذا وجدت الحوالة، قام المحيل (المتين)، بإحالة المحال (الدائن) على طرف ثالث (المحال عليه)، فهل يشترط ورضي المحال وموافقته، أم لا يشترط؟

(١) انظر: حكم النازرة التجارية الصادرة بتاريخ ١٦٧/١٢/١١ لعام ١٤٢٥هـ، وتأييد هذا الحكم من طائفة التحقيق للثلاثة بحكمها رقم: ٧٧٨، وتاريخ: ١٤٢٦/٥/١٤ وأصبح نهائياً واجب التنفيذ.

(٢) المسأل هو: صاحب الحق. انظر: التجاري الكبير: (٩١١/٦).

(٣) متفق عليه، أخرجه الإمام البخاري، في كتاب الخوالات، باب وهل يرجع في السوالة من أبي هريرة، بالسنن رقم ٢٦٨٧، (١٦٣/٣). وأخرجه الإمام مسلم في باب تصريح مطلق الخفي، وصحة السوالة واستصحاب قبولها إذا أحيل على مليء، من أبي هريرة، السنن رقم ٤٠٨٥ (٣٤/٥).

(١) أقوال الفقهاء وأهلهم:

اختلف الفقهاء في اشتراط رضى المحال وقبوله إلى قولين:

القول الأول: أن رضى المحال وموافقته على الحوالة شرط لصحة العقد، وهو مذهب الجمهور^(١) من الحنفية، والمالكية، والشافعية ورواية عن الإمام أحمد^(٢).

واستدل أصحاب هذا القول بأجلة منها:

ال دليل الأول: ما ورد عنه عليه السلام أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٣).

فدل الحديث على ثبوت الحق في ذمة المدين حتى يؤديه، فلا يجوز نقله إلى غيره بدون رضى صاحبه، والمحال^(٤).

الدليل الثاني: أن الدين حق للمحال، فلا ينتقل من ذمة إلى ذمة أخرى إلا برضاها إذ النعم تنفارت يساراً وإعساراً، وبذلاً ومطلاً، وتناثر بذلك قيمة الدين، ولا سبيل إلى إلزام المحال بغيره لم يلتزمه^(٥).

(١) انظر: بدائع الصنائع، (١٥/٦)، والنفوس، للقرافي: (٢٤٣/٩)، الساري الكبير (٩١١/٦).

(٢) انظر: الإصناف، للموطي: (١٠٦/١٣).

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب الأجرة، في باب تضمين العارية برقم ٣٥٦١ من مسند بن جندب عليه السلام (٣١٨/٢)، وأخرجه الترمذي في صحيحه من مسند برقم ١٢٦٦ وقال: حديث حسن (٥٥٧/٢)، وابن ماجه في مسند في كتاب الأجرة باب العارية (٤٠٣/٢)، والبيهقي في مسند في باب العارية مضمونه (٩٠/٦)، وأحمد في مسنده برقم ٢٠٠٨٦ (٢٧٧/٢٣)، وأخرجه الحاكم في مستدرقه وقال: «صحيح الاستناد على شرط البخاري ولم يخرجاه» (٥٥/٢)، والبيهقي من رواية الحسن البصري من مسند بن جندب عليه السلام، وفي مسنده من خلاف مشهور ومن جزم بمساعده علي بن الحسين والبخاري والترمذي ووافقه الحاكم انظر: سبل السلام، للصنعاني: (١٧٣-١٧٣/٥).

(٤) انظر: الساري الكبير (٩١١/٦)، وسبل السلام، للصنعاني: (١٧٣/٥).

(٥) انظر: بدائع الصنائع، للكاساني: (١٦-١٥/٦)، الساري الكبير: (٩١١/٦).

الفيل الثالث: أن الحوالة عقد معارضة وتمليك، فيشترط فيها الرضى من المتعاقدين^(١).

القول الثاني: أن رضى المحال ليس شرطاً لصحة الحوالة، وإذا كان المحال عليه مليء فيجبر المحال على القبول وجوباً - وهو مذهب الحنابلة والظاهرية^(٢).

واستقلوا بأدلة منها:

الفيل الأول: قوله ﷺ: «إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع»^(٣).

وجه الدلالة: النبي ﷺ أمر المحال بالاتباع إذا أحيل إلى مليء، والأمر للوجوب ولا عارف له عن ذلك^(٤).

ونوقش بأن الأمر ليس للوجوب، وإنما هو محمول على التنبه والإباحة بتليل ما ورد في رواية البخاري وغيره «فإذا أتبع» والفاء تدل على قبول الحوالة في حالة الملاءة، وأن الشارع رتب هذا الأمر على أن المثل ظلم، وبذلك فإن أمر المحال بالقبول جبراً فيه ضرر وظلم عليه، وهذا الأمر يعد عارفاً عن الوجوب إلى التنبه^(٥).

الفيل الثاني: أن للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه أو

(١) انظر: أسنى المطالب، ذكرها الأنصاري: (٣٣٠/٢)، الشرح الكبير، لابن قدامة:

(١٣/١٠٤)، النخبة، للقرافي: (٩/٢٤٣).

(٢) انظر: الإصناف (١٣/١٠٢)، والمصلى: (٦/٢٩٧).

(٣) سبق تلويحه انظر الصفحة من ٥٦٨.

(٤) انظر: الشرح الكبير، لابن قدامة: (١٣/١٠٤)، المصلى بالآثار ابن حزم: (٦/٣٩٣).

(٥) انظر: الساري الكبير، للماوردي: (٦/٩١١)، معالم الشئ، لالمطاطبي: (٣/٣٦).

الاستدكان، ابن حيد البر: (٦/٤٩٣)، النخبة للقرافي: (٩/٢٤٩).

بوكيله، وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقبيل، فلزم المحال القبول^(١).

ونوئش: بأن قياس المحال على الوكيل قياس مع الفارق، فإن المحال إذا قبل بالحوالة أصبحت لازمة في حقه، بخلاف الوكيل^(٢).

القول الراجح:

والذي يترجح من القولين - والله أعلم - هو القول الأول منذهب الجمهور، وأنه يشترط رفض المحال، وذلك جمعاً بين الأثلة التي ألزمت المثلين بأداء الحق إلى صاحبه، وبين القبول بالحوالة والأمر بالاتباع، وأن الصواب أن الأمر محمول على التنب والاستحباب، ولأن النعم تختلف من فمة إلى أخرى، ولشبه الحوالة بفقد المعاوضة، والذي يشترط فيه التراخي^(٣).

وأيضاً: وجه كونها سابقة قضائية:

يظهر جلياً من خلال استعراض الحكم القضائي، محل الدراسة، مدى تطابق وصف السابقة على مضمونها، إذ أنها صدرت من المحكمة الابتدائية وجاءت مستوفية لأركان وشروط الحكم القضائي، ثم اكتسبت تأييد وموافقة المحكمة الأعلى درجة، وقد تكررت وقائع معاملة لها، كما

(١) انظر: الشرح الكبير، لابن قدامة: (١٠٤/١٣).

(٢) انظر: النعم، للقرافي: (٢٤٣/٩).

(٣) مثلاً الخلاف في هذه المسألة يكمن في اختلاف النظرة إلى الأثر المترتب على التسوطة، وهل تعد التسوطة نقل للسق من فمة إلى أخرى؟ أم أنها ليست نقل وإنما مجرد تهيئة؟ فمن قال بأنها نقل للسق من فمة إلى أخرى اشترط رفض المحال قياساً على المساوغة، ومن قال إنها مجرد تهيئة لم يشترط لها رفض المسال؛ قياساً على عدم اشتراطه في المسال عليه، انظر: بداية المجتهد، ابن رشد: (١٣٤٨/٤)، والاصناف: (١٠٦/١٣).

في الحكم رقم (٣٠٥/د/تج/٩/عام ١٤٢٧هـ، والحكم رقم ١٦٧/د/تج/١١/عام ١٤٢٥هـ^(١)، وبالتالي فإنها أصبحت صالحة لأن تكون مثلاً يحتذى بها لما يلحق من أحكام.

خاصاً: الصياغة المقترحة للمباينة:

(تصبح الحوالة في النيون قفزة بشرط ثبوت رغبى المحال).



(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية، الصادرة عن ديوان المظالم لعام ١٤٢٨هـ؛ (ج/٢)، والحكم الصادر عن النشرة التجارية الحادية عشرة بالمسككة الإدارية بجنة في القضية رقم ١٣٣٩/٢/ق لعام ١٤٢٤هـ، وقد اكتسبت هذه السوابق التأيد من المسككة الأعلى درجة، وأصبحت نهائية.

المبحث الثاني

حكم تحويل الديون من البائع إلى المشتري

◆ الفرع الأول: عرض السابقة:

الوقائع^(١):

[تلخص وقائع الدعوى بما قدمه المُدَّعي وكالة من لائحة استدعاء لدى ديوان المقاليم سجلت قضية بالرقم المستهل به يصدر الحكم، وبإحالة القضية إلى الدائرة باشرت نظرها على النحر المثبت بنفتر الضبط، ويجلسه يوم الثلاثاء ١٤٢٨/٨/٥ هـ ويسأل المُدَّعي عن دعواه ذكر أنه يطالب المُدَّعي عليها بمبلغ وقدره أربعمائة وخمسة وثلاثون ألفاً وثمانمائة واثنتان وأربعون ريالاً قيمة أدوية طيبة اشترتها من مؤسسة (....) وقد باعت المؤسسة المذكورة المستودع العائد لها إلى المُدَّعي عليها التي تقبلت مديونيات المستودع المذكور ومن ضمنها قيمة الأدوية المذكورة وقد سبق وأن أقمنا دعوى على مؤسسة (....) أمام هذه الدائرة إلا أنها رفضت بناء على إحالة مؤسسة (....) المديونية إلى المُدَّعي عليها بموجب عقد البيع المؤرخ في ١٤٢١/٣/٢٣ هـ. ويجلسه يوم الأربعاء ١٤٢٨/٧/١٠ هـ تبين عدم حضور المُدَّعي عليه وحضر (....) فأفهمته الدائرة أن هذه الوكالة لا تخوله حق المرافعة وحضور الجلسات وأن عليه عدم العودة لمثل هذا وإلا سوف تتخذ الدائرة الإجراءات اللازمة في تلك

(١) الحكم الصادر من الدائرة الثانية عشرة برقم: ١٤٢٨/٥/١٢/تج/١٢ لعام ١٤٢٩ هـ، والمكتسب القطعية بحكم الاستئناف رقم: ١٤٢٩/٢/١٣/تج/١٣ لعام ١٤٣٠ هـ.

الحال وقدم للدائرة مذكرة من صفحة واحدة تسلم المُدعى وكالة عبوة منها وطلب أجلاً للاطلاع والرد... ويجلس يوم الاثنين ٢٠/٤/١٤٢٨هـ قدم وكيل المُدعى عليها مذكرة من صفحة واحدة أوضح فيها أن المُدعية تستند في مطالبتها إلى العقد المبرم بين موكلته ومؤسسة (....)، وقد حصل إشكال في ذلك العقد وأقيم فيه دعوى أمام الدائرة التجارية الحادية عشرة...

ويجلس يوم الثلاثاء ٣/١١/١٤٢٨هـ قرر المُدعى عليه وكالة أن القضية المنظورة أمام الدائرة التجارية الحادية عشرة لم يتم الفصل فيها حتى الآن، ويطلب وقف السير في هذه الدعوى حتى يتم الفصل في الدعوى المنظورة أمام الدائرة التجارية الحادية عشرة؛ لارتباط الموضوع في الدعويتين بالعقد محل النزاع، والذي نشأ عنه هذا الدين الذي تطالب به المُدعية، فسبب المُدعى وكالة بأنه يطالب بالحكم لموكله على المُدعى عليها بالمبلغ المدعى به، ولا علاقة لموكله بالدعوى المنظورة أمام الدائرة التجارية الحادية عشرة؛ حيث إنها تخص المُدعى عليها، ثم قرر الطرفان الاكتفاء. ويجلس يوم الأحد ١/٣/١٤٢٩هـ ذكر وكيل المُدعى عليها أن موكلته أبلغت المُدعية بالانتظار لحين الانتهاء من الدعوى المنظورة في الدائرة التجارية الحادية عشرة رغم سدادها لمبالغ ناتجة للعقد المطعون فيه مع مؤسسة (....)، كما أن المثبتي من المبالغ المسددة محل إقرار من موكلته، ولكن بعد الفصل في القضية المنظورة لدى الدائرة التجارية الحادية عشرة، ويسأله عن مستند طعنه على العقد هل هو المبالغ الملتزم بسدادها عن مديونيات مؤسسة (....)، أم عن الديون المستحقة لمؤسسة (....)؟ فذكر أن حقيقة التعاقد تم مع مؤسسة (....) بأن لها مديونيات لدى العملاء بمبلغ وقدره ستة ملايين ريال، وعليها مستحقات بمبلغ وقدره أربعة ملايين ريال، والتي من ضمنها مبلغ

المُدَّعي الذي يطالب به غير أنه تبين بعد التعاقد مع مؤسسة (.....) أنها لا تتجاوز مبلغ ميلون وخمسمائة ألف ريال، كونها ديوناً معدومة، أو نتيجة لإفلاس العملاء، وهربهم وبالتالي لم تتمكن موكلتي من تحصيل تلك الديون، وإليه استندت موكلتي لإبطال اتفاقية البيع والتنازل مع مؤسسة (.....) وطلب وقف السير في هذه القضية، فنقب المُدَّعي وكالة بأنه لا يقبل إيقاف السير ويطلب البت في القضية على غرض ما قدمه سلفاً ثم قرر الطرفان الاكتفاء بما سبق لهما من أقوال والتمسك بها وطلبا الفصل في القضية.

الأسباب:

وتأصيلاً على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وحيث إن غاية ما يهدف إليه المُدَّعي من دعواه المطالبة بإلزام المُدَّعي عليها مبلغ وقدره أربعمائة وخمسة وثلاثون ألفاً وثمانمائة واثنتان وأربعون ريالاً قيمة أدوية طبية تمت حواله قيمتها من ذمة مؤسسة (.....) إلى ذمة المُدَّعي عليها.

وحيث إن الثابت من أوراق القضية، وما ورد بمضمون حكم الدائرة رقم (٤/د/١٢/١٢) لعام ١٤٢٧هـ من ثبوت حواله ذمة المُدَّعي على المُدَّعي عليها وقبولها بذلك وسداد جزء من ديون المُحيل بعد تاريخ الحواله كما يظهر من خلال المستندات، وصور الشيكات المسددة من قبلها، ومع ذلك فإن الدائرة وهي في معرض دراستها للقضية وما قدمه الأطراف من بيانات ودفوع، وترئيل ذلك على الأسس العامة للتعاقد فإنه يتعين النظر والتدقيق بما جاء في البند (الثاني) من عقد البيع والتنازل المؤرخ في ٢٣/٣/١٤٢١هـ بين مؤسسة (.....) (المحيل) وشركة (.....) (المحال إليه) لمستودع أدوية (..) بما له من حقوق وما عليه من

التزامات.....، وحيث إن الأصل في العقود الصحة والسلامة ما لم يدل دليل على بطلانها، والذي ظهر للدائرة من خلال المرافعة في هذه القضية أن العقد المشار إليه لم يطرأ ولم يثبت عليه ما يفسده، وحيث الثابت مما جاء عن المُدعى عليها بمحضر جلسة اليوم الأحد ١٤٢٩/٣/١ هـ أن المبلغ المدعى بها محل إقراره وليس لها اعتراض على المديونية وإنما اعتراضها على العقد الذي ألزمها بهذه الديون وما إن كان المحيل قد ليس عليها أم لا؟ وحيث إن المحالة والإقرار حجة على المحال إليه والمقرر متى ما اكتملت أركانها وشروطها وائتفت موافقتهما، والقاعدة لا عذر لمن أقر، وحيث تقرر المُدعى عليها بالمبلغ المدعى به الوارد بكشف الحساب رقم (٣٠١٦٧١) والمودع في ٢٠٠٢/٧/٢م الأمر الذي تنتهي منه الدائرة إلى إلزام المُدعى عليها بالمبلغ المدعى به.

ولا ينال من ذلك امتناع المُدعى عليها عن سداد ما التزمت به للآخرين من ديون أحيلت عليهم وتم قبولها والرضا بها، وسداد جزء منها استناداً إلى ما ظهر لها بأن الحقوق المستحقة للمحيل لدى العملاء الناتجة عن عقد البيع المشار إليه لم تتمكن من استلامها؛ لانعدام هذه الحقوق، أو نتيجة لإفلاس العملاء وهربهم؛ مما ترى معه الدائرة أن للمدعى عليها الرجوع على المحيل بقيمة ما له من حقوق لدى العملاء لا الامتناع عما التزمت به.

لذلك حكمت الدائرة بإلزام المُدعى عليها شركة (.....) للمقاولات والاستيراد والتصدير بأن تنفع للمدعية مكتب (.....) مبلغاً وقدره أربعمائة وخمسة وثلاثون ألفاً وثمانمائة واثنتان وأربعون ريالاً.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية

وتتلخص الدراسة لهذه السابقة فيما يلي:

أولاً: أظهرت السابقة القضائية من خلال عرض ما جاء فيها، بأن المدعي يطالب المدعى عليها بعد أن أحيل عليها بمبالغ مالية وقبلت المدعى عليها بانتقالها إليها، ورغبت بذلك بتفصيل سدادها جزء منها، وبالتالي فإن المدعى عليها تسمى بالمحال عليه، وقد رغبت بالحوالة من البائع للمؤسسة وهو المحيل، وقام المحال بمطالبتها بالسداد، ومن هنا فإن السابقة القضائية تنسج تحت عنوان المطلب، ولها علاقة به.

ثانياً: استندت السابقة في حكمها على مسألة قبول المحال عليه ورغبه بالحوالة، وهي من المسائل الخلافية التي اختلفت فيها أقوال الفقهاء^(١)، ولعرض المسألة فإنه يحسن بنا تفصيلها على النحو التالي:

١ - صورة المسألة:

إذا أجرى المحيل إحالة المحتال إلى المحال عليه ليقضي منه الدين فهل يلزم قبول المحال عليه، وعلمه ورغبه بالحوالة أم لا يلزم؟

١ - اتفق الفقهاء على أنه يشترط قبول ورغبه المحال عليه بالحوالة إذا كان غير مدين للمحيل^(٢).

(١) ينظر: البحر الرائق: (٢٦٨/٦)، بذائع الصنائع: (١٥/٦)، النخبة للقرافي: (٢٤٢/٨)، مواهب الجليل: (٩١/٥)، المحاري للكبيرة: (٤١٨/٦)، أسنى المطلب: الأنصاري: (٢٢٠/٢)، مغني المحتاج: (١٩٠/٣)، الشرح الكبير لابن قدامة: (١٠٢/١٣-١٠٤)، كشف القناع: (٢٨٦/٣)، السرائر، مصطفى الزرقا وآخرون: (٧٤-٧٥)، السرائر، نحر الدين خوجه: (٤٤٤/١).

(٢) ينظر: روضة الطالبين: (٢٦٨/٤)، السرائر، مصطفى الزرقا وغيره: (٦٢). وقد اختلفت المذهب في اعتبارها حوالة على وجه الحقيقة، واعتبرها ما هنا الحقيقة معاملة أخرى كحوالة.

٢ - واختلفوا فيما إذا كان المحال عليه مئبنا للمحيل على قولين :

ب - الأقال في المسألة والأدلة :

القول الأول : عدم اشتراط رضى المحال عليه^(١) ، وهو منسوب لجمهور الفقهاء من المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) .

واستدلوا بما يلي :

الدليل الأول : قوله ﷺ : " ومن أحيل على شيء فليبيع " ^(٥) .

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ أطلق ، ولم يقل : على شيء راضى ، مما يدل على عدم اشتراط رضاء^(٦) .

الدليل الثاني : ولأن للمحيل الحق في أن يستوفي الدين بنفسه ، وله توكيل غيره بذلك ، وقد أقام المحتال مقام الوكيل في القبض ، فيلزم المحال عليه النفع^(٧) .

الدليل الثالث : قياس الحوالة على البيع ، بجامع أن في كل منهما تصرف من مالك في ملكه ، كما لو باع عبداً فإنه لا يشترط رضاء^(٨) .

- وحملات وإن كانت بلفظ الحوالة ، والمعبرة هنا في اشتراط الرضى في هذا الموضع . انظروا : القواعد النونية : (٢٤٠ / ٢) ، روضة الطالبين (٢٢٨ / ٤) ، الشرح الكبير : (٩٨ / ١٣) .

(١) استثنى المالكية من ذلك إلا كان المحتال حراً له ، أي بينهما حنافة . انظروا : مواهب الجليل : (٩١ / ٥) .

(٢) انظروا : مواهب الجليل : (٩١ / ٥) ، النخبة للقرافي : (٢٤٣ / ٩) .

(٣) انظروا : مني المحتاج : (١٩٠ / ٢) ، الساري الكبير : (٤١٨ / ٦) ، روضة الطالبين (٢٢٨ / ٤) .

(٤) انظروا : الشرح الكبير لابن قدامة : (١٠٢ / ١٣) ، الإنصاف : (١٠٢ / ١٣) ، كتاب القضاء : (٢٨٦ / ٢) .

(٥) سبق تحريجه في الصفحة ٥٦٨ .

(٦) انظروا : مواهب الجليل : (٩١ / ٥) ، الساري الكبير : (٤١٨ / ٦) ، كتاب القضاء : (٢٨٦ / ٢) .

(٧) انظروا : النخبة للقرافي : (٢٤٣ / ٩) ، مني المحتاج : (١٩٠ / ٢) .

(٨) انظروا : البحر الرائق : (٢٢٨ / ٦) ، المنابع المتابع (١٠٥ / ٦) .

القول الثاني: اشتراط رضى المحال عليه مطلقاً، وهو منسوب
الحنفية^(١).

واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: دفع الضرر عن المحال عليه، لأن الناس يتفاوتون
في المطالبة بقضاء الدين سهولة وصعوبة، وتصحلاً وإمهالاً، فلا يكلف
المدين (المحال عليه) تحمل عنف الدائن بغير رضاء^(٢).

الدليل الثاني: أن المحال عليه مثل المحال في كونه طرفاً في
المعالة فلا تتم بدون رضاء، ومن حيث أنه يترتب عليه بالمعالة التزام لم
يكن يقبل به، فليكن مثل المحال في اشتراط رضاء^(٣).

ونوqش: بأن هناك فرقاً ظاهراً بين المحال عليه والمحال، فلا يمتد
بالقياس على المحال، وذلك لأنه صاحب الحق فلا ينتقل عنه إلا
برضاء، بينما المحال عليه الحق عليه لا له، فتستوي عنه تأديته لهذا أو
ذاك^(٤).

ج - الراجع:

والذي يترجح لدي هو القول بعدم اشتراط رضى المحال عليه،
وذلك لقوة الأدلة التي استند عليها الجمهور، وسلامتها عن المعارفة،
وعوم الحديث الوارد بعدم اشتراط رضى المحال عليه.

(١) المرجع السابق.

(٢) ينظر: منابع الصانع: (١٥/٦).

(٣) ينظر: الحارثي الكبير: (٤١٨/٦).

(٤) ينظر: المرجع السابق قسم.

ثالثاً: وجه كونها سابقة قضائية:

يظهر جلياً من خلال استعراض الحكم القضائي، محل الدراسة، مدى انطباق وصف السابقة على مضمونه، إذ أنه صدر من المحكمة الابتدائية مستوفياً لأركان وشروط الحكم القضائي، ثم اكتسب تأييد وموافقة المحكمة الأعلى درجة، وتكررت وقائع مماثلة لها، وبالتالي فإنه أصبح صالحاً لأن يكون مثلاً يحتذى به فيما يلحق من أحكام.

رابعاً: الصياغة المقترحة للسابقة:

(يجب على المحال عليه أداء ما أحيل به عليه للمحتال متى ما قبل ورضي بالحوالة).



الفصل الثاني

السوابق القضائية المتعلقة بعقود الكفالة

وفيه بحث واحد -

♦ وهو: للبائع عطلالة من شاء عند حلول الدين لها المدين أو كفيله.

البهت

لتبائع مطالبية من شاه هند حلول الدين أما المدين أو كفيله

◆ الفرع الأول: عرض السابقة^(١) :

الوقائع :

[لتحصل وقائع هذه الدعوى بالقدر الكافي لإصدار الحكم فيها أنه تقدم المذعي وكالة إلى هذه المحكمة بلائحة دعوى، وقدم مذكرة مكونة من صفحة واحدة طلب فيها إدخال مؤسسة (...) كمذعي عليه ثاني، بصفتها كفيلة للمذعي عليه الأول بسداد المبلغ محل المطالبة، فقررت الدائرة إدخال الأخيرة طرفاً مذعي عليه في الدعوى، وفي جلسة يوم الاثنين ١٤٣٧/٦/٦هـ حضر المذعي وكالة، كما حضر المذعي عليه أصالة، ويسأل المذعي وكالة عن دعواه، قرر أنها على وفق ما جاء بلائحة الدعوى، والمتضمنة: مطالبة المذعي عليه بمبلغ قدره (٤٤٦,٧٥٠) ريالاً، مقابل شراء عند (٧) مدحلة ثراوية ماركه دائيياك، وطلب في ختامها إلزام المذعي عليه بالمبلغ المشار إليه، مع إلزامه بدفع مصروفات الدعوى وأتعاب المحاماة وقنوها (٦٦,٩٣٧) ريالاً.

وفي جلسة ١٤٣٣/١١/٢٨هـ حضر المذعي وكالة، كما حضر

(١) انظر: الحكم رقم الحكم الابتدائي الصادر من الدائرة التجارية الثانية ١٤٢٨/٥/٢٧/تج/٢ لعام ١٤٢٤هـ، والمزيد من مسكدة الاستئناف بالحكم رقم ١/١٩٠ لعام ١٤٢٤هـ، والمنشور في مسبعة الاحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٢٤هـ (٣/٢٩٢٢).

المُدَّعي عليه وكالة، وبعد دراسة الدائرة للقضية والتأمل فيها، سألت الدائرة المُدَّعي وكالة في أي من المُدَّعي عليهما يحصر دعواه؟، فأجاب: بأنه يحصر دعواه في مواجهة المُدَّعي عليه الثاني، حيث إنه كفيل بضامن للمدعي عليه الأول، ثم سألت الدائرة وكيل المُدَّعي عليه الثاني عن علاقة موكله بالعقد المبرم بين المذعية والمُدَّعي عليه الأول، فقرر بقوله أن المُدَّعي عليه الأول كانت تربطه بموكله علاقة تجارية، حيث كان قد أخذ من موكله مشاريع من الباطن، واحتاج إلى المصدقين اللتين تطالب المذعية بقيمتيهما، ثم أحضر المُدَّعي عليه الأول خطاب كفالة ليكون موكله كفيلاً له في هذا العقد، فوقع موكله خطاب الكفالة له على أساس أنه إذا لم يسند فسيقوم موكله بحسم قيمة المصدقين من مستحقاته لدى موكله عن الأعمال المتعاقدة عليها، والحاصل أن المُدَّعي عليه الأول سدد دفعة وتوقف عن تسديد الباقي، وتسبب لموكله بخسارة في المشاريع المسندة إليه، وقدم المُدَّعي وكالة أصل خطاب الكفالة، وإشعار تسليم المعدات، وجرت مطابقتها بصورتيهما، ثم قرر الطرفان اكتفائهما بما سبق تقديمه.

وحيث إن المذعية حصرت دعواها في مطالبة الكفيل الضامن بقيمة المصدقين محل الدعوى، وذلك داخل ضمن الأعمال التجارية، حيث إن الكفالة عبارة لأجل أعمال تجارية لمصلحة المُدَّعي عليه.

ولما كانت المذعية تهدف من دعواها إلى المطالبة بقيمة البضاعة المشتراة، وقد حصرت دعواها في مواجهة الكفيل الضامن، واستندت في ذلك على خطاب الكفالة الصادر من المُدَّعي عليها، والمتضمن التزامها بسداد كامل قيمة المصدقين، إضافة إلى إشعار تسليم المصدقين محل الدعوى، ولما كان وكيل المدعي عليها مقر بخطاب الكفالة الصادر من موكلته، ولم يقدم ما يثبت سداد قيمة المصدقين، فإن حق المذعية يتجه

إليه باعتباره متعهداً بالسداد، وله إقامة دعوى في مطالبة مكفوله بكافة حقوقه الملتزم بها بينه وبين الشركة المدعية، لذلك فإن الدائرة تنتهي إلى إلزام مؤسسة المدعي عليه بالمبلغ محل المطالبة.

لذلك حكمت الدائرة: بإلزام المدعي عليه بأن يدفع للمدعية مبلغاً قدره أربعمائة وستة وأربعون ألفاً، ومئتان وخمسون ريالاً (٤٤٦,٢٥٠) لما هو موضح بالأسباب.

◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:

وتتمثل الدراسة لهذه السابقة فيما يأتي:

أولاً: تعد الكفالة^(١) من عقود التوثيق التي يستوفي بها الدائن دينه من المدين أو الكفيل الغارم، وله - أي - الدائن - مطالبة من شاء منهما في سبيل ذلك، وهذا الأمر عينه هو ما تقرره السابقة القضائية وبه تظهر العلاقة بين عنوان المطلب وما جاء في الحكم القضائي.

ثانياً: سارت السابقة القضائية في حكمها بأن للمكفول مطالبة المكفول عنه أو الكفيل، أيهما شاء في سبيل الحصول على دينه، وهو ما ذهب إليه عامة الفقهاء^(٢) وخالف في ذلك المالكية وقالوا بأنه لا يعبأ إلى مطالبة الكفيل قبل المكفول عنه إلا في حال تقيبه أو موته^(٣)، وبسط هذه المسألة فإني أوردتها على النحو التالي:

(١) الكفالة لغة: يعني التمسك والأداء، يقال كفلت وكفلت به عند إقامته وتحت إقامته وأصلها: قسم فمة الكفيل إلى فمة المكفول في الإلتزام بالدينين. انظر: معجم المصطلحات المالية، نزيه حماد (٢٨٧).

(٢) ينظر: بذائع الصنائع: (١٠/٦)، الحارثي الكبير: (١/٩٥١-٩٥٤) المجموع: (١٤/٢٢٣-٢٢٤)، الشرح الكبير: لابن قدامة: (٨/١٢)، الإصناف: (٧/١٢).

(٣) ينظر: حاشية النسوي: (٢٢٧/٢) ونهاية المعتمد: (٤/١٢٤٦).

١ - تحرير محل النزاع:

- ١ - اتفق الفقهاء على أنه إذا عدم أو فقد المضمون عنه، أو غاب فإن الضامن (الكفيل الضامن) يضمن ما كفله للدائن^(١).
- ٢ - اختلف الفقهاء في ما إذا حل الدين وكان المضمون عنه موجوداً، فهل يطالب المضمون له المدين بالمداة أم الضامن؟ على قولين:

ب - الأقال في المسألة وأقلتها:

القول الأول: أن للدائن مطالبة من شاء من الضامن أو المضمون عنه أو كلاهما، وهو مذهب جمهور العلماء من الحنفية^(٢)، والشافعية^(٣)، والمالكية^(٤) والحنابلة^(٥) وقول للأمام مالك رجع عنه^(٦).

واستدلوا بما يلي:

الليل الأول: قوله: **فإنفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه**^(٧).

(١) حكي الإجماع ابن رشد، بداية المجتهد: (١٢٤٢/٤).

(٢) ينظر: بناء الصانع: (١٠/٦).

(٣) ينظر: الساري الكبير: (٩٥١/٦)، والمجموع: (٣٣/١٤).

(٤) ينظر: الشرح الكبير: (٧/١٣)، الإحصاء: (٧/١٣).

(٥) ينظر: حاشية النسوي: (٣٣٧/٣)، بداية المجتهد: (١٢٤٢/٤).

(٦) أخرجه الترمذي في سننه في باب ما جاء من النبي ﷺ أنه قال: نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه. وقال: حديث حسن (٢٨٠/٢)، وأخرجه البيهقي في سننه باب ما يستحب لو لم يمت من الأجله بقضاء دينه (٢١/٤)، وأخرجه ابن ماجه في سننه في باب التمسك في الدين (٨٠٦/٢)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه في باب المرض وما يتعلق به (٣٣١/٧)، 'وخلق عليه المسحق شعوب الأرواح: اسناد صحيح على شرط الشيخين'، وأخرجه أحمد في سننه من أبي هريرة (٤٢٥/١٥)، وأخرجه السالك في مستدركه في كتاب البيوع وقال: (هذا حديث صحيح على شرط الشيخين) (٣٢/٢).

وجه الاستدلال: أن الحديث نص على أن المني لا يبرأ من دينه حتى يقضى عنه^(١).

الغليل الثاني: حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: توفي رجل ففصلناه وحنطناه وكفنناه ثم أتينا به رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي عليه فقلنا: يصلي عليه فخطأ خطي، ثم قال: «أحليه دين؟» قلنا: ديناران، فأنصرف فتحملهما أبو قتادة، فأتينا، فقال: أبو قتادة: الديناران علي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أحقّ الخريم، وبريء منهما الميت، قال: نعم. فصلى عليه، ثم قال بعد ذلك بيوم: «ما فعل الديناران؟» فقال: إنما مات أسس. قال: فماد إليهم من القدر. فقال: لقد قضيتهما. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الآن برقت عليه جلده»^(٢).

وجه الاستدلال منه: أن الحديث دليل على أن الميت لم يبرأ منه إلا بالقضاء^(٣).

الدليل الثالث: ولأن الحق ثابت في فمة الضامن كالأصيل فجاز له مطالبة به^(٤).

القول الثاني: أن ليس للدائن مطالبة الضامن إلا إذا تعذر مطالبة

(١) السامي الكبير: (٩٥٢/٦).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه (٤٠٦/٢٢)، وأخرجه أبو داود بمثل من أبي سلمة عن جابر في باب التشديد في الدين (٣٦٧/٢)، وأخرجه النسائي في باب الصلاة على من عليه دين (٦٥/٤)، وأخرجه البيهقي في مسنده في باب ما يستدل به على أن الضامن لا يظل الحق (٧٤/٦)، وأخرجه المناوقطني في مسنده برقم ٣٠٨٤ (٥٤/٤)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه في باب المريض وما يتعلق به (٣٣٤/٧)، وأخرجه الحاكم في مستدركه (٢٦/٢) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٣) السامي الكبير: (٩٥٢/٦)، الشرح الكبير: (٩/١٣).

(٤) ينظر: الشرح الكبير: (٨/١٣).

المضمون عنه، وهو مذهب الإمام مالك عليه السلام في رواية له هي المرجوح إليها واختارها ابن القاسم، ونسبها ابن القيم^(١).

واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: أن الضامن فرع، والمضمون عنه أصل، والقاعدة في الشريعة أنه لا يصار إلى الأبدال والفروع إلا إذا تعذر الأصول، كالتراب في الطهارة^(٢).

الدليل الثاني: أن الكفالة وثيقة، وحفظ للحق فهي كالرهن، إلا أن الرهن هو رهن ليمين، وفي الضمان رهن للذمة، أقرها الشارع وجعلها في مقام رهن الأعيان للحاجة إليها واستدعاء المصلحة لها، والرهن لا يصار إليه إلا إذا تعذر الوفاء، فكذا الضمين^(٣).

الدليل الثالث: أن الضامن وضع في الأصل لحفظ الحقوق، وليس لتمدد محل الحق ونقله، وللمضمون له أن يرجع إلى الضامن عند تعذر الاستيفاء من المحل الأصلي، ولم ينصب الضامن نفسه لأن يطالبه المضمون له مع وجود الأصل والتمكن من مطالبته، والمستظر في نظر الناس أنه لا يعذر المضمون له في مطالبة الضامن مع وجود الأصل والذي لم يعذر الاستيفاء منه^(٤).

وأجيب عنه: أن قياس الكفالة على الرهن قياس مع الفارق، إذا لا شبه بينهما؛ فالرهن مال من عليه الحق، والرهن ليس له ذمة تطالبه،

(١) ينظر: حاشية النسوي (٢/٢٧٧)، بداية المجتهد: (٤/١٢٤٧)، وأعلام الموقعين، لابن القيم: (٣/٤٤٢).

(٢) ينظر: أعلام الموقعين: (٣/٤٤٢).

(٣) المرجع السابق نفسه.

(٤) المرجع السابق نفسه.

وإنما يطالب من عليه الدين؛ ليقضي منه أو من غيره، بخلاف الكفالة^(١).

(ج) الراجع من الأقال:

والذي يظهر - والله أعلم - أن الراجع من القولين، هو ما ذهب إليه الجمهور من أن للمضموين له مطالبة من شاء منهما، لثبوت الدين في ذمة الضامن والمدين، ولا معنى لإشتغال ذمتها إلا القول بأن كل منهما مطالب بأداء ما في ذمته، ولعموم قوله **﴿﴾**: «الزعيم هارم»^(٢)، وإباحته **﴿﴾** المسألة لمن تحمل حمالة حتى يؤديها^(٣) دون اعتبار حال المتحمل عنه^(٤).

وهذا القول هو الذي سارت عليه السابقة في قضاءها.

ثالثاً: وجه كونها سابقة قضائية:

أصبح المحكم القضائي محل الدراسة سابقة قضائية من خلال صدوره عن المحكمة الابتدائية، واستيفاء أركان وشروط المحكم القضائي، ثم اكتسابه تأييد المحكمة الأعلى درجة، واستبان مدى صلاحيتها لأن تكون مثلاً يحظى به فيما يلحق من وقائع وأقضية.

رابعاً: الصياغة المقترحة:

(لصاحب الدين مطالبة من شاء من الكفيل أو المكفول قضاءً).

(١) ينظر: الشرح الكبير: (٨/١٣).

(٢) أخرجه أبو طاهر في باب تضمين التعارية (٣١٩/٢)، وأخرجه الترمذي في سننه في باب ما جاء في أن التعارية مؤداة وقال: وفي الباب من سمرة وصفوان بن أمية وأنس وحديث أبي أمامة حديث حسن وقد روي عنه عن النبي **﴿﴾** من غير هذا الوجه، وأخرجه البيهقي في سننه في باب وجوب الحق بالضمان (٧٢/٦) وأخرجه ابن ماجه في سننه في باب الكفالة من أبي أمامة (٨٠٤/٢)، وأخرجه أحمد في مسنده عن أبي أمامة الباهلي **﴿﴾** (١٢٣/٣١).

(٣) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه في كتاب الزكاة في باب من تحمل له المسألة حديث قريصة المسارقي **﴿﴾** (٩٧/٢).

(٤) ينظر: بلانغ الصالح: (١٠/٦)، بناءً للمجهول (١٣٤٧/٤).

الخاتمة

الحمد لله الذي بسمته تتم العبادات، وله الحمد أن يسر لي ختم هذا البحث وكتابته، ويطيب لي أن أنوه إلى ما تقوم به وزارة العدل، وديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، من جهود حثيثة مشكورة لإعداد ونشر منونات الأحكام القضائية، وما توليه من عناية فائقة لتشكيل اللجان ذات العلاقة لإبراز هذه الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية، والتي اكتسبت تأييد وموافقة محكمة الاستئناف في شتى المواضيع المطروحة أمام المحاكم، مكونة بذلك ثروة عظيمة من السوابق القضائية المهمة في بابها، فالشكر لله، ثم لكل من ساهم في إثراء هذا الجانب الفقهي القضائي، ثم أنني أخلص بعد التجوال في مسائل هذا البحث، وأحكامه إلى ما يلي:

❖ أهم النتائج والتوصيات

أولاً: أهم النتائج:

- ١ - السوابق القضائية هي : (ما صدر من محكمة مختصة من أحكام قضائية على وقائع معينة، لم يسبق تقرير حكم كلي فيها، واقترون بصفة مخصصة، تجعله صالحاً لأن يكون مثلاً لما ينشأ بعده من وقائع مماثلة).
- ٢ - يعتبر الحكم القضائي أساساً لنشوء السابقة القضائية، فكل سابقة قضائية هي حكم قضائي، وليس كل حكم قضائي يعد سابقة قضائية فتجد أن بينهما عموم ومخصص مطلق، والحكم القضائي

هو : (ما يصدر عن القاضي ومن في حكمه فاصلاً في الخصومة متضمناً الزام المحكوم).

٣ - تعد السوابق القضائية جزءاً مكملًا للمبادئ القضائية، من حيث كونها منشأً ومطلقاً للمبدأ القضائي غالباً، ويظهر ذلك جلياً من خلال تكرار الأحكام والسوابق القضائية المتشابهة.

٤ - يختلف مفهوم السابقة القضائية عن المبدأ القضائي في بعض الأمور، منها: أن المبدأ القضائي بعد صدوره لا يمكن العنول عنه إلا بقرار من الجهة التي أصدرته، بخلاف السابقة فالعندول عنها يكون بإجتهاد قضائي آخر في قضية مماثلة.

٥ - إن ما جرى عليه العمل عند الفقهاء، وبالشروط التي قروها في كتبهم له صلة كبيرة بالسابقة القضائية، وبالأحرى فإن السابقة تقاس عليه، وتقارن به، لكونها نشأت بعد تفجور هذا المصطلح عند الفقهاء، ومع ذلك فإن لكل فن ما يميزه عن قرينه، ويظهر ذلك من خلال استمرار ما جاء في البحث من فروقات بينهما.

٦ - من أهم الفروق بين السابقة القضائية، وما جرى عليه العمل هو أن الأخذ بما جرى به العمل لا يكون بصفة مستمرة، فمبني زال السبب أو العرف الذي بثث عليه عاد الأمر إلى القول الراجع والمشهور، بخلاف السابقة القضائية؛ فإنها تعد ملزمة، ويستمر العمل بالإلزام بها حتى تلغى من أعلى جهة قضائية.

٧ - عقود المعاوضات التجارية يراد بها هنا : (ما ينشأ من تلاقي إرادة الطرفين في عقود التمليكات بقصد الربح، مما تختص المحكمة التجارية بنظره).

٨ - الرجوع الى السوابق القضائية، والعمل بما قضى به المتقدم، يعد منهجاً سار عليه السلف الصالح عليهم رحمة الله ورضوانه وعملوا به.

٩ - أن السابقة القضائية من حيث حكم العمل بها تتخرج على مسألة ما جرى عليه العمل عند المالكية، لمشابتها لها من حيث اشتراط جريان العمل بها، وتكرارها، ومن حيث حدودها من قاضي عرف بالعلم والتقوى، ووافق عليها عدد من القضاة المعتمدين، والقول الراجح بأنه يصبح الأخذ بما جرى عليه العمل بشروطه المعتمدة.

١٠ - السابقة القضائية قد تكون منشأة لحكم كلي مسكوت عنه، إما بإختيار رأي فقهي معتبر، أو لإحداث قول ورأي خاص للقاضي مستوفياً لشروطه المعتمدة شرعاً، وقد يكون إقراراً لقياس قضائي معتبر فيما يجوز فيه القياس، وقد تكون مرجحة لتعارض بين نصين أو مفسرة لنص ظامض، أو مخصصة لنص عام، أو مبيئة لمجمل، أو مقيدة لمطلق من النصوص الشرعية والنظامية.

١١ - يتأكد العمل بالسابقة القضائية إذا كانت تستند على أصل من أصول الشريعة وتنتج عنه، أو تستند إلى دليل من الأدلة المعتمدة في أصول الفقه، أو قول واجب مشهور في المذاهب الفقهية الأربعة.

١٢ - الأخذ بالسابقة القضائية يتخرج على مسألة حكم إلزام القاضي بمذهب غيره، وعلى مسألة حكم تدرين الأحكام الفقهية والإلزام بها، والذي ينظر فيهما إلى قاعدة المصالح المرسلة، وسد الثغرة، فتى قريت المصلحة جاز الإلزام بالسابقة والله أعلم.

١٣ - المشاهد والملموس بين القضاة هو احترام السوابق القضائية، واعتبارها، في محاكم المملكة العربية السعودية، ووجد ذلك في

- أحكام حنيئة، دوت في أسبابها الاحتجاج بالسوابق القضائية.
- ١٤ - لكي يصبح الأخذ بالسابقة فإثمه لابد من تحقق شروط اعتبارها، والسابقة القضائية شروط معتبرة قبل صدورها وبعد صدورها.
- ١٥ - يجب أن تملأ السابقة القضائية من مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، أو ما يصدره ولي الأمر من الأنظمة المرعية.
- ١٦ - من الشروط اللازمة لإكتساب وصف السابقة القضائية، أن يتحقق في الحكم صدوره من محكمة مختصة، ومشكلة تشكيلا سليماً، وأن يكتسب تأييد المحكمة الأعلى درجة ممن صدرت عنه السابقة.
- ١٧ - السوابق القضائية العبرة فيها بالأسباب التي بني عليها الحكم، حيث إنه يستخلص منها القواعد والأمثلة التي يصبح السير على مثلها في الوقائع اللاحقة.
- ١٨ - يجب أن تتوفر في السابقة القضائية تكرار العمل بها، وصدورها من المحكمة الابتدائية ابتداء، ونشرها وتعميمها على المحاكم والجهات المختصة، وفي الدوريات القضائية، حتى تصبح محلاً للسير على ضوئها، والعمل بها، وتتخذ قاعنة صالحة للمحكم بما دلت عليه في القضايا اللاحقة.
- ١٩ - إن القول بالإلزام في السابقة القضائية، وعدم الخروج عنها إلا بسبب يقتضي ذلك، يحقق مصالح وأغارا عديدة، من أهمها: توحيد الاجتهادات المختلفة بين القضاة، والمساهمة في استقرار الأحكام القضائية، كما أنه يكون معيلاً لسرعة الفصل في القضايا المرفوعة إلى القضاء، وغير ذلك من الآثار والفوائد المرجوة من العمل بالسوابق القضائية.

٢٠ - جرى في الجانب التطبيقي عرض مجموعة من الأحكام والسوابق القضائية، ومباينة قواعده وأمثلة تصلح أن تكون مثالا يحتذى به فيما يلي من أحكام.

ثانيًا: أهم التوصيات:

١ - الاستفادة العلمية والبحثية مما ينشر في مدونات الأحكام القضائية من أحكام وسوابق قضائية، والتي تم اختيارها بعناية مدروسة، من قبل لجان مشكلة في كل من وزارة العدل، وديوان المظالم في المملكة العربية السعودية.

٢ - نشر الوعي والثقافة القضائية، وبخاصة الرجوع الى الأحكام السابقة، واحترام قضاء من سبق عبر الطرق الرسمية، والمحاضرات، والندوات، والبحوث الجامعية.

٣ - إبراز السوابق القضائية فيما سوى هذا البحث سواء في القضاء العام، أو القضاء الإداري، أو ما تعبره اللجان شبه القضائية، ولعل ذلك مما تبناه الجهات ذات العلاقة من بحث آلية للوصول الى السوابق القضائية في شتى الاقضية وتنظيمها، ووضع كشاف يسهل الوصول لها.

* وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم *



الفهارس

❁ ٧- فهرس المصادر والمراجع.

❁ ٨- فهرس الموضوعات.

فهرس المصلا والمراج

* القرآن الكريم (جل منزله وعلا).

- ١ - أثر الخلاف الفلبي على المحكم القضائي، لعبدالحمد بن عبد السلام بنعلي، دار الأوقاف الثقافية جلة، الطبعة الأولى: ١٤٣٦هـ.
- ٢ - الاجارة الطويلة والمتوبة بالتمليك في الفقه الإسلامي، للدكتور سليمان بن صالح الخميس، دار كتوز اشيليا- الرياض، ط: الأولى ١٤٣٩هـ.
- ٣ - الاجارة المتوبة بالتمليك في الفقه الإسلامي، لضان بن محمد الشيخ، دار القلم دمشق، ط: الأولى ١٤٣١هـ.
- ٤ - الاجتهاد القضائي، مفهومه- حالته- نطاقه، للمستشار: عباس قاصم مهدي، ط: الأولى ٢٠١٥، المركز القومي للإصدارات القانونية بالقاهرة.
- ٥ - الإجماع، للإمام محمد بن إبراهيم ابن المنذر النيسابوري، تحقيق فؤاد عبدالمشحم احمد، دار المسلم للنشر والتوزيع الرياض، الطبعة الأولى: ١٤٢٥هـ.
- ٦ - أحكام الأوقاف التجارية في الفقه الإسلامي، لسعد بن تركي بن محمد المختلان، دار ابن الجوزي الرياض، الطبعة الثانية: ١٤٢٧هـ.
- ٧ - أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، لمبارك بن سليمان بن محمد آل سليمان، دار كتوز اشيليا الرياض، الطبعة الأولى: ١٤٢٦هـ.
- ٨ - أحكام القصور في أحكام الأصول، للإمام أبي الوليد الباجي (ت ٤٧٤هـ)، تحقيق: عبدالمجيد التركي، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط: الأولى ١٤٠٧.
- ٩ - أحكام القرآن، لأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المثوق): ٣٧٠هـ، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.

- ١٠ - الإحكام في أصول الأحكام، لأبي الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الطجلي الأملي (المتوفى: ٦٣١هـ)، تحقيق: عبدالرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - لبنان.
- ١١ - الإحكام في أصول الأحكام، لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم (ت: ٤٥٦هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى ١٤٠٥هـ.
- ١٢ - الإحكام في أصول الأحكام، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأنلسي القرطبي الطاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الأفاق الجديدة، بيروت.
- ١٣ - الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي للدكتور: ناصر بن سعيد الفاضلي، مكتبة الرشيد، ط: الثانية ١٤٢٨هـ.
- ١٤ - أدب القضاء، القاضي القضاة شهاب الدين أبي اسحاق إبراهيم بن عبدالله المعروف بابن أبي الدم المصري الشافعي (ت: ٦٤٢)، تحقيق: محمد مصطفى الزحيلي، مجمع اللغة العربية - دمشق، مكتبة الحرم المكي.
- ١٥ - الاستدكار، لأبي حمزة يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر بن حاتم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي حوض، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ.
- ١٦ - استقلال القضاء في الفقه الإسلامي للدكتور: محمد بن عبدالله بن إبراهيم السحيم، دار ابن الجوزي - الرياض، ط: الأولى ١٤٣٦هـ.
- ١٧ - أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لشيخ الإسلام / زكريا الأنصاري، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٢٢هـ، الطبعة: الأولى، تحقيق: د. محمد محمد ناصر.
- ١٨ - الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، لأحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي الرياض، الطبعة الثانية: ١٤٢٧هـ.
- ١٩ - الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة الثماني، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ.

- ٢٠ - الأشباه والنظائر، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المثوق: ٩١١هـ)، دار الكتب العلمية، الأولى، ١٤١١هـ.
- ٢١ - الإصابة في تمييز الصحابة، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المثوق: ٩٥٢هـ)، تطبيق: هادئ أحمد عبدالموجود وعلى محمد معروف، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى - ١٤١٩هـ.
- ٢٢ - اصطلاح الملعب عند المالكية: الدكتور/محمد إبراهيم أحمد علي. دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث. دبي ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- ٢٣ - أصول السرخسي، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المثوق: ٤٨٣هـ)، دار المعرفة - بيروت.
- ٢٤ - أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، لمحمد الأمين بن محمد المشقار بن عبد القادر المكني الشنيطي (المثوق: ١٣٩٣هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت - لبنان، ط: ١٤١٥هـ.
- ٢٥ - إهلام الموقعين، لمحمد بن أبي بكر أيوب بن قيم الجوزية، تحقيق: أبي هيبه مشهور بن حسن آل سلمان، دار المجوزي الرياض، الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ.
- ٢٦ - الأعلام، لخبر الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي المشلي (المثوق: ١٣٩٦هـ)، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر - أيار/مايو ٢٠٠٢م.
- ٢٧ - إقلاص الشركات وأثره في الفقه والتنظيم، لعبد المجيد بن صالح بن عبد العزيز المنصور، دار كنوز اشيليا الرياض، الطبعة الأولى: ١٤٣٣هـ.
- ٢٨ - الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لموسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجراوي المنطسي، أبو النجا (المثوق: ٩٦٨هـ)، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت - لبنان.
- ٢٩ - الأم، للإمام أبي هبة الله محمد بن إدريس الشافعي ت ٢٠٤، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية: ١٤٠٣هـ.
- ٣٠ - أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، للشيخ: قاسم

- القنوي، تعليق: أحمد بن عبدالرازق الكبيسي، دار ابن الجوزي - الرياض، ط: الأولى ١٤٢٧هـ.
- ٣١- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، لأبي العباس أحمد بن يحيى الوثريسي، تعليق: أحمد بن طاهر الخطابي، مطبعة فضالة - المحمدية (المغرب)، ط: ١٤٠٠هـ.
- ٣٢- إيضاح المكتون في الليل على كشف الظنون، لإسماعيل بن محمد أمين بن صبر سليم الباباني البغدادي (المتوفى: ١٣٩٩هـ)، احتش به: محمد شرف الدين بالقلايا رئيس أمور الدين، والمعلم رقعت بيلكه الكلبسي، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- ٣٣- البحث القانوني، لفكري أحمد نعمان، أكاديمية شرطة دبي، ط: الثانية ١٤٢٩هـ.
- ٣٤- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨هـ)، وبالحاشية: منحة الخالق لابن هابلين، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.
- ٣٥- بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، للدكتور علي محيي الدين علي الفهر داخي، دار البشائر الإسلامية بيروت لبنان، الطبعة الثالثة: ١٤٣٠هـ.
- ٣٦- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للناصري أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي (ت: ٥٩٥هـ)، تعليق: ماجد الحموي، دار ابن حزم-بيروت، ط: الثانية ١٤٣٣هـ.
- ٣٧- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ت ٥٨٧هـ، جلد: علي مصوض وهادق أحمد عبدالموجود، دار الكتب العلمية، بيروت ط: الثانية، ١٤٢٤هـ.
- ٣٨- البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، تعليق: محمد محمد ناصر، الناشر: دار

- الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط: الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
- ٣٩- البدر الطالع بمحاسن من بعد من القرن السابع، لمحمد بن علي الشوكاني (ت: ١٢٠٥هـ)، دار المعركة - بيروت.
- ٤٠- بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدررير لكتابه المسمى أقرب المسالك يملأ الإمام تاليف)، لأبي العباس أحمد بن محمد الخطوني، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ)، دار المعارف، ط: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ٤١- البلغة في تراجم أئمة النحر واللغة، لمحمد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: ٨١٧هـ)، دار سعد الدين للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى ١٤٢١هـ.
- ٤٢- البهجة في شرح الشحنة، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت - ١٤١٨هـ، الطبعة: الأولى.
- ٤٣- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، حلقه: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ.
- ٤٤- بيع التلخيص وأحكامه، لسليمان التركي، ط: الأولى ١٤٢٤هـ دار اشبيلية الرياضية.
- ٤٥- بيع المراجعة كما تهره البتوك الإسلامية، للدكتور محمد سليمان الأشقر، دار التفاس للنشر والتوزيع - الأردن، ط: الثانية ١٤١٥هـ.
- ٤٦- بيع المراجعة لأمر بالشراء كما تهره المصارف الإسلامية، للدكتور يوسف الرضاوي، مؤسسة الرسالة، ط: الأولى ١٤١٨هـ.
- ٤٧- تاج الحروس من جواهر القاموس، لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفقيص، الملقب بمرتضى، الربيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.

- ٤٨ - التاج والإكليل لمختصر تحليل، لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الفرناطي، أبو عبدالله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ.
- ٤٩ - تبصرة المحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن قرحون، برهان الدين البصيري (المتوفى: ٧٩٩هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ.
- ٥٠ - تبصرة المحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، للإمام برهان الدين إبراهيم محمد بن قرحون المالكي، حلقه: جلال مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض ط: ١٤٣٣هـ.
- ٥١ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، لعثمان بن علي بن محمد الباري، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣هـ)، مع الحاشية: لشهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (المتوفى: ١٠٢١هـ)، دار المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ.
- ٥٢ - تحرير الكلام في مسائل الإلزام، لشمس الدين أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرهيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، تحقيق: عبدالسلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط: الأولى، ١٤٠٤هـ.
- ٥٣ - تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الوهمي، دار المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، الطبعة: بدون طبعة، هام النشر: ١٣٥٧هـ - ١٩٨٣ م، (ثم صورتها دار إحياء التراث العربي - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ).
- ٥٤ - تدوين الراجح من أقوال الفقهاء، ببحث منشور في مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٣٣ لعام ١٤١٢هـ، أهداه اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء.
- ٥٥ - ترتيب المدارك وتدريب المسالك، لأبي الفضل القاهي عباس بن موسى

البصبي (المثوقى: ٥٤٤هـ)، دار مطبعة قسالة - المحملىة، المغرب،
عذ: الأولى

٥٦ - تسبب الأحكام القضاىة فى الشرىة الإسلامىة، لعبدالله بن محمد آل
حنن، دار القرطبة، عذ: الأولى ١٤٢٠هـ- الرياض.

٥٧ - تطوير الأعمال المصرقىة بما ىفق والشرىة الإسلامىة، للدكتور: سامى
حسن حمود، مكتبة دار التراث، القاهرة، عذ: الثالثة ١٤١١هـ

٥٨ - ترمب التعلب لابن حجر العسلاانى، تعلب: محمد حوامة، دار الرشيد
بعلب، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ

٥٩ - تلبن الأحكام القضاىة، لمحمد بن عبدالعزى الفاز، الطبعة الأولى
١٤٣١هـ

٦٠ - التلصص الحبر فى تخرىج أحابث الراضى الكبر، لأبى الفضل أحمد بن
هلى بن محمد بن أحمد بن حجر العسلاانى (المثوقى: ٨٩٢هـ)تعلب:
حسن عباس قطب، مؤسسة قرطبة - دار المشكاة للبعث العلمى، الطبعة
الأولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م

٦١ - التلصص الحبر فى تخرىج أحابث الراضى الكبر، لأبى الفضل أحمد بن
هلى بن محمد بن أحمد بن حجر العسلاانى (المثوقى: ٨٩٢هـ)، دار
الكتب العلمىة، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ

٦٢ - التمهىد لما فى الموطأ من المعانى والأسابىد، لأبو همر يوسف بن عبدالله
بن محمد بن عبدالبى بن عاصم النمرى القرطبى (المثوقى: ٤٦٣هـ)،
تعلب: مصطفى بن أحمد العلوى، محمد عبدالكبر البكرى، وزارة عموم
الأوقاف والشؤون الإسلامىة - المغرب، عذ: ١٣٨٧هـ

٦٣ - التظمم القضاىى فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد الزحبل، دار الفكر -
صشق، عذ: الأولى ١٤٣٣هـ

٦٤ - تللب اللغة لمحمد بن أحمد الأزهرى الهروى، ت: محمد حوسى، دار
إحىاء التراث العربى بىروت، عذ: الأولى ٢٠٠١م.

٦٥ - تللب اللغة، لأبى منصور محمد بن أحمد الأزهرى، حلقه: محمد
حوسى، دار إحىاء التراث العربى، بىروت ٢٠٠١م، عذ: الأولى.

- ٦٦ - توصيف الأقطاب في الشريعة الإسلامية لعبدالله بن محمد بن سعد آل خنيز، دار ابن قرقون، ط: الثانية ١٤٣٤هـ.
- ٦٧ - تفسير التحرير، لمحمد أمين - المعروف بأمير بادشاه / المثنوقى - ٩٧٢هـ، دار الفكر، بلون تاريخ طبعة.
- ٦٨ - تفسير التحرير، لمحمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي (المثنوقى: ٩٧٢هـ)، مكتبة مصطفى البابي الحلبي - مصر (١٣٥١هـ - ١٩٣٢م) كوصورته: دار الكتب العلمية - بيروت (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، ودار الفكر - بيروت (١٤١٧هـ - ١٩٩٦م).
- ٦٩ - جامع البيان في تأويل القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري (المثنوقى: ٣١٠هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ.
- ٧٠ - الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، دار الجيل بيروت.
- ٧١ - الجامع الصحيح، لمحمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبدالله (المثنوقى: ٢٥٦هـ)، دار الشعب - القاهرة، ط: الأولى، ١٤٠٧هـ.
- ٧٢ - جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، للإمام زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن ابن شهاب الدين البغدادي المعروف بابن رجب الحنبلي ت ٧٩٥هـ، ت: طارق بن عوض الله، دار ابن الجوزي - الدمام - ط: الثالثة ١٤٢٢هـ.
- ٧٣ - المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعبد السلام بن عبد الله بن الخضرمي، ابن تيمية المبراني، أبو البركات، مجد الدين (المثنوقى: ٦٥٢هـ)، مكتبة المعارف - الرياض، ط: الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ.
- ٧٤ - الجامع لأحكام القرآن لأبي عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي ت ٦٧١هـ، حقه د. عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط: الأولى ١٤٣٧هـ.
- ٧٥ - العبد على التصريف، لمحمد بن سعد الدوسري، مجلة العلوم الشرعية -

جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، منشور على الشبكة العنكبوتية
[units.imamu.edu.sa/colleges/sharia/md/documents]

- ٧٦ - جمهرة التواعد الفقهية في المعاملات المالية، لعلي احمد الندي، شركة
الراجحي المصرفية للاستثمار، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ
- ٧٧ - الجواهر المحببة في طبقات المحنفة، عبد القادر بن محمد بن نصر الله
القرشي، أبو محمد، محيي الدين الحنفي (المثوقى: ٧٧٥هـ)، مكتبة مير
محمد كتب نخانه - كراتشي
- ٧٨ - الجمهرة النبيرة، لابي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الرزبلي
اليمني الحنفي (المثوقى: ٨٠٠هـ)، المطبعة الخيرية، الطبعة: الأولى،
١٣٢٢هـ
- ٧٩ - حاشية الجمل على المنهج لشرح الإسلام زكريا الأنصاري، للشيخ سليمان
الجمل، دار الفكر - بيروت، بلون تاريخ طبعة.
- ٨٠ - حاشية الدسوقي لمحمد بن عرفة الدسوقي، ت: محمد هليش، دار الفكر
بيروت.
- ٨١ - حاشية قلوبني على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، لشهاب
الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القلوبني (ت ١٠٦٩)، تحقيق مكتبة
البحوث والدراسات، دار الفكر - بيروت، ط: ١٤١٩هـ
- ٨٢ - حجة الله البالغة، لأحمد المعروف بشاة ولي الله، رابطة محمود طه
حلي، دار المعرفة بيروت لبنان.
- ٨٣ - حجة الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، للدكتور
محمد نعم ياسين، دار الفائق - الأردن، ط: الأولى ١٤٣٦هـ
- ٨٤ - حجة السوابق القضائية، لعبد العزيز بن سعد الدخيل، بحث منشور في مجلة
العدل (مجلة حلية قضلية محكمة) العدد ٣٤ ربيع الآخر لعام ١٤٢٨هـ
- ٨٥ - الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي،
للدكتور: يوسف بن عبد الله الشيبلي، دار ابن الجوزي، ط: الأولى
١٤٢٥هـ

- ٨٦ - خلاصة البدر المنير في تخریج كتاب الشرح الكبير للرازي، لابن الملتن سراج اللين أبو حفص حيدر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: ٨٠٤هـ)، تحقيق: حمدي عبدالمجيد إسماعيل السلفي، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ.
- ٨٧ - دراسات المعايير الشرعية- النص الكامل لليحوث والدراسات التي قدمت تمهيدا لإصدار المعايير الشرعية ١-٥٤ الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية -المنامة، ط: دار الميمان - الرياض.
- ٨٨ - المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ديبان بن محمد الديبان، مكتبة الملك فهد الوطنية- الرياض، ط: الثانية ١٤٣٢هـ.
- ٨٩ - دور المحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تحقيق: المحامي قوسي الحسيني، دار الكتب العلمية، لبنان / بيروت.
- ٩٠ - الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، مجلس دائرة المعارف العثمانية - صيلر آباد/ الهند، ط: الثانية، ١٣٩٢هـ.
- ٩١ - الديباج الملعب في معرفة أعيان علماء الملعب، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن قرقون، برهان الدين البعري (المتوفى: ٧٩٩هـ)، تحقيق: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.
- ٩٢ - أحكام المعاملات المالية الشرعية، علي الخفيف، مطبعة السنة المحمدية - القاهرة، ط: ١٣٧٤هـ.
- ٩٣ - اللخيرة، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشافعي بالقراي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد حمدي وآخرون، دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤ م.
- ٩٤ - الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، لعمر عبدالعزيز المتوك (ت: ١٤٠٥هـ)، احتسا به بكر بن عبدالله أبو زيد، دار العاصمة الرياضية، الطبعة الثالثة: ١٤١٨هـ.

- ٩٥ - ربح مالم بضمن، للدكتور مساحد بن عبدالله بن حمد الحليل، دار الميمان للنشر والتوزيع الرياض.
- ٩٦ - رد المحتار على الدر المختار، لأبن هابلين، محمد أمين بن صبر بن عبدالعزيز هابلين المشلي المحتفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، دار الفكر- بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م
- ٩٧ - روضة الطالبين وجملة المفتين، لأبن زكريا محبي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ.
- ٩٨ - روضة الطالبين وجملة المفتين، للإمام أبو زكريا محبي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، المكتب الإسلامي بيروت، ط: ١٤٠٥
- ٩٩ - روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لأبن محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماهيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنيلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط: الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ.
- ١٠٠ - سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، لمحمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، حققه محمد صبيحي حسن حلاق، دار ابن جوزي الرياض، الطبعة الثانية: ١٤٢١هـ.
- ١٠١ - سبل السلام، لمحمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الصنعاني، (المتوفى: ١١٨٢هـ)، دار الحديث، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ١٠٢ - السحب الزائلة على ضرائح الحنابلة، لمحمد بن عبدالله بن حميد النجدي، ت: أبو بكر بن عبدالله أبو زيد، عبدالرحمن العثيمين، مؤسسة الرسالة.
- ١٠٣ - سلسلة الأحاديث الصحيحة، لأبن عبدالرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشلودري الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.

- ١٠٤ - السلطة القضائية للنفاذ في الفقه الإسلامي لمحمود بن محمد ناصر بركات، دار النفاذ - الأردن، ط: الثانية ١٤٣٥هـ.
- ١٠٥ - سلم الوصول إلى طبقات الفحول، لمصطفى بن عبدالله المحروق، حاجي خليفة (المثوق ١٠٦٧هـ) تحقيق: محمود عبدالقادر الأرناؤوط، مكتبة إرسبك، إسطنبول - تركيا، عام النشر: ٢٠١٠ م.
- ١٠٦ - سنن ابن ماجه لأبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني (المثوق: ٢٧٣هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وآخرين، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ.
- ١٠٧ - سنن البيهقي الكبرى، لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة، ١٤١٤هـ، تحقيق: محمد عبدالقادر عفا.
- ١٠٨ - سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي ت ٢٧٩هـ، تحقيق: بشار حواد معروف، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط: ١٩٩٨م.
- ١٠٩ - السوابق القضائية في القانون الإنجليزي، روبرت كروس، ترجمة: محمد الشيخ صبر، دار الجيل - بيروت، الأولى: ١٤١٣هـ.
- ١١٠ - السوابق القضائية والاحتماد عليها في القضاء، الدكتور: محمد بن المنني بوساق، بحث ملهم كورقة عمل في مركز التميز البحثي في قله القضايا المعاصرة التابع لجامعة الإمام محمد بن سعود، نشر على الموقع في الإنترنت، ١٤٣٤/١١/٢٠هـ.
- ١١١ - السوابق القضائية ومكانتها في الأحكام، عبدالله بن محمد آل خنين، بحث ملهم كورقة عمل في مركز التميز البحثي في قله القضايا المعاصرة التابع لجامعة الإمام محمد بن سعود، نشر على الموقع في الإنترنت، ١٤٣٤/١١/٢٠هـ.
- ١١٢ - سير أعلام النبلاء للإمام شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، ت ٧٤٨هـ، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط: الحادية عشرة، ١٤٢٢هـ.
- ١١٣ - سير أعلام النبلاء، لشمس الدين أبو عبدالله محمد بن أحمد بن عثمان

- اللعبي (المثوق: ٧٤٨هـ)، تحليل: مجموعة من المحققين بإشراف
الشيخ شعيب الأرنؤوط، دار مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٥هـ
/ ١٩٨٥م.
- ١١٤ - شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد بن صبر بن
علي ابن سالم مخلوف (المثوق: ١٣٦٠هـ)، دار الكتب العلمية، لبنان،
الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م.
- ١١٥ - شرح القانون التجاري المصري، لثروت علي عبدالرحيم، دار النهضة
العربية، ط: الثالثة ٢٠٠٠م.
- ١١٦ - شلوات اللعبي في أخبار من ذهب، لعبدالمحيي بن أحمد العسكري
الدمشقي، دار الكتب العلمية، وصورتها دار الكتاب الإسلامي، القاهرة
- الطبعة: الثانية، بدون تاريخ.
- ١١٧ - شلوات اللعبي في أخبار من ذهب، لعبدالمحيي بن أحمد بن محمد ابن
الصاد العسكري المحبلي، أبو الفلاح (المثوق: ١٠٨٩هـ)، حقه: محمود
الأرنؤوط و عبدالقادر الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، ط:
الأولى، ١٤٠٦هـ.
- ١١٨ - شرح حدود ابن عرفة، لأبي عبدالله محمد الأنصاري الرضا، ت
٨٩٤هـ، حقه محمد أبو الأجفان والطاهر المصموري، دار الغرب
الإسلامي بيروت، ط: الأولى ١٩٩٣م.
- ١١٩ - شرح حماد الرضا بيان أهدب القضاء لعبدالرحوف بن علي زين الدين
المتاوي، ت: عبدالرحمن عبدالله بكير، ط: الأولى ١٤٠٦هـ، الدار
السعودية للنشر والتوزيع - جدة.
- ١٢٠ - شرح مختصر الروضة، لمصطفى الدين أبي الربيع سليمان بن عبدالمؤيد بن
عبدالكريم الطوق، تحليل الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي،
مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، الطبعة الرابعة: ١٤٢٤هـ.
- ١٢١ - شرح مختصر تحليل للمخرشي، لمحمد بن عبدالله المخرشي المالكي أبو

- عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ)، دار الفكر للطباعة - بيروت، ط: بدون
طبعة وبدون تاريخ
- ١٢٢ - الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، لمحمد بن عبدالعزيز بن
سعد الميمني، دار كنوز اشبيليا - الرياض، ط: الأولى ٢٠٠٦م.
- ١٢٣ - شرح منتهى الارادات دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، لمنصور بن
يونس بن ادريس اليهودي (ت: ١٠٥١هـ)، تحقيق عبدالله بن عبدالمحسن
التركي، دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ
- ١٢٤ - الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، للدكتور عبدالعزيز
عزت الخياط، مؤسسة الرسالة - بيروت ط: الرابعة ١٤١٤هـ
- ١٢٥ - الشروط التعويضية في المعاملات المالية، لدكتور حياض بن حسان بن
مقبل العنزي، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع الرياض، الطبعة
الأولى: ١٤٣٠هـ
- ١٢٦ - الشعر والشعراء لابن قتيبة، ت: أحمد محمد شاكر، دار الحديث
القاهرة، ط: ١٤٣٣هـ
- ١٢٧ - الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، لإسماعيل بن حماد الجوهري، ت
٣٩٣هـ، دار العلم للملايين، بيروت، ط: الرابعة ١٩٩٠.
- ١٢٨ - صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، لمحمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم
السبكي البستي، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ،
تحقيق: شبيب الأرناؤوط
- ١٢٩ - صحيح مسلم بشرح الامام محي الدين النووي ت ٦٧٦هـ، ت: خليل
مأمون شيبا، دار المعرفة - بيروت، ط: السابعة ١٤٢١هـ
- ١٣٠ - الضمان في الفقه الإسلامي، لعلي الخفيف، دار الفكر العربي - القاهرة،
بدون طبعة.
- ١٣١ - ضوابط الثمن وتطبيقاته في عقد البيع، لسمير بن عبدالنور جاب الله،
كنوز اشبيليا الرياض، الطبعة الأولى: ١٤٢٦هـ
- ١٣٢ - طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين عبد الوهاب بن تلي الدين السبكي

(المثوقى: ٧٧١هـ)، تحقيق: د. محمود محمد الطناحي، د. عبدالفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤١٣هـ.

١٣٣ - الطبقات الكبرى، لأبي عبدالله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البصري، البستاني المعروف بابن سعد (المثوقى: ٢٣٠هـ) تحقيق: إحسان عباس، دار صادر - بيروت، ط: الأولى، ١٩٦٨م.

١٣٤ - طبقات المفسرين، لأحمد بن محمد الأذنه وي، تحقيق: سليمان بن صالح الخزي، الناشر: مكتبة العلوم والحكم - السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ.

١٣٥ - طرق الإثبات في القضاء المجاري وتطبيقاتها في المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية، رسالة علمية قدمت لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، لأحمد بن صالح المبرودي، جامعة الامام محمد بن سعود، المعهد العالي للقضاء، للعام الجامعي ١٤٣٢-١٤٣٣هـ.

١٣٦ - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية للإمام أبي عبدالله محمد بن التيم المجزى ت ٧٥١هـ، حقه: نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد - مكة المكرمة، ط: الأولى ١٤٢٨هـ.

١٣٧ - طلبية الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، لتجيم الدين أبي حفص عمر النسفي (ت ٥٣٧هـ)، تخريج: خالد عبدالرحمن العك، دار النفائس - بيروت، ط: الثالثة ١٤٣٦هـ.

١٣٨ - العرف والعمل في الملعب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، لعمير الجيلاني، صندوق احباء التراث الإسلامي، مطبعة فضالة المحمدية، ط: ١٩٨٢م.

١٣٩ - هك الاستصناع وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، للدكتور محمد بن أحمد الصالح، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض، ط: الأولى ١٤١٧هـ.

- ١٤٠ - عبد البيع، لمصطفى أحمد الزرقا، دار اللام دمشق، الطبعة الثانية: ١٤٣٣هـ.
- ١٤١ - عبد الثور حليته وأحكامه في الفقه الإسلامي، لعادل شاهين محمد شاهين، دار كنوز اشيليا - الرياض، ط: الأولى ١٤٣٢هـ.
- ١٤٢ - عبد السلم وأثره في التنمية الاقتصادية، للدكتور محمد بن أحمد الصالح، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، ط: الأولى ١٤١٧هـ.
- ١٤٣ - عبد المداولة، لعبد الرحمن بن هاید العايد، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، ط: ١٤٢٥هـ.
- ١٤٤ - عقود التوزيع دراسة قلبية تطبيقية، لفهد بن صالح بن هيداه الباحوث، دار كنوز اشيليا - الرياض، ط: الأولى ١٤٣٧هـ.
- ١٤٥ - العقود المالية المركبة، للدكتور هيداه محمد الصراني، دار كنوز اشيليا - الرياض، ط: الثانية ١٤٣١هـ.
- ١٤٦ - علم القانون والضمان القانوني، للدكتور محمد نصر محمد، مكتبة القانون والاقتصاد، ط: الأولى ١٤٣٤هـ - الرياض.
- ١٤٧ - عبد التصريف، لعبد الله بن ناصر السلمي، مركز ابن تيمية - الرياض، ط: الأولى ٢٠١٣م.
- ١٤٨ - العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو هيداه ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي الباهري (المثوق: ٧٨٦هـ)، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ١٤٩ - العيب وأثره في عبد البيع دراسة قلبية مقارنة، لعبد الله بن عبد العزيز الصجلان، الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ.
- ١٥٠ - غمز حيون البصائر في شرح الأشياء والنظائر، لأحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي المحتفي (المثوق: ١٠٩٨هـ)، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤٠٥هـ.
- ١٥١ - الفتاوى الفقهية الكبرى، لابن حجر الهيتمي، (ت: ٩٧٦هـ) دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ١٤٠٣هـ.

- ١٥٢ - الفتاوى الكبرى لابن تيمية، لظي الدين أبو العباس أحمد بن عبدالحليم بن عبد السلام بن هيدالله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الممشلي (المتوفى: ٧٢٨هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ.
- ١٥٣ - فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث والعلمية والاقتاء، جمع وترتيب أحمد بن هيدالرزاق الدويش، دار السويد الرياض، الطبعة الخامسة: ١٤٢٤هـ.
- ١٥٤ - الفتاوى الوهنية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلمخي، دار الفكر، الطبعة: الثانية، ١٣١٠هـ.
- ١٥٥ - فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للإمام أحمد بن علي بن حجر الصلاني ت (٨٥٢هـ)، ت: مصب الدين الخطيب، نشر المطبعة السلفية - مصر، ط: الثانية ١٤٠٣هـ.
- ١٥٦ - العقد على المناقح وأحكامه في الفقه الإسلامي، لمولاي هيدالسلام بلخني، دار بن حزم - بيروت، ط: الأولى ٢٠١١م.
- ١٥٧ - فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل الصلاني، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩، بترقيم وتبويب: محمد فؤاد هيدالباقى.
- ١٥٨ - فتح القدير، لكمال الدين محمد بن هيدالواحد السيواسي المعروف بابن الوهام (المتوفى: ٨٦١هـ)، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ١٥٩ - فتح التريب المحيبي في شرح ألفاظ التريب، أو القول المختار في شرح غاية الاختصار، لأبي هيدالله محمد بن قاسم بن محمد الغزي المعروف (بابن الخراييلي) ت ٩١٨هـ، بعناية بسام الجمالي، دار ابن حزم بيروت، ط: الأولى، ١٤٢٥هـ.
- ١٦٠ - الفتوحات الربانية على الأذكار التواوية، لمحمد بن علان الصليبي الشافعي الأشعري المكي (المتوفى: ١٠٥٧هـ)، جمعية النشر والقائف الأزهرية.
- ١٦١ - الفروع، لشمس الدين محمد بن مفلح الملطسي ت (٧٦٣هـ)، ت:

- الدكتور عبدالله التركي ضمن موسوعة الفقه الحديث، دار عالم الكتب - الرياض، ط: ١٤٣٢هـ.
- ١٦٢ - الفروق - أنوار البروق في أنواء الفروق، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن المالكي الشهير بالقراقي (المثوق): ٦٨٤هـ، دار عالم الكتب، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ١٦٣ - قصود في أصول القانون - دراسة مقارنة في الدراسات القانونية والأنظمة السعودية، للدكتور أسامة محمد عثمان خليل، مكتبة الرشيد، ط: الأولى ١٤٣٨هـ الرياض.
- ١٦٤ - الفقه الإسلامي وأدلته، لمؤلفه، مؤلفه بن مصطفى الزحيلي، دار الفكر - سورية - دمشق، الطبعة: الرابعة.
- ١٦٥ - فقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارنة بالقوانين الوضعية، لمحمد تلي العثماني، دار العلم - دمشق، ط: الثانية ١٤٣٩هـ.
- ١٦٦ - فقه المعاملات الحديثة، للدكتور عبدالوهاب أبو سليمان، دار ابن الجوزي - الدمام، ط: الأولى ١٤٢٦هـ.
- ١٦٧ - الفواكه البدرية في الأقضية المحكمة، لمحمد بن محمد بن الفرس، م: ٩٣٢هـ، مصر مطبعة النيل.
- ١٦٨ - القاموس المحيط لمحمد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزبادي، مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، بيروت - لبنان، ط: الثامنة ١٤٢٦هـ.
- ١٦٩ - قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، لشيخ حمد بن خليفة آل ثاني، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، الطبعة الرابعة: ١٤٢٣هـ.
- ١٧٠ - القضاء والقدر للدكتور حمير سليمان الأشقر، دار التفاف، الكويت، ط: الثانية ١٤١٠هـ.
- ١٧١ - القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، للدكتور عبدالرحمن بن إبراهيم الحميري، رسالة دكتوراه قلمت بكلية الشريعة بجامعة أم القرى، ط: الأولى ١٤٠٩هـ.

- ١٧٢ - قواعد النجبة ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، لأبمن محمد علي، ط: الأولى ٢٠٠٨م، دار المحامد للنشر والتوزيع، الأردن - عمان.
- ١٧٣ - القواعد الفقهية الخمس الكبرى والقواعد المتدرجة تحتها، للدكتور اسماعيل حلوان، ط: الأولى ١٤٢٠هـ دار ابن الجوزي - الدمام
- ١٧٤ - القواعد الفقهية، للدكتور يعقوب الباسمين، مكتبة الرشيد ط: الثالثة ١٤٢٤هـ.
- ١٧٥ - القواعد الكلية والضوابط الفقهية، للدكتور محمد عثمان شبير، دار الفاضل - الأردن، ط: الأولى ١٤٢٦هـ.
- ١٧٦ - قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية، لمصطفى محمد بن كرامة الله مخلوم، دار اشيبيا الرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ.
- ١٧٧ - القوانين الفقهية، لأبي الناسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي (المتوفى: ٧٤١هـ).
- ١٧٨ - كتاب الحاوي الكبير، لأبي الحسن الماوردي، دار الفكر - بيروت
- ١٧٩ - كتاب المبسوط، لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، احتج بها سمير مصطفى ذباب، دار أحياء التراث العربي بيروت لبنان، الطبعة الأولى
- ١٨٠ - كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، لمحمد بن علي التهانوي، ت: الدكتور: علي درويش، مكتبة لبنان - بيروت، ط الأولى ١٩٩٦م.
- ١٨١ - كشاف القناع عن متن الإقناع، لمختصر بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنفي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، دار الكتب العلمية
- ١٨٢ - الكلمات معجم في المصطلحات والفروق الفقهية، لأبوب بن موسى الحسيني القريشي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: ١٠٩٤هـ)، تحقيق: هنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة - بيروت.
- ١٨٣ - اللآلئ المصنوعة في الأحاديث الموضوعة، لعبد الرحمن بن أبي بكر جلال السيوطي ت ٩١١هـ، تحقيق: أبو عبد الرحمن صلاح بن محمد بن

- هويضة، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى ١٤١٧هـ.
- ١٨٤ - لسان العرب لمحمد بن مكرم بن علي بن منظور ت: ٧١١هـ، دار صادر - بيروت الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ.
- ١٨٥ - الملح في أصول الفقه، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، ط: الثانية ١٤٢٤هـ.
- ١٨٦ - المال المأخوذ ظلمًا وما يوجب فيه في الفقه والنظام، للدكتور طارق بن عبدالله الخويطر، دار كنوز اشيليا - الرياض، ط: الأولى ١٤١٧هـ.
- ١٨٧ - مبادئ الاجتهاد في التفسير، للدكتور: هياض بن نامي السلمي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - مركز التميز البحثي في قلة القضايا المعاصرة، ط: الأولى ١٤٣٥هـ.
- ١٨٨ - المبادئ القضائية في محاكم المملكة العربية السعودية للدكتور منصور بن محمد الشبيب، رسالة قدمت لنيل الدكتوراه في الفقه المقارن - المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٣٢هـ.
- ١٨٩ - المبدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر (المقدمة) لعبد الرحمن بن مخلد، ت: ٨٠٨هـ، دار الفكر - بيروت، ط: الأولى ١٤٢٤هـ.
- ١٩٠ - المبدع شرح المتنح لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي، ت: ٨٨٤هـ، حقه محمد حسن محمد حسن الشافعي - دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى ١٤١٨هـ.
- ١٩١ - المبدع في شرح المتنح، لإبراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، ت: ٨٨٤هـ، المكتب الإسلامي - بيروت، ط: ١٤٠٠هـ.
- ١٩٢ - المبدع في شرح المتنح، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي ت: ٨٨٤هـ، نشر المكتب الإسلامي - دمشق، عام ١٣٩٤هـ.
- ١٩٣ - المجتبى من السنن، لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ، تحقيق: عبد الفتاح أبو خلة.
- ١٩٤ - مجلة الأحكام الشرعية، للنهاسي أحمد بن عبدالله الناري

- (ت: ١٣٥٩هـ)، راجعه: محمد براك الفوزان، مكتبة القانون والاقتصاد - الرياض، ط: الأولى ١٤٣٦هـ.
- ١٩٥ - مجلة الأحكام العدلية، للجنة مكونة من حلة علماء وقلهاء في المخلاة العثمانية، تحقيق: نجيب عواويني، ط: مكتبة نور محمد، كارتخانه تجارته كتب، آرام باغ، كراتشي.
- ١٩٦ - مجلة العدل، تصدر من وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، مجلة فصلية علمية محكمة.
- ١٩٧ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، للمحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧هـ دار الفكر - بيروت، ط: ١٤١٢هـ.
- ١٩٨ - مجموع الأحكام التجارية، الصادر من مكتبة الشؤون الفنية بدوان المظالم المملكة العربية السعودية.
- ١٩٩ - مجموع الفتاوى، لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم وابنه محمد، طبعت مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف تحت إشراف وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المدينة المنورة، ط: ١٤٢٥هـ.
- ٢٠٠ - المجموع شرح الموطأ ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، لأبي زكريا يحيى الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، دار الفكر.
- ٢٠١ - مجموع فتاوى العلامة عبدالعزيز بن باز، المؤلف: عبدالعزيز بن عبدالله بن باز (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، أشرف على جمعه وطبعه: محمد بن سعد الشوير، ط: الرئاسة العامة للبحوث العلمية.
- ٢٠٢ - مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب عبدالرحمن بن قاسم وابنه محمد، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ط: ١٤٢٥هـ.
- ٢٠٣ - المحصول في علم أصول الفقه، لفخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي (ت: ٦٠٦هـ) تحقيق: طه جابر العلوانتي، مؤسسة الرسالة، ط: الثالثة: ١٤١٨هـ.

- ٢٠٤ - المحصول في علم الأصول، لمحمد بن صهر بن الحسين الرازي،
تحقيق: طه جابر قباض العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود
الإسلامية - الرياض، الطبعة الأولى: ١٤٠٠هـ.
- ٢٠٥ - المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأنطلسي
القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، دار الفكر - بيروت، الطبعة:
بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ٢٠٦ - الملخص الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقا، دار القلم دمشق، الطبعة
الأولى: ١٤١٨هـ.
- ٢٠٧ - الملخص إلى قلة المعاملات المالية، لدكتور محمد عثمان شبير، دار
الغناس الأردن، الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ.
- ٢٠٨ - الملخص إلى صاحب الإمام أحمد بن حنبل، لعبد القادر بن بلران
الشملي، تصحيح وتحقيق: عبدالله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة
الرسالة بيروت لبنان، الطبعة الثالثة: ١٤٢٧هـ.
- ٢٠٩ - الملخص إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، لمصطفى أحمد
الزرقا، دار القلم دمشق، الطبعة الأولى: ١٤٢٠هـ.
- ٢١٠ - الملخص لدراسة الأنظمة القانونية في المملكة العربية السعودية، لمحمد
جبر الألفي، دار التحرير السعودية، الطبعة الأولى: ١٤٣٩هـ.
- ٢١١ - الملخص لدراسة علم أصول القانون وأصول الفقه، ماهر عبد المجيد
هيود، مؤسسة الضحى-بيروت، ط: الأولى ١٤٣٢هـ.
- ٢١٢ - المدونة، لمالك بن أنس بن مالك بن هاجر الأصمعي المدني (المتوفى:
١٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.
- ٢١٣ - ملحة أصول الفقه على روضة الناظر، لشيخ محمد الأمين الشنيطي،
تحقيق: أبي حفص سامي المصري، دار البين مصر، الطبعة الأولى:
١٤١٩هـ.
- ٢١٤ - مراتب الإجماع لابن حزم، طبعة دار زاهد القلمي المصرية.
- ٢١٥ - المستدرک على الصحیحین، لأبي عبدالله الحاكم محمد بن عبدالله الضبي

- النسابة (المثوقى: ٤٥٥هـ) تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، دار
الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ.
- ٢١٦ - المستصفي، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المثوقى:
٥٥٥هـ)، تحقيق: محمد عبدالسلام عبدالشافي، دار الكتب العلمية،
الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ.
- ٢١٧ - مسند الامام احمد بن حنبل (٢٤١هـ)، ت: عبدالله الشركي وشعيب
الارنؤوط واتحرون، ط: الثانية ١٤٢٩هـ، مؤسسة الرسالة - بيروت.
- ٢١٨ - مسؤولية المثبوع دراسة مقارنة، لمحمد الشيوخ حمرا، بلون دار النشر،
ط: ١٩٧٠م (مكتبة الملك عبدالله بجامعة أم القرى).
- ٢١٩ - مشكاة المصابيح، لمحمد بن عبدالله الخطيب التبريزي، دار المكتب
الإسلامي - بيروت، ط: الثالثة - ١٤٠٥، تحقيق: تحقيق محمد ناصر
الدين الألباني.
- ٢٢٠ - مصباح الزجاجاة في زوائد ابن ماجه، لأبي العباس شهاب الدين أحمد
بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قايمار بن عثمان البوصيري الكتاني
الشافعي (المثوقى: ٨٤٠هـ)، تحقيق: محمد المنطلي الكششافي، دار
العربية - بيروت، ط: الثانية، ١٤٠٣هـ.
- ٢٢١ - مصطلح ماجرى به العمل وأثره في تغيير الفتوى في المدرسة المالكية
بالضرب الإسلامي، لعبدالفتاح الزنفي، بحث منشور في مركز التميز
البحثي في هه القضايا المعاصرة، ندوة نحو منهج علمي أصيل للدراسة
القضايا المعاصرة، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض.
- ٢٢٢ - مطالب أولي النهى في شرح غاية المحتفى، لمصطفى بن سعد بن عبد
السيوطي شهرة، الرحبياتي مولدا ثم المصطفي الحنبلي (المثوقى:
١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي، الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ.
- ٢٢٣ - معالم السنن، لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب
البستي المعروف بالخطابي (المثوقى: ٣٨٨هـ)، المطبعة العلمية -
حلب، الطبعة: الأولى ١٣٥١هـ.

- ٢٢٤ - المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، لمحمد عثمان شبيب
دار التفاسير عمان الأردن، الطبعة الرابعة: ١٤٢٢هـ
- ٢٢٥ - المعايير الشرعية، هيئة المحاماة والمراجعة للمؤسسات المالية
الإسلامية، دار الميمان الرياض.
- ٢٢٦ - المعجم الكبير، لسليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير الشامي،
أبو القاسم الطبراني (المتوفى: ٣٦٠هـ)، تحقيق: حسني بن عبدالمجيد
السلفي، مكتبة ابن تيمية - القاهرة، ط: الثانية.
- ٢٢٧ - معجم المصطلحات الفقهية والقانونية للدكتور/ جرجس جرجس. الشركة
العالمية للكتاب.
- ٢٢٨ - معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، للدكتور نزيه
حماد - دار العلم - دمشق، ط: الثانية ١٤٣٥هـ.
- ٢٢٩ - معجم المفسرين زمن صدر الإسلام وحتى العصر الحاضر، لعادل
نويهي، مؤسسة نويهي الثقافية للتراث والترجمة والنشر، بيروت -
لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٩هـ.
- ٢٣٠ - معجم المؤلفين، لعمر رضا كحالة، مكتبة المثنى - بيروت، دار إحياء
التراث العربي بيروت.
- ٢٣١ - معجم معانييس اللغة، لأبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ت
٣٩٥هـ، حقه عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ط ١٣٩٩هـ.
- ٢٣٢ - معني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج لشمس الدين محمد بن الخطيب
الشربيني، أعنى به: محمد خليل هياني، دار المعرفة ببيروت، ط:
الأولى، ١٤١٨هـ.
- ٢٣٣ - معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين، محمد بن
أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، دار الكتب
العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.
- ٢٣٤ - المعني، لموفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي
الجهابلي الحنبلي ت: ٦٢٠، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي
وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب - الرياض، ط: ١٤٣٢هـ.

- ٢٣٥ - مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، لمحمد أحمد الحسيني التلمساني، تحقيق محمد علي قركوس، مؤسسة الريان بيروت لبنان، الطبعة الثانية: ١٤٢٤هـ.
- ٢٣٦ - مفردات ألفاظ القرآن للعلامة الراغب الأصفهاني، حلقه: صفوان حنان داوودي، دار الفلم - دمشق، ط: الثالثة، ١٤٢٣هـ.
- ٢٣٧ - المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، لشمس الدين أبو العشير محمد بن هبة الرحمن بن محمد السخاوي (المتوفى: ٩٠٢هـ)، تحقيق: محمد عثمان الخشت، دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ.
- ٢٣٨ - مقاصد الشريعة الإسلامية وحلاقتها بالأدلة الشرعية، د. محمد سعد أحمد النوي، دار الهجرة - الرياض، ط: الثانية ١٤٢٣هـ.
- ٢٣٩ - المنقح، لموفق الدين أبي محمد هبة الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠) ومعه الشرح الكبير، لشمس الدين أبي الفرج هبة الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت: ٦٨٢) ومعه الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي (ت: ٨٨٥) تحقيق هبة الله بن عبدالمحسن التركي، دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ.
- ٢٤٠ - المتلى شرح الموطأ، لأبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد القرطبي الباجي الأنلسي (المتوفى: ٤٧٤هـ)، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٣٢هـ.
- ٢٤١ - المتوفى في الواحد الفلوية، لأبي هبة الله بدر الدين محمد بن هبة الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ.
- ٢٤٢ - منج الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن أحمد بن محمد هلبش، أبو هبة الله المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، دار الفكر - بيروت، ط: بلون طبعة، ١٤٠٩هـ.

- ٢٤٣ - المشقة في الرض، لعبدالله بن محمد الصمراني، دار المجوزي الرياض،
الطبعة الثانية: ١٤٢٧هـ.
- ٢٤٤ - المطالب في قلة الإمام الشافعي، لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن
يوسف الشيرازي (المؤرخ: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، بدون تاريخ.
- ٢٤٥ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبدالله محمد بن محمد
المطري المعروف بالحطاب الرهيني، ت ٩٥٤هـ، دار الكتب العلمية
بيروت، ط: الأولى ١٤١٦هـ.
- ٢٤٦ - موسوعة الاجماع في الفقه الإسلامي، "مسائل الاجماع في المحرمات
المالية وعلود الملاينات والتوثيقات والاطلاقات والتعليقات
والمشاركات" لفصل بن محمد الوعلان، دار الفضيلة للنشر والتوزيع-
الرياض، ط: الأولى ١٤٣٥هـ.
- ٢٤٧ - موسوعة الاجماع في الفقه الإسلامي، "مسائل الاجماع في علود
المعاوضات المالية"، لعلي بن عبدالعزيز الخضيرة، دار الفضيلة للنشر
والتوزيع- الرياض، ط: الأولى ١٤٣٣هـ.
- ٢٤٨ - الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية -
الكويت، الطبعة: (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧هـ)، دار السلام - الكويت.
- ٢٤٩ - صوطاً الإمام مالك برواية يحيى بن يحيى الليثي، اعداد وترتيب احمد
هرموش، دار النفائس- بيروت، ط: السادسة ١٤٠٢هـ.
- ٢٥٠ - نزعة المخاطر العاطر، لشيخ عبدالقادر بن أحمد بن مصطفى بلران
الدوسي، دار ابن حزم رأس الخيمة، الطبعة الثانية: ١٤١٥هـ.
- ٢٥١ - نصب الراية لأحاديث الهداية، لجمال الدين أبي محمد عبدالله بن يوسف
الزيلي ت (٧٦٢هـ)، ط: دار الحديث- القاهرة.
- ٢٥٢ - نظام العمل والعمال السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١)
وتاريخ ١٤٢٦/٨/٢٣هـ.
- ٢٥٣ - نظام القضاء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٩) وتاريخ
١٤٢٨/٩/١٩هـ.

- ٢٥٤ - نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، لتيسير محمد برموز، دار النوادر، ط: الأولى ٢٠٠٨م.
- ٢٥٥ - نظام المراقعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١/م) وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ.
- ٢٥٦ - نظرات في تفتين الفقه الإسلامي، لراقع ليث سعود جاسم القيسي، مركز نماء للبحوث والدراسات، بيروت لبنان.
- ٢٥٧ - نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب، للدكتور: هيد السلام المصري، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالمغرب، ط: ١٤١٧هـ.
- ٢٥٨ - نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، للدكتور عبد الناصر بن موسى أبو الصل، دار الفاضل الأردن.
- ٢٥٩ - نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون، أ.د. محمد بن نعيم ياسين، دار الفاضل - الأردن، ط: الثالثة ١٤٢٥هـ.
- ٢٦٠ - نظرية الشرط في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقوانين الوضعية، للدكتور حسن علي الشافلي، دار كنوز اشبيليا - الرياض، ط: الأولى ١٤٣٠هـ.
- ٢٦١ - نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، الدكتور وهبة الزحيلي، ط: الرابعة ١٤٠٥هـ، مؤسسة الرسالة - بيروت.
- ٢٦٢ - النظرية العامة للالتزامات، د.علي كحلون، مجمع الأطرش للكتاب المختص - تونس، ط: الأولى ٢٠١٤م.
- ٢٦٣ - نظرية القانون مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، الدكتور: محمد حسين منصور.
- ٢٦٤ - نظرية فسخ العلود في الفقه الإسلامي، لأسماذي محمد نعيم، دار الفاضل للنشر والتوزيع - الأردن، ط: الأولى ١٤٢٦هـ.
- ٢٦٥ - تلخيص الأحكام القضائية، للدكتور: أحمد بن محمد الخضير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط: ١٤٢٧هـ.
- ٢٦٦ - نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، لعبد الرحيم بن الحسن بن علي الاستوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين (المثوق: ٧٧٢هـ)، دار

- الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ.
- ٢٦٧ - نهاية المحتاج إلى شرح المحتاج للإمام شمس الدين بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي المصري المشهور بالشافعي الصغير، ت ١٠٠٤هـ، دار الكتب العلمية بيروت ط: الثالثة ١٤٢٤هـ.
- ٢٦٨ - النهاية في غريب الحديث والأثر، للإمام محمد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد المجزي المعروف بابن الأثير، ت ٦٠٦هـ، حقه: خليل مأمون شيخا، دار المعرفة - بيروت، ط: الأولى ١٤٢٢هـ.
- ٢٦٩ - نيل الأوطار، لمحمد بن علي بن محمد بن عبدالله الشوكاني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: همام الدين الصيابطي، دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ.
- ٢٧٠ - الهداية في شرح بداية المبتلي، لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرقطاني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ)، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
- ٢٧١ - حلية العارفين بأسماء المؤلفين وأثار المصنفين، لإسماعيل بن محمد أمين الباباني البغدادي دار إحياء التراث العربي - بيروت لبنان.
- ٢٧٢ - الوافي بالوفيات، لصالح الدين خليل بن أبيك بن عبدالله الصفدي (المتوفى: ٧٦٤هـ)، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركبي مصطفى، دار إحياء التراث - بيروت، ٤٢٠هـ.
- ٢٧٣ - الوجيز في المسؤولية المدنية، للدكتور رضا متولي وهذان، دار الفكر القانون - القاهرة.
- ٢٧٤ - وقبات الأحياء وأنباء أبناء الزمان، لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد ابن خلكان البرمكي (المتوفى: ٦٨١هـ)، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر - بيروت، الطبعة: ١٩٠٠م.
- ٢٧٥ - الولاية القضائية للديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، للدكتور محمد بن عبدالقادر شبة الحمد، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، ط: الأولى ١٤٢٦هـ.

فهرس الموضوعات

٧	إهداء
٩	المقدمة
١١	❖ أهمية الموضوع:
١٢	❖ أهداف البحث:
١٢	❖ أسباب اختيار الموضوع:
١٤	❖ الدراسات السابقة:
١٥	❖ خطة البحث:
٢٦	❖ منهجي في البحث:
	التمهيد: السوابق القضائية، تعريفها، وحكمها، وأدلة اعتبارها،
٣١	وشروطها، ومراحل نشوئها، ومصادرها، والآثار المترتبة عليها
٣٢	المبحث الأول: التعريف بمصطلحات العنوان
٣٣	المطلب الأول: تعريف السوابق القضائية، والمصطلحات ذات الصلة
٣٣	◆ الفرع الأول: تعريف السوابق القضائية:
٣٣	■ أولاً: تعريف السوابق لغة واصطلاحاً:
٣٥	■ ثانياً: تعريف القضاء لغة واصطلاحاً:
٤٢	■ ثالثاً: تعريف السابقة القضائية للياً:
٤٧	◆ الفرع الثاني: المصطلحات ذات الصلة وعلاقتها بالموضوع:
٤٧	■ أولاً: الحكم القضائي:
٥٠	■ ثانياً: المبادئ القضائية:
٥٤	■ ثالثاً: ما جرى عليه العمل:

- المطلب الثاني: التصرف بطرد المعاوضات التجارية ٦٥
- ◆ الفرع الأول: تعريف طرد المعاوضات التجارية: ٦٥
- أولاً: التصرف الإفرادي: ٦٥
- ب - تعريف المعاوضات: ٦٤
- ج - تعريف التجارية: ٦٦
- ثانياً: التصرف اللتي: ٦٩
- ◆ الفرع الثاني: التصرف بنظام المحكمة التجارية واختصاصاته: ٦٩
- المبحث الثاني: أدلة اختيار السوابق القضائية وأهميتها ٧٨
- المطلب الأول: أدلة اختيار السوابق القضائية ٧٩
- المطلب الثاني: أهمية السوابق القضائية ٨١
- المبحث الثالث: حكم الأخذ بالسابقة القضائية، والإلزام بها ٨٤
- المطلب الأول: حكم الأخذ بالسابقة القضائية ٨٥
- المسألة الأولى: التكيف الفقهي لحكم العمل بالسابقة القضائية: ... ٨٥
- المسألة الثانية: حكم العمل بالسابقة القضائية: ٩٤
- المطلب الثاني: حكم الإلزام بالسابقة القضائية ٩٥
- ◆ الفرع الأول: حكم الإلزام بها في الفقه الإسلامي: ٩٥
- أولاً: المسألة الأولى: حكم إلزام القاضي المقلد بمذهب مقلده؟ ... ٩٥
- ثانياً: المسألة الثانية: حكم إلزام القاضي المقلد بغير مذهب مقلده. . ٩٨
- ثالثاً: حكم إلزام القاضي المقلد بالحكم بما جاء في الأحكام المدونة: ١٠٠
- ◆ الفرع الثاني: حكم الأخذ بالسابقة في النظام السعودي والقوانين الوضعية، وفيه: ١٠٧
- أولاً: الأخذ بالسابقة في النظام السعودي: ١٠٧
- ثانياً: الأخذ بالسابقة في القوانين الوضعية: ١١١

١١٥	المبحث الرابع: شروط اعتبار السوابق القضائية
١١٦	المبحث الرابع: شروط اعتبار السوابق القضائية
١١٧	المطلب الأول: الشروط المتعلقة لإعمال السابقة القضائية
١١٧	أولاً: الشروط التي تعتبر فيمن تصدر عنه السابقة.
	ثانياً: الشروط المعتبرة لواقعة القضائية (الدعوى)، والحكم
١١٩	القضائي في السابقة:
١٢٢	المطلب الثاني: الشروط اللاحقة لتطبيق السابقة القضائية، والأخذ بها
١٢٥	المبحث الخامس: مراحل تكوين السوابق القضائية
١٢٦	أولاً: الحكم القضائي:
١٢٧	ثانياً: تكرار الأحكام:
١٢٨	ثالثاً: صدورها من جهة الاختصاص، ونشرها:
١٣٠	المبحث السادس: مصادر السوابق القضائية
١٣٢	المبحث السابع: الآثار المترتبة على العمل بالسوابق القضائية

الباب الأول

١٣٥	السوابق القضائية المتعلقة بمقود الأعيان
١٣٦	الفصل الأول: السوابق القضائية المتعلقة بالبيع، وأحكامه
١٣٧	المبحث الأول: السوابق القضائية المتعلقة بأركان البيع
١٣٨	المطلب الأول: عدم انعقاد البيع؛ لاختلاف ركني الإيجاب، والقبول
١٣٨	الفرع الأول: عرض السابقة:
١٤١	الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:
	المطلب الثاني: انعقاد الإيجاب والقبول أمام القضاء، وإضافته،
١٤٥	وتسليم الثمن، والمثمن أمام الجهات التنفيذية
١٤٥	الفرع الأول: عرض السابقة:

- ١٤٩ **الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:**
- ١٥٣ **المطلب الثالث:** بطلان العقد لصدوره من قاعد الأهلية
- ١٥٣ **الفرع الأول:** عرض السابقة:
- ١٥٦ **الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:**
- ١٦٠ **المطلب الرابع:** الوعد بالبيع أو الشراء لا يعد ملزمًا قضاءً، ولا يتعلق به شيء
- ١٦٠ **الفرع الأول:** عرض السابقة:
- ١٦٣ **الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:**
- ١٧٦ **المبحث الثاني:** السوابق القضائية المتعلقة بشروط صحة البيع
- ١٧٧ **المطلب الأول:** الروية للمبيع كافية في معرفته، وانتفاء الجهالة
- ١٧٧ **الفرع الأول:** عرض السابقة:
- ١٨٠ **الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:**
- ١٨٤ **المطلب الثاني:** العلم بالثمن والمثلث، وبطلان ما تضمن ضرراً أو جواله
- ١٨٤ **الفرع الأول:** عرض السابقة:
- ١٩١ **الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:**
- ١٩٤ **المطلب الثالث:** تصرفات التابع تنسب إلى مبيوه
- ١٩٤ **الفرع الأول:** عرض السابقة:
- ٢٠٦ **الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:**
- ٢١٦ **المطلب الرابع:** حكم بيع المراجعة للأمر بالشراء
- ٢١٦ **الفرع الأول:** عرض السابقة:
- ٢٢٠ **الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:**
- ٢٣٥ **المبحث الثالث:** السوابق القضائية المتعلقة بالشروط في البيع
- ٢٣٦ **المطلب الأول:** حبس المبيع على ثمنه
- ٢٣٦ **الفرع الأول:** عرض السابقة:
- ٢٤٠ **الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:**

٢٤٧	المطلب الثاني: شرط البيع على التصريف
٢٤٧	◆ الفرع الأول: فرض السابقة:
٢٥١	◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:
٢٦٢	المطلب الثالث: قضاء الشرط المخالف لمقتضى العقد وأثر ذلك
٢٦٢	◆ الفرع الأول: فرض السابقة:
٢٦٨	◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:
٢٧٠	المبحث الرابع: السوابق القضائية المتعلقة بخيار العيب في البيع
٢٧١	المطلب الأول: ثبوت خيار العيب، وما يترتب عليه
٢٧١	◆ الفرع الأول: فرض السابقة:
٢٧٦	◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:
٢٨٣	المطلب الثاني: سقوط خيار العيب لثبوت الرضا
٢٨٣	◆ الفرع الأول: فرض السابقة:
٢٩٤	◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:
٢٩٧	المبحث الخامس: السوابق القضائية المتعلقة بفسخ البيع
٢٩٨	المطلب الأول: الجمع بين العين والتمن
٢٩٨	◆ الفرع الأول: فرض السابقة:
٣٠١	◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:
٣٠٨	المطلب الثاني: حكم فسخ العقد بلا مسوغ
٣٠٨	◆ الفرع الأول: فرض السابقة:
٣١٢	◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:
٣١٩	الفصل الثاني: السوابق القضائية المتعلقة بالصرف وأحكامه
٣٢٠	المبحث الأول: رد المثل بالمثل في الاصناف الربوية
٣٢٠	◆ الفرع الأول: فرض السابقة:

- ٣٢٤ **◆ الفرع الثاني : الدراسة التحليلية :**
- المبحث الثاني : الإلزام في السابقة بالعلة الظنية
- ٣٢٧ التي تعامل بها الطرفان
- ٣٢٧ **◆ الفرع الأول : فرض السابقة :**
- ٣٢٨ **◆ الفرع الثاني : الدراسة التحليلية :**
- ٣٢٩ المسألة الأولى : اشتراط القبض في الصرف :
- ٣٣٣ المسألة الثانية : حكم اشتراط القبض في الصرف :

الباب الثاني

- ٣٣٧ **السوابق القضائية المتعلقة بمقود المتافع**
- ٣٣٨ **الفصل الأول : السوابق القضائية المتعلقة بمقود الإجارة**
- ٣٣٩ **المبحث الأول : وجوب أجرة المثل للمؤجر إذا لم تسم في العقد**
- ٣٣٩ **◆ الفرع الأول : فرض السابقة :**
- ٣٤٧ **◆ الفرع الثاني : الدراسة التحليلية :**
- ٣٥٢ **المبحث الثاني : الأجرة مشروطة بالانقطاع**
- ٣٥٢ **◆ الفرع الأول : فرض السابقة :**
- ٣٥٦ **◆ الفرع الثاني : الدراسة التحليلية :**
- ٣٦٣ **المبحث الثالث : المؤجر لا يجبر على إصلاح ملكه إذا تعطلت متاعه**
- ٣٦٣ **◆ الفرع الأول : فرض السابقة :**
- ٣٧١ **◆ الفرع الثاني : الدراسة التحليلية :**
- **المبحث الرابع : حلد الإجارة ينتهي بهلاك العين المؤجرة ويحمل المثلث ضمانها**
- ٣٧٣ **◆ الفرع الأول : فرض السابقة :**
- ٣٧٥ **◆ الفرع الثاني : الدراسة التحليلية :**

٣٧٧	المبحث الخامس: سلوط خوار الصوب في الإجارة للقرنة الرضا
٣٧٧	◆ الفرع الأول: عرض السابقة:
٣٧٨	◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:
٣٨١	المبحث السادس: حكم أقران حلد الإجارة بالوحد بالبع
٣٨١	◆ الفرع الأول: عرض السابقة:
٣٨٢	◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:
٣٩٤	المبحث السابع: اختيار الزمن ركن في حلد الإجارة
٣٩٤	◆ الفرع الأول: عرض السابقة:
٤٠٤	◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:
	المبحث الثامن: إذا كان الإلزام في الحلد دين فبعد الشرط الجزائي فيه من
٤٠٨	قبيل الربا
٤٠٨	◆ الفرع الأول: عرض السابقة:
٤١٤	◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:
٤٢٢	المبحث التاسع: التصويص من الأرباح الفاتحة
٤٢٢	◆ الفرع الأول: عرض السابقة:
٤٢٤	◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:
٤٢٩	الفصل الثاني: السوابق القضائية المتعلقة بمقود الاستصناع
٤٣٠	المبحث الأول: حلد تنفيذ أحوال المناولة من العلود اللازمة
٤٣٠	◆ الفرع الأول: عرض السابقة:
٤٣٣	◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:
٤٣٥	المسألة الأولى: لزوم حلد إجارة الأجير المشترك.
٤٣٧	المسألة الثانية: لزوم حلد الاستصناع:
٤٤٢	المبحث الثاني: حكم الإلزام بالأحوال الإضاقية المنفلة فعلًا من قبل المناول

- ٤٤٢ الفرع الأول: عرض السابقة: ◆
- ٤٤٧ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية: ◆
- ٤٥١ المبحث الثالث: المخالفة النهائية تعد متوبة للعاقبة بين الطرفين
- ٤٥١ الفرع الأول: عرض السابقة: ◆
- ٤٥٤ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية: ◆
- ٤٥٨ المبحث الرابع: حكم تنفيذ شرط حرمة التأخير وصحة ذلك
- ٤٥٨ الفرع الأول: عرض السابقة: ◆
- ٤٦٦ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية: ◆
- ٤٦٦ المسألة الأولى: حكم الشرط الجزائي في غير الديون: ◆
- ٤٧٨ المسألة الثانية: شروط استحقاق الشرط الجزائي والوفاء به: ◆
- ٤٨١ المبحث الخامس: حكم الإخلال بالالتزامات العقلية في عقود الاستصناع
- ٤٨١ الفرع الأول: عرض السابقة: ◆
- ٤٨٥ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية: ◆
- ٤٩٢ المبحث السادس: يمين الاستقواء يفكر عليها في عقود المعاومات
- ٤٩٢ الفرع الأول: عرض السابقة: ◆
- ٤٩٦ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية: ◆
- ٥٠١ المبحث السابع: حكم قسح العقد للظروف القاهرة
- ٥٠١ الفرع الأول: عرض السابقة: ◆
- ٥٠٩ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية: ◆
- المبحث الثامن: حكم تحليل شروط العقد
- ٥١٧ من طرف واحد بدعوى الضرر
- ٥١٧ الفرع الأول: عرض السابقة: ◆
- ٥٢٠ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية: ◆

٥٣١	الفصل الثالث : السوابق القضائية المتعلقة بمقود السلم
٥٣٢	المبحث الأول : قسح المقد لعلم تسليم الثمن مقلدًا
٥٣٢	◆ الفرع الأول : عرض السابقة :
٥٣٦	◆ الفرع الثاني : الدراسة التحليلية :
٥٤١	المبحث الثاني : حكم السلم في ما لا ينضبط بالصفة
٥٤١	◆ الفرع الأول : عرض السابقة :
٥٤٤	◆ الفرع الثاني : الدراسة التحليلية :
٥٤٩	الفصل الرابع : السوابق القضائية المتعلقة بالجمالة
٥٥٠	مبحث : استحقاق الجعل بانتهاء العمل المتفق عليه
٥٥٠	◆ الفرع الأول : عرض السابقة :
٥٥٣	◆ الفرع الثاني : الدراسة التحليلية :

الباب الثالث

السوابق القضائية المتعلقة بمقود التوثقات المرتبطة

٥٥٩	بمقود المعارضات التجارية
٥٦٠	الفصل الأول : السوابق القضائية المتعلقة بمقود الحوالة
	المبحث الأول : يشترط لصحة الحوالة قبول المحال بالإحالة، ورضاء والتزام
٥٦١	المحال عليه
٥٦١	◆ الفرع الأول : عرض السابقة :
٥٦٨	◆ الفرع الثاني : الدراسة التحليلية :
٥٧٣	المبحث الثاني : حكم تحول الديون من الباعح إلى المشتري
٥٧٣	◆ الفرع الأول : عرض السابقة :
٥٧٧	◆ الفرع الثاني : الدراسة التحليلية :

٥٨١	الفصل الثاني: السوابق القضائية المتعلقة بمقود الكفالة
٥٨٢	المبحث: للبائع معاملة من شاء عند حلول الدين أما المدين أو كفيله
٥٨٢	◆ الفرع الأول: فرض السابقة:
٥٨٤	◆ الفرع الثاني: الدراسة التحليلية:
٥٨٩	الخاتمة
٥٨٩	❁ أهم النتائج والتوصيات:
٥٩٥	الفهارس:
٥٩٧	فهرس المصادر والمراجع
٦٢٥	فهرس الموضوعات

السوابق القضائية

في

مقاولي المعاوضات التجارية

في محاكم المملكة المغربية (النيابة)

إن الله عدل يحب العدل، وأوجه على عباده، وجعل الظلم بينهم محرماً وعلى ذلك قامت السماوات والأرض، ثم جعل الإنسان عبد أصل خلقته خليفة في الأرض ليقوم بالأمانة التي حملها الله إياها من بين سائر خلقه، ومن هذه الأمانة الملقاة عليه إقامة العدل، وحرية الظلم.

ومن هنا جاءت أهمية هذا الكتاب، والذي يسعى من خلاله الباحث إلى دراسة مسألة قضائية من نوازل الفقه الإسلامي (السوابق القضائية)، وبيان مدى ارتباطها بهذا الأصل العظيم، والمهدف السامي النبيل.

إذ أن السوابق القضائية تتعلق بمسائل الحياة العملية، والفصل في الخصوصيات، كما أن الخوض في غمار هذا الموضوع، له فوائد مهمة للفقهاء الكرام، لعل من أهمها معرفة أن العمل بما قضى به المتقدم يعد منهجاً سار عليه السلف أنصاح -رضي الله عنهم- في قضاءهم، وأن ذلك له أثر كبير في المساهمة في استقرار الأحكام والتضاريفها، وتوحيد الاجتهادات بين مختلف القضاة، وتعزيز الثقة والشعور بالمساواة والعدل عند المتخاصمين، والاستفادة من خبرات وتجارب السابقين من القضاة ممن بلغوا في الفقه والأحكام مبلغاً يحل على الإطمئنان، ويستطيع معه الأفراد بناء تصرفاتهم في شؤونهم تبعاً له.

رقم الإيداع: ١٤٤٣/١٢٦٨٩

رقم التسجيل: ٤-٥-٩١٥٦٦-٣-٢-٩٢٨

بنك الجزيرة
BANK ALJAZIRA



دار التحرير
للنشر والتوزيع