



مجلة جامعة الملك سعود (دورية علمية محكمة)

المجلد السادس والعشرون الحقوق والعلوم السياسية (١)

يناير (٢٠١٤م)
صفر (١٤٣٥هـ)

دار جامعة الملك سعود للنشر

ص ب ٦٨٩٥٣ - الرياض ١١٥٣٧ - المملكة العربية السعودية



هيئة التحرير

رئيس التحرير

- أ.د. أحمد بن سالم العامري
أ.د. صالح بن رميح الرميح
أ.د. خالد بن عبدالله الرشيد
أ.د. إبراهيم بن محمد الشهوان
أ.د. أنيس بن حمزة فقيها
أ.د. مازن بن فارس رشيد
أ.د. علي بن عبدالله الصياح
أ.د. علي بن سالم باهمام
أ.د. عبدالعزيز بن سعود الغزي
أ.د. عبد الله بن محمد الدوسري
د. إبراهيم بن يوسف البلوي
د. منصور بن محمد السليمان
د. أسامة بن محمد السليمان
أ.د. علي بن محمد التركي

أعضاء هيئة التحرير الفرعية

رئيساً

د. أسامة بن محمد السليمان

عضواً

أ.د. حسن عبد الحميد محمود

عضواً

أ.د. عبد الستار عبد الحميد سلمي

عضواً

أ.د. عبد الله جبر العتيبي

عضواً

أ.د. محمد علي المسعودي

ح ٢٠١٤م (١٤٣٥هـ) دار جامعة الملك سعود للنشر

جميع حقوق الطبع محفوظة. لا يسمح بإعادة طبع أي جزء من المجلة أو نسخه بأي شكل وبأي وسيلة، سواء أكانت إلكترونية أم آلية، بما في ذلك التصوير والتسجيل أو الإدخال في أي نظام حفظ معلومات أو استعادتها بدون الحصول على موافقة كتابية من رئيس تحرير المجلة.

دار جامعة الملك سعود للنشر ١٤٣٥هـ



المحتويات

صفحة

تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع وتأصيل انتقال تلك الحصة إلى المتصرف إليه في القانون المدني الأردني	
ياسين محمد خلف الجبوري.....	١
الحجز التحفظي على الطائرات : دراسة مقارنة بين نظام الطيران المدني السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٤) بتاريخ ١٨/٧/١٤٢٦ هـ وقانون الطيران المدني الأردني رقم (٤١) لسنة ٢٠٠٧	
معن محمد أمين القضاء ومؤيد أحمد عبيدات	٤٥
تطور تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في النظام والقضاء الإداريين السعوديين	
فهد بن إبراهيم الضويان	٧٥
الحماية القانونية لأموال الوقف في النظامين السعودي والمصري	
رضا محمد عيسى	١٠٩
أحكام الإجهاض في ظل الفقه الإسلامي والنظام السعودي لمزاولة المهن الصحية	
مفلح ربيعان بن شفلوت القحطاني	١٦٥
الحماية القانونية لحق المعوق في العمل : دراسة مقارنة	
هيثم حامد المصاروة	٢١٧

تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع وتأصيل انتقال تلك الحصة إلى المتصرف إليه في القانون المدني الأردني

ياسين محمد خلف الجبوري

أستاذ القانون المدني المشارك

قسم القانون المقارن، كلية الشريعة والقانون،

جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن

(قدم للنشر في ١٢/٧/١٤٣٣هـ؛ وقبل للنشر في ٢٦/٠٢/١٤٣٤هـ)

ملخص البحث. قد يتصرف الشريك في حصة شائعة أو في حصة أو جزء مفرز من المال الشائع. فبالنسبة للتصرف في الحصة الشائعة لا يثير مشكلة ما إلا في حالتي الخلط والاختلاط وحالة انطواء تصرف الشريك على ضرر للشريك الآخر. أما بالنسبة لتصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، فإنه إذا تمت القسمة فقد يقع في نصيب الشريك جزء آخر غير الجزء الذي تصرف فيه وتثور مشكلة تأصيل إلزام المتصرف إليه بالجزء الذي وقع في نصيب الشريك المتصرف وهو غير الجزء المتفق عليه أصلاً. وقد قيل في تأصيل ذلك نظريات عديدة، مختلف فيها، والتأصيل القانوني الذي نعتقد بإمكانية القول به لتأسيس انتقال الحصة المفرزة التي آلت إلى المتصرف جراء القسمة ومن ثم انتقالها إلى المتصرف إليه هي فكرة الحل والواقعي الذي فيه خروج على المفاهيم القانونية التقليدية.

مقدمة

الإضرار بالشركاء الآخرين وحالتي الخلط والاختلاط.

أما تصرف الشريك في المال الشائع فمصييره محكوم بموافقة الشركاء الآخرين وإجازتهم لمثل هذا التصرف، وبخلافه فإن التصرف باطل لأنه يعد تصرفاً في ملك الغير.

غير أن تصرف الشريك في بعض الأحيان قد يرد

قد يتصرف الشريك في حصته الشائعة ومثل هذا التصرف لا يثير مشكلة ما، إذ للشريك الحق في ترتيب ما يشاء من الحقوق عليها، سواء أكانت تلك الحقوق شخصية أم عينية مع مراعاة الضوابط والقيود التي تحدد الشريك في التصرف بحصته الشائعة والمتمثلة بعدم

على حصة مفرزة من الملك الشائع ، وهنا تثور مشكلة التصرف القانوني في مثل تلك الحصة إذ الشريك لا يملك حصة مفرزة في المال الشائع فكيف يقدم الشريك على مثل هذا التصرف. أن إقدام الشريك المشتاع على التصرف في جزء مفرز من المال الشائع يعد انتهاكاً لأحكام ومبادئ الشيوع. وهو يعد بحد ذاته مخالفاً لما قد يجب على الشريك من احترام للملك المشاع. فهو، أي الشريك المتصرف قد قام بتطبيق قواعده وحسب أغراضه الشخصية وطموحاته الخاصة ، متخلياً بذلك عن القواعد التي تحكم الملك الشائع بين الشركاء والتي فرضها القانون. تلك القواعد التي يتعين على الشريك المشتاع أن يحترمها وينصاع لها. أن تصرف الشريك المشتاع هذا يخضع لأحكام وقواعد القانون المدني في المادة (٢/١٠٣١)، التي عاجلت هذا التصرف القانوني وحددت احتمالات وقوعه والأحكام التي ينبغي أن يخضع لها.

عدول المتصرف إليه عن التصرف والتمسك بفسخه من عدمه. وأخيراً مسألة تأصيل انتقال حصة المتصرف التي آلت إليه جراء القسمة إلى المتصرف إليه ، بالإضافة إلى العديد من التساؤلات التي أثرت خلال البحث. إن تصرف الشريك في حصة مفرزة لا شك أنه تصرف صادر من شريك يمتلك حصة شائعة ، ومثل هذا التصرف ينعقد بين الطرفين ويرتب آثاراً قانونية محددة ، أما بالنسبة لبقية الشركاء فهو موقوف النفاذ على إجازة هؤلاء الشركاء. لأنه تصرف يمس حصصهم في الملك المشترك. وبالتحديد في تلك الحصة المفرزة. وهنا لا بد من التذكير بأنه لولا أن المتصرف كان شريكاً على الشيوع لما أقدم على بيع أو رهن أو هبة حصة مفرزة. فالملك في المال المشاع هو الذي دفع الشريك إلى أن يتصرف في حصة مفرزة من الملك المشاع.

منهجية الدراسة

تعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي والنقدي لتحديد طبيعة التصرف الصادر من الشريك في حصة مفرزة ومن ثم تأصيل طبيعة هذا التصرف واستعراض الآراء والنظريات التي قيلت بهذا الشأن. وتعتمد هذه الدراسة أيضاً على المنهج الوصفي وذلك لوصف مفهوم وماهية تصرف الشريك ومن ثم تحديد وصف انتقال تلك الحصة إلى المتصرف إليه باعتبارها بديلاً لما تم التصرف فيه.

أهمية الدراسة

إن تصرف الشريك في جزء مفرز يثير العديد من التساؤلات والفرضيات خاصة ما يتعلق بمصير مثل هذا التصرف. فعلى سبيل المثال ، تصرف الشريك في جزء مفرز من الملك الشائع يثير مسألة حسن وسوء نية المتصرف إليه (مدى علمه أو جهله بواقع العقار المتصرف فيه) ، ثم مسألة وقوع القسمة وآثار التصرف قبل وقوع القسمة وبعد وقوعها. ثم مسألة مدى جواز

مشكلة الدراسة

تحدد مشكلة البحث في المسائل التالية :

- ١- مدى جواز عدول المتصرف إليه سيئ النية قبل القسمة عن التصرف والتمسك بفسخ العقد، كون نص المادة (٢/١٠٣١) لم يعالج ذلك.
- ٢- إذا جرت القسمة بعد التصرف ولم يختص الشريك المتصرف نتيجة القسمة بأي جزء من المال الشائع وإنما اختص بمقابل نقدي أو عيني آخر.
- ٣- الأساس القانوني الذي يستند إليه انتقال حصة المتصرف التي آلت إليه جراء القسمة إلى المتصرف إليه.

خطة البحث

- المبحث الأول: أحكام التصرف بالمال الشائع.
- المطلب الأول: حكم التصرف الصادر من الشريك المشتاع في حصته الشائعة وفي المال الشائع بكامله.
- الفقرة الأولى: حكم تصرف الشريك المشتاع في حصته الشائعة من المال المشترك.
- الحالة الأولى: الأصل العام (المبدأ العام): جواز تصرف الشريك في حصته الشائعة بكافة أنواع التصرفات القانونية.
- ١- ماهية التصرفات التي يجريها الشريك في حصته الشائعة وثبوت الحق فيها.
- ٢- الأساس القانوني لثبوت حق الشريك في

التصرف بحصته الشائعة.

- الحالة الثانية: الاستثناء من القاعدة العامة: عدم جواز تصرف الشريك في حصته الشائعة.
- الاستثناء الأول: قيام الشريك المشتاع ببيع حصته الشائعة لأجنبي في حالتي الخلط والاختلاط.
- الاستثناء الثاني: قيام الشريك المشتاع بالتصرف بحصته الشائعة تصرفاً مضرراً بالشركاء الآخرين.
- الفقرة الثانية: حكم تصرف الشريك المشتاع في المال المشترك بكامله.
- المطلب الثاني: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع.
- أولاً: آثار التصرف فيما بين العاقلين (المتصرف والمتصرف إليه).

- ١- آثار التصرف قبل وقوع القسمة.
- ٢- آثار التصرف بعد القسمة.
- أ) إذا وقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف.
- ب) إذا لم يقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف.
- الحالة الأولى: المتصرف إليه يعلم أنه يشتري حصة شائعة (المتصرف إليه سيئ النية).
- الحالة الثانية: المتصرف إليه يجهل أنه يشتري حصة شائعة (المتصرف إليه حسن النية).
- الحالة الثالثة: إذا لم يختص المتصرف (الشريك) بأي جزء من المال الشائع: (لم يقع في نصيب المتصرف

أي جزء من المال الشائع وإنما اختص بمقابل نقدي أو عيني خلاف المال الشائع).

ثانياً: آثار التصرف بالنسبة للشركاء الآخرين.

المبحث الثاني: أساس انتقال حصة المتصرف إليه إلى ما يؤول إلى المتصرف نتيجة للقسمة.

المطلب الأول: النظريات التي قيلت لتأصيل انتقال الحصة إلى المتصرف إليه من الشريك المتصرف.

أولاً: فكرة الحلول العيني.

ثانياً: تأسيس حق المتصرف إليه في الجزء المفرز على فكرة القسمة ذاتها.

ثالثاً: فكرة السكوت كوسيلة للتعبير عن إرادة المتصرف إليه.

المطلب الثاني: التأصيل القانوني الذي يمكن اعتماده لتأسيس انتقال الحصة المفرزة منها إلى المتصرف إليه. (فكرة الحل الواقعي الذي فيه خروج على المفاهيم القانونية التقليدية).

المبحث الأول:

أحكام التصرف بالمال الشائع

من حق الشريك أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة التصرفات القانونية شريطة ألا يلحق بالشركاء الآخرين الضرر، وشريطة ألا يكون المال مخلوطاً (في حالة الخلط والاختلاط). أما تصرفه في المال الشائع كله فإنه لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين ما لم تتم إجازة مثل هذا التصرف. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى قد

يتصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع وفي هذه الحالة تترتب أحكاماً عديدة على مثل هذا التصرف. ونعرض لكل من ذلك في مطلبين نخصص أولهما: لحكم التصرف الصادر من الشريك في حصته الشائعة وفي المال الشائع كله. ونعقد ثانيهما: لحكم التصرف الصادر من الشريك في جزء مفرز من المال الشائع.

المطلب الأول: حكم التصرف الصادر من

الشريك المشتاع في حصته الشائعة

وفي المال الشائع بكامله

قد يصدر التصرف من الشريك في حصته الشائعة، كما قد يصدر التصرف من الشريك في المال الشائع كله، ولكل من هذين التصرفين أحكامه الخاصة، وسنعرض لكل من ذلك في فقرتين متتاليتين.

الفقرة الأولى: حكم تصرف الشريك

المشتاع في حصته الشائعة من

المال المشترك

تنقضي الملكية الشائعة بالقسمة سواء أكانت تلك القسمة رضائية أم قضائية، إذا كان المال الشائع قابلاً للقسمة، وبعد المال الشائع قابلاً للقسمة إذا كانت القسمة لا تفوت المنفعة المقصودة من ذلك المال، بحيث يصبح كل متقاسم يمتلك حصة يكون في مقدوره أن ينتفع بها الانتفاع الأكمل والأمثل. (الصد، ١٩٧٨، ص ٢١٣؛ العبيدي، ٢٠٠٨، ص ٧٠، ٧٢، ٧٣؛ أبو السعود، ٢٠٠٢، ص ٥٤٥ وما

وهنا يمكننا أن ندرج في حالتين، المبدأ العام (الأصل العام)، والاستثناءات التي ترد على هذا الأصل وعلى النحو التالي:

الحالة الأولى: الأصل العام (المبدأ

العام): جواز تصرف الشريك

في حصته الشائعة بكافة

أنواع التصرفات القانونية:

١- ماهية التصرفات التي يجريها الشريك في

حصته الشائعة وثبوت الحق فيها: يحق للشريك

بموجب نصوص القانون المدني الأردني أن يبرم

كل التصرفات القانونية التي يراها تحقق

مصلحته، من بيع أو إيجار أو هبة أو رهن أو

ترتيب حقوق عينية أخرى كالانتفاع والمساواة

وحقوق الارتفاق على حصته الشائعة. وسبب

ذلك هو أنه، أي الشريك يملك حصة ملكية

تامة. (زكي، ١٩٧٨، ص ١٣٤؛

عرفة، ١٩٥٢، ص ٣٩٥؛ سوار، ١٩٩٣،

ص ١٣٢ وما بعدها؛ الصده، ١٩٧٨،

ص ١٨٩ وما بعدها). فحقه هو حق ملكية

بالمعنى الصحيح والدقيق. (مبارك، ١٩٩٥-

١٩٩٦، ص ٣٧-٣٨؛ غانم، ١٩٥٩،

ص ١٦٤ وما بعدها). إذ أن له كأبي صاحب

حق، أن يتصرف في حصته بمختلف أنواع

التصرفات، وهو ما عبرت عنه المادة

بعدها). أما قبل القسمة فيمتلك الشريك الحق في أن يتصرف بحصته الشائعة المملوكة له بغض النظر عن نسبتها في المال الشائع سواء أكانت النصف أم الثلث أم الربع أم أقل من ذلك أو أكثر^(١). وسند الشريك في حقه هذا هو نص المادة (١/١٠٣١) من القانون المدني الأردني التي تقضي بأنه: "لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف يشاء دون إذن من باقي الشركاء بشرط ألا يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء". كما نصت المادة (١٠٣٢) على أنه: "للشريك في الشيوع بيع حصته بلا إذن الشريك الآخر إلا في صورة الخلط والاختلاط، فإنه لا يجوز البيع بغير إذن الشريك وليس له أن يتصرف في حصته تصرفاً مضرراً بدون إذن الشريك". إذن يمكن القول بأنه يحق للشريك قبل القسمة أن يتصرف في حصته الشائعة بكل أنواع التصرفات القانونية، كأن ينقل ملكيتها أو يرتب حقاً عينياً عليها ودون حاجة للحصول على إذن من باقي الشركاء، فيحق بذلك له بيع حصته الشائعة أو هبتها أو رهنها أو ترتيب حق انتفاع أو مساواة أو حق ارتفاق عليها، إلى غير ذلك من التصرفات القانونية شريطة عدم إلحاق الضرر ببقية الشركاء^(٢). (٢)

(١) المادة (١/١٠٣١) والمادة (١٠٣٢) من القانون المدني الأردني،

(راجع للمزيد من التفاصيل فرج، ١٩٩٣، ص ٢٠٤).

(٢) المادة (٢١٥) والمادة (١٠٨٨) من مجلة الأحكام العدلية،

(للمزيد من التفاصيل راجع حيدر، ١٩٩١، ص ٤٨ وما

بعدها).

(١/١٠٣١) من القانون المدني الأردني سالفه الذكر.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن تصرف الشريك في حصته الشائعة يعد تصرفاً صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية كاملة، ويعد هذا التصرف نافذاً في حق جميع الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم، وبذلك يمكن القول بأن هذا التصرف تترتب عليه آثاره حسب القواعد العامة، مع ضرورة مراعاة القواعد المتعلقة بالتسجيل إذا كانت الحصة الشائعة، محل تصرف الشريك، حصة في عقار ضمن مناطق التسوية، أو حصة في مركبة أو في سفينة أو في طائرة، فينتقل حق الشريك المتصرف إلى المتصرف إليه (المشتري أو الموهوب له)، ويصبح هذا الشخص (المتصرف إليه) شريكاً مع بقية الشركاء الآخرين وذلك في حدود الحصة التي تلقاها من المتصرف. (الصــــده، ١٩٧٨، ص ١٨٩-١٩٠. سعد، ٢٠٠٣، ص ١٤٦ وما بعدها).

غير أنه إذا كانت الحصة المتصرف فيها هي حصة شائعة في عقار، وكان المشتري أجنبياً عن بقية الشركاء، وأراد هؤلاء أن يتمسكوا بالشفعة في مواجهة المشتري، فإن لهم ذلك، إذ أن لأي من الشركاء الآخرين منع المشتري الاجنبي من الدخول شريكاً في العقار المشاع،

وذلك عن طريق الشفعة. (سعد، ٢٠٠٣، ص ١٤٧).

ولا يقتصر حق الشريك على حصته الشائعة في أن يتصرف بها تصرفاً ناقلاً للملكية، إلى الغير كلاً أو بعضاً، وإنما له الحق كذلك في أن يرتب عليها (أي على حصته الشائعة)، حقاً للغير، مثل ترتيب حق الانتفاع أو حق المساطحة، أو حق الارتفاق (بالمرور، أو المسبل، أو المجرى، أو الشرب) أو يرهنها رهناً تأمينياً أو رهناً حيازياً. (غانم، ١٩٥٩، ص ١٤٦ وما بعدها. سعد، ٢٠٠٣، ص ١٥٣ وما بعدها؛ عبد الرحمن، ٢٠٠٤، ص ٩٤ وما بعدها). فمثل هذه الحقوق التي يربتها الشريك على حصته الشائعة لمصلحة الغير تعتبر صحيحة وناظفة في حق سائر الشركاء ولو بدون موافقتهم على ذلك. ويصبح صاحب حق الانتفاع هو صاحب الحق في ثمار ومنفعة الشيء بقدر الحصة التي يرد عليها حق الانتفاع. وكذلك بالنسبة للرهن الذي يرتبه الشريك المشتاع على حصته، فإنه يكون صحيحاً وناظفاً تجاه كل الشركاء دون استثناء^(٣). (غانم، ١٩٥٩، ص ١٥٢ وما بعدها. أبو السعود، ٢٠٠٢، ص ٥٣٤؛ مبارك، ١٩٩٥-٢٣٥، ١٩٩٦)، ويكون للدائن المرتهن

(٣) انظر ايضاً نص المادة (١٣٣١) من القانون المدني الأردني.

عند حلول أجل الدين المضمون بالرهن الحق في التنفيذ على الحصة المرهونة. فتباع الحصة المرهونة جبراً على الشرك ويحل الراسي عليه المزداد محل ذلك الشريك الراهن فيصبح هو الشريك في الشيوع بدلاً من الشريك الراهن.

والتساؤل الذي يمكن أن يرد هنا هو: ما هو مصير حق الرهن أو حق الانتفاع الذي رتبه الشريك المشتاع على حصته الشائعة، إذا تمت قسمة المال الشائع قبل أن يتم التنفيذ من قبل الدائن المرتهن بحقه على الحصة الشائعة المرهونة أو قبل انقضاء حق الانتفاع؟

بالنسبة لرهن الحصة الشائعة، ومصير الرهن الذي رتبه الشريك على تلك الحصة إذا تمت قسمة المال الشائع قبل أن يتم التنفيذ على تلك الحصة من قبل الدائن المرتهن، تقضي المادة (١٣٣١) من القانون المدني الأردني بأنه: "١- للشريك في عقار شائع أن يرهن حصته ويتحول الرهن إلى الحصة المفروزة التي تقع في نصيبه مع مراعاة قيده في دائرة التسجيل. ٢- وتخصص المبالغ التي تستحق له من تعادل الحصص أو ثمن العقار لسداد دين الرهن".

يتضح لنا من تحليل نص المادة (١٣٣١) من القانون المدني الأردني سالف الذكر، أن القانون المدني الأردني لم يعرض إلا لحالة واحدة، هي حالة الحصة المفروزة التي وقعت

بعد القسمة في نصيب الشريك الراهن، وبموجب النص السابق، يمكن أن يتحول الرهن بعد القسمة إلى الجزء المفروز الذي وقع في نصيب الراهن. أما إذا وقع كل العقار في نصيبه، فإن الرهن يبقى على الحصة الشائعة فقط دون أن يتجاوزها إلى العقار كله. (مبارك، ١٩٩٥-١٩٩٦، ص ٢٣٥؛ سوار، ٢٠٠٦، ص ٦٩).

وأما إذا اختص المدين الراهن بعقار آخر غير العقار الذي رهن حصته الشائعة فيه، فإن الرهن ينتقل إلى هذا العقار بحدود الحصة المرهونة، مع ضرورة تسجيل الرهن في دائرة التسجيل المختصة^(٤). (سوار، ٢٠٠٦، ص ٧٠). وأما إذا اختص الراهن بمبلغ من النقود فإن الرهن التأميني ينقضي، حيث يحق للدائن المرتهن هنا أن يستوفي حقه في مواجهة المدين من هذه النقود التي اختص بها الراهن بدلاً من العقار^(٥). (مبارك، ١٩٩٥-١٩٩٦، ص ٢٣٥؛ أبو السعود، ٢٠٠٢، ص ٥٣٥ وما بعدها) وأما إذا وقع في نصيب الراهن مال منقول آخر عدا النقود، فإنه قد اختلف الشراح في الحكم الذي يمكن تقريره هنا وعلى النحو التالي:

١- ذهب رأي إلى القول بأن الرهن لا

(٤) راجع أيضاً المادة (٢/١٣٣١) من القانون المدني الأردني.

(٥) انظر كذلك المادة (٢/١٣٣١) من القانون المدني الأردني.

ينتقل إلى المنقول الذي حل محل الحصة الشائعة المرهونة في العقار. (السنهوري، ٢٠٠٠، فقرة ١٤٦، ص ٣٣١).

٢- ذهب رأي آخر إلى أن الرهن ينتقل إلى المنقول الذي حل محل الحصة الشائعة المرهونة في العقار، وذلك كرهن حيازي. (الب دراوي، ١٩٥٦، ص ٤٦).

٣- ذهب رأي ثالث إلى القول بأنه طبقاً لقواعد واحكام القانون المدني الأردني ينتقل الرهن إلى المنقول كرهن حيازي، إذا كان هذا المنقول من المنقولات ذات الطبيعة الخاصة (أي المنقولات الخاضعة للتسجيل). أما إذا كان من المنقولات العادية (أي المنقولات غير الخاضعة للتسجيل)، فيرى أصحاب هذا الرأي أنه طبقاً لما تقضي به قواعد العدالة ومنعاً لاحتمالات التواطؤ بين الشركاء، أن الرهن ينتقل إلى ذلك المنقول باعتباره رهنًا حيازياً. (مبارك، ١٩٩٥-١٩٩٦، ص ٢٣٥ وما بعدها. منصور، ١٩٩٥، ص ٥٥؛ العبيدي، ٢٠٠٨، ص ٢٦١).

ونرى من جهتنا أن الرهن التأميني لا يمكن أن ينتقل إلى المال المنقول الذي اختص به الشريك الراهن بدلاً من الحصة الشائعة في العقار. وذلك لأن المال البديل الجديد يعد مالاً منقولاً، والمال المرهون أصلاً هو عقار، والعقار

ليس كالمنقول، ثم أن تبديل محل الرهن بمحل جديد (منقول)، يحتاج إلى إبرام عقد جديد، وتسجيل للعقد الجديد في الدائرة المختصة، هذا إذا كان المال المنقول الجديد من المنقولات التي يمكن تسجيلها. إضافة إلى ذلك أن منطوق نص المادة (١٣٣١) من القانون المدني أشار إلى تحول الرهن إلى الحصة المفرزة التي تقع في نصيب الراهن مع مراعاة قيد التسجيل، ولم يقل النص بتحول الرهن إلى المنقول الجديد الذي يحل محل الحصة المرهونة، وعليه فإنه يحق للدائن المرتهن في مثل هذه الحالة المطالبة بسداد الدين أو بترتيب ضمان جديد بدلاً من الحصة المرهونة الشائعة التي لم تعد ملكاً للمدين الراهن، وذلك قياساً على أحكام هلاك المال المرهون ضماناً للمدين بسبب المدين. (العبيدي، ٢٠٠٨، ص ٢٧٣ وما بعدها. تناغو، ١٩٩٤، ص ٢١٧؛ مبارك، ١٩٩٥-١٩٩٦، ص ٢٥٠). إذ الخيار للدائن في ذلك بموجب أحكام المادة (١٣٣٨) من القانون المدني الأردني، التي تقضي بأنه : "١- إذا هلك العقار المرهون رهنًا تأمينياً أو تعيب بخطأ من الراهن كان للمرتهن أن يطلب وفاء دينه فوراً أو تقديم ضمان كاف لدينه". هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى أن القول بتحول الرهن إلى المنقول الجديد فيه إهدار لحق الدائن المرتهن دون مبرر

مقبول، إذ الدائن رَكَنَ واستند إلى عقار لضمان دينه بما لهذا العقار من قوة وثبات، على العكس من المنقول الجديد الذي قد لا يحمل مثل هذه الصفات. هذا بالنسبة لحق الرهن الوارد على الحصة الشائعة المرهونة.

أما فيما يتعلق بحق الانتفاع ومصيره إذا تمت قسمة المال المثلثل بحق الانتفاع قبل أن ينقضي هذا الحق، فإنه يمكن القول بأن القانون المدني الأردني لم يعرض لمصير حق الانتفاع إذا تمت قسمة هذا المال قبل أن ينقضي هذا الحق. ونرى أنه يمكن قياس حق الانتفاع على حق الرهن والعمل بموجب ما تقضي به المادة (١٣٣١)، والقول بتحول حق الانتفاع إلى الحصة المفترزة التي تقع في نصيب المالك بعد القسمة. أما إذا وقع في نصيب الشريك عقار أو منقول آخر سواء أكان المنقول خاضعاً للتسجيل أم غير خاضع له. فإن حق الانتفاع لا يتحول إليه إلا باتفاق آخر جديد، مع مراعاة قيد تسجيل مثل هذا الاتفاق الجديد في الدائرة المختصة. وقس على ذلك ما يتعلق بالنقود أو الأشياء الأخرى.

٢- الأساس القانوني لثبوت حق الشريك في التصرف بحصته الشائعة: تقضي المادة (١/١٠٣١) من القانون المدني الأردني بأنه: "لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في

حصته كيف يشاء دون اذن باقي الشركاء بشرط ألا يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء". كما ونصت المادة (١٠٣٢) على أنه: "لشريك على الشيوع بيع حصة بلا إذن الشريك الآخر إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز البيع بغير إذن شريكه وليس له أن يتصرف في حصته تصرفاً مضراً بدون إذن شريكه".

يتضح لنا من منطوق نص المادة (١/١٠٣١) السابقة ومن سياقه أن للشريك سنداً قانونياً في التصرف بحصته، وهذا السند تمثل في اعتراف مشرع القانون المدني الأردني بثبوت مثل هذا الحق للشريك. ولم يحدد النص طبيعة تلك التصرفات وإنما أطلقها، وعليه يمكن القول بأن التصرف قد يشمل التصرف القانوني والتصرف المادي أيضاً^(٦)، إذ المطلق يجري على إطلاقه. وعليه يمكننا القول بأن حق التصرف القانوني يشمل نقل ملكية الحصة الشائعة، وكذلك ترتيب الحقوق العينية عليها. مثل حق الرهن والانتفاع والمساطحة والحقوق المجردة وغيرها.

(٦) باعتبار أن الشريك يمتلك حصته ملكية تامة وحقه في هذه الحصة حق ملكية بالمعنى الدقيق، ومن هنا يمكن القول بأن حقه في التصرف في حصته الشائعة يشمل التصرف المادي، وكذلك التصرف القانوني، مع الأخذ بنظر الاعتبار حقوق الشركاء الآخرين وعدم الأضرار بهم. (راجع في تفاصيل ذلك غانم، ١٩٥٩، ص ١٦٤ وما بعدها).

فللشريك على الشيوع الحق في بيع حصته الشائعة أو هبتها أو ترتيب أي من الحقوق العينية التبعية أو الأصلية عليها، وتصرفاته تلك تكون نافذة في مواجهة بقية الشركاء دونما حاجة إلى إذن منهم، إذا توافرت شروط وأركان التصرف من تراضي ومحل وسبب وشكلية (تسجيل). وهو ما أشارت إليه محكمة التمييز الأردنية الموقرة في قرار لها جاء فيه أنه : "من حق الشريك في المال المشترك التصرف بالعقار المشترك باعتباره شريكاً في كل جزء منه". (تمييز حقوق رقم ٣٣٦٧/١٩٩٩، بتاريخ ٦/٧/٢٠٠٠. تمييز حقوق رقم ٩٩/٣٢١، مجلة نقابة المحامين، سنة ٢٠٠٠، ص ٤٧٥).

ويلاحظ على قرار محكمة التمييز الأردنية هنا أن المحكمة أشارت إلى حق الشريك في التصرف في العقار المشترك، وكان الأجدر لو أنها أشارت إلى التصرف في الحصة الشائعة في العقار المشترك لكي لا يفهم من القرار المذكور أن المحكمة الموقرة تجيز للشريك في أن يتصرف في المال المشترك كله، وهذا لا يجوز. إذ أن تصرف الشريك في العقار الشائع كله ينعقد صحيحاً نافذاً في حصة الشريك نفسه، وموقوفاً (غير نافذ) فيما زاد عن حصته في ذلك العقار، لأنه يعد من قبيل التصرف في ملك الغير.

(سوار، ٢٠٠٦ ص ١٢٧ ؛ غانم، ١٩٥٩، ص ١٤٤ وما بعدها ؛ الصده، ١٩٧٨، ص ١٧٨ وما بعدها). وذلك لانعدام الولاية على محل التصرف، كما أشارت المادة (١٧١) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها: "يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره، أو مالك في مال له تعلق به حق الغير، أو من ناقص الأهلية في ماله".

ثم أن الملاحظ هو أن المشرع قد قيد حق الشريك في التصرف بحصته الشائعة بعدم الإضرار بالشركاء الآخرين. وهذا يعد قيداً استثنائياً يرد على حرية وحق الشريك في التصرف في الحصة الشائعة، مما يستلزم حصول الشريك، في هذه الحالة، على إذن بقية الشركاء، لأنه إذا انطوى التصرف على مضرة، فإنه لا بد من أن يتنازل الشريك الذي تعرض للضرر، عن حقه بإجازة تصرف الشريك يحدث الضرر جراء تصرفه في حصته الشائعة.

ولنا هنا أن نتساءل عن طبيعة الضرر الذي يجب أن يتجنبه الشريك المتصرف عند تصرفه في حصة شائعة، إذ النص يقول: "...بشرط ألا يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء الآخرين". وأكدت على تجنب الضرر أيضاً المادة

(١٠٣٢) من القانون المدني سالفه الذكر بقولها: ".... وليس له أن يتصرف في حصته تصرفاً مضراً بدون إذن شريكه".

إن التصرف المضر الذي من الممكن أن يتحقق جراء تصرف الشريك في حصته الشائعة هو على سبيل المثال، القيام باستعمال الحصة الشائعة أو باستغلالها على وجه يؤثر سلباً على استعمال واستغلال بقية الشركاء، أو عندما تكون الأرض وما عليها من بناء، على سبيل المثال مشتركة بين شريكين وقام أحد الشريكين ببيع حصته لشخص أجنبي، واشترط المشتري الأجنبي الهدم. فهنا ينطوي التصرف في الحصة على ضرر للشريك الآخر، لأنه في مثل هذه الحالة إذا تحقق تصرف الشريك بما اقترن به من شرط، فسوف يقوم المشتري بهدم البناء. وفي الهدم ضرر للشريك الباني.

ولتحديد طبيعة الضرر الذي ينطوي عليه تصرف الشريك في حصته مما يستلزم معه الحصول على الموافقة من شريكه، نقول أن طبيعة الضرر، تختلف بحسب طبيعة العقار، وبحسب طبيعة تصرف الشريك. وعند الاختلاف على طبيعة الضرر، قد يلجأ الشريك إلى المحكمة وقد يطلب القسمة عند الضرورة تجنباً لما قد يلاقه من شريكه من أضرار. المهم من كل ذلك هو أن تصرف الشريك يجب ألا

ينطوي على ضرر بالشريك الآخر، وإذا تمخض تصرف الشريك عن ضرر بشريكه فلا بد من موافقة ذلك الشريك الآخر على التصرف^(٧). ثم إلى جانب ذلك، قيام الشريك ببيع حصته لأجنبي في حالة الخلط والاختلاط حيث أن الشراكة الحاصلة هنا لا تجعل المال شائعاً في كل ذرة من ذراته، بل كل ذرة أو كل حبة في المال المخلوط تكون بجميع أجزائها ومكوناتها ملك لأحد الشريكين وليس للشريك الآخر أي حصة فيها^(٨). وهو ما سنعرض له في الفقرة التالية:

الحالة الثانية: الاستثناء من القاعدة العامة: عدم جواز تصرف الشريك في حصته الشائعة: يستثنى من الأصل العام، أن الشريك لا يجوز له أن يتصرف بحصته الشائعة بكافة أنواع التصرفات القانونية، ما لم يحصل على إذن من الشريك الآخر أو من الشركاء الآخرين. ويتمثل

(٧) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (٩٨٤/٤٣) (حقوقية)، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز، ج٥، القسم الأول، ص ٣٤٤، وقرار محكمة التمييز رقم (٩٨٥/٦٧٣) (حقوقية)، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز، ج٦، ص ٤٩٢. وقرار محكمة التمييز الأردنية، رقم (٩٨٤/٦١) (حقوقية)، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز، ج٥، القسم الأول، ص ٣٤٢.

(٨) المادة (١٠٣٢) من القانون المدني الأردني، وانظر نص المادتين (٢١٥، ١٠٨٨) من مجلة الأحكام العدلية. (للمزيد من التفاصيل راجع حيدر، ١٩٩١، ص ٤٩-٥٠. العبيدي، ٢٠٠٨، ص ٦٤).

هذا الاستثناء بحالتين هما كما يأتي :

١- قيام الشريك المشتاع ببيع حصته الشائعة لأجنبي في حالتي الخلط والاختلاط.

٢- قيام الشريك بالتصرف بحصته الشائعة تصرفاً مضرراً بالشريك الآخر أو ببقية الشركاء.

ونعرض هنا لكلا هذين الاستثنائين كل على حدة فيما يأتي :

الاستثناء الأول: قيام الشريك المشتاع ببيع

حصته الشائعة لأجنبي في حالتي الخلط

والاختلاط: المقصود بالخلط هو قيام شخصين

اثنين بخلط مالهما بالاتفاق، أو قيام أحدهما

بخلطه بإذن الآخر، أو قيام شخص أجنبي بخلط

المال بإذن هذين الشخصين.

أما الاختلاط، فهو يتحقق من تلقاء ذاته

دون إرادة أصحاب المال. وفي كلتا الحالتين

(حالة الخلط وحالة الاختلاط)، لا يمكن تمييز

هذه الأموال عن بعضها كما ولا يمكن تفريق

هذه الأموال المخلوطة أو المختلطة بعضها عن

بعض. ومثال ذلك ما إذا اختلط الجنس

بالجنس، كالشعير يختلط بالشعير، أو القمح

يختلط بالقمح، أو الزيت بالزيت. أو يصعب

تفريق هذه الأموال عن بعضها ويصعب تمييزها

كذلك، كاختلاط أو خلط شعير مع قمح، أو

خلط زيت مع دبس^(٩). أما سبب عدم جواز بيع

الحصة الشائعة لأجنبي، إلا بإذن الشريك

الآخر، في حالة حصوله، هو أن الشراكة

الحاصلة بسبب الخلط والاختلاط لا تجعل من

المال مالاً شائعاً ومشترکاً في كل ذرة من ذرات

المال الذي حصل فيه الاختلاط أو الخلط، وإنما

كل حبة أو كل ذرة من الشيء المخلوط تكون

بجميع أجزائها ملكاً لأحد الشريكين وليس

للشريك الآخر حصة فيها. وبناء على ذلك لو

قام أحد الشريكين ببيع حصته للغير فلا يمكن أن

يتم تفريق تلك الحصة عن حصة الشريك

الآخر ولا يمكن تسليم حصة البائع إلا مخلوطة

بحصة شريكه، ولذلك فهو، أي الشريك البائع

للشيء المخلوط، يحتاج إلى إذن شريكه لكي

يتمكن من التسليم. وأما إذا قام ببيع هذا المال

المخلوط لشريكه، فهذا البيع جائز لتحقيق

القدرة على التسليم. (العبودي، ٢٠٠٨،

ص ٦٤).

والملاحظ هنا أن نص المادة (١٠٣٢) من

القانون المدني الأردني قد أشار إلى عدم جواز

البيع بغير إذن الشريك في حالة الخلط

والاختلاط. فهل يعني عدم الجواز الوارد في

(٩) المادة (١٠٣٢) من القانون المدني الأردني، (انظر للمزيد من

التفاصيل، حيدر، ١٩٩١، ص ٤٩-٥٠، في شرحه للمادتين

(٢١٥، ١٠٨٨) من المجلة).

نص المادة (١٠٣٢) سالفه الذكر، هو البطلان أم الفساد، أم التوقف أم عدم اللزوم؟ أشار بعض الشراح، إلى أن البيع يعد فاسداً بقوله: "ويعود السبب في عدم جواز بيع الحصة الشائعة لأجنبي إلا بإذن الشريك الآخر وفساد هذا البيع في حالة حصوله، إلى أن الشركة الحاصلة بسبب الخلط أو الاختلاط لا تجعل من المال مشتركاً أو شائعاً في كل ذرة من ذراته". (العبيدي، ٢٠٠٨، ص ٦٤).

ولا نعتقد من جهتنا أن البيع الوارد على المال المخلوط هو بيع فاسد، وإنما هو بيع موقوف، لأنه ورد على مال مملوك للغير، إذ الشريك البائع هنا قد قام ببيع ملكه وملك غيره، فهو صحيح نافذ في بيع ملكه، وموقوف، أي صحيح غير نافذ، في بيع ملك الغير. فلا بد من إجازته من قبل مالكه حتى ينفذ ويرتب آثاره. وهنا يمكننا القول بأنه لا يوجد أي مجال ولا توجد أي فرصة لتطبيق نظرية انتقاص العقد الموقوف، التي استقاها وأخذ بها القانون المدني الأردني من الفقه الإسلامي. لأن المال المبيع يشكل وحدة غير قابلة للتجزئة، إذ أن المال المخلوط ليس في مقدور أي من الطرفين تجزئته، وفصل ماله المبيع عن مال شريكه. (السرحان، وخاطر، ٢٠٠٥، ص ٢٠٤ وما بعدها؛ الجبوري، ٢٠١١،

ص ٢٨٨ وما بعدها).

الاستثناء الثاني: قيام الشريك المشتاع بالتصرف بحصته الشائعة تصرفاً مضرراً بالشركاء الآخرين: إذا انطوى تصرف الشريك المشتاع في حصته على ضرر للشريك الآخر أو لبقية الشركاء، فإن تصرفه هذا يستلزم الإذن من الشركاء الآخرين. وقد وردت هذه الحالة وأعني بها حالة انطواء التصرف على ضرر بالشركاء الآخرين في كل من المادة (١٠٣٠/١) والمادة (١٠٣٢) من القانون المدني الأردني. فالإذن هنا واجب لكي ينفذ التصرف في حق الشركاء الآخرين. إذ الإذن هنا بمثابة إجازة لتصرف الشريك الذي ينطوي على الإضرار ببقية الشركاء، وعليه فتصرف الشريك في حصته الشائعة إلى الغير إذا كان فيه ضرر لبقية الشركاء، فإنه يعد تصرفاً صحيحاً غير نافذ، لا بد من إجازته من قبل من يملك الحق في الإجازة. وبعد الإجازة ينفذ التصرف في حق هؤلاء الشركاء. وقد يتحقق الضرر جراء تصرف الشريك عندما تكون الأرض وما عليها من بناء مشتركة بين شريكين أو أكثر، فلا يستطيع الشريك أن يبيع حصته في هذه الأرض إلى مشتري أجنبي إذا كان هذا المشتري يشترط على البائع الهدم (هدم البناء الذي في الأرض المشاعة)، لأنه في هذه الحالة يجب عليه، أي

البائع أن يقوم بهدم حصته في البناء ولا يتصور أن يتم هدم حصة البائع دون أن يلحق حصة الشريك الآخر ضرر ما. وبذلك يتحقق ضرر للشريك الآخر الذي لم يقيم ببيع حصته، فلكي يكون البيع نافذاً في حقه وفي مواجهته يتعين أن يجيز ذلك البيع، وإلا فإن البيع باطل ولا يرتب أي أثر. (مبارك، ١٩٩٥-١٩٩٦، ص ٤٠. حيدر، ١٩٩١، ص ٤٨)^(١٠).

ومما تجدر الإشارة إليه هنا هو أنه لا يجوز لأحد الشركاء أن يقوم بإنشاء بناء أو غراس أو أشجار على الأرض المشاعة دون موافقة الشركاء الآخرين^(١١). وإذا بنى أحد الشركاء أبنية أو غرس أشجار في الأرض، فإنه يجب تطبيق أحكام المادة (١٤) من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة الأردني رقم (٤٩) لسنة ١٩٥٣ المعدل، وبموجب حكم المادة (١٤) سالفة الذكر يتعين التمييز هنا بين أمرين: (أولهما): إذا أقيمت منشآت ومحدثات في الأرض، فيجب العمل بحكم المادة (١٢) من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة، والتي

تعتبر الشريك المحدث فضولياً وتمنح لبقية الشركاء الحق في مطالبة بهدم ما أحدثه. وإذا كان الهدم مضرراً بالأرض كان لهم تملك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع. (وثانيهما): إذا أقيمت المحدثات في قسم من الأرض فإن المحدث يضمن ما يصيب شريكه من قيمة المحدثات قائمة وتقسم الأرض بين الشركاء. فإذا وقع القسم الذي أقيمت عليه المحدثات في نصيب الشريك الآخر، فإنه يطبق عليه الحكم السابق (في الفقرة السابقة)، أما إذا وقع في نصيب المحدث فإنه يكون وكأنه قد بنى في ملكه^(١٢).

الفقرة الثانية: حكم تصرف الشريك

المشتاع في المال المشترك

بكامله

إن المال المشاع مملوكاً على الشيوع لكل الشركاء، وكل شريك له كامل الحق في أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة التصرفات القانونية، وأن يرتب عليها ما يشاء من الحقوق العينية والشخصية ولا يحتاج في إجراء مثل تلك التصرفات وترتيب تلك الحقوق إلى إذن أو إجازة من أحد من الشركاء الآخرين. ولا يقيد

(١٠) وانظر كذلك المادتين (٢١٥، ١٠٨٨) من مجلة الاحكام العدلية، راجع ايضاً ما تقدم من هذا البحث ص ١٤-١٥.

(١١) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية، رقم (٩٨٤/٤٣) (حقوقية)، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز، ج ٥، القسم الأول، ص ٣٤٤.

(١٢) راجع قرار محكمة التمييز الأردنية، رقم (٩٨٤ / ٦١) (حقوقية)، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز، ج ٥، القسم الأول، ص ٣٤٢.

زاد على حصته هو. أما فيما يتعلق بحصته فإن التصرف
ينعقد صحيحاً نافذاً. فإذا إجاز بقية الشركاء تصرف
شريكهم في حصصهم عدت الإجازة بمثابة التوكيل،
لأن الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة^(١٤).

أما إذا لم يميز الشركاء الآخرين التصرف
الصادر من الشريك في حصصهم فإن مثل هذا
التصرف يكون باطلاً. وإذا هلك المبيع قبل الإجازة في
يد المشتري فإن الشريك البائع يضمن الهلاك لشركائه
الآخرين باعتباره غاصباً^(١٥).

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن تصرف الشريك
المشتاع في الملك المشاع كله أو في مقدار شائع منه يزيد
على حصته هو في هذا الملك، يعد تصرفاً صحيحاً بينه
وبين المتصرف إليه، لكنه يعد تصرفاً غير نافذ في حق
الشركاء. وعليه فإنه لا يحق للمتصرف إليه، لا قبل
القسمة ولا بعدها، طلب بطلان التصرف أو وقفه أو
فسخه، إلا على أساس عيب من عيوب الإرادة،
شاب إرادته هو أثناء التصرف، كأن تعرض للإكراه أو
وقع في غلط في صفة جوهرية في محل التصرف أو
تعرض لتغريب مع غبن فاحش. أما ما عدا ذلك فإن
التصرف يعد نافذاً في حقه. (سوار، ١٩٩٣ ص ١٢٧
وما بعدها).

(١٤) المادة (٨٣٩) من القانون المدني الأردني التي تقضي بأنه:
"تعتبر الاجازة اللاحقة للتصرف في حكم الوكالة الشائعة".

(١٥) المادة (٢٧٩) من القانون المدني الأردني. (للمزيد من التفاصيل
راجع الجبوري، ٢٠٠١، ص ٣٠٦ وما بعدها).

في تصرفاته هذا الا استثنائين أشرنا لهما سابقاً^(١٣). هذا
من ناحية.

ومن ناحية أخرى، يعد كل شريك في حصته
أجنبياً عن بقية الشركاء فليس له الحق في أن يتدخل في
شؤون شركائه عندما يستغلون حصصهم أو يتصرفون
فيها. ثم إنه ليس من شك في أن للشريك المشتاع الحق
في أن يتصرف في الملك المشترك إذا أذن له كل شركائه
الآخرين، سواء أكان تصرفه هذا تصرفاً مادياً أم
قانونياً. فيجوز للشريك المأذون له في أن يتصرف في
الملك المشترك في حدود الإذن الممنوح له من قبل
شركائه الآخرين ويستوي هنا أن يكون هذا التصرف
ضاراً ببقية الشركاء أو نافعاً لهم، لأنه يعد أصيلاً عن
نفسه باعتباره شريكاً ووكيلاً عن شركائه الآخرين
باعتباره مأذوناً له بالتصرف. (عرفة، ١٩٥٢، فقرة
(٣٠٣)، منصور، ١٩٩٥، فقرة (٦٩)، ص ١٧٩،
غانم، ١٩٥٩، ص ١٤٤، فقرة (٦٩)).

أما إذا لم يكن الشريك مأذوناً له في أن يتصرف
في الملك المشترك، فإنه ليس له أن يجري أي نوع من
أنواع التصرفات سواء القانونية منها أم المادية. وإذا
تصرف مثل هذا الشريك في الملك المشترك كله أو جزء
منه بما يزيد على حصته هو، رغم عدم وجود الإذن،
كان تصرفه صحيحاً غير نافذ موقوفاً على إجازة
الشركاء الآخرين، باعتباره تصرفاً في ملك الغير فيما

(١٣) انظر ما تقدم من هذا البحث ص ١٧ وما بعدها.

أما الشركاء الآخرين فإنه يحق لهم رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقهم في الملك المشاع الذي تصرف به شريكهم. كما يحق لهم أن يجيزوا التصرف فينفذ عندئذ في حق الشركاء كافة، كما أشرنا سابقاً.

ويرد هنا التساؤل التالي: ألا يحق للمتصرف إليه أن يرجع في عقده المبرم مع الشريك المتصرف، عندما يعلم أن الشريك يتصرف بكل المال الشائع وهو لا يملك إلا حصة معينة منه؟ وهل يجب التمييز فيما إذا كان المتصرف إليه يعلم بحقيقة ملك الشريك المتصرف أو لا يعلم؟

لم يضع القانون المدني الأردني جواباً لمثل هذا التساؤل، ولذلك ذهب بعض الشراح، إلى أنه إذا باع الشريك كل المال الشائع وكان المشتري يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء في المال المبيع ولم يكن في مقدوره استخلاص ملكية المال كله له، فإن من حق المشتري أن يطلب فسخ العقد. أما إذا كان المتصرف إليه (المشتري) يعتقد وقت البيع أن المال المتصرف فيه مملوك للبائع وحده فإن البيع يكون قابلاً للإبطال لغلط جوهر في صفة في المحل، في حصة الشريك البائع، وفي حصص بقية الشركاء، لأن بيع الشريك لها هو بيع ملك الغير. (السنهوري، ج ٤، ٢٠٠٠، فقرة (١٦٩)، السنهوري، ج ٨، فقرة ٥٣٣ و ٥٣٤).

بينما يرى فريق آخر من الشراح، أن هذا التصرف يقع صحيحاً بين طرفيه، لأنه يصدر من مالك يرد حقه على الشيء الشائع كله، فلا يجوز للمتصرف

إليه طلب إبطاله إلا على أساس الغلط الجوهر في صفة المحل، وذلك إذا كان المتصرف إليه يجهل أن العين المتصرف بها إليه، مملوكة على الشيوع. (غانم، ١٩٥٩، فقرة (٧٨)، الوكيل، فقرة (٤٣، ٤٥)).

في حين يرى الجانب الأكبر من الشراح أن تصرف الشريك هنا كله يعد تصرفاً في ملك الغير، مما يحق للمشتري أن يطلب إبطال العقد. (شحاته، ١٩٥١، فقرة (١٤٣). سلطان، فقرة (٤١٥). البدرابي، ١٩٥٦، فقرة (١٣٥). منصور، ١٩٩٥، فقرة (٦٩)، ص ١٧٩).

ونرى أن من حق المتصرف إليه أن يرجع في عقده المبرم مع الشريك المتصرف في المال الشائع كله قبل إجراء القسمة من قبل الشركاء، أو حتى قبل عدم إقرار الشركاء لهذا التصرف، أو رفضهم له وذلك لأن المتصرف لا يملك المال الذي تصرف فيه كله، وإنما يملك حصة شائعة فيه. وما زاد عن حصته يعد تصرفه فيه تصرفاً في ملك الغير ينعقد موقوفاً على إجازة الشركاء الآخرين.

المطلب الثاني: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز

من المال الشائع

يجب لتحديد حكم التصرف الصادر من الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، أن نميز بين الآثار التي تترتب على هذا التصرف فيما بين المتصرف والمتصرف إليه، (أي فيما بين العاقلين)، أولاً، ومن ثم بالنسبة لبقية الشركاء ثانياً، وعلى النحو التالي:

أولاً: آثار التصرف فيما بين العاقدین (المتصرف والمتصرف إليه)

قد يتصرف أحد الشركاء بجزء مفرز من الملك المشترك بلا إذن من شركائه، كأن يقوم ببيع نصف الأرض المشتركة أو ثلثها لشخص آخر، باعتباره جزءاً مفرزاً ومحددًا من المال المشترك. فما هو حكم مثل هذا التصرف بين المتعاقدين؟

تقضي المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني بأنه: "إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة وإذا كان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد فله الحق في إبطال التصرف أيضاً".

يتضح من خلال منطوق نص المادة (٢/١٠٣١) السابقة أن مقصود المشرع بالتصرف الواقع على جزء مفرز هو تبرير لتصرف قد يقوم به المالك على الشيوع على جزء مفرز من المال الشائع يقوم به هذا المالك خلافاً لما قد يجب عليه من احترام الملك الشائع الذي يشترك معه فيه شركاء آخرون. فالتصرف هنا قد طبق قواعده هو حسب أغراضه وطموحاته ومتخلياً عن تطبيق قواعد الملك الشائع التي فرضها القانون ونظمها، والتي يتعين عليه احترامها والانصياع لقواعدها.

كما يتضح لنا من خلال التمعن في نص المادة (٢/١٠٣١) السابقة أن للشريك إذا تصرف في حصة مفرزة من المال الشائع، فإن هذا التصرف يختلف حكمه وتختلف آثاره قبل وقوع القسمة عنها بعد وقوع القسمة. إذ ينبغي لنا هنا أن نفرق بين وقتين لحكم التصرف، وذلك حسبما يتراءى لنا من نص المادة المذكورة أعلاه وعلى النحو التالي:

١- آثار التصرف قبل وقوع القسمة: لم يحدد القانون المدني الأردني حكم مسألة التصرف في حصة مفرزة قبل وقوع القسمة، وهنا لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة في التصرفات، والقواعد العامة في الشيوع. وبناءً على هذه القواعد العامة فإن التصرف الذي أجراه هذا الشريك ينعقد صحيحاً فيما بين العاقدین، لأنه تصرف فيما يملك، ويرتب آثاره كاملة. ولنا هنا أن نتساءل عما جاء في رأي بعض الشراح والقول، أصحح أن الشريك قد تصرف فيما يملك؟ (غانم، ص ١٤٤ وما بعدها؛ الوكيل، ١٩٥٩، فقرة (٤٣، ٤٥)؛ شحاته، ١٩٥١، فقرة (١٤١)). أم أن الشريك قد تصرف في حصة مفرزة يمتلكها هو وبقيّة الشركاء، وبالتالي يعد وكأنه قد تصرف في ملك الغير لا في ملكه هو؟ (الصدّه، ١٩٧٨، ص ١٨٠؛ وانظر أيضاً هامش (٢) من ص ١٨١). أم أن تصرف الشريك في جزء مفرز لا يعد قبل القسمة تصرفاً في ملك الغير، وإنما يقع صحيحاً على اعتبار أن المشتري يصبح مالِكاً على الشيوع بنسبة الجزء الذي اشتراه من الشريك.

(عبد الباقي، ١٩٥٤، فقرة (١٣٨)؛ البدرابي،

١٩٥٦، فقرة (١٣٢)).

في الحقيقة أن الشريك الذي تصرف في جزء مفرز يمكن القول بأنه يمتلك ولو جزءاً من هذا الجزء المفرز. فعلى سبيل المثال لو أن الأرض المشاعة كانت مساحتها (١٠٠٠٠)م^٢، وكانت مملوكة على الشيوع لأربعة شركاء كل شريك منهم له (٢٥٠٠)م^٢، وقام أحدهم ببيع حصته (٢٥٠٠)م^٢ مفرزة، أي كأن يكون قد باع الجزء الشمالي الشرقي من الأرض، إلى مشتر بمساحة (٢٥٠٠)م^٢، فالبائع الشريك لا يملك الحق في بيع هذا الجزء، نعم هو يملك ربع الأرض التي تقدر مساحتها بـ (٢٥٠٠)م^٢، لكنه لا يملك هذا التحديد وهذا الجزء بالذات. فهذا الجزء مملوكاً للشركاء الأربعة، ويمكن القول تبعاً لذلك أن الشريك البائع يملك حصة شائعة في هذا الجزء المفرز. إذن لا يمكن القول بأن البائع يعد كأنه قد باع ملكه لأنه لا يملك إلا حصة شائعة في كل ذرة. وعليه فإن حكم التصرف فيما بين العاقلين هو موقوف على إجازة بقية الشركاء لأن التصرف وقع على جزء من حصصهم في هذا الجزء المفرز الذي تم بيعه. بمعنى أن التصرف يصبح نافذاً في حق الشركاء إذا أقر هؤلاء الشركاء تصرف شريكهم في ذلك الجزء المفرز.

وهنا لا بد من افتراض ما قد يكون عليه اعتقاد المتصرف إليه لأن الحكم يختلف حسب طبيعة هذا الاعتقاد.

١- افتراض أن المتصرف إليه يعتقد أن الشريك يملك هذا الجزء المفرز لذلك أقدم على بيعه له وهو أقدم على شرائه. بمعنى أن المشتري كان حسن النية. وبذلك يكون المشتري قد وقع في غلط في صفة جوهرية في محل العقد، بأن اشترى أرضاً على أساس أنها مفرزة فإذا هي حصة شائعة. والحكم هنا هو أن البيع يعد منطوياً على غلط جوهرية، يحق للمشتري بموجبه أن يفسخ العقد لأن البيع يكون صحيحاً نافذاً غير لازم قابل للفسخ. أو أن يقر البيع ويقبل به منتظراً نتيجة القسمة، وله ألا ينتظر القسمة.

٢- افتراض علم المتصرف إليه بأن الشريك يبيعه حصة مفرزة وهو لا يملك إلا حصة شائعة من الملك الشائع، وهنا لا يكون المتصرف إليه حسن النية بل سيء النية، ولا يكون في هذه الحالة قد وقع في غلط جوهرية، لأنه يعلم أن الجزء الذي اشتراه كان مشاعاً وليس مفرزاً. وفي هذه الحالة يستحق المشتري أن يلزم بالجزء الذي اشتراه ولا يحق له العدول عن البيع تحت أي ذريعة.

وهنا يمكن القول بانتظار نتيجة القسمة، إلا إذا أقر الشركاء الآخرون تصرف الشريك في الحصة المفرزة. فإن التصرف يصبح نافذاً في حق الشريك المتصرف والشركاء الآخرين.

إذن الأصل أنه لا يجوز للشريك أن يتصرف في جزء مفرز من الملك الشائع ولو كان ما تصرف فيه يعادل تماماً حصته في الشيء المشاع، وهذا ما يتفق مع

الشائع ولكن المعالجة تأتي بعد القسمة، وهو ما أشرنا إليه سابقاً.

ومن جهتنا نعتقد أخيراً، أن نص القانون المدني الأردني في المادة (٢/١٠٣١) سألقة الذكر لم يتعرض لمسألة حكم التصرف الصادر من الشريك في جزء مفرز قبل القسمة وإنما عالج المسألة وحكمها بعد أن تتم القسمة، وعليه يكون للمشتري من الشريك الحق في فسخ العقد أو بطلانه على أية حال دون انتظار إيقاع القسمة سواء أكان يجهل قيام الشيوع أم كان يعلمه عند إبرام التصرف، (الصد، ١٩٧٨، ص ١٨٠). وذلك لأن علم المشتري بقيام الشيوع لا يحول أبداً دون اعتبار بيع الشريك بيعاً للملك الغير بالنسبة إلى حصص الشركاء الآخرين.

ثم أن القول بأن المشتري في هذه الحالة قد اشترى الجزء المفرز أو ما يحل محله وهو الذي سيصبح ملكاً للشريك البائع، باعتبار ما سيقع في نصيبه عند القسمة، قول لا يتفق مع ما اتجهت إليه إرادة العقادين وما قصدا من تعاقدتهما، إذ أن إرادتهما اتجهت إلى التصرف في جزء مفرز ومعين بالذات، كما أنه يتضح من نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني، أنه يتناول حكم التصرف بعد القسمة فقط وبناءً على ذلك ليس مقبولاً أن نحرّم المشتري من طلب فسخ العقد أو طلب بطلانه قبل القسمة، وتحمله على انتظار قسمة قد لا تقع إلا بعد مدة وبعد جهد قد يتجاوز كل

القواعد العامة في الملكية الشائعة، لأن حق الشريك لا يتركز في الجزء المفرز الذي تصرف فيه الشريك، وإنما حقه يتركز في كل الملك المشاع، بل في كل ذرة منه، ثم إنه ترد على هذا الجزء الذي تصرف فيه الشريك أيضاً حقوق بقية الشركاء، فيكون بذلك الشريك قد تصرف في ملك غيره بقدر ما للشركاء من حقوق في هذا الجزء. أما بالنسبة لباقي الشركاء فإن التصرف لا ينفذ في حقهم فيما يتعلق بمحصولهم في الشيوع في هذا الجزء المفرز، لأن كل ذرة من الملك الشائع مملوكة لكل الشركاء بنسبة حصة كل واحد منهم. فاللجوء إلى التصرف بحصة مفرزة من المال الشائع لم يكن مقبولاً. إذ لا يجوز للشريك المشتاع أصلاً أن يتصرف في حصة مفرزة. وهذا ما أراده المشرع الأردني في نص المادة (١/١٠٣١) من القانون المدني، رغم عدم النص عليه، غير أنه يستنتج من مفهوم المخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة (١٠٣١) من القانون المدني أن الشريك تصرف على خلاف ما هو واجب عليه، وهو عدم التصرف في جزء مفرز. ثم إنه لا يوجد أساساً جزء مفرز إذ المال شائع بين الشركاء.

إضافة إلى ما تقدم، وانسجاماً مع نص المادة (١٠٣١) من القانون المدني فإن تصرف الشريك إذا كان واقعاً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة، يعد دليلاً واضحاً على أن النص يعالج مسألة تصرف الشريك المشتاع بجزء مفرز من المال

تقدير وترتيب. (الصدء، ١٩٧٨ ؛ هامش (٢) من ص١٨١).

٢- آثار التصرف بعد القسمة: عندما تتم قسمة المال المشاع، فإنه قد يقع الجزء المفرز الذي تصرف فيه الشريك في نصيب ذلك الشريك، وقد يقع في نصيبه جزءاً آخر. ونعرض فيما يأتي لحكم هاتين الحالتين كلاً في فقرة مستقلة.

أ) إذا وقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف: لقد عاجلت المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني آثار التصرف في جزء مفرز بعد القسمة. ويتمثل حكم نص المادة السابقة في أنه إذا تمت القسمة، ووقع الجزء المفرز المتصرف فيه، في نصيب الشريك المتصرف، استقر التصرف صحيحاً للمتصرف إليه. بمعنى أنه لا توجد أية مشكلة إذا وقع الجزء المفرز محل التصرف في نصيب الشريك المتصرف بعد القسمة لأنه أصبح في هذا الوقت يملك وحده هذا الجزء وليس لغيره من الشركاء حق فيه. وهنا يمتنع على المتصرف إليه أن يلجأ إلى طلب إبطال العقد. ولو كان يجهل وقت التصرف أن المتصرف لا يملك الجزء المتصرف فيه مفرزاً. إذ بعد أن أصبح المتصرف مالكاً للشيء ملكية مفرزة، لم يعد هناك ما يبرر له أن يتمسك بإبطال التصرف. وذلك عملاً بمفهوم المخالفة لنص المادة (٢/١٠٣١) من

القانون المدني الأردني التي أشارت إلى أنه "إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة وإذا كان المتصرف يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد، فله الحق في إبطال التصرف أيضاً".

ونعتقد أن الأصح هو القول بفسخ العقد وليس بإبطاله، لأن الإبطال (البطلان النسبي) مرتبة من مراتب العقد لا يعرفها القانون المدني الأردني. أما القابلية للفسخ (عدم اللزوم) فهي أحد مراتب العقد، هذا من جهة، (الجبوري، ٢٠٠١، ص ٣١٠ وما بعدها). ومن جهة أخرى أن إقدام المتصرف إليه على شراء حصة يعتقد أنها مفرزة، ومن ثم وقعت القسمة ووقعت هذه الحصة (الجزء المفرز) في نصيب المتصرف فلا مجال للقول بالفسخ أو الإبطال لانتفاء العذر، ثم أن القول بالفسخ ينسجم مع الحالة التي قد يكون عليها المتصرف إليه وهو الغلط الجوهري في صفة في محل العقد (السرحان، وخاطر، ٢٠٠٥، ص ١٣٧ وما بعدها؛ الجبوري، ٢٠١١، ص ٢٠٥ وما بعدها) الذي يكون حكم العقد بموجبه أنه صحيح نافذ غير لازم قابل للفسخ وليس باطلاً بطلاناً نسبياً أو

المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد، فله الحق في إبطال التصرف أيضاً". يتضح لنا من خلال سياق نص المادة (٢/١٠٣١) سالف الذكر أنه يجب التمييز بين عدة حالات، يمكن استنتاجها من مفهوم المخالفة لمنطوق النص السابق، وهي كما يأتي:

١- أن المتصرف إليه سيء النية، وهو الذي يعلم بأنه يشتري حصة شائعة في ملك مشترك، وأن البائع (المتصرف) لا يملك الشيء ملكاً مفرزاً وإنما يملكه على الشيوع.

٢- حالة المشتري (المتصرف إليه) حسن النية، وهو الذي يجهل أنه يشتري حصة مشاعة في ملك مشترك، ويعتقد يقيناً أن البائع يملك تلك الحصة مفرزة وأنه يبيعه ما يملكه مفرزاً وليس مشاعاً. وهذه الحالة جاء النص عليها في المادة (٢/١٠٣١) بشكل صريح وواضح.

٣- حالة ما إذا لم تقع في نصيب المتصرف أي جزء من المال الشائع، وإنما اختص بمقابل نقدي أو عيني خلاف المال الشائع. ونعرض لكل حالة من هذه الحالات على حدة:

الحالة الأولى: المتصرف إليه يعلم أنه يشتري

حصة شائعة (المتصرف إليه سيء النية): عندما يكون المتصرف إليه يعلم بأن ما يشتريه هو جزء شائع وليس مفرزاً. فهو هنا لا يمكن اعتباره قد وقع في غلط في صفة جوهرية في محل العقد، لأنه عندما أقدم على التصرف

قابلاً للإبطال. ثم أن وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف يسد الباب أمام المتصرف إليه في أن يتمسك بأي عذر، ولو كان يجهل أن التصرف وقع على جزء لا يملكه المتصرف مفرزاً^(١٦)، وذلك عملاً بأحكام المادة (١٥٦) من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية". فبعد أن أصبح المتصرف مالكا للشيء ملكية مفرزة جراء القسمة، لم يعد هناك ما يبرر ويسوغ للمتصرف إليه أن يتمسك بفسخ العقد للغلط الجوهري الذي قد يدعي أنه وقع فيه.

ب) إذا لم يقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف: تنص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني على أنه "..... ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة وإذا كان المتصرف إليه يجهل أن

(١٦) لأنه يعد في هذه الحالة قد اشترى الجزء الذي انصب عليه قبوله. فهو قد اتجهت إرادته إلى شراء ذلك الجزء المفرز، فليس لديه أي عذر بالفسخ بعد أن استقر ذلك الجزء في نصيب المتصرف. ثم وكان المتصرف قد أبدى حسن نيته في تنفيذ العقد حسب الأصول.

كان عالماً بأن ما يشتريه هو جزء شائع في ملك مشترك وليس أياً كان. وبعبارة أخرى. أن المتصرف إليه إذا كان يعلم أن حق المتصرف غير ثابت في الجزء الذي تصرف فيه إليه، فليس من حقه الاحتجاج إذا ثبت حقه بعد القسمة في غير الجزء الذي تصرف فيه إلى المشتري. فيلتزم المتصرف إليه بما آلت إليه نتيجة القسمة، ولا خيار له بين اقرار البيع أو فسخه. فيسري التصرف في حقه وينفذ. وهنا لا بد من التساؤل عن الأساس القانوني الذي بموجبه يمكن تفسير انتقال حق المتصرف إليه إلى الحصة التي آلت إلى المتصرف نتيجة القسمة. رغم أن انتقال حق المتصرف إليه إلى جزءاً غير الذي ورد عليه التصرف قد يفوت على المتصرف إليه غرضه من الصفقة التي أبرمها. أن الإجابة على هذا التساؤل سنعالجها لاحقاً في المبحث الثاني من هذا البحث^(١٧).

الحالة الثانية: المتصرف إليه يجهل أنه يشتري حصة شائعة (المتصرف إليه حسن النية): عندما يكون المتصرف إليه جاهلاً بأن ما يشتريه هو جزء شائع وليس جزءاً مفرزاً، فإن المتصرف إليه في هذه الحالة، يمكن اعتباره متعاقداً غلطاً، أي أنه قد وقع في غلط في صفة جوهرية في محل العقد، لأنه عندما بادر إلى إبرام العقد، والإقدام على التصرف، كان يجهل بأن ما يشتريه هو جزء شائع في ملك مشترك، وليس جزءاً مفرزاً في هذا الملك. ومثل هذا المتصرف إليه يحق له أن

يطلب إبطال العقد على أساس أنه وقع في غلط في صفة جوهرية في المعقود عليه. ومن ثم فإنه لا يلتزم بنتيجة القسمة، بل أن له الخيار هنا في، إما إقرار التصرف والرضا بما آلت إليه القسمة والاحتكام إلى نتائجها. أو التمسك بإبطال التصرف، كما يقول نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني، لأن العاقد هنا (المتصرف إليه) قد وقع في غلط في صفة جوهرية. وحكم الغلط في القانون المدني الأردني هو عدم اللزوم (القابلية للفسخ) وليس القابلية للإبطال^(١٨). إذن الأصح والأدق هو أن للعاقد الغلط الحق في فسخ التصرف وليس الحق في إبطال التصرف، لأن القانون المدني الأردني لا يأخذ بقابلية العقد للإبطال أو ما يسمى بالبطلان النسبي. (العبيدي، ٢٠٠٨، ص ٦٦ هامش (٢)).

وأخيراً أعتقد أنه لا بد من الوقوف على معيار تحديد ما إذا كان العاقد (المتصرف إليه) حسن النية أو سيء النية، أي هل كان يعلم حين إبرام العقد أن المتصرف يبيعه جزءاً مشاعاً من الملك المشترك، أم كان يجهل ذلك. وهنا لا بد من التمييز بين ما إذا كانت العقارات التي وقع عليها التصرف تقع ضمن حدود مناطق التسوية التي تخضع للتسجيل في دائرة تسجيل الأراضي؟ أم أنها تقع خارج حدود مناطق التسوية؟، وبالتالي لا يخضع التصرف لأي تسجيل. فإذا كانت

(١٧) انظر ص ٢٥ وما بعدها من هذا البحث.

(١٨) المادة (١٥٣) من القانون المدني الأردني.

وأنه بذل من العناية ما يبذله المشتري المعتاد وهو ما يكفي لاعتباره حسن النية في مواجهة المتصرف إليه (المشتري).

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن هذه النتيجة في اعتقادنا لا تتعارض مع منحى القانون المدني الأردني بالنسبة لحسن النية وسوء النية الذي حددته المادة (١١٧٦) منه، بقولها: "يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أن يعتدي على حق الغير، ويفترض حسن النية ما لم يقم الدليل على غيره".

فيتضح من نص المادة (١١٧٦) السابقة أن المقصود بحسن النية هو الجهل من قبل الحائز بأنه يعتدي على حق الغير. فمجرد الجهل يجعل الشخص حسن النية. فمن الواضح أن معيار حسن النية في القانون المدني الأردني هو معيار شخصي، أي يعول فيه على اعتقاد الشخص ذاته وليس على ما يمكن أن يعتقد الرجل المعتاد فيما لو وجد في نفس ظروف ذلك الشخص الذي يجهل أنه يعتدي على حق الغير أو أنه يجهل أنه يشتري حصة شائعة. (العبيدي، ٢٠٠٨، ص ١٧٤ وما بعدها).

والتساؤل الذي يمكن أن يرد هنا هل أن هذا المعيار الشخصي، الذي اعتمده القانون المدني الأردني هو معيار يمكن أن يحقق العدالة المطلوبة؟ لا شك أن المعيار الشخصي لا يحقق العدالة المطلوبة؛ وذلك لأن الشخص الذي يجهل الواقعة المعينة ويدعي بذلك لكي يستفيد في جهله وبالتالي يتم اعتباره حسن النية، قد

العقارات المملوكة ملكية مشتركة، وهي التي وقع المتصرف على جزء منها، تقع ضمن حدود التسوية، فإنه لا يمكن قبول الأخذ بادعاء حسن النية من قبل المتصرف إليه، وعلى القاضي الذي ينظر النزاع أن يتنبه إلى ذلك، إذ على المتصرف إليه أن يبذل حداً أدنى من العناية، أي عناية الرجل المعتاد، والمعيار هنا هو معيار المشتري المعتاد. إذ كان على المتصرف إليه (المشتري) أن يلجأ إلى دائرة تسجيل الأراضي المعنية لمعرفة ما إذا كانت هذه العقارات مملوكة على الشيوع أم لا. وبالتالي سيتبين له وببسر أنه يشتري حصة شائعة في ملك مشترك لا حصة مفرزة، لذا فإنه يعد سيء النية لإهماله في بذل العناية المطلوبة. أما إذا كانت العقارات المملوكة على الشيوع التي وقع المتصرف على جزء منها، تقع خارج حدود مناطق التسوية، فإنه ليس من السهولة على المتصرف إليه معرفة ما إذا كان العقار مملوكاً على الشيوع أم لا، إلا عن طريق سؤال أهالي تلك المناطق، أو بعض شهود العيان، وذلك لعدم وجود دائرة تسجيل مختصة لمثل تلك الأراضي، وعليه فإنه لا يمكن الجزم هنا بصحة المعلومات التي حصل عليها المتصرف إليه (المشتري)، بل يمكن القول بأنه إذا اقتنع بصحة المعلومات التي حصل عليها، ومن ثم أقدم على شراء تلك الحصة على أنها مملوكة ملكية مفرزة، وظهر بعد ذلك أنها مملوكة على الشيوع، فمثل هذا المشتري (المتصرف إليه) يمكن اعتباره حسن النية، لأنه يجهل أنه يشتري حصة مملوكة على الشيوع،

يكون شخصاً مهماً، إذ في هذه الحالة رغم إهماله قد يتحقق لديه حسن النية رغم أن الظروف التي تعامل فيها تحتم عليه أن يكون عالماً بالوضع الذي أقدم عليه فيما لو أنه بذل العناية التي يبذلها الشخص العادي^(١٩). (العبيدي، ٢٠٠٨، ص ١٧٤).

الحالة الثالثة: إذا لم يختص المتصرف (الشريك) بأي جزء من المال الشائع: (لم يقع في نصيب المتصرف أي جزء من المال الشائع وإنما اختص بمقابل نقدي أو عيني خلاف المال الشائع): قد يقع في نصيب الشريك المتصرف جراء القسمة مبلغ من النقود أو عين من الأعيان بدلاً من حصة مفرزة في المال الشائع الذي وردت عليه القسمة، والذي انصب التصرف على جزء منه. فما هو حكم مثل هذه الحالة؟ لم يتطرق نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني لمثل هذه الحالة، وكل ما يمكن قوله هنا، في اعتقادنا هو تطبيق القواعد العامة، فيجوز للمتصرف إليه أن يطلب فسخ العقد على أساس أن هناك غلطاً جوهرياً في صفة في محل العقد وقع فيه المتعاقد (المتصرف إليه). ولا يمكن القول بانتقال حق المتصرف إليه إلى هذا المقابل النقدي أو المقابل العيني، وذلك لأن النص قد أشار بصريح العبارة إلى أنه، إذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق

المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة. فالحكم هنا يعالج مسألة ما إذا اختص الشريك المتصرف بجزء آخر من المال الشائع الذي ورد عليه التصرف لا مال آخر يختص به. كما لا يمكن القول باختلاف الحكم في هذه المسألة، وهي (مسألة ما إذا لم يختص الشريك المتصرف بأي جزء من المال الشائع عند القسمة، وإنما اختص بمقابل نقدي أو عيني خلاف المال الشائع)، بين المتصرف إليه الذي يعلم عند إبرام التصرف بأن المتصرف لا يملك حصة مفرزة، وإنما يملك حصة شائعة في هذا الملك، وبين المتصرف إليه حسن النية، الذي يجهل أنه يشتري حصة شائعة، ويعتقد يقيناً أن المتصرف يمتلك حصة مفرزة حينما أبرم التصرف معه.

ثانياً: آثار التصرف بالنسبة للشركاء الآخرين

إن تصرف الشريك في جزء مفرز من الملك الشائع يعد تصرفاً موقوفاً في مواجهة الشركاء الآخرين، وذلك لأن لهؤلاء الشركاء على الجزء المتصرف فيه الحقوق ذاتها التي للشريك المتصرف، ويترتب على اعتبار التصرف غير نافذ في حق الشركاء أن لهؤلاء الشركاء الحق في إجازة التصرف والحق في عدم إجازته. (البشير وطه، ٢٠١٠، ص ١١٥؛ الجمال، ١٩٨٥، ص ٢٥٣). فإن تمت إجازته اعتبر ذلك التصرف في الجزء المفرز من الملك المشترك نافذاً بأثر رجعي إلى وقت إبرام التصرف. وأما إذا لم يجز هؤلاء الشركاء التصرف الصادر من شريكهم في جزء

(١٩) قارن المادة (١/٩٦٥) من القانون المدني المصري، والمادة (١١٧٦) من القانون المدني الأردني.

العاقدين وفي مواجهة الشركاء جميعاً، بقي لنا أن نتساءل عما هو الأساس القانوني الذي يستند إليه ويؤسس بموجبه، انتقال حق المتصرف إليه ما يؤول إلى المتصرف نتيجة القسمة، خاصة إذا لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف نتيجة للقسمة. وبعبارة أدق، كيف يتم تأصيل انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، على الرغم من أن هذا الجزء الذي آل إلى المتصرف ليس هو الجزء الذي تم التصرف فيه؟ هذا ما سنعرض له في المبحث الثاني.

المبحث الثاني:

أساس انتقال حصة المتصرف إليه إلى ما يؤول إلى

المتصرف نتيجة للقسمة

لا شك أن انتقال الحصة التي آلت إلى المتصرف نتيجة القسمة إلى المتصرف إليه لا يتفق مع ما قصدت إليه ورغبت به إرادة العاقدين، حيث أن إرادة المتصرف إليه قد اتجهت إلى التصرف في جزء مفرز معين بالذات ومحدد، وكذلك إرادة المتصرف. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، أن ما يؤول إلى المتصرف جراء القسمة وإلزام المتصرف إليه به رغم عدم اتجاه إرادته إليه، قد لا يحقق طموحات المتصرف إليه وقد لا يرغب فيه، فكيف يتم ذلك، والعقد كما هو معروف شريعة المتعاقدين. فليس من المقبول حرمان المتصرف إليه مما رغب به واتجهت إرادته.

مفرز من الملك الشائع، فإن التصرف يعد باطلاً بالنسبة لهم. (البشير و طه، ٢٠١٠، ص ١١٥؛ فرج، ١٩٩٣، ص ٢١٠ وما بعدها).

كما أنه يحق لبقية الشركاء أن يرفعوا دعوى استحقاق ضد المتصرف إليه لكي يؤكدوا حقوقهم في الملك المشترك وبالتحديد في الحصة المفرز من الملك المشترك التي تم التصرف بها.

أما في حالة ما إذا آلت ملكية الشيء الشائع كله للشريك الذي تصرف في الجزء المفرز من ذلك الملك الشائع، بأي سبب من أسباب كسب الملكية، كالبيع، أو الهبة، أو الإرث، أو الوصية، استقر تصرف ذلك الشريك صحيحاً للمتصرف إليه، في الجزء المفرز الذي تم التصرف فيه قبل إجراء القسمة^(٢٠).

وتجب الملاحظة أخيراً أنه إذا تمت القسمة سواء الرضائية منها أم القضائية في الملك المشترك، ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، استقر تصرفه في ذلك الجزء صحيحاً للمتصرف إليه^(٢١).

بعد أن عرضنا لتصرف الشريك في جزء مفرز من المال المشترك، وبيننا أحكام ذلك التصرف فيما بين

(٢٠) يمكن قياس هذه الحالة على حكم الرهن الوارد على حصة شائعة ثم وقع في نصيب الشريك الراهن للعقار الشائع كله، فتصبح تلك الحصة هي المرهونة فقط، راجع سعد، ٢٠٠٣، ص ٢١٥.

(٢١) انظر نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني، (للمزيد من التفاصيل راجع غانم، ١٩٥٩، ص ١٤١).

إليه فلا بد إذن من وجود أساس قانوني يمكن الاستناد إليه لتعليل مثل هذا الإشكال. ولذلك يمكن القول، ومن دون أدنى شك، بأنه ليس سهلاً إيجاد تأصيل قانوني دقيق لمثل هذا الانتقال، ومع ذلك لا بد من البحث عن أساس قانوني يمكن الاستناد إليه لتبرير مثل هذا الانتقال للحصة المفرزة من المتصرف إلى المتصرف إليه. لقد قيل العديد من الأسس وتم اقتراح العديد من النظريات لتأصيل انتقال تلك الحصة إلى المتصرف إليه. سنعرض لها، ثم نعرض أخيراً للتأصيل القانوني الذي نعتقد بإمكانية اعتماده لتأسيس انتقال الحصة المفرزة المتصرف فيها التي آلت إلى المتصرف جراء القسمة ومن ثم انتقالها إلى المتصرف إليه، وذلك كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول: النظريات التي قيلت لتأصيل انتقال الحصة إلى المتصرف إليه من الشريك المتصرف

لقد قيل العديد من النظريات لتأصيل انتقال الحصة إلى المتصرف إليه. ونعرض فيما يأتي لكل منها في فقرة مستقلة.

أولاً: فكرة الحلول العيني

إن فكرة الحلول العيني تقوم أساساً على الاستبدال الذي يصيب المال، وهو يقصد به التبديل القانوني. فإذا كنا بصدد تبديل شخص بشخص آخر، كان الحلول شخصياً، وإذا استبدلت عين بأخرى سمي الحلول عينياً. إذاً الحلول العيني هو التبديل لعين معينة

بعين أخرى، (الجندي، ٢٠٠٩، ص ١٩٦ وما بعدها). والحلول العيني معناه إخضاع مال للنظام القانوني الذي يحكم مالاً آخر لسبب يقره القانون ويجيزه. (الجندي، ٢٠٠٩، ص ١٩٦). وفكرة الحلول العيني التي تقوم على أساس استبدال المال، تثير خلافات فقهية واسعة في ظل غياب التنظيم القانوني لها. (الجندي، ٢٠٠٩، ص ٢٠٠ وما بعدها). ولكي يتحقق الحلول العيني لا بد له من توافر شروط معينة هي كما يأتي:

١- وجود مال مخصص لغرض معين. أي بمعنى أن يوجد المال في مركز قانوني خاص يخضع فيه لقواعد قانونية معينة.

٢- خروج المال المعين المخصص للغرض المعين من ذمة مالكة لأي سبب من أسباب خروج المال، ويترتب على ذلك زوال التخصيص الذي كان مقرراً للمال، فإن انقطع التخصيص بعد مدة معينة فالشيء المنطقي هو، أنه حيثما يحل محله شيء آخر، يستمر هذا الشيء الجديد محملاً بالتخصيص.

٣- اكتساب المالك الذي زالت ملكيته، مالاً آخر معيناً بمقتضى هذا الزوال للملكية.

ولقد اتجه الفقه والقضاء المصريون إلى تأسيس انتقال حصة المتصرف إليه إلى ما يؤول إلى المتصرف جراء القسمة، على أساس فكرة الحلول العيني. (الصد، ١٩٧٨، ص ١٨٢؛ غانم، ١٩٥٩، ص ١٤٣ يرى أن ذلك هو حلول عيني استثنائي، ص ١٤٣

المطعون عليه خلص للطاعن، وإن لم يقع، انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العيني من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفرز الذي يؤول إلى المطعون عليه بطريق القسمة، ومن ثم كان للوالد أن يبيع لابنه جزءاً مفزراً أو شائعاً، وأن يبيع ابنه بدوره إلى الطاعن مثل ذلك. ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بأن البائع لا يملك الحصة المبعة المفزرة، يكون نعيّاً قائماً على غير أساس".

يتضح هنا من خلال قرار محكمة النقض المصرية أن حق الطاعن ينتقل بحكم الحلول العيني من الجزء المفرز المتصرف فيه إلى الجزء المفرز الذي يؤول إلى المطعون عليه بواسطة القسمة.

وفي قرار آخر يحمل رقم (١٢٨٤) لسنة (٥٧) قـ جلسة ١٩٨٩/١١/٢٦، تذهب محكمة النقض المصرية إلى أن "مؤدى نص المادة (٨٢٦) من القانون المدني يدل على أنه يشترط لإعمال الحلول العيني وفقاً لهذا النص أن تجري قسمة بين الشركاء للمال الشائع يكون من شأنها أن تؤدي إلى افراز نصيب معين للشريك البائع يوازي حصته في الشيوع بحيث يستأثر وحده بكل سلطات الملكية الخالصة على هذا. وألا يقع المبيع في الجزء المفرز الذي اختص به البائع بما مؤداه أنه لا مجال لإعمال الحلول العيني إلا إذا أصاب المتصرف بالبائع حصة مفزرة من المال الشائع، فإن أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل مجموعة منهم بقدر مفرز من المال الشائع مع بقاء الشريك مالكاً

هامش (٢). أما منصور، فيستبعد فكرة الحلول العيني ويقول "أن المشرع قضى بتنفيذ الالتزام بنقل الملكية أو بإعطاء الحق بوجه عام على غير محله الذي ورد عليه ابتداءً، لأن الحلول العيني لا يترتب عليه نقل الحقوق الشخصية"، ص ١٧٥ فقرة (٦٩). إذ عند تصرف الشريك المشتاع في حصة مفزرة من الملك المشترك، ولم تقع هذه الحصة في نصيب المتصرف (الشريك) عند القسمة، فإن مثل هذا التصرف يعتبر صحيحاً، ولا يعد باطلاً حيث ينتقل من وقت التصرف إلى المال الذي آل إلى المتصرف، فيحل هذا المال (هذا الجزء) حلولاً عينياً مكان ذلك المال أو (ذلك الجزء) الذي تصرف فيه الشريك المتصرف.

وقد ورد في حكم لمحكمة النقض المصرية، الطعن رقم (٩١٠) لسنة (٤٥) المكتب الفني (٣١)، صفحة (٨٨٨) في ١٩٨٠/٣/٢٥، فقرة (١): أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن للشريك على الشيوع أن يبيع جزءاً مفزراً من المال الشائع، إذ قد نصت المادة (٢/٨٢٦) من القانون المدني على أنه: "إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة". ومتى تقرر ذلك فإن الطاعن يكون قد اشترى من المطعون عليه الجزء المفرز الذي يبيعه أو ما يحل محله مما يقع في نصيب المطعون عليه عند القسمة، فإن وقع الجزء المفرز في نصيب

لحصة شائعة، فإنه يتمتع في هذه الحالة من أعمال الحلول العيني طالما أن نصيب البائع بقي شائعاً لم يتم افرازه، ولما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة ونفاذ عقد البيع عن مساحة التي اختص بها ووالدته وشقيقاه وأقام قضاءه هذا على أن حق المطعون عليه قد انتقل بقوة القانون إعمالاً للفقرة الثانية من المادة (٨٢٦) سالفه البيان إلى الحصة الشائعة التي يمتلكها البائع له ضمن المساحة التي اختص بها ومن معه في حين أنه لا مجال لأعمال الحلول العيني طالما بقيت حصة البائع شائعة ولو تسفر القسمة عند اختصاصه بقدر مفرز فإنه يكون قضى في الدعوى على خلاف سند المشتري وبالمخالفة لإرادة المتعاقدين وإعمال الحلول العيني على خلاف مقتضى القانون". (خليل، ٢٠٠٧، ص ٩).

هذا في القضاء المصري، أما في فقه القانون المدني المصري فقد أشار غالبية شراح القانون المدني المصري إلى أن حق المتصرف إليه ينتقل من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى الشريك المتصرف بطريق القسمة أخذاً بفكرة الحلول العيني، التي يمكن أن تستقى من نص المادة (٢/٨٢٦) من القانون المدني المصري، وذلك في حدود وفي نطاق القدر الذي حصل فيه التصرف قبل الشريك المشتاع إلى المتصرف إليه، وليس للمتصرف إليه هنا أن يطلب إبطال التصرف، إلا في حالة ما إذا كان يجهل أن الشريك المتصرف كان لا يملك الحصة المبيعة مفرزة. (الصد، ١٩٧٨، ١٨٢؛

غانم، ١٩٥٩، ص ١٤٣؛ سعد، ٢٠٠٣، ص ١٦٦). في حين يرى شراح آخرون، أن المادة (٢/٨٢٦) سالفه الذكر التي لم تتناول سوى حكم التصرف في جزء مفرز بعد القسمة، قد أثارت بلبلة على صعيد الفقه في حكم التصرف قبل القسمة دوناً مبرر، وحدد هؤلاء الشراح الرأي بأن المادة (٢/٨٢٦) ليست لها أية دلالة على حكم التصرف قبل القسمة، وإنما تتعلق بالتصرف بعد القسمة الذي يخضع لأحكام القواعد العامة في الشيوع، ومؤدى أعمال هذه القواعد هو القول بأن التصرف في جزء مفرز يعد وارداً على ملك الغير فيما زاد على حصة الشريك فيه، ويحق للمتصرف إليه في هذه الحالة أن يطلب إبطال التصرف دوناً انتظاراً لنتيجة القسمة، علم بالشيوع أم جهل به، (زكي، ١٩٧٨، ص ١٤٦ وما بعدها).

والملاحظ أن هؤلاء الشراح لم يشيروا إلى الحلول العيني لا من بعيد ولا من قريب. كما أن هناك من شراح القانون المدني المصري من ينكر حلول المتصرف إليه حلولاً عينياً في الحصة التي آلت إلى المتصرف بطريق القسمة، ويذهب هؤلاء إلى القول بأن: "الاتفاق رغم ما تقرره ألفاظه من وقوعه على حصة مفرزة، لا ينصب في الواقع إلا على حصة شائعة، فإذا تمت القسمة اختص المتصرف إليه بما وقع في نصيب المتصرف".

ومما يؤخذ على هذا التحليل، القول بأن الاتفاق لا ينصب على حصة مفرزة وإما على حصة

المشتاعين، ولا حتى تنتقل الملكية فيما بين العاقلين، ومن هنا يقر هؤلاء الشراح بصعوبة القول بأن ذلك الانتقال جراء القسمة هو مجرد تطبيق لفكرة الحلول العيني. (سعد، ٢٠٠٣، ص ١٦٦).

فخلص إلى القول هنا إلى أن الرأي الراجح في الفقه في مصر يذهب إلى القول بأن مبدأ الحلول العيني هو المبدأ الذي يصلح أساساً يعول عليه لتأصيل انتقال الحصة التي آلت إلى المتصرف نتيجة للقسمة إلى المتصرف إليه. (غانم، ١٩٥٩، ص ١٤٣؛ كيره، ١٩٦٣، فقرة (١٢٢)، ص ٣٣٨ هامش (١)).

والتساؤل الذي يمكن أن يرد هنا هو هل يمكن القول بالحلول العيني في القانون المدني الأردني، على غرار ما تم في القانون المدني المصري، والذي بينت منحه قرارات محكمة النقض المصرية؟ وطروحات شراح القانون المدني؟

وبعبارة أدق، هل يتعلق الأمر في القانون المدني الأردني بحلول عيني من حيث استبدال الجزء الذي وقع في نصيب المتصرف بجزء آخر وانتقاله إلى المتصرف إليه؟

يبدو لأول وهلة ونظراً لتطابق نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني مع نص المادة (٨٢٦) من القانون المدني المصري بأنه لا بد من الإقرار بالقول بأن نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني المتضمن النص على انتقال حق المتصرف إليه

شائعة، إذ لو كان الاتفاق ينصب على حصة شائعة لكان الحكم واضحاً وهو أن المتصرف إليه سيحتكم إلى هذه الحصة ولا نحتاج للبحث عن أساس قانوني بموجبه نلزمه بما آل إلى المتصرف بعد القسمة.

وفي توجه آخر يرى هؤلاء الشراح المنكرين للحلول العيني أن المتصرف إليه قد كسب بالتصرف الذي وقع، ملكية مفرزة، لكن كسبه لتلك الملكية يبقى معلقاً على شرط واقف، يتمثل بوقوع الجزء الذي انصبت عليه التصرف في نصيب المتصرف. (منصور، ١٩٩٥، ص ١٦٩).

وهناك من الشراح من يرى أن حق الشريك المشتاع لا يتركز في الجزء المعين الذي تصرف فيه، وإنما يرد العديد من الحقوق للشركاء الآخرين على هذا الجزء الذي تصرف فيه ذلك الشريك، فيعد بذلك قد تصرف في ملك غيره بقدر ما للشركاء الآخرين من حقوق في ذلك الجزء. (مرقس وإمام، فقرة ٢٨٧، ص ٤٧٠).

ويذهب بعض الشراح إلى القول بفكرة الحلول العيني مستمراً رأي الفقه عموماً بقوله أن المشرع قد استبقى التصرف ولكن مع تغيير محله، بأن أحل ما وقع في نصيب المتصرف محل الجزء المتصرف فيه، والذي لم تخلص ملكيته بعد للمتصرف إليه، حيث أن تصرف الشريك المشتاع في جزء معين مفرز لا يرتب آثاراً عينية. ويضيف هؤلاء الشراح القول بأن الملكية لا تنتقل أصلاً لا بالنسبة للغير (المتصرف إليه)، ولا بالنسبة للشركاء

القواعد التي تحكم الأموال الشائعة، ووسيلة هذا الاستبدال هي قواعد الحلول العيني. (الجندي، ٢٠٠٩، ص ٢١٧). إلا أن ما أشار إليه هؤلاء الشراح في ميدان الشيوع من أنه "إذا تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، فإن تصرفه يخصه فيكون من حقه وحده الحصول على الثمن ولا يكون تصرفه لحساب الشيوع". هو محل نظر، لأن تصرف الشريك في جزء مفرز هو تصرف في ملك الغير (ملك بقية الشركاء) فيما يزيد على حصة الشريك بالنسبة للشيوع، فلو كانت الحصة المتصرف فيها مثلاً (٢٥٠٠م^٢ من مجموع (١٠٠٠٠م^٢ مملوكة لأربعة شركاء. فنصيب الشريك هنا هو ربع الحصة المتصرف فيها (٤/٢٥٠٠) وبالتالي فإنه إذا لم يقر الشركاء ذلك التصرف فإنهم في مقدورهم إقامة دعوى استحقاق للمطالبة بحقوقهم في مواجهة المتصرف والمتصرف إليه.

أخيراً يمكننا القول، بأن ما ورد من تطبيقات في القانون المدني الأردني لفكرة الحلول العيني رغم عدم تنظيم المشرع الأردني لها بشكل صريح، يدل على إعمال هذه الفكرة في هذا القانون والأخذ بها فيه. وإذا كان إعمال هذه الفكرة (فكرة الحلول العيني) والأخذ بها في القانون المدني الأردني ممكناً، واعتمادها كأساس لتأصيل انتقال حق المتصرف إليه إلى الحصة التي آلت إلى المتصرف جراء القسمة، يشترط أن تجري قسمة المال المشترك ويكون من شأن هذه القسمة أن تؤدي إلى فرز نصيب معين للشريك المشتاع (المتصرف) يوازي

إلى ما آل إلى المتصرف هو حالة واضحة وحالة صريحة من حالات الحلول العيني، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن المشرع الأردني فيما يتعلق بأحكام الرهن التأميني وبالتحديد في نص المادة (١/١٣٣١) من القانون المدني الأردني التي تقضي بأنه: "للشريك في عقار شائع أن يرهن حصته ويتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة المفرزة التي تقع في نصيبه" مع مراعاة قيده في دائرة التسجيل، قد أخذ بفكرة الحلول العيني، حيث يحصل الشريك الراهن بموجب هذا النص الذي يستند على فكرة الحلول العيني على عقار آخر قد وقع في نصيب الشريك المدين الراهن، وبذلك فإن حق الرهن ينتقل إلى العقار الجديد بموجب ومقتضى قواعد الحلول العيني.

ثم أن ما جاء في نص المادة (١/١٠٣٥) من القانون المدني الأردني من أن: "لشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له، ما يخرج عن حدود الإرادة المعتادة على أن يبلغوا قراراتهم إلى باقي الشركاء بإعذار رسمي.....". ففي هذا النص يرى البعض أن ما يخرج عن حدود إدارة الشركاء المعتادة للمال الشائع هي بمثابة إعمال تصرف، وعليه فإذا وقع التصرف تم استبدال ما بمال شائع من قبل الأغلبية التي يشير إليها النص، وعلى ذلك فإن المال البديل يحل محل المال المبدل على اعتبار أنه مال شائع ويخضع لنفس

تملك شيء آخر بدلاً منه حتى لو كان مساوياً له في القيمة. أما من الناحية النظرية، فإن التساؤل التالي يظهر ما هو الحق الذي ينتقل؟ ثم ما هي طبيعة وماهية حق المتصرف إليه قبل القسمة، إذ هو ليس بحق عيني، فهو ليس بحق ملكية مفترزة، ولا هو بحق ملكية شائعة.

ونرى من جهتنا، أن مسوغات تطبيق قواعد الحلول العيني التي دفعت بعض الشراح والباحثين إلى القول بتطبيقها لتأصيل حق الانتقال في التصرف إلى الحصة الجديدة التي آلت إلى المتصرف جراء قسمة المال الشائع غير متوفرة وغير قائمة، إذ إن هدف الحلول العيني هو استيفاء الحق وبالتالي فإن استبدال مال ليحل محل مال آخر هو بمثابة وفاء بالتزام ترتب في ذمة المتصرف لمصلحة المتصرف إليه، وهنا وفي حالتنا هذه لا نرى إمكانية إعمال ذلك ما لم تتوافر الشروط اللازمة مجتمعة، وحيث إن حق المتصرف إليه قبل إيقاع القسمة لا يظهر وليس موجود ولا يمكن القول بوجود مال مفترز ومعين له حتى يمكن القول باستبداله ومن ثم انتقاله، وكل ذلك يتوقف على القسمة، فإذا وقع جزء مفترز آخر غير الذي تم التصرف به والاتفاق عليه في نصيب المتصرف فيمكن عندها إعمال فكرة الحلول العيني. أما إذا وقع في نصيبه ما تم الاتفاق عليه فلا يمكن القول بتطبيق فكرة الحلول العيني.

غير أن القول بفكرة الحلول العيني ومدى إمكانية تأسيس انتقال حق المتصرف إليه عليها من عدمه، لا ينفي القول بإمكانية تأسيس حق المتصرف

نصيبه (حصته) في المال المشترك برمته، بحيث يستأثر ذلك الشريك المتصرف وحده بكل سلطات المالك على هذا الجزء المفترز، ثم إنه يتعين ألا يقع المبيع في الجزء المفترز الذي اختص به البائع لأنه يعد في هذه الحالة وكأنه قد تصرف في ملكه وبالتالي لا نحتاج إلى قواعد الحلول العيني لتأصيل هذا الانتقال.

ثم إنه إذا أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل مجموعة منهم بقدر مفترز من المال الشائع مع بقاء الشريك المتصرف (البائع) مالكا لحصة شائعة فإنه يتعذر والحال هذه تطبيق فكرة الحلول العيني، ما دام نصيب الشريك البائع بقي شائعاً غير مفترز^(٢٢).

ورغم كل ما تقدم وما قيل بشأن إعمال فكرة الحلول العيني في القانون المدني الأردني وتطبيقها على انتقال حق المتصرف إلى حصة المتصرف إليه نتيجة القسمة، إلا أن هناك بعض الشراح قد استبعدوا فكرة الحلول العيني في تأصيل حكم المادة (٢/١٠٣١) سالفه الذكر. (سوار، ١٩٩٣، ص ١٣٠ وما بعدها). وقد اشار هؤلاء الشراح إلى القول بأن الحكم الذي أخذت به المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني هو حكم غير منطقي من ناحيتين، إحداها عملية والأخرى نظرية. فمن الناحية العملية، ليس مقبولاً أن يقوم شخص بشراء شيء معين بذاته ويفرض عليه

(٢٢) انظر نقض مدني مصري، الطعن / ٢٧٦ لسنة (٥٧) المكتب الفني، رقم ١٩٦٨، جلسة ١٢/٥/١٩٩١.

(منصور، ١٩٦٤، ص ١٠٦ وما بعدها، ١٢٧ وما بعدها، ١٧٤ وما بعدها).

أما بالنسبة لموقف القانون المدني الأردني من أثر القسمة، فيمكن القول بأنه أثر مزدوج، أي أنها ذات أثر كاشف وناقل^(٢٣).

وقد نصت المادة (١٠٣٨) من القانون المدني الأردني على أنه: "القسمة إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي"، فهنا النص يشير إلى الأثر الكاشف للقسمة دون الأخذ بالأثر المستند لها. لأن نص المادة (١٠٤٧) أشار إلى أنه: "يعتبر المتقاسم مالكا على وجه الاستقلال لنصيبه الذي آل إليه بعد القسمة". فهذا النص يبين الأثر الفوري للقسمة دون أن يسنده إلى الوقت الذي تملك فيه المتقاسم في الشيوع، وهو تاريخ بدء الشيوع. وكذلك ما نصت عليه المادة (١/١٣٣١) من القانون المدني الأردني يدل على الأثر الكاشف، حيث تنص على أنه: "للشريك في عقار شائع أن يرهن حصته ويتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة المفرزة التي تقع في نصيبه.....". بينما جاء نص المادة (١٠٤٩) من القانون المدني الأردني ليشير وبوضوح إلى الأثر الناقل للقسمة حيث يقول النص: "يجري في القسمة خيار الغبن وخيار

إليه على فكرة أثر القسمة ذاتها. وهو ما سنعرض له في الفقرة التالية.

ثانياً: تأسيس حق المتصرف إليه في الجزء المفرز على فكرة القسمة ذاتها

ما يترتب على القسمة من أثر رئيسي هو إزالة الشيوع في المال المشترك واختصاص كل متقاسم من الشركاء بجزء مفرز من المالك الشائع يعادل حصته فيه، بعد أن كانت حصته حصة شائعة. إلا أن شراح القانون المدني اختلفوا في تحديد الوقت الذي يصبح فيه الشريك مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي اختص به من المال المشترك. هل هو وقت بدء الشيوع؟ أم هو وقت إجراء القسمة؟

إن القول بأي من هذين الوقتين يترتب نتائج خطيرة ومهمة وذات أثر جوهري على حقوق كل متقاسم بالنسبة لحصته المفرزة. بمعنى أن الإجابة عن هذا التساؤل تتوقف على تحديد طبيعة أثر القسمة فيما إذا كان أثراً ناقلاً أو كاشفاً.

فلو اعتبر أن الوقت الذي يصبح فيه المتقاسم مالكا لحصة مفرزة هو وقت أن تملك في الشيوع لكان أثر القسمة كاشفاً، أما لو اعتبر هذا الوقت (أي وقت تملك المتقاسم حصته واختصاصه بها) هو وقت القسمة، لكان أثر القسمة ناقلاً.

وقد اختلفت آراء الشراح حول هاتين المسألتين اختلافًا بيناً وواضحاً. ولا مجال لمناقشة ذلك هنا.

(٢٣) راجع نصوص المواد (١٠٣٨، ١٠٤٧، ١/١٣٣١، ١٠٥٠، ١١٤٤، ١٠٤٩) من القانون المدني الأردني، حيث يستدل من هذه النصوص على أن أثر القسمة في القانون المدني الأردني تارة كاشف وتارة أخرى ناقل. بمعنى أن أثر القسمة هو أثر مزدوج.

اختص به كل واحد من الشركاء على اعتبار أن القسمة مبنية للحقوق لا منشئة لها. (تمييز حقوق رقم (٦٣/٢٣٠)، مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٦١، ص ٤٩٧).

إن القرار المشار إليه السابق يبين الأثر الكاشف للقسمة رغم أن القانون المدني يشير إلى الأخذ بالأثر المزدوج للقسمة، حيث يترتب على تحديد الجزء المادي انتقال ملكية الجزء الجديد إلى المتصرف إليه.

يظهر من كل ما تقدم أن وظيفة الأثر الكاشف تتمثل في تحقيق تطابق مادي ومعنوي بالنسبة لحق الشريك المشتاع، ويكون ذلك بإفراز جزء في الملك المشاع ليكون ملكاً خالصاً للشريك. وعند حدوث هذا التطابق فإن القسمة تكشف لما لهذا الشريك من حق ثابت من بدء الشيوع. فمثل هذا الشريك وبموجب الأثر الكاشف لم يعط حقاً جديداً، وإنما هو بمثابة تغيير في حق الشريك لكي يصبح حقه محصوراً في جزء محدد يختص به دون غيره. فالحق ينتقل من شخص إلى آخر دون أن يتغير محل الحق أو السلطات التي يتكون منها مضمون ذلك الحق. وبذلك تبين لنا الآثار التي تترتب على القسمة باعتبارها كاشفة للحق في الملك، إلا أن هذا الأثر لا يترتب إلا بموجب القسمة باعتبارها ناقلة للملك. وهنا يتحقق معنى المبادلة. وهو واضح من خلال نص المادة (١٠٤٨) من القانون المدني الأردني وهو ما أشارت إليه المذكرات الإيضاحية للقانون المدني

الاستحقاق وخيار إجازة قسمة الفضولي، كما يجري في تقسيم الأجناس المختلفة أيضاً وفي القيميات المتحدة الجنس، خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب، أما المثليات فيجري فيها خيار العيب دون خيار الرؤية والشرط". يدل هذا النص على أن المبادلة، أي الأثر الناقل هو الغالب في الأشياء القيمة التي تقع عليها القسمة وكذلك في الأجناس المختلفة^(٢٤).

هذا في التشريع الأردني، أي بالتحديد في القانون المدني الأردني. أما بالنسبة للقضاء الأردني وبالتحديد قضاء محكمة التمييز فقد تأرجح بين اعتبار أثر القسمة ناقلاً تارة وكاشفاً تارة أخرى. فموقف محكمة التمييز الأردنية مطابق تماماً لموقف القانون المدني الأردني.

فقد جاء في أحد قرارات المحكمة "...أن القسمة تنطوي على مبادلة الحصص المملوكة بين الشركاء بعضها ببعض.....". (تمييز حقوق رقم (٨٧/٨٨٣) بتاريخ ١٩٨٧/١١/٣٠، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٩٠، ص ٩٥٥).

ومن جهة أخرى أشارت محكمة التمييز الأردنية أن دعوى القسمة يقصد بها الفصل في نزاع على ملكية العقار المطلوب تقسيمه أو على حق من حقوق الارتفاق، وإنما هي تهدف إلى تحديد الجزء المادي الذي

(٢٤) المادة (١١٥٤) من مجلة الأحكام العدلية. (للمزيد من التفاصيل راجع العبيدي، ٢٠٠٨، ص ٨٢. انظر أيضاً المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج ٢، ١٩٦١، ص ٤٩٧).

الأردني بقولها: "ولأنه يوجد في القسمة معنى المبادلة لذا أجاز الفسخ والإقالة".

وقد أكد بعض الشراح هذا المعنى المتقدم باعتبار أن للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل، وبناء على هذا الأثر فإنه يمكن اللجوء إلى هذا المعيار وهو معيار القسمة وآثارها، للقول بتأصيل انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف جراء القسمة، وذلك استناداً إلى ما تكشف عنه القسمة. (السنهوري، ج ٨، ٢٠٠٠، ص ٩٤٨ وما بعدها).

يبدو لنا من كل ما تقدم أن أثر القسمة، لا يمكن أن يكون أساساً قانونياً مستقلاً وفاصلاً لتأصيل انتقال الحق من المتصرف إلى المتصرف إليه في الجزء الذي آل إلى المتصرف وإنما قد يكون أساساً قانونياً مساعداً وثانوياً لتأصيل انتقال ذلك الحق، للأسباب التالية:

١- أن نتيجة القسمة عند إبرام التصرف غير معروفة للمتصرف إليه، وبالتالي فإن مثل هذا المتصرف إليه حسن النية ولو أنه كان يعلم أن الحصة التي اشتراها سوف لن تؤول إليه لما أقدم على التصرف، لأنه في الأصل عندما أقدم على إبرام التصرف مع الشريك المتصرف، كان يعتقد أنه يشتري حصة مفرزة من الملك لا حصة شائعة.

٢- أثر القسمة يتحدد عموماً ويقتصر على بيان حصة الشريك في المال الشائع وثبيتها، ولا علاقة له بحصة المتصرف إليه في هذا المال. إذ إن ما يؤول إلى المتصرف إليه هو نتيجة التصرف وليست نتيجة للقسمة.

فالقسمة حالة قانونية واقعية تؤدي إلى نتيجة معينة هي أن الشريك سيتحدد بحصة معينة قد تكون الحصة التي تصرف بها أو قد تكون حصة أخرى غير التي ورد عليها التصرف. ولا يمكن القول في مثل هذه الحالة أن أساس انتقال الحصة إلى المتصرف إليه هي القسمة.

٣- وجود حالة الشيوخ يقيد الشريك في التصرف بحصة مفرزة، والتصرف الوارد لحصة مفرزة يصطدم بموافقة الشركاء الآخرين. الذين لهم المطالبة بإيقاع القسمة، والقسمة قد تأتي كاشفة لحق المتصرف ومثبتة له. وقد تأتي منشئة لحق المتصرف، ولا وجود لحقه في الجزء المفرز قبل القسمة. وعليه فإن نتيجة القسمة بالإضافة إلى علم أو جهل المتصرف إليه مع التصرف الواقع على الحصة المفرزة كلها عوامل حاسمة لتحديد مدى إمكانية إلزام المتصرف بالحصة المباعة، ومن ثم تأسيس وتأصيل مثل هذا الانتقال.

ثالثاً: فكرة السكوت كوسيلة للتعبير عن إرادة

المتصرف إليه

تقضي المادة (٩٥) من القانون المدني الأردني بأنه: "١- لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولاً". لقد اعتبر المشرع بموجب هذه المادة أن السكوت يعد إحدى وسائل التعبير عن الإرادة بالنسبة للقبول بالتحديد، بالإضافة إلى ما حددته المادة (٩٣) من القانون المدني الأردني من وسائل للتعبير كاللفظ والكتابة والإشارة المعهودة عرفاً، والمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي

مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي. (الجبوري، ٢٠١١، ص ٧٦ وما بعدها. السرحان و خاطر، ٢٠٠٥، ص ٥٣).

وقد أشرنا سابقاً إلى أن التصرف الصادر من الشريك في حصة مفرزة قد يكون في مواجهة متصرف إليه سيء النية أو حسن النية. فإذا كان المتصرف إليه (حسن النية)، أي يجهل أن المتصرف لا يملك التصرف في حصة مفرزة لأنه مالك على الشيوع، وبعبارة أدق إذا كانت الحصة التي آلت إلى المتصرف هي غير الحصة التي اتفق على التصرف فيها مع المتصرف إليه، فإن المشرع الأردني أعطاه الحق في أن يطالب بإبطال التصرف لوقوعه في غلط. أما إذا كان المتصرف إليه سيء النية، أي يعلم أنه يشتري حصة شائعة غير مفرزة، أي أن البائع شريكاً في المال الشائع، فإنه لم يعطى مثل حق المتصرف إليه حسن النية. أي لا يحق له أن يطعن في هذا التصرف بالغلط. إذ من المفروض أن مثل هذا المتصرف إليه يعلم منذ البدء أن المتصرف لا يملك حصة مفرزة في الملك المشترك، وأن ما يملكه هو حصة شائعة، ومع ذلك سكت عن الأمر، وأقدم على إبرام العقد معه، وعليه فإن سكوته هذا يمكن أن يفسر قبولاً لما هو مقدم عليه، لأنه يعد سكوتاً في معرض الحاجة إلى البيان، ويمكن أن يفسر قبولاً لشراء الحصة التي ستؤول إلى المتصرف نتيجة القسمة. فهو يعلم مقدماً أن البائع لا يملك الجزء المفرز الذي تصرف فيه، ملكية تامة مفرزة، وبالتالي يكون قد قبل مقدماً شراء

ما سيؤول إلى البائع من حصة جراء القسمة التي ستقع بعد التصرف.

ولذلك، ولكل ما تقدم يمكن القول بأن المشرع الأردني قد اعتبر تصرف الشريك هنا تصرفاً صحيحاً غير معلق على نتيجة القسمة، وإن كان تصرف الشريك في حصة شائعة من حيث المبدأ، لأنه لا يملك حصة مفرزة بل حصة شائعة، فيكون المتصرف إليه قد تلقى حصة شائعة من المتصرف في المال المشترك يعادل الجزء المتصرف فيه. ويبرر ذلك على أساس أن المتصرف إليه يعلم مقدماً أن الشريك المتصرف لا يملك إلا حصة شائعة، ثم إنه يعلم مقدماً أن مصير حقه غير مستقر ما لم تتم القسمة، ومن ثم يتبين نصيب المتصرف في الملك المشترك عموماً بعد القسمة. فهو أي المتصرف إليه يعلم أن إرادته الحقيقية التي يعتد بها لا بد أن تكون هي إرادة تملك حصة شائعة، (منصور، ٥٦، فقرة ٩٦، ص ١٦٧. مشار إليه في الجندي، ٢٠٠٩، ص ٢٢٦).

اصلاً ستؤول وتتحول إلى حصة مفرزة بعد القسمة.

المطلب الثاني: التأصيل القانوني الذي يمكن اعتماده لتأسيس انتقال الحصة المفرزة المتصرف فيها إلى المتصرف إليه (فكرة الحل الواقعي الذي فيه خروج على المفاهيم القانونية التقليدية)

يرى بعض الشراح، (العبيدي، ٢٠٠٨، ص ٦٥ وما بعدها). أن تأصيل فكرة انتقال حق المتصرف إليه إلى الحصة التي آلت إلى المتصرف بعد القسمة، وعدم

وثابتاً، ويتحقق ذلك الثبوت والاستقرار بحصول القسمة.

ونعتقد من جهتنا أن التصرف الصادر من الشريك في جزء مفرز من المال المشترك في حقيقة الامر، يفترض فيه ألا يرتب أثراً في مواجهة المتصرف إليه لانه تصرف يحتمل تكييفه عدة احتمالات هي كما يأتي :

١- إما أن يعد تصرفاً في ملك الغير بالنسبة للشركاء الآخرين، وبالتالي لا يمكن أن تترتب آثاره عليه ما لم تصدر الإجازة ممن يملكها وهم الشركاء الآخرين بقدر نصيبهم في هذا الملك. لأن تصرف الشريك في الجزء المفرز يعد تصرفاً صحيحاً غير نافذ موقوفاً على الإجازة ممن يملكها. فآثار التصرف تتوقف على صدور الإجازة. فإن لم تصدر فالتصرف باطل بقدر حصص الشركاء الآخرين، وصحيح بقدر حصة الشريك المتصرف.

٢- وإما أن يعد التصرف صحيح نافذاً غير لازم بالنسبة للمتصرف إليه، إذا كان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك تلك الحصة مفرزة، وذلك لوقوع المتصرف إليه في غلط في صفة جوهرية في محل التصرف، ألا وهي الحصة المبيعة التي كانت من المفروض أن تكون مفرزة، ولكنها تبين أنها حصة شائعة، ولو علم العاقد بحالها لما أقدم على إبرام التصرف أساساً.

٣- وإما أن يعد التصرف باطلاً، لأن الحصة التي ورد عليها التصرف لم تكن موجوداً أساساً. إذ

استقرار حق المتصرف إليه في الحصة التي تم التصرف فيها أصلاً، ليس سهلاً على الإطلاق. ويرى هؤلاء الشراح أن الحكم المذكور في نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني يدل على أن المشرع في هذا النص أراد أن يتعامل مع تصرف الشريك على الشيوع في حصة مفرزة من الملك المشترك بشيء من الواقعية. تلك الواقعية التي فيها خروج على المفاهيم والنظريات القانونية التقليدية. فالشريك على الشيوع الذي يتصرف في حصة مفرزة من المال الشائع وهو لا يملك مثل هذه الحصة، لا يمكن إنكار وتجاهل حقيقة ماثلة أمامنا تتعلق به، ألا وهي أن إرادته قد اتجهت إلى التصرف فيما يملك من حق في المال المشترك، فلولا ملكه في المال المشترك لما أقدم على أن يتصرف مثل هذا التصرف. وما دام أنه أقدم على مثل هذا التصرف مستنداً إلى ما يملك من حق في الملك الشائع، وإن خالف نطاق الحق الذي له وتجاوزه، فلا بد من ترتيب أثر قانوني على إرادته هذه. إن الأثر القانوني الذي يمكن ترتيبه على هذه الإرادة، يتمثل في ثبوت حق المتصرف إليه في أي جزء من المال الشائع يمكن أن يتركز ويتجسد فيه حق الشريك المتصرف.

ويمكن القول هنا بأن حق الشريك يتجسد ابتداءً في الجزء الذي تصرف فيه، ولكنه تجسد غير مستقر بل وقلق، لأنه لا يملك هذا الجزء عند إجراء التصرف، ثم بعد ذلك يتجسد حق الشريك انتهاءً تجسداً مستقراً

فيه من حماية لمصلحة الطرفين عموماً، والمتصرف إليه خصوصاً، إذ إن المتصرف إليه في نهاية المطاف سيستحوذ على حصة مفرزة من المال الشائع، صحيح أنها ليست الحصة التي كان يروم الحصول عليها. لكنها حصة في المال المشترك مفرزة آلت إلى المتصرف بعد إيقاع القسمة.

وهنا لا بد لنا من أن نتساءل، هل من المقبول أن يشتري شخص شيئاً معيناً بذاته، ويفرض عليه أن يتملك شيئاً آخر بديلاً عنه حتى إذا كان معادلاً له في القيمة، بل وحتى لو كان أكثر من قيمة الأول؟ هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، قد لا يحقق الشيء البديل الآخر الغرض الذي قصده المتصرف إليه (المشتري) حين إقدامه على الشراء؟ فأين هي عدالة الحل الواقعي الذي نتلمسه في هذه الفكرة (فكرة الحل الواقعي....) التي اعتمدناها أساساً لتأصيل انتقال حق المتصرف إليه إلى الحصة المفرزة التي آلت إلى المتصرف جراء قسمة المال الشائع؟

في الحقيقة يمكننا القول بأن المتصرف إليه عند إقدامه على إبرام التصرف مع الشريك المشتاع كان أحد صنفين، صنف يجهل أن التصرف يرد على حصة شائعة، وهذا الصنف له الحق في الخروج من التصرف بالتمسك بإبطال ذلك التصرف (والأدق هو التمسك بالفسخ على أساس الغلط). أو الاحتكام إلى نتيجة القسمة والرضا بها. فإذا اختار الحل الثاني فإنه يكون

العقد انصب على محل غير موجود وهو الحصة المفرزة، التي لم تكن قائمة أساساً في ملكية المتصرف. فالغلط هنا مانع من انعقاد العقد. إذ الغلط في مثالنا هذا هو غلط في ذاتية المحل. فبدلاً من أن يكون محل التصرف حصة مفرزة، كان المحل حصة مشاعة. فانعدم المحل الذي انصبت عليه الإرادتان، إرادة المتصرف (الشريك المشتاع) وإرادة المتصرف إليه. وانعدم المحل جراء الغلط فيه يكون حكمه البطلان. فالبطلان هو الحكم الذي يجب أن يتقرر في حالة ما إذا وقع غلط في ذاتية المحل.

غير أن المشرع تجاوز في المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني، هذه الأحكام السابقة، وأشار إلى حكم واقعي خرج فيه عن المفاهيم القانونية التي أشرنا إلى أحكامها آنفاً. واعتبر أن التصرف موجود وراعى الإرادتين، إرادة المتصرف وإرادة المتصرف إليه، ورتب الأثر المطلوب على هاتين الإرادتين. رغم ما يمكن قوله وترتيبه على هذا التصرف من أحكام.

وفي اعتقادنا، أن هذا التأصيل لفكرة انتقال حق المتصرف إليه إلى الحصة التي آلت إلى المتصرف بعد القسمة، رغم أن التصرف ورد على حصة مغايرة، هو الذي يكون أقرب إلى رغبة المشرع الأردني وأقرب إلى حقيقة أساس هذا الانتقال للحق.

فالحل الواقعي الذي قضى به المشرع الأردني في هذا النص يمثل أساساً لتملك المتصرف إليه الحصة المفرزة التي لم تكن موضوع التصرف عند إبرامه. ومثل هذا الموقف يمكن القول أن فيه تجسيدا للعدالة نظراً لما

الخاتمة

إن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع إلى المتصرف إليه ينطوي على المساس بحق الشركاء الآخرين، رغم أنه تصرف صادر من شريك في الملك الشائع ومع ذلك يمكن القول بأن هذا التصرف تترتب عليه الكثير من الملاحظات التي تعقبناها في هذا البحث وقد تمخض البحث عن النتائج التالية:

١- أن من حق المتصرف إليه شيء النية أن يعدل قبل القسمة وذلك لسكوت النص عن معالجة ذلك بل وسكوت النص عن منعه من العدول، إذ المطلق يجري على إطلاقه. وإذا أردنا أن نلزم المتصرف إليه بالتصرف في الجزء المفرز لكونه يعلم أن المتصرف قد تصرف إليه بجزء مفرز وهو، أي الشريك المتصرف، لا يملك حصة مفرزة، لا بد من تعديل نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني لتصبح على النحو التالي: "٢- وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع، فيجب إلزام المتصرف إليه بالتصرف مهما كانت عليه القسمة، إذا كان يعلم أن المتصرف لا يملك حصة مفرزة بل يملك حصة شائعة. سواء أكان ذلك قبل القسمة أم بعدها. ٣- وإذا وقعت القسمة ولم يقع هذا الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب المتصرف، وكان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد فله الخياران: إقرار التصرف، أو فسخه".

قد وافق على ما تؤول إليه القسمة ورضي بنتيجتها. فلا توجد لدينا معه مشكلة في إلزامه بنتيجة التصرف وتأصيل هذا الانتقال.

أما الصنف الثاني، وهو المتصرف إليه شيء النية، وهو الذي أقدم على شراء حصة يعلم أنها شائعة ولكنه فضل الاعتماد على روح المغامرة لديه في أن يشتري عسى أن تكون نتيجة القسمة لصالحه. فمثل هذا المتصرف إليه، عليه أن يتحمل النتائج التي أقدم هو عليها عندما أبرم التصرف مع شريك يعلم علم اليقين أنه لا يملك الحصة المتصرف فيها مفرزة. فهنا حتى لو كانت الحصة الجديدة لا تحقق طموحات المتصرف إليه، لكنه سيلتزم بها لأنه أقدم على التصرف وهو عالم بما قد تكون عليه نتيجة القسمة. فمثل هذا المتصرف إليه لا نجد في الحل الواقعي الذي تبناه المشرع الأردني في المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني الأردني، أي حرج من تطبيقه عليه، كما ولا نجد في تطبيقه عليه أي حيف أو ظلم، والعدالة متحققة هنا. لأن في هذا التأصيل نجد أساساً واقعياً يخرج عن نطاق المفاهيم التقليدية للقانون المدني. ثم إن فيه اعتماداً لإرادة الطرفين وأخذاً بها دون إهمالها، وبالتالي لا بد من ترتيب الأثر القانوني المطلوب على مثل هذه الإرادة لهذين الطرفين (المتصرف والمتصرف إليه).

جديد بدلاً من الضمان القديم المتمثل بالحصّة المرهونة التي لم تعد ملكاً للمدين الراهن.

٤- أن الأساس القانوني الذي يمكن أن يستند إليه انتقال حصّة المتصرف التي آلت إليه بموجب القسمة إلى المتصرف إليه وإلزامه بها لكونه يعلم أن الشريك المتصرف لا يملك حصّة مفرزة، يستند إلى فكرة الحل الواقعي الذي يتضمن خروجاً على المفاهيم القانونية التقليدية، إذ المشرع الأردني في هذا الحكم الوارد بموجب نص المادة (٢/١٠٣١) من القانون المدني أراد أن يتعامل مع تصرف الشريك المشتاع في حصّة مفرزة من الملك الشائع إلى المتصرف إليه العالم بحقيقة هذا الوضع بشيء من الواقعية والعملية، التي فيها خروج على مفاهيم القانون ونظرياته. إذ الشريك المتصرف في حصّة مفرزة لا يملك حصّة مفرزة، لكنه تصرف في حق له في الملك الشائع. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، أن انتقال الحصّة التي آلت إلى المتصرف إليه نتيجة القسمة لا يتفق مع ما اتجهت إليه إرادته هو، إذ إن إرادته اتجهت إلى شراء جزء مفرز محدد ومعين بالذات، وهذا الجزء الذي آل إلى المتصرف جراء القسمة والذي يلزم به المتصرف إليه، قد لا يحقق طموحات المتصرف إليه، وقد لا يرغب به، فكيف يتم إلزامه بمثل هذا الحكم. لا شك أن الأثر القانوني الذي يمكن ترتيبه على هذا التصرف يستند إلى ما للشريك من حق في الملك الشائع. ويمكن القول بأن حق الشريك المتصرف يتجسد ابتداءً في الجزء الذي تصرف فيه ولكنه

٢- إذا جرت القسمة بعد التصرف ولم يختص الشريك المتصرف بأي جزء من المال الشائع وإنما اختص بمقابل نقدي أو مقابل عيني خلاف المال الشائع. فإن للمتصرف إليه في كل الأحوال الحق في نقض التصرف وفسخه.

٣- إذا ورد الرهن على حصّة شائعة وتمت قسمة المال الشائع قبل انتهاء مدة عقد الرهن فإن مصير حق الرهن لم يتحدد بموجب نص المادة (١٣٣١)، حيث أشارت تلك المادة إلى حالة واحدة هي حالة الحصّة المفرزة التي وقعت بعد القسمة في نصيب الشريك الراهن. أما إذا وقع في نصيب الشريك الراهن مال منقول، فإنه لا يمكن أن ينتقل الرهن إلى المنقول الذي اختص به المدين الشريك الراهن بدلاً من الحصّة الشائعة المرهونة، وذلك لأن المال البديل يعد مالاً منقولاً، والمال المرهون أصلاً هو عقار. ثم إن تبديل محل الرهن بمحل جديد (منقول مثلاً) يحتاج إلى إبرام عقد جديد، ويحتاج إلى تسجيل الرهن من جديد في الدائرة المختصة، هذا إذا كان المال المنقول المرهون الجديد من المنقولات التي يجب تسجيلها (كالمركبات والسفن، والطائرات.....الخ). فتمناً بنص المادة (١٣٣١) من القانون المدني الأردني الذي أشار إلى تحول الرهن إلى الحصّة المفرزة التي تقع في نصيب الراهن، ولم يشر النص إلى تحول الرهن إلى المنقول الجديد الذي حل محل الحصّة المرهونة، وعليه فإنه يحق للدائن المرتهن المطالبة بسداد الدين أو بترتيب ضمان

الأصلية في القانون المصري واللبناني. بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢م.
 مرقس، سليمان؛ إمام، محمد علي. عقد البيع. د. ت. مبارك، سعيد عبد الكريم. موجز أحكام القانون المدني الأردني، الحقوق العينية. ١٩٩٥-١٩٩٦م.
 تناغو، سمير. التأمينات الشخصية والعينية. ١٩٩٤م.
 الوكيل، شمس الدين. نظرية التأمينات العينية في القانون المدني الجديد. ١٩٥٩م.
 شحاته، شفيق. شرح القانون المدني الجديد في الملكية، القسم الأول: النظرية العامة للحق العيني. ١٩٥١م.

السنهوري، عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني. ج ٨: حق الملكية. بيروت: منشورات الحلبي، ٢٠٠٠م.
 السنهوري، عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني. ج ١٠: في التأمينات الشخصية والعينية. ط ٣. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٠م.
 السنهوري، عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني. ج ٤: في البيع. ١٩٦٠م.
 السنهوري، عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني. ج ٨: في حق الملكية، ١٩٦٠م.
 الصده، عبد المنعم فرج. الحقوق العينية الأصلية: دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري. بيروت: دار النهضة العربية، ١٩٧٨م.

تجسيد قلق (غير مستقر)، فهو لا يملك الجزء الذي تصرف فيه ثم يتحقق الاستقرار والثبات لحق الشريك نتيجة للقسم في الحصة التي تقع في نصيبه، وهنا ينتقل حق المتصرف إليه إلى هذا الجزء الذي آل إلى المتصرف جراء القسم. فالحل الواقعي والعملي الذي قضى به المشرع الأردني في نص المادة (٢/١٠٣١) هو الذي يمثل الأساس القانوني لتملك المتصرف إليه الحصة المفرزة التي لم تكن موضوع التصرف عند إبرامه. وهو حكم يمكننا القول، بأنه يجسد العدالة ويحقق مصلحة الطرفين.

المراجع

المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ج ٢. عمان: نقابة المحامين، ١٩٦١م.
 غانم، إسماعيل. الحقوق العينية الأصلية. ج ١: حق الملكية. مكتبة عبد الله وهبه، ١٩٥٩م.
 عبد الرحمن، أحمد شوقي. الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه. الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٤م.
 خليل، أحمد محمود. إدارة المال الشائع والتصرف فيه. المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٧م.
 فرج، توفيق حسن. الحقوق العينية الأصلية. الدار الجامعية، ١٩٩٣م.
 أبو السعود، رمضان. الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصادر وأحكام الحقوق العينية

- البدرأوي، عبد المنعم. شرح القانون المدني في الحقوق العينية الاصلية. ج٢. ١٩٥٦م.
- السرحان، عدنان؛ خاطر، نوري حمد. شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، (الالتزامات)، دراسة مقارنة. ط١: الإصدار الثاني. عمان: دار الثقافة للنشر، ٢٠٠٥م.
- العبيدي، علي هادي. الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية. دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨م.
- حيدر، علي. درر الحكام شرح مجلة الأحكام. المجلد الثالث. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية. ١٩٩١م.
- زكي، محمود جمال الدين. الوجيز في الحقوق العينية الاصلية. مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م.
- عرفة، محمد علي. شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية. ج١. ط٢. مطبعة فؤاد الأول، ١٩٥٢م.
- سوار، محمد وحيد الدين. حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني. عمان: دار الثقافة للنشر، ١٩٩٣م.
- سوار، محمد وحيد الدين. شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية. الكتاب الثالث. ط١: الإصدار الخامس. عمان: دار الثقافة للنشر، ٢٠٠٦م.
- البشير، محمد طه؛ طه، غني حسون. الحقوق العينية: الأصلية والتبعية. ج١. ط٤. القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠١٠م.
- الجندي، محمد صبري. "نظرة على قواعد الحلول العيني: دراسة موازنة بين الفقه الغربي والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية لدولة الامارات". المجلة الأردنية في الدراسات الاسلامية. جامعة آل البيت - الأردن، المجلد الخامس، (٣/ب) تشرين الثاني، (٢٠٠٩م)، ٩٦-٢١٧.
- منصور، منصور مصطفى. حق الملكية في القانون المدني المصري. ١٩٩٥م.
- منصور، منصور مصطفى. "تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس - كلية الحقوق، (يناير ١٩٦٤م)، العدد الأول والثاني، السنة السادسة، ١٠٦-١٧٤.
- الدكتور منصور مصطفى منصور، "نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري". أطروحة مقدمة إلى جامعة القاهرة، جامعة القاهرة، ١٦٧.
- الجمال، مصطفى. نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، حق الملكية. الدار الجامعية، ١٩٨٥م.

(مصادر الالتزامات)، دراسة موازنة. عمان :

دار الثقافة للنشر والتوزيع. ٢٠١١م.

الجبوري، ياسين محمد. المبسوط في شرح القانون

المدني. ج ١. مجلد (١). ط ١. القسم الثاني.

مراتب انعقاد العقد: عمان: دار وائل للنشر،

٢٠٠١م.

سعد، نبيل إبراهيم. الحقوق العينية الاصلية في القانون

المصري واللبناني، دراسة مقارنة. بيروت :

منشورات الحلبي، ٢٠٠٣م.

الجبوري، ياسين محمد. الوجيز في شرح القانون المدني

الأردني. ج ١. ط ٢. مصادر الحقوق الشخصية،

The Co-owner Disposition in Specified Share of Common Property and Justification of Transference of Such Share to the Acquirer in Jordanian Civil Law

Yaseen Mohammad Khalaf Al-Juboori

Associate prof

The Faculty Of Shari'a&Law

Department Of Comparative Law

The World Islamic Science&Education University

(Received 12/7/1433 H.; accepted for publication 26/2/1434 H.)

Abstract. Every co-owner in common is the absolute owner of his share, hemay dispose of his share as he wills without permission of other co-owners, provided that he shall not inflict damage on the rights of other co-woners. As well as he may dispose of his share except in the case of a mixed and common sale. While in case of the disposition which relates to a specific part of the common property, and such part does not come within the share of the settler when a partition is made, the right of the acquirer is transferred to the part that has devolved on the settler as a result of the partition with effect from the moment of disposition. The proplem of justification of obliging the acquirer with the part comes within the share of the settler. Many theories have been established for such a problem, but the right one which we believe to justifies such transference is the theory of realistic solution which does not comply with the traditional legal conceptions.

الحجز التحفظي على الطائرات:

دراسة مقارنة بين نظام الطيران المدني السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم

(م/٤٤) بتاريخ ١٨/٧/١٤٢٦هـ وقانون الطيران المدني الأردني رقم (٤١)

لسنة ٢٠٠٧

مؤيد أحمد عبيدات

أستاذ القانون التجاري المشارك

كلية الشيخ نوح القضاء للشرعة والقانون، جامعة

العلوم الإسلامية العالمية

معن محمد أمين القضاء

أستاذ القانون التجاري المساعد

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة الملك سعود

(قدم للنشر في ٢٦/٠٢/١٤٣٤هـ؛ وقبل للنشر في ٠٥/٠٥/١٤٣٤هـ)

ملخص البحث. يتناول البحث موضوع الحجز التحفظي على الطائرات. ويمتاز إيقاع الحجز التحفظي على الطائرات بأهمية كبيرة جداً باعتبار أن الطائرات تشكل ثروة اقتصادية لاسيما انها تعد أداة الملاحة الجوية. كذلك فإن الطيران يعتبر من المرافق العامة الواجب بقاؤها وعدم توقفها، لهذا فإن منح الدائنين الحرية بإيقاع الحجز التحفظي على الطائرات يؤدي لتوقف هذا المرفق وتعطيله وهو ما يتنافى مع ما تقتضيه المرافق العامة من حيثديمومتها واستمرارها بالعمل. وتحاول هذه الدراسة أن تبين المقصود بالحجز التحفظي على الطائرات، وطبيعة وخصوصية هذا الحجز. بالإضافة لذلك، تناولت هذه الدراسة نطاق الحجز التحفظي على الطائرات من حيث الموضوع خصوصاً أن هناك طائرات تستبعد من الحجز التحفظي. وبناءً على ما تقدم، فقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى بحثين، عاجلنا في المبحث الأول: ماهية الحجز التحفظي على الطائرات؛ بينما تناولنا في المبحث الثاني نطاق هذا الحجز من حيث الموضوع. وفي هذا السياق، بينا وفي كلا المبحثين موقف نظام الطيران المدني السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٤) بتاريخ ١٨/٧/١٤٢٦هـ وقانون الطيران المدني الأردني رقم (٤١) لسنة ٢٠٠٧، مع الاستعانة بالقواعد الواردة في الاتفاقيات الدولية كاتفاقيتي روما ١٩٣٣ وشيكاغو ١٩٤٤. كما استعانت الدراسة بآراء الفقه والقرارات القضائية في مواضيع مختلفة منها وكلماً لزم الأمر.

المقدمة

الطائرة في الدولة المسجلة بها، فهي تكون عابرة

لأقاليم عدة دول، وأثناء عمل الطائرات فهناك حقوق

قد تقرّر عليها ولا بدّ من الاعتراف بها، وبما أنّ

إنّ النشاط الرئيسي الذي تقوم به الطائرة هو النقل

الجوّي وخصوصاً الدولي منه إذ قلّ ما تبقى تلك

الطائرات تكون مملوكة للمستثمر الجوي (المدين) فإنها تكون جزءاً من الضمان العام لدائنيه، الأمر الذي يُخوّل هؤلاء الدائنين الحقّ بالحجز على الطائرة والتنفيذ عليها.

وعند الحجز على الطائرات فلا بدّ من مراعاة مسائل متعدّدة ومسائل متشابكة أهمّها أنّها تُعدّ من وسائل النقل الدولية و الداخلية ؛ لذا فهي تقوم بخدمة مرفق مهم يتمثّل بالملاحة الجوية، وحتىّ تتمكن الطائرة من القيام بهذه الخدمة على أكمل وجه فلا بُدّ من إحاطة عملية الحجز على الطائرات تحفظياً ببعض من القيود، التي من شأنها أن تؤدّي إلى حماية المستثمر الجوي (المدين) من جانب، ومن جانب آخر أن تراعي المصالح المشروعة للدائنين والتي تقتضي الحجز على الطائرة وصولاً إلى بيعها لاستيفاء حقوقهم من أثمانها.

ويلعب الحجز التحفظي دوراً كبيراً في تقييد الطائرات، خاصة إذا ما رغب المستثمر الجوي بيعها أو رهنها، إذ يتعدّر عليه ذلك أو قد يكون من الصعوبة بمكان ذلك، كما لو كانت الطائرة طليقة دون حجز يذكر في سجلّها. ونظراً للدور الحيوي الذي تقوم به الطائرات في نقل الأشخاص والأموال من مكان إلى آخر فإن الوضع الطبيعي أن تبقى الطائرات دون حجز حتى تؤدّي مهمتها الحيوية بالشكل المثالي.

وتبرز أهمية هذه الدراسة في كونها تتعلق بموضوع حديث وعلى درجة كبيرة من الأهمية، يتمثّل بالحجز على الطائرات حجزاً تحفظياً. ولهذا الموضوع

أهمية تنعكس على قطاع النقل الجوي، وهذه الدراسة تتناول العديد من الموضوعات الحيوية إذ تحاول هذه الدراسة بيان ماهية الحجز، كما تحدد نطاق الحجز من حيث الموضوع. الأمر الذي بوجوده نستطيع أن نحدّد الجهات التي يحقّ لها إصدار قرار الحجز التحفظي على الطائرات. كما نحدّد من خلاله مدى صحّة هذا الحجز من عدمه لأنّ الموضوع يتعلّق بمرفق هام وهو النقل الجوي. كما أن من شأن هذه الدراسة أن تُلقي الضوء على موضوع ما زال هناك نقص في بحثه باعتبار أنّ هذه الدراسة تحاول الإحاطة بهذا الموضوع من جميع الجوانب.

وتتمثّل مشكلة هذه الدراسة أنّه بالرغم من أنّ كلاً من نظام الطيران المدني السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٤) بتاريخ ١٨/٧/١٤٢٦هـ وقانون الطيران المدني الأردني رقم (٤١) لسنة ٢٠٠٧ قد أشارا إلى الحجز التحفظي على الطائرات في نصوص عديدة منهما إلاّ أنّ هناك بعضاً من النقص والغموض في هذه النصوص وخاصة تلك النصوص التي أشار لها نظام الطيران المدني السعودي والمتعلّقة بالجهات التي يجوز لها إصدار قرار الحجز التحفظي على الطائرات، إذ لم يُعط هذا النظام الحق بإصدار هذا القرار للجهات القضائية حصراً، وإنّما تُرك الأمر مفتوحاً لجهات إدارية، الأمر الذي يُثير كثيراً من الصعوبات والمشاكل. وتحاول هذه الدراسة الإجابة على الأسئلة الآتية:

- ١ - ما مفهوم الحجز التحفظي على الطائرات؟
المطلب الثاني: مفهوم الحجز التحفظي على الطائرات.
- ٢ - ما طبيعة الحجز التحفظي على الطائرات، وما مدى اعتباره حجزاً على منقول؟
المطلب الثالث: طبيعة وخصائص الحجز التحفظي على الطائرات.
- ٣ - هل يتمتع الحجز التحفظي بخصوصية معينة؟
وأما المبحث الثاني فقد تناول: نطاق الحجز التحفظي على الطائرات، وقُسم هذا المبحث إلى مطلب كما يلي:
- ٤ - ما مدى جدية الحجز التحفظي على الطائرات، وما مدى اعتباره من الأمور المستعجلة؟
المطلب الأول: الطائرات التي تخصص لخدمة الدولة.
- ٥ - ما نطاق الحجز التحفظي على الطائرات من حيث الموضوع، وهل عاجلاً كلاً من نظام الطيران المدني السعودي ونظام الطيران المدني الأردني ذلك؟
و طائراتها الاحتياطية.
- ٦ - ما إمكانية إلقاء الحجز التحفظي على أية طائرة إن كان مشغلاً مديناً لأي شخص؟
المطلب الثالث: طائرات نقل الأشخاص أو البضائع بمقابل عندما تكون على وشك الرحيل.

المبحث الأول: ماهية الحجز

التحفظي على الطائرات

يشير الحجز التحفظي على الطائرات الكثير من المشاكل التي تتعلق بعنصر الملائمة في القاعدة القانونية، على اعتبار أن الطيران يُعدّ من المرافق العامة الواجب بقائها واستمرارها وتقديم خدماتها، إذ إنّ إعطاء الحرية للأفراد (الدائنين) بإلقاء الحجز التحفظي على الطائرات المدنية هو أمر من شأنه أن يؤدي إلى تعطيل هذا المرفق، باعتبار أن الصالح العام في عملية الحجز يجب تفضيله هنا لأنه أمر تتطلبه المصالح الاقتصادية الحيوية ذات الارتباط الوثيق بالنقل الجوي،

وقد استخدمت الدراسة منهج البحث الوصفي التحليلي لأحكام وقواعد نظام الطيران المدني السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٤) بتاريخ ١٨/٧/١٤٢٦هـ وقانون الطيران المدني الأردني رقم (٤١) لسنة ٢٠٠٧، مع الاستعانة بالقواعد الواردة في الاتفاقيات الدولية كاتفاقيتي روما ١٩٣٣ وشيكاغو ١٩٤٤. كما استعانت الدراسة بآراء الفقه والقرارات القضائية في مواضيع مختلفة منها كلما لزم الأمر.

وقد قُسمت هذه الدراسة إلى مبحثين تناول الأول منها ماهية الحجز التحفظي على الطائرات، وقُسم هذا المبحث إلى مطلب كما يلي:

المطلب الأول: مفهوم الحجز التحفظي.

غير منقولة (www.cabinetaci.com) ووضعها بيد القضاء بهدف منع المدين من القيام بالتصرف بها أو الإتيان بأي فعل مادي أو قانوني من شأنه أن يؤدي إلى إخراج تلك الأموال من ملك المدين^(١) (شوشاري، المرجع السابق: ص ٣٣٠).

ويعرّف اتجاه آخر مفهوم الحجز التحفظي بأنه حجز لأموال المدين بهدف تأمين وفاء الدين الذي سيحكم للدائن به دون أن يؤدي ذلك إلى إخراج الأموال المحجوزة من ملكية المحجوز عليه، وإنما يجذ من سلطة المالك على أمواله من أجل المحافظة على حقوق الدائن (طالب الحجز). (الأخرس، ٢٠١٠: ص ٣٤٧).

ولا بد من الإشارة هنا إلى ضرورة توافر عنصر الاستعجال لإيقاع الحجز التحفظي، وهذا الاستعجال يُعدّ مفترضاً بقوة القانون، الأمر الذي بوجوده لا يكون هناك حاجة لإلزام القاضي ببيانه، في الأحوال التي يقوم فيها بإصدار قرار الحجز التحفظي في الحالات الخاصة المنصوص عليها قانوناً، أما إذا صدر قرار الحجز بالاستناد إلى النص القانوني العام، فهنا

واستبعاد صالح الأفراد (الدائنين) غير الحاصلين على سندات تنفيذية. (الأسيوطي، ١٩٩٦: ص ٧٧). والبحث في ماهية الحجز التحفظي على الطائرات أمر يستوجب توضيح أمور عدة وينطلق من دراسة مواضيع تتعلق بتحديد مفهوم الحجز التحفظي بشكل عام ومن ثمّ تحديد مفهوم الحجز التحفظي على الطائرات، وتحديد خصائص وطبيعة الحجز التحفظي على الطائرات، وهو أمر سيتم تناوله من خلال الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الحجز التحفظي

يُعدّ طلب إلقاء الحجز التحفظي على أموال المدين من حالات القضاء المستعجل في نطاق قانون أصول المحاكمات المدنية/ المرافعات المدنية (المشاقبي، ٢٠١١: ص ٦٩). ويستخدم الحجز التحفظي من قبل الدائن كوسيلة للمحافظة على حقه المهدد بالضيق إن توافرت شروطه، ويتحقق ذلك من خلال تجميد الأموال التي يمكن حجزها ومنع المدين من التصرف بها، على اعتبار أنّ الحجز التحفظي يشكل ضبطاً لأموال المدين ومنعه من التصرف بها تصرفاً ضاراً بالدائن (Vilain, 2007: p5؛ شوشاري، ٢٠١٠: ص ٣٣٠؛ يحيوي، بدون: ص ٤١؛ السويّد، ١٤٢٦: ص ١٨٢).

وهناك اتجاه في الفقه حاول تحديد مفهوم الحجز التحفظي من خلال اعتباره إجراءً يتم من خلاله ضبط كافة الأموال المملوكة للمدين سواء كانت منقولة أو

(١) SAISIE CONSERVATOIRE DES www.cabinetaci.com, LA

MEUBLES CORPORELS, CABINET D'AVOCATS DE MAITRE ACI, PARIS, PAGE:1.: LA SAISIE CONSERVATOIRE "C'est une procédure qui permet de placer les meubles corporels du débiteur sous la main de justice afin de pouvoir éventuellement les faire vendre ultérieurement pour se payer sur le prix. Elle constitue une procédure mixte : son régime juridique emprunte aux mesures conservatoires et aux mesures d'exécution forcée".

ملكه. ولا يترتب على الحجز زوال ملكية المال المحجوز من ملكية المحجوز عليه إلى لحظة استيفاء الدائن حقه من هذا المال المحجوز أو من أموال أخرى يملكها المدين. **المطلب الثاني: مفهوم الحجز التحفظي على**

الطائرات

لقد تناولت اتفاقية روما ١٩٣٣ الحجز التحفظي على الطائرة، فالمادة الثانية من هذه الاتفاقية بينت المقصود بالحجز التحفظي على الطائرة وذلك بالنص على أنه "كل تصرف أيًا كانت تسميته يتم بمقتضاه وقف تشغيل الطائرة رعاية لمصلحة خاصة، عن طريق أعوان القضاء أو رجال الإدارة لصالح الدائن أو المالك أو صاحب الحق العيني على الطائرة، دون أن يكون في مقدور الحاجز أن يستند إلى حكم واجب النفاذ يكون قد حصل عليه مقدماً بالطريق العادي أو بلا سند تنفيذي مساوٍ له" (Garbarski, 2010: p1568).

يتضح من نص المادة سالف الذكر، أن اتفاقية روما قد حاولت أن تنأى وتتجنب الاختلافات الواردة على التسميات التي قد تُطلق على الحجز التحفظي، فكما هو معلوم فإن تشريعات الدول تختلف بالتسميات التي تُطلقها على هذا الحجز بحيث يُطلق عليه أحياناً الإيقاف، أو الحجز الاحتياطي، أو الحراسة التحفظية، أو التصرف المؤقت ... إلخ. لذلك فقد أكدت اتفاقية روما بهذا الصدد على أن الحجز على الطائرة هو "كل تصرف أيًا كانت تسميته ... إلخ". (ياملكي، ١٩٩٨: ص ٧١، ٧٢).

يحتاج القاضي إلى تسبيب مثل هذا القرار. (اليحيوي، ٢٠٠٢: ص ١٦٠).

ويجدر أن يلحظ هنا أن من يريد إلقاء الحجز التحفظي على أموال المدين، إن كان مالكاً لسند تنفيذي فإنه لا يحتاج لإذن القاضي التنفيذي بإلقاء الحجز التحفظي، أما إن لم يملك مثل هذا السند، (<http://vosdroitsservices-public.fr, saisie conservatoire-public.fr>) فهنا يكون بحاجة لإذن القضاء لتوقيع مثل هذا الحجز، لذلك فإن السبب الشكلي الذي يسمح بالحجز قد يكون بالاستناد لسند تنفيذي أو إذن خاص من القضاء. (السويد، المرجع السابق: ص ١٨٦؛ اليحيوي، المرجع السابق: ص ١٦٣).

وبناءً على ذلك نستطيع القول بأن الحجز التحفظي، ما هو إلا إجراء مؤقت^(٢) يهدف إلى ضبط كافة أو بعض أموال المدين، وغلّ يده من التصرف بها تصرفاً ضاراً بالدائنين^(٣) من خلال قيامه بأي عمل مادي أو قانوني يؤدي إلى إخراج هذه الأموال من

(٢) انظر في هذا الخصوص، قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ١٩٩٨/٧، حقوق، الصادر بتاريخ ١٥/٣/١٩٩٨، منشورات مركز عدالة الذي أكد على أنه "حددت المادة (٣٢) من قانون أصول المحكمات المدنية الأمور المستعجلة التي لقاضي الأمور المستعجلة أن يحكم بها بصفة مؤقتة مع عدم المساس بأصل الحق....".

(٣) <http://vosdroitsservices-public.fr, saisie conservatoire-public.fr>

"La saisie conservatoire est une saisie à caractère provisoire portant sur les biens mobiliers d'un débiteur. Elle apporte une garantie au créancier avant que ne soit prononcé le jugement condamnant son débiteur à payer sa créance".

الطيران المدني السعودي ١٤٢٦ هـ وقانون الطيران المدني الأردني رقم (٤١) لسنة ٢٠٠٧؛ وهذه الاستثناءات جاءت من أجل تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة (مصلحة الدائنين).

وبالعودة لنظام الطيران المدني السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٤) بتاريخ ١٨/٧/١٤٢٦ هـ، نجد أن المادة (٧١) منه قد تأثرت باتفاقية روما ١٩٣٣ بالرغم من أن المملكة العربية السعودية غير منظمّة لهذه المعاهدة، فهذه المادة (٧١) قد عرّفت الحجز التحفظي على الطائرة بأنه كل تصرف أيّا كانت تسميته يتم بموجبه وقف الطائرة إمّا عن طريق القضاء أو من قِبل السلطات المختصة رعاية لمصلحة خاصة ويكون ذلك إمّا لمصلحة الدائن أو المالك أو أيّ صاحب حقّ عينيّ على الطائرة، كذلك فهذه المادة قد أعطت الحقّ للهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية بإمكانية إيقاف أي طائرة في حالة عدم قيامها بدفع الرسوم المتوجبة عليها^(٥).

وبمقارنة ما ورد بنصّ المادة (٧١) من نظام الطيران المدني السعودي مع التعريف الوارد باتفاقية روما سنة ١٩٣٣؛ فإننا نجد بعضاً من الاختلاف بالرغم من التأثير الكبير، وذلك لأنّ سلطة إيقاف الحجز

كذلك يمكن أن نستنتج من ذات النصّ، أنّ الجهة المختصة بالحجز على الطائرة (إيقافها) يعود الاختصاص به لأعوان القضاء بالإضافة لرجال الإدارة، مع العلم أنّ الحجز التحفظي يتم عادة عن طريق القضاء دون الجهات الإدارية. ويمكن أن تُضيف كذلك أنّ إيقاف تشغيل الطائرة (أو الحجز عليها) يكون من أجل حماية مصلحة خاصة تعود للدائن أو المالك أو صاحب حقّ عينيّ يتثقل الطائرة، وفي هذا المجال فإنّ من يطالب بإيقاع الحجز على الطائرة لا يكون بيده حكماً واجب التنفيذ، أو سنداً تنفيذياً آخر يقوم مقام الحكم، لذلك فإنّ كان بإمكان الحاجر الحصول على حكم واجب التنفيذ أو أنّه يمتلك سنداً تنفيذياً فإنّه (الحاجر) ليس له المطالبة بإيقاف تشغيل الطائرة (حجزها)، وهذا ما يتضح من عجز المادة الثانية لاتفاقية روما ١٩٣٣.

أخيراً، يكون إيقاف الطائرة لحماية مصلحة خاصة، وكما ذكرنا سابقاً، فالطائرة تُمثّل ثروة اقتصادية، والطيران يُعدّ من المرافق العامة التي تستلزم بقاءها وعدم توقّفها، لهذا فسوف نرى أنّ هناك بعضاً من الاستثناءات التي أوردتها اتفاقية روما ١٩٣٣ المتعلقة بالحجز التحفظي على الطائرات^(٤)، (Garbarski, 2010: 1569) وكذلك نظام

(٥) عرفت المادة الأولى من نظام الطيران المدني السعودي رقم (م/٤٤) لسنة ١٤٢٦ هـ الهيئة بأنها "الهيئة العامة للطيران المدني وهي الهيئة المختصة رسمياً بالإشراف على شؤون الطيران المدني في المملكة".

(٤) انظر كذلك، قرار محكمة العدل السويسرية، جنيف، COUR DE JUSTICE DE GENEVE ACJ/375/86 DU NOVEMBER 1986, CONSID3.

يمكن أن نطبق عليه أحكام القواعد العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية على أساس أنه من المسائل المستعجلة. وبالاستناد لنص المادة (٣٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ وتعديلاته، فإن الاختصاص في نظر وفصل الطلبات المستعجلة يعود الأمر فيه لمحكمة البداية باعتبارها مختصة اختصاصاً نوعياً، وأن رئيس محكمة البداية أو من يقوم مقامه أو من يتدبه هو قاضي الأمور المستعجلة^(٨).

من ذلك نخلص إلى أن المشرع الأردني لا يجيز الحجز التحفظي على الطائرة إلا بقرار قضائي وهو لا يجيز لأي جهة أو هيئة أخرى إصدار مثل هذه القرارات وهو ما يشكل ضماناً للملكية الطائرات.

وعندما نرغب في تحديد المقصود بالحجز التحفظي على الطائرات فإنه يمكننا القول بأنه إجراء أيًا كانت تسميته يتم بموجبه إيقاف الطائرة بقرار مستعجل من قبل الجهات القضائية المختصة والمعينة في القوانين المرعية لصالح المالك أو الدائن أو رعاية لمصلحة خاصة بحيث يتم تحديدها من قبل الجهات المعنية بإصدار قرار الحجز.

التحفظي في المملكة تكون للقضاء وكذلك للسلطات المختصة بالدولة بالإضافة للهيئة العامة للطيران المدني، وفي الحقيقة فإن المنظم السعودي لم يوضح ما المقصود بالسلطات المختصة ومن هي هذه السلطات؟ الأمر الذي يشكل فتحاً للمجال أمام أي سلطة أو هيئة داخل المملكة إن تطلب إيقاع الحجز التحفظي على الطائرة استناداً لنص المادة سالفة الذكر، كما أن المنظم السعودي قد أعطى الحق بإيقاع الحجز التحفظي للقضاء، وحسناً فعل، بينما أعطت اتفاقية روما ذلك الحق لأعوان القضاء^(٦).

أما بخصوص المشرع الأردني فنجد أنه قد اتخذ منحاً مغايراً لما ذهب إليه كل من المنظم السعودي في نظام الطيران المدني السعودي ١٤٢٦هـ ومعاهدة روما ١٩٣٣، فبالرجوع لأحكام المادة (٥٤) من قانون الطيران المدني الأردني^(٧)، نجد أنها لما تعالج المقصود بالحجز التحفظي على الطائرات باعتبار أنّ فلسفة المشرع الأردني بهذا الأمر، من حيث تعريف المصطلحات، هو أمر من مهمة الفقه وليس التشريع، وهو اتجاه محمود وفق وجهة نظرنا، لذا فإن مفهوم الحجز التحفظي على الطائرات وفق التشريع الأردني

(٨) وهو ما أشارت إليه المادة (٣١) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ وتعديلاته؛ انظر بهذا الخصوص أيضاً قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (٢٠٢/٨٢٤)، حقوق، الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٣/٣١، نقلاً عن نشأت الأخرس، المرجع السابق، ص ٣١٧.

(٦) انظر المادة الثانية من اتفاقية روما ١٩٣٣ المتعلقة بالحجز التحفظي على الطائرات.

(٧) قانون الطيران المدني الاردني رقم (٤١) لسنة ٢٠٠٧ المنشور بالجريدة الرسمية رقم (٤٨٢٨) ٣١ / ٥ / ٢٠٠٧، الصفحة رقم (٣٧٣٥).

المطلب الثالث: طبيعة وخصائص الحجز التحفظي على الطائرات

تعد الطائرة ذات قيمة مرتفعة هذا بالإضافة لكونها تقدم خدمة هامة في عملية نقل البضائع والأشخاص من مكان لآخر، الأمر الذي حظيت بوجوده أحكام الحجز على الطائرات برعاية خاصة وتم تنظيم وصياغة الأحكام المتعلقة بهذا الحجز بشكل يناسب ويراعي استمرار خدمة النقل الجوي والعمل على استمرار وديمومة المنفعة المستحصلة من الطائرات؛ إضافة إلى مراعاة عدم زيادة إفسار مالك الطائرة (المدين). (غطاشة، ٢٠٠٢: ص ٦٥، ٦٦).

لذا فإنّ الحجز على الطائرات يمتاز بعدة خصائص وهو ما سيتم تناوله على النحو التالي:

الفرع الأول الطبيعة الخاصة للحجز على الطائرة

إنّ البحث بهذا الموضوع ينطلق من مسألة اعتبار أنّ الحجز على الطائرة هل يعتبر حجزاً على عقار أو حجزاً على منقول؟ وللإجابة على هذا التساؤل فإننا نجد أنّ هناك اتجاهاً فقهيّاً يذهب لاعتبار الحجز على الطائرة أنّه حجز على منقول باعتبار أنّ الطائرة تعدّ مالاً منقولاً يمكن الحجز عليها من أجل الحصول على الحقوق المترتبة على مالکها استيفاء لدين بذمته لصالح الدائن بصورة جبرية وبواسطة السلطات المختصة التي يحق لها الحجز بموجب الأنظمة والقوانين المرعية داخل كل دولة. (غطاشة، المرجع السابق، ص ٦٥).

بينما يرى اتجاه آخر بالفقه أنّ الطائرة تعدّ مالاً دون أن يحدد طبيعة هذا المال فيما اذا كان عقاراً أو منقولاً باعتبار أنّ الطائرة تعدّ عنصراً من عناصر الضمان العام الذي يتمتع به دائني مالك الطائرة على ذمته المالية. (دويدار، ٢٠٠٢: ص ٦١).

وبالرجوع إلى أحكام نظام الطيران المدني السعودي ١٤٢٦ هـ نجد أنّه يعتبر الطائرة ووفقاً للمادة (٥٩) منه، مالاً منقولاً لأغراض تطبيق كافة الأنظمة والقواعد السارية في المملكة العربية السعودية، ولكن وكما يبدو لنا فإن نظام الطيران المدني السعودي قد اعتبر الطائرة مالاً منقولاً من نوع خاص على أساس أنّه لا يجوز نقل ملكيتها إن كانت الطائرة وطنية إلا بموجب سند رسمي ولا يكون لأي اتفاق يقضي بنقل ملكيتها من شخص لآخر نافذاً قبل الغير إلا بعد أن يتم قيد ذلك التصرف في السجل السعودي الوطني لتسجيل الطائرات المعدّ من قبل الهيئة العامة للطيران المدني السعودي الذي يتم به تسجيل كافة الطائرات الوطنية المدنية^(٩).

أمّا موقف المشرّع الأردني، فيمكننا القول بأنّه لم يأخذ باتجاه مغاير عمّا أخذ به المنظم السعودي، بعبارة أخرى فقد اعتبر الطائرة مالاً منقولاً^(١٠) وبنفس

(٩) انظر في مفهوم السجل والهيئة نص المادة الأولى / ٨ / ٣٤ من نظام الطيران المدني السعودي ١٤٢٦ هـ.

(١٠) وفي هذا المجال فإن قانون وضع الأموال المنقولة تأميناً لدين رقم

(١) لسنة ٢٠١٢ المنشور على الصفحة (٢) من عدد الجريدة=

حيث اعتبار أنّ الحجز على الطائرة يُعدّ حجزاً على منقول وليس على عقار بالرغم من إيرادهما بعضاً من الأحكام الخاصة التي تُطبّق على التصرفات الواردة على العقارات وليس المنقولات.

وبدورنا نرى أنّ الحجز على الطائرات هو حجز على مال منقول ذي طبيعة خاصة باعتبار أنّ الطائرة تُعدّ مالاً منقولاً من نوع خاص، والحجز عليها لا يُكتفى فيه بانتقال الحيازة إلى الحاجز، بل لا بدّ من تسجيل ذلك الحجز لدى الجهات المختصة لكونه يتعلّق بمنقول ذي طبيعة خاصة.

الفرع الثاني: خصوصية الحجز على الطائرات

لقد تنبّهت الاتفاقيات الدولية لخصوصية الحجز التحفظي على الطائرات، وكذلك الأمر بالنسبة للتشريعات المختلفة؛ لهذا فقد جاءت أحكام المعاهدات والتشريعات تتناسب وخصوصية هذا الحجز، وهذه الخصوصية تتمثل في أنّه حجز من نوع خاص وفي هذا المجال فقد اشترطت المادة (٢٧) من اتفاقية شيكاغو لعام ١٩٤٤ عدم جواز إلقاء الحجز التحفظي إن كان موضوعه طائرات الدول المتعاقدة والمستخدم في الملاحة الجوية الدولية عندما تقوم تلك الطائرات بالدخول لإقليم دولة متعاقدة أخرى إن كان دخولها أو مرورها بتلك الدولة بشكل قانوني حتى في الأحوال التي يستند فيها طالب الحجز إلى أن مالك الطائرة قد ارتكب مخالفة من شأنها أن تؤدي إلى تزييف شهادة اختراع أو رسم أو نموذج صناعيين مسجلين

الوقت لم يُجزَ إجراء أي تصرف على أي طائرة إن حملت تلك الطائرة الجنسية الأردنية إلا عندما يسجّل ذلك التصرف بالسجل الوطني للطائرات، ولكنّه اشترط بالمادة (٥٢) من قانون الطيران المدني الأردني أن يكون هذا التسجيل بموجب سند صادر من قبل هيئة تنظيم الطيران المدني. كما اشترطت الفقرة الثانية من ذات المادة بعدم جواز التصرف بأي طائرة إذا كانت مسجلة بالسجل الوطني أو ترتيب أي حقّ عليها لمصلحة أي شخص أجنبي إلا بعد موافقة هيئة تنظيم الطيران المدني وأن يتم قيد التصرف بالسجل الوطني^(١١).

لذلك نجد أنّ المشرّع الأردني قد اختلف عن المنظم السعودي فيما يتعلّق بإجراء التصرفات وترتيب الحقوق على الطائرات إذا كان ذلك لمصلحة شخص أجنبي لا يحمل الجنسية الأردنية فذلك لا يتمّ إلا بموافقة هيئة تنظيم الطيران ولم يكتفَ بالتسجيل فقط؛ إلا أنّ المنظم السعودي والمشرّع الأردني قد تشابها من

=الرقمية رقم (٥١٣٦) بتاريخ ٢٠١٢/١/١٦، يؤكد ووفقاً للمادة الأولى منه على أن الطائرة تعتبر من المنقولات الخاضعة للتسجيل.

(١١) Code de l'aviation civile Française L'article L121 -11 du (١١) dispose que: " Les aéronefs constituent des biens meubles pour l'application des règles posées par le code civil. Toutefois, la cession de propriété doit être constatée par écrit et ne produit d'effet à l'égard des tiers que par l'inscription au registre d'immatriculation. Toute mutation de propriété par décès et tout jugement translatif, constitutif ou déclaratif de propriété doivent être inscrits sur le registre à la requête du nouveau propriétaire".

العادية. (مقران، ٢٠٠١: ص ٣٥٦ و ٣٥٧، يعقوبي ١٩٩٥، ص ١٥٦ حثاً، بدون: ص ٦٠ وما بعدها) ومن خصائصه أنه لا يجوز البت في أي نقطة تمس جوهر النزاع الحاصل بين الخصوم^(١٤)، ولا يجوز للخصوم الاتفاق على خلاف ذلك (بنيس ١٩٩٨؛ ص: ٩، توفيق، ١٩٩٨ ص ٢٩٩) فهو يهدف لحماية الحق مؤقتاً^(١٥) لحين الفصل في موضوع النزاع. (القضاء، ٢٠٠٨: ص ١٣٦).

ويعد الحجز على الطائرة حجراً تحفظياً صورة من صور القضاء المستعجل، كونه يمثل شكلاً من أشكال الحماية القضائية للحقوق باعتباره قد ينقضي وقت أو قبل أن يكون بمقدور صاحب الحق (الحاجز) من رفع دعواه، وقد يكون قد رفع هذه الدعوى فعلاً

بتلك الدولة حتى لو كان ذلك التزيف متعلقاً بكامل جسم الطائرة أو بأي جزء من أجزائها، كأن يكون جناحها أو تعلق الأمر بقطع الغيار الموجودة فيها.

بالمقابل فإن المنظم السعودي لم يعالج هذه المسألة في نظام الطيران المدني السعودي، وكذلك الأمر بالنسبة للمشروع الأردني، وكما يبدو لنا فإن نص المادة (٢٧) سالفة الذكر من اتفاقية شيكاغو يقتصر على حظر الحجز فيها لأسباب تتعلق بانتهاك حقوق الملكية الفكرية سواء تعلق الأمر ببراءات الاختراع أو الرسوم أو النماذج الصناعية المسجلة.

وبدورنا نقول بأن ما أوردته اتفاقية شيكاغو لعام ١٩٤٤ في مادتها (٢٧) يطبق في كل من المملكة العربية السعودية والمملكة الأردنية الهاشمية، كونهما دولتين متعاقبتين باتفاقية شيكاغو^(١٢).

الفرع الثالث: صفة الاستعجال

يقصد بالاستعجال تلك الضرورة التي لا بد من توافرها ولا تحتمل التأخير^(١٣)

وتتحقق تلك الضرورة في حالة أن يكون هناك احتمال وقوع ضرر جسيم بمصالح الخصم من الصعوبة تداركه إن نُظِرَ بالنزاع واتبع فيه إجراءات التقاضي

(١٤) انظر في هذا الاتجاه، قرار محكمة الاستئناف الأردنية، حقوق، رقم ٢٠٠١/٢١٦، الصادر بتاريخ ٢٠٠١/١٠/٨، منشورات مركز عدالة، والذي جاء فيه: "أن المادة (٣٢) من قانون الأصول المدنية قد حددت الضوابط المتصلة بالمسألة الداخلة ضمن الاختصاص النوعي للقضاء المستعجل وهي: أن يتوفر في المسألة العجلة، بحيث يخشى عليها من فوات الأوان، وأن لا تمس المسألة أصل الحق المتنازع عليه؛ انظر كذلك في هذا الاتجاه، قرار محكمة الاستئناف الأردنية رقم ٢٠٠٠/٢٣٨٢، الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٨/١٥، منشورات مركز عدالة.

(١٥) انظر في هذا المجال، قرار محكمة الاستئناف الأردنية رقم ٢٠٠١/١٧٤، الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٨/٧؛ وانظر كذلك، قرار محكمة الاستئناف الأردنية رقم ٢٠٠٠/٢٢٩٧ الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٨/٣، منشورات مركز عدالة.

(١٢) لقد انضمت المملكة العربية السعودية لاتفاقية شيكاغو بتاريخ ١٩٦٢/٢/١٩ أما المملكة الأردنية الهاشمية فانضمت لهذه الاتفاقية بتاريخ ١٩٤٧/٣/١٨ انظر في ذلك:

http://www.icao.int/secretariat/legal/Status%20of%20individual%20States/saudi_arabia_en.pdf

<http://www.dictionnaire-juridique.com/defenition/saisie.php> (١٣)

القضائية. وهذه الدعاوى المتعلقة بالحجز التحفظي باعتبارها دعاوى مستعجلة لا تخضع لتبادل اللوائح، فبمجرد قيدها يجب على القاضي أن يعين جلسة المحاكمة^(١٨) كما أن المشرع الأردني في المادة (٣٣ / ١) من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني التي حددت كيفية نظر المحكمة أو قاضي الأمور المستعجلة في كافة المسائل المستعجلة تدقيقاً دون حاجة لدعوة الخصوم.

ولم يخرج المنظم السعودي في المادة (٧٧) من نظام الطيران المدني السعودي عما ذهب اليه المشرع الأردني، إذ اعتبر هذا المنظم أن كافة الطلبات المتعلقة بالحجز على الطائرات من المسائل المستعجلة الواجب الفصل فيها بصفة مستعجلة.

وكما يبدو لنا فإنّ المشرع السعودي شأنه شأن المشرع الأردني قد أعطى صفة الاستعجال في الحجز على الطائرات، وأن المنازعات المتعلقة بالحجز يجب الفصل فيها بصفة مستعجلة، إلا أن المنظم السعودي يختلف عن المشرع الأردني في أن هذا الأخير أعطى صلاحية إصدار قرار الحجز التحفظي على الطائرات للسلطات القضائية حصراً، أي إنّ قرار الحجز لا يصدر إلا بناءً على حكم قضائي صادر من المحكمة المختصة من قاضي الأمور المستعجلة أو من قاضي الصلح في الدعاوى المتعلق طلب الحجز بها. أما

إلا أنّها تحتاج لوقت حتى يتم الفصل بها^(١٦). (والي، ١٩٨٧: ص ١٢٥).

وقد أشارت المادة (١٤١) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية على أن باستطاعة الدائن أن يطلب توقيع الحجز الاحتياطي سواء قبل إقامة الدعوى أو عند تقديمها أو أثناء نظرها إلى قاضي الأمور المستعجلة أو المحكمة على أن يكون الطلب مؤيداً بالأدلة والأسانيد أو مستنداً إلى حكم أجنبي أو قرار تحكيم، بحيث يطلب فيه الحجز على أموال المدين المنقولة وغير المنقولة، وكذلك كافة أمواله المنقولة لدى شخص ثالث.

وبالعودة الى أحكام المادة (٥٤ / و) من قانون الطيران المدني الأردني نجد أنها اعتبرت أنّ المنازعات المتعلقة بالحجز على الطائرات من الأمور المستعجلة، كما يتم الفصل فيها على وجه الاستعجال^(١٧).

وكما يبدو لنا فإنّ المشرع الأردني قد أعطى صفة الاستعجال لطلب الحجز التحفظي على الطائرات، باعتبار أنّ الطائرة تعدّ منقولة، وأنّ هذا المشرع قد أعطى صلاحية إصدار قرار الحجز للسلطات

(١٦) وانظر في تفصيل ذلك، قرار محكمة الاستئناف الأردنية رقم (٢٠٠١/٤٠) الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٣/١٢، نقلاً عن، نشأت الأخرس، المرجع السابق، ص ٣٠٨.

(١٧) تنص المادة (٥٤ / و) من قانون الطيران المدني الأردني على أنه "تعتبر المنازعات المتعلقة بالحجز على الطائرات من الأمور المستعجلة ويفصل فيها على وجه الاستعجال".

(١٨) تنص المادة (١/٦٠) من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني على أنه "في الدعاوى المستعجلة يعين القاضي جلسة المحاكمة فور قيد لاثحتها بدون حاجة لتبادل اللوائح".

الفرع الرابع: جدية الحجز التحفظي

إنّ ما يؤكد جدية الحجز التحفظي على الطائرات أنّ كلاً من اتفاقية روما ١٩٣٣ واتفاقية شيكاغو ١٩٤٤ لم تتناولوا الإجراءات التنفيذية المتعلقة بإيقاع الحجز التحفظي على الطائرات نظراً لصعوبة توحيد هذه الإجراءات واختلافها في التشريعات الداخلية، فهذا فقد فضلنا ترك الأمر لعناية المشرع الوطني. (موسى، ١٩٩٧: ص ٧٢، رضوان، ١٩٧٤: ص ٣١ وما بعدها).

وبالنظر لأهمية الدور الذي تقوم به الطائرات في النقل، فقد أحاطت التشريعات المختلفة الحجز على الطائرات بالجدية وبشكل يمنع من وقوع حجوزات القصد منها تعطيل ذلك المرفق المهم، لا سيما أنّ الطائرات تعتبر أداة للملاحة الجوية.

وبالرجوع إلى نصوص نظام الطيران المدني السعودي ١٤٢٦هـ، نجد أنها لم تشترط تقديم كفالة عند الحجز على الطائرة أو عند طلب رفعه، بالمقابل أجازت المادة (٧٤) من هذا النظام أنّه في الحالات التي لا يكون فيها الحجز التحفظي على الطائرة محظوراً أو الحالات التي لا يجوز فيها إيقاع مثل هذا الحجز ولم يُقْمَ المشغل بالدفع بعدم جواز الحجز على طائرته حجزاً تحفظياً فإنّ قيامه بتقديم الكفالة الكافية^(١٩) من

بخصوص المنظم السعودي فقد أجاز إصدار القرار أما من القضاء أو أية سلطة مختصة دون أن يبيّن هذا المنظم السلطات المختصة والمقصود بها، الأمر الذي يفتح الباب على مصراعيه لتفسير مفهوم السلطات المختصة الواردة في المادة (٧١) من نظام الطيران المدني السعودي، إضافة إلى أنّه لم يبيّن كيفية نظر هذه الجهة لطلب الحجز التحفظي ولا إجراءاته.

وعند العودة إلى نص المادة الأولى من نظام الطيران المدني السعودي ١٤٢٦هـ نجد أنها لم تعرّف المقصود بمصطلح (السلطات المختصة) الوارد في نص المادة (٧١) من ذات النظام سوى ما جاء في تعريف الهيئة بأنها السلطة المختصة رسمياً في الإشراف على أمور الطيران المدني في المملكة، وهي هيئة الطيران المدني السعودي، ومما يؤكد هذا الاتجاه أنّ المادة (٧١) ذاتها من النظام نفسه قد أعطت أيضاً الصلاحية لهذه الهيئة بإيقاف الطائرة إن لم تدفع تلك الطائرة الرسوم الواجبة عليها داخل المملكة، الأمر الذي بوجوده يبرز اختلاف مفهوم السلطات المختصة عن هيئة الطيران المدني السعودي.

وقد أضافت اتفاقية روما ١٩٣٣ أعوان القضاة (السعيد، ١٩٩٨: ص ٢٧ وما بعدها) للجهات التي يحق لها إيقاع الحجز التحفظي على الطائرات، وهو ما ظهر جلياً في نص المادة الثانية من هذه الاتفاقية.

(١٩) تنص المادة (٧٤ / ٢) من نظام الطيران المدني السعودي على أنّه "تكون الكفالة كافية إذا غطّت مقدار الدين والمصاريف =

طالب الحجز بتقديم تأمين نقدي أو كفالة مصرفية أو عدلية، وهو أمر متروك للمحكمة أو قاضي الأمور المستعجلة بأن يحدد نوع الكفالة ومبلغها، ويجب أن يتم تقديمها من قبل كفيل مليء لكي يضمن ما قد يصيب المحجوز عليه من عطل أو ضرر إن اتضح عدم أحقية طالب الحجز في دعواه، وتعفى الحكومة والمؤسسات الرسمية والعامة والبلديات والبنوك العاملة في المملكة من تقديم هذا التأمين أو الكفالة؛ ويبقى للمحكمة أو قاضي الأمور المستعجلة حق التحقق من ملاءة الكفيل.

المبحث الثاني: نطاق الحجز

التحفظي على الطائرات

تعتبر الطائرة ثروة اقتصادية هامة جدا فهي، كما أسلفنا، تعتبر أداة للملاحة الجوية والطائرة تعتبر من أهم وسائل النقل الجوي للأشخاص والبضائع. (محمد نصر ٢٠١٢ / ١٤٣٣ هـ، ص ٢٥ وما بعدها). وفي الحقيقة لقي موضوع الحجز التحفظي على الطائرات عناية خاصة ومبكرة. وفي هذا المجال فقد عاجلته اتفاقية روما لعام ١٩٣٣ المتعلقة بالحجز التحفظي على الطائرات. وقد أرست المادة الثالثة من هذه الاتفاقية القاعدة العامة في تطبيق قواعد الحجز التحفظي الذي يدخل به من حيث الأصل جميع الطائرات مع استبعاد بعض من الطائرات بحيث لا تخضع هذه الطائرات المستثناة لأحكام الحجز

شأنه أن يحول دون إيقاع الحجز التحفظي على طائرته، وإذا كان ذلك الحجز قد تم إيقاعه فيترتب على تقديم الكفالة رفع هذا الحجز فوراً.

ونلاحظ أنّ المادة (١/٧٤) من نظام الطيران المدني السعودي لا تشترط تقديم كفالة من قبل صاحب الحجز عند رفعه لطلب الحجز التحفظي على الطائرة، لذا يتضح من استقراء نص المادة (١/٧٤) أنّ المنظم السعودي لم يشترط تقديم كفالة من أجل إيقاع الحجز التحفظي على الطائرة من قبل طالب الحجز، وكل ما ورد هو عن كيفية الحيلولة دون إيقاع الحجز التحفظي على الطائرة أو رفعه بعد إيقاعه، ويتحقق ذلك بأن يقوم مشغل الطائرة (مالكها أو مستأجرها) بتقديم مثل هذه الكفالة.

أما المشرع الأردني، فكما أشرنا سابقاً فإنّ ما ورد في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ هو ما يتم تطبيقه على الحجز التحفظي وإجراءاته، باستثناء بعض الأحكام الخاصة الواردة في قانون الطيران المدني الأردني. وبالرجوع إلى نص المادة (٢/١٤١) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، فنجد أنها أوجبت على المحكمة في الأحوال التي تقرر فيها كتابة طلب إيقاع الحجز التحفظي، فهنا يجب عليها (المحكمة) تكليف

= وخصّصت جميعها للوفاء بالدين المستحق، أو إذا غطت قيمة الطائرة متى كانت هذه القيمة أكثر من مقدار الدين والمصاريف".

الأردني ٢٠٠٧. وفي هذا المجال فإنّ الطائرات التي لا يجوز الحجز عليها قد تمّ تقسيمها إلى عدّة طوائف، بحيث لا يجوز إلقاء الحجز التحفظي على الطائرات التي تخصّص لخدمة الدولة (المطلب الأول)، وكذلك الطائرات المخصّصة للاستخدام على الخطوط الجوية المنتظمة والطائرات الاحتياطية لها (المطلب الثاني)؛ وأخيراً طائرات نقل الأشخاص أو البضائع بمقابل عندما تكون على وشك الرحيل (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الطائرات التي تخصّص لخدمة الدولة

لقد استبعدت اتفاقية روما ١٩٣٣، وفقاً للمادة الثالثة منها، الطائرات التي تكون مخصّصة لخدمة الدولة من إجراءات الحجز التحفظي، فهذه الطائرات تُخصّص لخدمة مرفق عام بالدولة وقد أعطت الاتفاقية مثلاً على طائرات الدولة بذكرها الطائرات التي تُخصّص لخدمة البريد؛ ويمكن أن نضيف كذلك أمثلة أخرى على هذه الطائرات: كالتائرات الخاصة بالصّحة والبوليس والإنقاذ والزراعة... إلخ. ويمكن أن نلاحظ أنّ الهدف من استثناء هذه الطائرات من الإجراءات التحفظية هو لترجيح المصلحة العامة للدولة على المصلحة الخاصة للدائن الحاجز، بالإضافة لعدم توقّف هذه الطائرات عن خدمة الدولة وبما يؤدّي إلى استمرار وانتظام سير المرفق العام وعدم توقّفه. (مروان، ١٩٩٠م/١٤١١هـ: ص ٥٢، ٥٣).

التحفظي، (الهاشمي، ٢٠٠٩، ص ٦٢، ٦٣) وذلك مراعاة للاعتبارات الخاصة بالملاحة الجوية، فالاتفاقية حاولت التضييق في نطاق الحجز التحفظي على الطائرات لأنّها لم تترك الحق بإيقاع الحجز على أي طائرة من طائرات المدين بل إنّ الاتفاقية قد حددت ذلك من خلال تعدادها للطائرات التي لا يجوز الحجز عليها.

كذلك يمكن أن نلاحظ أنّ المادة التاسعة من اتفاقية روما قد تناولت تحديد نطاق انطباقها، بحيث تكون أحكامها سارية المفعول في إقليم كل دولة متعاقدة بشرط أن تكون الطائرة مسجّلة في إقليم دولة متعاقدة أخرى. بعبارة أخرى، لا بد من وجود العنصر الأجنبي من أجل سريان المعاهدة، أي أن تكون الطائرة موجودة بدولة أجنبية تختلف عن الدولة التي تمّ فيها تسجيلها. بالمقابل تكون الطائرات الوطنية خاضعة للقانون الوطني (الداخلي) الذي ينظّم أحكامه الحجز على الطائرات^(٢٠). (دويدار، المرجع السابق، ص ٦٢).

بناءً على ما تقدّم، فإنّنا سنتناول بحث نطاق الحجز التحفظي على الطائرات من حيث الموضوع، لأنّه يوجد طائرات تُستبعد ولا يجوز إيقاع الحجز التحفظي عليها وفق اتفاقية روما ١٩٣٣ (Diederiks-) (Verschoor, 2006: P256) ونظام الطيران المدني السعودي ١٤٢٦هـ وقانون الطيران المدني

(٢٠) انظر كذلك، COUR DE CASSATION FRANCAISE, CHAMBRE CIVILE1, DU 13 MARS 1985, 83-14-004

فلو قامت الدولة باستغلال تجاري لطائراتها من خلال استخدامها بأغراض النقل الجوي المفتوح للجمهور، فإنّ هذه الطائرات تخضع لاتفاقية روما ١٩٣٣ ويترتب على ذلك جواز إيقاع الحجز التحفظي عليها لأنّ مسألة ملكية الطائرة من قبل الدولة تُعتبر غير جوهرية. (رضوان، المرجع السابق: ص ٣٢، ٣٣).

أمّا فيما يتعلّق بنظام الطيران المدني السعودي ١٤٢٦ هـ، فنجد أنّ الطائرات التي تخصّص لخدمة الدولة لا يجوز إيقاع الحجز التحفظي عليها وفقاً للمادة (١٧٣/أ) من ذات النظام. بالمقابل فيمكن إيقاع الحجز التحفظي عليها، إن تمّ تخصيصها لخدمة التجارة. وبالرجوع لنصّ المادة (١٥/١) من هذا النظام، فنجد أنّها حددت المقصود بطائرات الدولة بأنّها الطائرات التي تمتلكها المملكة العربية السعودية ويتمّ رصدّها لخدمة المصالح العامة التي لا تكتسب الصفة التجارية. وقد أعطت المادة (١٥/١) سالفه الذكر بعضاً من الأمثلة على طائرات الدولة ومنها الطائرات العسكرية والجمركية والإخلاء الطّبي.

أمّا فيما يتعلّق بقانون الطيران المدني الأردني رقم (٤١) لسنة ٢٠٠٧، فقد أكّدت المادة (٥٤/أ) من هذا القانون على استثناء طائرات الدولة من الخضوع لإجراءات الحجز التحفظي أو التنفيذ، لا بل إنّ هذه المادة ذهبت لإخراج طائرات الدولة واستبعادها من أي إجراء بغضّ النظر عن نوع هذا الإجراء إن كان يهدف

ولا بدّ من الإشارة هنا إلى أنّه يستوجب توفّر بعضاً من الشروط من أجل إعفاء الطائرات المخصّصة لخدمة الدولة من إجراءات الحجز التحفظي على النحو التالي:

أولاً: لا بدّ أن تكون هذه الطائرات قد تمّ رصدها وتخصيصها لخدمة الدولة، وتخصيص هذه الطائرات يستوجب أن تكون متفرّغة وبشكل مطلق لهذه الخدمة. في المقابل كانت هذه الطائرات تقوم بخدمات مشتركة، كقيامها بنقل بضائع أو ركّاب مع نقلها كذلك للبريد، ففي مثل هذه الحالة يمكن إيقاع الحجز عليها. ويمكن أن نضيف كذلك، أنّ هذه الطائرات إن تمّ تخصيصها لخدمة أغراض تجارية فإنّها تكون محلاً لإيقاع الحجز التحفظي عليها. (البنداري، ١٤٢٧/٢٠٠٦ هـ، ص ٩٤ وما بعدها، Pineau, 1963:P:73).

ثانياً: إنّ العبرة تكمن في تخصيص ورصد هذه الطائرات لخدمة الدولة، لذلك فلا يشترط أن تكون الدولة تمتلك هذه الطائرات بل قد يملكها أحد الأفراد أو إحدى الشركات الخاصة متى استأجرتها الدولة وخصّصتها للعمل في أحد المرافق العامة، فهذه الطائرات لا تخضع لإجراءات الحجز التحفظية لأنّ العبرة بالتخصيص وليس بالملكية؛ ومما يؤيد ذلك أيضاً أنّه إذا كانت الطائرة مملوكة للدولة ابتداء لكن مع تخصيصها لأغراض تجارية وليس لخدمة مرفق عام، فهذه الطائرة تخضع للحجز التحفظي؛ بعبارة أخرى

لمنع هذه الطائرات من الطيران^(٢١). ولم تُغفل هذه المادة عن الإشارة إلى أنه يجب على المملكة الأردنية الهاشمية مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية المنظمة إليها والتي تتعلق بالحجز على الطائرات. لهذا يمكن أن نستنتج من نص المادة (٥٤/أ) سالف الذكر، أن المشرع الأردني يتماشى مع ما ذهب إليه اتفاقية روما ١٩٣٣ من استبعاد طائرات الدولة التي تخصص لخدمة الدولة.

وفي الحقيقة فإنّ ظاهر نص المادة (٥٤/أ) يوحي بعدم جواز إيقاع الحجز التحفظي على الطائرات المملوكة للدولة بصرف النظر عن كون تلك الطائرات تخدم أغراض الدولة أم لا، إلا أنّ المادة الثانية من ذات القانون قد بيّنت أنّ المقصود بطائرات الدولة هي تلك الطائرات التي يتم استخدامها لأغراض الدولة حصرياً دون أن توضّح ماهية الأغراض، فيما إذا كانت لنقل البضائع أو الركاب أو موظفي الدولة بين مدن الدولة وأقاليمها. وبما أنّ ما ورد بالمادة الثانية من قانون الطيران المدني الأردني باعتبار أنّ طائرات الدولة هي التي تخدم أغراض الدولة حصرياً، فما هو الحكم بالنسبة للطائرات التي تُخصص لأغراض تجارية وتكون مملوكة للدولة وفي نفس الوقت مخصصة لخدمة أغراض الدولة، كتلك التي تنقل البضائع التي تستوردها الدولة، فهل يجوز هنا إيقاع الحجز عليها أم لا؟

ولا سيّما أنّ تلك الطائرات وبما تقوم به من تجارة تكون على تماس مباشر مع الأفراد خاصة عندما تنقل البضائع لمصلحة الدولة على أن تقوم الدولة ببيع تلك البضائع للأفراد الذين قد يكونوا دائنين أو مدينين للدولة وبحسب الأحوال، الأمر الذي بوجوده يفضّل أن يستبعد من الطائرات التي لا يجوز حجزها والتي تكون مخصصة لخدمة الدولة وتلك الطائرات (طائرات الدولة) التي تخصص لخدمة التجارة.

كما أنّه وبالرجوع لنصّ المادتين (٥٤ و ٢) من قانون الطيران المدني الأردني فهما لم يبيّنا ما إذا كانت تلك الطائرات (طائرات الدولة) تكون مملوكة لحكومة المملكة الأردنية الهاشمية أم لا؟

وما إذا كان يشترط أن تكون مملوكة لوطنيين أم من الجائز أن تكون طائرات مملوكة لأجانب ومخصصة لخدمة الدولة؟ وكذلك فالمشرع الأردني لم يذكر أمثلة على طائرات الدولة كما فعلت اتفاقية روما بأن نصت على طائرات البريد^(٢٢). ولكن يمكننا القول ودون شكّ إنّه يدخل بمفهوم طائرات الدولة : الطائرات المستخدمة للبريد والزراعة والجمارك ... إلخ. ومن جانب آخر، فالمادة (٥٤/أ) من قانون الطيران المدني الأردني تذهب إلى أنّه إذا كان يتعلّق الإجراء بمنع طائرات الدولة من الطيران، فإنّ هذا الإجراء غير جائز،

(٢٢) انظر المادة الثالثة من اتفاقية روما ١٩٣٣ المتعلقة بالحجز التحفظي على الطائرات.

(٢١) انظر قانون الطيران المدني الأردني لسنة ٢٠٠٧ المادة (٥٤/أ).

التجارة فتكون الدولة صاحبة سلطة وسيادة، فندخل بإطار القانون العام.

المطلب الثاني: طائرات الخطوط الجوية المنتظمة وطائراتها الاحتياطية

يعدّ النقل الجوي من أكثر وسائل النقل أمناً وأماناً من الوسائل الأخرى^(٢٤) (البشري، ٢٠٠٤: ص٢١٠) إذ أشارت الإحصائيات بأنّ حالات الوفاة بهذا النقل هي حالة واحدة في اليوم وبمعدل إصابة واحدة كل يومين، لذلك فهي تعدّ نسبة ضئيلة جداً حتى في تلك الدول التي تملك تقدماً في مجالات النقل البرّي والبحري. (Raymond, 1996: P5-14) وبالرغم مما سبق، فيمكننا القول بأنّ الحوادث المادية المترتبة على الحوادث التي تتعرض لها الطائرات وحسب الدراسات التي قامت بها المنظمة الدولية للنقل الجوي فإنّ تلك الحوادث تكون جسيمة، الأمر الذي حدا بحكومات الدول المختلفة لاستخدام حسابات ذات طبيعة اقتصادية وإحصائية من أجل تقدير القيمة التعويضية لضحايا الاعتداء على الطائرات لأنّ هذا الأمر من شأنه أن يلعب دوراً كبيراً في تحديد رد فعل الدول المختلفة تجاه الجرائم المرتكبة ضدّ الطائرات. (ELLERAY, 2001: P392).

ويبرر اتجاه بالفقه الحكمة من وراء استبعاد طائرات الخطوط الجوية المنتظمة وطائراتها الاحتياطية

وكذلك لم تعط هذه المادة أيّة أهمية لنوع هذا الإجراء ولا إلى طبيعته، ما دام أنّه يتعلّق بطائرات الدولة؛ والمشرّع الأردني لم يعرف هذا الإجراء؛ وكما يبدو لنا فقد يكون ذلك المنع بموجب قرار إداري صادر من سلطة الطيران المدني أو قد يصدر هذا النوع من جهة أخرى^(٢٣). وغنيّ عن البيان هنا أنّ المشرّع الأردني قد تلمّس أهمية طائرات الدولة ودورها الكبير في خدمة المرفق العام وضرورة استمرارية هذا المرفق وعدم توقّفه، مما يعني ترجيح المصلحة العامة على مصلحة الدائن الفردية.

ومن هنا نرى ونخلص بأنّ المعيار الذي اعتمده المشرّع الأردني والمنظّم السعودي بعدم جواز إيقاع الحجز التحفظي على الطائرة هو معيار التخصيص لخدمة الدولة، لكن بالمقابل ورد في نظام الطيران المدني السعودي استثناءً على هذا المعيار، وذلك عندما تكون تلك الطائرات مخصّصة لخدمة التجارة، (غطاشة، المرجع السابق: ص٦٧) ونحن نتفق مع المنظّم السعودي في هذا الخصوص كون الطائرة إذا خصّصت لخدمة التجارة، فإنّ الدولة تكون هنا كأبي فرد عادي وتكون في إطار القانون الخاص؛ أمّا إذا كانت تلك الطائرة مخصّصة لخدمة الدولة حصرياً ولأغراض غير

(٢٣) تنصّ المادة (٥٤ / أ) من قانون الطيران المدني الأردني لسنة ٢٠٠٧ على أنّه (لا يجوز الحجز التحفظي أو التنفيذي على طائرات الدولة، ولا يجوز اتخاذ أي إجراء مهما كان نوعه لمنع هذه الطائرات من الطيران).

(٢٤) انظر كذلك للموقع الإلكتروني www.nauss.edu.sa

تكمن في أنّ هذه الطائرات المخصّصة والمستخدمة على خطّ جويّ منتظم تقوم بخدمة دورية تؤديها في مواعيد محددة ومجدولة، وتكون هذه الخدمة متاحة للجميع (الجمهور) وأنّ مجرد تأخير إقلاع الطائرة لساعات قد يترتب عليه أضراراً جسيمة لمئات من الركاب، مما يؤدي لإضعاف الثقة بالطيران باعتباره وسيلة مضمونة للنقل السريع. (الأسيوطي، المرجع السابق، ص ٨٠، ٨١، رضوان، المرجع السابق، ص ٥٣).

ويبرر هذا الاتجاه السبب في استبعاد الحجز على هذه الطائرات باعتبارها تعمل على خطوط منتظمة الأمر الذي بوجوده يتأكد الدائن من رجوعها وبالتالي يتمكن الحجز عليها تنفيذياً إذا ما حصل على سند تنفيذي. (Litvine, 1970: P161).

ويدخل كذلك ضمن المنع من إجراءات الحجز التحفظية الطائرات الاحتياطية للطائرات العاملة على خطوط جوية منتظمة، باعتبار أنّ هذه الطائرات تحلّ بأحوال الضرورة محل أي طائرة لها خط منتظم وتخرج عن الصلاحية للملاحة الجوية بصورة مؤقتة باعتبار أنّ ذلك المنع أيضاً ضرورة لا بدّ أن يشمل مثل هذه الطائرات، لهذا فإنّ كل طائرة لا تعمل على خطوط جوية منتظمة تصلح لأن تكون محلاً للحجز التحفظي، كالطائرات التي تكون تحت الطلب أو المرصودة لخدمة فئات معينة أو محدّدة. (دويدار، المرجع السابق، ص ٦٥، ياملكي، المرجع السابق، ص ٧٣).

كما يرجع الهدف من وراء منع الحجز على هذه الطائرات هو من أجل المحافظة على المصلحة العامة لكافة المسافرين وعدم سموّ المصلحة الفردية للدائن عليها. إلا أنّ هذا الأمر يمكن أن يوجد توازن يراعي مصلحة الدائن الذاتية والمصلحة العامة لجمهور المسافرين وذلك من خلال السماح بالحجز على الطائرة حجزاً تنفيذياً. (زيد رضوان، المرجع السابق: ص ٣٣). وجدير بالملاحظة هنا أنّ الإشكالات التي تُطرح هي في مدى تحديد استخدام الطائرة على خط جوي منتظم أو غير منتظم، كما أنّه قد يلجأ مشغل الطائرة (المالك أو المستأجر) إلى عدم حصر استخدامها في أحد هذه الأشكال. (غطاشة، المرجع السابق، ص ٦٧).

وبالرجوع إلى نظام الطيران المدني السعودي فإنّنا نجد أنّ المادة (٧٣/ب) قد استبعدت تلك الطائرات المستخدمة فعلاً وبصورة مطلقة على الخطوط الجوية المنتظمة وطائراتها الاحتياطية التي لا غنى عنها. وعند العودة إلى نصّ المادة (٢٩/١) من ذات النظام فإنّنا نجد أنّها قد بيّنت المقصود بالخط الجوي المنتظم وهو "خط جوي مفتوح لاستخدام الجمهور ويعمل حسب جدول مواعيد معلن، أو بانتظام أو تكرار بشكل واضح ويشكل معها سلسلة رحلات نظامية سهلة الملاحظة".

وكما يبدو لنا فإنّ المنظم السعودي قد اشترط الاستخدام الفعلي للطائرة وبصورة مطلقة على خط جويّ منتظم، لكنّه في الحقيقة قد جانب التوفيق عندما

جوية منتظمة داخلياً ولا سيما أن المادة (٢٩/١) من ذات النظام التي بينت مفهوم الخط الجوي المنظم لم تحدّد كذلك فيما إذا كان هذا الخط الجوي داخلياً أم دولياً؟ وكما يبدو لنا فإنّ المقصود هو كل خط دولي منتظم سواء كان داخلياً أم دولياً لأنّ صيغة المادة سالفة الذكر قد جاءت مُطلقة، والقاعدة أنّ المطلق يجري على إطلاقه.

ولم يبتعد المشرّع الأردني عن المنظم السعودي ولا عن اتفاقية روما ١٩٣٣ بهذا الخصوص، فالمشرّع الأردني قد منع الحجز على الطائرات التي تُستخدم على خط جوي منتظم وطائراتها الاحتياطية، لكنّه بالمقابل كان أكثر وضوحاً عندما أشار في المادة (٥٤/ب /١) من قانون الطيران المدني الأردني، وذلك بأن استبعد الحجز على الطائرات المستخدمة على خط جوي دولي أو داخلي؛ كما أنّه لم يميّز بين الطائرات الاحتياطية التي لا غنى عنها والطائرات التي يمكن الاستغناء عنها.

كما أنّ المشرّع الأردني كان أكثر دقة بتحديد مفهوم الخط الجوي المنتظم، وقد ميّز في المادة الثانية من قانون الطيران المدني الأردني، بين الخط الجوي المنتظم باعتباره ذلك الخط الواصل بين نقطتين أو أكثر فوق إقليم أكثر من دولة ويتمّ تسير رحلاته وفقاً لجدول زمني يتمّ الإعلان عنه وبشكل منتظم ومتكرّر وواضح. ومن جانب آخر، فقد بيّن المقصود بالخط الجوي الداخلي المنتظم وهو باعتباره يخدم ويصل

لجأ إلى تعريف الخط الجوي المنتظم حيث إنّ ما ورد في المادة (١/٢٩) من هذا النظام قد جاء غامضاً ويحتاج هذا التعريف إلى توضيح.

وإنّ اشتراطه الاستخدام الفعلي والمطلق هو مسألة غامضة تحتاج إلى توضيح، فهو عند ذكره استخدام الطائرة فعلياً فإنّه يشترط بذلك أن تعمل الطائرة بالفعل على خط جوي منتظم الأمر الذي يعني أنّ تخصيصها للعمل على هذا الخط لم يدخل ضمن مفهوم الاستبعاد. (البنداري، المرجع السابق، ص٩٦). كما أنّ المنظم السعودي قد ميّز بين نوعين من الطائرات الاحتياطية ويظهر ذلك في نصّ المادة (١/٧٣/ب) والتي تنصّ "... وكذلك الطائرات الاحتياطية التي لا غنى عنها ". وهذا يعني أنّ هناك طائرات احتياطية يمكن الاستغناء عنها وبالتالي تكون محلّاً للحجز التحفظي. ومسألة تحديد فيما إذا كانت الطائرة تُستخدم بخطوط جوية منتظمة فعلاً وبصورة مطلقة أو طائرات احتياطية لها لا غنى عنها هي مسألة موضوع يتمّ تقديرها من قبل قاضي الموضوع. (رضوان، قانون الطيران التجاري، المرجع السابق، ص ٦٨).

ويمكن أن نلاحظ كذلك على نصّ المادة (١/٧٣/ب) من نظام الطيران المدني السعودي أنّها لم تحدّد فيما إذا كان الخط الجوي المنتظم الذي تسير عليه الطائرة هل يكون خطأً دولياً أم داخلياً؟ مما يفتح الباب على مصراعيه لاستبعاد طائرات قد تسير على خطوط

للطائرة. (موسى، القانون الجوي، المرجع السابق، ص ٧١).

وتتضح بجلاء أهمية استثناء هذه الطائرات من الحجز التحفظي وذلك من أجل ترجيح المصلحة العامة على مصلحة الدائن الفردية. ويمكننا أن نضيف هنا بأن الدائن الحاجز قد تراخى وتأخر حتى اللحظة الأخيرة لإقلاع الطائرة من أجل إيقاع الحجز عليها (الطائرة)، بالرغم من توافر الوقت الكافي لديه للمطالبة بالحجز قبل استعداد الطائرة وتأهبها للسفر وهذا بالتأكيد يحافي المنطق والعدالة في الأمور، ولا سيما أن المقصر أولى بتحمل تقصيره. كذلك ومن جانب آخر يجب إعطاء مستثمر الرحلة فرصة من أجل تغيير الطائرة دون أن يقع على عاتقه تكاليف مالية كبيرة جداً تجاه المسافرين والشاحنين، ولا سيما أن هذه التكاليف تكون مختلفة من رحلة لأخرى ومن ظرف لآخر مما يؤدي معه لإلحاق الضرر بهذا المستثمر. (غطاشة، المرجع السابق، ص ٦٧، ٦٨ OTTO RIESE, 1951: P175).

والإشكالية التي تُطرح في هذا المقام أن اتفاقية روما ١٩٣٣ لم تُبين ولم تُحدد متى تكون الطائرة على "وشك الرحيل"، ولم تضع أية ضوابط موضوعية لتفسير هذا الأمر. لهذا فقد تعددت الآراء في هذا الموضوع؛ فهناك جانب من الفقه يرى أن الطائرة تكون على وشك الرحيل عندما تستكمل الطائرة ويتم تزويدها بكل ما تحتاجه من المؤن والوقود، وأن تُتم الطائرة ركوب الركاب أو عمليات شحن البضائع ثم

نقاط تقع داخل إقليم المملكة الأردنية الهاشمية، ويتم تسير رحلاته شأنه شأن الخط الجوي المنتظم طبقاً لجداول مُعلن عنها بانتظام أو تكرار واضح.

ونحن بدورنا نؤيد اتجاه المشرع الأردني بهذا الخصوص، إلا أننا نلاحظ عليه بأنه لم يشترط أن تكون الطائرات مستخدمة بشكل فعلي ومُطلق كما ذهب المنظّم السعودي في نظام الطيران المدني، الأمر الذي بوجوده يكون جائزاً الحجز على الطائرة إن كانت مخصصة فقط للسير برحلات جوية منتظمة دون الحاجة أن تستخدم فعلاً وبشكل مُطلق بل يكفي مجرد التخصيص.

المطلب الثالث: طائرات نقل الأشخاص أو

البضائع بمقابل عندما تكون على وشك

الرحيل

لقد أكدت اتفاقية روما ١٩٣٣ المتعلقة بالحجز التحفظي على الطائرات ووفقاً للمادة الثالثة منها على عدم صحة إيقاع الحجز التحفظي، من حيث الأصل، على الطائرات التي تكون لنقل الركاب أو البضائع إن كانت هذه الطائرات متأهبة للإقلاع و مدفوعة الأجر. من جهة أخرى فقد أوردت المعاهدة استثناءً على هذا الأصل بحيث يجوز إيقاع الحجز التحفظي على هذه الطائرات إذا كان الدين مرتبط بالرحلة التي ستقوم بها هذه الطائرات أو ناجم أثناء هذه الرحلة، والمثال على ذلك الديون التي تترتب لإصلاح الطائرة أو توريد مؤن

"وشك الرحيل" مراعاةً للمصلحة العامة ومصلحة الجمهور وعدم إلحاق الضرر بالبضائع، ولا سيما وكما أشرنا إلى أنّ الدائن قد تراخى بإيقاع الحجز التحفظي حتى اللحظات الأخيرة وهذا أمر غير مبرر خصوصاً أنّه كان يملك الوقت الكافي ابتداءً. وفي النتيجة فإنّ تفسير مضمون تأهب الطائرة للسفر من عدمه تعتبر مسألة واقع بحيث تخضع لتقدير قاضي الموضوع.

وبالرجوع للمادة الثالثة من اتفاقية روما ١٩٣٣ فإنّها تقرّر استبعاد الطائرة التي توشك على الرحيل إن كانت تهدف للنقل؛ أي أن تقوم الطائرة بعملية نقل جويّ تجاري، مما يترتب عليه إمكانية إيقاع الحجز التحفظي على الطائرة المتأهبة للسفر بقصد الإصلاح أو أي قصد آخر غير نقل المسافرين أو البضائع؛ بعبارة أخرى، فإنّه يشترط من عملية النقل أن تكون لنقل الأشخاص أو البضائع، ولا يتطلب هنا أن تكون الطائرة لخدمة خط جويّ منظم. (ياملكي، المرجع السابق، ص ٧٣).

ولا يمكن أن تُغفل أنّ اتفاقية روما ١٩٣٣ ووفقاً لمادتها الثالثة سالفه الذكر تشترط أن تكون الطائرة التي تخصّص لنقل الأشخاص أو البضائع بأن يكون النقل مدفوع الأجر، أي أن لا يكون النقل قد تمّ مجاناً. ونلاحظ هنا أنّ الاتفاقية لم توضّح هذا المقابل لذا فإنّنا نجد أن المقابل يدخل به كل ما يحصل عليه الناقل بغضّ النظر عن طبيعة هذا المقابل فقد يكون المقابل نقدياً،

توجّهت الطائرة إلى ممر الإقلاع بحيث لم يبق أمامها إلا حصول قائدها على إذن سلطات المطار بالإقلاع. (الأسيوطي، المرجع السابق، ص ٨١، رضوان، القانون الجويّ، قانون الطيران، المرجع السابق، ص ٦٩، دويدار، المرجع السابق، ص ٦٥).

وهناك جانب آخر من الفقه يتشدّد في تحديده ماهية المقصود من أنّ الطائرة توشك على الرحيل بحيث لا يُكتفى باستيفاء الطائرة لما تحتاجه من وقود أو إتمام عملية الشحن بل لا بدّ من حصول قائد الطائرة وبصورة فعلية على الإذن من أجل إقلاعها.

كذلك يوجد اتجاه فقهي آخر، وعلى خلاف الآراء السابقة التي تمّ ذكرها، يحاول أن يتوسّع في مضمون كون الطائرة على وشك الرحيل بحيث إنّ الطائرة تعتبر كذلك إذا كان من المقررّ إقلاعها في نفس اليوم الذي يريد الدائن الحاجز أن يوقع الحجز، باعتبار أنّ التشدّد وحصول قائد الطائرة على إذن سلطات المطار بإقلاع الطائرة غير مبرر ولا سيما أنّ الدائن قد تأخّر وتراخى باتباع الإجراءات التحفظية حتى آخر لحظة والطائرة متأهبة للإقلاع. (دويدار، المرجع السابق، ص ٦٥، رضوان، المرجع السابق: ص ٣٤).

ونحن بدورنا نتفق مع الرأي الأخير بحيث تعتبر الطائرة على وشك الرحيل من تاريخ اليوم الذي يريد الدائن الحاجز أن يوقع الحجز إن كان مقرراً إقلاع الطائرة بهذا اليوم. بعبارة أخرى، فلا بدّ من التوسّع وعدم التضييق بمضمون عبارة كون الطائرة على

إجراءات الحجز التحفظي وذلك بأن تكون مُعدّة هذه الطائرة لنقل الأشخاص أو الأموال بمقابل دون أن يتم تحييد ماهية هذا المقابل، فيما إذا كان أجراً أم مكافأة. من جهة أخرى فإنّ المشرّع الأردني ووفقاً للمادة (٥٤/ب/٢) من قانون الطيران المدني الأردني قد أشار إلى ضرورة أن تكون هذه الطائرة على وشك الإقلاع برحلة خاصة بمقابل أجور أو مكافأة. كما أنّ المنظم السعودي وفي ذات المادة سالفه الذكر (١/٧٣/ج) لم يبيّن طبيعة الرحلة فيما إذا كانت هذه الرحلة خاصة من عدمه^(٢٦).

كما نلاحظ أنّ كلاً من المنظم السعودي والمشرّع الأردني لم يبيّن مفهوم "وشك الرحيل" أو "وشك الإقلاع" على التوالي الأمر الذي يثير نزاعاً بشأن تحديد مفهومهما مستقبلاً.

وخلاصة ما سبق أنه لا بدّ من الإشارة إلى أنّ المشرّع الأردني قد أورد قيداً على الحجز على الطائرات المستخدمة على خط جويّ مُنظم "دولياً كان أو داخلياً" والطائرات الاحتياطية لها وتلك الطائرات التي تكون على وشك الإقلاع والتي تقوم بنقل الأشخاص والأموال والتي تقوم برحلات خاصة بمقابل أجور أو مكافأة إذا كان من شأن ذلك الحجز أن يؤدي لمنعها من

عينياً، أو حتى مجرد القيام بعمل. (مروان، المرجع السابق: ص ٥٣).

أمّا فيما يتعلق بنظام الطيران المدني السعودي ١٤٢٦هـ، فنجد أنّه يستبعد أية طائرة توشك على الرحيل بشرط أن تكون مخصّصة لعمليات نقل الركاب أو البضائع مدفوعة الأجر، لكن إنّ تعلّق الأمر بدين نشأ بسبب أو خلال الرحلة فإنّه يجوز إيقاع الحجز التحفظي على الطائرة.

وفي هذا السياق فإنّ المادة (١/٧٣/ج) من هذا النظام تنصّ على أنّه "لا يوقع الحجز التحفظي على كل طائرة أخرى معدّة لعمليات نقل الأشخاص أو الأموال بمقابل متى كانت على وشك الرحيل لمثل هذا النقل، إلا في الحالة التي يتعلّق فيها الأمر بدين نشأ بسبب الرحلة التي ستقوم بها الطائرة أو نشأ من خلال الرحلة"^(٢٥).

يتضح لنا من هذا النصّ أنّ المنظم السعودي قد أخرج من نطاق الحجز التحفظي الطائرة التي توشك على الرحيل إنّ كانت مخصّصة لنقل الأشخاص أو البضائع بشرط أن يتمّ النقل بمقابل وليس بالمجان. وقد حدّد نصّ هذه المادة شرط استبعاد هذه الطائرة من

(٢٦) لقد عرّفت المادة (٢/أ) من قانون الطيران المدني الأردني الرحلة الخاصة بأنّها "رحلة جوية منفردة تمّ التصريح للقيام بها للتجربة أو الاختبار أو لأغراض الصيانة أو لأداء طيران بهلواني أو للانتقال من مكان إلى آخر".

(٢٥) انظر في هذا المعنى قانون الطيران المدني الفرنسي " Sans préjudice des procédures spéciales prévues par le présent code, les aéronefs français et étrangers, affectés à un service d'Etat ou à des transports publics, ne peuvent faire l'objet d'une ordonnance de saisie conservatoire que si la créance porte sur les sommes dues par le propriétaire à raison de l'acquisition de ces aéronefs ou de contrats de formation ou de maintenance L'article L.123-2 du Code de l'aviation Française".

ونحن نعتقد بأنّ الحجز التحفظي إن كان متعلّقاً بدعاوى لها علاقة بالأموال الأميرية فمن الضروري بمكان إجازة الحجز التحفظي على الطائرات بغضّ النظر إن كانت تلك الطائرات تُستخدم على خط جويّ منتظم أو طائراتها الاحتياطية أو تلك الطائرات التي تكون على وشك الإقلاع وتقوم بنقل الأشخاص والأموال بمقابل سواء كان المقابل أجوراً أو مكافأة وذلك لأهمية هذه الدعاوى، فيجب عدم استثناء طائرات من الحجز التحفظي سوى طائرات الدولة.

ومما يجدر ملاحظته أيضاً أنّ هناك اختلافاً بين نظام الطيران المدني السعودي وقانون الطيران المدني الأردني بخصوص إجازة الحجز التحفظي على الطائرات المُستخدمة على خط جويّ منتظم وطائراتها الاحتياطية، وتلك الطائرات المعدة لعمليات نقل الأشخاص بمقابل، فبالنسبة للمنظم السعودي، فإنّه كان أكثر وضوحاً ودقّة من المشرّع الأردني بهذا الخصوص، لأنّه أجاز في المادة (٢/٧٣) إيقاع الحجز التحفظي على هذه الطائرات إذا كان ذلك الحجز من

التحرّك، أمّا إذا كان لا يؤدّي لمنعها من التحرك فإنّه يجوز الحجز عليها وهو ما يظهر من نصّ المادة (٥٤/ب) من قانون الطيران المدني الأردني، بالمقابل ومن جهة أخرى فهذا الأمر لم يتضمّن نظام الطيران المدني السعودي إذ لم يشترط مثل هذا الأمر ولا يجيز الحجز التحفظي على هذه الطائرات سواء أدّى ذلك الحجز أم لم يؤدّ إلى منعها من التحرك.

و يجدر أن يلاحظ كذلك أنّ ما لا يجوز حجزه فيما يتعلّق بالطائرات الواردة بالمادة (٢/١/٧٣) من نظام الطيران المدني السعودي، والمادة (٥٤/ب) من قانون الطيران المدني الأردني، يوقف العمل بهما إن كان طلب الحجز يتعلّق بدعوى إفلاس أو بدعوى جمركية أو متعلّقة بالأنظمة الجزائية في المملكة العربية السعودية أو بتنفيذ قانون العقوبات وأنظمة وتعليمات الأمن العام في المملكة الأردنية الهاشمية، وقد أضاف المنظم السعودي تلك الإجراءات التحفظية المتخذة كذلك في حالة مخالفة أحكام نظام الطيران المدني السعودي، الأمر الذي لم تتضمّن المادة (٥٤/ج) من قانون الطيران المدني الأردني. كما ان المادة (٥٤/ج) من قانون الطيران المدني الأردني، تضمّنت بعدم سريان الفقرة (ب) إنّ كانت تتعلّق بالدعوى بالأموال الأميرية، الأمر الذي لم تشتمله المادة (٧٢) من نظام الطيران المدني السعودي^(٢٧).

=وبالدعاوى الجمركية، أو المتعلقة بتنفيذ قانون العقوبات وأنظمة وتعليمات الأمن العام"، من جهة أخرى فإنّ المادة (٧٢) من نظام الطيران المدني السعودي تنصّ على أنّه "لا تسري أحكام هذا الفصل على الإجراءات التحفظية الخاصة بدعاوى الإفلاس، ولا على الإجراءات التحفظية التي تتخذ عند مخالفة أحكام هذا النظام، أو الأنظمة الجمركية، أو الأنظمة الجزائية، أو قواعد وأنظمة الأمن في المملكة".

(٢٧) تنصّ المادة (٥٤ / ج) من قانون الطيران المدني الأردني على أنّه "لا تسري أحكام الفقرة (ب) من هذه المادة على الإجراءات التحفظية الخاصة بدعاوى الإفلاس وبالأموال الأميرية=

الخاتمة

لقد خلُصت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، يمكن إجمالها على النحو التالي:

أولاً: النتائج

١- لقد تمت معالجة الحجز التحفظي على الطائرات في كل من نظام الطيران المدني السعودي ١٤٢٦ هـ وقانون الطيران المدني الأردني لسنة ٢٠٠٧ مع الإشارة لاتفاقية روما ١٩٣٣. وقد تبين بأن هنالك تشابه ببعض الأحكام الخاصة في كلا النظامين وكما تبين وجود بعضاً من الاختلافات بينهما.

٢- إنّ الاستثناءات التي أوردها كلاً من المنظّم السعودي والمشرّع الأردني تجعل أغلب الطائرات غير صالحة لأن تكون محلاً للحجز التحفظي عليها، وهو ما يتناقض مع الغاية من إيقاع الحجز التحفظي على الطائرات. وإنّ ما يبرر هذه الاستثناءات هو أمر مردود يمكن معالجته من خلال إجازة الحجز التحفظي على الطائرات مع بقاء حيّزة الطائرة بيد المشغل (المدين) لأنّ من شأن ذلك أن يضمن تشغيل الطائرة من قبل شخص ذو خبرة ومعرفة بأمر الطيران.

٣- إنّ الحجز على الطائرة يعدّ نوعاً من

الأمر المستعجلة سواء كان الأمر في نظام الطيران المدني السعودي أو قانون الطيران المدني الأردني أو اتفاقية روما ١٩٣٣، إلا أنّه تبين لنا أنّ الاختلاف يكمن بالجهة المختصة بإيقاع الحجز التحفظي باعتبار أنّ

قبل المالك الذي فقد طائرته بفعل غير مشروع، كالاستيلاء على الطائرة من قبل شخص آخر دون وجه حقّ. من جانب آخر، فإنّ المشرّع الأردني قد اشترط لجواز الحجز التحفظي على هذه الطائرات أن يتمّ إيقاع الحجز من قبل المالك الذي فقد طائرته بفعل غير مشروع لكنّه اشترط أن تكون تلك الطائرة على وشك الإقلاع إذا كانت تقوم بنقل أشخاص أو أموال برحلة خاصّة بمقابل.

لذلك يبدو لنا أنّ المنظّم السعودي قد توسّع وحسنّا فعلَ بإجازة الحجز التحفظي الذي يتمّ إيقاعه من المالك إن فقد طائرته بفعل غير مشروع وذلك بأنّ شمل الطائرات المستخدمة على خط جويّ منتظم وطائراتها الاحتياطية التي لا غنى عنها، وكذلك الطائرات المعدّة لنقل الأشخاص والأموال بمقابل إنّ كانت على وشك الرحيل. بالجانب الآخر، فإنّ المشرّع الأردني لا يُجيز الحجز التحفظي على الطائرة إذا كان الحاجز تمّ إيقاعه من قبل المالك الذي يفقد طائرته بفعل غير مشروع إلا إذا كانت تلك الطائرة على وشك الإقلاع وتقوم بنقل الأشخاص والأموال برحلة خاصّة بمقابل، ولم يُجز الحجز التحفظي الذي يوقعه المالك الذي فقد طائرته بفعل غير مشروع إذا كانت الطائرة المراد حجزها مستخدمة على خط جويّ منتظم "دولياً" أم داخلياً وطائراتها الاحتياطية.

المشرّع الأردني قد اعتبر أن الحجز على الطائرات هو حجز على منقول ينحصر إصدار القرار بإيقاع الحجز التحفظي على الجهات القضائية، بالمقابل فنظام الطيران المدني السعودي يُعطي الحق بإيقاع الحجز التحفظي على الطائرة للقضاء والسلطات المختصة وهيئة الطيران المدني. أمّا بالنسبة لاتفاقية روما، فقد وجدنا أنها تُعطي هذا الاختصاص لأعوان القضاء ورجال الإدارة.

٤- لقد ضَمِنَ المشرّع الأردني جدية الحجز التحفظي من خلال اشتراطه ضرورة تقديم كفالة (نقدية، مصرفية، عدلية) الأمر الذي لم يأخذ به نظام الطيران المدني السعودي ولم تأخذ به كذلك اتفاقية روما.

٥- لقد استبعد نظام الطيران المدني السعودي طائرات الدولة من إيقاع الحجز التحفظي عليها مع بيانه لماهية هذه الطائرات باعتبارها تلك الطائرات التي تكون مملوكة للدولة و التي يتمّ رصدّها للمصالح العامة التي لا تكتسب الصفة التجارية . و من جانب آخر فإنّ المشرّع الأردني قد استثنى هذه الطائرات لكنّه لم يبيّن فيما إذا كانت تلك الطائرات المستثناة من نطاق الحجز هل تكون مملوكة للدولة أم لا؟ وإنّما اعتمد في المادة الثانية على معيار التخصيص وليس على معيار الملكية بإخراجها من نطاق الحجز.

٦- لقد استبعد نظام الطيران المدني السعودي من نطاق الحجز الطائرات التي خُصّصت لخدمة التجارة من الاستثناءات وأجاز إيقاع الحجز عليها ولو كانت مملوكة للدولة. بالمقابل فإنّ المشرّع الأردني في قانون الطيران المدني لم يبيّن موقفه من تلك الطائرات بل ترك النصّ على إطلاقه وذلك بأنّ استبعد طائرات الدولة من نطاق الحجز دون توضيح فيما إذا كانت هذه الطائرات مخصّصة لخدمة عامة أو تجارية.

٧- لقد استبعد نظام الطيران المدني السعودي وقانون الطيران المدني الأردني ومعاهدة روما من نطاق الحجز: طائرات الخطوط الجوية المنتظمة وطائراتها الاحتياطية إلا أنّ المنظم السعودي قد اشترط أن تكون الطائرة مستخدمة فعلاً و بصورة مطلقة، لكنّه لم يبيّن ما إذا كانت هذه الطائرات تسير على خطوط جوية منتظمة داخلية أم دولية. بالمقابل فإنّ المشرّع الأردني قد استثنى تلك الطائرات التي تسير على خطوط منتظمة سواء كان الخط داخلياً أم دولياً.

٨- لقد قرّر كلّ من المنظم السعودي والمشرّع الأردني استبعاد الطائرات التي توشك على الرّحيل بشرط أن تكون مخصّصة لنقل الركّاب والبضائع بأجرة، من نطاق الحجز التحفظي، بحيث منعاً الحجز عليها حجراً تحفظياً لكنّهما لم يحدّدا مصطلح "وشك الرّحيل" أو "وشك الإقلاع"، الأمر الذي يفتح الباب

مملوكة للدولة وتخدم المصلحة العامة، وعدم الاعتماد على المفهوم الحالي لأنه تعريف واسع وفضفاض لكونه لا يشترط ملكية الدولة للطائرة بل يعتمد فقط على معيار التخصيص.

٥ - نوصي المشرع الأردني بضرورة استبعاد الطائرات المخصصة للتجارة من نطاق الاستثناءات الواردة على الحجز التحفظي بحيث يمكن الحجز على هذه الطائرات.

٦ - نوصي المنظم السعودي بتحديد مفهوم الطائرات الاحتياطية التي لا غنى عنها تحديداً واضحاً وذلك ببيان مفهوم "لا غنى عنها" أو حذفها وترك النص مطلق فيما يتعلق بالطائرات الاحتياطية كما فعل المشرع الأردني.

٧ - نوصي كلاً من المنظم السعودي والمشرع الأردني بتحديد مفهوم مصطلح الطائرات التي تكون على "وشك الرحيل" أو على "وشك الإقلاع" ونقترح بهذا الخصوص أن يكون ذلك المفهوم يشمل الطائرات التي تكون كذلك من تاريخ اليوم الذي يريد الدائن الحاجز أن يوقع الحجز التحفظي على الطائرة إن كان مقررًا إقلاع الطائرة بهذا اليوم.

المراجع

المراجع العربية

البشري، محمد أمين. التحقيق في الجرائم المستحدثة. الرياض: ٢٠٠٤.

على مصراعيه للنزاعات المتعلقة بالحجز على مثل هذه الطائرات. وقد أجاز كلٌّ منهما الحجز على تلك الطائرات عندما يكون الدين المطلوب الحجز على الطائرة بسببه قد كان بسبب الرحلة التي ستقوم بها الطائرة أو نشأ من خلال الرحلة.

ثانياً: التوصيات

١ - نوصي كلاً من المنظم السعودي والمشرع الأردني بعدم التوسع بالاستثناءات المتعلقة بالحجز التحفظي على الطائرات ولا سيما تلك الطائرات التي تسير على خطوط منتظمة.

٢ - نوصي كلاً من المنظم السعودي والمشرع الأردني بضرورة أن يوردا الأحكام القانونية الإجرائية المتعلقة بكيفية الحجز التحفظي على الطائرات، خصوصاً ما يتعلق منها ببقاء الطائرة أو عدمه بيد المشغل، ونقترح بهذا الخصوص أن تبقى الطائرة بيد المشغل كونه يملك الخبرة والقدرة على إدارة الطائرة وتشغيلها، والاكتفاء بتسجيل الحجز التحفظي في السجل الخاص بالطائرة.

٣ - نوصي المنظم السعودي في نظام الطيران المدني السعودي أن يحصر الجهات المختصة بإصدار قرار إيقاع الحجز التحفظي على الجهات القضائية فقط. كما نوصيه بضرورة اشتراط تقديم كافلة من قبل طالب الحجز (الحاجز) وذلك لضمان جدية الحجز التحفظي.

٤ - نوصي المشرع الأردني بأن يعدل مفهوم طائرات الدولة التي أوردها في المادة الثانية من قانون الطيران المدني بحيث تصبح: الطائرات التي تكون

- البنداري، مصطفى. قانون الطيران المدني بدولة الإمارات العربية المتحدة. منشورات جامعة الشارقة، ٢٠٠٦/١٤٢٧هـ.
- بنيس، محمد منقار. القضاء الاستعجالي. الرباط: دار نشر المعرفة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨.
- توفيق، عبدالعزيز. شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي. ج ٢. الدار البيضاء: صوماديل، ١٩٩٨.
- حنّا، بدوي. قضاء الأمور المستعجلة. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- دويدار، هاني. قانون الطيران التجاري. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٢.
- الرضوان، ابو زيد. الوجيز في القانون الجوي. القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٧٤.
- الرضوان، ابو زيد. القانون الجوي - قانون الطيران التجاري. القاهرة: د.ت.
- السعيد، هشام إبراهيم. المسؤولية المدنية لمعاوني القضاء. القاهرة: دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٨.
- السويد، ابراهيم صالح. "الحجز التحفظي على أموال المدين التي تحت يده". مجلة العدل. عدد (٢٧).
- شوشاري، صلاح الدين محمد. شرح قانون أصول المحاكمات المدنية. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠.
- غطاشة، عبداللطيف. الطيران المدني (الأحكام العامة والنقل الجوي). عمان: دار صفاء للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢.
- القضاه، مفلح عواد. أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨.
- الأخرس، نشأت عبدالرحمن: شرح قانون أصول المحاكمات المدنية. ط ٢. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠.
- الأسيوطي، ثروت أنيس. قانون الطيران المدني. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- محمد، محمد نصر. الحماية الجنائية للنقل الجوي/دراسة مقارنة. الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد، ٢٠١٢ / ١٤٣٣هـ.
- مروان، فايز نعيم. قانون الطيران التجاري. ط ٢. دبي: مطابع البيان التجارية، كلية الشرطة ١٩٩٠ م / ١٤١١هـ.
- المشاقبي، حسين أحمد. الوجيز في شرح قانون المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١.
- مقران، بوشير محند. قانون الإجراءات المدنية. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١.
- موسى، طالب حسن. القانون الجوي الدولي. عمان، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧.

المواقع الإلكترونية

www.cabinetaci.com
<http://vosdroitsservices-public.fr,saisieconservatoire-public.fr>
<http://www.dictionnaire-juridique.com/defenition/saisie.php>
 www.nauss.edu.sa

القوانين والأنظمة

أصول المحاكمات المدنية الأردنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ وتعديلاته قانون
 قانون الطيران المدني الأردني رقم (٤١) لسنة ٢٠٠٧،
 نظام الطيران المدني السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٤) بتاريخ ١٨ / ٧ / ١٤٢٦هـ.
 قانون وضع الاموال المنقولة تأميناً لدين رقم (١) لسنة ٢٠١٢ المنشور على الصفحة (٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٥١٣٦) بتاريخ ٢٠١٢/١/١٦.

Code de l'aviation Civile Française.5
Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Precautionary Arrest of Aircraft, **Rome**, 29th May 1933.
 اتفاقية شيكاغو للطيران المدني الدولي Treaty of Chicago for International Civil Aviation

القرارات القضائية

قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ١٩٩٨/٧، حقوق، الصادر بتاريخ ١٥/٣/١٩٩٨، منشورات مركز عدالة.
 قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ٨٢٤ / ٢٠٠٢، حقوق، الصادر بتاريخ ٣١/٣/٢٠٠٢، منشورات مركز عدالة.

الهاشمي، عيسى السيد أحمد. القانون الدولي للطيران

والفضاء. القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
 والي، فتحي. الوسيط في قانون القضاء المدني. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٧.

ياملكي، أكرم. القانون الجوي: دراسة مقارنة. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨.

اليحيوي، محمود السيد عمر. النظام القانوني للحجز. الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٢.

اليحيوي، محمود السيد عمر. إجراءات الحجز وآثاره العامة. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر. يعقوبي، محمد الطالب. قانون الإجراءات المدنية. ط ٢. البليدة: قصر الكتاب، ١٩٩٥.

المراجع الإنجليزية

DIEDERIKS- VERSCHOOR, I.H.PH, INTRODUCTION TO AIR LAW, 8th, REVISED EDITION . KLUWER LAW INTERNATIONAL, THE NETHERLANDS, 2006.

DUPONT. ELLERAY, Michel, 'Le terrosime arien del'evaluation a la riposte du droit a la piraterie aerienn',RFDAS, 2001.

GARBARSKI, ANDREW M, SAVERIO LEMBO, 'SAISIE CONSERVATOIRE OU SEQUESTRE LP D'UN AERONEF': EXERCICE DE HAUTE- VOLTIGE DANS LES ENTRAILLES DU DROIT AERIEN, SUISSE AJP/PJA/ 12/2010,(2010).

LITVINE ,M., Droit Aerien, Broxelle, 1970.

Otto Riese ,Jean T.LACOUR, precis de droit aerien, Paris, 1951.

PINEAU ,J., "Les Infractions a la Circulation Aerienn", These, Paris, 1963.

Raymond, A. Fahratt : Le droit international et Libanais Face au terrosime , RFDAS , 1996

VILAIN, P, SAISIE CONSERVATOIRE, CENTRE ANTI-HUISSIERS 28.06.2007, (HTTP://WWW.PHILIPPEVILAIN.BE/HUIS SIER FRANCE.HTML).

- قرار محكمة الاستئناف الاردنية رقم ٢١٦ / ٢٠٠١،
حقوق، الصادر بتاريخ ١٠/٨/٢٠٠١، منشورات مركز عدالة.
- قرار محكمة الاستئناف الاردنية رقم ٢٣٨٢ / ٢٠٠٠،
حقوق، الصادر بتاريخ ١٥/٨/٢٠٠٠، منشورات مركز عدالة.
- قرار محكمة الاستئناف الاردنية رقم ٤٠ / ٢٠٠١،
حقوق، الصادر بتاريخ ١٢/٣/٢٠٠١، منشورات مركز عدالة.
- Cour de Cassation Francaise, chambre civile 1 du 13
mars 1985.
- Cour de justice de Geneve ACJ/375/86 DU
NOUVEMBER 1986, CONSID 3.
- قرار محكمة الاستئناف الاردنية رقم ١٧٤ / ٢٠٠١،
حقوق، الصادر بتاريخ ٧/٨/٢٠٠١، منشورات مركز عدالة.

**Precautionary seizure of aircrafts:
Comparative study between the Saudi civil aviation law Royal
Decree No. M/44, 18 Rajab 1426H and the Jordanian civil aviation
law No (41) 2007**

Maen Mohammed Amin Al-Qudah

*Assistant professor, College of Law and Political Science,
King Saud University*

Moayad Ahmed Obeidat

*Associate Professor, College of Sheikh N. Alqudah for
sharia and law, The World Islamic sciences and
education university*

(Received 26/02/1434 H.; accepted for publication 05/05/1434 H.)

Abstract. This study has discussed the precautionary seizure of aircrafts. Aircrafts represents a major economic value, and it is the only air navigation tool. In addition, the aviation is a public service that performs all the time without any interruption or stop. Therefore, if the creditor will be eligible to apply the precautionary seizure of aircraft; this will lead to stop and interrupt this facility. This will contradict with the requirements of public utilities in terms of permanence and continuity of the work.

In conclusion, this study is divided into two chapters. The first chapter will discuss the first topic: The concept of the precautionary seizure of aircrafts. The second chapter has dealt with the content of the precautionary seizure in terms of the subject. In this context, we have explained the view of both the Saudi civil aviation law and the Jordanian civil aviation law. Besides, our research paper has been based on the rules included in the international Convention of Rome 1933 and Chicago 1944. This study has also used the views of jurisprudence and judicial decisions in various topics.

تطور تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في النظام والقضاء الإداريين السعوديين

فهد بن إبراهيم الضويان

أستاذ القانون العام المشارك ، قسم القانون العام

كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الملك سعود

(قدم للنشر في ١٤٣٤/٠٥/٠٥ هـ ؛ وقبل للنشر في ١٤٣٤/٠٥/٢٨ هـ)

ملخص البحث. تناولت هذه الدراسة نظرية الظروف الطارئة التي ابتدعها القضاء الإداري (مجلس الدولة الفرنسي) ، خلال الحرب العالمية الأولى نتيجة تغير الظروف التي أبرمت في ظلها العقود الإدارية ، مما تسبب في إرهاب مالي للطرف المتعاقد مع الإدارة ، وحتم وقوف الإدارة مع هذا المتعاقد المتعثر ومشاركته بالخسائر من أجل تحقيق مقتضيات العدالة وضمان حسن سير المرافق العامة ، وكان هذا التوجه مناقضاً لما استقرت عليه العقود المدنية في فرنسا (العقد شريعة المتعاقدين). أما النظام القانوني السعودي المرتكز على الشريعة الإسلامية فلم يجد صعوبات في تطبيق هذه النظرية ، لما يتحقق من إعمالها من عدل وإعادة التوازن المالي وإنصاف المتعاقدين مع الإدارة. من أجل ذلك طور المنظم السعودي والقضاء الإداري السعودي (ديوان المظالم) خلال عهده الأول (قبل ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م) والحالي (بعد ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م) ، تطبيق نظرية الظروف الطارئة وفق ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريان المقارنان.

مقدمة

الطارئة "Théorie de l'imprévision" التي طبقها مجلس

الدولة الفرنسي خروجاً عن مبدأ سلطان الإرادة وقاعدته الراسخة في القانون المدني (القوة الملزمة للعقد) ، وما كان له أن ينتهج هذا المسلك لولا مرونة القضاء الإداري ، بكونه قضاءً مبتكراً ومتطوراً وغير مقيّد بنصوص تحد من حريته في إيجاد الحلول العادلة لما يستجد من وقائع تفرزها القضايا المعروضة أمامه ، متوخياً في ذلك تحقيق مقتضيات

بدأ الاهتمام واضحاً من قبل القضاء الإداري (مجلس الدولة الفرنسي) خلال الحرب العالمية الأولى بمسألة إعادة التوازن المالي للعقد الإداري ، وذلك بإعطاء المتعاقد حقه في التعويض عن الخسائر التي مُني بها نتيجة الحدث الطارئ غير المتوقع منه ومن جهة الإدارة ، وعندها كانت البداية لظهور نظرية الظروف

١٩٧٧م: ص ١٣، ١٦)^(١) السعودي والجهات الإدارية ذات الاختصاص لكيفية التعامل مع هذه الوقائع ومعالجتها من خلال النصوص والقرارات النظامية الخاصة بالعقود الإدارية التي ترتب عنها وبالتدرج تطبيق مضمون مبادئ وأحكام نظرية الظروف الطارئة توخياً لمقتضيات العدالة والمصلحة العامة ولتطبيق حقيقي لمبادئ الشريعة الإسلامية (النظام الأساسي للحكم، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م)^(٢) (الضرر يزال).

ولأسباب تتعلق بالاختصاص بالنظر في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها بصفة عامة، ولكون القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية يمثل ديوان المظالم (شفيق، ٢٠٠٢م، ص ٤٦ ومابعداها) الذي مر بمرحلتين جوهريتين، الأولى: في ظل نظامه الأول سنة (١٣٧٤هـ، ١٩٥٥م) حيث كان

العدالة وضمان حسن سير المرافق العامة، De Laubadère (A) Moderne (F), Delvolvé (P), T2, 1984: P569. (Chapus (R), T1, 2001, P1189). توالى التشريعات وتطبيقات الأحكام القضائية واهتمامات الفقهاء والشرح التي رسخت هذه النظرية باعتبارها حقيقة واقعة وضرورة لازمة لحفظ التوازن المالي للعقد الإداري، لأنه ينطلق من أهداف سامية هي تحقيق العدالة وحسن سير المرافق العامة بانتظام ودون اضطراب أو عرصة للانقطاع وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة (Guglielmi (G), 2011: P 45)، فضلاً عن توفير الأمان والطمأنينة للمتعاقد مع الإدارة بمد يد العون والمساعدة له والمساهمة معه في تحمل الأعباء والخسائر. وتبرز هنا أهمية النظرية ومعالجتها العادلة خصوصاً أن العصر الذي نعيش فيه هو عصر الأزمات والظروف المتغيرة والمتلاحقة، فقد يتعرض المتعاقد مع الإدارة للمخاطر الاقتصادية أو الطبيعية التي تؤثر على تنفيذ التزاماته العقدية (عبد المولى، ١٩٩١م: ٢٨٦).

شهدت المملكة العربية السعودية - منذ التأسيس - نهضة شاملة وتطوراً واتساعاً في إنشاء وتنظيم ونشاط المرافق العامة (الشقاوي ٢٠٠٩م، ص ٤٣)، تم خلالها إبرام العديد من العقود مع الجهات الإدارية، قد يصاحب أثناء تنفيذها حدوث ارتفاع حاد في أسعار المواد والأجور والخدمات أو مخاطر طبيعية وبصورة مفاجئة وطارئة تجاوز كل التوقعات مما يوقع خسائر جسيمة للمتعاقدين. ومنذ ذلك الوقت لاحت المبادرة من المنظم (عبد الجواد،

(١) يستخدم في المملكة العربية السعودية مصطلح (نظام) بدلاً من مصطلح (قانون) أو مصطلح (تشريع) ومصطلح (منظم) بدلاً من (مشروع)، ويقال أيضاً السلطة التنظيمية بدلاً من (السلطة التشريعية).

(٢) بموجب المادة (٦٧) من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم أ/٩٠ بتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ - ١٩٩٢/٣/٢م، والذي هو بمثابة الوثيقة الدستورية بالمملكة العربية السعودية، فإن هدف التنظيم (التشريع): "هو تحقيق المصلحة العامة ودفع المفسدة وفقاً لقواعد الشريعة، الإسلامية، وتختص السلطة التنظيمية (التشريعية) بوضع الأنظمة... وتمارس اختصاصاتها وفقاً لنظام مجلس الوزراء ونظام مجلس الشورى."

١٩/٠٩/١٤٢٨هـ الموافق (١/١٠/٢٠٠٧م) بمادته الأولى)، ولقد صدر خلال هذه الفترة وحتى الآن العديد من الأنظمة والقرارات والأحكام القضائية المعالجة لمطالبات التعويض القائمة على أساس هذه النظرية.

إذا كانت نظرية الظروف الطارئة قد استقر مفهومها وتطبيقات مبادئها وأحكامها وشروطها وآثارها وفق الفقه والقضاء الإداري المعاصر والمقارن لدول النظام الإداري، هي فكرة كما رسخها مجلس الدولة الفرنسي تقوم على تحقيق العدالة بين طرفي العقد الإداري وهو أمر يقره القانون وتسعى إلى تحقيقه الشرائع قديمها وحديثها (حلمي، ١٩٧٧م: ص ١٣١ وما بعدها؛ الطماوي، ١٩٩١م: ص ٦٨٦ وما بعدها) (Delvolve (P)، Weil (P)، Long (M.)، 2011, P187). فإذا كان الأمر كذلك، فهل لنظرية الظروف الطارئة تطبيقات مماثلة في النظام (القانون) والقضاء الإداريين السعوديين، وذلك على ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة وقرارات مجلس الوزراء والجهات الإدارية فضلاً عن اجتهادات ديوان المظالم عبر مرحلتين زمنييتين: الأولى - كجهة قضاء إداري محجوز - والثانية - كجهة قضاء إداري مستقل ومفوض -، أم أن هناك تبايناً واختلافاً بينهما. فإذا كانت الإجابة بنعم، فهذا دافع للتعرف على مدى وجود تطور أو قصور أو اختلاف أو معوقات لتطبيقات هذه النظرية، وذلك خلال المرحلتين الزمنييتين اللتين مر

لا يملك صلاحية القضاء المفوض بل كان قضاءً مقيداً ومحجوزاً وقراراته غير نهائية تحتاج إلى مصادقة الجهة المعنية^(٣)، تولى مجلس الوزراء آن ذاك مهمة القيام بالبت النهائي في المنازعات الإدارية بشكل عام ومنها مطالبات التعويض القائمة بسبب ظروف طارئة، وأحياناً قد يتصدى لها الديوان ولكنه كان مقيداً بأخذ الإذن الخاص من الجهة المعنية، وقد صدر خلال هذه الفترة إضافةً للأنظمة والقرارات الخاصة بالعقود الإدارية العديد من قرارات واجتهادات ديوان المظالم، كانت النظرية أوفر حظاً بالتطبيق وإقرار المبادئ. واستمر هذا الوضع حتى المرحلة المهمة الثانية التي بدأت بصدر نظام جديد للديوان (سنة ١٤٠٢ هـ، ١٩٨٢م الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ الموافق (١٠/٥/١٩٨٢م)) مُنح بموجبه الاختصاص الأول بالفصل في المنازعات الإدارية واعتبر سلطة قضاء إداري مفوض ومستقل يصدر أحكاماً نهائية (النظام الجديد والحالي لديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٧٨ وتاريخ

(٣) حيث خضع نشاط الديوان في هذه الفترة لنظامه الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٧٨٥٩/١٣/٧ الصادر بتاريخ ١٧/٩/١٣٧٤هـ الموافق ١٩٥٥/٠٥/٠٩م، ولقد اقتضت اختصاصات الديوان - وفقاً للمادة ٢ من ذلك النظام - على تلقي الشكاوى والتحقيق فيها، مع اقتراح (مشروع قرار) يرسل إلى الجهة المعنية التي لها أن تقبله أو ترفضه، وهذا شبيه بوضع مجلس الدولة الفرنسي قبل صدور قانون ٢٤ مايو ١٨٧٢م.

بهما ديوان المظالم باعتباره يمثل القضاء الإداري السعودي.

أهمية البحث

إن دراسة موضوع نظرية الظروف الطارئة في العقد الإداري ومعرفة مدى وجود تطبيقات لمبادئها وأحكامها في النظام والقضاء الإداريين السعوديين خلال المرحلتين الزمنية المختلفتين ، كفيلة بأن تضيء على البحث أهمية :

١ - معرفة الأصول الفكرية لنظرية الظروف الطارئة وفق ما استقر عليه الفقه الإداري والقضاء الإداري المعاصر والمقارن ، والنتائج المترتبة عن البحث حول مدى وجود تطبيقات لها في النظام والقضاء الإداري السعودي.

٢ - استخلاص الجوانب العملية والتطبيقية لنظرية الظروف الطارئة ، ضمن منظومة - قانونية وقضائية - تشكل نتاجاً واقعياً للتطور النظامي والاجتهاد القضائي الإداري السعودي وذلك خلال مرحلتين مختلفتين من ناحية الاختصاص ، فضلاً عن التعرف على مدى وجود تفاعل ومعالجة أو نقص وقصور في مجال التعامل مع القضايا القائمة على أساس هذه النظرية.

٣ - بيان أن هذه النظرية تمثل استجابة لمبادئ وروح العدالة ومقتضيات التعاليم الإسلامية ، وحماية للمصالح الاجتماعية والاقتصادية للأفراد نظراً لأهمية إعادة التوازن المالي للعقد الإداري ، لكونه ينطلق من

أهداف نبيلة وهي تحقيق العدل وحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

إشكالية البحث

إن دراسة موضوع ذي أبعاد قانونية وقضائية مختلفة قد تثير بعض الصعوبات ، وتتطلب طرح سلسلة من الأسئلة التي ستشكل مفاتيح منهجية لمعالجة هذا الموضوع. ومن ضمن هذه الأسئلة : ما هو التقارب أو التباعد بين فكرة نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها المتنبئة والمستقر عليها في الفقه الإداري والقضاء الإداري المعاصر والمقارن وبين ما هو متبنى ومطبق في النظام والقضاء الإداريين السعوديين. هل النصوص النظامية والاجتهادات القضائية لديوان المظالم باعتباره يمثل القضاء الإداري السعودي كافية وملائمة وعادلة وقادرة على معالجة القضايا القائمة على أساس التعويض بسبب اختلال التوازن المالي للعقد الإداري نتيجة حدوث ظروف طارئة. هل هناك مشاكل وتداخل وقيود في الاختصاص عبر المرحلتين المختلفتين لديوان المظالم وذلك عند النظر في قضايا التعويض القائمة على أساس حدوث ظروف طارئة. وغيرها من الأسئلة التي ينبغي أن تجد إجابات لها من خلال تحليل الموضوع محل الدراسة.

أهداف البحث

من الضروري والمنطقي أن تكون هناك أهداف هامة من وراء بحث موضوع يتعلق بإبراز مبادئ وأحكام نظرية عريقة ومهمة تتوخى مقتضيات العدالة

الاقتصادية في المجتمع، وإظهار المزايا والفوائد الناجمة على تبني مبدأ عدالة إعادة التوازن المالي للعقد الإداري من قبل المنظم والإدارة والقضاء الإداري السعودي، ومدى تأثير الحياة الاقتصادية والاجتماعية بتلك المزايا والفوائد.

منهج البحث

إن طبيعة الموضوع محل البحث تقتضي - لمعالجته - اللجوء إلى الاستعانة بأكثر من منهج، نظراً لتعلق الموضوع بالجانب التاريخي من جهة واتصاله بنصوص قانونية وأحكام قضائية وأراء فقهية من جهة أخرى، الأمر الذي يدعو إلى توظيف المنهج التحليلي فضلاً عن إمكانية اللجوء إلى المنهج المقارن لكون الموضوع يعالج في إطار نظامين قانونيين مختلفين في أصولهما ومصادرها.

تقسيم البحث

إن طبيعة الموضوع الذي نحن بصدد تنسجم مع المنهجية الحديثة المتجهة نحو التقسيم الثنائي الذي يمكن من تحديد عناصر البحث بالكيفية التي تسهل معالجة الموضوع معالجة دقيقة وموضوعية، مع تخصيص مبحث تمهيدي لتوضيح المسائل والأصول حتى نتعرف على مدى وجود تطبيقات لها خلال مرحلتين جوهريتين مختلفتين. وبناء على ما تقدم سوف نتولى دراسة موضوعنا هذا والمعنون بتطور تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في النظام والقضاء الإداريين السعوديين، ضمن مبحثين أساسيين يسبقهما (مبحث

وتفرضها متطلبات العصر، وباعتبارها حقيقة واقعة وضرورة لازمة لحفظ التوازن المالي للعقد الإداري، والبحث عن مدى وجود تطبيقات لها في النظام والقضاء الإداريين السعوديين. من ضمن هذه الأهداف:

١- إبراز حقوق التعاقد مع الإدارة وفق ما نصت عليه الأنظمة وما توصلت إليه اجتهادات القضاء الإداري السعودي (ديوان المظالم) وتوفير الأمان والطمأنينة بمد يد العون والمساعدة له من الجهة المتعاقدة عند مواجهته أحداث ضارة غير متوقعة، مما سوف يكون له مردود وأثر إيجابي كبير في دوام سير المرافق العامة وانتظامها بما يحقق المصلحة العامة للاقتصاد الوطني، وحتى لا يحجم الأفراد عن التعاقد مع الإدارة.

٢- التعرف على ما استقر عليه الفقه الإداري والقضاء الإداري المعاصر والمقارن بخصوص مبادئ وأحكام نظرية الظروف الطارئة ومعرفة مدى وجودها والأخذ بها في النظام والقضاء الإداريين السعوديين.

٣- إبراز ما توصلت إليه إرادة المنظم السعودي واجتهادات القضاء الإداري السعودي في معالجة مسألة اختلال التوازن المالي للعقد الإداري نتيجة الظروف الطارئة، والتعرف على مكامن الخلل والقصور.

٤- التوقف عند التطبيق العملي والقضائي لنظرية الظروف الطارئة وما سيفرز ذلك التطبيق من نتائج ميدانية قد تؤثر إيجاباً أو سلباً على الحياة

تمهيدي) نتناول فيه الإطار العام لنظرية الظروف الطارئة، ونكرس (المبحث الأول) لتطبيقات نظرية الظروف الطارئة قبل ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م - ديوان المظالم في مرحلة القضاء الإداري المحجوز-، و(المبحث الثاني) لتطبيقات نظرية الظروف الطارئة بعد ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م - ديوان المظالم في مرحلة القضاء الإداري المفوض والمستقل-.

مبحث تمهيدي: الإطار العام

نظرية الظروف الطارئة

إن البحث في تطور تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في النظام والقضاء الإداريين السعوديين، يقتضي منا أولاً بيان ماهية ومفهوم هذه النظرية وفق ما استقر عليه القانون والقضاء والفقه المعاصر (المطلب الأول)، ثم توضيح شروط وآثار تطبيق هذه النظرية حسب اجتهادات الفقه والقضاء الإداريين المقارنين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

يمكن القول بأن المقصود بالظرف أو الحادث الطارئ في هذه النظرية هو: (كل حادث عام لاحق على تكوين العقد وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد مرهقاً إرهاباً شديداً ويتهده

بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار، وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة وارتفع سعرها ارتفاعاً فاحشاً غير مألوف ولا متوقع (أبوسيت، ١٩٥٤م: ص ٣١٦؛ السنهوري، ١٩٦٤م: ص ٧٠٥)).

ومعلوم أن القاعدة القانونية الراسخة في القانون الخاص هي العقد شريعة المتعاقدين، والتي تلزم أطرافه بتنفيذ نصوص العقد حسب ما وردت فيه وعدم قابليتها للتعديل إلاّ برضا أطرافه، وإذا ما ظهرت ظروف جديدة لم تكن معروفة أو متوقعة وقت إبرام العقد، من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً ومكلفاً - وليس مستحيلاً - بالنسبة لأحد الأطراف الذي يكون مجبراً على تنفيذ العقد والإيفاء بالتزاماته أيّاً كانت النتيجة حتى لو أدى ذلك إلى إفلاسه. ولقد ظهرت هذه النظرية لمواجهة هذه الظروف الطارئة غير المتوقعة التي تحدث أثناء تنفيذ العقد، وأن القاضي له أن يوزع تبعه الحادث الطارئ بين طرفي العقد ويرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه، يطبقه بمشقة ولكن في غير إرهاب (السنهوري، ١٩٦٤م: ص ٧٠٦)، وذلك استناداً إلى مبادئ العدالة وإنصاف المتعاقد وإنقاذه من الخسارة الفادحة، وتمديد العون والمساعدة للمتعاقد المنكوب بسبب ظروف غير متوقعة أدت إلى خسارته

(النعمي، ١٩٦٩ م: ص ٢٦؛ الترماني، ١٩٧١ م: ص ١١)^(٦).

وإذا كان الفقه الإسلامي لم يشيد نظرية عامة للحوادث الطارئة، إلا أنه قد عرف لها تطبيقات متنوعة في مسائل مختلفة وذلك لكون أن الشريعة الإسلامية تقوم على مبادئ العدل والإنصاف والإجماع على إزالة الضرر ورفع الضيق والخرج عن التعاقد. ومن أهم تطبيقاتها الأعذار في عقد الإيجار والجوائح في بيع الثمار وتعديل العقد في حالة تقلب قيمة النقود (السنهوري، ١٩٥٤ م: ص ٩٥، ٩٦؛ عبد الحميد، ١٩٨٥ م: ص ١٣٩؛ قباني: ص ١٥١ وما بعدها). وتأكيداً لما سبق فقد انتهى مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الخامسة عام ١٤٠٤هـ (١٩٨٤ م) إلى الأخذ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك أثناء حدوث الأزمات الاقتصادية (القرار رقم (٧) لمجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، الدورة الخامسة)^(٧).

(٦) والحقيقة أن الكنيسة لم تضع نظرية مستقلة للحوادث الطارئة وإنما وضعت قواعد لحماية الطرف الضعيف في العقد مستمدة ذلك من تعاليم التراحم والتآخي.

(٧) وذلك في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة في تقلبات الأسعار في=

وأخلت بالتوازن الاقتصادي للعقد وأضاعت التعادل بين التزامات وحقوق الطرفين القائم وقت التعاقد (النعمي، ١٩٦٩ م: ص ٢٥)^(٤).

أخذت النظرية في العصور الوسطى مكاناً ملحوظاً في التشريعات المستمدة من أصل ديني، واهتم رجال الكنيسة وشرح القانون الكنسي بإقرار هذه النظرية بقانون مقتبس ومطور من القانون الروماني (السنهوري، ١٩٦٤ م: ص ٧٠٧)^(٥)، فنادوا بها باعتبارها تستند على فكرة العدالة التي تجب أن تسود العقد منذ تكوينه حتى الانتهاء من تنفيذه، ونهت الكنيسة عن الإثراء غير المشروع والغبن عندما يتجاوز البائع السعر العادل من المشتري وبذلك أصبح العقد رابطة تقوم على وجوب التساوي بين المتعاقدين

(٤) لم يكن للنظرية صدى في القوانين القديمة التي يغلب عليها طابع التقيد بالشكليات والتمسك بالقوة الملزمة للعقد، ولم يشر إلى النظرية إلا في قول الفيلسوف شيشرون عندما يتغير الزمن يتغير الواجب، وقول سينيكا "التغيير الذي يطرأ على أمر واحد يجعلني حراً في أن أناقش التزامي من جديد".

(٥) وقد استنتجوا ذلك من فقرة وردت في مدونة جستنيان، وأنه يفترض أن هناك شرطاً ضمناً في كل عقد مفاده أن المتعاقد يلتزم بعقده متى ظلت الظروف على ما كانت عليه.. وإذا ما تغيرت الظروف بحيث يصبح تنفيذ العقد جائراً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين، وجب تعديل العقد، ليزول الحيف الناشئ من هذا التغيير المفاجئ في الظروف الاقتصادية.

لقد رفض فقهاء أوروبا في القرون اللاحقة قبول النظرية خصوصاً في فرنسا متأثرين في ذلك بالقانون الروماني، وفي القرن التاسع عشر كادت تختفي أمام مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، إلى أن ظهرت مجدداً في أوائل القرن العشرين. بيد أن الدول لم تكن على قدرٍ واحدٍ في قبول النظرية فقد رفض القضاء المدني في فرنسا الأخذ بها، كما ثبت القانون المدني الفرنسي الحديث على هذا الموقف حرصاً على تنفيذ نظرية القوة الملزمة للعقد، وسلمت بها بعض الدول كسويسرا وألمانيا عن طريق الاجتهاد في تفسير العقد، وأقرتها قوانين بولونيا وإيطاليا واليونان بنص صريح (السنهوري، ١٩٦٤م: ص ٧٠٨؛ الترماني (١٩٧١م: ص ١٢ وما بعدها)^(٨).

= طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي - في هذه الحال عند التنازع وبناءً على الطلب - تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين....

(٨) ولقد تبنى المشرع المصري هذه النظرية في مادته (١٤٧) من القانون المدني الجديد رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م، التي تنص على أن:

١ - العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

٢ - ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وأن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة =

رغم تراجع الأخذ والاعتراف بنظرية الظروف الطارئة في القانون الخاص عملاً بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إلا أنها قد أخذت طريقها إلى التطبيق في مجال القانون العام وذلك بتغير المفاهيم الاقتصادية والسياسية والاجتماعية السائدة في أوروبا عقب نشوب الحرب العالمية الأولى، وأن حالة القوة القاهرة لا تكفي لمعالجة بعض الظروف التي تواجه جميع العقود خصوصاً العقود التي تخدم المرافق العامة. فقد تطرأ ظروف غير متوقعة خارجة عن إرادة الطرفين تؤدي إلى صعوبات التنفيذ ولا تصل إلى درجة استحالة، ولو تم تطبيق القواعد المدنية في هذه الأحوال لترتب على ذلك التزام المتعاقد بالوفاء بالتزاماته رغم الأضرار الجسيمة التي تلحقه فضلاً على أنه قد يفشل في نهاية الأمر في استمرار الوفاء بالتزاماته وسيتوقف عن تنفيذها لتجنب الخسائر التي تلحق به من جراء هذه الظروف، وهو ما يمكن أن يؤثر على سير المرافق العامة وبالتالي المساس بالمصلحة العامة (Lachaume, 1989 p243,244; Richer (L.), 2006: p86 (جعفر، ٢٠٠٠م: ص ١٨٦؛ علي، ١٩٩٧م: ص ٢٤٦).

إن من أهم خصائص القانون الإداري هو كونه قانون قضائي الأساس والنشأة، فالقضاء الإداري يختلف اختلافاً جوهرياً عن القضاء العادي الذي

= الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق علي خلاف ذلك". وكذلك الحال في التشريعات المدنية العربية ومنها سوريا والسودان والإمارات والكويت وقطر.

تتضمن مهمته في تطبيق القانون وتلمس نية المشرع. فهو ليس مجرد قضاء تطبيقي بل في الغالب قضاءً إنشائياً يتبدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة كسلطة عامة عند تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد، وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص، فهو يتمتع بكثير من الحرية للاجتهاد ومن ثم ابتدع وابتكر الحلول والنظريات التي تتمشى مع طبيعة القضايا التي تعرض عليه وهي تتصل اتصالاً وثيقاً بالصالح العام، ودونما تضحية بمصالح الأفراد (Hachich, 1962 p.395) (بدوي، ١٩٩٤م: ص ١٤٥)، وفي ضوء هذا الفهم لطبيعة القانون الإداري وجدت نظرية الظروف الطارئة أرضاً خصبة لنموها وتطورها في ظل القضاء الإداري وعلى ذلك توصل اجتهاد مجلس الدولة في فرنسا الذي أرسى قواعد هذه النظرية وطورها وفق مبدأ ضرورة ديمومية واستمرار المرافق العامة بانتظام واطراد (بو عشيق، ٢٠٠٤م: ص ٢١٢، الخلو، ٢٠٠٧م: ص ١٨٧، ١٨٨، الشريف (عزيزة)، ١٩٨١م: ص ٢٣٢).

لقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية بصورة واضحة في قراره الشهير (قضية غاز بوردو الفرنسية) الصادر بتاريخ ١٩١٦/٣/٣٠ م بمناسبة ما طرأ من ارتفاع مفاجئ في أسعار الفحم بسبب الحرب العالمية الأولى والتي أدت إلى قلب التوازن الاقتصادي لعقد الامتياز الذي كانت قد أبرمته الشركة الملتزمة بتوزيع الغاز وتزويد الكهرباء مع بلدية مدينة بوردو ،

وأوضحت الشركة مهددة بنحسرة جسيمة قد تعيقها عن تقديم خدماتها إلى الجمهور. وحينما تقدمت الشركة بشكوى إلى بلدية بورديو طالبة تعويضها عن هذا الارتفاع الفاحش بأسعار الفحم، رفضت الاستجابة لطلبها وهكذا أيضاً رد مجلس المحافظة وذلك بحجة القوة الملزمة للعقد، وطلب من الشركة الاستمرار في تنفيذ العقد باعتبار أن الأمر لم يصل إلى درجة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، وحينما عرض الموضوع على مجلس الدولة الفرنسي تبنى مبدأً جديداً مستمداً من قاعدة دوام واستمرار سير المرافق العامة وهو أول تطبيق لهذه النظرية في العقود الإدارية، معتبراً أن ارتفاع أسعار الفحم الذي واجهته شركة غاز بورديو، نتيجة ظروف طارئة غير متوقعة من الطرفين، أدت إلى اختلال اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً يبرر مساهمة الإدارة ولو بجزء منه مع المتعاقد حين زوال تلك الظروف، لوضع حدٍ للصعوبات الوقتية لتمكين الشركة من الاستمرار في المرفق محل الالتزام مراعاة للمصالح العام محيلاً الطرفين إلى مجلس المحافظة للاتفاق على مقدار هذا التعويض. وفعلاً تم الاتفاق بين الشركة ومحافظة بورديو على رفع سعر الغاز بنسبة الزيادة غير المعتادة الخارجة عن التوقعات وبصورة اشترك الطرفان بتحمل مضارها^(٩).

(٩) انظر بهذا الخصوص حكم مجلس الدولة الفرنسي والمقالات المشيرة اليه : CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage : =de Bordeaux, R,125, concl. Chardenet; D, 1916, 3, 25,

(Delvolvé (P), 1984, p.569) ^(١١) (مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، ٢٠٠١م: ص ١٧٢٧) متى وجدت سبباً على آثار، يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

الشرط الأول: يجب أن يكون تغير الظروف استثنائياً، أي أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن حدود المألوف ونادر الوقوع بحسب المجرى العادي للأمور. من ذلك مثلاً: اندلاع الحروب أو إغلاق ممر بحري وبري، ووقوع الزلازل والسيول والجفاف والفيضانات الغير مألوفة وانتشار الأوبئة ونشوب الأزمات الاقتصادية وندرة السلع وارتفاع الأسعار أو انخفاضها، وقد يتمثل هذا الأمر في إجراء عام تتخذه سلطات الدولة - غير الإدارة المتعاقدة - وذلك

(١١) ولقد حددت المحكمة الإدارية العليا في مصر شروط هذه النظرية بملزمة ١٢/١/١٩٨٢م فيما يلي: (...تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية وروابط القانون العام أم رهين بأن يطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث، أو ظروف طبيعية، أو اقتصادية أو سياسية ولو كانت من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة، أو من عمل شخص آخر - لم تكن في حساب المتعاقد مع الإدارة، ولا يملك لها دفعاً أو علاجاً، ولا كان في وسعه توقعها، أو التحوط لها، وأن تكون هذه الحوادث استثنائية وعامة ومن شأنها أن تجعل تنفيذ التزام المتعاقد مع الإدارة مرهقاً يهدد المتعاقد بخسارة فادحة دون أن يكون هذا التنفيذ مستحيلاً - بحيث تحتل اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً)، وأكد أيضاً بملزمة ٨ من مايو سنة ٢٠٠١ الطعن رقم ٥٩٥٥ لسنة ٤٣ القضائية.

وبالرغم من العرف الذي جري عليه مجلس الدولة الفرنسي بصياغة أحكامه بصورة مختزلة، إلا أنه التزم خطة مغايرة في حكمه الصادر في قضية غاز بورودو، إذ إنه ضمن حكمه معظم الأحكام الرئيسية والتفصيلية التي تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة، بحيث يمكن اعتبار هذا الحكم هو دستور هذه النظرية. ولأن أثر نظرية الظروف الطارئة يظهر في معظم العقود فقد حظيت باهتمام الفقهاء وشرح القانون لتحديد شروطها ووجدت لها تطبيقات واسعة في أحكام القضاء الإداري المقارن، وحالياً نجد أن العقود الإدارية الرئيسية متأثرة بهذه النظرية وتحاول توقع الظروف الطارئة والاحتياط لها عن طريق إدخال نصوص بمراجعة الرسوم التي يتقاضاها المتعاقد في عقود الامتياز والأسعار والأجور في العقود الأخرى، كما أصبحت النظرية ومنذ زمن بعيد تطبق على عقود إدارية أخرى بعد أن كانت محصورة في مجال عقد الامتياز (سلامه، ٢٠٠٠م: ص ٧٠)، (Long (M.)، (Delvolvé (P), Genevois (B) 2011, p187, Weil(P) ^(١٢).

المطلب الثاني: شروط وآثار تطبيق نظرية الظروف

الطارئة

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يتوجب توفر

جملة من الشروط (، (Moderne (F), De Laubadère (A.)

=Chardenet, S, 1916, 3, 17, concl.Chardenet, note Hauriou;

Jèze RDP,1916, 206, concl. Chardenet,388,note

يستفيد من نظرية الظروف الطارئة لمجرد حصول فوات للكسب أو انخفاض في ارباحه المالية المتوقعة عند إبرام العقد، أي يجب أن تصيب المتعاقد مع الإدارة نتيجة الظرف الطارئ خسارة فادحة تتجاوز في جسامتها الخسارة العادية المألوفة بحيث تفوق كل توقعاته المعتادة^(١٤).

الشرط الثالث: يجب أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقدين، أي أن يكون الظرف الطارئ أجنياً عن إرادة المتعاقد، فلا يكون لإرادته دخل في حدوثه لأنه إذا كان ناتجاً عن عمله عمداً أو إهمالاً فلا يستحق التعويض، وكذلك لا يستحق التعويض إذا قصر في بذل الجهد اللازم لتحاشي وقوع هذا الظرف متى كان من الممكن تلافيه، فالقاضي الإداري عند تقدير التعويض يضع في الحسبان حالة المتعاقد، فإذا كان له تأثير جزئي في حدوث الظرف الطارئ أو تأثير مساعد بإهماله في زيادة تكاليفه، فإن أثر ذلك سينعكس على مقدار التعويض الذي سيحصل عليه^(١٥) (عبد المولى، ١٩٩١م: ص ٢٦٨). أما من جهة الإدارة فالظاهر أنه يشترط لتطبيق نظرية

كالتشريعات الاجتماعية والمالية التي من شأنها أن تقلب الوضع الاقتصادي للعقد، كزيادة الرسوم الجمركية والأجور والتسعير الجبري وخفض قيمة العملة الوطنية (د. جابر، ٢٠٠٤: ص ٦٥)^(١٢). إلا أنه لا يكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف طارئاً فقط، بل يجب أن يكون هذا الظرف الطارئ عاماً وغير متوقع وقت إبرام العقد الإداري بحيث لا يستطيع الشخص العادي أن يتوقعه، لأنه إذا كان المتعاقد قد توقعه فليس له أن يتظلم من تحققه، وبالتالي لا مجال لتطبيق النظرية (كنعان، ٢٠٠٩م: ص ٣٦٩؛ العمران، ١٩٧١م: ص ٨٧ وما بعدها؛ الطماوي ١٩٩١م: ص ٦١٧)^(١٣).

الشرط الثاني: يجب أن يترتب على حدوث الظرف الطارئ خسارة فادحة وإخلال خطير للتوازن المالي للعقد وقلب لاقتصادياته بحيث يهدد بانتهائه، أي أن هذا الظرف لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل يجعله عسيراً ويهدد المرفق العام المتصل به بالتوقف أو الاضطراب، وبالعكس فإن المتعاقد لا يستطيع أن

(١٤) l'événement doit aboutir à un véritable bouleversement de

l'économie générale du contrat ، انظر بهذا الخصوص حكم

مجلس الدولة والمقال المشير إليه :

CE, 29 mars 1985, Sté française de travaux publics Fougerolle, RDP, 1985, 702 : hausse des prix n'entraînant pas un bouleversement des conditions d'exécution du contrat.

(١٥) انظر : CE, 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, R, 359; D, 1950,

.59, note Blaevot; S, 1950, 3, 61, note Mestre

(١٢) وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي من قبيل الظروف الطارئة الإجراءات العامة التي تصدر من سلطات الدولة المختلفة مثل القوانين، واللوائح، التي تزيد قيمة الضرائب، أو تفرض ضرائب جديدة، أو تخفض سعر العملة، أو تمنع تداول عملة معينة.

(١٣) كذلك انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي والمقال المشير إليه : CE, 13 février 1985, Sainrapt et Brice, RDP, 1985, 1702 : difficultés de recruter de la main-d'œuvre non imprévisibles.

الظروف الطارئة ألا يكون للإدارة دخل في وقوع الظرف الطارئ، إلا أنه هناك اتجاه في الفقه الإداري والقضاء الإداري الفرنسي لا يقتصر لتطبيق هذه النظرية أن يكون الظرف خارجاً عن إرادة الإدارة، بمعنى أنه يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروطها ويحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض، وذلك في حال الإجراءات التي تتخذها الإدارة بعد إبرام العقد ويكون من أثرها إصابة المتعاقد بضرر جسيم في غير الحالات التي تتوافر فيها شروط نظرية عمل الأمير (الشرقاوي، ٢٠٠٣م: ص ٢٣٨).

الشرط الرابع: يجب أن يكون الظرف الطارئ مؤقتاً وألا يترتب على حدوثه استحالة التنفيذ ففي هذه الحالة ينتهي العقد بالقوة القاهرة، فإذا استمر الظرف لفترة طويلة أو تأكد الطرفان أنه لن ينتهي خلال مدة محددة فإنه يجب الاتفاق على إبرام عقد جديد يأخذ في الاعتبار الظروف الجديدة، وإذا تعذر الاتفاق على ذلك يتم إلغاء العقد (الطماوي، ١٩٩١م: ص ٦٩١؛ خليفة، ٢٠٠٧م: ص ٢٣٢)^(١٦).

ثانياً: الآثار المترتبة على تحقق نظرية الظروف

الطارئة

وترتيباً على ما سبق فإذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فعلى المتعاقد أن يواصل تنفيذ

التزاماته حتى لا يتعطل سير المرفق العام، لأن نظرية الظروف الطارئة لا تعفيه من الالتزام بتنفيذ شروط العقد ويظل العقد قائماً وإنما من شأنها أن تعينه على الوفاء بالتزاماته دون أن يؤدي ذلك إلى إفلاسه. فإذا حدث أن توقف عن الوفاء بالتزاماته بالرغم من أن ذلك ممكن فإنه يتعرض لتوقيع الجزاءات التي تملكها الإدارة المتعاقدة تجاهه كغرامات التأخير وسحب العمل والتنفيذ على الحساب أو فسخ العقد والرجوع عليه بالتعويضات (ياقوتة، ٢٠٠٨م - ٢٠٠٩م: ص ١٨٥)^(١٧).

يحق للمتعاقد المطالبة بالحصول على التعويض وذلك بناء على اتصال العقد بالمرفق العام وما يتطلبه دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد من ضرورة أن تكفل الإدارة استمرارية تنفيذ العقد الإداري الذي يؤمن للمرفق العام متطلبات سيره ومقومات خدماته، إضافة إلى ذلك فإن مقتضى العدالة يستوجب معاونة المتعاقد المتعثر والمساهمة معه في تحمل الخسائر فلا يترك وحده يصارع الظروف الطارئة وإنما يتعين القيام برعايته ودعمه وشعوره أن الإدارة تقف إلى جانبه، حتى لا ينهار وضعه المادي مما قد يؤدي إلى تأثر واضطراب المرفق العام (Chapus, p 1190 : 2001 (T.1 R)).

(١٧) وانظر بهذا الخصوص حكم مجلس الدولة الفرنسي والمقال

المشير إليه :

CE, Sect., 12 mars 1976, department des Hautes-Pyrénées c./Société Sofilia, R, 155; AJDA, 1976,p 552

(١٦) أيضاً حكم مجلس الدولة الفرنسي والمقال المشير إليه :

CE, 9 décembre 1932, Compagnie des Tramways de Cherbourg, R, 1050, RDP, 1933, 117, concl. Josse, not Jèze

الذي حل محلها في الاختصاص مجلس الوزراء^(١٩)، فضلا على اجتهادات ديوان المظالم وفق أول نظام له^(٢٠). لذا يحتم علينا أولا تأمل هذه النصوص النظامية والتعرف على مدى وجود تطبيقات لنظرية الظروف الطارئة (المطلب الأول)، ونحاول في (المطلب الثاني) بيان ملامح وتطور الأخذ بهذه النظرية ومبادئها في اجتهادات وقرارات ديوان المظالم منذ إنشائه وخلال مرحلة اعتباره جهة قضاء إداري محجوز يصدر قرارات ابتدائية وليست أحكاما قضائية.

المطلب الأول: تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في الأنظمة السعودية

كان أول تنظيم خاص بالعقود الإدارية بالمملكة العربية السعودية هو نظام المزايدات الذي صدر بالأمر السامي رقم ٥٥١٠ في ١٧/٤/١٣٦١هـ الموافق (٣/٥/١٩٤٢م)^(٢١)، ثم تبعه صدور نظام المناقصات

هذا وإن تحديد مقدار التعويض الذي تتحمله الإدارة يقرره القضاء الإداري بناء على طلب من المتعاقد في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين، ويكون التعويض جزئياً وليس كاملاً، حيث يتحمل المتعاقد جزءاً من العجز المالي الناتج عن تنفيذ العقد خلال فترة الظرف الطارئ مع إمكانية الإعفاء من غرامة التأخير إذا أدى هذا الظرف الطارئ إلى التأخير في تنفيذ العقد، وبهذا فإن هذه النظرية تختلف عن نظرية عمل الأمير حيث يعوض المتعاقد - كقاعدة - تعويضاً كاملاً عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب (الأعرج، ٢٠١٠م : ص ٢٦١، الحلو، ٢٠٠٧م: ص ١٩٣) (Trotabas (L), 1991 : p 258).

المبحث الأول: تطبيقات نظرية

الظروف الطارئة قبل عام ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢م

لقد تعاقبت خلال هذه المرحلة ومنذ تأسيس المملكة العربية السعودية، ومع التوسع والتزايد في تطور التنظيم والنشاط الإداريين، صدور العديد من الأنظمة والأوامر السامية والقرارات التي تتعلق بالعقود الإدارية ومنازعاتها وذلك في ظل مجلس الشورى القديم ومجلس الوكلاء (المرزوقي، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م : ص ٣٥؛ الشلهوب، ٢٠٠٥م)^(١٨)

=الوكلاء بموجب الأمر السامي الموافق على نظامه بتاريخ ١٣٥٠/٩/٧هـ (١٩٣٢م) وكان آن ذاك يمثل السلطة التنفيذية. (١٩) إضافة إلى اعتباره كسلطة تنفيذية إدارية عليا. وتم إنشاء وتشكيل أول مجلس وزراء بالمملكة العربية السعودية بموجب الأمر الملكي رقم (٥/١٩/١٣٨٨) بتاريخ ١٣٧٣/٢/١هـ الموافق (١٠/١٠/١٩٥٣م). (٢٠) صدر بالمرسوم الملكي رقم ٧٨٥٩/١٣/٧هـ وبتاريخ ١٣٧٤/٩/١٧هـ، الموافق (بتاريخ ١٩٥٥/٥/٩م).

(٢١) اشتمل هذا النظام على أربع وثلاثين مادة وقد نصت المادة الثالثة والثلاثون منه "على أن يحل محل ما سبقه من أنظمة وتعليمات وأوامر"، وهذا يعني أنه كان هناك بعض القواعد

(١٨) تم إنشاء أول مجلس للشورى بموجب الأمر الملكي الصادر بتاريخ ١٣٤٦/١/٩هـ الموافق (١٩/٠٧/١٩٢٧م)، والذي كان آن ذاك يعتبر بمثابة السلطة التنظيمية، وإنشاء مجلس =

العلنية بالأمر السامي رقم ٨٤٢٧ في ١٣٦١/٧/٣ هـ الموافق (١٦/٧/١٩٤٢م)^(٢٢)، إلا أنه بعد التمعن في نصوص كلا النظامين السابقين تبين أن المنظم السعودي كان قد قرر فقط حق التعاقد في التعويض عند إخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها العقدية دون التطرق إلى حالات التعويض بدون خطأ ينسب للجهة الإدارية، وعليه فإنه من غير المتصور وجود تطبيقات لمبادئ وأحكام نظرية الظروف الطارئة، يضاف إلى ذلك قلة وحدثة التنظيم والنشاط الإداري في ذلك الوقت.

والواقع أن مبادئ وقواعد نظرية الظروف الطارئة في هذه المرحلة قد شهدت ظهوراً ملحوظاً في القانون الإداري السعودي بعد إنشاء مجلس الوزراء الذي كان له باع في إظهارها وتطوير تطبيقاتها في كثير من المناسبات التنظيمية والإدارية والقضائية، وذلك عندما قام في هذا الشأن بإصدار العديد من الأنظمة والقرارات وتنفيذ الأوامر السامية الخاصة بالعقود الإدارية والمواكبة لتطور التنظيم والنشاط الإداريين في المملكة العربية السعودية (د حسن، ١٩٧٣م :

ص ١٢٥). ولقد حددت المادة (١٨) من أول نظام لمجلس الوزراء (لسنة ١٣٧٣ هـ الموافق ١٩٥٣م)^(٢٣) الإطار العام الأساسي لاختصاصات مجلس الوزراء لإدارة جميع أجهزة الدولة واعتباره ممثلاً للسلطة التنظيمية (التشريعية) والسلطة التنفيذية العليا، وذلك بالنص على الآتي : (يرسم مجلس الوزراء السياسة الداخلية والخارجية، والمالية والاقتصادية، والتعليمية والدفاعية وجميع الشؤون العامة للدولة، ويشرف على تنفيذها ويملك السلطة التنظيمية والسلطة التنفيذية والسلطة الإدارية، وهو المرجع للشؤون المالية ولجميع الشؤون المرتبطة في سائر وزارات الدولة والمصالح الأخرى وهو الذي يقرر ما يلزم اتخاذه من إجراءات في ذلك...)، وهذا ما أكدت عليه المادة (١٢) من نظام مجلس الوزراء لسنة ١٣٧٧ هـ الموافق (١٩٥٧م) (التوحيدي، ٢٠٠٩م : ص ٧٧ وما بعدها).

في ظل مجلس الوزراء بعد إنشائه صدر أول نظام جديد خاص وشامل للعقود الإدارية باسم نظام المناقصات والمزايدات (نظام المناقصات والمزايدات

(٢٣) نشر هذا النظام في جريدة أم القرى العدد رقم (١٣٨٥) وتاريخ ١٣٧٣/٢/٨ هـ الموافق (١٦/١٠/١٩٥٣م) وتم إلغاؤه بالنظام الصادر عام ١٣٧٧ هـ الموافق (١٩٥٧م) ثم ألغي بنظام مجلس الوزراء الحالي الصادر بالأمر الملكي رقم ١٣/أ في ١٤١٤/٣/٣ هـ الموافق (٢٠/٨/١٩٩٣م) منشور بجريدة أم القرى العدد رقم (٣٤٦٨) تاريخ ١٤١٤/٣/١٠ هـ الموافق (٢٧/٨/١٩٩٣م).

= التي نظمت هذا الجانب قبل صدور هذا النظام إلا أنها كانت متفرقة وتناسب مع مرحلة بداية تأسيس المملكة العربية السعودية وظروف تنظيم ونشاط الإدارة آن ذاك.

(٢٢) الذي اشتمل على إحدى وأربعين مادة توضح أنواع المناقصات والإجراءات الواجب إتباعها والآثار المترتبة على ترسية المناقصة... الخ.

ووافقت وزارة المالية على هذا التخفيض أو الإعفاء". ولا جدال في أن هذا النص يشير صراحة إلى حالة وجود أساس لتطبيق نظرية الظروف الطارئة نتيجة حادث قهري^(٢٤)، إلا أنه يقتصر على الإعفاء من غرامة التأخير دون المشاركة في تعويض الأضرار الناتجة عنه^(٢٥). وقد تكررت خلال هذه الفترة تعاميم وزارة المالية والاقتصاد الوطني التي تستثني المتعاقد من غرامة التأخير متى كان التأخير بسبب خارج عن إرادته ولم

الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦ ولتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٤هـ الموافق (١٣/٦/١٩٦٦م)، تبلورت من خلال مواده بعض من مبادئ نظريات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري ومنها نظرية الظروف الطارئة، ولعل أهم وأول نص نظامي في المملكة يتعلق بهذه النظرية هو ما تضمنته المادة (٥) من هذا النظام والتي أجازت النص عند التعاقد على تعديل الأثمان المتفق عليها بنسبة ما يطرأ أثناء التنفيذ على أسعار بعض المواد أو أجور العمال من ارتفاع، وقيدت ذلك بوضع حد أقصى لنسبة الزيادة مع حفظ حق الجهة الإدارية في الاستفادة مما يطرأ على الأسعار والأجور من انخفاض. ولا شك في أن المنظم هنا وكخطوة أولى قد أخذ بمبدأ إعادة التوازن المالي للعقد الإداري وذلك بإجازة الاتفاق على تعديل الأسعار بما يتماشى مع أسعار السوق وقت التنفيذ، وإن قيده بمحد أقصى بما لا يتفق مع ما تقضي به نظرية الظروف الطارئة من إطلاق في هذا الشأن، مع التنويه هنا إلى أن صاحب الاختصاص في نظر النزاع كان يؤسس قراره أو حكمه في هذه الحالة على نص اتفاقي رضائي وليس على مبادئ وشروط نظرية الظروف الطارئة.

كما ظهر أيضاً من نص المادتين (٨٥، ٩٥) من النظام أن المنظم قد أجاز التخفيض أو الإعفاء للمتعاقد من غرامة التأخير: "متى ثبت أن التأخير نشأ من حادث قهري خارجاً عن إرادته ولم يكن في إمكانه توقعه وقت التعاقد، واقتنعت الجهة الإدارية بذلك

(٢٤) في خطاب وكيل وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٣٧٠٣/١٢/٢ في ١٣٨٦/١/٢٥هـ الموافق (١٥/٥/١٩٦٦م) عدد شروط الإعفاء في مثل هذه الحالة والذي جاء فيه ((... بعد أن يقدم المتعهد كافة الأدلة والمستندات التي تثبت بأن سبب التأخير خارج عن إرادته، ولم يكن في إمكانه توقعه وقت التعاقد))، وكان أكثر وضوحاً في إمكانية النظر في تعويض المتعاقد بناءً على نظرية الظروف الطارئة في خطابه رقم ٥١٨٠/١٢/٢ في ١٣٨٧/٤/٢٩ الموافق (٥/٨/١٩٦٧م) إذ جاء فيه ((ويلتزم المتعاقد المدين بتنفيذ العقد وفقاً لشروطه وإذا ما لحقته نتيجة الظروف الطارئة خسارة كما حددتها هذه النظرية، فإنه يمكن لوزارة المالية والاقتصاد الوطني بموجب المادتين (٨٥، ٩٥) من نظام المناقصات والمزايدات النظر في الموضوع)).

(٢٥) الجدير بالذكر أن هذا النظام (المناقصات والمزايدات) قد ألغي بنظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ في ١٣٩٧/٤/٧هـ الموافق (٢٧/٣/١٩٧٧م)، والذي أثرنا التطرق له في المبحث الثاني (المطلب الأول)، نظراً لتزامن صدوره مع صدور نظام ديوان المظالم (١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م) والذي أصبح ديوان المظالم بموجبه جهة قضاء إداري مفوض ومستقل.

يكن في إمكانه توقعه عند التعاقد أو دفعه أثناء التنفيذ واشترطت لهذا الإعفاء موافقتها عليه^(٢٦).

وحينما بدأ مجلس الوزراء ينظر المنازعات الإدارية باعتباره السلطة المباشرة للإدارة^(٢٧)، ظهر له تطبيقات عديدة لنظرية الظروف الطارئة وذلك في قضايا التعويض في العقود الإدارية. ولم يقتصر الأمر على إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير بل صدر عن المجلس العديد من القرارات التي تقضي بتعويض المتعاقد عند تعرضه لخسارة كبيرة نتيجة لظروف طارئة، بل قرر في بعض الأحيان تعويض المتعاقد تعويضاً كلياً عن جميع ما لحقه من خسارة غير عادية حرصاً على انتظام وإطراد سير المرافق العامة (البناء، ١٩٨٤م: ص ٢٣٧).

ربما كان القرار الأول لمجلس الوزراء الصادر في هذا الشأن هو قرار رقم (٥٨٠) وتاريخ ١٣٨١/٨/٢ هـ الموافق (١٩٦٢/٠١/٠٩ م) وقد تضمن تطبيقاً صريحاً لجل مبادئ وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث قرر تعويض المقاول الذي تعاقد على إنشاء مستشفى الملك سعود بالدمام قبيل

حرب قناة السويس عام ١٩٥٦م بسبب حدوث أزمة الحرب التي ترتب عليها غلق القناة وحصول ارتفاع كبير في الأسعار وبالأخص في مواد البناء، مما تسبب في خسائر فادحة أثقلت كاهله وأخلت في التوازن المالي للعقد، وقد كان التعويض كاملاً في هذه القضية. وجاء من مسببات القرار: (وحيث إن ارتفاع الأسعار بسبب أزمة السويس لم يكن من الخسائر المتوقعة المحتمل حصولها في الظروف العادية، وحيث إن المقاول قد أتم ما يعادل ٧٠٪ من كامل العملية أثناء أزمة حرب السويس ولهذا قرر المجلس تعويضاً للمقاول عن الخسائر التي لحقت نتيجة لارتفاع الأسعار) (شفيق، ٢٠٠٢م: ص ٢٥٨).

ثم توالى قرارات مجلس الوزراء التي عاجلت مثل هذه القضايا نذكر منها القرار رقم (٢٩٢) وتاريخ ١٣٨٦/٥/٢٢ هـ الموافق (١٩٦٦/٩/٧ م) حيث طبق فيه المجلس نظرية الظروف الطارئة عند توافر حالة ظروف استثنائية، وقد كانت هذه الظروف الاستثنائية عبارة عن كم هائل من السيول الجارفة داهمت موقع سد وادي العقيق وأتلفت معدات المقاول مما يلزم التعويض عن الخسائر التي لحقت به. وقرار المجلس رقم (١٠٦) وتاريخ ١٣٩١/٩/٢١ هـ المتضمن تعويض متعهد تأمين الماء لوحدة عسكرية تعويضاً يغطي كافة الخسائر التي تحملها طيلة أيام الجفاف نظراً لعدم هطول الأمطار وجفاف بئرته واضطراره سحب الماء من آبار أخرى بأسعار مرتفعة لسد حاجة الجيش (حسن:

(٢٦) مثال ذلك تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٦٣٠٣/٤ في ١٢/٢٩/١٣٨٨ هـ الموافق (١٩٦٩/٣/١٨ م) وتعميمها رقم ٤٢٢٦/٤ في ١١/٣/١٣٩٠ هـ الموافق (١٩٧٠/٥/١٩ م).

(٢٧) نظراً لمحدودية اختصاص ديوان المظالم في هذه المرحلة (كما سنبينه في المطلب الثاني التالي).

ص ١٦٥، شفيق: ص ٢٥٨). وقرار مجلس الوزراء رقم ٥٢ في ١٣٩٤/١/٢٥هـ الموافق (١٩٧٤/٢/١٧م) بشأن تعويض بعض المقاولين ومتعهدي الإعاشة نظراً لارتفاع أسعار المواد، ومما ورد في القرار "... ولقد درست الوزارة الموضوع وتبين من واقع الإحصائيات المتوفرة بأن أسعار بعض المواد ارتفعت فعلاً وبشكل ملحوظ ابتداءً من أوائل عام ١٣٩٣هـ الموافق (١٩٧٣م) واستمر هذا الارتفاع إلى وقت صدور القرار، والسبب الرئيسي يعود إلى النقص في عرض المواد عن طلبها في الأسواق الدولية مما يعطي قناعة بأن بعض المقاولين ومتعهدي الإعاشة قد تضرروا فعلاً نتيجة ارتفاع الأسعار وبالتالي فإن من العدالة أن تقوم الدولة برفع بعض الإرهاق عمن تضرر منهم عن طريق التعويض (الوهابي، ٢٠١١: ص ٥٢٨).

إلا أن مجلس الوزراء رفض التعويض عن الظرف الطارئ في حالة أخرى لعدم تحقق الخسارة الجسيمة كما هو ثابت في القرار التالي: - ((إن مجلس الوزراء بعد إطلاعه على معاملة المرافقة لهذه الواردة من ديوان رئاسة مجلس الوزراء رقم ٤٦٩٧ في ١٣٨٦/٢/١٨هـ الموافق (١٩٦٦/٦/٧م) المرفوعة من وزارة الدفاع والطيران بشأن تظلم متعهدي توريد السكر لوزارة الدفاع والطيران لعام ١٣٨٣/٨٢ الموافق (١٩٦٣/٦٢م) من ارتفاع سعره ومطالبتهم بالتعويض، وبعد الاطلاع على خطاب وزارة المالية

رقم ١٢/٦ في ١٣٨٧/٥/٢٤هـ الموافق (١٩٦٧/٨/٢٩م) المتضمن بأنه اتضح بأن ارتفاع سعر السكر لم يؤثر على أسعار الإعاشة، إذ قبل أحد المقاولين أن يورد الإعاشة في السنة التالية بنفس السعر الذي كان يقدم به الإعاشة قبل ارتفاع سعر السكر، الأمر الذي يقطع بأن هذا الارتفاع لم يؤثر على أرباح التوريد وقد تأيدت هذه النتيجة بقبول أحد المتناقصين في السنة التالية، توريد الإعاشة بأسعار أقل من أسعار السنة محل التظلم، وبما أنه قد ثبت أن ارتفاع الأسعار لم يؤثر تأثيراً يذكر على سعر الإعاشة وكان طلب التعويض في غير محله فلذلك ترى الوزارة عدم أحقية المتظلمين في التعويض، وبعد اطلاعه على توصية اللجنة الإدارية تقرر: تأييد رأي وزارة المالية والاقتصاد الوطني المشار إليه أعلاه في عدم أحقية المتعهدين للتعويض)) (السويلم، ١٤٢٧هـ: ص ٣٨٠، المتيهي، ٢٠٠٣م: ص ٦٨٠).

المطلب الثاني: تطبيقات نظرية الظروف الطارئة من

خلال اجتهادات ديوان المظالم

لقد كان إنشاء ديوان المظالم وذلك بعد صدور أول نظام له ^(٢٨) بمثابة خطوة مهمة وجوهرية لتوجه المملكة العربية السعودية نحو تبني النظام القضائي المزدوج (رسلان، ١٩٨٤م: ص ٣٦)، إلا أنه بالنظر

(٢٨) الصادر كما بينا سابقاً بالمرسوم الملكي رقم ٧٨٥٩/١٣/٧ وبتاريخ ١٣٧٤/٩/١٧هـ، الموافق (بتاريخ ١٩٥٥/٥/٩م).

لمحدودية اختصاصه بالتصدي للمنازعات الإدارية بشكل عام واقتضاه أن ذاك - وفقاً للمادة الثانية من هذا النظام - على " تلقي الشكاوى والتحقيق فيها مع اقتراح (مشروع قرار) يرسل إلى الجهة (الإدارية) المعنية التي لها أن تقبله أو ترفضه مع إبداء الأسباب، حينئذ يرفع الأمر إلى المقام السامي ليأمر بما يراه " (الزين، ١٩٩٩م : ص ١٢ و ١٣). فلم يكن ديوان المظالم يملك الصلاحية الكاملة في نظر منازعات العقود الإدارية، وبالتالي فمجال تطبيقاته لنظرية الظروف الطارئة كان محدوداً تاركاً قصب السبق في ظهورها وتطبيقاتها لمجلس الوزراء الذي كان له الاختصاص الرئيس بالبت بالمنازعات الإدارية باعتباره السلطة الإدارية العليا كما بينا سلفاً.

لقد توسعت بالتدرج اختصاصات ديوان المظالم، فتوالى الأنظمة والقرارات والأوامر السامية على منحه اختصاصات جديدة ومتنوعة بالفصل النهائي بالمنازعات الإدارية وبالمشاركة مع مجلس الوزراء (الدغثر، ١٩٨٩م، ص ٨٧ وما بعدها)^(٢٩)، والاشتراط أحياناً مصادقة رئيس مجلس الوزراء على قراراته حتى تصبح نهائية، فتزايدت إحالة القضايا الإدارية إليه من قبل المقام السامي ومجلس الوزراء.

(٢٩) خصوصاً بعد صدور الأمر السامي رقم ٢٠٩٤١ بتاريخ ٢٨ / ١٠ / ١٣٨٧ هـ، الموافق (٢٩ / ٠١ / ١٩٦٨ م)، الذي منع المحاكم العامة الشرعية (العادية) من النظر في المنازعات التي تثار بين الإدارة والأفراد.

ومن أوضح القضايا القديمة التي طبق الديوان فيها هذه النظرية قضية الشركة الفرنسية التي كانت قد رست عليها عملية إنشاء طريق بري، ثم حدثت أثناء التنفيذ ظروف طارئة وغير متوقعة زادت من أعبائها نتيجة لحرب الأيام الستة وإغلاق قناة السويس ونتيجة لإضراب عمال الموانئ ثم الإضراب العام في فرنسا عام ١٩٦٨م (البنا : ص ٢٣٨)^(٣٠).

وعلى الرغم من صدور قرار مجلس الوزراء الشهير رقم ٨١٨ لسنة ١٣٩٦ هـ (١٩٧٦م) والذي حد من بعض اختصاصاته في النظر والبت النهائي في بعض المنازعات الإدارية، ومنح الاختصاص لديوان المظالم للتصدي والبت النهائي في دعاوى التعويض المقدمة من المتعاقدين مع الإدارة دون الرجوع إليه وذلك متى ثبت أن هناك ضرراً أو خسارة فعلية قد لحقت بالمتعاقدين من جراء خطأ أو تقصير ينسب للإدارة، أما إذا كان الضرر لأسباب لا دخل لإرادة الجهة الإدارية فيه، فإن ديوان المظالم ألزم بأن يحكم برفض الدعوى شكلاً إلا إذا كانت القضية محالة إليه بناء على أمر سامي أو قرار من مجلس الوزراء. وعليه فإن الديوان كان مقيّد الاختصاص في سلطة النظر والتصدي لقضايا طلبات التعويض القائمة على أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا بشرط استئذان المقام السامي أو صدور قرار من مجلس الوزراء بهذا

(٣٠) قرار لجنة تدقيق القضايا رقم ٧٦٧ في ١٩ / ٦ / ١٣٩٢ هـ.

الخصوص ويجب أن يقدم من رافع الدعوى^(٣١).

إذا واستثناء من قيد الاختصاص المذكور، فإن ديوان المظالم كان ينظر في دعاوى التعويض المبنية على الظروف الطارئة وذلك في حالات فردية تحال إليه بأوامر سامية أو بقرار من مجلس الوزراء. ومع تطور وتوسع اختصاصاته وفضلاً عن تزايد انتماء العديد من ذوي الاختصاص في المنازعات الإدارية الى جهازه وتنظيمه، تعددت المناسبات التي تصدى فيها إلى قضايا تنبئ بتوفر مبررات لتطبيق هذه النظرية. بل إنه بعد الأخذ بالاعتبار لقواعد الشريعة الإسلامية تكفل في بعض قراراته بشرح وتفسير قواعد هذه النظرية طبقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري المعاصر والمقارن في هذا الشأن، سواء تعلق الأمر بمفهوم الظرف الطارئ المفاجئ أو شروطه أو الأضرار وما تخلفه من خسائر فادحة أو التعويض وما يشمل من خسائر وأرباح ومقدار مساهمة الإدارة فيه إلى

(٣١) لقد توالى صدور العديد من الأوامر السامية وقرارات مجلس الوزراء التي أحالت قضايا المطالبة بالتعويض على أساس مبادئ وأحكام نظرية الظروف الطارئة الى ديوان المظالم للبت فيها بصفة نهائية، ومن هذه القرارات ما أفصحت عنه لجنة تدقيق القضايا بديوان المظالم في قرارها رقم (٥) لعام ١٣٩٩هـ الموافق (١٩٧٩م) المنشور في مجموعة المبادئ الشرعية الصفحة ٤٥٠ بقولها ((... من حيث إن الثابت من قرار مجلس الوزراء رقم ٣٠٣ وتاريخ ١٣٩٨/٢/٢٩هـ الموافق ١٩٧٨/٢/٧م) الذي عرضت بموجبه هذه القضية على الديوان أن يتم الفصل فيها طبقاً لأحكام نظرية الظروف الطارئة، ومن ثم فإن أحكام هذه النظرية حسبما تواضع عليه الشراح هي مرد الفصل في المنازعة وذلك هو معتمد لجنة التدقيق في هذا القرار)).

غير ذلك من مبادئ وقواعد هذه النظرية.

وكأبرز مثال مهم يوضح موقف ديوان المظالم من تطبيق هذه النظرية ومفهومها ومضمونها وذلك من خلال ما عرض عليه من قضايا طلبات تعويض ناشئة نتيجة ظروف طارئة سببت أضراراً للمتعاقد مع الجهات الإدارية مكن الديوان للتصدي لها بعد الحصول على إذن خاص بنظرها (استثناء من قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨)، نستشهد بقراره (في القضية رقم ١٢٩ / ق لعام ١٣٩٨هـ، ١٩٧٨م) الذي تضمن تعريفاً دقيقاً للنظرية وتحديداً لشروط تطبيقها، حيث جاء فيه: "مفاد نظرية الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة حسبما وضع أصولها وقواعدها فقه القضاء الإداري، أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أو طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته، وكان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقد عن التقدير المعقول فنشأت عنها خسارة جسيمة تتجاوز في فداحتها الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً" مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا خلال عام ١٤٠٠هـ (١٩٨٠م): ص ٣^(٣٢).

(٣٢) كما جاء في قرار ديوان المظالم (في القضية رقم ١٨/٣٢ لعام ١٣٩٧هـ)، "أن إغلاق الحدود السورية اللبنانية يدخل في نظرية الظروف الطارئة مما يعطي المتعاقد الحق في التعويض عما =

وبقرار آخر أكد ديوان المظالم رسوخ الأخذ بمبادئ وقواعد وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة طبقاً لما هو مستقر ومتفق عليه في الفقه والقضاء الإداري المقارن، وذلك بالقرار التالي : حيث ورد فيه ((... وغالباً ما يكون الدائن هو جهة الإدارة وهذا الالتزام هو أن يدفع الدائن تعويضاً لكفالة تنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً، متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تثقل كاهل هذا المدين بخسارة يمكن اعتبارها قلباً لاقتصاديات العقد، ومن هنا يجب لاستحقاق المتعاقد مع جهة الإدارة هذا التعويض عن الأعباء الخارجة عن العقد طبقاً لتلك النظرية توافر الشروط الآتية : أولاً- أن يكون الحادث أو الظرف الطارئ قد وقع بعد التعاقد وخلال المدة المحددة لتنفيذ العقد لا بعد ذلك، ثانياً- أن يكون الحادث أو الظرف أجنبياً عن المتعاقدين أي مستقلاً عن إرادتهما، ثالثاً- أن يكون الظرف أو الحادث غير متوقع، ولم يكن في حسابان المتعاقدين ونيتهما المشتركة عند إبرام العقد أي لم يكن في الإمكان توقعه، رابعاً- أن التعويض لا يستحق إلا إذا انقلبت اقتصاديات العقد بمعنى أنه يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في فداحتها الخسارة العادية المألوفة في التعامل التي يتحملها أي متعاقد وعلى هذا المقتضى إذا تخلف أي من تلك

=أصابه من أضرار بسبب تلك الحوادث الاستثنائية وذلك بناء على النص في العقد على أحقية المفاوض في التعويض بسبب الحروب واستناداً لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار".

الشروط انتفى مناط إعمال نظرية الظروف الطارئة^(٣٣) ((مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية لعام ١٤٠١هـ (١٩٨١م) : ص ٢١ و ص ٢٢ و ص ٩٢). كما عرف ديوان المظالم مبدأ كيفية تقدير التعويض واحتسابه في نظرية الظروف الطارئة، وقرر أن : ((... الإدارة وإن كانت ملزمة بتعويض المتعاقد عندما تتحقق شروط نظرية الظروف الطارئة، إلا أن ذلك لا يشمل كامل الخسارة وإنما يقتصر على تحمل جزء منها بحيث يترتب على ذلك التحمل رد الخسارة إلى الحد المعقول والقدرة المحتملة، وأنه عندما يتم توزيع عبء الخسارة بين طرفي العقد تراعي اعتبارات متعددة منها النتائج النهائية للمشروع ولا يدخل في حساب تلك الخسائر الأرباح المحتملة في المستقبل كما أن الإدارة لا تشارك المتعاقد معها إلا في الفرق بين الخسارة العامة المحتملة والخسارة التي تتجاوز الحد المعقول للأسعار دون أن تشاركه في كامل الخسارة أو

(٣٣) وجدير بالذكر أن قضاء الديوان يشترط في هذه الحالة استمرار المتعاقد في التنفيذ أثناء مواجهته للظرف الطارئ، وقد عبرت عن ذلك لجنة التدقيق بقولها : (إن الظرف الطارئ لا يحرر المتعاقد من التزاماته ؛ لأن هذا الالتزام مع صيرورته مرهقاً إلا أنه ممكن، ويترتب على ذلك أنه يتعين على المتعاقد الذي يريد الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة أن يواصل تنفيذ التزاماته رغم الظرف الطارئ ما دام التنفيذ في ذاته ممكناً، ولم يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة تحول دون التنفيذ، فإذا توقف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته استناداً إلى الظرف الطارئ، فإنه يتعرض لتوقيع الجزاءات المقررة، ولا يجديه نفعاً الاحتجاج بهذا الظرف الطارئ).

بنظر الدعاوى الإدارية ويصدر أحكاماً قضائية ملزمة تحوز قوة الأمر المقضي به.

المبحث الثاني: تطبيقات نظرية

الظروف الطارئة بعد عام ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م

مع التطور الملحوظ في التنظيم والنشاط الإداريين في المملكة العربية السعودية تم تجاوز المراحل السابقة بخطوة هامة في استقلال القضاء الإداري السعودي وتحقيق ذاتيته الخاصة، وذلك بعد صدور نظام جديد لديوان المظالم نسخ نظامه السابق (المرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ الموافق ١١/٥/١٩٨٢م المادة الأولى) ليصبح بعده هيئة قضاء إداري مستقل ومفوض يصدر أحكاماً قضائية ملزمة تحوز قوة الأمر المقضي به. وعليه يقتضي هذا المبحث التعرف أولاً على النصوص النظامية الخاصة بالعقود الإدارية في هذه المرحلة وعلى مدى وجود تطور لتطبيقات نظرية الظروف الطارئة مقارنة بالمرحلة السابقة (المطلب الأول)، ومن ثم التعرف على تطور تطبيقات ديوان المظالم وفق اجتهاداته لهذه النظرية بعد أن اعتبر جهة قضاء إداري مفوض ومستقل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في

الأنظمة السعودية

كما لاحظنا عندما تناولنا المرحلة السابقة أن المنظم السعودي لم يصدر نصوصاً مباشرة تقضي بتطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك عند توافر

تعويضه عما فاتته من ربح ومرد ذلك إلى أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس مبدأ جوهري هو توزيع أعباء الخسارة الفادحة المترتبة على الظرف الطارئ بين الإدارة والمتعاقد وهذه الخسارة الفادحة والاستثنائية التي تصيب المتعاقد مع الإدارة جراء الظرف الطارئ وتقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب لا يمكن التحقق من وجودها إلا بعد إنجاز الأعمال وبهذه المثابة تكون العبرة في توزيع عبء الخسائر بين طرفي العقد بالنتائج النهائية للمشروع التي تحدد مقدار الخسارة وبالتالي ما يجب أن تتحملة جهة الإدارة منها)) (مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية: ص ٣ وما بعدها).

وأخيراً نستنتج من قرارات واجتهادات ديوان المظالم في هذه المرحلة (قبل عام ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢م) رغم كونه قضاءً محجوزاً غير مفوض إلا أنه أكد على تمتعه بقدر كبير من الكفاءة والتطور في فهم وإدراك متطلبات نظرية الظروف الطارئة وغاياتها، بل تميز بالاطلاع الواسع والفهم الصحيح لمبادئ وقواعد القضاء الإداري الحديث كما هو مستقر عليه في القضاء والفقهاء الإداريين في فرنسا ومصر والجزائر والمغرب وتونس وبقية دول نظام القضاء المزدوج. ويبرز ذلك واضحاً من خلال صياغة وتسبيب قراراته، وهذا لاشك تمهيداً للنقلة والمرحلة الجوهرية المهمة التالية (وبإرادة المنظم السعودي) الذي جعلت ديوان المظالم هيئة قضاء إداري مستقل ومفوض (بعد عام ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢م) وصاحب الاختصاص الأصيل

عن قوة القاهرة أو حادث طارئ أو بسبب لا دخل لإرادة المتعاقد فيه ، مراعيًا في هذا النص الظروف الطارئة التي قد يتعرض لها المتعاقد ولم تكن في حسبانها ، وقرر بالتالي إمكانية إعفائه من غرامة التأخير (شفيق : ص ٢٥٧).

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن الجهات الإدارية قد تضمن عادة عقودها نصوصاً بخصوص مواجهة بعض الظروف التي قد تطرأ في المستقبل وتؤدي إلى إرهاق المتعاقد ، وتضع حلولاً تخفف من أعبائه وبالأخص الأعباء التي تترتب على فرض رسوم جديدة أو زيادة الرسوم القديمة. وتطبيقاً لهذا الاتجاه نصت المادة (٦٠) من نموذج عقد الأشغال العامة (قرار مجلس الوزراء رقم (١٣٦) وتاريخ ١٣ / ٨ / ١٤٠٨ هـ الموافق (١٩٨٨/٢/١ م)) ، على أنه "... في حالة تعديل الضرائب والرسوم في المملكة بالزيادة أو النقص بعد تاريخ تقديم العطاء فتزداد قيمة العقد أو تنقص حسب الأحوال بمقدار الفرق ، على أنه يشترط لدفع الفرق الناتج عن زيادة الرسوم الجمركية أن يثبت المقاول أنه قام بدفع الفرق الزائد من الرسوم نتيجة لتوريد مواد مخصصة لأعمال العقد بعد تعديل الرسوم بالزيادة..." (المتيهي ج ٢ : ص ٦٨٣ ، شفيق : ص ٢٦٠). ومن التطبيقات النظامية التي يمكن الاستشهاد بها بخصوص نظرية الظروف الطارئة ، ما جاء بنص المادة الأربعين -وتحت عنوان المخاطر الخاصة -من أنموذج عقد التشغيل والصيانة والنظافة (قرار مجلس

شروطها في منازعات العقود الإدارية ، إلا أن بعضاً من النصوص^(٣٤) تشير وبصورة غير مباشرة إلى جواز الأخذ ببعض شروط وآثار هذه النظرية. وباعتبار أن ديوان المظالم أصبح جهة قضاء إداري مفوض (بعد سنة ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م) فهذا جدير بالتعرف على موقف المنظم السعودي من هذه النظرية في هذه المرحلة الممتدة إلى وقتنا الحالي وعلى مدى وجود تطور نظامي لتطبيقاتها.

صدر قبيل هذه المرحلة (واستمر بعدها لفترة طويلة) نظام جديد خاص بتنظيم العقود الإدارية بالمملكة العربية السعودية باسم نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها (نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ١٤ في ١٣٩٧/٤/٧ هـ الموافق (١٩٧٧/٣/٢٧ م)) ألغى بموجبه نظام المناقصات والمزايدات السابق والصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٦ وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٤ هـ الموافق (١٩٦٦/٦/١٣ م). لم يأت هذا النظام بشيء جديد عما جاء به النظام السابق بخصوص تطبيقات نظرية الظروف الطارئة مؤكداً على موقف المنظم السعودي تجاه الأخذ ببعض أفكار ومبادئ نظرية الظروف الطارئة للعقد الإداري ، حيث كرر (المادة التاسعة فقرة أ ، ج) إثبات حق المتعاقد بالإعفاء من غرامة التأخير متى كان هذا التأخير ناتجاً

(٣٤) انظر : المطلب الأول من المبحث الأول.

واجتهادات القضاء الإداري السعودي لتحقيق مقتضيات العدالة ومصلحة المرافق العامة بخصوص تطبيق نظرية الظروف الطارئة. فالمادتان الحادية والخمسون والثانية والخمسون منه، أجازتا للإدارة تمديد العقد والإعفاء من غرامة التأخير إذا كان التأخير ناتجاً عن ظروف طارئة أو بسبب أجنبي خارج عن إرادة المتعاقد، وهاتان المادتان تماثلان نص المادة التاسعة من النظام السابق^(٣٥).

وأخيراً يؤخذ على النظام الجديد عدم النص على أحكام مباشرة تكفل التوازن المالي للعقد الإداري بخصوص تطبيق نظرية الظروف الطارئة^(٣٦) بخلاف ما

الوزراء (٢٦٨) وتاريخ ١٤/٢/١٤٢٥هـ الموافق (٢٠٠٤/٠٤/٠٥م))، و المادة الخامسة والخمسون من النموذج عقد الأشغال العامة، بتحديد مفهوم للمخاطر الخاصة، بأنها الحرب وأعمال الغزو من قوات معادية والأعمال العسكرية وما شابهها، يعفى المقاول عن مسئولية تعويض أي تخريب أو تدمير للأعمال والممتلكات الخاصة بصاحب العمل أو الغير، أو أي عطل أو ضرر يلحق بالغير، أيأ كان بالأرواح أو بالأموال متى كان ناشئاً بسبب المخاطر الخاصة، وقررت حق المقاول في أن يعوضه صاحب العمل عن الأعمال والمواد التي خصصها للعمل إذا أصابها تخريب، ويفهم من النص المتقدم انه تعريف اتفاقي للمخاطر غير المتوقعة التي تندرج تحت نطاق نظرية الظروف الطارئة، وهو نص جيد يكشف عن موقف المنظم السعودي وحرصه وسعيه لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري (السويلم : ص ٣٧٢).

صدر نظام جديد باسم نظام المنافسات والمشتريات الحكومية (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٨) تاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ الموافق ٢٦/٩/٢٠٠٦م) (حل محل نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها) وهو النظام الحالي المطبق الآن والخاص بالعقود الإدارية، ويلاحظ أيضاً انه لم يأت بمجديد جوهري يختلف عن النظام السابق ليواكب تطورات وتطلعات الادارة وتنظيماتها ونشاطها وأهدافها

(٣٥) الجدير بالذكر أن المادة الثامنة والسبعين (فقرة أ/ب)، قضت بتشكيل لجنة بقرار من وزير المالية تتولى النظر في طلبات التعويض المقدمة من المقاولين والمتعهدين وكذلك من هذا بلاغات الغش والتحايل والتلاعب وقرارات سحب العمل، ويفهم أن اللجوء الى هذه اللجنة هو جوازياً وفق (المادة ٥٢ من النظام) أو التوجه مباشرة الى ديوان المظالم ، وحين يتم اختيار اللجوء إليها، يشترط أن يلجأ أولاً إلى الجهة المتعاقدة لطلب التعويض، فإن لم يقتنع المدعي بما تنتهي إليه الجهة (المادة ١٥٢ من اللائحة التنفيذية للنظام) جاز له اللجوء إلى اللجنة، وإذا ثبت لدى هذه اللجنة أحقية المقاول أو المتعهد، تصدر قرارها في دفع التعويضات ويكون هذا القرار قابلاً للاعتراض عليه أمام ديوان المظالم خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه لصاحب الشأن.

(٣٦) مثل التطبيق الذي قام به المشرع المصري، بإصدار قانون رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات، والذي نص في المادة ٢٢ مكرراً (١) على أنه: " في العقود التي تكون مدة=

كان يؤمل منه بعد التطور والازدياد الذي حصل في مجال التنظيم والنشاط الإداريين السعوديين و مجال تنظيم واختصاص القضاء الإداري السعودي. وجدير أن نشير في هذا السياق إلى مؤشر إيجابي يمهد لإصدار أو تعديل نظامي شامل وجديد بخصوص تطبيق هذه النظرية وذلك بعد أن صدر قرار مجلس الوزراء السعودي (رقم ١٥٥ بتاريخ ١٤٢٩ / ٦ / ٥ هـ الموافق ١٠ / ١٠ / ٢٠٠٩ م) الخاص بتخفيف الأضرار التي لحقت بقطاع المقاولين وتعويضهم عما لحقهم من ارتفاع في أسعار مواد البناء وذلك بتشكيل لجنة^(٣٧) لوضع آلية واضحة ومحددة لتعويض المقاولين عن الزيادة التي طرأت على الأسعار وفق تصنيف العقود حسب طبيعتها، على أن يقتصر النظر فقط في التعويض على بنود العقد الخاصة بالخرسانة المسلحة والإسمنت والحديد والأخشاب والكيابل.

المطلب الثاني: تطبيقات نظرية الظروف الطارئة من

خلال اجتهادات ديوان المظالم

قد مرّ بنا (في المطلب الثاني من المبحث الأول)

كيف أن ديوان المظالم في تلك المرحلة أصدر العديد من القرارات الشهيرة التي تضمنت العديد من مبادئ وأحكام نظرية الظروف الطارئة وذلك من خلال القضايا المنظورة أمامه بناءً على موافقات خاصة صادرة بموجب أوامر سامية أو قرارات من مجلس الوزراء، بسبب قيد قرار مجلس الوزراء رقم (٨١٨) وتاريخ ١٧ / ٥ / ١٣٩٦ هـ^(٣٨).

وعلى الرغم من صدور نظام ديوان المظالم رقم م / ٥١ وتاريخ ١٧ / ٧ / ١٤٠٢ هـ — الموافق (١٠ / ٥ / ١٩٨٢ م)، الذي نص بصيغة عامة على اختصاص الديوان بنظر دعاوى التعويض الموجهة ضد الجهات الإدارية دون أن يقتصر هذا الاختصاص على الطلب المستند إلى خطأ. وهذا يعني أن النظام نسخ ما قبله من قرارات لائحية بما في ذلك قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ (١٣٩٦ هـ، ١٩٧٦ م)، إلا أن الديوان (باجتهاد خاطئ منه) استمر بالإبقاء على المبدأ أو التفسير القائم على اعتبار أن اختصاص ديوان المظالم في منازعات العقود الإدارية والخاصة بطلبات التعويض مقصور على الحالات المحددة في القرار ٨١٨، أي ضرورة وجود تقصير من جهة الإدارة سبب الخسارة والضرر المطالب بتعويضه. مبرراً ذلك بأن العدول عن هذا المبدأ الذي استقرت عليه أحكام الديوان في

=تفويضها ستة أشهر فأكثر، تلتزم الجهة المتعاقدة في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقاً للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المطاريف...".

(٣٨) وهو القرار الذي كان يمنع الدوائر الإدارية في ديوان المظالم من قبول دعاوى التعويض على الإدارة إلا بموافقة سابقة من المقام السامي أو مجلس الوزراء.

(٣٧) مشكلة من وزارة المالية ووزارة الاقتصاد والتخطيط، ووزارة التجارة والصناعة، والمياه والكهرباء والتربية والتعليم، والنقل، والصحة، والشؤون البلدية والقروية.

على أن التطور الهام والنقلة المؤثرة تمثلت بصدر قرار من مجلس الوزراء، اعتبر قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ (١٣٩٦هـ، ١٩٧٦م) ملغي بمجرد صدور نظام ديوان المظالم (١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م)، بحيث تم التأكيد على أن اختصاصات الديوان تشمل كافة منازعات العقود الإدارية بما في ذلك طلبات التعويض القائمة على أسباب أو ظروف طارئة غير متوقعة. وكانت بداية أسباب إلغاء القرار رقم ٨١٨ هو ما رفعته رسمياً إحدى دوائر التدقيق الإدارية في ديوان المظالم، موضحة بأنها ترى أن نظام الديوان الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ الموافق (١٠/٥/١٩٨٢م)، نص بصيغة عامة على اختصاصه بنظر دعاوى التعويض الموجهة ضد الجهات الحكومية، دون أن يقتصر هذا الاختصاص على الطلب المستند إلى خطأ، وهذا يعني أن النظام نسخ ما

السنوات الماضية يلزم أو يتطلب صدور قرار لمجلس الوزراء صريح يلغي القرار ٨١٨، فضلاً على أن الغائه يترتب عليه فتح الباب أمام طلبات التعويض القائمة على غير خطأ ينسب للإدارة. وقد عبّر الديوان عن هذا الموقف في كثير من أحكامه بالقول: (... لا يتأتى للديوان النظر في أية مطالبة تقوم على الادعاء بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة، إلا إذا وافق المقام السامي أو مجلس الوزراء صراحة على نظرها طبقاً لأحكام تلك النظرية...) (٣٩).

وقد دام هذا الوضع قرابة العشرين عاماً، كانت الصفة الغالبة لاجتهادات ديوان المظالم بهذا الخصوص هو تكرار إرساء نفس المبادئ والأحكام والشروط والآثار التي استقر عليها وجاءت بها تطبيقاته لنظريات الظروف الطارئة وذلك عند تصديه لقضايا التعويض بالعقود الإدارية بلا خطأ ينسب للإدارة بشرط وجود إذن من المقام السامي أو قرار من مجلس الوزراء (٤٠).

=أصولها وقواعدها فقه القضاء الإداري، أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، فقلبت اقتصادياته وكان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، فنشأت عنها خسارة جسيمة، تجاوزت في فداحتها الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً، وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معها التزاماً جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما". انظر حكم الديوان (رقم ٢٢٤/ت/١ لعام ١٤٢٠هـ، لم ينشر).

(٣٩) ومن ذلك على سبيل المثال والتأكيد، انظر: حكم ديوان المظالم رقم ٤٣٥/ت/١ لعام ١٤٠٩هـ الموافق ١٩٨٩م (لم ينشر)، والذي تضمن "... والحاصل أن المداول توقف عن العمل لمدة سبعة أيام فقط وذلك بسبب هطول الأمطار، وهذا التوقف ثابت بالتحقيق إلا أن الدائرة لا تترخص بنظره والحكم على ما سببه من أضرار وذلك إعمالاً لقرار مجلس الوزراء رقم (٨١٨) لعام ١٣٩٦هـ".

(٤٠) وهذا ما أكدته ديوان المظالم خلال هذه المدة بأحكامه العديدة وأضعا تعريفاً مقبولاً لهذه النظرية ومضمونها، قال فيه: "نظرية الطوارئ غير المتوقعة، أو الظروف الطارئة حسبما وضع =

الظرف الطارئ، فتلحقه بخسائر وأضرار تخل بتوازن عقده المالي.

وبعد أن رُفع الخطر لنظر قضايا التعويضات القائمة على أساس نظرية الظروف الطارئة من تاريخ نفاذ القرار الأخير، بدأت أحكام ديوان المظالم في الصدور وهي تحمل الكثير من التأكيد على المبادئ والأحكام المقررة في هذه النظرية. ومن هذه الأحكام قضية انتهت بالحكم للمدعي بالتعويض عن الظروف الطارئة التي أثرت على تنفيذ عقده وسببت له أضراراً أخلت بتوازن عقده الإداري، وكانت قد رفعت مجدداً بعد صدور قرار مجلس الوزراء الأخير باعتبار القرار رقم ٨١٨ ملغياً منذ نفاذ النظام الحالي للديوان وبالتالي شمول اختصاصه للنظر في قضايا التعويضات (وكان قد سبق للمدعي أن طلب تعويضه عن الأضرار التي لحقت به من جراء حرب الخليج إلا أن الديوان وبحسب التفسير السائد آنذاك التزم بأحكام القرار ٨١٨ فأصدر حكماً برفض طلب التعويض لعدم الاختصاص بناء على القرار المذكور)، ومما جاء في أسباب الحكم : ((... بأنه من الثابت أن مكان العقد مدينة حفر الباطن، وهذه المدينة تأثرت بلا شك بحرب الخليج، وما أعقبه من قيام الحرب التي أثرت سلباً على تنفيذ العقد، وحيث حصر المدعي الأضرار المترتبة عليه بسبب الظرف الطارئ في إزالة البتر والمراسيم التي قام بتنفيذها وفي توقفه عن العمل ومن ثم استطالة أمد التنفيذ مما رتب زيادة في الأجور والمصاريف على

قبله من قرارات بما في ذلك قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨، وتم رفع هذا الرأي بخطاب من معالي رئيس الديوان إلى مجلس الوزراء، وعليه اتخذ المجلس قراره بخصوص ذلك (رقم ٢٥٨ في جلسته المنعقدة بتاريخ ١٩/١/١٤٢١ هـ الموافق ٢٣/٤/٢٠٠٠ م) بناءً على دراسة متأنية من هيئة الخبراء انتهت فيه إلى اعتبار القرار ٨١٨ (١٣٩٦ هـ، ١٩٧٦ م) ملغياً بصدور نظام ديوان المظالم (١٤٠٢ هـ، ١٩٨٢ م)، والذي أصبح الديوان بموجبه قضاءً إدارياً مفوضاً ومستقلاً^(٤١).

وبصدور هذا القرار، فقد زال الخطر عن نظر طلبات التعويض الخالية من الادعاء بوجود تقصير من الجهة الإدارية والقائمة على أساس التعويض طبقاً لنظرية الظروف الطارئة، وهذا لاشك هو عامل وتطور مهم في طمأننة المتعاقد مع الإدارة بالحصول على دعم الجهة الإدارية له ومشاركته في تحمل الصعوبات والعقبات والخسائر التي قد تواجهه دون تقصير وتوقع منهما، قد يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد نتيجة

(٤١) مضمون القرار "إن مجلس الوزراء بحث هذا الموضوع خلال جلسته المنعقدة بتاريخ ١٩/١/١٤٢١ هـ الموافق (٢٣/٤/٢٠٠٠ م)... واطلع على مذكرة هيئة الخبراء رقم ١٤٣ وتاريخ ٨/١١/١٤١٦ هـ الموافق (٦/٤/١٩٩٦ م)، وقد انتهى إلى أن قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ وتاريخ ١٧/٥/١٣٩٦ هـ الموافق (١٦/٥/١٩٧٦ م)، يعتبر ملغياً من الناحية النظامية اعتباراً من تاريخ العمل بنظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢ هـ الموافق (١٠/٥/١٩٨٢ م)".

توالت تبعا أحكام ديوان المظالم المؤكدة على رسوخه بالأخذ بالمبادئ والأحكام المقررة في هذه النظرية وفق تطبيقات القضاء الإداري المقارن وقواعد الفقه الإسلامي. ونستشهد هنا بأحد الأحكام الحديثة الصادرة من ديوان المظالم بخصوص قضية انتهت بتعويض المتعاقد على أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ومما جاء بأسباب الحكم : ((...وحيث إنه بالنسبة لموضوع الدعوى فقد وضع ديوان المظالم من خلال أحكامه تعريفاً مقبولاً لنظرية الظروف الطارئة... فإذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة فإن من حق المقاتل، أو المتعهد، الحصول على معونة الإدارة حتى يتمكن من التغلب على الظروف الطارئة بتحقيق التوازن المالي للعقد، ويواصل تنفيذ التزاماته، حتى لا يتعطل سير المرفق العام، لأن نظرية الظروف الطارئة لا تعفي المتعاقد من الالتزام بتنفيذ شروط العقد، وإنما من شأنها أن تعينه على الوفاء بالتزاماته دون أن يؤدي ذلك إلى إفلاسه، وقد ذكر فقهاء الإسلام رحمهم الله تعالى ما يماثل هذه النظرية وهي الأعذار الطارئة والجوائح... ويلزم للتعويض عن الخسائر الناتجة عن الظروف الطارئة توافر أربعة شروط تستنتج من التعاريف السابقة وهذه الشروط هي :

الشرط الأول: أن يكون العقد الذي تثار هذه النظرية بشأنه متراخياً : بمعنى أن تكون هناك فترة تفصل ما بين إبرام العقد وتنفيذه ولا يكون التراخي في التنفيذ راجعاً إلى خطأ المدين - أو الملتزم - وفي هذا الشرط تتوافق

المعدات والعمالة وفيما يدعي من أضرار شخصية ونفقات تحملها أثناء مطالبته الجهات الرسمية بعد تنفيذ العقد، وقد استدلت الدائرة على أن المدعي قد أنجز من الأعمال ما نسبته ٣٥٪ قبل بدء الحرب، مما سببه الظرف الطارئ من توقف العمل، ومغادرة موظفيه وعماله، وإشغال موقع العمل بسبب هذه الأحداث لتستدل على الأضرار الجسيمة التي أصابت المدعي وأخلت بتوازن عقده المالي، ومن ثم التوصل إلى القناعة باستحقاق المدعي لتعويض من الجهة الإدارية عن خسارته هذه بسبب الظروف الطارئة قدرته بنسبة ١٥٪ من قيمة العقد...))^(٤٢). وبناءً على ما تقدم يمكن القول أن ديوان المظالم في نهجه الجديد قد أعمل شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة بدءاً من توقيت الظرف الطارئ من حيث نشوئه أثناء التنفيذ وخلال المدة العقدية، وأنه كان ظرفاً مفاجئاً غير متوقع وخارجاً عن إرادة الطرفين ودون خطأ أو تقصير منهما، خلف خسائر جسيمة للمتعاقد الذي استمر في تنفيذ العقد رغم هذه الظروف، لذا فقد ألزمت الجهة الإدارية بمد يد العون للمدعي ومشاركته في مواجهة الظرف الطارئ وذلك بتعويضه بنسبة ١٥٪ من عقده عن هذه الأضرار.

(٤٢) انظر: الحكم رقم ١٦٦/ت/١ لعام ١٤٢٣هـ الموافق (٢٠٠٣م) في القضية رقم ٥٠٦ لعام ١٤٢١هـ الموافق (٢٠٠١م)، لم ينشر تأييد هذا الحكم من دائرة التدقيق بقرارها رقم ١٦٦/ت/١ في ١٢/٣/١٤٢٣هـ الموافق (٢٠٠٣م/٢/٤) (غير منشور).

نظرية الظروف الطارئة مع أحكام الأعذار والجوائح في الفقه الإسلامي... الشرط الثاني : أن تجدد بعد إبرام العقد حوادث استثنائية طارئة عامة مثل الزلازل والحروب وارتفاع باهظ في الأسعار وغير ذلك من الأمثلة ، وفي هذا الشرط توافق هذه النظرية أحكام الأعذار والجوائح إذ يشترط الفقهاء أن يكون العذر عاماً كالخوف العام والمطر والقحط وهذه جوائح عامة لا تقتصر أثارها على فرد بعينه ، الشرط الثالث : أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة التي حدثت بعد العقد ليس في الوسع توقعها ولا دفعها ، فإذا أمكن توقعها أو دفعها فلا سبيل إلى التعويض عن الخسائر الناتجة عن هذه الظروف. وفي هذا الشرط توافق نظرية الظروف الطارئة أحكام الأعذار الطارئة والجوائح... الشرط الرابع : أن تجعل هذه الحوادث العامة والظروف الطارئة تنفيذ الالتزام مرهقاً بأن يتعرض الملتزم لخسارة فادحة تفوق المألوف في خسائر التجار فإن كان التنفيذ مستحيلاً فإن الحادث يعتبر قوة قاهرة ينقضي به الالتزام ويفسخ العقد ، وفي هذا الشرط تتوافق هذه النظرية مع أحكام الأعذار والجوائح في الفقه الإسلامي... ، وعلى هذا فإنه متى توافرت هذه الشروط الأربعة فإنه يجب تخفيف بعض الالتزام عن الملتزم أو تعويضه عن الأضرار التي أصابته بسبب هذه الظروف أو الأعذار... وبناءً عليه فقد أصبح بإمكان المتعاقدين مع الإدارة الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة إذا توفرت لديهم شروطها ، وهذا من شأنه أن

يؤمن المتعاقدين ضد مخاطر التقلبات الاقتصادية غير المتوقعة ، والمساهمة في سير المرافق العامة بانتظام.... وحيث إن هذه الزيادة حدثت أثناء التنفيذ ولم تأخذها المدعية بحسبانها عند تقديم عرضها وبذلك تكون زادت على كاهل المدعية في الإنفاق على العقد وحيث إن في تحميل المدعية قيمة تلك الزيادة زيادة في أعبائها المالية بلا مقابل ولا يسوغ تحميلها إياها دون رضاها وفيه إضرار بها يجب رفعه وإزالته عنها لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) وللقاعد الشرعية أن (الضرر يزال) ولا يزول الضرر إلا بتعويض المدعية عما دفعته زيادة عن السعر عند توقيع العقد ، وحيث إن جهة الإدارة وإن كانت ملزمة بتعويض المتعاقد عندما تتحقق شروط نظرية الظروف الطارئة إلا أن ذلك لا يشمل كامل الخسارة وإنما يقتصر على تحمل جزء منها بحيث يترتب على ذلك التحمل رد الخسارة إلى الحد المعقول والقدر المحتمل ، وبما أن تحديد مقدار التعويض الذي تتحمله الإدارة يقرره القضاء الإداري بناء على طلب من المتعاقد في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين ، ويكون التعويض جزئياً وليس كاملاً ، حيث يتحمل المتعاقد جزءاً من العجز المالي الناتج عن تنفيذ العقد خلال فترة الظرف الطارئ ، وحيث إن الزيادة في أسعار الحديد - محل الدعوى - تخل بتوازن العقد وتعرض المدعية للخسارة خصوصاً وأنه لا يد لها في تلك الزيادة وهي خارجة عن إرادتها ولا يمكن توقعها لذا فإن الدائرة (الإدارية)

لها أصول في مبادئ الفقه الإسلامي. كما تبين أن المنظم السعودي كانت له المبادرة المبكرة لتقنين بعض أفكار ومبادئ هذه النظرية، خصوصاً فيما يتعلق بالإعفاء من غرامة التأخر وتمديد العقود، إلا أنه رغم هذا يوجد هناك بعض من القصور التنظيمي، ولا زالت أنظمة العقود الإدارية بالمملكة تفتقد تضمينها نصوصاً صريحة ومباشرة تعالج حالات المطالبة بالتعويض القائمة على أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة. واتضح أيضاً أن جل مبادئ وقواعد نظرية الظروف الطارئة يعود الفضل في إظهارها وتطوير تطبيقاتها في المرحلة الأولى (في كثير من المناسبات التنظيمية والإدارية والقضائية) لمجلس الوزراء عندما كان هو صاحب الاختصاص، وكانت مضامين قراراته هي الأسس التي اعتمد عليها ديوان المظالم عند تصديده لمثل هذه القضايا وذلك خلال المرحلتين المختلفتين المشار إليهما، وهي نفس المبادئ والقواعد التي يتبناها ديوان المظالم الآن في أحكامه القضائية حيث رسخ مبادئ وأحكام نظرية الظروف الطارئة وشروط وأثار تطبيقاتها كما بيناه في هذه الدراسة.

وبناءً على ما تقدم، نوصي أولاً: بإجراء تعديل وإضافة مواد للنظام الرئيس الحالي للعقود الإدارية في النظام السعودي (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) بحيث يتم الأخذ بنصوص صريحة ومباشرة وملزمة تتطابق مع مبادئ وأحكام ومضمون نظرية الظروف الطارئة على ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية وما توصل

تنتهي إلى أحقية المدعية بالتعويض مقابل زيادة أسعار الحديد بما مقداره الثلثين من المبلغ الذي قرره الخبير في تقريره ويتحمل المدعي الثلث الباقي^(٤٣).

خاتمة

إن موضوع بحثنا المعنون بـ: تطور تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في النظام والقضاء الإداريين السعوديين، تطلب اتباع منهجية تمكن من معرفة مفهوم ومضمون هذه النظرية ومبادئها وشروط وأثار تطبيقاتها وفق ما أقره الفقه الإداري والقضاء الإداري المقارن والمعاصر، كذلك البحث عن مدى وجود تطبيقات لها في النصوص النظامية الخاصة بالعقود الإدارية أو وفق اجتهادات ديوان المظالم خلال مرحلتين جوهريتين مر بهما: أولاً- باعتباره قضاءً إدارياً محجوزاً - وثانياً المرحلة الممتدة حتى الآن- باعتباره قضاءً إدارياً مفوضاً- . ولقد اتضح (من خلال هذا البحث) أنه حسب مفهوم ومضمون النظرية كان من الطبيعي أن يكون لها التواجد التطبيقي المتدرج والمتفاعل منذ تأسيس المملكة العربية السعودية وذلك من أجل معالجة حالات حدوث الظروف الطارئة وقت التعاقد مع الجهات الإدارية، حيث إن فكرتها تقوم على توخي تحقيق مقتضيات العدالة والمصلحة العامة، بل هي تطبيق حقيقي لقواعد

(٤٣) انظر حكم محكمة الاستئناف الإدارية بالرياض رقم ٤/٣٣٥ لعام ١٤٣٣هـ الموافق (٢٠١٢م)، (غير منشور).

واستقر عليه ديوان المظالم من مبادئ وأحكام بهذا الخصوص ، فضلا عن الاسترشاد بتطورات التشريع والفقه والقضاء الإداريين المقارنين آخذين بالاعتبار أننا في عصر الأزمات والتغيرات والحوادث الطارئة^(٤٤) . كما نوصي ثانياً : بإعادة النظر من قبل ديوان المظالم عند تقدير التعويض عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة وضرورة تحديد مفهوم واضح للخسارة الجسيمة وكيفية إثباتها حتى يتسنى تحديد مقدار مساهمة الإدارة بالتعويض بشكل عادل ، حيث لوحظ تفاوت واختلاف اجتهادات أحكام الديوان حيال ذلك. وأخيراً : يجذب من ديوان المظالم قيامه كل عام على الأقل بتصنيف أحكامه القضائية التي صدرت ونشرها حتى يستفيد منها الباحث والمختص والمهتم .

المراجع

المراجع باللغة العربية

الأعرج ، محمد . القانون الإداري المغربي . ج ١ . منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، ٢٠١٠م .

(٤٤) نشير حالياً إلى تشكيل لجنة ، بناءً على توصية من اللجنة العامة لمجلس الوزراء برقم (٥١٧/١) وتاريخ ٢٧ / ٠٤ / ١٤٣٣هـ الموافق ٢١ / ٠٣ / ٢٠١٢م (يمثلها عدة جهات حكومية منها وزارة المالية وهيئة الخبراء فضلاً عن ديوان المظالم) ، لدراسة وتعديل بعض مواد هذا النظام (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) ومنها ما يخص قضايا التعويض لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري .

البناء ، محمود عاطف . العقود الإدارية . الرياض : مطبعة دار العلوم للطباعة والنشر ، ١٩٨٤م .
الترماني ، عبد السلام . نظرية الظروف الطارئة . دار الفكر العربي ١٩٧١م .
الحلو ، ماجد راغب . العقود الإدارية . دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٧م .
الدغيش ، فهد . دروس بالقضاء الإداري السعودي . مذكرات مطبوعة بالآلة الكاتبة ، الرياض ، ١٩٨٩م .
الزبن ، عبدالعزيز . ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية ومراحل تطوره . الرياض : مطبعة ديوان المظالم ، ١٩٩٩م .
السنهوري ، عبد الرزاق . الوسيط في شرح القانون المدني . دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٦٤م .
السنهوري ، عبد الرزاق . مصادر الحق في الفقه الإسلامي . جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العربية العالية ، ١٩٥٤م .
السويلم ، علي . فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية . مكتبة الرشد ١٤٢٧هـ .
الشقاوي ، عبد الرحمن . تطوير أنظمة الحكم والإدارة وجهود التنمية الإدارية في المملكة العربية السعودية . معهد الإدارة العامة ، ٢٠٠٩م .
الشرقاوي ، سعاد . العقود الإدارية . القاهرة : دار النهضة العربية ٢٠٠٣م .

- الشريف، عزيزة. دراسات في نظرية العقد الإداري. دار النهضة العربية ١٩٨١م.
- الشلهوب، عبد الرحمن. النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية بين الشريعة الإسلامية والقانون المقارن. الرياض: مطبعة سفير، ٢٠٠٥م.
- الطماوي، سليمان. الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة عين شمس. القاهرة: الطبعة الخامسة، ١٩٩١م.
- العمران، عبد الله. دروس في القانون الإداري. الرياض: مذكرات مطبعة معهد الإدارة، ١٩٧١م.
- المغربي، محمود. المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية. لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، ١٩٩٨م.
- المرزوقي، محمد بن عبد الله. السلطة التنظيمية في المملكة العربية السعودية. الرياض: مكتبة العبيكان، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- النعمي، فاضل شاكر. نظرية الظرف الطارئة بين الشريعة والقانون. بغداد: مطبعة دار الجاحظ ١٩٦٩م.
- الوهيبي، عبد الله. القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية. مطابع الحميضي، ٢٠١١م.
- أبو سيت، محمد حشمت. نظرية الالتزام في القانون المدني. ط٢. بمطبعة مصر، ١٩٥٤م.
- بدوي، ثروت. النظرية العامة في العقود الإدارية. دار النهضة العربية، ١٩٩٤م.
- بو عشيق، أحمد. المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة. دار النشر المغربية. الدار البيضاء، ٢٠٠٤م.
- جابر، جاد نصار. العقود الإدارية. ط٢. القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.
- جعفر، محمد أنس قاسم. العقود الإدارية. ط٨. دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.
- حسن، عبد الفتاح. دروس في القانون الإداري السعودي. الرياض: مذكرات لمعهد الإدارة، ١٩٧٣م.
- حلمي، محمود. العقود الإدارية. دار النهضة العربية ١٩٧٧م.
- خليفة، عبد العزيز. الأسس العامة للعقود الإدارية. دار الفكر العربي، ٢٠٠٧م.
- رسلان، أنور. القانون الإداري السعودي. معهد الإدارة العامة، ١٩٨٤م.
- سلامه، وهيب عياد. دروس في العقود الإدارية مع التعمق. دار النهضة، ٢٠٠٠م.
- شفيق، علي. الرقابة القضائية على أعمال الإدارة. الرياض: معهد الإدارة العامة، ٢٠٠٢م.

رسالة ماجستير مقدمة لجامعة نايف للعلوم
الأمنية ، ٢٠٠٩ م.

المقالات

قباني، محمد رشيد. "نظرية الظروف الطارئة في الفقه
الإسلامي والقانون الوضعي : بحث مقارنة".
مجلة مجمع الفقه الإسلامي. السنة الثانية العدد
الثاني.

الأنظمة واللوائح

النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم
أ/٩٠ بتاريخ ٢٧ / ٨ / ١٤١٢ هـ —
(٢/٣/١٩٩٢ م).

نظام مجلس الوزراء الصادر بالأمر الملكي رقم أ/١٣
بتاريخ ٣ / ٢ / ١٤١٤ هـ (٢٣/٧/١٩٩٣ م).

نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم
٧/١٣/٧٨٥٩ الصادر بتاريخ
١٧/٩/١٣٧٤ هـ الموافق (٠٩ / ٠٥ / ١٩٥٥ م).

نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١
وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢ هـ الموافق
(١٠/٥/١٩٨٢ م).

نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٧٨
وتاريخ ١٩/٠٩/١٤٢٨ هـ الموافق
(١٠/١٠/٢٠٠٧ م).

نظام مجلس الوزراء الصادر بالأمر الملكي رقم أ/١٣ في
٣/٣/١٤١٤ هـ الموافق (٢٠/٨/١٩٩٣ م).

عبد الحميد، منصور نصر. نظرية الظروف الطارئة
وآثارها على الالتزام العقدي في القانون المدني
والفقه الإسلامي ودراسة مقارنة. الناشر جامعة
الأزهر، ١٩٨٥ م.

علي، ابراهيم محمد. آثار العقد الإداري. القاهرة:
مطبعة الاخوة، ١٩٩٧ م.

مهنّا، محمد فؤاد. القانون الإداري العربي.
الإسكندرية : منشأة المعارف، ١٩٦٤ م.

الرسائل

عبد المولى، علي محمد علي. "الظروف التي تطرأ
أثناء تنفيذ العقد الإداري." رسالة دكتوراه. كلية
الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٩١ م.

المتيهي، عبدالعزيز محمد. "دعوى التعويض الناشئة
عن المسئوليتين التقصيرية والعقدية وتطبيقاتها في
الفقه والقضاء الإداري." رسالة دكتوراه مقدمة
للمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن
سعود الإسلامية — ١٤٢٤ هـ (٢٠٠٣ م).

ياقوتة، اعليوات. "النظرية العامة للعقد الإداري
الصفقات العمومية." رسالة مقدمة لنيل درجة
دكتوراه الدولة في القانون العام كلية الحقوق.
الجزائر: جامعة منتوري قسنطينة، السنة
الجامعية ٢٠٠٨ م، ٢٠٠٩ م.

التويجري، عبد العزيز. "دور مجلس الوزراء في سن
الأنظمة واللوائح بالملكة العربية السعودية."

أحكام غير منشوره (ديوان المظالم).

المراجع باللغة الفرنسية

الكتب والرسائل

- De Laubadère (A.), Moderne (F), Delvolvé (P), Traité des contrats administratifs T2, LGDJ, Paris 1984.
- Chapus (R), Droit administratif. Montchrestien, Tome 1, 13e ed, 2001.
- Hachich (A.), La Théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs, étude comparée du droit Français et du droit de la République Arabe, Univ. Caen, France 1962.
- Guglielmi (G), Droit des services publics, une introduction, Montchrestien (coll. Domat) Paris, 2011..
- Lachaume (J.F), Grands services pulics, Masson, 1989.
- Long (M.), Weil (P), Delvolvé (P), Generois (B), les grands arrêts de la jurisprudence administrative..., Dalloz, Paris, 18 e édition, 2011.
- Richer (L.), Droit des contrats administratifs, LGDJ 5ème édition, Paris 2006.
- Trotabas (L), Manuel de droit publics et administratif, 20e éd. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1991.

الأحكام القضائية والمقالات

- CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d' éclairage de Bordeaux, R, 125, concl. Chardenet; D, 1916, 3, 25, Chardenet; S, 1916, 3, 17, concl. Chardenet, note Hauriou; RDP, 1916, 206, concl. Chardenet, 388, note Jèze.
- CE, 9 décembre 1932, Compagnie des Tramways de Cherbourg, R, 1050, RDP, 1933, 117, concl. Josse, not Jèze.
- CE, 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, R, 359; D, 1950, 59, note Blaevoet; S, 1950, 3, 61, note Mestre.
- CE, Sect., 12 mars 1976, département des Hautes-Pyrénées c./ Société Sofilia, R, 155; AJDA, 1976.
- CE, 13 février 1985, Sainrapt et Brice, RDP, 1985, 1702 : difficultés de recruter de la main-d'œuvre non imprévisibles.
- CE, 29 mars 1985, Sté française de travaux publics Fougerolle, RDP, 1985, 702 : hausse des prix n'entraînant pas un bouleversement des conditions d'exécution du contrat.

نظام المزايدات الصادر بالأمر السامي رقم ٥٥١٠ في ١٣٦١/٤/١٧ هـ الموافق (١٩٤٢/٥/٣ م).

نظام المناقصات العلنية الصادر بالأمر السامي رقم ٨٤٢٧ في ١٣٦١/٧/٣ هـ الموافق (١٩٤٢/٧/١٦ م).

نظام المناقصات والمزايدات الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦ ولتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٤ هـ الموافق (١٩٦٦/٦/١٣ م).

نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ في ١٣٩٧/٤/٧ هـ الموافق (١٩٧٧/٣/٢٧ م).

نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٨) تاريخ ١٤٢٧/٩/٤ هـ الموافق ٢٠٠٦/٩/٢٦ م.

اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بقرار وزير المالية رقم (٣٦٢) وتاريخ ١٤٢٨/٢/٢٠ هـ الموافق ٢٠٠٧/١٠/١٠ م.

الأحكام القضائية

مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، ديوان المظالم، نشر مكتب الشؤون الفنية، ١٤٢٧ هـ (٢٠٠٧ م).

مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية لعام ١٤٠١ هـ (١٩٨١ م)، ديوان المظالم، مطابع معهد الإدارة ١٤٠٦ هـ (١٩٨٦ م).

Development applications of the theory of emergency circumstances in Saudi Administrative law and justice

Fahad I. Al-Dhwayan

*Associate Professor of Public Law, Public Law
Department, Faculty of Law and political Sciences
The University of Jordan – Faculty of Law*

(Received 05/05/1434 H.; accepted for publication 28/05/1434 H.)

Abstract. This study discuss the study of theory emergency circumstances which removed the administrative judiciary (French Council of State), during the First World War as a result of changed circumstances which concluded in which administrative contracts, causing fatigue Financial to Contracting Party with the administration, and inevitably parking management with this contractor struggling and share losses of in order to achieve the requirements of justice and ensure the proper functioning of public utilities, and this trend was contrary to the settled civil contracts in France (*pacta sunt servanda*). The Saudi legal system based on Islamic law which have not found any difficulties in applying this theory, to verify the realization of justice and restore fiscal balance and fairness contractors with management), For that developed Saudi legislator and Administrative Justice (Diwan Al Madhalim) during his first (before 1982) and the current (after 1982), application the theory emergency circumstances as settled jurisprudence and comparative administrative court and contemporary.

الحماية القانونية لأموال الوقف في النظامين السعودي والمصري^(١)

رضا محمد عيسى

أستاذ القانون المساعد، قسم العلوم الإدارية والإنسانية
كلية الدراسات التطبيقية وخدمة المجتمع، جامعة الملك سعود

قدم للنشر في ١٤٣٣/١١/٢٣هـ؛ وقبل للنشر في ١٤٣٤/٠٥/٢٨هـ

ملخص البحث. يقوم هذا البحث على دراسة موضوع هام وعملي يمس أموال الوقف ألا وهو الحماية القانونية لتلك الأموال بين الواقع والمأمول، نظراً لأن الوقف يعد داعماً هاماً للدولة في المجالات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، ومن ثم نتناول هذا الموضوع بطريقة تأصيلية عملية بهدف توفير الحماية القانونية الفعلية والعاجلة لأموال للوقف، وذلك من خلال ثلاثة محاور رئيسية، المحور الأول يتمثل في تعريف الوقف وأهميته وشروطه وبيان طبيعته القانونية والأسباب التي أدت وتؤدي إلى التعدي على أمواله، والمحور الثاني يقوم على دراسة صور الحماية المدنية والإجرائية والجزائية لأموال الوقف في النظام السعودي وفقاً للأنظمة واللوائح الصادرة في المملكة بشأن الوقف، ثم نتعرف في المحور الثالث على الحماية القانونية بصورها الثلاث في النظام المصري من خلال قوانين ولوائح الوقف المختلفة والمتعاقبة في مصر، التي أثرت على أموال الوقف بالإيجاب تارة وبالسلب تارة أخرى.

المقدمة

صلي الله عليه وسلم، سيد الأولين والآخرين وخاتم

الأنبياء والمرسلين النبي الأمي الذي علّم المتعلمين، ،
وبعد:

يعتبر الوقف من سمات المجتمع الإسلامي ومن
أبرز نظمته في تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية،
ولقد اهتم به الفقهاء ووضعوا له الأحكام التي تضبط
معاملاته بهدف المحافظة على أمواله وتنميتها
واستمرارية تقديم منافعه إلى المستفيدين وفقاً لمقاصد
الواقف الواردة في حجة الوقف الشرعية.

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبقدرته
سبحانه وتعالى يصلح أمر الأرض والسماوات،
والصلاة والسلام على سيد الخلق وحبیب الحق محمد

(١) يشكر المؤلف كرسي الشيخ راشد بن دايل لدراسات الأوقاف
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في المملكة العربية
السعودية لتمويله نشر هذا البحث ضمن برنامج دعم المعرفة
العلمية المتخصصة في عام ١٤٣٣/١٤٣٤هـ.

أهمية موضوع البحث

تعتبر المحافظة على أموال الوقف وتنميته ضرورة بشرية وفريضة شرعية، بهدف استمرارية الوقف في تحقيق أهدافه وتقديم المنافع للمستفيدين منه، ولذلك يعتبر القائمون على أمر إدارة هذه الأموال مسئولين أمام الله عز وجل أولاً، ثم أمام الواقف والمستفيدين والمجتمع، عن أي تقصير أو إهمال أو تعدٍ في استثمارها، وذلك باعتبار الفوائد العظيمة التي تحققها هذه الأموال، ولأنها أموال يراد بها تحقيق الأجور الأخروية.

وتبدو الأهمية العملية لموضوع البحث خاصة مع ندرة الأبحاث والدراسات القانونية في هذا الموضوع وخاصة فيما يتعلق بتوفير الحماية العاجلة للوقف، وقد كان أحدث هذه الأبحاث بحث رسالة ماجستير بعنوان (الحماية الجزائية للتعدي على الأوقاف وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية) للباحث دباس بن محمد إبراهيم الدباسي، التي نوقشت بجامعة نايف للعلوم الأمنية بتاريخ ١٤٢٤/٤/٢٩هـ.

مشكلة البحث

وتبدو مشكلة البحث في ضرورة التركيز على حصر ودراسة وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالوقف للوقوف على مدى توفيرها الحماية القانونية لأموال الوقف، وللوقوف أيضاً على مدى فاعلية وجدوى هذه النصوص في تحقيق الحماية الفعلية لأموال الوقف من التعدي عليها أو النيل منها.

وقد ارتأينا ضرورة إدخال نظام الوقف في مصر في الدراسة باعتباره قد مر بمراحل وظروف تاريخية متنوعة أثرت سلباً وإيجاباً في وضعه القانوني والاقتصادي، وهو ما يتطلب منا دراسة أسباب وصور التعدي على أموال الوقف، ثم بحث الوسائل القانونية لحماية أموال الوقف في كل من النظامين السعودي والمصري، وذلك من خلال النظر والتأمل في تشريعات وقوانين الوقف الحالية، ومن هنا يبرز التساؤل في بداية هذه السطور.

هل قوانين الوقف الحالية كافية لتوفير الحماية اللازمة لهذه الأموال من التعدي عليها؟ أم هي في حاجة إلى إعادة النظر؟

وما هو النظام القانوني المقترح لتوفير الحماية الحقيقية لأموال الوقف في النظامين المصري والسعودي، لكي يؤدي الوقف دوره نحو تحقيق الغاية المرجوة منه، أو التي من أجلها أوجد الوقف؟ وما هي الوسائل المقترحة لتوفير هذه الحماية في الوقت المعاصر؟ وحول الإجابة على هذه التساؤلات يدور البحث في ثلاثة مباحث متتالية وفقاً لخطة البحث التالية.

خطة البحث

ونظراً لأهمية موضوع البحث في الوقت الحالي ولما يرجى منه بوضع احتياطات احترازية لحماية الوقف، وهو ما يشجع بدوره إلى التوسع فيه، ومن ثم فقد رأينا أن نتناول موضوعات البحث في ثلاثة مباحث

الموقوفة، فيقال حبسها ووقفها بمعنى واحد، والوقف والتحبيس والتسبيل بمعنى واحد وهي الصدقة المعروفة^(٢).

وفي الاصطلاح

الوقف هو حبس العين عن أن تكون ملكاً لأحد من الناس وجعلها في حكم ملك الله تعالى والتبرع بريعتها لجهة من جهات الخير تبرعاً لازماً. (الشوكاني، ص١٢٨؛ الجزائري، ١٩٩٥: ص ٣٦٦؛ أبو زهرة، ١٩٧١ م: ص ٥؛ مطلوب، ١٩٩١: ص ٢١٣).

والوقف بهذا المعنى قد يكون من أول الأمر إلى جهة خيرية كالفقراء والمساجد والمستشفيات، وقد يكون الربيع أولاً للواقف مادام حياً، ثم لأولاده من بعده، فإذا انقرضت الذرية يصرف الربيع لجهة يعينها الواقف.

ومن هنا ينقسم الوقف إلى نوعين: وقف خيري وهو ما يصرف فيه الربيع في أول الأمر إلى جهة خيرية، ووقف أهلي (ذري) وهو ما جعل استحقاق الربيع فيه أولاً إلى الواقف مثلاً ثم لأولاده وذريته ثم لجهة بر يحددها. (الإبياري، ١٣٢٩هـ: ص ٢).

أهمية الوقف

ويساهم الوقف بدور فعال وهام في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، حيث يعد مؤسسة فاعله

رئيسية، نتناول في المبحث الأول تعريف الوقف وشروطه وطبيعته القانونية وأسباب التعدي على أموال الوقف وذلك في أربعة مطالب، ثم نتناول في المبحث الثاني الحماية القانونية للوقف في النظام السعودي وذلك في ثلاثة مطالب نتعرف خلالها على صور الحماية المدنية والجنائية والإجرائية لأموال الوقف، ثم في المبحث الثالث نتعرف على صور الحماية القانونية لأموال الوقف في النظام المصري من خلال ثلاثة مطالب متتالية.

ثم نتعرف في ختام على أهم الوسائل العملية لتحقيق الحماية القانونية الفاعلة لأموال الوقف.

المبحث الأول: تعريف الوقف

وشروطه وطبيعته القانونية

وأسباب التعدي عليه

المطلب الأول: تعريف الوقف وأهميته.

المطلب الثاني: شروط الوقف.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للوقف.

المطلب الرابع: أسباب التعدي على أموال

الوقف.

المطلب الأول: تعريف الوقف وأهميته

الوقف في اللغة

والوقف في كلام العرب هو المكث والحبس، ومنه يقال وقف الدار على المساكين وقفاً أي حبسها عليهم، والوقف هو الحبس، ومنه الأرض الحبس أي

(٢) انظر بتوسع: (ابن منظور، ١٤١٧ هـ: ص ٢٧٣؛ الفيروزآبادي، ١٤١٧ هـ: ص ١١٤).

ومؤثرة في إعانة الفقراء والمحتاجين ودعم مشاريع الخير والبر في كافة المجالات التي يحددها الواقف أو يقوم بها ناظر الوقف لاستثمار أمواله، ومن هنا تتضح الأهمية الاجتماعية والاقتصادية لأموال الوقف.

والمتمتع في قراءة تاريخ الحضارة الإسلامية يجد أن الوقف كان له دور بارز في إمداد تلك الحضارة بالمال والإبداع والقوة، مما رعى مسيرتها ومكنها وحافظ على بقائها وكيونتها حتى في أشد الظروف حلقة، فقد قام الوقف بأنشطة كثيرة متعددة غطت أوجه الحياة المختلفة، حيث قام الوقف في الماضي بالدور الذي تقوم به حالياً وزارات التعليم والثقافة بإنشاء المدارس ورعاية الطلبة وتشجيع البحث العلمي وتشيد المكتبات واستنساخ الكتب (الصريح، ١٤٢٥هـ: ص ٢٣).

كما لعب الوقف دوراً هاماً في تركيز قاعدة التكافل الاجتماعي، وخاصة الوقف الخيري، حيث كانت كثير من الأوقاف يصرف ريعها على الفقراء والمساكين والعجزة والمقعدين واليتامى، وتوفر لهم السكن والملبس والغذاء والطمأنينة والأمن، كما ساهم في تأمين المجتمع من الاضطرابات (الأمين، ١٤٠٤هـ: ص ١٠٧).

وقد كان للوقف سبق في دعم الأنشطة العلمية والتكنولوجية سواء في العالم الإسلامي أو غير الإسلامي، حيث كانت هناك أوقاف خصصت غلاتها لتنفق على العلماء المخترعين والمبدعين في شتى

العلوم، فنبغ علماء في الكيمياء والبصريات والفلك والطب والصيدلة بسبب الدعم المستمر من أموال الوقف، وقد تقلص دور الوقف في هذه الميادين في العصر الحديث، هذا في الوقت الذي نجد فيه الغرب قد رصد لهذه الأنشطة الكثير من الدعم مثل جائزة نوبل للعلوم ومجمع كارلنجي التكنولوجي وجامعة أكسفورد (الصريح، ١٤٢٥ هـ: ص ٢٤).

المطلب الثاني: شروط الوقف

الوقف باعتباره تصرفاً صادراً من شخص ينتقل بموجبه مال الوقف من ملكة إلى ملك الله تعالى ولتصدق بريعه في وجوه الخير التي يحددها أو على جهات خير محددة، يلزم توافر شروط خاصة في هذا التصرف من كل جوانبه لكي يكون وقف المال وفقاً صحيحاً وفقاً للشروط الشرعية والقانونية ومن ثم يترتب الآثار الصحيحة على ذلك.

ونوجز شروط الوقف فيما يلي:

- ١ - أن يصدر الوقف من مالك المال أو من يقوم مقامه.
- ٢ - أن يكون المال الموقوف عينا يجوز بيعها والانتفاع بها شرعاً.
- ٣ - أن يكون الوقف على جهة بر ومعروف وقربة لله تعالى.
- ٤ - أن يكون الموقوف عليه محدداً وليس مجهولاً (وأن يكون الوقف على من يصح

كان هذا الوقف غير صحيح، باعتباره تصرف صادر عن غير ذي صفة في مباشرته.

٢- أن يكون المال الموقوف عينا يجوز بيعها والانتفاع بها شرعا

المال الموقوف قد يكون عقارا أو منقولا إلا أنه وفي كل الأموال يجب أن يكون عينا ينتفع بها ويجوز التعامل عليها شرعاً، فلا يصح وقف المحرمات أو على العموم وقف غير المباحات، كالخمر والأصنام وبيوت الميسر والخنزير والميتة والكلب، وكذلك المال المرهون لا يصح وقفه لأنه لا يجوز بيعه.

لذلك ذهب أهل العلم إلى أنه، يجوز وقف كل عين ينتفع بها شرعاً كالعقار والحيوان الأثاث والسلاح، لما ورد في حديث أبي هريرة أن خالد بن الوليد قد احتبس أدرعته وأعتاده في سبيل الله^(٣).

أما ما لا ينتفع به على الدوام كالطعام أو ما يشم من الريحان أو ما يتحطم ويكسر فلا يجوز وقفه لأنه لا يمكن الانتفاع به على الدوام، وكل عين معينة جاز بيعها وأمكن الانتفاع بها مع بقائها المتصل يجوز وقفها إذا كانت معينة، فإذا كانت في الذمة أي في ملك شخص آخر أو مرهونة أو مؤجرة للغير، فلا يجوز وقفها لأن التعيين شرط للوقف (الأمين، ١٤٠٤ هـ، ص ١١٨، ١١٩).

تملكه. فلا يصح على الرقيق أو الجن أو الأموات أو الملائكة.

٥ - أن يكون الوقف مؤبدا وليس محددا بمده. وفيما يلي تفصيل هذه الشروط:

١- أن يصدر الوقف من مالك المال

استقر العلماء على أن الوقف عقد لازم بمجرد القول أو الفعل الدال عليه، كما أنه من عقود التبرعات، فيلزم لصحته أن يكون الواقف ممن تتوافر فيهم أهلية التبرع، وهي أهلية الأداء الكاملة، بأن يكون بالغاً عاقلاً وحرّاً غير محجور عليه لسفه، فالصبي والمجنون والمحجور عليه ليس من حقهم القيام بالتصرفات التبرعية (أبو زهرة، ١٩٧١: ص ١٢١).

فلا بد أن يصدر هذا العقد من مالك المال الموقوف أو ممن يقوم مقامه في هذا التصرف (الوكيل أو النائب) وإلا كان الوقف غير صحيح، ولا يصح الوقف من مالك لا يحسن التصرف في المال كالمجنون أو المحجور عليه لسفه أو غفلة ما لم تأذن له المحكمة.

أما من يقوم مقام الواقف في الوقف فهذا إما أن يكون وكيلاً عنه بموجب وكالة رسمية أو نائباً عنه أو وصياً أو قيماً على ناقص الأهلية أو المحجور عليه، فإذا كان وكيلاً، فإن الوكالة باعتبارها عقد يلزم هذا الشخص (الوكيل) أن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل.

وبناء على ذلك إذا صدر الوقف من غير المالك نفسه أو من غير الوكيل عنه أو من يقوم مقامه قانوناً،

(٣) رواه الإمام البخاري في كتاب الجهاد- باب رقم ٨٩ وكتاب الزكاة- باب رقم ٤٩.

وكما يجوز للشخص وقف حصّة مفروزة في ملكه، يجوز له أيضاً وقف المشاع منه، لأن ما جاز وقف جزء منه جاز وقفه مشاعاً، سواء كان عقاراً أو منقولاً، لأن الوقف حبس الأصل وتسييل المنفعة والمشاع كالمقسوم في ذلك، فيجوز وقف علو الدار دون سفليها وسفليها دون علوها، لأنهما عينان يجوز وقفهما فجاز وقف أحدهما دون الآخر، ما دام يمكن الانتفاع بكل قسم منها.

٣- أن يكون الوقف على جهة بر ومعروف وقربة لله تعالى

وهذا الشرط يعني أن يكون الموقوف عليه جهة بر ومعروف وقربة كالوقف على المساجد والقناطر والجسور والسقايات وكتب العلم والمساكين والأقارب وهذا الشرط تقتضيه طبيعة الوقف باعتباره شرع أصلاً لأجل تحصيل الثواب والبر فإذا لم يكن على بر لم يحصل مقصوده الذي شرع من أجله، لأن قصد الواقف الأساسي في الأوقاف الخيرية هو عمل من أعمال الخير يريد به وجه الله، ويرجو به توازن المجتمع على أفضل الوجوه (الصالح، ١٩٨٢: ص ٣٦٩).

ومن هنا لا يصح الوقف على الكنائس ولا على اليهود والنصارى ولا على جنس الأغنياء والفساق وقطاع الطرق وكتب التوراة والإنجيل لأنه إعانة على المعصية، إلا أنه إذا وقف على ذمي جاز الوقف لأنه في موضع القربة (ابن قدامة، ص ٣٩؛ أبو زهره، ١٩٧١م: ص ٨٢).

والبر والمعروف هما فعل الخير والإحسان، والمعروف هو ما عرف من طاعة الله وعكسه المنكر ما خرج عنها، لذلك قيل يصح الوقف على ما فيه صلاح للمسلمين كبناء القناطر والمساجد والفقراء، وكذلك يجوز على أهل الزكاة مصارفها الشرعية، فالقربة هي كل ما يتقرب به إلى الله.

فإذا كانت الجهة لا يقصد بها القربة والبر والمعروف فالوقف باطل سواء كان الواقف مسلماً أو ذمياً، كالواقف على الكنائس والبيع وعمارتها وكتب التوراة والإنجيل لأن هذه الأماكن موضوعة على معصية كما أن كتب التوراة والإنجيل باطلة، لأنها مبدلة ومحرفة، فصار الوقف عليها أيضاً باطلاً لأنه وقف على معصية (أبو زهره، ١٩٧١م: ص ٨٢).

٤- أن يكون الموقوف عليه محدداً وليس مجهولاً

فلا يصح الوقف على مجهول، كالوقف على رجل مجهول غير معين أو الوقف على من يختاره فلان، لأنه تمليك منجز فلا يصح في مجهول كالبيع والهبّة، ولذلك لا بد أن يكون الموقوف عليه شخصاً أو أشخاصاً معينين.

وهذا الشرط يتفق مع طبيعة الوقف من حيث كونه تمليكاً للعين أو المنفعة، فلا يصح على غير معين كالإجارة، فلا يصح الوقف على الأموات أو الجن أو الملائكة، كما لا يصح الوقف على الحمل استقلاً لا بل يجوز تبعاً، كقول الواقف وقفت كذا على أولادي ثم

على عمارة المساجد والزوايا والمدارس والمقابر، وإصلاح الجسور والطرق العامة، بل كان منها ما ينفق على الفنادق للمسافرين، والرباطات للمجاهدين، وعلى البدار للمزارعين والفلاحين، وما يعطى من قرض حسن للتجار، وما يعطى من معونة للعميان والمقعدين، ولإيواء اليتامى واللقطاء، بل لتزويج العزاب، وهناك أوقاف لمجرد سقاية العطشان، أو إطعام الفقير في رمضان، وحوادث وقف بجمع أشجارها المثمرة ليأكل منها كل عابر سبيل (الصالح، ١٩٨٢: ص ٣٦٩).

ونظراً لأهمية تأييد الوقف لكي يمكن الانتفاع به على الدوام نصت المادة الخامسة من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ على أنه "الوقف إذا أطلق كان مؤبداً والوقف على غير الخيرات لا يكون إلا مؤقتاً".

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للوقف

أولاً: طبيعة الوقف في الفقه الإسلامي

يمكننا استجلاء طبيعة الوقف في الفقه الإسلامي من خلال قول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الشريف لعمر بن الخطاب رضي الله عنه (إن شئت حبست أصلها وتصدقت بثمرها)^(٤).

ويستفاد من هذا الحديث أن مال الوقف يصبح بمجرد حبسه في سبيل الله مالا موقوفاً وفقاً لمبدأ أي

على أولادهم وفيهم حمل فيشمله الوقف، وكذلك إن وقف وقفاً مطلقاً ولم يذكر سبيله، فالوقف باطل لأنه تمليك فلا يصح مطلقاً (الأمين، ١٤٠٤ هـ: ص ١٢٠).

٥- أن يكون الوقف مؤبداً وغير محدد بمدة

لا يصح الوقف إلا إذا صدر الواقف على سبيل التأييد، فإذا قال وقفت كذا شهراً أو إلى سنة فلا يصح الوقف، لأن الوقف إخراج للمال على سبيل القرية والبر، فلا يجوز أن يحدد بمدة، وهو في ذلك كالعتق (ابن قدامة، ص ١٩٥).

فلا يجوز تعليق الوقف إلى مدة كأن يقول وقفت داري على فلان سنة، فلا يكون وقفاً، لأن الوقف إخراج للمال على وجه القرية كالصدقة، لأنه لو جاز أن يقف إلى مدة لجاز أن يعتق أو يتصدق إلى مدة وكلاهما غير جائز (ابن قدامة، ص ١٩٥، أبو زهرة، ١٩٧١م: ص ١٠٣).

ويعني التأييد أن يكون الوقف على سبيل لا ينقطع وذلك على وجهين:

الأول: أن يقف على من لا ينقرض كالفقراء والمساكين والمجاهدين وطلبة العلم.

الثاني: أن يقف على من ينقرض ثم بعده على من لا ينقرض كقوله (وقفت على رجل بعينه ثم على ولدي ثم على الفقراء، أو أن يقول وقفت على زيد ثم على عقبه ثم على الفقراء والمساجد والقناطر).

ومن الأوقاف الخيرية التي لا تنقطع ما ينفق

(٤) صحيح الإمام البخاري - كتاب الوصايا - باب الوقف كيف يكتب - الحديث رقم ١١٢٠٥.

صدقة دائمة لا ينقطع صرف ريعها في سبيل الخير ولا يتحقق ذلك إلا بمنع المتصدق وغيره من التصرف فيها بالبيع أو الهبة أو الميراث.

لذلك يوضح فقهاء الشريعة الإسلامية هذه الطبيعة بقولهم من خلال المثال، أنه إذا وقف شخص عشرة أفدنة على مسجد أو مستشفى أو مبرة أو أي جهة خير واستوفي وقفه شرائطه الشرعية والقانونية خرجت الأفدنة العشرة عن ملكيته ولم تنتقل إلى ملك أحد من الناس بل صارت على حكم ملك الله وخرجت بذلك عن أن تكون محلاً لأي تصرف تليكي لا من الواقف ولا من غيره وصار ريعها حقاً لازماً للجهة التي وقف عليها في حياة الواقف وبعد مماته (الشوكاني، ج ٦، ص ١٢٨، الكيس، ١٩٧٧).

وتتضح الحكمة من منع التصرف في أصل الوقف سواء كان تصرفاً مادياً أو قانونياً، في أن نقل ملكية العين الموقوفة للغير يؤدي إلى إنهاء الغرض الذي أنشئ من أجله، وهو تحقيق المنفعة للعباد والقربة إلى الله عز وجل (موسى، ٢٠٠٣).

كما اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية عدة شروط في المال الموقوف يلزم توافرها عند وقفه، من بينها أن يكون مالاً متقوماً سواء أكان عقاراً أم منقولاً، وأن يكون معلوماً ومملوكاً للواقف وقت الوقف (أبو زهرة، ١٩٧١م: ص ٩٦؛ قحف، ٢٠٠٠م؛ الكيس، ١٩٧٧: ص ٣٠٧).

وعليه يصح وقف المنقول والعقار على السواء،

ما دام قد توافرت شروط صحة وقفه، فيصح وقف المنقول لذاته، كالحیوان والسلاح، كما جاء في الحديث الذي يرويه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً واحتساباً، فإن شبعه وروثه وبوله في ميزانه حسنات)^(٥)، وكما جاء في الأثر أن خالد بن الوليد قد احتبس أدرعه وأعتاده في سبيل الله وقفاً على المجاهدين.

وكذلك يصح وقف المنقول بحسب المآل كالنخيل والأشجار، فقد أجاز النبي صلى الله عليه وسلم من وقف خمس نخلات على مسجد فقال لا بأس به.

ويصح وقف العقار كمن يبني بنياناً على هيئة مسجد ويأذن إذناً عاماً بالصلاة فيه أو يجعل أرضه مقبرة ويأذن إذناً عاماً بالدفن فيها لأن العرف جارٍ بذلك وفيه دلالة على الوقف.

وأياً كان نوع الوقف فإن مال الوقف له شخصية اعتبارية وذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للدولة، ويتمتع بالأهلية الكاملة التي تخول القائمين عليه حق المطالبة بحقوقه والتقاضى بشأنه (الرزقي، ٢٠٠١: ص ٥٩).

فهو إذن ليس ملكية عامة للدولة ولا تعود

(٥) رواه الإمام مسلم في كتاب الزكاة - حديث رقم ١١، ورواه الإمام البخاري في كتاب الجهاد - باب رقم ٨٩.

ملكيتها إليها وليس ملكاً لجميع أفراد المجتمع ، بل لا ملك فيه لأحد وإنما ملكيته تعود إلى الموقوف عليهم بقيود ، فليست ملكيتهم له مطلقة وإنما استغلاله يخضع لإرادة واقفه وليست للمتفعين أو الدولة.

ومن هنا فإن أموال الوقف لا تدخل في الميزانية العامة للدولة ولا حق لها فيه ، وإنما الدولة حارسة له ومشرفة عليه ، كما تشرف على غيره من جوانب الحياة الاقتصادية والإدارية ، فلا يعد من الأموال العامة المملوكة للدولة ، لأنه محدد بغرض خاص أنشئ من أجله هو غرض الواقف (الرزقي، ٢٠٠١ : ص ٦٨).

ثانياً: طبيعة الوقف في قانون الوقف رقم

٤٨ لسنة ١٩٤٦م

بالنظر إلى نصوص قانون الوقف في مصر رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م ، نجد أنه لم يتعرض لبيان الطبيعة القانونية لأموال الوقف ، هل هي ملكية عامه أم ملكية خاصة ، وهو يشمل ٦٢ مادة ومذكرة تفسيرية ، وقد سبق هذا القانون عدة قوانين أخرى ، هي القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، والقانون رقم ٤٦١ لسنة ٥٥ بتعديل بعض أحكام قانون القضاء رقم ٤٧ لسنة ٤٦ ، والقانون ٦٢٨ لسنة ٥٥ بعض الإجراءات في قضاء الوقف.

ولذلك ظل تحديد الطبيعة القانونية لأموال الوقف على عاتق شراح القانون في ضوء نصوص القانون المدني ، حيث ورد النص على أن أموال الأوقاف من الناحية القانونية تعد من الأشخاص

الاعتبارية.

ثالثاً: طبيعة ملكية الوقف في القانون المدني المصري

نصت المادة ٥٢ من القانون المدني على أن الأشخاص الاعتبارية هي :

- ١ - الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى.....
- ٢ - -
- ٣ - الأوقاف.

وأوضحت المادة ٥٣ من ذات القانون طبيعة أموال الوقف ، بأن كشفت عن ملامح هذه الشخصية الاعتبارية لمؤسسة الوقف ، بأن له ذمة مالية مستقلة وأهلية قانونية ، وأوجب لهذا الشخص الاعتباري حق التقاضي والحق في موطن مستقل ، والحق في وجود ممثل قانوني يقوم على إدارة شؤونه.

ونظراً لأن الوقف له الشخصية الاعتبارية فإنه يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية ، فله ذمة مالية ، وله الحق في التقاضي والحق في وجود نائب يمثله ويعبر عن إرادته.

ويتفق أغلب شراح القانون المدني على أن الشخصية الاعتبارية التي يتمتع بها الوقف إنما هي من أنواع الشخصيات الاعتبارية الخاصة وليست العامة ، إلا أنها تدخل في نطاق الاعتراف العام من الدولة ، فهي إذاً مؤسسة مالية ذات نفع عام (الرزقي، ٢٠٠١ : ص ٦٨).

ونرى أن هذا العقد يلزم له الأهلية الكاملة للتصرف لأنه عقد ناقل للملكية، فيلزم له أهلية التصرف وليس أهلية الأداء، فقد نصت المادة ١١٦ من القانون المدني المصري على أنه (يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو الوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة في ذلك).

ونرى أن هذا النص غير منطقي، إذ كيف تأذن المحكمة للمحجور عليه لسفه أو غفلة بأن يتصرف في أمواله، فالوقف أو الوصية هما من أعمال التصرف، التي قد تكون دائرة بين النفع والضرر، وقد تكون ضار بالنسبة له ضرراً محضاً رغم أنهما من أعمال البر والخير.

وإذا وقع شخص الواقف في غلط أو إكراه أو تدليس أو غش، فيجوز له طلب إبطال الوقف من المحكمة وفقاً لقواعد وحالات عيوب الإرادة في القانون المدني^(٦).

أما من يقوم مقام الواقف في الوقف فهذا إما أن يكون وكيلاً عنه بموجب وكالة رسميه أو نائباً عنه أو وصي أو قيم على ناقص الأهلية أو المحجور عليه فإذا كان وكيلاً، فإن الوكالة باعتبارها عقد يلزم هذا الشخص (الوكيل) أن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل.

ولذلك اشترط القانون ضرورة توافر وكالة خاصة في الوقف، فنصت المادة ٧٠٢ مدني على أنه (لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح).

المطلب الرابع: أسباب التعدي على أموال الوقف

وتتمثل أسباب التعدي على أموال الوقف فيما يلي:

أولاً: الاستيلاء على أملاك وأراضي الأوقاف ووضع اليد عليها دون وجه حق ودون سند قانوني

ويتضح ذلك عند محاولة البعض تملك أراضي أو عقارات الوقف بعقود أو حجج وقف مزورة، مما أدى إلى ضياع مساحات كبيرة من أراضي الوقف بسبب الاستيلاء عليها بوضع اليد وبدون سند قانوني، وهو التعدي يشكل واقع مثير لأموال الوقف وهو ما صرح به وزير الأوقاف المصري بقوله أن المساحات التي تم الاستيلاء عليها من أراضي الأوقاف منذ سنوات الستينيات بلغت مائة وثلاثون ألف فدان^(٧).

كما أن الإصلاح الزراعي والمحليات قامت منذ عام ١٩٦٢ بالاستيلاء على أراضي الأوقاف، وكأنها ملكية عامة يمكن نزعها وتم توزيعها على المواطنين

(٧) تصريح صحفي للدكتور محمود حمدي زقزوق وزير الأوقاف المصري الأسبق - منشور بجريدة (المصريون): العدد الصادر بتاريخ ٢٥-١-٢٠١١.

(٦) راجع تفصيلاً أحكام المواد من ١٢٠-١٢٨ من القانون المدني المصري.

كل التصرفات التي ترد على الأملاك الوقفية سواء كانت تقع على أصله بمفهومها المادي والقانوني، أم كانت واقعة على حق الانتفاع به، مركزين على الأملاك العقارية.

ولذلك ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى منع التصرف في أصل الوقف، سواء كان تصرفاً مادياً أو قانونياً، لأن نقل ملكية العين الموقوفة للغير يؤدي إلى إنهاء الغرض الذي أنشئ من أجله، وهو تحقيق المنفعة للعباد والقربة إلى الله عز وجل، وإنما أجازوا فقط استبدال مال من أموال الوقف في حالات وشروط محددة، وإن اختلفوا بين مضيق وموسع للاستبدال، ومنهم من حاول إغلاقه (أبوزهرة، ١٩٧١: ص ١٦١).

ثالثاً: تسليم أعيان الوقف إلى جهات متعددة لم تحسن الحفاظ عليه

كتسليم مساحات واسعة من أراضي الوقف إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي والمجالس المحلية في مصر، واقتطاع نسب كبيرة من ريع تلك الأعيان لصالح هذه الجهات، وذلك نظير إدارتها لتلك الأعيان وصيانتها وعمارتها، ورغم اقتطاع تلك النسب مقابل الصيانة والعمارة، فقد تم تخريب معظم أعيان الوقف التي سُلِّمت بناء على هذا القانون (جبريل، ٢٠٠٣: ص ١٣٣).

ويلاحظ أن أموال الوقف التي كانت تديرها هيئة الأوقاف المصرية حينما أنشئت كانت عبارة عن:

على الرغم من أن هذه الأراضي أراضي أوقاف المسلمين وهي ملكيات خاصة وتم وقفها لأغراض محددة.

وهو ما استدعي الجهات الإدارية والقانونية إلى التدخل لاسترجاع هذه الأملاك ونزعها ممن استولوا عليها، حتى ولو قام المتعدي بإجراء التغيير في الوقف، ولذلك صرح أحد مسؤولي الأوقاف أن الرئيس الراحل أنور السادات قام في عام ١٩٧١ بإنشاء هيئة الأوقاف لاسترجاع هذه الأراضي التي تم الاستيلاء عليها، ولم يتم حتى الآن استرجاع سوى ١٠٠ فدان فقط، وصاح الوزير قائلاً: "هذه أملاك خاصة وليست أملاك عامة"^(٨).

ثانياً: عدم مراعاة بعض الجوانب القانونية والشرعية في صياغة العقود والتصرفات المتعلقة بالوقف

سواء من حيث توفير الضمانات والشروط الكافية لحماية أموال الوقف عند إبرام العقود والتصرفات الوقفية، مما كان له أثر كبير على الأملاك الوقفية في محاولة تملكها وترتيب حقوق عينية عليها دون الرجوع إلى الجهات المسؤولة عن حماية الوقف (الخولي، ص ٧٣).

والمقصود بالتصرفات في صلب هذا الموضوع

(٨) رد دكتور محمود حمدي زقزوق وزير الأوقاف الأسبق على بيان عاجل بمجلس الشعب بتاريخ ٢٤/١/٢٠١١، منشور بجريدة (المصريون): العدد الصادر بتاريخ ٢٥-٠١-٢٠١١.

استرداد العقارات والأراضي التي كانت قد تسلمتها المجالس المحلية، وضرورة تسليمها إلى الهيئة العامة للأوقاف مع تقدير قيمة ما تم التصرف منه من أراضي وعقارات، إلا أنه مازالت عملية استرداد هذه الأموال لم تتم بصورة كاملة حتى الآن رغم مرور أكثر من ثلاثين عاماً على صدور هذا القانون، وهو ما يؤكد ضياع مساحات كبيرة من أموال الوقف والتصرف فيها وسط الفساد الإداري المتراكم في المحليات والمحافظات على مدي هذه الحقبة الزمنية.

رابعاً: ضعف الرقابة القضائية على الجهات

القائمة على إدارة شئون الوقف

وتتمثل هذه الجهات أولاً في وزارة الأوقاف باعتبارها الناظر على أموال الوقف بنص القانون، ثم هيئات الأوقاف باعتبارها المنوط بها إدارة واستثمار واستبدال أموال الوقف، كما أن ضعف العقوبات المقررة بل يمكن القول بانعدامها عند وقوع مخالفات أو تعديات على الوقف من جانب القائمين عليه.

لذلك يلزم لتحقيق الحماية الفعلية لأموال الوقف أن تشمل الرقابة القضائية متابعة جميع الإجراءات القانونية والأنشطة والأعمال التي تتصل بالوقف مالياً وإدارياً، مع ضرورة اتخاذ الإجراءات القانونية والتأديبية ضد المخالفين، وهو ما يؤدي إلى الحفاظ على الوقف وتأديته لدوره، كما تحقق هذه الرقابة فائدة مزدوجة: الأولى تتمثل في ردع كل من تسول له نفسه التعدي على أموال الوقف، والثانية

١ - أموال تحت إدارة لجنة شئون الأوقاف بوزارة الأوقاف.

٢ - الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر العام أو جهات البر الخاص والتي آلت إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بموجب القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢م.

٣ - أموال الأوقاف الخيرية التي يشترط فيها الواقف النظر لنفسه ولأبنائه من طبقة واحدة.

٤ - الأوقاف التي تشرف عليها هيئة أوقاف الأقباط الأرثوذكسي.

٥ - أموال البذل والأحكار.

٦ - سندات الإصلاح الزراعي مقابل الأراضي الزراعية التي تقرر تسليمها للهيئة العامة للإصلاح الزراعي بموجب القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧م.

٧ - قيمة ما استرد (استهلك) من السندات السابقة وسلم للمؤسسة الاقتصادية لإدارتها.

ولما صدر قانون إنشاء الهيئة رقم ٨٠ لسنة ١٩٧١ نص في مادته الثانية على أن تختص الهيئة بإدارة واستثمار الأموال الوقفية في البنود ١، ٥، ٦، ٧ فقط أما الأموال الباقية فتظل كما هي تحت يد الجهات التي تديرها.

ورغم صدور القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٣م، الذي قرر استرداد الأراضي الزراعية التابعة للوقف الخيري والتي كانت قد تسلمتها الهيئة العامة للإصلاح الزراعي ولم يتم توزيعها على الفلاحين، وكذا

تتمثل في تشجيع أهل الخير من الأمة الإسلامية على الوقف وخاصة في ظل وجود حماية فعلية لهذه الأموال. **خامساً: صدور العديد من التشريعات والقوانين والقرارات التي ساهمت في التعدي على أموال الوقف أو التصرف فيه إلى جهات حكومية أو أهلية**

حيث أعطت هذه التشريعات للجهات الحكومية التصرف في أموال الوقف، سواء بالبيع أو الإيجار الرمزي، مما أدى إلى تفتيت وضياع أموال الوقف بين العديد من الجهات.

ومن هذه التشريعات على سبيل المثال ما يلي:

(أ) نصت المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ على أن: (تسلم اللجنة العليا للإصلاح الزراعي سنوياً الأراضي الزراعية التي يتقرر استبدالها وذلك لتوزيعها وفقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المشار إليه).

(ب) القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢ م بتسليم أعيان الوقف المنتهي بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي والمجالس المحلية.

(ج) القرار الوزاري رقم ١٨ لسنة ١٩٦٨ الصادر عن وزارة الأوقاف وشئون الأزهر بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢، حيث نص في المواد من الخامسة حتى الحادية عشر على استبدال أموال الوقف التي تم تسليمها للهيئة العامة للإصلاح الزراعي والمجالس المحلية بالمحافظات وفقاً للقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢.

ولا شك أن هذا القرار الصادر باللائحة التنفيذية للقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢ قد ساهم بدور كبير في ضياع وإهدار أموال الوقف، لأنه بدلاً من محاولة استرداد أموال الوقف من المجالس المحلية والإصلاح الزراعي نجده فتح باب الاستبدال على مصراعيه مما ترتب عليه التعدي على أموال الوقف في صورة قرارات وزارية ونصوص قانونية.

سادساً: السماح لهيئة الأوقاف المصرية بالقيام ببيع واستبدال أموال الوقف

فعندما صدر القرار بقانون رقم ١١٤١ لسنة ١٩٧٢ بتنظيم العمل بهيئة الأوقاف المصرية، نصت المادة ١١ من هذا القانون على أنه (.....وكذلك لها استبدال أو بيع العقارات بطريق المزايدة العلنية، ويجوز للهيئة الاستبدال أو البيع بالممارسة في الأحوال الآتية: (أ) للملاك على الشيوع في العقارات التي بها حصص خيرية بشرط ألا تزيد الحصة الخيرية على نصف العقار (ب) لمستأجري الأراضي الفضاء أو واضعي اليد عليها الذين أقاموا عليها مبان لأكثر من خمس عشرة سنة

(ج) لمستأجري الوحدات السكنية بعمارات الأوقاف بالنسبة للوحدات المؤجرة لهم.

(د) لمستأجري الأراضي الزراعية للمساحات المتناثرة التي لا تزيد كل منها على ثلاثة أفدنة.

(هـ) للجهات الحكومية والهيئات العامة وشركات القطاع العام والشركات والبنوك التي تسهم فيها الهيئة

بالنسبة لما يلزمها من أراضي وأعيان لاتخاذها مقاراً لها أو لإقامة مشروع مشترك بين الهيئة والبنوك التي تتعامل معها وفقاً للشريعة الإسلامية.

وهذا القانون وغيره من القوانين السابقة على صدوره تعد صورة من صور التعدي على أموال الوقف من خلال النصوص التشريعية، لأنه منح للأفراد فرصة ذهبية لتملك أموال الوقف دون مشقة، لمجرد أن يكون الشخص مستأجراً لوحدة سكنية بعمارات الأوقاف، أو واضعاً يده على عين من أعيان الوقف، فبدلاً من رد هذه الأموال المغتصبة إلى وزارة الأوقاف لإدارتها، أوجد النص صفة قانونية لواضعي اليد تخولهم ملكية الوقف وسهل لهم طريقاً لتملك أموال الوقف، وأدى ذلك إلى ضياع مساحات كبيرة من الوقف بسبب الاستيلاء على أعيانه بوضع اليد.

المبحث الثاني: حماية أموال الوقف في النظام السعودي

تمهيد

ينقسم الوقف في المملكة العربية السعودية إلى قسمين هما، الوقف الخيري الخاص والوقف الخيري العام.

القسم الأول: الوقف الخيري الخاص

هو الوقف الذي يؤول إلى جهات انتفاع عامة بعد انقراض الموقوف عليهم من الذرية والأشخاص المحددين بذاتهم، ويقوم بالنظارة عليه من يعينه

الوقف، فإن لم يعين الواقف ناظراً وجب على المحكمة الشرعية تعيين ناظر على الوقف من أهله إن وجد فيهم من هو أهل للنظارة، وإلا يتم تعيين ناظر على الوقف من غيرهم.

وقد جاء النص بلائحة تنظيم الأوقاف الخيرية بالمملكة العربية السعودية^(٩) التأكيد على أن تبقى الأوقاف الخيرية الخاصة تحت أيدي نظارها الشرعيين المحددين في شرط الوقف أو الذين صدر الأمر من المحاكم الشرعية بتعيينهم.

ومن هنا يختلف الوضع القانوني للوقف الخاص في كل من المملكة العربية السعودية وجمهورية مصر العربية، فقد أكدت لائحة تنظيم الأوقاف بالمملكة على بقاء الوقف الخاص تحت يد ناظر الوقف وإشراف المحكمة الشرعية، في حين تم إلغاء الوقف الأهلي في مصر بموجب المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الصادر بإلغاء الوقف على غير الخيرات، فقد نصت المادة الأولى منه على أنه (لا يجوز الوقف على غير الخيرات).

كما نصت المادة الثانية على أنه (يعتبر منتهياً كل وقف لا يكون مصرفه في الحال خالصاً لجهة من جهات البر). وبالتالي انتهى الوقف الأهلي في مصر رسمياً بصور هذا المرسوم بقانون، ولم يبقَ معترفاً به قانوناً سوى الوقف الخيري.

(٩) صدرت لائحة تنظيم الأوقاف الخيرية بالمملكة العربية السعودية بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٨٠ في ١٣٩٣/١/٢٩ هـ.

وللجمعيات الخيرية وجمعيات تحفيظ القرآن نصيبها من الغلال بصفة مستمرة.

وللتعرف على الحماية القانونية لأموال الوقف في المملكة العربية السعودية يتطلب البحث الوقوف على الجهات القائمة على إدارة ورعاية شئون أموال الوقف في المملكة، ثم يدور البحث حول الحماية المدنية والجنائية والإجرائية لأموال الوقف في الأنظمة واللوائح المتعلقة بشئون الوقف في المملكة، وهو ما سوف نتناوله بالبحث والدراسة إن شاء الله في المباحث الأربعة التالية :

المطلب الأول : الجهات القائمة على شئون الوقف في المملكة العربية السعودية.

المطلب الثاني : الحماية المدنية لأموال الوقف في الأنظمة السعودية.

المطلب الثالث : الحماية الجنائية (الجزائية) للوقف في المملكة.

المطلب الرابع : الحماية الإجرائية لأموال الوقف في المملكة.

المطلب الأول : الجهات القائمة على شئون الوقف في المملكة العربية السعودية

يقوم بإدارة الأوقاف في المملكة والتصرف فيها وفق المقتضى الشرعي بيعاً وشراءً وتأجيراً عدد من الجهات المختلفة ، وعلى مستويات متدرجة لكل جهة اختصاصها.

ونرى أنه من الآثار السلبية لهذا القانون أنه أغلق باباً واسعاً من أبواب الوقف في مصر، وهو الوقف الأهلي أو الذري، وكان سبباً في إحجام الناس عن وقف أموالهم في وجوه الخير والبر المختلفة.

القسم الثاني: الوقف الخيري العام

وهو الوقف الذي تكون نظارته لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية نيابة عن ولي الأمر، وهذا النوع من الأوقاف يشكل النسبة الأكبر من الأوقاف في المملكة العربية السعودية.

وقد جاء تعريف الأوقاف الخيرية في الجزء الأول من لائحة تنظيم الأوقاف الخيرية بالمملكة العربية السعودية، بأنه يقصد بالأوقاف الخيرية في تطبيق هذه اللائحة كل من :

(أ) الأوقاف العامة : كأوقاف الحرمين الشريفين وأوقاف المساجد وأوقاف الأربطة والمدارس وغيرها من الأوقاف الموقوفة على جهات خيرية عامة.

(ب) الأوقاف الخاصة : التي تؤول إلى جهات انتفاع عامة بعد انقراض الموقوف عليهم من الذرية والأشخاص المحددين بذاتهم كأقارب الواقف أو من لهم صلة به أو من رغب الواقف أن يوقف عليهم بذاتهم.

وتقوم وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية برعاية هذه الأوقاف وصيانتها والأخذ بأسباب مضاعفة غلالها والصرف على جهات البر والإحسان من غلالها وليبوت الله في المملكة حقها من هذه الغلال

الجهة الأولى: إدارة الأوقاف في منطقة الوقف

إدارة الأوقاف هي الجهة ذات المبادرة الأولى في النظر إلى مصلحة الوقف، وذلك بالتقدم إلى مرجعها المباشر على سبيل الرأي والاقتراح، كما أنها الجهة التنفيذية للقرارات والتعليمات الصادرة من جهات الاختصاص، وهي الجهة المباشرة لشؤون الأوقاف في منطقتها من حيث الرقابة والمتابعة والاستغلال والإصلاح والترميم والصرف على الجهات المعنية في وثائق الأوقاف.

ونظراً لأن إدارات الأوقاف لديها سجلات الأوقاف ووثائقها، فتكون هي المسئولة التي تتولي الدفاع عن الأوقاف والحصول على الوثائق المثبتة للوقف، وذلك عن طريق التقدم للمحاكم بأخذ حجج استحكام على تملكها ووقفها، وتعيين جهات الصرف عليها من غلتها، وذلك في الحالات التي لا يكون فيها لدى الوزارة وثائق بوقفيتها غير وضع اليد عليها بدون معارض أو الاستفاضة في وقفيتها.

وقد أكدت لائحة تنظيم الأوقاف الخيرية بالمملكة العربية السعودية على مسئولية مدير إدارة الأوقاف في المحافظة على أموال الوقف، فنصت في الجزء الأول منها على أن يتولى مدير الأوقاف في كل بلدة الإشراف المباشر على الأوقاف الخيرية في تلك البلدة ورعايتها والدخول في الدعاوى المتعلقة بها وتأجيرها وصيانتها واستلام غلالها والإنفاق منها أو صرفها في أوجه الخير حسبما نص عليه شرط الواقف، وذلك في حدود الصلاحيات والقواعد التي يحددها مجلس الأوقاف الأعلى.

الجهة الثانية: مجالس الأوقاف الفرعية بالمناطق

وهي عبارة عن مجالس للأوقاف المشكلة في كل منطقة من مناطق المملكة، ويتألف مجلس الأوقاف الفرعي من مدير عام أوقاف المنطقة ومن مندوب من وزارة العدل بدرجة قاض ورئيس البلدية وثلاثة من أهل النظر والبصيرة من أهل المنطقة^(١٠).

ويقوم هذا المجلس بدراسة كل ما يتعلق بأوقاف المنطقة من حيث الإنشاء والتعمير والبيع والشراء والتأجير وإقامة الدعاوى على من يتعدى على أي وقف أو من يكون بيده وقف بطريق غير مشروع.

وتكون قرارات المجلس الفرعي فيما يتعلق بالشؤون الإدارية والإصلاحية وتوجيه الدعاوى واجبة التنفيذ من قبل الإدارة العامة لهذه الأوقاف، وأما ما يتعلق بشؤون الاستبدال من بيع وشراء وتأجير لمدة طويلة وإعمار الأراضي الموقوفة، فتصدر قراراته في قوة توصية للمجلس الأعلى للأوقاف.

وقد نصت المادة السادسة من نظام مجلس الأوقاف الأعلى^(١١)، على اختصاصات مجلس الأوقاف الفرعي بقولها (يختص مجلس الأوقاف الفرعي بالصلاحيات التي يحددها مجلس الأوقاف الأعلى بما في ذلك :

(١٠) راجع في تشكيل مجالس الأوقاف الفرعية- المادة الخامسة من نظام مجلس الأوقاف الأعلى- القسم الثاني والصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٥ وتاريخ ١٨/٧/١٣٨٦هـ.

(١١) صدر نظام مجلس الأوقاف الأعلى بموجب المرسوم الملكي رقم م/٣٥ وتاريخ ١٨/٧/١٣٨٦هـ بناء على قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨٤ وتاريخ ١٦/٧/١٣٨٦هـ.

والاقتراض لها من الدولة أو من غلال الأوقاف مما هي تحت يد الوزارة؛ أو عمارتها عن طريق من يتقدم للوزارة بالرغبة في عمارتها واستغلالها في مقابلة ما بذله لمدة تفي بذلك إذا تحققت الغبطة والمصلحة.

ويتألف المجلس الأعلى للأوقاف من معالي وزير الأوقاف ومن وكيله ومن مندوب عن وزارة العدل بدرجة قاض ومن مندوب عن وزارة المالية وأثنين من رؤساء المجالس الفرعية وأثنين من أهل الفقه والنظر، وقد صدر بتنظيم عمل المجلس قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨٤ بتاريخ ١٦/٧/١٣٨٦هـ والصادر به المرسوم الملكي رقم م / ٣٥ وتاريخ ١٨/٧/١٣٨٦هـ.

وقد نصت المادة الثالثة من نظام مجلس الأوقاف الأعلى على اختصاصاته بقولها:

(يختص مجلس الأوقاف الأعلى بالإشراف على جميع الأوقاف الخيرية بالمملكة ويضع القواعد المتعلقة بإدارتها واستغلالها وتحصيل غلاتها وصرفها وذلك كله مع عدم الإخلال بشرط الواقفين وأحكام الشرع الحنيف وله في سبيل ذلك:

١ - وضع خطة لتمحيص وحصر وتسجيل الأوقاف الخيرية داخل المملكة وإثباتها بالطرق الشرعية ورفع أيدي واضعي اليد عليها بوجه غير شرعي وتنظيم إدارتها.

٢ - وضع خطة عامة لاستثمار وتنمية الأوقاف وغلالها بعد دراسة وضعيتها في كل جهة وتكوين فكرة وافية عنها بالتفصيل.

١ - دراسة طلبات الاستبدال المتعلقة بعقارات الأوقاف الخيرية الواقعة في منطقته ثم رفعها مشفوعة بالرأي لمجلس الأوقاف الأعلى.

٢ - اعتماد المشروعات المقترحة تنفيذها من أموال الأوقاف الخيرية التي لا تتجاوز قيمتها مائة ألف ريال.

٣ - دراسة المعاملات التي يرجع البت فيها إلى صلاحية مجلس الأوقاف الأعلى قبل عرضها عليه على أن يرفعها مشفوعة بنتيجة دراسته لها ورأيه فيها.

٤ - وضع التقديرات المالية السنوية لواردات ومصروفات غلال الأوقاف الخيرية الواقعة في المنطقة على أن يرسلها إلى مجلس الأوقاف الأعلى قبل بداية السنة المالية بثلاثة أشهر على الأقل.

٥ - مراجعة الحسابات الختامية السنوية لواردات ومصروفات غلال الأوقاف المذكورة وتدقيقها وإرسالها مشفوعة بنتيجة المراجعة والتدقيق للمجلس الأعلى.

٦ - أية دراسات وإجراءات أخرى يعهد إليه بها مجلس الأوقاف الأعلى وفق التعليمات التي يضعها لذلك.

٧ - إعداد تقرير سنوي عن وضعية الأوقاف الخيرية في منطقته ورفع مجلس الأوقاف الأعلى في موعد غايته ثلاثة أشهر قبل انتهاء السنة المالية.

الجهة الثالثة: المجلس الأعلى للأوقاف

يعد هذا المجلس الجهة العليا لاتخاذ القرارات النهائية المتعلقة بشؤون الأوقاف، من حيث الاستغلال والتصرف والاستثمار والاستبدال بيعاً وشراءً وتأجيراً لمدة طويلة، وإصدار القرارات المتعلقة بعمارة الأوقاف

٣ - وضع خطة عامة للتعرف على جميع الأوقاف الخيرية الموجودة خارج المملكة باسم الحرمين الشريفين أو أية جهة وحصرها في سجلات نهائية والحصول على الوثائق المثبتة لها وتولي أمورها والمطالبة بغلالتها طبقاً لشروط الواقفين.

٤ - وضع القواعد العامة لتحصيل واردات الأوقاف الخيرية والصرف منها وقيد عمليات التوريد والصرف في السجلات اللازمة.

٥ - وضع قواعد ثابتة للإنفاق بموجبها على أوجه البر والإحسان سواء من الواردات المذكورة أو مما هو معتمد في الميزانية لهذا الغرض. يراعى فيها الاستحقاق الفعلي وتحديد المقادير على ضوء شروط الواقفين وأحكام الشرع.

٦ - إعادة النظر في جميع المخصصات المالية باسم البر والإحسان. على ضوء القواعد المذكورة آنفاً لإجازة ما يتفق معها وإلغاء ما عداه.

٧ - النظر في طلبات استبدال الأوقاف الخيرية وفق مقتضيات المصلحة قبل إجازتها من الجهة الشرعية المختصة.

٨ - وضع نماذج موحدة للعقود على اختلافها.

٩ - وضع التقديرات المالية السنوية لواردات ومصروفات غلال الأوقاف الخيرية والتصديق على حساباتها الختامية على أن تتمشى في ذلك مع السنة المالية للدولة.

١٠ - وضع القواعد الواجبة لتأجير أعيان

الأوقاف بما في ذلك الحكورات على أن تراعى أحكام الشرع الحنيف ومقتضيات المصلحة العامة، وأية تعليمات تصدرها الدولة في خصوص أجور العقار.

١١ - اعتماد المشروعات المقترحة تنفيذها من أموال الأوقاف الخيرية من سلامة المشروع وتكاليفه وفائدته ومن إمكانية الإنفاق عليه.

١٢ - النظر في أية مسألة أخرى تتعلق بالأوقاف يرى وزير الأوقاف عرضها على المجلس الأعلى.

١٣ - رفع تقرير سنوي عن وضعية الأوقاف الخيرية ومنجزاتها إلى رئيس مجلس الوزراء.

الجهة الرابعة: وزارة الأوقاف والشؤون

الإسلامية والدعوة والإرشاد

تقوم وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد في المملكة بدور هام وحيوي في حماية أموال الوقف، وهي تضطلع في ذلك بمسئوليتها تجاه الأوقاف فيما تقوم به من أعمال تتعلق بالأوقاف الخيرية بالمملكة بصفتها الناطرة عليها.

ويمكننا تعداد مهام واختصاصات وزارة

الأوقاف والشؤون الإسلامية^(١٢) فيما يلي:

١ - تعني الوزارة بالدرجة الأولى بالحفاظ على أصول الأوقاف عمارة وترميم وإصلاحاً وفي حالة نزاع

(١٢) انظر اختصاصات الوزارة على موقع وزارة الشؤون الإسلامية

والأوقاف والدعوة بالمملكة العربية السعودية:

www.moia.gov.sa

ملكية شيء من الأوقاف فإن قيمة ذلك ترصد في مؤسسة النقد على سبيل الوديعة حتى يتيسر البديل.

٢ - تعنى باستغلال هذه الأوقاف عن طريق تأجيرها كما تعنى بمتابعة سوق الإيجار ليكون التأجير مبنياً على أجرة المثل كل عام.

٣ - تقوم بإنشاء المشاريع الإعمارية على الأراضي الموقوفة ولا سيما ما كان منها في منطقة ذات قيمة نادرة كالأراضي المجاورة للحرمين الشريفين وتصرف عليها أثمان أوقاف جرى نزع ملكيتها للصالح العام.

٤ - تقوم بتجميع أوقاف متعددة الجهة كالأوقاف على المسجد الحرام أو المسجد النبوي من أكثر من شخص فتقام هذه الأوقاف على أرض منها في شكل عمارة أو أكثر يجري تحرير صك شرعي بوقفيتها وتعين الواقفين فيها بنسبة قيمة وقفه وجهات البر فيه.

٥ - في حال وجود قيمة وقف تكفي لاستقلاله بعمارة في موقع تتحقق فيه الغبطة والمصلحة فإن الوزارة تقوم بشراء هذه العمارة وتسجيل وقفيتها في المحكمة بدلاً من الوقف المنزوع موقعه ولا تسمح الوزارة باشتراك غيره معه والحال أنه يمكن استغلاله بالوقفية.

٦ - لا تزال الوزارة في تحفُّظٍ من استغلال فائض الأوقاف في مجالات غير مجالات العقار كالأستثمار في صناديق الاستثمار الإسلامية ومحافظ الأوراق المالية وهي تسعى جاهدة للتغلب على هذا التحفظ بطريق

يضمن الحفاظ على أصول الأوقاف مع الدخول في مجالات الاستثمار، ولهذا أنشأت لديها لجنة من بعض المسؤولين في الوزارات ورجال الأعمال والعلم أسندت إليها إمكانية دخول الوزارة في الاستثمارات المباحة لدى المؤسسات المالية الاستهلاكية.

٧ - تقوم الوزارة بالصرف من غلال الأوقاف على الجهات الخيرية في المملكة كجمعيات البر وجمعيات تحفيظ القرآن الكريم ومتطلبات المساجد والإسهام في عمارتها ولإقامة المنتديات الدعوية وهي الآن جاهدة في حصر جهات البر والإحسان الواردة في وثائق الأوقاف لتغطيتها بالإنفاق وبصفة مستمرة.

وقد أوكلت الوزارة مهمة الإشراف على شؤون الأوقاف إلى وكالة الوزارة لشؤون الأوقاف، وأعطت هذه الوكالة الصلاحيات الواسعة للحفاظ على الأوقاف في المملكة العربية السعودية وخارجها (الجويبر، ٢٠١١: ص ٢٠٥).

ويتبع هذه الوكالة عدد من الإدارات التي تساعد في تحمل مسؤولياتها داخل وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والتي تعد من أحدث الوزارات في المملكة والتي أسست عام ١٤١٤هـ، وتقوم الوكالة بمهام يمكن حصرها فيما يلي:

١ - المحافظة على أعيان الأوقاف بحصرها وتسجيلها وإدارتها وصيانتها وحمايتها.

٢ - تنمية موارد الأوقاف وتطويرها واستثمارها بما يحقق زيادة عائدها.

٣ - اتخاذ الإجراءات لتحصيل غلال الأوقاف وتعويضاتها.

٤ - توجيه أموال الأوقاف لوجوه الخير والبر وفقاً لشروط الواقفين.

٥ - المحافظة على الرباطات وزيادتها وتطويرها لتأدية واجبها الاجتماعي.

٦ - استنهاض همم الناس للإسهام في الأوقاف (الجوهر، ٢٠١١: ص ٢٠٦).

ونظراً لأن نظام المجلس الأعلى للأوقاف قد مضى على إصداره أكثر من أربعين عاماً، فكان لزاماً على وزارة الأوقاف إعادة النظر في النظام وإعادة صياغته بما يتفق مع ما استجد من أمور وأحوال ومقتضيات، فتم تشكيل لجنة من الوزارة للنظر في ذلك، ودراسة مسألة تحويل الأوقاف العامة إلى هيئة لها صفة استغلال ذاتي تتمكن به هذه الهيئة من خدمة الأوقاف خدمة تحفظ للأوقاف الغبطة والمصلحة في التصرف فيها بيعاً وشراءً وتأجيراً وتعميراً وإصلاحاً وتوزع غلالها على جهاتها الشرعية وذلك عن طريق التخلص من الروتين الإداري الذي قد يعوق هذه التصرفات فتفتوت على الأوقاف فرص تحقق الغبطة والمصلحة^(١٣).

الجهة الخامسة: الهيئة العامة للأوقاف^(١٤)

أقر مجلس الوزراء السعودي إنشاء هيئة عامة للأوقاف ذات شخصية اعتبارية تسمى "الهيئة العامة للأوقاف"، وإلغاء وكالة وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد لشؤون الأوقاف، ونقل المهمات المتعلقة بالأوقاف من الوزارة ومن مجلس الأوقاف الأعلى والمجالس الفرعية إلى الهيئة العامة للأوقاف.

ومن مهام الهيئة أيضاً "اقتراح الخطط والسياسات العامة والأنظمة المتعلقة بنشاط الأوقاف وتنفيذها بعد إقرارها ومراجعتها وتقويمها والعمل على تطويرها وتحديثها، وإدارة الأوقاف التي تكون الهيئة ناظرة عليها واستثمارها على أسس اقتصادية، وحصر الأموال الموقوفة وتسجيلها باستخدام أفضل الأساليب، ويكون للهيئة العامة للأوقاف محافظ بالمرتبة الممتازة يعين بأمر ملكي" (جريدة الرياض، ١٤٣١هـ، العدد ١١٤٧٣).

وتعد الهيئة العامة للأوقاف هيئة مستقلة وتعنى بشؤون الأوقاف وتسند لها مهام وكالة وزارة الأوقاف بوزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد التي تضطلع بمهام جسام في مجال الشؤون الإسلامية

=مطبوع ومنشور بموافقة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد بالملكة العربية السعودية.

(١٤) أنشئت الهيئة العامة للأوقاف بالملكة العربية السعودية بموجب قرار مجلس الوزراء بتاريخ ١٢/٥/١٤٣١هـ.

(١٣) راجع تفصيلاً خاتمة وتوصيات مؤلف فضيلة الشيخ / عبد الله بن سليمان المنيع، عضو المجلس الأعلى للأوقاف بالملكة في كتاب لفضيلته بعنوان (الوقف من منظور فقهي) وهو كتاب =

المهمة الثالثة: تتعلق بالصرف، وهذه المهمة وإن كانت واضحة إلا أنها هي المهمة السهلة الممتنعة التي تحتاج إلى الحكماء الأقوياء الأمناء. أما المهمة الرابعة: فتهتم بالاستثمار، وهذه تحتاج إلى المهنيين المختصين المحترفين^(١٥).

المطلب الثاني: الحماية المدنية للوقف في النظام السعودي

وتتمثل الحماية المدنية لأموال الوقف في النظام السعودي فيما يلي:

أولاً: إشراف مديرية الأوقاف على أموال الوقف المسجلة بالمحكمة

تتمثل الحماية المدنية لأموال الوقف في المملكة في إصدار كل ما يلزم من قرارات ولوائح وأنظمة تحقق الحماية الفعلية للوقف، وفي هذا السياق نجد القرار رقم ٢٩ في ٢ / ٣ / ١٣٥٠ هـ الصادر عن مجلس الشورى، قد تضمن أربعة أوامر وتكليفات لمديريات الأوقاف والمحاكم الشرعية الكبرى بجميع مناطق المملكة بشأن الوقف يمكننا إيجازها فيما يلي:

١ - تبعث مديرية الأوقاف إلى المحكمة الشرعية الكبرى أحد كتابها لاستخراج ما يتعلق

والدعوة إلى الله تعالى وخدمة الإسلام والمسلمين. ولعل الهدف المنشود من إنشاء الهيئة العامة للأوقاف هو قيامها بدور هام وبارز في تحقيق الحماية الفعلية لأموال الوقف، ولذلك يري البعض أنه يناط بها مهام محددة وهي:

١ - أن تخطط الهيئة العامة للأوقاف منهجاً جاداً في إصلاح أوضاع الأوقاف، وأن تصدر لمعالجة الفراغ التشريعي القائم بشأن أموال الأوقاف الخيرية، وعدم وجود نظام وآلية واضحة لمتابعة ومحاسبة نظار الأوقاف الخيرية.

٢ - التنسيق مع وزارة العدل فيما يتعلق بإنشاء بنك معلومات يشتمل على حصر الأوقاف الخيرية المخصصة لبعض المصارف المحدودة (كالأصاحي والحج) والتي يقدر ريع بعضها سنوياً بعشرات الملايين حالياً، في حين أن المصرف المحدد من قبل الواقف لا يتجاوز العشرة آلاف ريال ومعالجة الخلل الحاصل في إدارة مثل هذه الأوقاف الخيرية (المهيدب، جريدة الرياض، العدد الإلكتروني ١٥٣١٧-١٤٣١هـ).

وتجمع الهيئة العامة للأوقاف بين أربع مهام رئيسة هي:

الأولى: التشريع، حيث إنها تقوم باقتراح السياسات العامة والأنظمة ذات العلاقة بأموال الوقف.

والثانية: مهام توثيقه للأهمية البالغة للتوثيق في مسألة الأوقاف سواء في تسجيل الأصول وحفظ مستنداتها أو ضبط الإيرادات أو تأكيد المصارف وفق اشتراطات الواقفين.

(١٥) مقال للأستاذ/ فهد بن عبد الله القاسم بعنوان (هيئة الأوقاف حلم تحقق) جريدة الاقتصادية الإلكترونية العدد رقم ٦٠٤٩، ٢٠ جمادى الأولى ١٤٣١هـ الموافق ٠٤ مايو ٢٠١٠، ومشار إليه بموقع وقفنا على شبكة الإنترنت:

بالأوقاف العائدة للحرم الشريف والمساجد الأخرى وما يعود إليها من الوقف للنظر عليه، وأن تقوم بتدوينها في دفتر خاص مع تدوين غمرها وتواريخ سجلاتها من نفس سجلات المحكمة وأن يصدق عليها من المحكمة الشرعية ومديرية الأوقاف.

٢- تكليف المحكمة الشرعية الكبرى بضبط كل ما يتعلق بطلب إدارة الأوقاف المبحوث عنه، وأن ترفعه في جدول يقدم شهرياً لمديرية الأوقاف، وتقوم الأخيرة بقيد كل ما يرد إليها من المحكمة في سجل خاص.

٣- أن تتضمن الجداول التي ترسلها المحكمة لمديرية الأوقاف أسم الواقف وأبيه وجده وشهرته ونوع المال الموقوف ومحل الوقف تاريخ الوقفية ورقم سجلها.

٤- تكليف جميع المحاكم الشرعية بأن تشعر مديرية الأوقاف بكل دعوى يظهر فيها وقف يعود النظر عليه لمديرية الأوقاف لكي تقوم الأخيرة بالبحث والقيّد اللازمين.

ثانياً: ضرورة تسجيل الأوقاف والإنهاءات

من الأسباب التي أدت إلى اندثار العديد من الأوقاف، ضياع الكثير من الحجج الوقفية بسبب عدم توثيقها بشكل إداري منظم ومحفوظ في المحاكم أو غيرها من أوعية الحفظ، كما أن تلف هذه الوثائق بسبب احتفاظ أصحابها بها خوفاً من توثيقها وتسجيلها في المحاكم لأي سبب من الأسباب، قد أسهم وبشكل كبير في اندثار الكثير من أموال الوقف في أرجاء العالم

الإسلامي (السدحان، ٢٠١٠: ص ٣٣٩). ولأهمية ملكية الوقف فقد أولاهها المنظم السعودي بحماية خاصة في نظام المرافعات الشرعية، فخاطب القاضي المختص بتسجيل إنشاء الوقف، ثم خاطب طالب تسجيل الوقف، سواء كان فرداً أم الجهة القائمة على شئون الوقف، بضرورة إثبات ملكية مال الوقف أولاً قبل القيام بإجراء تسجيل الوقف.

فجاء الفصل الأول من الباب الرابع عشر من نظام المرافعات الشرعية تحت عنوان (تسجيل الأوقاف والإنهاءات) فنصت المادة ٢٤٦ منه على أنه: (لا يجوز للقاضي تسجيل إنشاء أي وقف إلا بعد ثبوت تملك واقفه إياه وبعد التأكد من خلو سجله من ما يمنع من إجراء التسجيل). كما أكدت ٢٤٧ من ذات النظام على أنه: (على طالب تسجيل الوقف أن يقدم طلباً إلى المحكمة المختصة مشفوعاً بوثيقة رسمية تثبت تملكه لما يريد إيقافه).

ويلاحظ من النص المتقدم أنه حتى لا يقع أي نوع من النزاع على ملكية مال الوقف مستقبلاً من أشخاص يدعون ملكيتهم له بعد إجراء التسجيل، فقد اشترط المنظم السعودي على طالب تسجيل الوقف أن يتقدم إلى المحكمة الشرعية بما يثبت ملكيته لمال الوقف الذي يرغب في تسجيله، ولم يكتف النص بمجرد تقديم صك الملكية فقط، وإنما اشترط لقبول طلب التسجيل أن يرفق بطلبه وثيقة رسمية تثبت ملكيته لمال الوقف الذي يريد تسجيله رسمياً.

ثالثاً: تحديد الجهة المختصة بدراسة طلبات

استبدال واستثمار أموال الوقف

جاء بالمادة السادسة من نظام مجالس الأوقاف

الفرعية النص على أنه:

(يختص مجلس الأوقاف الفرعي بالصلاحيات

التي يحددها مجلس الأوقاف الأعلى بما في ذلك:

١ - دراسة طلبات الاستبدال المتعلقة بعقارات

الأوقاف الخيرية الواقعة في منطقته ثم رفعها مشفوعة بالرأي لمجلس الأوقاف الأعلى).

كما نصت المادة الثالثة من نظام مجلس الأوقاف

الأعلى^(١٦) على أنه:

(يختص مجلس الأوقاف الأعلى بالإشراف على

جميع الأوقاف الخيرية بالملكة، ويضع القواعد

المتعلقة بإدارتها، واستغلالها، وتحصيل غلاتها،

وصرفها، وذلك كله مع عدم الإخلال بشروط

الواقفين، وأحكام الشرع الحنيف، وله في سبيل ذلك:

١ - وضع خطة لتمحيص الأوقاف الخيرية،

وحصرها، وتسجيلها في داخل المملكة، وإثباتها

بالطرق الشرعية، ورفع أيدي واضعي اليد عليها بوجه

غير شرعي، ولتنظيم إدارتها.

٢ - وضع خطة عامة لاستثمار وتنمية الأوقاف

وغلاتها، بعد دراسة وضعيتها في كل جهة، وتكوين

فكرة وافية عنها بالتفصيل....).

رابعاً: وضع شروط وأحكام خاصة في حالة

استبدال الوقف

فقد صدر قرار مجلس الشورى رقم ٢٣٨ في

١٥/٨/١٣٥٥ هـ والمقترن بالتصديق العالي رقم

١٨١/١/٦ بتاريخ ١٥/١/١٣٥٦ هـ والذي حدد ضوابط

شراء البديل في حالة استبدال الوقف، فقرر ما يلي:

(كل عقار من العقارات الموقوفة إذا بيع بمقتضي

شرائطه المخصوصة لاستبدال عقار آخر بثمنه تنطبق

عليه نفس الجهات والشروط المسرودتين في حجة العقار

الموقوف الذي بيع ...).

كما نصت المادة ٢٥٠ / ٣ من اللائحة التنفيذية

لنظام المرافعات الشرعية على إجراءات استبدال أي

عين من أعيان الوقف والمتمثلة في عدة إجراءات هي:

١ - الحصول على إذن ببيع عقار الوقف من

المحكمة الواقع في دائرتها عقار الوقف المراد استبداله.

٢ - التصديق على الإذن الصادر باستبدال

عقار الوقف من محكمة التمييز.

٣ - إفراغ عقد بيع عقار الوقف بواسطة

القاضي الذي أصدر الإذن باستبدال عقار الوقف.

٤ - موافقة مجلس الأوقاف الأعلى على الإذن

الصادر باستبدال عقار الوقف الخيري.

(١٦) صدر هذا النظام بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨٤ في

١٦/٧/١٣٨٦ هـ والمرسوم الملكي رقم م/٣٥ في

١٨/٧/١٣٨٦ هـ، وأجريت عليه تعديلات بموجب قرار مجلس

الوزراء رقم ٢١ في ١٥ / ١ / ١٤١٩ هـ.

إذا كان استبدال عقار الوقف للمنفعة العامة ، فلا بد من إفراغ نزع الملكية للمنفعة العامة بمعرفة كاتب العدل في الجهة الواقع في دائرتها عقار الوقف المستبدل.

خامساً: وضع لائحة لتنظيم الأوقاف الخيرية

بجميع مناطق المملكة العربية السعودية^(١٧)

حيث ورد بهذه اللائحة التأكيد على ضرورة قيام إدارات الأوقاف في جميع مناطق المملكة بالإشراف على أموال الوقف، وفقاً لما يحدده مجلس الأوقاف الأعلى، فجاء بالبند رقم ٢ من الجزء الأول من هذه اللائحة النص على أن: (يتولى مدير الأوقاف في كل بلدة الإشراف المباشر على الأوقاف الخيرية في تلك البلدة ورعايتها والدخول في الدعاوى المتعلقة بها وتأجيرها وصيانتها واستلام غلاتها والإنفاق منها أو صرفها في أوجه الخير حسبما نص عليه شرط الواقف، وذلك في حدود الصلاحيات والقواعد التي يحددها مجلس الأوقاف الأعلى).

سادساً: وضع لائحة لتنظيم وتحديد

اختصاصات مجلس الأوقاف الأعلى

والمجالس الفرعية بالمملكة

عند صدور نظام مجلس الأوقاف الأعلى بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨٤ في

١٦/٧/١٣٨٦هـ والمرسوم الملكي رقم م / ٣٥ في ١٨/٧/١٣٨٦هـ، تضمن هذا النظام القواعد والمبادئ الأساسية لإدارة واستغلال أموال الوقف، فنصت المادة الثالثة من هذا النظام على أنه:

(يختص مجلس الأوقاف الأعلى بالإشراف على جميع الأوقاف الخيرية بالمملكة، ويضع القواعد المتعلقة بإدارتها، واستغلالها، وتحصيل غلاتها، وصرفها، وذلك كله مع عدم الإخلال بشروط الواقفين، وأحكام الشرع الحنيف، وله في سبيل ذلك: وضع خطة لتمحيص الأوقاف الخيرية، وحصريها، وتسجيلها في داخل المملكة، وإثباتها بالطرق الشرعية، ورفع أيدي واضعي اليد عليها بوجه غير شرعي، ولتنظيم إدارتها....).

كما أعطي النظام في الفقرة السابعة من ذات المادة الثالثة لمجلس الأوقاف الأعلى حق النظر في طلبات استبدال الأوقاف الخيرية وفق مقتضيات المصلحة قبل إجازتها من الجهة الشرعية المختصة.

كما نصت المادة الثالثة / ١١ من ذات النظام على أنه (يختص مجلس الأوقاف الأعلى باعتماد المشروعات المقترحة تنفيذها من أموال الوقف الخيري من المجلس الأعلى للأوقاف، واعتماد تكاليفها، إذا زادت القيمة على خمسمائة ألف ريال بعد التأكد من

(١٧) صدرت لائحة تنظيم الأوقاف الخيرية في المملكة العربية السعودية بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٨٠ المؤرخ في ١٣٩٣/١/٢٩هـ.

المبلغين عن الأوقاف المعتدى عليها، وتدعو كل مسلم أن يبرئ ذمته مما يعلم أو يعرف عن مثل تلك التعديات على الأوقاف، بالإبلاغ عن تلك الأوقاف المغتصبة أو المعتدى عليها.

ولذلك تمثل الحماية الجنائية (الجزائية) لأموال الوقف صمام الأمان الأقوى لتحقيق الحماية الفعلية لأموال الوقف، من خلال الرقابة الحازمة والعقوبة العاجلة لكل من تسول له نفسه التعدي على أموال الوقف أو المساهمة أو المساعدة في اغتصاب أموال وأراضي الوقف، وهو ما يتطلب أن تقوم الجهات المختصة بإدارة شئون الوقف بحصر المخالفات والتعديات الواقعة على أموال الوقف، وإحالة المتسببين والمتورطين فيها إلى جهات التحقيق المختصة تمهيداً لإحالتهم إلى القضاء المختص لتوقيع الجزاء الجنائي أو التأديبي المناسب نظامياً.

تهدف الحماية الجزائية لأموال الوقف إلى منع الأفراد من التعدي على أموال الوقف، سواء أكان هذا التعدي من أفراد عاديين أو من أفراد يعملون بجهات حكومية أو أحد مؤسسات الوقف، وتتحقق هذه الحماية الجزائية بعدة وسائل، منها ما يكون رقابياً عن طريق أجهزة الرقابة المختلفة داخل الدولة، ومنها ما قد يكون عقابياً من خلال تطبيق النصوص القانونية على من يثبت ارتكابه جريمة التعدي على مال من أموال الوقف، سواء بصورة أصلية أم تبعية.

سلامة المشروع وتكامله وفائدته ومن إمكانية الإنفاق عليه^(١٨).

ويتبع مجلس الأوقاف الأعلى أمانه المجلس، والتي تقوم بدراسة جميع ما يعرض على المجلس وإعداد القرارات، ثم متابعة تنفيذها (الجواب، ٢٠١١، ص ٢٠٨).

المطلب الثالث: الحماية الجزائية للوقف في النظام السعودي

لا شك أنه من المهام الأساسية لوزارة الأوقاف بصفة عامة ولوكالة الوزارة لشئون الأوقاف بصفة خاصة بالمملكة، هي المحافظة على أعيان الأوقاف وحصرها وصيانتها وإدارتها والعمل على حمايتها، كما يناط بها أيضاً تنمية موارد الأوقاف واستثمارها في الوجوه الجائزة شرعاً، كما تقوم بتحصيل غلال الوقف، وتوزيع ريع الأوقاف على وجوه الخير والبر وفقاً لشروط الواقفين.

وقد أشار فضيلة وكيل الوزارة لشؤون الأوقاف^(١٩) إلى أن الوزارة تسعى -ومن خلال اختصاصها بحماية الأوقاف والعناية بها- إلى مكافأة

(١٨) عدلت هذه الفقرة بموجب المرسوم الملكي رقم م / ٥٦ المؤرخ ١٤٠٢/١٢/١٨ هـ وكانت القيمة للمشروع مائة ألف ريال فقط.

(١٩) جاء ذلك في مقال لفضيلة الدكتور عبدا لرحمن بن سليمان المطرودي -وكيل الوزارة لشؤون الأوقاف- منشور بموقع مداد عن المركز الدولي للدراسات والأبحاث.

الجهات التي لها حق الرقابة على أموال الوقف في المملكة

وفيما يلي نتناول الجهات التي أعطى لها النظام في المملكة الحق في الرقابة على أموال الوقف، وهذه الرقابة تعد من الوسائل الوقائية للحماية الجزائية لأموال الوقف، والتي تخولها إحالة المتعدي على أموال الوقف أو المتسبب في إهدارها إلى المحاكم المختصة لتطبيق النصوص الجزائية عليه في حالة ثبوت التعدي على مال الوقف.

وتقوم هذه الجهات الرقابية بمراجعة ومتابعة حسابات وأعمال الأوقاف، وهو ما يطلق عليه الرقابة الخارجية على إدارة شئون الوقف، من حيث إعطاء صلاحية للأجهزة التي تخصصها الدولة للمراقبة المالية والإدارية على أموال الوقف، وهذه الجهات الرقابية تتمثل في:

١- هيئة الرقابة والتحقيق: وهي جهة تحقيق مختصة بقوة النظام في إجراء التحقيق الإداري في المخالفات المالية والإدارية التي تقع من موظفي الدولة، ومن بينهم موظفي وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية في المملكة العربية السعودية والأجهزة والإدارات التابعة والمساعدة لها.

وتختص الهيئة بالادعاء ورفع الدعاوى الإدارية والتأديبية ضد الموظفين العموميين أمام محاكم ديوان المظالم وفقاً لنص المادة العاشرة من نظام ديوان المظالم التي تنص على أنه: (تتولى هيئة الرقابة والتحقيق،

الادعاء أمام الدائرة المختصة في الجرائم والمخالفات التي تتولى الهيئة التحقيق فيها).

فتقوم الهيئة بدراسة القضايا التأديبية والجنائية، وبعد انتهاء التحقيق فيها وتحديد الاتهامات تقوم بإحالة القضية إلى ديوان المظالم على أن يتضمن قرار الإحالة وصف المخالفة وأدلة الاتهام والمواد النظامية المراد تطبيقها على الواقعة.

ويلاحظ أنه قد صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٣ في ١٤٣٣/١/٣ هـ بنقل نشاط الرقابة المالية الذي تقوم به هيئة الرقابة والتحقيق إلى ديوان المراقبة العامة، مع استمرار في ممارسة التحقيق الإداري والادعاء في المخالفات المالية والإدارية.

كما تختص الهيئة بالاعتراض على الأحكام الصادرة في الدعاوى القضائية المرفوعة منها، وذلك بطريق الطعن على هذه الأحكام أمام المحاكم المختصة وفقاً لقواعد المرافعات والإجراءات أمام الجهات القضائية المختلفة بديوان المظالم.

٢- ديوان المراقبة العامة^(٢٠): ويعد ديوان المراقبة العامة جهة مختصة بالمراقبة المالية على أعمال جميع الهيئات والوزارات والمؤسسات داخل المملكة، ومن بينها الجهات القائمة على إدارة واستثمار الوقف

(٢٠) صدر نظام ديوان المراقبة العامة بالمرسوم الملكي رقم (م/٩) بتاريخ ١٣٩١/٢/١١ هـ، ونشر بجريدة أم الفري بالعدد رقم ٢٣٦٧ في ١٣٩١/٢/٢٠ هـ.

الخيري ممثلة في وزارة الأوقاف والإدارات التابعة لها بالمملكة.

وجاء بنص المادة السابعة من نظام ديوان المراقبة النص على اختصاصات الديوان بقولها: (يختص الديوان بالمراقبة اللاحقة على جميع إيرادات الدولة ومصروفاتها، وكذلك مراقبة كافة أموال الدولة المنقولة والثابتة، ومراقبة حسن استعمال هذه الأموال واستغلالها والمحافظة عليها).

ولكي لا يحدث تعارض بين نصوص ديوان المراقبة وأنظمة الوقف في المملكة، أورد المنظم السعودي في المادة العاشرة من نظام مجلس الأوقاف الأعلى بالمملكة النص على أنه: (لا يخل أحكام هذا النظام بصلاحيات ديوان المراقبة العامة المقررة نظاماً في مراقبة حسابات الأوقاف، على أن يقدم أية ملاحظات له على مجلس الأوقاف الأعلى).

٣- هيئة التحقيق والادعاء العام^(٢١): وتعد هيئة هيئة التحقيق والادعاء العام هي الهيئة صاحبة الاختصاص الأصيل في مباشرة التحقيق في الجرائم الجنائية وتحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها أمام الجهات القضائية المختصة.

وقد نصت المادة الأولى من نظام الهيئة على أنه (تنشأ بموجب هذا النظام هيئة تسمى هيئة التحقيق

والإدعاء العام ترتبط بوزير الداخلية، ويكون لها ميزانية ضمن ميزانية الوزارة، وتكون مدينة الرياض مقرها الرئيسي، وتنشأ الفروع اللازمة لها داخل المقر الرئيسي أو خارجه). وحددت المادة الثالثة من النظام اختصاصات الهيئة فنصت على أنه:

(أولاً: تختص الهيئة وفقاً للأنظمة وما تحدده اللائحة التنظيمية بما يلي:

ب) التصرف في التحقيق برفع الدعوى أو حفظها طبقاً لما تحدده اللوائح.

ج) الادعاء أمام الجهات القضائية وفقاً للائحة التنظيمية.

د) طلب تمييز الأحكام.

هـ) الإشراف على تنفيذ الأحكام الجزائية).

وحددت اللائحة التنظيمية لنظام هيئة التحقيق والادعاء العام اختصاصات الهيئة ومهامها في الباب الثاني من اللائحة بأن تختص بما يلي:

- ١ - التحقيق في القضايا الجنائية.
- ٢ - تحريك الدعوى الجنائية والتحقيق فيها والتصرف بالدعوى حفظاً أو اتهاماً.

كما نصت المادة ١٦ من نظام الإجراءات الجزائية السعودي^(٢٢) على أنه:

(٢١) صدرت لائحة هيئة التحقيق والادعاء العام، بناءً على؛ ونشرت بجريدة أم القرى في عددها رقم (٣٢٦٤) وتاريخ ١٤٠٩/١١/٢٠هـ.

(٢٢) صدر نظام الإجراءات الجزائية في المملكة بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ.

(تختص هيئة التحقيق والادعاء العام وفقاً لنظامها بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها أمام المحاكم المختصة).

٤- الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد^(٢٣): وهي

هيئة تتبع جلاله الملك مباشرة وتشمل مهام الهيئة كافة القطاعات الحكومية، ولا يستثنى من ذلك كائناً من كان، وتسند إليها مهام متابعة تنفيذ الأوامر والتعليمات الخاصة بالشأن العام، ويدخل في اختصاصها متابعة أوجه الفساد الإداري والمالي.

وقد نصت الفقرة (٢) من المادة الثالثة من تنظيم الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد على أنه: "على أن تتحرى الهيئة عن أوجه الفساد المالي والإداري، في عقود الأشغال العامة وعقود التشغيل والصيانة وغيرها من العقود".

ولا شك أن مؤسسات الوقف باعتبارها جهات إدارية قد يلحقها أو يصيبها ما يعتري غيرها من الجهات الإدارية من فساد أو إهمال في بعض النواحي الإدارية أو المالية، وهو ما يؤدي بدوره إلى ضياع أو تلف أو إهدار أموال الوقف الخيري.

وتقوم الهيئة بجمع المعلومات من خلال المباحث الإدارية، وهي جهة تختص بالتحري وجمع المعلومات المتعلقة بالمخالفات الإدارية والحصول على الأدلة

والمستندات التي تؤكد صحة الاتهامات المنسوبة للعاملين بالجهاز الإداري للدولة، وذلك على كافة المستويات والوزارات والجهات الإدارية، بهدف منع ومحاربة الفساد الإداري بكافة أنواعه وصوره في الجهات الإدارية، مع اتخاذ الخطوات والإجراءات النظامية لمحاسبة المسؤولين عن الفساد المالي أو الإداري. كما أكدت الفقرة (٣) من ذات المادة على أنه (تحيل الهيئة المخالفات والتجاوزات المتعلقة بالفساد الإداري والمالي عند اكتشافها إلى الجهات الرقابية أو جهات التحقيق بحسب الأحوال، وبموجب هذه الفقرة أيضاً فإن للهيئة حق الاطلاع على مجريات التحقيق ومتابعة سير الإجراءات في هذا الشأن، ولها أيضاً أن تطلب من جهات الاختصاص اتخاذ التدابير الاحترازية أو التحفظية في شأن من توافرت أدلة وقرائن على ارتكابه أفعالاً تدخل في مفهوم الفساد.

ولضمان نجاح عمل الهيئة، نصت المادة الرابعة من تنظيم الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، بأن تتعاون الجهات الرقابية المختصة مع الهيئة في مجال عملها، بما يحقق تكامل الأدوار واتساقها في سبيل تنفيذ اختصاصات كل من تلك الجهات، فدور الهيئة مع هيئة الرقابة والتحقيق، وديوان المراقبة العامة، ووزارة المالية.

٥- المحاكم الشرعية: نصت المادة الأولى من

نظام المرافعات الشرعية السعودي على أنه: "تُطبَّق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة

(٢٣) تم إنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد بالملكة العربية السعودية بموجب الأمر الملكي ذي الرقم: أ/٦٥- التاريخ: ١٤٣٢/٤/١٣هـ.

الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يُصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة، وتتقيد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام".

كما نصت المادة ٣٢ من ذات النظام على أنه من غير إخلال بما يقضي به نظام ديوان المظالم، تختص المحاكم العامة بجميع الدعاوى الخارجة عن اختصاص المحاكم الجزئية، ولها على وجه الخصوص النظر في الأمور الآتية:

- ١ - جميع الدعاوى العينية المتعلقة بالعقار.
 - ٢ - إصدار حجج الاستحكام، وإثبات الوقف وسماع الإقرار به، وإثبات الزواج، والوصية، والطلاق والخلع والنسب، والوفاة وحصر الورثة.
 - ٣ - إقامة الأوصياء والأولياء والنظار، والإذن لهم في التصرفات التي تستوجب إذن القاضي، وعزلهم عند الاقتضاء.
- ٦- ديوان المظالم^(٢٤): نصت المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم القديم على اختصاصات الديوان بقولها: "يختص ديوان المظالم بالفصل فيما يلي:

- أ - ...
- ب - ...
- ج - ...
- د - ...

هـ - الدعاوى التأديبية التي ترفعها الجهة المختصة.

و - المنازعات الإدارية الأخرى.

(٢٤) صدر نظام ديوان المظالم بالأمر الملكي رقم: م/٥١ التاريخ: ١٤٠٢/٧/١٧ هـ وقرار مجلس الوزراء رقم (٩٥) وتاريخ ١٤٠٢/٦/٢٥ هـ، ثم تم تعديله بالأمر الملكي رقم م/٧٨ بتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩ هـ.

ز - طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام المحكمين الأجنبية.

ونود التأكيد على أن هناك ضمانات عامة لحماية أموال الوقف في المملكة العربية السعودية تتمثل في خضوع جميع أعمال وقرارات وتصرفات جهات الوقف على اختلاف درجاتها للأحكام الشرعية الواجبة في كل ما يتعلق بأموال الوقف ، وللأنظمة واللوائح والقرارات الصادرة لحماية الأموال العامة والخاصة بالمملكة ، وخضوع هذه الجهات للرقابة المالية اللاحقة وفقاً لنظام ديوان المراقبة العامة.

المطلب الرابع: الحماية الإجرائية للوقف في النظام السعودي

نلاحظ من واقع تتبع الأنظمة المختلفة في المملكة النص على عدة صور من الحماية الإجرائية لأموال الوقف، سواء ورد النص على هذه الإجراءات في نظام المرافعات الشرعية أو تلك الواردة في أنظمة الوقف المختلفة أو تلك التي وردت في المؤتمرات المتعاقبة المتعلقة بالوقف في المملكة أو خارجها، لذلك سوف نتعرف على صور هذه الحماية الإجرائية للوقف في المملكة من خلال المحاور التالية :

أولاً: اختصاص المحاكم الجزئية بنظر دعاوي

عقارات الوقف وإجراءات إثبات الوقف وتعيين الناظر عليه

وهذا الاختصاص ورد بنص المادة ٣٢ من نظام المرافعات الشرعية ، فنصت على أنه (من غير إخلال

بما يقضي به نظام ديوان المظالم ، تختص المحاكم العامة بجميع الدعاوى الخارجة عن اختصاص المحاكم الجزئية ، ولها على وجه الخصوص النظر في الأمور الآتية :

- جميع الدعاوى العينية المتعلقة بالعقار.
- إصدار حجج الاستحكام ، وإثبات الوقف وسماع الإقرار به ، وإثبات الزواج ، والوصية ، والطلاق والخلع والنسب ، والوفاة وحصر الورثة.
- إقامة الأوصياء والأولياء والنظار ، والإذن لهم في التصرفات التي تستوجب إذن القاضي ، وعزلهم عند الاقتضاء.....).

وعليه فإن جميع الدعاوي العينية المتعلقة بعقارات وأراضي الوقف تدخل في الاختصاص النوعي للمحكمة الجزئية ، وهي المحكمة الأقرب إلى موطن العقار محل النزاع أو التعدي ، ولا شك أن قرب المحكمة الجزئية من العقار المتنازع عليه أو الواقع عليه التعدي يعد نوعاً من الحماية الإجرائية العاجلة للفصل في النزاع وسرعة إزالة التعدي أو اتخاذ الإجراء التحفظي المناسب.

ومن بين هذه الإجراءات إصدار الأحكام المستعجلة لحماية أموال الوقف ، والأحكام المتعلقة بتعيين ناظر على أموال الوقف ، دراسة الطلبات المقدمة من النظار حول استبدال وإبدال أموال الوقف الخيري ،

فليس لناظر الوقف سواء كان ناظراً خاصاً أو كان إدارة الأوقاف أن يجري معاملة النقل إلا بعد استئذان القاضي الشرعي في البلد التي فيها الوقف وإثبات المسوغات الشرعية التي تجيز نقله على أن يجعل ثمنه في مثله في الحال. وكل ذلك يتم بعد موافقة محكمة التمييز".

ونرى أن النص المتقدم قد حدد ثلاثة شروط إجرائية لنقل مال الوقف تتلخص في:

- ١ - صدور الإذن بنقل الوقف من القاضي الشرعي في البلد التي فيها الوقف.
- ٢ - أن يتضمن الإذن الصادر من القاضي المسوغات الشرعية التي تجيز نقله.
- ٣ - موافقة محكمة التمييز (المحكمة العليا حالياً) على الإذن الصادر من القاضي الشرعي بنقل الوقف.

رابعاً: وضع شروط لتسجيل وقف عقار مملوك

لشخص أجنبي

ونظراً لأهمية ملكية الوقف فقد أولاهها المنظم السعودي بحماية إجرائية خاصة، فجاء نص المادة التاسعة والأربعون بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية لتؤكد على مجموعة من الشروط الخاصة اللازم توافرها في حالة تسجيل مال من أموال الوقف مملوك لأجنبي، فنصت على أنه: "مع مراعاة قواعد تملك غير السعوديين للعقار لا يجوز تسجيل وقفية عقار في المملكة مملوك للأجنبي إلا بالشروط الآتية:

وإثبات حجج الوقف وسماع شهود للإقرار بوجود الوقف أو مكانه أو حدوث تعدي على أمواله من أحد الأشخاص.

ثانياً: تكليف إدارات الأوقاف بحصر جميع

أعيان الوقف وتسجيل الصكوك

وتدوينها تحت مسميات ورموز لأنواع

الوقف المختلفة في سجلات

أوجب النظام في المملكة جميع إدارات الأوقاف ضرورة القيام بحصر أعيان الوقف وتسجيلها وتدوينها في سجلات الأوقاف، وهو ما أكدت عليه لائحة تنظيم الأوقاف الخيرية في الفقرة السادسة منها بقولها: "تخضع جميع مسميات أعيان الأوقاف، لغرض تنظيم تسجيلها تحت المسميات المبينة أدناه، ويرمز لكل مسمى بالرمز الموضح أمامه - عمارة (ع) - دار (ر) - دكان (ك) - أرض زراعية (ز) - أرض فضاء بدون غراس (ج)".

ثالثاً: ضرورة موافقة القاضي الشرعي

والمحكمة العليا لنقل مال الوقف

اشترط النظام في المملكة في حالة نقل مال من أموال الوقف من بلد إلى آخر داخل المملكة، ضرورة موافقة القاضي الشرعي في البلد الذي يوجد به الوقف، وذلك بعد دراسة أسباب ومبررات النقل ومصلحة الوقف وطريقة التصرف في ثمن الوقف، وقد نصت على هذه الضمانة الإجرائية المادة ٢٥٠ من نظام المرافعات الشرعية بقولها: "إذا اقتضى الأمر نقل وقف

- أ - أن يكون الوقف طبقاً للمقتضيات الشرعية.
- ب - أن يكون الوقف على جهة بر لا تنقطع.
- ج - أن يكون الوقف على أفراد سعوديين، أو على جهات خيرية سعودية.
- د - أن يكون الناظر على الوقف سعودياً.
- هـ - أن ينص في حجة الوقف أن يكون للمجلس الأعلى للأوقاف حق الإشراف على الوقف.
- و - أن يكون الوقف خاضعاً لنظام الأوقاف في المملكة."
- خامساً: اتخاذ إجراء مؤقت بصفة مستعجلة لحماية أموال الوقف**
- وهو ما نصت عليه المادة ٢٣٣ من نظام المرافعات الشرعية بقولها: "تحكم المحكمة المختصة بنظر الموضوع بصفة مؤقتة في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت والمتعلقة بالمنازعة نفسها ولا يؤثر هذا الحكم على موضوع الدعوى سواء رفع طلب الحكم بالإجراء المؤقت مباشرة أو تبعاً للدعوى الأصلية".
- وهذا النص يعطي الحق لكل ذي مصلحة في الوقف أو الناظر أو مدير الأوقاف، طلب اتخاذ إجراء مؤقت أو تقديم طلب مستعجل إلى المحكمة المختصة، في الأحوال التي يرى فيها أن هناك خشية أو ضرر يهدد أموال الوقف لا يحتمل التأخير، أولاً يتسع الوقت
- لاتخاذ الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى القضائية أمام المحكمة.
- وقد أعطى نظام المرافعات الشرعية أمثلة للدعوى المستعجلة التي يجوز رفعها لحماية أموال الوقف بصفة خاصة أو لحماية الأموال بصفة عامة، فنصت المادة الرابعة والثلاثون بعد المائتين على أنه "تشمل الدعوى المستعجلة ما يلي:
- أ - دعوى المعاينة لإثبات الحالة.
- ب - دعوى منع التعرض للحيازة ودعوى استردادها.
- ج - دعوى المنع من السفر.
- د - دعوى وقف الأعمال الجديدة.
- هـ - دعوى طلب الحراسة.
- و - الدعوى المتعلقة بأجرة الأجير اليومية.
- ز - الدعوى الأخيرة التي يعطيها النظام صفة الاستعجال".
- وتعد دعوى الحراسة القضائية من أهم الدعوى المستعجلة التي ترفع أمام القضاء لحماية أموال الوقف وفقاً لنص المادة ٢٤٠ من نظام المرافعات الشرعية بقولها:
- "يكون تعيين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً. فإذا لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه ويحدد الحكم الصادر بالحراسة ما على الحارس من التزام وما له من حق وسلطة وإذا سكوت الحكم عن ذلك فتطبق الأحكام الواردة في هذا النظام".

ونري أن دعوى عزل ناظر الوقف الذي يثبت عدم أمانته أو كفاءته في إدارة أموال الوقف، تعد كذلك من الدعاوى المستعجلة التي يجوز رفعها متى توافر أو تحقق وجود خطر على أموال الوقف من استمرار الناظر في الإدارة بشكل يضر بالوقف أو أهمل في إدارته.

سادساً: توصيات مؤتمرات الأوقاف بالمملكة

١- توصيات مؤتمر الأوقاف الأول بمكة المكرمة: وقد عقد هذا المؤتمر في رحاب جامعة أم القرى بمكة المكرمة وانتهى إلى عدد من التوصيات منها ما يلي:

- إصدار مجلة علمية متخصصة تعني بشؤون الأوقاف لإثراء الساحة بقضايا الأوقاف.
- تأسيس منظمة دولية إسلامية تعني بشؤون الأوقاف الإسلامية في العالم تجمع في عضويتها جميع وزارات الأوقاف والمؤسسات والصناديق الوقفية.
- وضع خطة شاملة للحفاظ على الأوقاف الإسلامية في البلاد التي يعيش فيها أقلية مسلمة.
- حث المسلمين على تخصيص أوقاف ينفق ريعها على المسجد الأقصى.
- إنشاء مركز للدراسات الوقفية وحصر الوثائق المتعلقة بالأوقاف وجمعها من مصادرها.
- استثمار الأوقاف وتنمية مواردها والتي تحقق عائداً أفضل من الوفاء بشرط الواقف.

٢- توصيات ندوة الوقف في الشريعة الإسلامية ومجالاته: وقد عقدت هذه الندوة في مدينة الرياض في المدة من ١٢ - ١٤ محرم ١٤٢٣هـ، وخرجت الندوة بعدد من التوصيات منها ما يلي:

- العناية بالأوقاف، ورعاية احتياجاتها، والاجتهاد فيما يحقق لها وفرة الانتاج مع الاحتياط لها وحمايتها ووضع الضوابط المناسبة للتصرف فيها.
 - زيادة الاستثمار في أموال السائلة المرصودة للوقف، من خلال طرق الاستثمار الحديثة، مع وضع الضوابط اللازمة لحماية هذه الأموال.
 - استخدام التقنية الحديثة في حفظ الأوقاف وتوثيقها وتنظيم مؤسساتها والتواصل بينها.
 - دعوة الحكومات الإسلامية إلى بذل الجهد في المحافظة على الأوقاف ورفع الاعتداءات عنها.
- ٣- توصيات مؤتمر الأوقاف الثاني بمكة المكرمة- ذي القعدة ١٤٢٧: أوصى المؤتمر بعدد من التوصيات الهامة نذكر منها ما يلي:

- إنشاء أمانة عامة دائمة للمؤتمرات والندوات والملتقيات العلمية وحلقات النقاش التي تتعلق بموضوع الوقف الإسلامي يكون مقرها جامعة أم القرى بمكة المكرمة ويكون من مهامها التنسيق مع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية والجهات ذات العلاقة.

- أوصى بإنشاء هيئات للأوقاف مستقلة إدارياً ومالياً عن وزارات الأوقاف تعنى بالأوقاف في كل شؤونها.
- أوصى بالعمل على وضع مدونة ضابطة لأحكام الوقف مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.
- أوصى المؤتمر بدراسة إنشاء مركز متخصص يعني بمحصر وتسجيل أوقاف الحرمين الشريفين في الأقطار الإسلامية.
- دعا المؤتمر الحكومات الإسلامية والمنظمات الدولية إلى المحافظة على أصول أوقاف المسجد الأقصى وسائر الأوقاف الفلسطينية التي تم اغتصابها وطمس معالمها من قبل سلطات الاحتلال الإسرائيلي كما دعا الجهات الحكومية المسؤولة عن الأوقاف في البلدان الإسلامية إلى المحافظة على أصول الأوقاف الإسلامية والحد من التصرفات المؤدية إلى إحجام الناس عن وقف أموالهم.
- ٤- توصيات مؤتمر الأوقاف الثالث بالمدينة المنورة: خرج مؤتمر الأوقاف الثالث الذي عقد بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة في الفترة من ١٧-١٩ محرم ١٤٣١هـ/الموافق ٣-٥ يناير ٢٠١٠م بعدد من التوصيات العملية الهامة جداً في توفير الحماية الإجرائية لأموال الوقف، ونذكر من هذه التوصيات ما يلي:
- ١ - وضع نماذج إرشادية موحدة لحجج الوقف، وضبطها بضوابط مانعة من الاستيلاء على أعيانه أو غلاته من أي جهة كانت.
- ٢ - وضع الأنظمة الرقابية الكفيلة ببقاء الأعيان الموقوفة وعدم استبدالها لغير مصلحة حقيقية ظاهرة.
- ٥ - الإسراع في تنفيذ عمليات إعادة التوثيق الإلكتروني لحجج الوقف التي تدهمها مخاطر التلف بسبب تقادم الزمن عليها.
- ٦ - اعتماد أسلوب إداري حديث لعمل الناظر على الوقف يقوم على الأسس التالية:
 - أ) المرونة، والشفافية، والمحاسبة الدورية، والمساءلة الجزائية، وتقرير المسؤولية المدنية عن الأخطاء العمدية للناظر.
 - ب) الربط بين أجر الناظر وبين إنتاجية أعيان الوقف.
 - ج) الأخذ بمبدأ الخدمة المؤقتة للناظر ومنع توريث النظارة.
 - د) تكوين جمعية عمومية من جماعة المستفيدين (الموقوف عليهم) وإعطائها صلاحيات محاسبة الناظر وعزله وتعيين غيره.
 - هـ) إنشاء إدارة حكومية متخصصة لها مرجعية الرقابة الإدارية والمالية على أعمال وتصرفات النظار ومجالس إدارته في الدول التي لا توجد فيها هذه الإدارة.

سبباً مباشراً في انتقاص الحماية اللازمة لهذه الأموال، رغم كثرة أموال الوقف وتراكمها على مر عصور الدولة الإسلامية حتى الخلافة العثمانية.

فقد كانت أموال الوقف في عهد محمد علي تعادل ثلث مساحة الأراضي الزراعية، ومن بينها أوقاف تبلغ حوالي ستمائة ألف فدان، بخلاف الأراضي الفضاء والعقارات المبنية، فقام محمد علي بالاستيلاء على أوقاف المساجد وجهات البر في مصر وتعهدهم بالإنفاق عليها من إيرادات الخزانة العامة.

ولكي يتمكن من حصر أموال الوقف أنشأ محمد علي باشا في عام ١٨٩٥م إدارة سميت «ديوان الأوقاف» وأمر بوضع لائحة ديوان الأوقاف وصدر بها أمر عالٍ، وأصبح بموجبها للوقف ميزانية مستقلة بطريقة منتظمة.

وفي عام ١٩١٥م صدر أمر عالي من سلطان مصر بإقامة وزير الأوقاف ناظراً على الأوقاف التي تحال على وزارة الأوقاف مؤقتاً حتى يثبت استحقاق النظر عليها، وظل الحال كذلك حتى صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن أحكام الوقف ثم صدر القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ بتنظيم بعض إجراءات قضايا الوقف بعد إلغاء المحاكم الشرعية التي كانت تنظر قضايا الوقف بموجب لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١.

وقد بدت ملامح التعدي على أموال الوقف بصورة رسمية بصدر القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧م

٥- ملتقى تنظيم الأوقاف بالرياض^(٢٥): عقد بمدينة الرياض ملتقى تنظيم الأوقاف بتاريخ ٢٥/٤/٢٠١٢م، والذي ركز على مناقشة عدة محاور منها:

١ - محور الإشراف على الأوقاف، من خلال مسؤوليات مجالس النظار والقضاء ودوره في الإشراف على نظار الأوقاف ومسؤوليات الدولة في حماية الأوقاف.

٢ - محور الأنظمة واللوائح الداخلية للأوقاف، من خلال الصيغ الجديدة للأوقاف «حكمها وموقف القضاء منها».

٣ - محور هيكلية الشركات والمؤسسات الوقفية.

٤ - كما ناقش الملتقى موضوع الهيئة العامة للأوقاف ودورها في حماية الأوقاف وتنميتها، من خلال قراءة أنظمة الأوقاف والهيئة العامة للأوقاف.

المبحث الثالث: حماية ملكية

الوقف في النظام المصري

لمحة تاريخية

مر نظام الوقف في مصر بتطورات كبيرة وشهد تعديلات تشريعية وقرارات وزارية، نالت منه وكانت

(٢٥) تم نشر محاور الملتقى في صحيفة الشرق الاقتصادية بالرياض العدد رقم ١٤٤ بتاريخ ٢٦/٤/٢٠١٢م.

بتسليم الأموال الموقوفة إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي لإدارتها وذلك بحجة أن تتفرغ وزارة الأوقاف لأداء رسالتها في نشر الدعوة الإسلامية وقد صدر القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢ لذات الغرض^(٢٦).

ولذلك نرى أن هذه القوانين قد ساهمت إلى حد كبير في تفتيت ملكية الوقف والاعتداء عليها بصورة رسمية، وفي ضياع وتفرق أموال الوقف بين الجهات المختلفة، وإن تضمن هذه القوانين بين طياتها بعض النصوص التي توحى في ظاهرها بتوفير نوع من الحماية لأموال الوقف.

وقد تعددت صور الحماية القانونية لأموال الوقف في القانون المصري، سواء في القانون المدني أو في قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ والقوانين اللاحقة له، أو في قانون العقوبات، إلا أنه ورغم وجود هذه النصوص القانونية، فقد ثبت وقوع تعدي فعلي على أموال الوقف للأسباب المتعددة التي ذكرناها في المبحث الثالث من الفصل الأول من هذا البحث.

وفيما يلي نستعرض صور هذه الحماية القانونية في النظام المصري، سواء في القانون المدني، أم في قوانين الوقف المختلفة في مصر، وذلك للوقوف على مدى صلاحية هذه القوانين فعلاً وعلى أرض الواقع لتوفير الحماية الحقيقية لأموال الوقف في العصر

(٢٦) راجع تفصيلاً - موسوعة الأوقاف - أحمد أمين حسان وفتحى عبد الهادي - الجزء الأول (تشريعات الأوقاف) منشأة المعارف - مصر - طبعة ١٩٩٩ - ص ١٨ وما بعدها.

الحديث، وخاصة مع قدم هذه النصوص وعدم إجراء أي تعديل عليها رغم التعدي المستمر على أموال الوقف، وهو ما سوف نتناوله في المباحث التالية: المطلب الأول: الحماية المدنية في القانون المصري.

المطلب الثاني: الحماية الجنائية في القانون المصري
المطلب الثالث: الحماية الإجرائية في القانون المصري.
المطلب الأول: الحماية المدنية للوقف في النظام المصري

بالنظر في النظام المصري نجد أن الحماية المدنية لأموال الوقف ورد النص عليها في بعض أحكام كل من القانون المدني وقوانين الوقف المختلفة الصادرة في مصر، وسوف نقف على هذه النصوص فيما يلي:

الفرع الأول: صور الحماية القانونية في القانون المدني

وردت في القانون المدني المصري بعض النصوص التي توفر نوعاً من الحماية القانونية لأموال الوقف، ومن هذه النصوص ما يلي:

أولاً: نصت المادة ٦٣٠ من القانون المدني على أنه (لا يجوز للناظر أن يستأجر الوقف ولو بأجر المثل ويجوز له أن يؤجر الوقف لأصوله وفروعه على أن يكون ذلك بأجر المثل).

ثانياً: نصت المادة ٦٣٣ من ذات القانون على أنه (لا يجوز للناظر بغير إذن القاضي أن يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنوات ولو كان ذلك بعقود

مترادفة، فإذا عقدت الإجارة لمدة أطول أنقصت المدة إلى ثلاث سنين).

ثالثاً: جاء بنص المادة ٦٣٤ من القانون المدني على أن (تسري أحكام عقد الإيجار في القانون المدني على إجارة الوقف إلا إذا تعارضت مع النصوص السابقة)، وهذا النص يعد حماية قانونية وحقيقية لأموال الوقف من حيث ضرورة تطبيق أحكام عقد الإيجار في القانون المدني على عقد إيجار أي مال من أموال الوقف، وهي الأحكام العامة لعقد الإيجار في المواد من ٥٥٨ إلى ٦٠٩، وكذلك الأحكام المتعلقة بإيجار الأراضي الزراعية المنصوص عليها في المواد من ٦١٠ إلى ٦٢٧ من القانون المدني.

رابعاً: نصت المادة ٧٣١ من القانون المدني على أنه "تجوز الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة في الأحوال الآتية:

- (أ) إذا كان الوقف شاغراً أو قام نزاع بين نظاره.
- (ب) إذا كان الوقف مديناً.
- (ج) إذا كان أحد المستحقين مديناً معسراً.....".

وقد جاء هذا النص بنوع من الحماية القانونية العاجلة لأموال الوقف من خلال استصدار حكم من القضاء الموضوعي أو المستعجل بوضع أموال الوقف تحت الحراسة القضائية إذا توافرت إحدى الحالات الواردة بالنص، ووجد القاضي أن الحكم بالحراسة هو الإجراء المناسب لتحقيق الحماية العاجلة لأموال الوقف.

خامساً: حماية أموال الوقف من التملك بوضع اليد أو التعدي عليها، حيث نصت المادة ٩٧٠ من القانون المدني على أنه (...ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة..... والأوقاف الخيرية أو كسب أي حق عيني على هذه الأموال بالتقادم، كما لا يجوز التعدي على الأموال المشار إليها في الفقرة السابقة، وفي حالة حصول التعدي يكون للوزير المختص إزالته إدارياً).

ومن الغريب أن هذا النص قبل تعديله بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ كان ينص على أن أموال الوقف يجوز تملكها بالتقادم بشرط أن تستمر حيازتها ثلاثاً وثلاثين سنة، وهو ما كان يفتح الباب أمام ضعف النفوس للاستيلاء على أموال الوقف ووضع اليد عليها بنية تملكها بالتقادم، وكأنه كان يعطي مسوغاً قانونياً للتعدي على أموال الوقف، إلا أنه بعد تعديل هذا النص فإن التقادم الطويل المكسب للملكية عن طريق الحيازة المدة الطويلة لم يعد سبباً لكسب ملكية الوقف، ولا شك أن هذا التعديل يعد صورة من صور الحماية القانونية لأموال الوقف.

سادساً: وضع القانون المدني حماية قانونية لحقوق المستحقين في ريع الوقف المستحق لهم في ذمة ناظر الوقف، فنص في المادة ٣٧٥ / ٢ على أنه (لا يسقط الريع المستحق في ذمة الحائز سيء النية، ولا الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة).

الفرع الثاني: صور الحماية القانونية في قوانين الوقف

أولاً: أكد قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ على ضرورة بقاء أموال الوقف المنتهي تحت يد ناظر الوقف لحفظها وإدارتها لحين تسليمها إلى مستحقيها، وجعل القانون للناظر عليها صفة الحارس القانوني.

ثانياً: أوجب القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ بشأن النظر على الأوقاف الخيرية، على كل ناظر وقف مستقل أو شائع سواء انتهت نظارته أم بقيت، أن يخطر وزارة الأوقاف بأعيان الوقف ومقره مرفقاً بالإخطار جميع الإشهادات الصادرة به، والمتضمنة الزيادة فيه، أو الاستبدال منه، أو صورها الرسمية، على أن يكون الإخطار بموجب كتاب موصي عليه مصحوب بعلم الوصول في مدي ثلاثة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون^(٢٧).

ثالثاً: صدر القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ بتنظيم وزارة الأوقاف ولائحة إجراءاتها في الإقليم الجنوبي ونص على أن (تتولي وزارة الأوقاف إدارة الأوقاف الآتية:

١- الأوقاف الخيرية ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه،

٢- الأوقاف التي لا يعرف مستحقوها ولا جهة الاستحقاق فيها حتى تحدد صفتها.

٣- الأوقاف الخيرية التي يشترط فيها النظر لوزير للأوقاف إذا كان واقفوها غير مسلمين.

٤- الأوقاف التي انتهت بحكم القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢، وما زالت في حراسة الوزارة إلى أن يتسلمها أصحابها.

٥- الأوقاف التي خول القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٥٨ لوزارة الأوقاف إدارتها.

رابعاً: ألزمت المادة الثانية مكرر^(٢٨) من القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٠ م ورثة الواقف الذي اشترط لنفسه النظر على الوقف الخيري ضرورة إخطار وزارة الأوقاف بوفاة مورثهم، وبالمستندات المتعلقة بالوقف في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الوفاة، وكذلك ألزمت واضعي اليد على حصة الخيرات وعلى الأموال والمستندات المتعلقة بالوقف بضرورة إخطار الوزارة في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ علمهم بوفاة ناظر الوقف ويعد هذا النص أيضاً صورة واضحة من صور الحماية القانونية لأموال الوقف من عبث ورثة الواقف بملكية أموال الوقف بعد وفاة ناظر الوقف الذي اشترط النظر عليه لنفسه، وكذلك أغلق الباب أمام واضعي اليد من الحائزين لأموال الوقف بصورة قانونية عن

(٢٨) أضيفت هذه المادة بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٠ الصادر بتعديل القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ بشأن النظر على الأوقاف الخيرية.

(٢٧) وقد بدأ العمل بهذا القانون في مصر اعتباراً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية (الوقائع المصرية) في العدد رقم ٤٢ مكرر ب بتاريخ ١٩٥٣/ ٥/ ٢١ م.

(رابعاً) الأوقاف التي يؤول حق النظر عليها لوزارة الأوقاف بعد العمل بهذا القانون).
كما نصت المادة الثالثة (في البند أولاً) من القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم وزارة الأوقاف، والتي تقضي بأنه: "تختص لجنة شئون الأوقاف وحدها بالمسائل الآتية:

أولاً: طلبات البدل والاستبدال في الوقف، وتقدير وفرز حصة الخيرات، والاستدانة على الوقف، وتأجير أعيانه لمدة تزيد على ثلاث سنين، وتأجيرها بإيجار اسمي، والبت في هذه الطلبات جميعها بغير الرجوع إلى المحكمة".

كما نصت المادة الثالثة من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٧١ بإنشاء هيئة الأوقاف المصرية على أن: "تنتقل إلى مجلس إدارة الهيئة الاختصاصات المخولة للجنة شئون الأوقاف بالقانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩، وكذلك الاختصاصات المخولة للمجالس المحلية بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢، وذلك بالنسبة إلى البدل والاستبدال الاستثمار.

وتؤول الاختصاصات الأخرى المخولة للجنة شئون الأوقاف إلى مجلس وكلاء وزارة الأوقاف منضماً إليه رئيس مجلس إدارة الهيئة ومستشار من مجلس الدولة، ويعتمد وزير الأوقاف قراراته".

الفرع الثالث: القرارات الوزارية الصادرة لحماية الوقف

أولاً: أصدر وزير الأوقاف القرار الوزاري رقم ١٥٦ لسنة ١٩٧٣ بتفويض بعض الجهات في رد

طريق الإيجار أو الانتفاع بموجب عقد صادر إليهم من ناظر الوقف المتوفى، فألزمهم بأن يقوموا بإخطار وزارة الأوقاف بوفاء ناظر الوقف وتسليم المستندات المتعلقة بوضع يدهم على الوقف، وذلك في خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ علمهم بالوفاء.

خامساً: القرار بقانون رقم ١١٤١ لسنة ١٩٧٢م بإنشاء وتنظيم العمل بهيئة الأوقاف المصرية وقد نصت المادة الثانية من هذا القانون على أنه: (تختص الهيئة وحدها بإدارة واستثمار أموال الأوقاف الآتية:

(أولاً) الأوقاف المنصوص عليها في المادة ١ من القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ المشار إليه فيما عدا:

(أ) الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر العام والتي آلت إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ المشار إليه.

(ب) الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر الخاص والتي آلت إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢ المشار إليه.

(ج) الأوقاف الخيرية التي يشترط فيها الواقف النظر لنفسه ولأبنائه من طبقة واحدة.

(د) الأوقاف التي تشرف عليها هيئة أوقاف الأقباط الأرثوذكس.

(ثانياً) أموال البدل وأموال والأحكار.

(ثالثاً) سندات الإصلاح الزراعي وقيمة ما استهلك منها وريعها.

وتتقاضى الهيئة نظير إدارة وصيانة الأوقاف الخيرية ١٥٪ من إجمالي الإيرادات المحصلة بالنسبة إلى هذه الأعيان).

ويلاحظ أن هذا القانون لم ينص على أي جزاء جنائي على مخالفة النصوص القانونية الواردة به، وهو ما يشكل إهداراً للحماية الجنائية المطلوبة لأموال الوقف، فعندما ألزم القانون هيئة الأوقاف المصرية بأن تؤدي إلى وزارة الأوقاف صافي ريع الأوقاف الخيرية، لم يحدد جزاءً جنائياً على عدم قيام المسؤولين بالهيئة بهذا الالتزام القانوني أو التأخير فيه، ومن ثم يعد فراغاً تشريعياً يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المحافظة على أموال الوقف، وهو ما يجعل الباب مفتوحاً أمام المسؤولين بالهيئة في التلاعب والعبث بأموال الوقف والريع المستحق عنها.

المطلب الثاني: الحماية الجنائية للوقف في النظام المصري

لا شك أن وجود نصوص قانونية تحمل عقوبات رادعة، تعد ضماناً قوية وفاعلة في حماية الوقف وتكون مانعاً لكل من تسول له نفسه التعدي على حرمة أموال الوقف، وهو ما يؤكد عليه جانب من الفقه بقوله (أن الحماية الجنائية ذات تأثير عظيم في الحفاظ على الوقف وأدائه لدوره واستثماره وتنميته، ولا يتأتى ذلك إلا بشمول الحماية لكافة الأنشطة والأعمال التي تتصل بالوقف، لما لها من دور في

الأوقاف المغتصبة من الأهالي عن طريق وضع اليد، وأن يتم إدراجها في سجلات الوزارة وحفظ حججها، وهذا القرار قد تم تعديله بالقرار الوزاري رقم ١٤٩ لسنة ١٩٨١ لذات الغرض.

ثانياً: صدر القرار الوزاري رقم ٣٤ لسنة ١٩٨٤ بشأن تحديد الأجهزة المختصة ببحث واسترداد أعيان الوقف المغتصبة، وتحديد صلاحياتها في اتخاذ الإجراءات القانونية لاسترداد أموال الوقف من واضعي اليد عليها بدون سند أو حق.

ثالثاً: مع تفاقم ظاهرة التعدي على أعيان الأوقاف من الأهالي والجهات المختلفة، فقد جاءت المادة (١٨) من لائحة العمل بهيئة الأوقاف المصرية ونصت على أن تتولى الوزارة حصر وتحديد الأوقاف المغتصبة أو التي آل إليها حق النظر عليها ومطابقتها لإشهادات الوقف ثم تقوم بإخطار الهيئة لاستلامها، وقد قامت وزارة الأوقاف بإصدار عدة قرارات تتضمن تشكيل عدد من اللجان الفنية والقانونية لضبط حجج الأوقاف وحصرها وحفظها باستخدام نظام الميكروفيلم وتمت متابعة الأموال الموقوفة بموجبها لاسترداد المغتصب منها (خلوصي، ٢٠٠٢).

رابعاً: القرار بقانون رقم ١١٤١ لسنة ١٩٧٢م بإنشاء وتنظيم العمل بهيئة الأوقاف المصرية حيث نصت المادة السادسة من هذا القانون على أنه: (على الهيئة أن تؤدي إلى وزارة الأوقاف صافي ريع الأوقاف الخيرية لصرفه وفقاً لشروط الواقفين،

ويستفاد من هذا النص أن ناظر الوقف تسري عليه أحكام الوكالة، ومن ثم يكون مسئولاً جنائياً طبقاً للمادة ٢٤١ من قانون العقوبات من حيث الاختلاس أو التبديد لمال الوقف أو استعماله، ولا يجوز له التصرف في مال الوقف إلا بسند كتابي، وإلا تعرض للمساءلة الجنائية.

٣ - ألزمت المادة الثالثة^(٢٩) من القرار بقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٥٨ كل حائز لأعيان الوقف المنتهي وفقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بصفته حارساً أو وكيلاً أو نائباً قانونياً أو بأية صفة أخرى أن يخطر وزارة الأوقاف بما في حيازته منها، ويجب أن يتضمن الإخطار بيان موقعها ومساحتها وحدودها ووجوه استغلالها وريعتها، وأن يكون هذا الإخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول في خلال شهرين من تاريخ العمل بهذا القانون.

وأضافت المادة الرابعة من ذات القانون جزاءً جنائياً على الإخلال بذلك فنصت على أنه: "يعاقب بالحبس وبغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أخل بواجب الإخطار المبين في المادة السابقة أو ضمنه بيانات غر صحيحة أو امتنع عن تسليم أعيان الوقف لوزارة الأوقاف".

(٢٩) تم تعديل هذه المادة بالقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٥٨ الصادر بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧.

الحفاظ على الوقف وتأديته لدوره وردع المعتدين وتشجيع الأمة على الوقف) (أبو العلا، ١٤٣٠هـ). وفيما يلي نتناول بالعرض والتحليل بعض صور الحماية الجنائية لأموال الوقف في القوانين المتعلقة بالوقف، ثم في قانون العقوبات المصري، وذلك في فرعين على التوالي.

الفرع الأول: الحماية الجنائية في قوانين الوقف

١ - أوجبت المادة الرابعة من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣م على ناظر الوقف الذي انتهت نظارته أن يخطر وزارة الأوقاف بأعيان الوقف ومقره، وأن يرفق بالإخطار جميع الإشهادات الصادرة به، والمتضمنة الزيادة فيه، أو الاستبدال منه، أو صورها الرسمية، وذلك بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون.

ونصت المادة الخامسة من هذا القانون على جزاء جنائي يتمثل في عقوبة الحبس والغرامة التي لا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين على كل ناظر وقف خيري أخل بواجب الإخطار المشار إليه في المادة السابقة.

٢ - نصت المادة ٥٠ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن تنظيم الوقف على أن: "الناظر أمين على مال الوقف، سواء كانت أعيانه أو ريعه وأن يده على مال الوقف يد وكيل".

٤ - عند صدور القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠م بقسمة الأعيان التي انتهي فيها الوقف الأهلي، وأناط بوزير الأوقاف إجراء القسمة عن طريق لجنة أو أكثر يصدر قراراً بتشكيلها، ولهذه اللجنة أن تكلف حارس أموال الوقف أو من يتولى إدارتها بأن يقدم لها جميع المستندات والإشهادات اللازمة لعملها، ورتبت جزاء جنائياً على عدم قيام الحارس أو من يتولى إدارة الوقف بتقديم المستندات والبيانات المطلوبة بغرامة مالية.

٥ - صدر القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٠ ليضيف المادة الثانية مكرر إلى القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ بشأن النظر على الأوقاف الخيرية، والتي تنص على إلزام ورثة الواقف الذي شرط لنفسه النظر على الوقف الخيري بضرورة إخطار الوزارة بوفاته بقولها "إذا توفي الواقف الذي شرط لنفسه النظر على الوقف الخيري، فعلى ورثته إخطار الوزارة بوفاته وبالمستندات المتعلقة بالوقف خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الوفاة، كما يلتزم بالإخطار أيضاً واضعو اليد على حصة الخيرات، وعلى الأموال والمستندات المتعلقة بها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ علمهم بالوفاة.....".

وقد رتب هذا القانون جزاءً جنائياً على الإخلال بهذا الواجب، يتمثل في الحبس والغرامة التي لا تزيد على خمسمائة جنية، ضد كل من يمتنع من واضعي اليد على أعيان الوقف عن تسليم المستندات إلى وزارة الأوقاف خلال الستين يوماً التالية لمطالبة الوزارة له بالتسليم.

الفرع الثاني: الحماية الجنائية في قانون العقوبات

١ - نصت المادة ١١٥ مكرر من قانون العقوبات على أنه: "كل موظف عام تعدى على أرض زراعية أو أرض فضاء أو مبان مملوكة لوقف خيري أو لإحدى الجهات المبينة في المادة ١١٩ وذلك بزراعتها أو غرسها أو إقامة إنشاءات بها أو شغلها أو انتفع بها بأية صورة أو سهل ذلك لغيره بأية طريقة يعاقب بالسجن متى كان ذلك العقار يتبع الجهة التي يعمل بها أو جهة يتصل بها بحكم عمله، وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة إذا ارتبطت الجريمة بجريمة تزوير أو استعمال محرر مزور ارتباطاً لا يقبل التجزئة".

٢ - جاء بنص المادة ٣٧٢ مكرراً من قانون العقوبات المصري والمضافة بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٨٤ النص على أنه: "كل من تعدى على أرض زراعية أو أرض فضاء أو مبان مملوكة للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو لوقف خيري أو لإحدى شركات القطاع العام أو لأي جهة أخرى ينص القانون على اعتبار أموالها من الأموال العامة بزراعتها أو غرسها أو إقامة إنشاءات عليها أو شغلها أو الانتفاع بها بأية صورة يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز ألفين من الجنيهات أو بإحدى هاتين العقوبتين ويحكم على الجاني برد العقار المغتصب بما يكون عليه من مبان أو غراس أو برده مع إزالة ما عليه من تلك الأشياء على نفقته".

ويحرك بالتالي الإثارة في نفوس المواطنين وأصبحت القوانين القائمة لا تكفى لحماية أملاك الدولة العقارية وما في حكمها من التعدي عليها وحيازتها بغير سند من القانون، ابتغاء فرض الواقع، فلم يحل دون ذلك التعديات نص المادة ٩٧٠ من القانون المدني التي لا تجيز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم، والتي تمنح الجهة صاحبة الشأن حق إزالة التعدي إدارياً.

٣- معاقبة حارس الوقف بعقوبة خيانة الأمانة، ويشترط لقيام جريمة الخيانة أن يختلس الناظر أو الحارس القضائي على أموال الوقف أو يبدد بسوء نية المال الموضوع تحت حراسته، بمعنى أن يصدر منه عمل إيجابي هو الاختلاس أو التبديد و بطبيعة الحال لا يتصور الاختلاس و التبديد إلا إذا تسلم الحارس القضائي الشيء.

ذلك أن ناظر الوقف أو الحارس القضائي على مال الوقف يفترض فيه أن يكون شخصاً أميناً يتولى حفظ الشيء الموضوع بين يديه بأمانة، إلا أنه قد يخل بصفته كأمين و يسيء إلى مكانته كراع لأمانة الأشياء الموضوعية بين يديه لحفظها وحراستها، مخلاً بقواعد العدالة و مخالفاً لنصوص القانون، فيكون خائناً للأمانة مما يوجب في حقه العقاب الجنائي.

٤ -تنص المادة ١٢٣ من قانون العقوبات المصري على أنه: "يعاقب بالحبس والعزل كل موظف

وقد جاء في أحكام محكمة النقض المصرية التوسع في صور التجريم التي تمثل تعدياً على أموال الوقف الخيري أو الأموال العامة وما في حكمها وقد ورد بحشيات الحكم أنه: "ويستفاد من نص المادة ٣٧٢ مكرراً من قانون العقوبات والمضافة بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٨٤ أنه يعد جريمة من الناحية القانونية كل صور التعدي على العقارات المملوكة للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو لوقف خيري أو لأي جهة أخرى ينص القانون على اعتبار أموالها من الأموال العامة، سواء كان ذلك بزراعتها أو غرسها أو إقامة منشآت عليها أو الانتفاع بها بأية صورة كانت، وتفترض هذه الصور جميعها أن يكون الجاني قد اغتصب العقار موضوع الجريمة أما إذا كان يضع يده على ذلك العقار بسند من القانون وأتى بفعل من الأفعال المشار إليها، فإن هذا الفعل يخرج من نطاق تطبيق النص آنف البيان"^(٣٠).

ويستفاد أيضاً هذا المعنى الواسع للتجريم من المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٨٤ إذ جاء بها ما نصه "لقد تزايدت حالات التعدي على أراضي الأوقاف والأراضي المملوكة للدولة وشركات القطاع العام، بحيث أصبح ذلك يشكل انتهاكاً لحرمة أملاك الدولة، ويؤدي إلى إثراء غير مشروع لبعض الأفراد،

(٣٠) مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية- الحكم الصادر في الطعن رقم ٥٠٩٣٢ لسنة ٥٩ ق بتاريخ ١٩٩٦/٤/٦ م س٤٧ ص٧١٦.

من النظارة، وتكليف شخص آخر تتوافر فيه هذه الشروط للقيام على شئون الوقف وإدارته (الريضي، ٢٠٠١: ص ٣٧).

كما يعتبر ناظر الوقف وكيلاً عن الواقف الذي عينه وعن المستحقين في الوقف، وأموالهم أمانه تحت يده، فلا يجوز له أن يتركها لغيره أو ينزل عن إدارتها بدون سند قانوني، ويلتزم بالمحافظة عليها وحمايتها من أي جور أو تعدي، ويجب أن تكون تصرفاته منوطاً بالمصلحة كما هم الشأن في كل من يتولى إدارة أموال غيره (يكن، ١٣٨٨هـ: ص ١٥)، وإلا تعرض للمسئولية والتزم بالتعويض عما يلحق الوقف من ضرر بسبب إهماله أو مخالفته لأحكام القانون أو توجيهات القاضي.

وقد تأكد هذا الالتزام في المادة ٥٠ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م حينما نصت على أن ناظر الوقف يعتبر أميناً على مال الوقف ووكيلاً عن المستحقين، ويكون مسئولاً عما ينشأ عن تقصيره الجسيم نحو أعيان الوقف وغلاله.

وقد اتفق الفقهاء على أن القاضي باعتباره صاحب ولاية عامة له صلاحية عزل ناظر الوقف وتعيين آخر غيره، إذا ثبت خيانتة للأمانة أو ظهر فسقه أو عجزه عن القيام بإدارة شئون الوقف أو ثبت قيامه بإتلاف أموال الوقف أو تبديدها أو الفساد فيها، حتى ولو اشترط الواقف عدم عزله (الزحيلي، ص ٢٢٨/٨؛ الخطاب، ص ٨/٣٨).

عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة أو أحكام القوانين أو اللوائح أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم أو وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة أو من أية جهة مختصة، كذلك يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمداً عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر بعد مضي ثمانية أيام من إنذاره على يد محضر إذا كان تنفيذاً لحكم أو لأمر داخلاً في اختصاص الموظف".

ويستفاد من هذا النص أن قانون العقوبات قد وضع جزاءً جنائياً ضد كل من يسيء استعمال سلطته الوظيفية بقصد وقف أو منع تنفيذ أحكام القانون أو اللوائح أو الأحكام القضائية، ما دام أن التنفيذ كان يدخل في دائرة اختصاصه قانوناً، ومن ثم يعد ضماناً قانونية لحماية أموال الوقف من تعمد بعض ضعاف النفوس من الموظفين العموميين تعطيل نصوص القانون أو التقاعس - عمداً أو إهمالاً - عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة لحماية ملكية أموال الوقف الخيري.

المطلب الثالث: الحماية الإجرائية لأموال الوقف في

النظام المصري

أولاً: رفع دعوى قضائية بعزل ناظر الوقف

باعتبار ناظر الوقف أميناً على مال الوقف تم اختياره للقيام على شئونه سواء من الواقف نفسه أو من القاضي، فقد اشترط الفقهاء عدة شروط يجب توافرها في ناظر الوقف، كالأمانة والكفاية والعدالة الظاهرة، فان تخلف شرط من هذه الشروط يجوز عزله

ثانياً: رفع دعوى مستعجلة بتعيين حارس

قضائي لإدارة وحماية الوقف

فيحق لكل ذي مصلحة في الوقف أن يطلب من القضاء المستعجل الحكم بتعيين حارس قضائي يتولى إدارة شؤون الوقف وحمايته من الإضرار به أو التعدي عليه، ويستند رافع الدعوي إلى نص المادة ٧٣١ من القانون المدني التي تنص على أنه "تجوز الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة في الأحوال الآتية:

أ) إذا كان الوقف شاغراً أو قام نزاع بين نظاره.....

ب) إذا كان الوقف مديناً .

ج) إذا كان أحد المستحقين مديناً معسراً."

ولكن يثور التساؤل هل يقتصر طلب الحراسة القضائية على أموال الوقف على الحالات الواردة بنص المادة ٧٣١ مدني أم يمتد إلى حالات أخرى؟

ونرى أن الحالات الواردة بالنص ليست على سبيل الحصر وإنما وردت عي سبيل المثال، وبالتالي يجوز لقاضي الحكم بتعيين حارس قضائي على أموال الوقف في غير الحالات الواردة بهذا النص، والدليل على ذلك أن نص المادة ٧٣٠ مدني وضعت قاعدة عامة للحكم بالحراسة القضائية على الأموال بصفة عامة بقولها "يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة.

١ -

٢ - إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً

عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزة.

٣ - في الأحوال الأخرى المنصوص عليها في

القانون.

ومن ثم يجوز للقاضي أن يحكم بتعيين حارس قضائي على مال الوقف استناداً لهذا النص العام في الحراسة، حتى ولو لم تتوافر احدي الحالات الواردة بالنص إذا تحقق لديه وجود خطر عاجل يخشى منه على أموال الوقف، ويبقى إصدار الحكم بتعيين الحارس القضائي على الوقف من صميم السلطة التقديرية للقاضي، فقد يحكم بتعيين حارس إذا وجد أن ذلك يوفر حماية عاجلة وحقيقية لأموال الوقف من التعدي عليه أو تعرضه للنزاع بين القائمين عليه أو المستحقين فيه.

بل نرى أن القاضي باعتباره من أصحاب الولاية العامة في الدولة أن يحكم بالحراسة القضائية على أموال الوقف بصفة مستعجلة من تلقاء نفسه، ولو لم يطلبها أحد الخصوم في الدعوي الموضوعية المنظورة أمامه ، دفعاً للضرر الذي يري من وقائع الدعوي أنه قد يلحق بأموال الوقف إذا ترك بدون حارس وخاصة مع استمرار النزاع بين الخصوم وطول أمد التقاضي.

ثالثاً: عدم جواز الحجز والتفويض الجبري على

أموال الوقف المنتهي.

نصت المادة (٥) مكرر من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ م على أنه "لا يجوز اتخاذ إجراءات

التنفيذ على ما ينتهي فيه الوقف ضد الأشخاص الذين تؤل إليهم ملكية أعيانه، ذلك عن الديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون".

كما أكد هذا القانون على قاعدة عدم جواز الحجز على ما يخص المستحقين في الوقف الأهلي إلا في حدود معينة، متى كانت الديون المحجوز من أجلها سابقة على تاريخ العمل بهذا القانون.

رابعاً: وضع شروط وإجراءات لاستبدال

واستثمار أموال الوقف

حددت لائحة استبدال واستثمار أعيان وأموال الوقف^(٣١) الإجراءات القانونية والإدارية لاستبدال واستثمار أموال الوقف، وقد جاءت هذه اللائحة في حوالي خمسين مادة تفصيلية في أربعة أبواب رئيسية، تناولت في الباب الأول الأحكام العامة في تحديد الجهات واللجان المختصة باستبدال أموال الوقف، والباب الثاني تناولت تبادل أو مقايضة الوقف وفقاً لأحكام القانون المدني في الملكية العقارية.

وفي الباب الثالث من اللائحة جاء تحت عنوان (الإبدال) وهو بيع العين الموقوفة بالمزاد العلني أو بالممارسة لشراء عين بديلة، ثم تناولت تفصيلاً إجراءات البيع بالمزاد العلني لأموال الوقف، وإجراءات البيع بالممارسة، وكذلك إجراءات شراء

عين الوقف البديلة للعين المباعة.

وفي الباب الرابع تناولت اللائحة أحكام استثمار أموال الوقف بتحديد الجهة المختصة باستثمار أموال الوقف وهي هيئة الأوقاف المصرية، وبتحديد مصادر وأوجه الاستثمار وأجملتها في أربعة أوجه هي الشراء - المشروعات الاستثمارية - الأوراق المالية - أوجه الاستثمار الجائزة شرعاً.

وفي إطار استثمار أموال الوقف تم استصلاح ٢٠ ألف فدان في شرق العوينات وأضيفت لأموال الأوقاف، وهي تنتج حالياً محاصيل مختلفة، وتم أيضاً شراء خمسة آلاف فدان بذات المنطقة، كما قامت وزارة الأوقاف بشراء حدائق انشاص جناكليس ومصنع سجاد دمنهور^(٣٢).

وإجمالاً يمكن القول أن لائحة استبدال واستثمار الوقف قد تضمنت العديد من النصوص التي تشكل نوعاً من الحماية القانونية لأموال الوقف، ويبقى الدور الأكبر لهيئة الأوقاف المصرية في الالتزام بأحكام هذه اللائحة عند القيام باستبدال أو استثمار أموال الوقف، حتى لا يكون هناك نوع من التحايل على النصوص يؤدي إلى الإضرار بأموال الوقف، خاصة وأن اللائحة لم تنص على جزاء على مخالفة المسؤولين بالهيئة لأحكامها، كما خلت نصوص القرار

(٣٢) رد دكتور محمود حمدي زقزوق وزير الأوقاف الأسبق على بيان عاجل بمجلس الشعب بتاريخ ٢٤ / ١ / ٢٠١١ - منشور بجريدة (المصريون): العدد الصادر بتاريخ ٢٥ - ٠١ - ٢٠١١.

(٣١) صدرت لائحة استبدال واستثمار أموال الوقف في مصر عن قسم التشريع بمجلس الدولة ونشرت بالوقائع المصرية بالعدد رقم ٥٥ في ١٣ مارس ٢٠٠٤م

بقانون رقم ١١٤١ لسنة ١٩٧٢ بإنشاء وتنظيم العمل بهيئة الأوقاف المصرية من أي جزاء جنائي على مخالفة أحكامه.

خامساً: عدم جواز نقل ملكية الوقف إلا في

حالات الاستبدال مع الضرورة الشرعية

نظراً لأن الشخصية الاعتبارية التي يتمتع بها الوقف إنما هي من أنواع الشخصيات الاعتبارية الخاصة وليست العامة، فالوقف إذاً مؤسسة مالية ذات نفع عام (الزريقي، ٢٠٠١، ص ٦٨ وما بعدها)، فلا يجوز التصرف فيه أو نقل ملكيته للغير إلا وفق شروط وإجراءات نص عليها القانون.

فالقاعدة الأساسية أن يظل المال الموقوف مملوكاً للجهة الموقوف عليها، ويكون له شخصية اعتبارية، ولا يجوز للنظر أو إدارة الوقف نقل الملكية إلى الغير إلا في حالة استبداله، وأن يكون ذلك بهدف تطوير وتنمية المنافع والعوائد، وهذا يوجب دراسة البدائل المختلفة وحساب العائد لكل بديل واختيار الأفضل.

خاتمة وتوصيات

وفي ختام هذا البحث المتواضع أسأل الله تعالى أن يتقبل مني هذا العمل، وأن يكون نافعا لكل من يطالع من القائمين على شئون الوقف أو المهتمين بالبحث في موضوعاته إعلاءً لشأن هذه الأمة الخاتمة، التي هي بحق خير أمة أخرجت للناس، ومن خلال الدراسة يمكننا الخروج بعدد من التوصيات والوسائل

العملية لتحقيق الحماية القانونية الفعلية لأموال الوقف، سواء تمثلت في الحماية التشريعية والإجرائية، وفيما يلي نعرض هذه التوصيات العملية.

أولاً: وضع لائحة جزائية تحدد الجرائم التي تقع على أموال الوقف والعقوبات المقررة لها

لتحقيق الحماية الفعلية لأموال الوقف، ينبغي وضع لائحة جزائية تعد نظاماً خاصاً لحماية الوقف، بحيث تتضمن هذه اللائحة جميع المخالفات التي تشكل جرائم في حق الوقف سواء بالتعدي أو بوضع اليد أو تقديم المستندات أو لتسهيل ذلك من قبل موظفي الدولة بطريق المساهمة والمساعدة.

كما تتضمن هذه اللائحة قائمة بالعقوبات التي يتم تطبيقها على من يثبت بالتحقيق قيامهم بأي فعل أو سلوك يشكل جريمة في حق الوقف، بحيث تكون هذه العقوبات بمثابة قائمة يسترشد بها جهات التحقيق في توصيف جرائم الوقف وتحديد النصوص القانونية واجبة التطبيق عليها من الجهات القضائية المختصة.

ثانياً: توفير حماية الكترونية لأموال الوقف

وذلك عن طريق الاستفادة من التقنية الحديثة في حماية أموال الوقف، من خلال الحفظ الإلكتروني والميكروفيلمي لحجج ومستندات وعقود ملكية الوقف، وحفظ محتويات المكتبات الوقفية إلكترونياً، مع تعميم هذه التقنية على جميع إدارات الوقف وربطها بالشبكة الرئيسية بوزارة الأوقاف، مع استخدام هذه التقنية في فهرسة وتوصيف وترتيب

قضايا ومنازعات الوقف والأحكام القضائية الصادرة فيها، لتكون بمثابة سجل كامل عن أموال الوقف.

ولاشك أن توفير قاعدة بيانات الكترونية عن أموال الوقف وتحديثها من حين لآخر عن طريق فريق من المختصين المؤهلين في مجال الحاسب الآلي، يعد ضماناً حقيقية ويوفر حماية فعلية لأموال الوقف، ويساهم بدور فعال في متابعة جميع الأعمال والتصرفات التي تقع من الجهات القائمة على شئون الوقف، سواء من حيث إدارته أو استثماره أو طلبات استبدال بعض أمواله.

ثالثاً: إنشاء جهاز إداري لحماية أعيان الوقف

لتحقيق حماية فعلية للوقف نقترح إنشاء جهاز إداري متخصص في حماية الوقف يكون تابعاً لمجلس الوزراء، ويختص بحماية أموال الوقف من خلال المراقبة الإدارية والمالية على شئون الوقف، على أن يتم تشكيله من عناصر قانونية وقضائية وإدارية من كل من وزارة العدل والداخلية والأوقاف ومجلس الدولة، بحيث يكون هذا الجهاز تابع لمجلس الوزراء مباشرة، ويكون لوزير الأوقاف فقط ترشيح ثلاثة فيه وعزلهم منه وهم عضو قانوني من ديوان الوزارة بالدرجة الأولى على الأقل وعضو إداري من إدارة الأوقاف والمحاسبة بالوزارة، وعضو هندسي، وتحدد اختصاصات ومهام الجهاز بموجب القرار الصادر بتشكيله من مجلس الوزراء.

رابعاً: إنشاء إدارة داخل هيئة الرقابة الإدارية تسمى (إدارة متابعة الأوقاف)

وتكون مهمة هذه الإدارة متابعة الإجراءات الإدارية والقانونية لحماية أموال الوقف التي يتم إدارتها عن طريق وزارة الأوقاف أو هيئة الأوقاف المصرية، مع طلب حصر دوري عن أموال الوقف من الجهات الإدارية، وإعداد تقرير سنوي بالمخالفات المالية والإدارية المتعلقة بأموال الوقف، وذلك تمهيداً لعرضه على جهاز حماية أعيان الوقف، لاتخاذ الإجراءات القانونية التي يراها كافية لحماية أموال الوقف.

خامساً: تخصيص دائرة قضائية في المحاكم الجزئية والكلية للنظر والفصل في منازعات الأوقاف

وذلك بهدف سرعة الفصل في منازعات وقضايا الأوقاف، ويكون لها صلاحية إصدار أحكام مستعجلة وقرارات قضائية، يكون من شأنها توفير الحماية القانونية والقضائية العاجلة لأموال الوقف، وخاصة في حالات التعدي أو الغصب الظاهرة، سواء بنا على طلب أصحاب الشأن أو وزارة الأوقاف أو الدعاوي والمنازعات المرفوعة إليها من جهاز حماية أعيان الوقف.

سادساً: توفير طرق آمنة لاستثمارات أموال الوقف والعمل على تقليل المخاطر الاستثمارية

لكي لا تتعرض أموال الوقف لدرجة عالية من المخاطر، وحتى لا تضيع تلك الأموال وبذلك يفقد

ثامناً: وضع إجراءات للرقابة على استثمار أموال الوقف

قد تحتاج المؤسسات الوقفية إلى نظم رقابية شاملة تتضمن الأسس والأساليب والإجراءات الرقابية على كل أوجه أنشطتها المختلفة، ومنها استثمار الأموال، وذلك بهدف المحافظة عليها وتنميتها وتعظيم عوائدها ومنافعها بما يعود على الموقوف عليهم بأكبر إشباع ممكن، وللتأكد أن استثمار أموال الوقف يتم في ضوء أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية وطبقاً لشروط الواقفين (شحاتة، ٢٠٠٤م: ص ١٢٥ وما بعدها).

ومن أهم أهداف الرقابة على استثمار أموال الوقف ما يلي:

(أ) المحافظة على الأموال وتنميتها عن طريق مجالات الاستثمار الإسلامي.

(ب) الاطمئنان من الالتزام بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية في استثمار الأموال.

(ج) الاطمئنان من الالتزام بالأسس والسياسات واللوائح والنظم التي وضعتها مؤسسة الوقف، وبيان التجاوزات والانحرافات وتحليل أسبابها، وتقديم التوصيات للعلاج.

(د) تقديم توصيات ونصائح إلى المؤسسة الوقفية لتساعد في مجال تطوير مجالات الاستثمار إلى الأحسن وذلك من خلال تقارير المتابعة والرقابة وتقويم الأداء الاستثماري.

(هـ) طمأنة الواقفين ومن يعنيه الأمر بأن عمليات

المستفيدون من الوقف منافعها أو عوائدها، فعلى سبيل المثال لا تجوز المضاربة بها في سوق الأوراق المالية، أو استثمارها في مشروعات صناعية عالية المخاطر، أو إعطاؤها لمن لا خبرة ولا حنكة له لاستثمارها، وتأسيساً على ذلك يفضل اختيار المجالات الاستثمارية التي تغل عائداً مستقراً نسبياً وليس متذبذباً، حيث من بين المستفيدين من يرتب حالته المعيشية على العائد الثابت الذي يرد له من غلة الأموال الموقوفة (شحاتة، ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤، ص ٧٣، ١١٨).

سابعاً: النص على إعفاء عوائد استثمارات أموال الوقف من الضرائب بكافة أنواعها

والهدف من وضع نص خاص بإعفاء استثمارات الوقف هو ألا تعامل مشروعات الأوقاف من الناحية الضريبية كمشروعات استثمارية ذات صبغة تجارية، وهو ما يساهم في تنمية مال الوقف كما يساهم في تشجيع كبار المستثمرين ورجال الأعمال على الدخول في استثمارات الوقف أو المساهمة فيها، وهذا الإعفاء يعطي لأموال الوقف ميزة استثمارية بالمقارنة باستثمارات المشروعات الخاصة بالشركات والأفراد.

وقد أخذت بهذا النهج دولة السودان فنصت في المادة ٣٠ من قانون هيئة الأوقاف الإسلامية ٥٩ لسنة ١٩٩٦ على الإعفاء من الضرائب الرسوم بقولها (تعفى أموال الأوقاف واستثماراتها العقارية والصناعية والتجارية والزراعية والخدمية من ضريبة أرباح الأعمال).

استثمار أموال الوقف تتم بطريقة سليمة.

تاسعاً: توثيق العقود المتعلقة باستثمارات أموال الوقف أو تسجيلها رسمياً

لكي يطمئن كل طرف من أطراف العملية الاستثمارية على حقوقه ويكون على علم بمقدار ما سوف يحصل عليه من عائد أو كسب، ومقدار ما سوف يتحمل من خسارة إذا حدثت، وأن يكتب ذلك في عقود موثقة حتى لا يحدث جهالة تؤدي إلى شك أو ريب أو نزاع (شحاتة، ٢٠٠٤: ص ١٢٥ وما بعدها). ولذلك يجب على إدارة استثمار أموال الوقف بعد إبرام عقود الاستثمار مراجعتها جيداً من الناحية الشرعية والقانونية والاستثمارية بمعاونة أهل الاختصاص، وذلك قبل القيام بإجراء التوثيق أو التسجيل الرسمي، وهو ما يحقق الحماية الفعلية لمال الوقف من الاعتداء عليه.

خلاصة البحث

نخلص من هذا البحث إلى أهمية أموال الوقف في المجتمع الإسلامي، ومن هنا كان لزماً على القائمين على إدارته واستثماره ضرورة توفير الحماية القانونية لهذه الأموال وخاصة الحماية التشريعية، وذلك من خلال وضع النصوص القانونية الرادعة لكل من تسول له نفسه التعدي على أموال الوقف، وكذا توفير الحماية الإجرائية للوقف من خلال منح القضاء وجهات الإدارة سلطات أوسع في سرعة حماية أموال وحقوق الوقف، سواء بأحكام وقرارات مستعجلة

تحقق الحماية العاجلة للوقف، مع تحقيق الرقابة القضائية والإدارية على جهات ومؤسسات الوقف، ومن هنا تتحقق الحماية السابقة تشريعياً واللاحقة قضائياً وإدارياً على أموال الوقف.

المراجع

أولاً: كتب ومراجع عامة

- إبراهيم بك، أحمد؛ المستشار، واصل علاء الدين. موسوعة أحكام الوقف. القاهرة: المكتبة الأزهرية للتراث، ٢٠٠٩م.
- ابن منظور. لسان العرب. ج ٥. ط ٢. بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٤١٧ هـ.
- أبو رزينة، عمر سراج. تطوير واستثمار أوقاف عين زبيدة لأعمارها وتشغيلها وصيانتها. (شوال ١٤٢٦ هـ / مايو ٢٠٠٥).
- أبو زهرة، محمد. محاضرات في الوقف. ط ٢. دار الفكر العربي، ١٩٧١م.
- الشيبياني، أبي بكر أحمد بن عمرو. أحكام الأوقاف. بغداد، ١٩٠٤م.
- الإبياري، محمد زيد. مباحث الوقف. ط ٢. ١٣٢٩ هـ.
- الأمين، محمد محمد. الأوقاف والحياة الاجتماعية في مصر ٤٦٨ - ٩٢٣ هـ / ١٢٥٠ - ١٥١٧م: دراسة تاريخية وثائقية. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٠م.

- الجزائري، أبو بكر جابر. منهاج المسلم. ط٦، ١٩٩٣م.
- الجويير، عبد الرحمن بن إبراهيم. الأوقاف الإسلامية ودورها الحضاري. ط٢. بيروت: الدار العربية للموسوعات، ٢٠١١م.
- الخولي، جمال. الاستبدال واغتصاب الأوقاف دراسة وثائقية. الإسكندرية: دار الثقافة العلمية، د.ت.
- الدباسي، دباس بن محمد إبراهيم. الحماية الجزائية للتعدي على الأوقاف وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية. طبعة وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة بالمملكة العربية السعودية، ٢٠٠٧م.
- الرزقي، جمعة محمود. الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية. ليبيا، طرابلس: كلية الدعوة الإسلامية، ٢٠٠١م.
- السدحان، عبد الله بن ناصر. الأوقاف والمجتمع الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، ٢٠١٠م.
- الصالح، صبحي. النظم الإسلامية. ط٦. بيروت: دار العلم للملايين، ١٩٨٢.
- الصريح، عبد اللطيف محمد. دور الوقف في تنمية القدرات التكنولوجية. الكويت، ١٤٢٥هـ.
- العيسى، مي بنت عبد العزيز. الحياة العلمية في نجد منذ قيام دعوة الشيخ/ محمد بن عبد الوهاب وحتى
- نهاية الدولة السعودية الأولى. الرياض، ١٤١٨هـ.
- القره داغي، علي محيي الدين. تنمية موارد الوقف والحفاظ عليها (دراسة فقهية مقارنة). ط٧. ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
- الكبيس، محمد عيد. أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية. ج١. بغداد: مطبعة الإرشاد، ١٩٧٧م.
- المغربي، محمد الفاتح محمود بشير. اقتصاديات وإدارة الوقف. القاهرة: الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، ٢٠١١م.
- المنيع، عبد الله بن سليمان. الوقف من منظور فقهي. طبعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، ١٤٢٧هـ.
- النووي. المجموع في شرح المهذب. ج٦. بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، ١٤١٧هـ.
- بو جلال، محمد. دور المؤسسات المالية الإسلامية في النهوض بمؤسسة الوقف في العصر الحديث. بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، ٢٠٠٤م.
- جيريل، علي عبد الفتاح. حركة تقنين أحكام الوقف في تاريخ مصر المعاصر. الكويت: الأمانة العامة للأوقاف، ٢٠٠٣م.
- حامد، عبد الله صالح. شرط الوقف وقضايا الاستبدال. دمشق: دار الفكر، ٢٠٠٣م.

- أمين، حسان أحمد؛ عبد الهادي، فتحي. موسوعة الأوقاف. ج ١: تشريعات الأوقاف. القاهرة: منشأة المعارف، ١٩٩٩ م.
- دوابه، أشرف محمد. تصور مقترح لتمويل بالوقف. القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٥ م.
- ساعاتي، يحيى محمود. الوقف وبنية المكتبة العربية. الرياض: مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، ١٩٨٨ م.
- الوقف والمجتمع. نماذج وتطبيقات من التاريخ الإسلامي. الرياض: مؤسسة الإمامة الصحافية، ١٩٩٧ م.
- قحف، منذر. الوقف الإسلامي (تطوره إدارته تنميته). دمشق: دار الفكر، ٢٠٠٠ م.
- مطلوب، عبد المجيد محمود. أحكام الوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩١ م.
- موسي، سالي. "التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري". رسالة ماجستير. الجزائر: جامعة بن عكنون، ٢٠٠٣ م.
- يكن، زهدي. الوقف بين الشريعة والقانون. القاهرة: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٣٨٨ هـ.
- ثانياً: أبحاث منشورة
- أبو العلا، عبد القادر محمد. "قصور الحماية الجنائية لأعيان الوقف وأثره على اندثاره". بحث مقدم إلى مؤتمر الأوقاف الثالث بالمدينة المنورة.
- الأمين، حسن عبد الله. "الوقف في الفقه الإسلامي". بحث مقدم في الندوة رقم ١٦ بالمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بجدّة حول (إدارة وتثمين ممتلكات الأوقاف)، ١٤٠٤ هـ.
- الويشي، عطية فتحي. "أحكام الوقف وحركة التقنين في دول العالم الإسلامي المعاصر: حالة جمهورية مصر العربية". بحث منشور ضمن سلسلة الدراسات الفائزة في مسابقة الكويت الدولية لأبحاث الوقف (٢٠٠٠ م). الكويت: الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، ٢٠٠٢ م.
- خلوصي، خلوصي محمد. "المشكلات التي تواجه مؤسسات الوقف المعاصرة: تجربة هيئة الأوقاف المصرية". بحث مقدم للحلقة النقاشية حول: «القضايا المستجدة في الوقف» المنعقدة بمركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي بجامعة الأزهر، أكتوبر ٢٠٠٢ م.
- شحاتة، حسين حسين. "استثمار أموال الوقف". بحث منشور. الكويت، ١٤٢٥ هـ / يونيو ٢٠٠٤ م.
- عثمان، محمد رأفت. "الوقف وأثره في التنمية". بحث مقدم لندوة الوقف الإسلامي التي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة خلال الفترة من ٦-٧ ديسمبر ١٩٩٧ م.
- عرجاوي، مصطفى محمد. "الوقف وأثره على الناحيتين الاجتماعية والثقافية في الماضي والحاضر". بحث مقدم في ندوة الوقف الإسلامي

القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته .

نظام ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية - الصادر بالأمر الملكي رقم: م / ٥١ بتاريخ: ١٧/٧/١٤٠٢هـ وقرار مجلس الوزراء رقم (٩٥) وتاريخ ٢٥/٦/١٤٠٢هـ ، والمعدل بالأمر الملكي رقم م / ٧٨ بتاريخ ١٩ / ٩ / ١٤٢٨ هـ .

نظام مجلس الأوقاف الأعلى بالمملكة العربية السعودية - القسم الثاني والصادر به المرسوم الملكي رقم م / ٣٥ وتاريخ ١٨/٧/١٣٨٦هـ

نظام الإجراءات الجزائية بالمملكة العربية السعودية والصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ٢٨/٧/١٤٢٢هـ

نظام ديوان المراقبة العامة بالمملكة العربية السعودية - والصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / ٩) بتاريخ ١١ / ٢ / ١٣٩١ هـ - ونشر بجريدة أم القرى بالعدد رقم ٢٣٦٧ في ٢٠/٢/١٣٩١هـ .

لائحة تنظيم الأوقاف الخيرية في المملكة العربية السعودية - الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٨٠ المؤرخ في ٢٩ / ١ / ١٣٩٣ هـ .

لائحة هيئة التحقيق والادعاء العام بالمملكة العربية السعودية - بناءً على قرار مجلس الوزراء رقم (١٤٠) وتاريخ ١٣/٨/١٤٠٩هـ ، ونشرت

التي عقدت بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من ٦ - ١٢/٧/١٩٩٧م .

ثالثاً: مجموعات

مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية - الحكم الصادر في الطعن رقم ٥٠٩٣٢ لسنة ٥٩ ق بتاريخ ٦ / ٤ / ١٩٩٦ م س ٤٧ .

مجموعة أحكام النقض - الحكم الصادر في (الطعن رقم ٦٥٩٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٩ س ٣٧ ص ٥٨٦) والحكم الصادر في الطعن رقم ٦٩١٩ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٧ س ٣٩ .

رابعاً: قوانين وأنظمة ولوائح

قانون الوقف المصري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ .

القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ بشأن النظر على الأوقاف الخيرية .

القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ بتنظيم وزارة الأوقاف ولائحة إجراءاتها في الإقليم الجنوبي

القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٧١ الصادر بإنشاء هيئة الأوقاف المصرية .

القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٣م باسترداد الأراضي الزراعية التابعة للوقف الخيري والتي سلمت إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي ولم يتم توزيعها على الفلاحين .

جمادى الأولى ١٤٣١ هـ ٢٧ أبريل ٢٠١٠
العدد ١١٤٧٣.

المهيدب، خالد بن هدوب. مقال منشور بجريدة
الرياض - العدد الإلكتروني ١٥٣١٧ في ١٨
جمادى الآخرة ١٤٣١ هـ.

سادساً: مواقع إلكترونية

موقع مداد عن المركز الدولي للدراسات والأبحاث:
www.medadcenter.com

موقع وقفنا على شبكة الإنترنت:
www.waqfuna.com

موقع وقف السلام الخيري:
www.assalam.ws

موقع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة بالملكة
العربية السعودية:.

www.moia.gov.sa

موقع الوقف الخيري:
www.waqfalkhri.com

موقع آفاق الوقف والعمل الخيري الأردن:
www.saaaid.net

بجريدة أم القرى في عددها رقم (٣٢٦٤)
وتاريخ ٢٠/١١/١٤٠٩ هـ.

خامساً: مقالات منشورة

المطرودي، عبد الرحمن بن سليمان. مقال منشور
بموقع مداد عن المركز الدولي للدراسات
والأبحاث.

زقزوق، محمود حمدي. رد على بيان عاجل بشأن

أموال الوقف بمجلس الشعب المصري بتاريخ
٢٤ / ١ / ٢٠١١، منشور بجريدة (المصريون):

العدد الصادر بتاريخ ٢٥-٠١-٢٠١١.

القاسم، فهد بن عبد الله. "هيئة الأوقاف حلم تحقق."

جريدة الاقتصادية الإلكترونية - العدد رقم
٦٠٤٩ - ٢٠ جمادى الأول ١٤٣١ هـ. الموافق

٠٤ مايو ٢٠١٠.

مقال حول مقترحات بمهام الهيئة العامة للأوقاف
بالمملكة، جريدة الرياض: الثلاثاء ١٤

The Legal Protection of Waqf Funds: In both the Egyptian and Saudi law

Reda Mohammed Issa

Assistant Professor Of law

College of Applied Studies and Community Service

Program of Administrative Sciences and Humanities, King Saud University

(Received 12/7/1433 H.; accepted for publication 23/11/1433 H.)

Abstract. Waqf (endowment) is considered one of the characteristics of Islamic societies. It is also regarded as one of the Islamic systems that help achieve social and economic development. The Fiqh experts (jurists) cared about waqf and arranged the rules that organize its dealings in order to safeguard its property, as well as increase and sustain it to the good of its beneficiaries in light of the intents mentioned in the decree and/or will of waqf. Protection of waqf is considered a religious demand and a human necessity. Thus, waqf funds are regarded as a religious property that should be protected In both the Egyptian and Saudi law. If there is a failure and/or negligence in taking care of waqf, this will be considered a crime against Islam, people and community.

أحكام الإجهاض في ظل الفقه الإسلامي والنظام السعودي لمزاولة المهن الصحية

مفلح ربيعان بن شفلوت القحطاني

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الملك سعود

(قدم للنشر في ١٤٣٤/٠٥/٠٥ هـ؛ وقبل للنشر في ١٤٣٤/٠٧/٢٢ هـ)

ملخص البحث. يتناول هذا البحث أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي والنظام السعودي لمزاولة المهن الصحية ويهدف إلى التعرف على حكم الإجهاض قبل الإسلام، حكم الإجهاض في المذاهب الفقهية الإسلامية، موقف المنظم السعودي من حكم الإجهاض، ومسؤولية الممارس الصحي عن الإجهاض في النظام السعودي. وقد قسم الباحث الدراسة في هذا البحث إلى مقدمة ومبحثين وخاتمة فتناول في المبحث الأول: مفهوم الإجهاض وحكمه معرفاً الجنين والإجهاض في (مطلب أول) ومبيناً حكم الإجهاض في الفقه الإسلامي والنظام السعودي لمزاولة المهن الصحية في (مطلب ثانٍ). وفي المبحث الثاني تحدث المؤلف عن مسؤولية الممارس الصحي عن الإجهاض مبيناً المقصود بالممارس الصحي ومحدد أركان مسؤوليته في (مطلب أول) قبل أن يتحدث عن أنواع مسؤولية الممارس الصحي المترتبة على الإجهاض في (مطلب ثانٍ) والآثار المترتبة على انعقاد مسؤولية الممارس الصحي عن الإجهاض في (مطلب ثالث) وفي خاتمة البحث توصل الباحث إلى عدد من النتائج وبعض التوصيات.

مقدمة

المبدأ السائد هو ملكية الأطفال لرب الأسرة يتصرف

بشأنهم كما يشاء حتى لو كان الأمر متعلقاً بحقهم في الحياة.

وليس الأمر قاصراً على المجتمعات البدائية، بل إن بعض الفلاسفة في روما وأثينا أيدوا إنهاء الحمل قبل أوانه -أي: الإجهاض- وشجعوا على إتيانه.

لم يكن الإجهاض جريمة لها عقابها المدني أو الجنائي في العصور الموعلة في القدم من تاريخ البشرية (حومد،

١٩٨٧م)، بل بدأت البشرية عهودها الأولى لا تقيم وزناً لحياة الجنين بعد ولادته أو قبلها، فقد كانت العادة في كثير من المجتمعات البدائية قتل الأب أطفاله، إذ كان

وفي ذلك يقول أفلاطون في كتابه الجمهورية :
 "إن تعليم الطفل ينبغي أن يبدأ قبل ميلاده حيث ينبغي أن يولد في مناخ صحي مختار، ومن ثم فإن الأصحاء فقط من الرجال والنساء هم الذين ينبغي أن يكون لهم أبناء، وما يأتي في غير تلك الظروف فينبغي التخلص منه". (أفلاطون ت : ٣٤٨ ق.م).

وأشار أرسطو إلى أن الزوجة التي يحدث لها الحمل، ولديها العدد المفروض من الأبناء، فإنه يحسن لها التخلص من هذا الحمل، كما ينبغي لها التخلص من كل حمل يحدث بعد سن الأربعين (لبنة، ١٩٩٦). وعلى الرغم من ذلك فإن قانون حمورابي قد تضمن نصوصاً تعاقب على الإجهاض الواقع بطريق الاعتداء على المرأة الحامل (أي : بدون رضاها). أما إذا أجهضت المرأة نفسها أو بمساعدة غيرها برضاها، فلم يرد بشأنه نص في قانون حمورابي (الكيلاني، ١٩٥٨).

ويبدو أن الوضع ظل على ما هو عليه إلى أن جاءت الديانة المسيحية لتحرم الإجهاض، يقول أحد قساوسة القرن الثاني الميلادي : "إن أولئك النسوة اللاتي يستعملن العقاقير؛ لإسقاط الجنين يرتكبن جريمة القتل، ولسوف يعاقبن أمام الله عن هذا الأمر؛ لأنه يجب على الإنسان أن ينظر إلى الجنين على أنه كائن مخلوق، ومن ثم فهو موضوع لعناية الله" (الأنبا غريغوريوس، -). وعلى الرغم من ذلك فقد انتشر الإجهاض بكثرة في الدول ذات الديانة المسيحية، حتى

وصل لدى الغرب إلى حد الظاهرة المقلقة إذ مثل الإجهاض حالة من كل أربع حالات حمل. وترتفع هذه الحالات لدى بعض الدول، مثل : ألمانيا، وروسيا، والصين، لتصل إلى حالة من بين ثلاث حالات (عبد الكريم، ٢٠٠٧).

أما العرب قبل الإسلام، فلم يعرفوا الإجهاض؛ وذلك محافظة على نسلهم، وإكثاراً لعددتهم تلبية لدواعي الحرب الدائرة على الدوام فيما بينهم، فإذا جاء الولد ذكراً تركوه، في حين إذا جاء أنثى كان لهم الحق في وأداها (محمد وفاريسي، ١٩٩٥). وقد وصف الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز من بشر بالأنثى بقوله : ﴿وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنْثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ ٥٨﴾ ^(٥٨) يَنْزَوِي مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ ^(٥٩) وعلى الرغم من عدم معرفة العرب قبل الإسلام للإجهاض فإن شأنهم كان أشد مأساوية من غيرهم إذ وجد أن بعض القبائل العربية تقتل أولادها خشية الفقر، وتند البنات وهن أحياء خوفاً من العار والفقر (البوطي، ١٩٧٦).

وحين جاء الإسلام بحفظ حقوق الإنسان وواجباته وضع له نظاماً دقيقاً يشمل ولادته، وحياته، ووفاته، ورغب الدين الإسلامي في الزواج والتكاثر، وحث المسلمين على الإنجاب، فقد روي عن أنس بن

(١) سورة النحل آية (٥٨ - ٥٩).

الله صلى الله عليه وسلم: " المرأة إذا قتلت عمداً لا تقتل، حتى تضع ما في بطنها، وحتى تكفل ولدها، وإن زنت لم ترجم حتى تضع ما في بطنها، وحتى تكفل ولدها"^(٤). قال ابن عبد البر: " وإذا قتلت المرأة رجلاً أو امرأة عمداً، والتي قتلت حاملاً، لم يقد منها حتى تضع حملها، هذا إجماع العلماء، وسنة مسنونة" (ابن عبد البر، ٢٠٠٣).

٣ - إثبات بعض الحقوق للجنين: ومن ذلك: النفقة على والدته أثناء فترة حمله، حتى لو حصلت الفرقة الباتنة بالطلاق أو الفسخ أو الخلع، فإن النفقة واجبة للمرأة إذا كانت حاملاً، وهذا بإجماع أهل العلم (الشافعي، ١٣٢١هـ). وقد دل على ذلك قوله تعالى ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٥). كما أعطى الإسلام للجنين الحق في الحصول على حقه في الميراث والوصية والوقف.. الخ، ولكن لا تدخل ملكه، ولا تنفذ إلا بعد ولادته حياً، فالإسلام كما حفظ للجنين حقه في الحياة والصحة حفظ له أيضاً حقوقه المالية.

مشكلة البحث

فرضت طبيعة الحياة الحديثة، خروج المرأة للعمل وظهرت رغبة كثير من الأسر في تنظيم النسل، وطرحت بعض التساؤلات حول متى يجوز إجهاض

مالك رضي الله عنه أنه قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يأمر بالبائة، وينهى عن التبتل نهياً شديداً ويقول: تزوجوا الودود الولود، إني مكاثر (بكم) الأنبياء يوم القيامة»^(٢).

كما روي عن معقل بن يسار أنه قال: «جاء رجلٌ إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إني أصبتُ امرأة ذات جَمالٍ وحَسَبٍ وأنها لا تَلِدُ أفأتزوّجُها؟ قال: لا، ثُمَّ أتاهُ الثَّانِيَةُ فَهَآءُ، ثُمَّ أتاهُ الثَّالِثَةُ فقال: تَزَوَّجُوا الْوُدودَ الْوُلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ»^(٣).

ويتضح مما سبق اهتمام الإسلام بالتزواج والتكاثر مما يستلزم المحافظة على حياة الجنين وصحته، ومن مظاهر هذا الاهتمام على سبيل المثال لا الحصر:

١ - إباحة الفطر في رمضان للحامل إذا خافت على نفسها وجنينها والمرضع إذا خافت على نفسها ورضيعها وعليهما القضاء (ابن قدامة، ١٩٩٨).

٢ - تأخير العقوبة البدنية المستحقة على الحامل. حيث حمى الإسلام الجنين من أي ضرر قد يتعرض له حتى في الحالات التي تكون أمه مستحقة للعقاب أو القصاص؛ فأجل تنفيذ عقوبتها مرهون بوضع حملها. بمعنى أن المرأة إذا اعترفت بالزنا وهي حامل فإنها لا ترجم حتى تضع حملها وإذا قتلت عمداً لا يقاد منها حتى تضع حملها. فقد قال رسول

(٤) سنن ابن ماجه، كتاب الديات، باب الحامل يجب عليها القود.

(٥) سورة الطلاق آية (٦)

(٢) أخرجه أحمد في المسند، حديث رقم (١٢٣٢١).

(٣) سنن أبي داود حديث رقم (٢٠٥٣).

المرأة الحامل ومتى يجوز إسقاط الحمل غير المرغوب فيه؟ وهل أحكام الإجهاض في المملكة تستند إلى قواعد شرعية أو نظامية أو كليهما؟ ودار الحديث حول مسؤولية الممارس الصحي عن الإجهاض وخاصة عندما تطلب المرأة نفسها أو ولي أمرها ذلك؟! وهل حماية حق الجنين في الحياة أمر متروك للأطباء أو الممارسين الصحيين أو للمرأة أو ولي أمرها بدون ضوابط؟! وهل حق المرأة في حرية الاختيار يتعارض مع حق الجنين في الحياة؟! ويحاول البحث الإجابة على كل هذه التساؤلات التي تشكل مشكلة البحث.

أهمية موضوع البحث

من المعلوم أن مهنة الطب وُجدت من أجل الحفاظ على النفس البشرية وليس التسبب في إزهاقها ولذلك يقع على عاتق الممارس الصحي واجب المحافظة على حياة الإنسان، سواء أكان جنيناً أم وليداً؛ فلا يجوز له أن يتسبب في موت أي شخص، أو حرمانه من الحياة. وبما أن الإجهاض ومسؤولية الممارس الصحي عنه غير واضحة ليس فقط بالنسبة لمن ترغب في إجرائه لأسباب اقتصادية أو اجتماعية أو صحية بل أيضاً لمن يعمل في مجال المهن الصحية، فقد يقع الممارس الصحي تحت طائلة المساءلة أو المطالبة بالتعويض بسبب إجهاض امرأة حامل أو تسببه في حدوث ذلك دون قصد منه؛ لعدم معرفته بأحكام الإجهاض؛ بل قد تطلب منه المرأة الحامل نفسها أو ولي أمرها إجراء الإجهاض بسبب تشوه الجنين أو

مرض الأم أو عدم الرغبة في الحمل في مرحلة من مراحلها فيستجيب، مما يبين الأهمية العملية لهذا البحث في الإجابة على مثل هذه التساؤلات. وبالنسبة للأهمية العلمية فمن المعروف أن أحكام الإجهاض في المملكة تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية (القانون العام في البلاد) وليست واضحة تماماً للممارسين الصحيين بسبب تعدد الآراء في الفقه الإسلامي حول الموضوع وعمومية ما ورد بشأنه في نظام مزاوله المهن الصحية. فقد صدر نظام مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان بموجب المرسوم الملكي رقم م/٣ وتاريخ ١٤٠٩/٢/٢١هـ لينظم مزاوله المهنة في البلاد ثم عدل هذا النظام وغير مسماه إلى نظام مزاوله المهن الصحية، وصدر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٥٩ وتاريخ ١٤٢٦/٤/١١هـ، وقد تضمننا بعض الأحكام الخاصة بالإجهاض. وبذلك تبدو الأهمية العلمية لهذا البحث الذي نأمل أن يساهم في بيان أحكام الإجهاض ومسؤولية الممارس الصحي عنه للمهتمين به في المملكة العربية السعودية.

أهداف البحث

البحث يسعى إلى الوصول لمجموعة محددة من الأهداف وهي: حكم الإجهاض قبل الإسلام، حكم الإجهاض في المذاهب الفقهية الإسلامية، موقف المنظم السعودي من حكم الإجهاض، مسؤولية الممارس الصحي عن الإجهاض في النظام السعودي.

الدراسات السابقة

تندر الكتابات القانونية والفقهية المعاصرة في المملكة العربية السعودية عن أحكام الإجهاض ومسؤولية الممارس الصحي عنه في ظل النظام السعودي لمزاولة المهن الصحية، على الرغم من التطرق لهذا الموضوع في الفقه الإسلامي، ولذلك قام الباحث ومن خلال الاستعانة بالمراجع الفقهية القديمة والمعاصرة بمعالجة موضوع البحث وحاول أن يعالج مشكلته وأن يحقق أهدافه المختلفة.

منهج البحث

لقد اتبع الباحث في معالجة هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، حيث تم تقصي موضوعات البحث من خلال النصوص، وتحليلها من خلال الأحكام الواردة فيها ومقارنتها، متبعين ما قاله الفقهاء وما ورد في نظام مزاولة المهن الصحية بشأن هذه الأحكام، ومبينين وجهة النظر أمام هذه التحليلات للنصوص كلما لزم الأمر.

خطة البحث

تنقسم الدراسة في هذا البحث إلى مبحثين وخاتمة على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم الإجهاض وحكمه.

المطلب الأول: مفهوم الإجهاض.

أولاً: التعريف بالجنين.

ثانياً: التعريف بالإجهاض.

المطلب الثاني: حكم الإجهاض.

أولاً: الإجهاض في الفقه الإسلامي.

ثانياً: الإجهاض في نظام مزاولة المهن الصحية السعودي.

المبحث الثاني: مسؤولية الممارس الصحي عن الإجهاض.

تمهيد: المقصود بالممارس الصحي.

المطلب الأول: أركان مسؤولية الممارس الصحي.

المطلب الثاني: أنواع مسؤولية الممارس الصحي المترتبة على الإجهاض.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على انعقاد مسؤولية الممارس الصحي عن الإجهاض. الخاتمة.

المبحث الأول: مفهوم الإجهاض وحكمه

سوف نتناول مفهوم الإجهاض في (المطلب الأول) قبل الحديث عن حكم الإجهاض في (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مفهوم بالإجهاض

تبين من خلال تتبع هذا الموضوع أن أغلب الفتاوى في هذا الشأن تدور حول نفخ الروح ومراحل تكون الجنين في رحم أمه؛ لذلك قبل الحديث عن المقصود بالإجهاض، فإنه حري بنا بيان المقصود بالجنين على النحو التالي:

أولاً: التعريف بالجنين

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه "يطلق على الحمل جنيناً"، بعدما يفارق المضغة والعلقة، حتى يتبين منه شيء من خلق آدمي، أو يشهد الثقات بأنه مبدأ آدمي" (العجلان، ١٤٢٢هـ). وإطلاق اسم الجنين على الحمل قبل تجاوز هاتين المرحلتين ليس إلا من باب المجاز لكونه مقدمة للجنين الحقيقي^(٦).

وتسبق هاتان المرحلتان بمرحلة النطفة، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

١- النطفة: والنطفة لغة: تطلق على عدة معان منها: القليل من الماء الذي يعدل قطرة. قال ابن منظور في صغار اللؤلؤ: والواحد نطفة، ونطفة شبهت بقطرة الماء (ابن منظور، ١٩٦٨).

وقال الزبيدي في تاج العروس: ونطفت أذان الماشية وتنطفت: ابتلت بالماء فقطرت (الزبيدي، ١٩٩٩).

وجاء في حديث شريف: (فلم نزل قياماً نتظره حتى خرج إلينا وقد اغتسل ينطف رأسه ماء)^(٧).

والنطفة اصطلاحاً هي: الماء الصافي قل أو كثر (ابن منظور، ١٩٩٣). وقد ورد ذكر النطفة في القرآن الكريم في أثني عشر موضعاً، منها قوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ﴾^(٨).

وتمر مرحلة النطفة بثلاثة أطوار بحسب ما ورد في القرآن الكريم، وتقسيم علماء الأجنة وهي كالتالي:

الطور الأول: الماء الدافق، وهو ماء الرجل الذي يحتوي على الحيوان المنوي. وقد أشار الله سبحانه تعالى إلى هذا التدفق في قوله: ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ۖ خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ﴾^(٩) يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ^(١٠).

الطور الثاني: السلالة، أتت من السل، وهو: انتزاع الشيء وإخراجه برفق، والسلالة: ما انسل من الشيء، ويعني السمكة الطويلة، وهذا ينطبق على الحيوان المنوي الذي يشبه السمكة الطويلة حيث يسبح في ماء الرجل

= أهل الجنة، فطلع رجل من الأنصار تنطف لحيته من وضوئه" مسند أحمد ١٦٦: ٣.

(٨) سورة المؤمنون آية (١٣) والمواضع على التوالي: النحل (٤) والكهف (٣٧) والحج (٥) والمؤمنون (١٤)، (١٣) وفاطر (١١) ويس (٨) وغافر (٦٧) والنجم (٤٦) والقيامة (٣٧) والإنسان (٢) وعيس (١٩).

(٩) سورة الطارق آية (٥، ٦، ٧).

(٦) يرى المالكية والظاهرية أن الحمل يسمى جنيناً منذ التقاء الحيوان المنوي بالبويضة وحصول الإخصاب وحتى يخرج من الرحم، انظر ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ٤١٦/٢، طبعة الخليج.

(٧) رواه مسلم في صحيحه ٤٢٢: ١ ح ١٥٧، وروى الإمام أحمد عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: "كنا جلوساً مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: يطلع عليكم الآن رجل من =

٢- العلقه: يقصد بها لغة: "الدم عامة، أو الغليظ منه، أو الجامد شديد الحمرة" (القاموس المحيط، ١٩٩٨). ويقال تعلق به إذا نشب به واستمسك. والعلقه كل ما علق (المعجم الوسيط، ٢٠٠١)، أي: أن للعلقه معنيين الأول: الدم الغليظ، والثاني: التعلق إذا نشب به واستمسك. وقد ذهب بعض المفسرين إلى المعنى الأول، وذهب آخرون إلى المعنى الثاني (السباعي، ١٣٩٧هـ)، ولا مانع من حملها على المعنيين لأنه لا تنافي بينهما (القرطبي، ١٤٢٧هـ).

أما اصطلاحاً: فهي تعني طوراً من الأطوار التي يمر بها الجنين، وقد ورد ذكر العلقه في القرآن الكريم في خمسة مواضع^(١٢)، منها قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ﴾^(١٣) ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ^(١٤) ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْماً فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنَ الْخَالِقِينَ^(١٥).

ويمكن القول بأن: العلقه هي الدم المتجمد الغليظ المتعلق في الرحم، وهكذا نكون قد جمعنا بين التعريفين.

منتقلاً إلى ماء المرأة. وقد عبر القرآن الكريم عن هذا الطور فقال الله سبحانه وتعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْ دَسْلَهُ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ مَاءٍ مَهِينٍ﴾^(١٦)

الطور الثالث: النطفة الأمشاج، ويشير إليها القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ﴾^(١٧).

يقول القرطبي: إن الأمشاج هي اختلاط ماء الرجل بماء المرأة، وقد ورد ذلك عن عبد الله بن عباس -رضي الله عنه- حيث قال: "يختلط ماء الرجل -وهو أبيض غليظ- بماء المرأة -وهو أصفر رقيق- فيخلق منهما الولد" (القرطبي، ٢٠٠٧).

وقال ابن القيم رحمه الله: "إن الأعضاء والأجزاء والصورة تكونت من مجموع المائتين، وأنهما امتزجا واختلطتا وصارا ماء واحداً، وهذا هو الصواب، لأننا نجد الصورة والتشكيل تارة إلى الأب، وتارة إلى الأم" (ابن القيم).

وتعرف النطفة علمياً بأنها: "البيضة الملقحة التي تشرع بالانقسام في سلسلة هندسية"، ثم تدخل فيما يعرف باسم التوتة، وذلك في اليوم الرابع من التلقيح، وفي الوقت نفسه تهاجر باتجاه جوف الرحم المهيأ لاستقبالها وحمايتها (السباعي، ١٣٩٧هـ).

(١٢) سورة الحج آية (٥) والمؤمنون آيات (١٤، ١٣، ١٢) وغافر آية

(٦٧) والقيامة آية (٣٨) والعلق آية (٢).

(١٣) سورة المؤمنون آية (١٤، ١٣، ١٢).

(١٠) سورة السجدة آية (٨).

(١١) سورة الإنسان آية (٢).

٣- المضغة: والمضغة في اللغة هي القطعة من اللحم قدر ما يمزغ ولم ينضج (القاموس المحيط، ١٩٩٨). وسمي الجنين بهذا الاسم في هذه المرحلة ؛ لأنه يشبه اللقمة الممزوجة ، وفي هذه المرحلة يبدأ التحول السريع في تكوين الجنين ؛ ولذا يلاحظ في الآية الكريمة عطفها العلقه على النطفة بحرف العطف (ثم) الذي يفيد التراخي ، وعطفت المضغة على العلقه بحرف العطف (الفاء) الذي يفيد الترتيب والتعقيب (الرازي، ١٤٠١هـ) وهذه إشارة إلى التحول السريع في هذه المرحلة.

ويقصد بها اصطلاحاً: أحد الأطوار التي يمر بها الجنين.

وقد ورد ذكر مرحلة المضغة في القرآن الكريم في موضعين^(١٤) أحدهما في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ خَلَقْنَا النَّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾^(١٥).

وتمر مرحلة المضغة بطورين :

الطور الأول: المضغة غير المخلقة.

الطور الثاني: المضغة المخلقة.

وقد أشار الله - عز وجل - إلى هاتين المرحلتين

في كتابة الكريم ، حيث قال جل وعلا: ﴿يَتَأَيَّهَا

النَّاسُ إِن كُنتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن تَرَابٍ ثُمَّ مِّن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّن عَلَقَةٍ ثُمَّ مِّن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُّخَلَّقَةٍ﴾^(١٦).

وكل مرحلة من هذه المراحل الثلاث تستمر ٤٠ يوماً فقد روى عبد الله بن عباس عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً، ثم يكون علقه مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك"^(١٧).

٤- الجنين: ويقصد به لغة : الولد مادام في بطن أمه لاستتاره فيه (ابن منظور، ١٩٩٣). وتطلق طبيّاً على الفترة التي ما بين الشهر الثالث والتاسع. وفي هذه المرحلة يبدأ الجنين بالتخلق الواضح فيزيد ويكتمل الجنين في هذه المرحلة وتظهر الملامح ، ثم ينفخ فيه الروح ، فيتحرك وتشعر الحامل به (السباعي، ١٣٩٧هـ). وما عليه أكثر المفسرين والفقهاء أن تخلق الجنين وتصويره يكون في مرحلة المضغة وما بعدها. وقد أورد الرازي أقوال المفسرين حول المراد بقوله تعالى: ﴿مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُّخَلَّقَةٍ﴾ فذكر أن للمفسرين في ذلك أقوال: "أحدهما أن يكون المراد من تمت فيه أحوال الخلق ومن لم تتم. كأنه سبحانه قسم المضغة إلى قسمين :

(١٦) سورة الحج آية (٥).

(١٧) أخرجه البخاري ومسلم -صحيح مسلم- القدر- كيف خلق الآدمي في بطن أمه ٤٥١/٢.

(١٤) هما سورة المؤمنون (١٤) والحج (٥).

(١٥) سورة المؤمنون آية (١٤).

١- الإجهاض لغة: هو الإسقاط، والجهيض والجهض: هو الولد السقط، أو ما تم خلقه ونفخ فيه الروح من غير أن يعيش. ويقال أجهض: أي: أعجل، وأجهضت الناقة: إذا ألفت ولدها وقد نبت وبره (القاموس المحيط، ١٩٩٨). وجاء في المصباح المنير أن الإجهاض مصدر أجهض، وأجهضت المرأة ولدها أسقطته ناقص الخلق (الفيومي، ١٣٢٥هـ)، والجمع مجاهيض (ابن منظور، ١٩٩٣)، (الزبيدي، ١٩٩٩). وجاء في تاج العروس عن الفراء أنه قال: "خدج وخديج وجهض وجهيض، وهو الولد السقط أو ما تم خلقه ونفخ فيه روحه من غير أن يعيش"، وجدير بالذكر أن لفظ الإجهاض يستعمل كثيراً بدلاً من الإسقاط لاتفاقهما في المعنى اللغوي والاصطلاحي (الرازي، ٢٠٠١).

والسقط، الذكر والأنثى فيه سواء. السقط بالفتح والضم، والكسر أكثر: الولد الذي يسقط من بطن أمه قبل تمامه (ابن منظور، ١٩٩٣). ويتضح من التعريف السابق ما يلي:

(أ) أن الإجهاض لدى أهل اللغة يقوم على أساس إخراج الجنين من الرحم قبل أوانه وهو غير قابل للحياة. ويسند الفعل إلي المرأة نفسها، فيقال: أجهضت المرأة. ويتبين من ذلك أن القول الوارد في كتب ومؤلفات وشروح القانون الجنائي "ضرب امرأة فأجهضها" غير صحيح لغة، وأن الصحيح هو أن يقال: "ضربها فأجهضت هي" كما لا يصح أن يقال: "ضربها فأسقطها" بمعنى جعلها تسقط، بل يقال:

أحدهما: تامة الصور والحواس والتخاطيط. ثانيهما: الناقصة في هذه الأمور فبين أن بعد أن صيرته مضغة منها ما خلقه إنساناً تاماً بلا نقص، ومنها ما ليس كذلك" (الرازي، ١٤٠١هـ) (شومان، ١٩٩٩).

٥- نفخ الروح

يحدث نفخ الروح في نهاية الشهر الرابع بدليل ما رواه عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يرسل إليه ملك فينفخ فيه الروح" (١٨).

وقد ذكر القرآن الكريم نفخ الروح في مواضع كثيرة منها قوله تعالى: ﴿الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلْقَهُ، وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ ۖ ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِنْ سُلالَةٍ مِنْ مَاءٍ مَهِينٍ ۚ ثُمَّ رَسَوْنَهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُوحِهِ ۚ﴾ (١٩). وتنتهي هذه المرحلة بالولادة وخروج الجنين إلى الحياة الدنيا في حدود الشهر التاسع وقد تنقص منه أو تزيد.

ثانياً: التعريف بالإجهاض

سنتطرق لبيان المقصود بالإجهاض لغة واصطلاحاً وذلك في نطاق ما ذكر في الفقه الإسلامي والفقه القانوني والطب.

(١٨) رواية البخاري ومسلم.

(١٩) سورة السجدة آية (٧، ٨، ٩).

"ضربها فأسقطت هي"، أي: طرحت جنينها قبل أوانه بسبب الضرب (لبنه، ١٩٩٦).

ب) أن أهل اللغة لم يفرقوا بين الإجهاض والإسقاط، بل جعلوه سواء، متفقين في ذلك مع الفقهاء، حيث يعبرون عن الإجهاض بمرادفاته، كالإلقاء، والطرح والإملاص، والإسقاط (ابن نجيم، ٢٠٠٠)، (الكاساني، ٢٠٠٣)، في حين نجد أن مجمع اللغة العربية في القاهرة قد أطلق كلمة إسقاط على إلقاء الجنين ما بين الشهر الرابع والسابع، أما كلمة إجهاض فيطلقها على خروج الحمل قبل الشهر الرابع (حسين، ١٤١٧هـ).

٢- الإجهاض في الفقه الإسلامي: يرى بعض الفقهاء أن اصطلاح الإجهاض خاص بالإبل فقط وأنه يطلق على النساء من باب المجاز. فيقال: أسقطت المرأة؛ لأن الإجهاض مختص بالإبل (الشربيني، ١٩٩٥). ويقال: أجهضت الناقة ولدها إجهاضاً ألقته قبل أن يبين خلقه (البجيرمي، ٢٠٠١). وقال ابن مفلح الدمشقي: "قال أهل اللغة: أجهضت الناقة: ألقته ولدها قبل تمامه، ثم استعمل الإجهاض في غير الناقة" (ابن مفلح، ١٩٨٠).

ويعرف الفقهاء السقط بأنه: "الذي لم يبلغ تمام أشهره" (الشربيني، ١٩٩٥)، أو "هو الولد الذي تضعه المرأة ميتاً أو لغير تمام" (ابن قدامه، ١٩٩٨).

وعرف ابن عابدين الإجهاض أو الإسقاط بأنه: "إنزال الجنين قبل أن يستكمل مدة الحمل" (ابن عابدين، ٢٠٠٤).

أما الفقهاء المعاصرون فقد عرفوا الإجهاض بتعريفات مختلفة منها أنه: إخراج الحمل من الرحم في غير موعده الطبيعي عمداً، وبلا ضرورة، بأي وسيلة من الوسائل. (مذكور، ١٣٩٣هـ).

وقيل هو: إلقاء المرأة جنينها ميتاً أو حياً دون أن يعيش، وقد استبان بعض خلقه، بفعل منها أو من غيرها (جاد الحق، ١٤٠٣هـ).

وقيل هو: إسقاط الجنين بفعل أمه أو بفعل غيرها بناء على طلبها أو رضاها (ياسين، ١٩٨٩).

ويتضح من التعريفات السابقة ما يلي:

أ) اتفاق الفقهاء مع أهل اللغة، حيث لم يفرقوا بين الإجهاض والإسقاط، وإن كانوا يروا أن الإجهاض يطلق على إسقاط الجنين من باب المجاز.

ب) اتفاق الفقهاء مع أهل اللغة في تعبيرهم عن الإجهاض بمرادفاته: كالإملاص والإلقاء، والطرح، والإسقاط، فيقول ابن حجر العسقلاني -رحمه الله- في فتح الباري: "إملاص المرأة وهي: التي تضرب بطنها فتلقي جنينها... إلخ"، وقال الخليل: وهو من علماء اللغة: "أملصت المرأة والناقة إذا رمت ولدها"، وقال ابن القطاع: "أملصت الحامل أي: ألقته ولدها" (العسقلاني، ١٩٩٣).

(أ) انفصال الجنين عن الرحم، وخروجه منه: وهذا واضح في بعض التعريفات السابقة، حيث اشترطوا خروج الجنين، وانفصاله عن الرحم. ولكن باستثناء تعريف السير ولیم الذي لم يشترط ذلك، حيث يعتبر جريمة الإجهاض متحققة بمجرد تدمير الجنين في الرحم بغض النظر عن إخراجها.

وأرى أن هذا التعريف الأخير قد حالفه الصواب وهو ما يظهر أن النظام السعودي لمزاولة المهن الصحية قد أخذ به، حيث عدّ الصيدلي أو أي ممارس صحي آخر مرتكباً لجريمة الإجهاض، إذا قام بصرف دواء يسبب وفاة الجنين أو إيقاف نموه في الرحم دون إسقاطه.

وهذه الصورة غالبية في مجتمعاتنا العربية، حيث تحصل الراغبة في إجهاض نفسها على دواء يسبب موت الجنين أو إيقاف نموه، ثم تذهب إلى المستشفى بعد إحساسها ببعض الآلام لإجراء الكشف الطبي، فيقرر الطبيب موت الجنين أو إيقاف نموه، فيخرجه من الرحم، ومن هذا المنطلق يكون من صرف الدواء هو مرتكباً لجريمة الإجهاض وليس الطبيب.

(ب) موت الجنين أو إيقاف نموه أو انفصاله في غير موعده الطبيعي: وأغلب فقهاء القانون يرون أن الموعد الطبيعي لذلك هو تسعة أشهر تزيد أو تقل قليلاً. وأرى أن تحديد الموعد أمر نسبي يختلف من جنين إلى آخر، فهناك جنين يولد في غضون سبعة أشهر

(ج) تركيز أصحاب التعريفات السابقة على الإجهاض أو الإسقاط عمداً، في حين لم يتطرقوا إلى الإسقاط غير العمدي الذي قد يترتب عليه مسؤولية الممارس الصحي المدنية أو التأديبية كما سنبينه لاحقاً.

٣- الإجهاض في الفقه القانوني: عرف العالم جارو الإجهاض بأنه: "الطرد المبكر، الواقع إرادياً لم تحصل الحمل" (محمد وفاريسي، ١٩٩٥).

وذهب السير ولیم إلى أن الإجهاض: "تدمير متعمد للجنين في الرحم، أو أي ولادة سابقة لأوانها بقصد إماتة الجنين" (لبنة، ١٩٩٦).

في حين يعرف الدكتور حسن المرصفاوي الإجهاض بأنه: "إخراج الحمل من الرحم في غير موعده الطبيعي عمداً، وبلا ضرورة، وبأية وسيلة من الوسائل" (المرصفاوي، ١٩٥٨).

ويرى الدكتور رؤوف عبيد بأن الإجهاض يتمثل في: "استعمال وسيلة صناعية تؤدي إلى طرد الجنين قبل موعد الولادة، إذا تم بقصد إحداث هذه النتيجة" (عبيد، ١٩٩٧).

في حين يعرفه الدكتور كامل السعيد بأنه: "القيام بأفعال تؤدي إلى إنهاء حالة الحمل لدى المرأة قبل الوضع الطبيعي، إذا تمت تلك الأفعال بقصد إحداث هذه النتيجة" (السعيد، ١٩٨٨).

ويتضح لنا من التعريفات السابقة: وجوب توافر عدة شروط حتي يعد الفعل إجهاضاً في الفقه القانوني وهذه الشروط هي:

صحيحاً معافى وآخر يحتاج إلى تسعة أشهر أو أكثر ليكمل غوه.

(ج) الإجهاض عن عمد: أي أن الجاني رغب في ذلك السلوك، وأراد تحقيق هذه النتيجة.

لذلك يجب التمييز بين أنواع الإجهاض، فهناك نوع تلقائي أو عفوي، وهو يتحقق بخروج الجنين من الرحم من غير إرادة المرأة أو تدخل خارجي من قبل الممارس الصحي أو غيره (إدريس، ١٩٩٥). فقد يحدث بسبب إصابة الأم بمرض أو بصدمة عصبية، أو تعرضها لأشعة، وقد يكون بسبب موت الجنين نفسه داخل الرحم (لبنة، ١٩٩٦).

والثاني هو: الإجهاض المتعمد، حيث يطرد الجنين من الرحم برغبة المرأة أو بتدخل خارجي.

(د) الإجهاض بدون ضرورة: وقد نص على ذلك القانون السعودي صراحة في المادة الثانية والعشرين من نظام مزاوله المهن الصحية، حيث قال: "يحظر على الطبيب إجهاض امرأة حامل إلا إذا اقتضت ذلك ضرورة إنقاذ حياتها".

٤- الإجهاض في الطب: يعرف الإجهاض

لدى الأطباء عموماً بأنه: "انتهاء الحمل بقذف محصوله (محتويات الرحم) خارج الرحم قبل أن يكون قابلاً للحياة" (السباعي، ١٩٩٧).

ويعرفه الطبيب صادق فودة بأنه: "انفصال الجنين عن الرحم خلال الستة أشهر الأولى لبدء الحمل، وإذا تم ذلك عمداً كنا بصدد جريمة إجهاض

وإذا انتفى من العمد كان الإجهاض تلقائياً أما انفصال الجنين بعد ستة أشهر من بدء الحمل، فتلك عملية ولادة سابقة لأوانها، ومن غير الجائز وصفها بالإجهاض" (٢٠).

وعرفه الطبيب أحمد جعفر بأنه: "إنهاء الحمل قبل الأسبوع العشرين من بدئه. أما ما يحدث بعد تلك الفترة فيعدّ ولادة وليس إجهاض" (٢١).

وعرفته الدكتورة أم كلثوم الخطيب بأنه: "انتهاء الحمل قبل حيويته، وتقدر حيويته بثمانية وعشرين أسبوعاً وهي تساوي سبعة أشهر، حيث يكون الجنين فيها مكتمل الأعضاء، وله أمل كبير في الحياة" (الخطيب، ٢٠٠١).

وعرفه الدكتور محمد البار بأنه: "خروج محتويات الرحم قبل عشرين أسبوعاً، ويعتبر نزول محتويات الرحم في الفترة ما بين عشرين إلى ثمانية وثلاثين أسبوعاً ولادة قبل الموعد" (البار، ٢٠٠٥).

وأخيراً عرفه الطبيب صلاح كريم بأنه: "انتهاء الحمل قبل الأسبوع الثامن والعشرين، أي: في السبعة أشهر الأولى من بدء الحمل" (٢٢).

(٢٠) تعريف الطبيب صادق فودة أستاذ أمراض النساء والولادة بكلية الطب جامعة القاهرة الإجهاض، نقلاً عن قضية تحديد النسل، ص (١٤٩).

(٢١) تعريف الطبيب أحمد جعفر رئيس قسم أمراض النساء والولادة بكلية الطب جامعة الإسكندرية، نقلاً عن قضية تحديد النسل.

اجتهادية. وسوف نتناول حكم الإجهاض في الشريعة الإسلامية (أولاً) قبل أن نتحدث عن الإجهاض في نظام مزاوله المهن الصحية السعودي (ثانياً).

أولاً: حكم الإجهاض في الفقه الإسلامي

لم يرد في حكم الإجهاض نص مباشر في دلالته، بل ورد في كتاب الله - عز وجل - تحريم قتل النفس بغير حق، والتشنيع على ذلك، وعده من موجبات الخلود في نار جهنم (ياسين، ٢٠٠٨). قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾ (٢٣).

ولخو المسألة من نص قاطع الدلالة، فإن الفقهاء اجتهدوا في بيان حكمها واختلفوا في كثير من جوانبها اختلافاً كبيراً.

وقبل الشروع في توضيح رأي كل مذهب فقهي في حكم الإجهاض، نود بيان أن الفقهاء قد فرقوا بين الإجهاض قبل نفخ الروح وبعده، وأجمع معظمهم على حرمة الإجهاض بعد نفخ الروح فيه -أي: بعد أربعة أشهر على تـكونه في بطن أمه - حرمة مطلقة أياً كانت الأسباب والدوافع، إذ إن الجنين إذا نفخ فيه الروح صار نفساً آدمياً، والآدمي لا يحل قتله إلا لسبب شرعي، والأسباب الشرعية لإهدار حق الحياة ليس

يتبين لنا من التعريفات الطبية السابقة ما يلي:

(أ) أن الأطباء يفرقون بين الإجهاض والولادة، ويربطون ذلك بحياة الجنين وهي قابليته للحياة خارج الرحم، فما تم قبل ذلك فهو إجهاض، وما تم بعده فهو ولادة قبل أوانها.

(ب) أن الأطباء اختلفوا حول تحديد حيوية الجنين، وقابليته للحياة خارج الرحم، فمنهم من جعلها عشرين أسبوعاً، ومنهم من جعلها أربعة وعشرين أسبوعاً، وآخرون جعلوها ثمانية وعشرين أسبوعاً.

(ج) أن الأطباء يختلفون مع القانونيين في تعريف الإجهاض. حيث يرى القانونيون أن الإجهاض قد يحدث في الشهر الثامن أو التاسع، في حين يرى الأطباء أن ذلك ولادة قبل الموعد الطبيعي.

(د) أن التعريف الطبي للإجهاض يتوافق مع تعريفه الاصطلاحي بأنه: إخراج الجنين من الرحم قبل أوانه وهو غير قابل للحياة.

المطلب الثاني: حكم الإجهاض

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية اختلافاً كبيراً في حكم الإجهاض بسبب عدم وجود نص مباشر في دلالته من الكتاب أو السنة في هذه المسألة؛ فهي مسألة

(٢٢) تعريف الطبيب صلاح كريم أستاذ أمراض النساء والولادة بكلية الطب جامعة القاهرة، ندوة المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية بشأن الإجهاض وتنظيم الأسرة، نقلاً عن جريمة إجهاض الحوامل ص (٣٩).

(٢٣) سورة النساء آية (٩٣).

من ضمنها إجهاض الجنين، فلا يتصور قيام أي سبب يقتضي إباحة الإجهاض في هذه المرحلة.

حتى إن كان السبب إنقاذ حياة الأم نفسها من الخطر أو الموت المحقق، وهذا ما صرح به ابن نجيم الحنفي، حيث قال: (امرأة حامل اعترض الولد في بطنها، ولو لم يقطع أرباعاً يخشى على أمه من الموت، فإن كان الولد ميتاً في البطن، فلا بأس به، وإن كان حياً لا يجوز. إن إحياء نفس بقتل أخرى لم يرد في الشرع) وعلق ابن عابدين على كلام ابن نجيم قائلاً: (لا يجوز تقطيعه؛ لأن موت الأم به موهوم، فلا يجوز قتل آدمي حي لأمر موهوم) (ابن عابدين، ٢٠٠٤).

ويقول برهان الدين أبي المعالي بن مازة: (ولم يوجد سبيل إلى استخراج ذلك إلا بقطع الولد إرباً إرباً، ولو لم يفعل ذلك يخاف الهلاك على الأم، فإن كان الولد ميتاً في البطن فلا بأس به، وإن كان حياً لا معنى لجواز القطع؛ لأن هذا قتل النفس لصيانة نفس أخرى، والشرع لم يرد بمثله). (أبو المعالي، ٢٠٠٤).

ويقول علي القاري: "وأما إذا اعترض الولد في (بطن) الحامل وقت الولادة، وخيف على الحامل، ولم يمكن إخراج الولد إلا بقطعه، بأن تُدخل القابلة يدها إلى داخل الفرج فتقطعه بآلة ونحوها، فلا يُقَطَّع؛ لأنَّ موتها موهومٌ، فبأمرٍ موهومٍ لا يجوز إتلاف آدمي حيٍّ محقق. ويُشَقُّ من الجانب الأيسر بطن من ماتت فاضطرب الولد فيه وعُلمَت

حياته، ولو بغلبة الظن لما قدمنا، وقد فعل أبو حنيفة ذلك وعاش الولد" (القاري، ١٩٨٦).

ويرى البعض أنه لا يوجد أدنى خلاف بين الفقهاء في حرمة الإجهاض بعد نفخ الروح في الجنين ولو كان هذا الأمر لإنقاذ الأم من الموت، فذكر د. محمد نعيم ياسين: "ولم نجد فيما وقعت عليه أيدينا من مصنفات فقهية ما يشير إلى أدنى خلاف في هذه المسألة. وأصل ذلك: أن قتل النفس المحرمة شرعاً لا يحتمل الإباحة بحال من الأحوال؛ لقوله عز وجل: "ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق" فلا يجوز التضحية بنفس معصومة لإنقاذ نفس أخرى، حتى لا يحل لمن أكره على القتل أن يقتل، مهما كانت درجة الإكراه، وهذا بلا خلاف بين الفقهاء (ياسين، ٢٠٠٨).

وقد ذكر ابن جزى والدردير الإجماع على أن الإسقاط في هذه الحالة قتلٌ للنفس التي حرم الله قتلها، حيث قال ابن جزى: (وإذا قبض الرحم المني لم يحز التعرض له، وأشد من ذلك إذا تخلق، وأشد من ذلك إذا نفخ فيه الروح فإنه قتل للنفس إجماعاً) (ابن جزى، ١٩٣٣). وجاء في حاشية الإمام الدردير (لا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوماً، وإذا نفخت فيه الروح أصبح حراماً إجماعاً) (الدسوقي، ١٤٢٢هـ).

ومع ذلك فإن فتوى الفقهاء في العصر الحديث بشأن حكم الإجهاض بعد نفخ الروح جاءت مخالفة

تماماً لما عليه فتوى سلف الأمة، حيث ترى معظم المجامع الفقهية واللجان العلمية وهيئات العلماء جواز إسقاط الجنين بعد نفخ الروح إذا كان هذا هو السبيل الوحيد لإنقاذ حياة الأم، إذ تضمن قرار مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم ١٤٠ وتاريخ ١٤٠٧/٦/٢٠هـ - بشأن الإجهاض - جواز ذلك وهو ما سنبينه لاحقاً.

كما قرر المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، في دورته الثانية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة بتاريخ ٢٢ رجب ١٤٢٠هـ ما يلي: (إذا كان الحمل قد بلغ عشرين ومئة يوم، فلا يجوز إسقاطه، ولو كان التشخيص الطبي يفيد أنه مشوه الخلقة: إلا إذا ثبت بتقرير لجنة طبية، من الأطباء الثقات المختصين، أن بقاء الحمل فيه خطر مؤكد على حياة الأم، فعندئذ يجوز إسقاطه، سواء أمشوهاً كان أم لا، دفعاً لأعظم الضررين) (مجمع الفقه الإسلامي، ١٤٢٠هـ).

وكذلك رأت اللجنة العلمية للموسوعة الفقهية التي تصدرها وزارة الأوقاف في الكويت جواز إسقاط الجنين، وإن نفخ فيه الروح إذا كان ذلك لإنقاذ أمه من هلاك محقق، وأن الحفاظ على حياة الأم إذا كان في بقاء الجنين في بطنها خطر عليها أولى بالاعتداد به، لأنها الأصل، وحياتها ثابتة بيقين (الموسوعة الفقهية، ١٤٠٧هـ).

وما أسلفناه كان عرضاً لأقوال بعض الفقهاء والمجامع العلمية في حكم الإجهاض بعد نفخ الروح،

أي بعد مرور ١٢٠ يوماً على الحمل. أما قبل نفخ الروح فقد تشعبت آراء الفقهاء واختلفت اختلافاتاً كبيراً، وليس الأمر مقتصرًا على المذاهب الأربعة، بل داخل المذهب نفسه؛ لذا سنورد بشيء من الإيجاز آراء المذاهب واختلافاتهم على النحو التالي:

١- المذهب الحنفي: اختلفت أقوال الحنفية

في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح، إلى ثلاثة آراء، وبيانها كالتالي:

الرأي الأول: جواز إسقاط الحمل قبل ٤٠ ليلةً، وتحريمه بعدها: وقد نقل هذا الرأي الموصلي، حيث قال: (امرأة عالجت في إسقاط ولدها لا تأثم ما لم يستن شيء من خلقه) (الموصلي، ٢٠٠٤).

ونقل هذا الرأي أيضاً ابن عابدين في حاشيته فقال: (... يباح لها أن تعالج في استئصال الدم، مادام الحمل مضغة، ولم يخلق له عضو). (ابن عابدين، ٢٠٠٤).

وسندهم في ذلك ما روي في صحيح مسلم عن حذيفة بن أسيد الغفاري -رضي الله عنه- قال: سمعت رسول الله -صلي الله عليه وسلم- يقول: (إذا مر بالنطفة اثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكاً فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها، ثم يقول: أي رب ذكر أم أنثى).

الرأي الثاني: إباحة الإجهاض قبل ١٢٠ يوماً
وتحريمه بعدها: يقول الحكصفي الحنفي متسائلاً (هل يباح الإسقاط بعد الحمل؟ نعم، يباح ما لم يتخلق منه شيء، ولن يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوماً) (ابن عابدين، ٢٠٠٤). ويقصد الحكصفي هنا التخلق الكامل مع نفخ الروح. وسندهم في ذلك ما رواه البخاري ومسلم عن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - قال: سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول: "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكاً، فيؤمر بأربع كلمات، ويقال له: اكتب عمله وأجله وشقي أو سعيد، ثم ينفخ فيه الروح".^(٢٤)

الرأي الثالث: كراهة إسقاط الجنين قبل ١٢٠ يوماً إذا كان بغير عذر وإباحته إذا كان بعذر: ويقول ابن نجيم الحنفي في هذا الصدد: "إن وجود العذر يبيح الإجهاض قبل الأربعة أشهر، كأن ينقطع لبنها بعد ظهور الحمل". ونقل ابن عابدين هذا الرأي عن الذخيرة للإمام القرافي، حيث قال: "لو أرادت المرأة إلقاء ما في

بطنها قبل نفخ الروح القول بالكراهة؛ لأن الماء بعدما وقع في الرحم مآله الحياة، فيكون له حكم الحياة" كما نقل عنه القول بالإباحة، حيث قال: "لعل القول بالإباحة محمول على حالة العذر" (ابن عابدين، ٢٠٠٤).

٢- المذهب المالكي: المالكية هم أكثر المذاهب تشدداً في حكم الإجهاض، ولهم رأيان في هذه المسألة وتفصيل ذلك على النحو التالي:

الرأي الأول: حرمة إسقاط الجنين مطلقاً: وهذا هو الرأي الغالب في المذهب، إذ جاء في حاشية الإمام الدردير ما يلي: "لا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوماً، وإذا نفخت فيه الروح أصبح حراماً إجماعاً" (الدسوقي، ١٤٢٢هـ).

وجاء أيضاً في القوانين الفقهية لابن جزي ما يلي: "وإذا قبض الرحم المني لم يجز التعرض له، وأشد من ذلك إذا تخلق، وأشد من ذلك إذا نفخ فيه الروح، فإنه قتل للنفس إجماعاً" (ابن جزي، ١٩٣٣)، وأكثر المالكية على هذا الرأي.

ونص ابن رشد في بداية المجتهد ونهاية المقتصد أن مالكا استحسن في إسقاط الجنين الكفارة، ولو لم يوجبها؛ لتردده بين العمد والخطأ (ابن رشد، ٢٠٠٣) واستحسن الكفارة يرتبط بتحقيق الإثم (السباعي، ١٩٧٧).

(٢٤) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان (حديث رقم ١٨٩٤).

الرأي الثاني: يكره الإجهاض قبل ٤٠ ليلةً، ويحرم ما بعدها: وقد نقل هذا الرأي الشيخ الدسوقي -رحمه الله تعالى- حيث عرض الرأي الأول الذي يؤيده، ثم قال معقّباً: "هذا هو المعتمد، وقيل: يكره إخراجه قبل الأربعين" (الدسوقي، ١٤٢٢هـ).

٣- المذهب الشافعي: للشافعية ثلاثة آراء فقهية في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح، وبيان ذلك على النحو التالي:

الرأي الأول: إباحة الإجهاض قبل ٤٠ يوماً وحرمة ما بعدها: وهذا هو الرأي المعتمد في المذهب، وعليه أغلب الشافعية، إذ يقول الإمام الشافعي في كتاب الأم: "إن أقل ما يكون الشيء به جنيناً أن يتبين منه شيء من خلق آدمي كإصبع أو ظفر أو عين أو ما إلى ذلك، وإن هذا لا يكون إلا بعد مرور اثنين وأربعين ليلة، ودخول النطفة في أول أطوار التخلق" (الشافعي، ١٣٢١هـ). ويتفق هذا الرأي مع رأي بعض الحنفية والمالكية.

الرأي الثاني: حرمة الإجهاض مطلقاً: خالف الإمام أبو حامد الغزالي رأي الإمام الشافعي، والرأي المعتمد في المذهب، فهو يرى حرمة الإجهاض مطلقاً من أول ليلة من التلقيح، وليس بعد ٤٢ ليلة، حيث يقول: "وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم،

وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة وإفساد ذلك جنائية، فإن صارت مضغة وعلقة كانت الجناية أفحش" (الغزالي، ١٢٩٨هـ) وهذا هو الرأي المعتمد لدى المالكية.

الرأي الثالث: جواز الإجهاض قبل ١٢٠ يوم، وحرمة فيما بعدها: يقول الرملي في كتابه نهاية المحتاج: "والراجع تحريمه -أي: الإجهاض- بعد نفخ الروح مطلقاً، وجوازه قبله". ويقول في موضع آخر: (قال الكرابيسي: سألت أبا بكر بن أبي سعيد الفراتي عن رجل سقى جاريته شرباً لتسقط ولدها، فقال: ما دامت نطفة أو علقه فواسع له ذلك إن شاء الله) (الرملي، ١٩٨٤).

٤- المذهب الحنبلي: للحنابلة رأيان، على النحو التالي:

الرأي الأول: جواز الإجهاض قبل ٤٠ يوماً وتحريمه ما بعدها: جاء في كتاب الإنصاف ما يلي: "يجوز شرب دواء لإسقاط نطفة" والنطفة هي المرحلة الأولى لتكون الجنين خلال ٤٠ يوماً من التلقيح (المرداوي، ١٤١٩هـ). ويتفق هذا الرأي مع رأي أغلب الشافعية، وبعض الحنفية.

الرأي الثاني: جواز الإجهاض قبل ١٢٠ يوماً، وتحريمه ما بعدها: رخص طائفة من الفقهاء للمرأة في إسقاط ما في بطنها ما لم تنفخ فيه

الروح، وجعلوه كالعزل، وهو قول ضعيف^(٢٥)، وهذا الرأي يتفق مع رأي بعض الحنفية.

خلاصة رأي المذاهب الأربعة

- ١ - الإجماع على حرمة إسقاط الجنين بعد ١٢٠ يوماً على التلقيح وبعد نفخ الروح (أي: بعد أربعة أشهر) ما لم يكن هناك ضرورة لإنقاذ حياة الام.
- ٢ - إباحة الإجهاض قبل ١٢٠ يوماً مطلقاً سواء لعذر أم كان بدونه.
- ٣ - إباحة الإجهاض قبل ١٢٠ يوماً لعذر فقط، وكراهيته لغير عذر.

٤ - إباحة الإجهاض قبل ٤٠ يوماً.

٥ - كراهية الإجهاض قبل ٤٠ يوماً.

٦ - حرمة الإجهاض قبل ٤٠ يوماً.

ثانياً: الإجهاض في نظام مزاولة المهن الصحية بالمملكة العربية السعودية

النظام الأساسي للحكم بالمملكة العربية السعودية نص في مادته الأولى على أن (المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية، دينها الإسلام، ودستورها كتاب -الله سبحانه وتعالى- وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم)؛ لذلك جاء نظام مزاولة المهن الصحية متفقاً مع تعاليم وأحكام الشريعة الإسلامية،

(٢٥) ومنهم أبو الوفاء ابن عقيل، كما حكاه عنه ابن مفلح في الفروع.

ومتماشياً مع فتاوى هيئة كبار العلماء بالمملكة، حيث جاء في قرارها المتعلق بشأن الإجهاض رقم ١٤٠ بتاريخ ١٤٠٧/٦/٢٠ بشأن الإجهاض متضمناً أن مجلس هيئة كبار العلماء قرر ما يلي:

- ١ - لا يجوز إسقاط الحمل في مختلف مراحلها إلا لمبرر شرعي، وفي حدود ضيقة جداً.
- ٢ - إذا كان الحمل في الطور الأول، وفي مدة الأربعين، وكان في إسقاطه مصلحة شرعية أو دفع ضرر متوقع جاز إسقاطه. أما إسقاطه في هذه المدة خشية المشقة في تربية الأولاد أو خوفاً من العجز عن تكاليف معيشتهم وتعليمهم أو من أجل مستقبلهم أو اكتفاء بما لدى الزوجين من الأولاد فغير جائز.
- ٣ - لا يجوز إسقاط الحمل إذا كان علقه أو مضغة حتى تقرر لجنة طبية موثوقة أن استمراره خطر على سلامة أمه، كأن يخشى عليها الهلاك من استمراره جاز إسقاطه بعد استنفاد الوسائل كافة؛ لتلافي تلك الأخطار.

٤ - بعد الطور الثالث، وإكمال أربعة أشهر للحمل لا يحل إسقاطه حتى يقرر جمع من الأطباء المتخصصين الموثوقين أن بقاء الجنين في بطن أمه يسبب موتها، وذلك بعد استنفاد الوسائل كافة؛ لإنقاذ حياته، وإنما رخص الإقدام على إسقاطه بهذه الشروط دفعاً لأعظم الضررين، وجلباً لعظمي المصلحتين.

لم يخرج المنظم السعودي عندما عالج مسألة الإجهاض في نظام مزاولة المهن الصحية عن قرار هيئة

جاز إسقاطه بعد استنفاد الوسائل ؛ كافة لتلافي تلك الأخطار.

٤ - بعد الطور الثالث ، وإكمال أربعة أشهر للحمل لا يحل إسقاطه حتى يقرر جمع من الأطباء المتخصصين الموثوقين أن بقاء الجنين في بطن أمه يسبب موتها ، وذلك بعد استنفاد الوسائل كافة ؛ لإنقاذ حياته ، وإنما رخص الإقدام على إسقاطه بهذه الشروط دفعاً لأعظم الضررين وجلباً لعظمى المصلحتين.

ويلاحظ على القرار توصيته بالاعتماد على أهل الخبرة في مجال التخصص ؛ لتحديد الموقف الواجب اتخاذه بشأن الإقدام على الإجهاض من عدمه ؛ ولذلك بينت اللائحة في فقرتها ٢٢-٢٧ أنه يجب على مدير المستشفى الذي يوجد به قسم للولادة تشكيل لجنة لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة (استشاريين اختصاصيين) يكون من بينهم استشاري أو اختصاصي بالمرض الذي من أجله أوصي بإنهاء الحمل ، حيث يعدّون تقرير يوضح فيه نوع الخطورة المذكورة المؤكدة التي تهدد صحة الأم في حال استمرار الحمل ، ويوقع من جميع أعضاء اللجنة ثم يعتمد من مدير المستشفى ، وفي حالة التوصية بالإجهاض يوضح ذلك للمريضة نفسها وزوجها أو ولي أمرها ، ثم تؤخذ موافقتهم الخطية على ذلك.

ويلاحظ أن النظام السعودي لم يمنع الإجهاض أو يقيده بشكل مباشر فقط وفق الشروط المشار إليها في اللائحة ، بل منع الممارس الصحي من المساعدة على

كبار العلماء ، بل جاء متوافقاً معه ، حيث طبق القرار بحذافيره وضمّنه المادة (٢٢) من هذا النظام حيث نصت المادة (٢٢) على ما يلي :

"يحظر على الطبيب إجهاض أي امرأة حامل إلا إذا اقتضت ذلك ضرورة إنقاذ حياتها. على الرغم من ذلك فإنه يجوز الإجهاض إذا لم يكن الحمل أتم أربعة أشهر ، وثبت بصورة أكيدة أن استمراره يهدد صحة الأم بضرر جسيم ، وثبت هذا الأمر بقرار من لجنة طبية تشكل طبقاً للشروط والأوضاع التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا النظام".

وبينت اللائحة التنفيذية في الفقرة ٢٢-١٧ أن قرار هيئة كبار العلماء رقم ١٤٠ بتاريخ ١٤٠٧/٦/٢٠هـ تضمن ما يلي :

١ - لا يجوز إسقاط الحمل في مختلف مراحله إلا لمبرر شرعي ، وفي حدود ضيقة جداً.

٢ - إذا كان الحمل في الطور الأول ، وفي مدة الأربعين ، وكان في إسقاطه مصلحة شرعية أو دفع ضرر متوقع جاز إسقاطه. أما إسقاطه في هذه المدة خشية المشقة في تربية الأولاد أو خوفاً من العجز عن تكاليف معيشتهم وتعليمهم أو من أجل مستقبلهم أو اكتفاء بما لدى الزوجين من الأولاد فغير جائز.

٣ - لا يجوز إسقاط الحمل إذا كان علقه أو مضغة حتى تقرر لجنة طبية موثوقة أن استمراره خطر على سلامة أمه كأن يخشى عليها الهلاك من استمراره

إجرائه إذ نصت الفقرة ٢٢-٣ من اللائحة التنفيذية للنظام على عدم جواز صرف الصيدلي أدوية مسقطة للأجنة أو تسهيل صرفها، كما لا يجوز لأي ممارس صحي آخر القيام بذلك لغرض إجراء إجهاض غير مسموح به شرعاً.

ومما سبق يتضح الآتي:

١- أن نظام مزاوله المهن الصحية في المملكة ولائحته التنفيذية استمدا المواد الخاصة بالإجهاض من فتوى هيئة كبار العلماء دون زيادة أو نقص في مضمونها.

٢- أن الإجهاض في المملكة لا يجوز إلا لوجود مبرر شرعي قوي، وعلى ذلك فإن الإجهاض لأسباب اجتماعية أو أخلاقية من خشية المشقة في تربية الأولاد أو ارتفاع تكاليف المعيشة لا يجوز شرعاً، ويعاقب عليه قانوناً.

٣- سائر نظام المهن الصحية فيما يخص إجهاض الحوامل الفتاوى العصرية للإجهاض من حيث جواز الإجهاض بعد نفخ الروح، أي: بعد مرور عشرين ومئة يوماً في حالة التحقق من هلاك الأم إذا استمر الحمل على الرغم من ذلك فهناك غموض حول بعض العبارات الواردة في الفتوى، ومن ثم في النظام.

فالنص على جواز إسقاط الحمل في مختلف مراحلها إلا لمبرر شرعي وفي حدود ضيقة جداً لم يحدد

ما هو المقصود بالمبرر الشرعي، ولا تلك الحدود الضيقة ومداه.

كما أن إسقاط الحمل في الطور الأول وفي مدة الأربعين اشترط لجوازه توفر مصلحة شرعية أو دفع ضرر متوقع، دون بيان ما تلك المصلحة الشرعية أو ما ذلك الضرر المتوقع مستبعداً أن تكون خشية المشقة في تربية الأولاد، أو الخوف من العجز عن تكاليف معيشتهم وتعليمهم، أو من أجل مستقبلهم أو اكتفاء بما لدى الزوجين من الأولاد، من قبيل المصلحة الشرعية أو دفع الضرر المتوقع الذي يبرر الإجهاض أو الإسقاط. ويثور التساؤل هل يمكن اعتبار إسقاط حمل المغتصبة أو حمل الزنى وعلى وجه الخصوص زنى المحارم أو الجنين المشوه من قبيل المصلحة الشرعية أو دفع الضرر المتوقع؟ هذا ما سنبينه فيما يلي.

حكم إسقاط الجنين المشوه: لم يتطرق نظام مزاوله المهن الصحية السعودي لحكم إسقاط الجنين المشوه، ولكن ذهب مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي إلى ما يلي: إذا كان الجنين مشوهاً، وتأكد الأطباء الثقات من وجود تشوه به يعيقه عن الحياة المتزنة، ويرهق والديه أشد الإرهاق، فيجوز إسقاطه قبل ١٢٠ يوماً، ولا يجوز إسقاطه بعد ذلك، إلا إذا كان في بقائه في بطن أمه خطر على حياتها^(٢٦).

(٢٦) قرار مجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من يوم السبت ١٥ رجب ١٤١٠هـ الموافق ١٠ فبراير ١٩٩٠م إلى يوم السبت ٢٢=

في أحشاء أنثى من نطفة نتيجة الاختطاف والإكراه على الواقعة بشرط ألا يكون قد مرَّ على هذا الحمل مئة وعشرين يوماً، لأنه لا يحل في هذه الحالة إسقاط الجنين؛ لكونه أصبح نفساً ذات روح يجب المحافظة عليها".

وقد أجاز الإمام الرملي -رحمه الله- إسقاط حمل الزنى بموافقة الطرفين بقوله: "لو كانت النطفة من زنى فقد يتخيَّل الجواز، فلو تركت حتى نفخ الروح فلا شك في التحريم" (الرملي، ١٩٨٤).

وبناء على ما سبق، فالفقهاء يرون أن الحد الفاصل بين الحل والحرمة في إجهاض الحملين السفاح والجنين المشوه، هو نفخ الروح، ومرور ١٢٠ يوماً على الحمل ومعنى ذلك أنه قبل مرور هذه الأيام يجوز الإجهاض، وبعد مرورها لا يجوز البتة.

ونستخلص من ذلك أن الحالتين السابقتين: - الجنين المشوه، وحمل المغتصبة - تسري عليهما الأحكام العامة للإجهاض، ولا اعتبار لتشوه الجنين أو السفاح، فالعبرة بمرور العشرين ومئة يوماً.

المبحث الثاني: مسؤولية الممارس

الصحي عن الإجهاض

سنتحدث في هذا المبحث عن المقصود بالممارس الصحي في التمهيد قبل التعرف على أركان مسؤوليته في المطلب الأول وأنواعها في المطلب الثاني وأثارها في المطلب الثالث على البيان التالي:

وقد اتخذ المجلس هذا القرار بالأكثرية، وكان نصه على النحو الآتي: (إذا كان الحمل قد بلغ مئة وعشرين يوماً فلا يجوز إسقاطه، ولو كان التشخيص الطبي يفيد أنه مشوه الخلقة، إلا إذا ثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء الثقات المختصين أن بقاء الحمل فيه خطر مؤكد على حياة الأم، فعندئذ يجوز إسقاطه، سواء كان أمشوهاً أم لا، وذلك دفعاً لأعظم الضررين).

أما قبل مرور عشرين ومائة يوم من الحمل فأمره كالتالي إذا أثبت وتؤكد بتقرير لجنة من الأطباء المختصين الثقات، واستند إلى الفحوص الفنية المزودة، بالأجهزة والوسائل المخبرية أن الجنين مشوه تشويهاً خطيراً غير قابل للعلاج، وأنه إذا بقي وولد في موعده ستكون حياته صعبة ومصحوبة بآلام عليه وعلى أهله، فعندئذ يجوز إسقاطه بناء على طلب الوالدين. والمجلس إذ يقرر ذلك يوصي الأطباء والوالدين بتقوى الله -عز وجل- والتثبت من هذا الأمر.

ويلاحظ أن المجلس قد اعتمد مرجعية نفخ الروح كعادة أغلب الفقهاء قديماً وحديثاً فيما يتعلق بفتواه بشأن إجهاض أو إسقاط الجنين المشوه.

حكم إجهاض حمل المغتصبة: جاء في فتوى

دار الإفتاء بالديار المصرية الصادرة في ١٤١٩/٦/٢٦هـ ما يلي: "لا مانع شرعاً من تفرغ ما

= رجب ١٤١٠هـ الموافق ١٧ فبراير ١٩٩٠م، وقد اتخذ هذا القرار بالأغلبية، وبعد مناقشته مع مجموعة مع الأطباء المختصين الذين حضروا لهذا الغرض.

تمهيد: المقصود بالممارس الصحي

ورد في المادة الأولى من نظام مزاولة المهن الصحية تعريف الممارس الصحي بأنه : كل من يرخص له بمزاولة المهن الصحية. كما عرفت لائحة نظام مزاولة المهن الصحية في فقرتها الرابعة من المادة الثانية الممارس الصحي المرخص له بمزاولة المهن الصحية بأنه : من يقدم أو يشارك في تقديم الرعاية الصحية المباشرة للمريض سواء أكان ذلك في شكل خدمة تشخيصية أم علاجية أم تأهيلية ذات تأثير في الحالة الصحية.

وبينت المادة الأولى من نظام مزاولة المهن الصحية أن الممارس الصحي الذي يرخص له بمزاولة المهن الصحية يشمل الفئات الآتية :

- الأطباء البشريون.
- وأطباء الأسنان.
- والصيادلة الاختصاصيون.
- والفنيون الصحيون في (الأشعة ، والتمريض ، والتخدير ، والمختبر ، والصيدلية ، والبصريات ، والوبائيات ، والأطراف الصناعية ، والعلاج الطبيعي ، ورعاية الأسنان ، وتركيبها ، والتصوير الطبقي ، والعلاج النووي ، وأجهزة الليزر ، والعمليات).
- والأخصائيون النفسيون والاجتماعيون واختصاصيو التغذية والصحة العامة.
- القبالة.

• الإسعاف.**• معالجة النطق والسمع.****• التأهيل الحرفي ، والعلاج الحرفي.****• الفيزياء الطبية.**

وغير ذلك من المهن الصحية الأخرى التي يتفق عليها بين وزارتي الصحة والخدمة المدنية ، والهيئة السعودية للتخصصات الصحية.

وعلى الرغم من أن ممارسي بعض هذه التخصصات قد تكون طبيعة عملهم بعيدة عن إمكانية إحداث الإجهاض للمرأة الحامل فإن ذلك ليس مستبعدا سواء أكان ذلك بشكل مباشر أم غير مباشر ، ومن ثم يدخل في نطاق تطبيق نظام مزاولة المهن الصحية بحكم شموله بوصف الممارس الصحي ، وبناء على ذلك تطبق عليه العقوبات الواردة في هذا النظام. وجدير بالذكر أن أي شخص لا يخضع لأحكام نظام مزاولة المهن الصحية ولا ينطبق عليه وصف الممارس الصحي لا يستفيد من نصوص هذا النظام ، ولا تنطبق عليه أحكامه ، بل تطبق عليه القواعد العامة في الشريعة الإسلامية باعتبارها القانون المطبق أمام القضاء العام السعودي.

المطلب الأول: أركان مسؤولية الممارس الصحي

لانعقاد مسؤولية الممارس الصحي عن عملية الإجهاض يجب أن تتوافر أركان المسؤولية الثلاثة وهي : الخطأ ، والضرر ، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. وبيان ذلك على النحو التالي :

أولاً: الخطأ

المقصود بالخطأ هنا: خطأ الممارس الصحي المتسبب في إجهاض الحامل، سواء أكان خطأ عمدياً أم غير عمدي، ويترتب عليه حدوث الضرر بإسقاط الجنين، مع توافر علاقة السببية بين تصرفه، وبين سقوط الجنين.

و يقاس خطأ الممارس الصحي الذي ترتب عليه إسقاط الجنين بمقارنته بسلوك ممارس صحي آخر عادي من جمهور الممارسين الصحيين العاديين، فلا هو خارق الذكاء والمهارة، ولا هو محدود الفطنة (السنهوري، ١٩٥٢).

فمعيار الانحراف في سلوك الممارس الصحي هو مجافاة مسلك الممارس الصحي موضوع الشكوى، أو تصرفه تصرف الممارس الصحي العادي، أو مسلكه إذا وجد في مثل ظروفه. فيستطيع القاضي أن يقرر أن الممارس الصحي قد حاد بسلوكه أو تصرفه عما ينبغي أن يكون عليه التصرف السليم بمقارنة ذلك بسلوك ممارس صحي متوسط مماثل في تخصصه للممارس الصحي الذي ارتكب أو تسبب في عملية الإجهاض، مع الأخذ في الحسبان الظروف المحيطة بهذا الممارس. فإذا لم يتبع الممارس الصحي الأصول المتعارف عليها في مهنة الطب، أي: تعمد إجهاض المرأة أو تسبب بتشخيصه أو معالجته الخاطئة في إسقاط الجنين أو لم يستعن بمن تستدعي ظروف الحالة الاستعانة بهم، من

الاختصاصيين أو المساعدين فإنه يرتكب خطأ يوجب مساءلته، ولكن في حال قيام الممارس الصحي بما هو مطلوب منه وبذل الجهد اللازم لذلك، وعلى الرغم من ذلك حدث الإجهاض لأمر لا يمكن الاحتراز منه، فإن الممارس الصحي في هذه الحالة لا يلزمه الضمان، ولا يتعرض للمساءلة.

كذلك الأمر عند تصرف الممارس الصحي في حالة الاستعجال أو الطوارئ وتسببه في إجهاض المرأة، فإن ضغط الوقت، ومحاولة إنقاذ حياة المريضة، قد تدفع الممارس الصحي إلى عدم التروي، أو عدم الالتفات إلى بعض الإجراءات الواجب عليه اتخاذها في الظروف العادية؛ ولذلك نجد أن معظم قوانين دول العالم، ومنها النظام السعودي، تسمح للممارس الصحي في حالة الاستعجال والضرورة بإعطاء المعالجة التي يراها مناسبة للمريض، وتطبيقها دون رضا المريض، إذا لم يتيسر الحصول على إذنه، أو موافقة ذويه في الوقت المناسب^(٢٧). ومن هنا فإن حالة الاستعجال قد تعفي الممارس الصحي من مسؤوليته، إذا ارتكب تصرفاً يشكل خطأ في الظروف العادية. وهذا ما رأته اللجنة الطبية الشرعية في الرياض، حيث قررت عدم مسؤولية الممارس الصحي الذي نقل مريضاً في حالة خطيرة في سيارته الخاصة من مستشفى إلى آخر

(٢٧) المادة ١٩ من نظام مزاوله المهن الصحية السعودي.

عن ذلك ، نظراً لعدم وجود سيارة إسعاف ؛ لأن حالة الاستعجال تبرر تصرفه^(٢٨).

(٢٨) قرار للجنة الطبية الشرعية بالرياض بتاريخ ١٥/٧/١٤١٥هـ. واللجنة الطبية الشرعية بحسب نص نظام مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان السابق أو الهيئة الصحية الشرعية بحسب نص المادة ٣٤ من نظام مزاوله المهن الصحية الجديد هي الجهة المختصة بالآتي :

- ١- النظر في الأخطاء المهنية الصحية التي ترفع بها مطالبة بالحق الخاص (ديه - تعويض - أرش).
- ٢- النظر في الأخطاء المهنية الصحية التي ينتج عنها وفاة ، أو تلف عضو من أعضاء الجسم ، أو فقد منفعة ، أو بعضها حتى ولو لم يكن هناك دعوى بالحق الخاص . وتشكل هذه الهيئة وفقاً لنص المادة ٣٣ من نفس النظام الآتي :

- ١- قاض لا تقل درجته عن قاضي (أ) ، يعينه وزير العدل رئيساً.
- ٢- مستشار نظامي يعينه وزير الصحة.
- ٣- عضو هيئة تدريس من إحدى كليات الطب ، يعينه وزير التعليم العالي ، وفي المنطقة التي ليس فيها كلية طب ، يعين وزير الصحة بدلاً منه عضواً من المرافق الصحية المتوافرة في تلك المنطقة.
- ٤- عضو هيئة تدريس في إحدى كليات الصيدلة ، يعينه وزير التعليم العالي. وفي المنطقة التي ليس فيها كلية صيدلة . يعين وزير الصحة بدلاً منه عضواً من المرافق الصحية المتوافرة في تلك المنطقة.

- ٥- طبيبان من ذوي الخبرة والكفاية ، يختارهما الوزير.
 - ٦- صيدلي من ذوي الخبرة والكفاية ، يختاره وزير الصحة.
- ب) تقتصر مشاركة العضوين المشار إليهما في الفقرتين (٤) ، (٦) في القضايا ذات العلاقة بالصيدلة.

=

ومعنى ذلك أن النظام يسمح للممارس الصحي بمخالفة بعض التزاماته في حالة الاستعجال ؛ لأن الغاية من تدخل الممارس الصحي هي مصلحة المريض ، وإنقاذ حياته ، وعلى القاضي أن يأخذ في الحسبان مثل ذلك عند نظره في تصرف الممارس الصحي المشكوك منه وإذا كان القاضي لا يستطيع أن يجبر الممارس الصحي على شراء نوعيات غالية أو مكلفة من المعدات الطبية ، لاستخدامها في تدخله العلاجي فإنه يستطيع أن يحاسبه على عدم توفير الحد الأدنى من هذه المعدات الضرورية لممارسته مهنته. وهذا ما أكد عليه قرار إحدى اللجان الطبية الشرعية بالملكة ، عندما أدان مستشفى خاصاً ؛ لعدم توفيره بعض الأجهزة الطبية الضرورية ؛ لإجراء بعض العمليات^(٢٩).

ينقسم الخطأ الذي قد يرتكبه الممارس الصحي عند إسقاطه للجنين إلى قسمين : خطأ مادي أو عادي ، وآخر مهني.

= (ج) يعين الوزير المختص عضواً احتياطياً محل محل العضو عند غيابه.

(د) يكون لهذه الهيئة أمين سر ، يعينه وزير الصحة.
(هـ) تجوز الاستعانة بخبير أو أكثر في موضوع القضية المعروضة.

(و) يكون مقر هذه الهيئة وزارة الصحة بالرياض ، ويجوز إنشاء هيئات أخرى في المناطق التي يصدر بتحديدتها قرار من وزير الصحة.

(٢٩) قرار غير منشور ، أشير إلى مضمونه في العدد ٩٣٨٢ من صحيفة الجزيرة بتاريخ ١٢/٢/١٤١٩هـ.

أ) الخطأ المادي أو العادي: ويتحقق عندما

يخل الممارس الصحي بالالتزام المفروض على الناس كافة، من وجوب اتخاذ العناية والحيلة اللازمة عند القيام بعمل معين؛ لتجنب ما قد يترتب على هذا التصرف من نتائج غير مشروعة (عبد التواب، ١٩٨٦). فالممارس الصحي الذي يحرر وصفته للمرأة الحامل بخط غير مقروء، ومن ثم تسبب ذلك في ارتكاب الصيدلي خطأ يترتب عليه سقوط الجنين، يرتكب خطأ ينبغي محاسبته عليه. ولا شأن لخطأ الممارس الصحي العادي بالفن الطبي في ذاته، ولا يخضع لسلطان التقدير الفني الطبي والجدل العلمي، فهو خطأ مادي يقع فيه الممارس الصحي مخالفاً بذلك القواعد المقررة طبياً^(٣٠).

والخطأ العادي هنا يتحقق في كل مرة يكون فيها إخلال بالالتزام المفروض على الناس كافة، ومنهم الممارسون الصحيون، ويسأل عنه الممارس الصحي، ولا يحتاج القاضي إلى الاستعانة بالخبراء لتحديده؛ لأنه لا يخضع للنواحي الفنية في ممارسة المهن الصحية، بل يعد من قبيل الخطأ العادي الموجب لمسؤولية الممارس الصحي، نحو:

١- ترك بعض الأدوات الطبية في جوف المرأة؛

مما يتسبب في إجهاضها.

٢- إجراء عملية جراحية دقيقة، على الرغم من إصابة الممارس الصحي بعجز في يده بحيث يتسبب في تشويه الجنين وإسقاطه.

٣- عدم تعقيم أدوات الكشف؛ مما يتسبب في تسمم الجنين وإسقاطه.

٤- الامتناع عن إسعاف المرأة رغم خطورة حالتها مما يتسبب في إجهاض الجنين.

٥- الموافقة على طلب المرأة المجهضة إعطائها تقريراً طبياً غير صحيح.

فهذه الأخطاء كلها تعد من قبيل الإهمال وعدم الاحتراز، ويسأل الممارس الصحي عنها ومن هذا المنطلق فإن الممارس الصحي الذي يقع في أحد هذه الأخطاء تجاه المرأة الحامل فيتسبب في إسقاط جنينها يعد مرتكباً لعملية الإسقاط أو الإجهاض.

ب) الخطأ المهني: ويتحقق في كل مرة يكون فيها تصرف الممارس الصحي انحرافاً وخروجاً عن الأصول والقواعد المتعارف عليها في مهنة الطب. فالخطأ المهني هو الفعل الذي يصدر من الممارس الصحي، ويكون متعلقاً بأعمال مهنته، ويتحدد بالرجوع إلى القواعد والأصول المتعارف عليها في مهنة الطب. أو هو انحراف الشخص المهني عن اتباع الأصول المتعارف عليها لمهنته (حنا، ١٩٨٩). وقد يرجع هذا الخطأ إلى الجهل بهذه القواعد أو عدم تطبيقها تطبيقاً سليماً أو لسوء تقدير الممارس الصحي.

(٣٠) انظر حكم محكمة الجيزة في ٢٦/١/١٩٣٥م، مجلة المحاماة،

س ١٥ رقم ٢١٦، ص ٤١٧.

فالممارس الصحي الذي يرتكب خطأ مهنيًا أثناء توقيعه الكشف على المرأة الحامل، ترتب على ذلك إسقاط جنينها، يعد مرتكباً لخطأ طبي يوجب مساءلته نظامياً.

وقد أوردت المادة السابعة والعشرون من النظام السعودي لمزاولة المهن الصحية بعض صور الخطأ الطبي المهني، الموجبة لمساءلة الممارس الصحي، وهي:

١- الخطأ في العلاج أو نقص المتابعة.

٢- الجهل بأمر فنية، كان من المفترض لمن في مثل تخصصه الإلمام بها.

٣- إجراء التجارب أو البحوث العلمية غير المعتمدة على المريض.

٤- إعطاء دواء للمريض على سبيل الاختبار.

٥- استعمال آلات أو أجهزة طبية، دون أن يكون على علم كافٍ بطريقة استعمالها، أو دون اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بمنع حدوث ضرر من هذا الاستعمال.

٦- التقصير في الرقابة والإشراف على الخاضعين لإشرافه من المساعدين.

٧- عدم استشارة من تستدعي حالة المريض الاستعانة به.

فإذا ارتكب الممارس الصحي أيًا من هذه الأخطاء في حق المرأة الحامل، وتسبب في إجهاض جنينها فإنه بذلك يعد مرتكباً أو متسبباً في إجهاض هذه المرأة، ويسأل عن ذلك مدنياً أو جنائياً أو كليهما.

والخطأ المهني الذي قد يصدر من الممارس الصحي المتسبب في إجهاض المرأة الحامل، قد يأخذ إحدى الصور الآتية:

• إهمال الممارس الصحي وعدم انتباهه:

ويحدث ذلك عندما لا يتخذ الحيطة والحذر والعناية اللازمة، المتطلبة لممارسته قواعد مهنة الطب عند توقيعه الكشف على المرأة الحامل. ويتألف الإهمال من إتيان فعل أو تصرف لا يقع من شخص معتدل الإدراك ذي بصيرة في الظروف التي وقع فيها الفعل، أو التخلف عن إتيان فعل لا يتخلف شخص مثله عن إتيانه في الظروف التي وقع فيها التقصير، أو التخلف عن استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة في ممارسة مهنته مما يستعمله، أو يتخذه شخص معتدل الإدراك ذو بصيرة من ذوي الكفاية في تلك المهنة في مثل تلك الظروف^(٣١). ومعنى ذلك أن الممارس الصحي يكون مهملاً عندما يصف دواء يتسبب في إسقاط الجنين مما يشكل خطأً يوجب عليه مساءلته.

(٣١) المادة ٥٠ من قانون المخالفات المدنية المطبق في فلسطين، مجموعة القوانين الفلسطينية، ج ١، غزة، ١٩٩٦م.

تصرف أرعن ينبغي محاسبته عليه
(عبدالغني، ١٩٩٩).

- **عدم مراعاة الممارس الصحي للأنظمة واللوائح والتعليمات:** يجب على الممارس الصحي مراعاة كل الأنظمة واللوائح والتعليمات السائدة في البلاد، واحترامها، وعدم مخالفتها. فعدم التقيد بها خطأ، يوجب محاسبته ولو لم يتسبب ذلك في إلحاق الضرر بالمريض. فعلى سبيل المثال لا الحصر عندما يمارس الممارس الصحي المهنة دون ترخيص، أو يعالج المرضى في الصيدليات، أو يزاول مهنتي الصيدلة و الطب معاً، أو يستخدم مساعدين غير مرخص لهم، فإنه يرتكب بذلك خطأ، يوجب محاسبته لمخالفته الأنظمة واللوائح والتعليمات الصادرة في هذا الشأن.

ثانياً: الضرر

إن الضرر الذي يلحق بالجنين المجهض ووالديه هو الركن المهم، المؤدي إلى تحريك الدعوى أو الشكوى ضد الممارس الصحي المسئول عن جريمة أو واقعة إجهاض المرأة الحامل؛ ولذلك فإن الحديث عن الضرر يقتضي التطرق إلى تعريفه، وأنواعه، وشروطه على النحو التالي:

(أ) **الضرر لغة:** من المصرة وهي خلاف المنفعة ... والاسم الضرر (ابن منظور، ١٩٦٨).

- **عدم احتياط الممارس الصحي وتحزره:**

كأن يجري عملية خطيرة للمريض، على الرغم من توقعه إصابة المريض بأضرار على أثرها، ومع ذلك لا يتخذ الاحتياطات التي من شأنها الحيلولة دون وقوع هذه الأضرار فالممارس الصحي يكون مسئولاً عن تصرفه عند معالجته امرأة حامل من مرض في المعدة بإجراء عملية خطيرة لها، يترتب عليها إسقاط جنينها، وذلك لإجرائه عملية خطيرة لا لزوم لها في منطقة تؤدي أقل حركة خاطئة فيها إلى إسقاط الجنين. كما تقع على الممارس الصحي المسؤولية حين يعالج مريضه لديه بالأشعة بواسطة جهاز يعرف أنه معيب، أو يعرف أن الأشعة تؤثر سلباً في الجنين أو يجري عملية لمريضته على الرغم من عدم قدرته على ضبط حركة يده مما يؤدي إلى اسقاط الجنين (الجوهري، ١٩٥١).

- **رعونة الممارس الصحي:** ويقصد برعونته

سوء تقديره، أو نقص مهارته، أو جهله بما يلزم العلم به في إطار ممارسته لمهنته. ومعنى ذلك أن الممارس الصحي الذي يجري عملية جراحية خطيرة للمرأة الحامل دون الاستعانة باستشاري ولادة، يكشف عن

(ب) **الضرر اصطلاحاً:** يعرف الضرر بأنه "كل إيذاء يلحق الشخص سواء في ماله، أو جسمه، أو عرضه، أو عاطفته" (المحمصاني، ١٣٢٧هـ)، أي: سواء أكان هذا الضرر مادياً أم معنوياً (التونجي، ١٩٦٧). فالضرر يشمل كل إيذاء يلحقه الشخص بنفسه، أو يلحقه به غيره، وسواء أكان المضرور شخصاً محدداً أم المجتمع كله. ولخطورة هذا الأمر تكون مسؤولية الممارس الصحي الجنائية كبيرة، حيث إنه عند ممارسته لمهنة الطب دون ترخيص وإجرائه لعمليات إجهاض أو تسببه فيه يلحق ضرراً بالمجتمع، ولو كان حاصلاً على الشهادات العلمية اللازمة؛ لأن تصرفه قد يفتح الطريق أمام آخرين غير مؤهلين لممارسة هذه المهنة، ولو لم يتسبب تصرفه هذا في إلحاق ضرر مباشر بالمريض.

ومن هذا المنطلق تنعقد المسؤولية على الممارس الصحي الذي ألحق الإيذاء بالجنين أو أمه وترتب عليه إسقاطه أو تشويبه. ويعول الفقه الإسلامي على الضرر، لا على الخطأ في مجال المسؤولية عموماً. فلا يأخذ بقاعدة "الخطأ أساس عام للمسؤولية المدنية الناشئة عن الفعل الضار" لكنه أخذ بقاعدة "المباشر ضامن وإن لم يتعد"، بمعنى أن كل من يسبب ضرراً لغيره فهو ضامن، سواء أكان مخطئاً أم غير مخطئ، مميزاً كان أم غير مميز؛ لأن وجوب التعويض لجبر الضرر خطاب وضع، لا خطاب تكليف؛ لذلك لا يشترط

عنصر الإدراك والتمييز في مرتكب الفعل الضار إذا كان مباشراً" (الخفيف، ١٩٧١).
في حين يعول القانون الوضعي على الخطأ الشخصي أساساً للمسؤولية المدنية. فكل خطأ سبب ضرراً لغيره يلزم من ارتكبه بالتعويض^(٣٢). ومعنى ذلك أن الشخص مسئول عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه، وألحقت ضرراً بغيره^(٣٣).

وعلى الرغم من ذلك فالفقه الإسلامي والنظام السعودي قد سارا على قاعدة "المباشر ضامن، وإن لم يتعد"، في نطاق المسؤولية المدنية للطبيب، وجعلا من توافر الخطأ والضرر، وعلاقة السببية أمراً ضرورياً لانعقاد مسؤولية الطبيب، وذلك عملاً بقاعدة "كل من يزاول عملاً أو علماً لا يعرفه يكون مسئولاً عن الضرر، الذي يصيب غيره من جراء هذه المزاولة" (ابن القيم، ١٩٨٧) (الشريف، ١٩٩١).

فالممارس الصحي المباشر بنفسه علاج الحامل ثم ينتج عن ذلك إسقاط جنينها، أو تسبب في هلاكه لا يكون ضامناً لهذا الضرر، ما لم ينسب إليه خطأ يكون هو السبب في حدوث الضرر.

(٣٢) مادة ١٦٣ من القانون المدني المصري و١٦٤ من القانون السوري و١٦٦ من القانون الليبي و١٣٨٢ و١٣٨٣ من القانون المدني الفرنسي.

(٣٣) المادة ١٦٤ من القانون المدني المصري.

خطأ الممارس الصحي في توقيع الكشف الطبي على الحامل ، فيستخدم أدوات طبية أو تشخيصية تؤدي إلى إسقاط جنينها.

• **ضرر معنوي أو أدبي :** وهو كل ما يصيب المريض في شعوره ، أو شرفه ، أو كرامته (فيض الله ، ١٩٨٣). كالأضرار المترتبة على إفشاء الممارس الصحي لأسرار مرضاه ، أو الناشئة عن الآلام الناتجة عن إهماله ، أو تقصيره. والممارس الصحي في النظام السعودي ملزم بالتعويض أو الضمان عن الضرر المادي. أما الضرر الأدبي ، فالرأي الراجح في الفقه الإسلامي عدم القول بالتعويض والاكتفاء بالعقوبة (ابن عابدين ، ٢٠٠٤). وبالرغم من ذلك فليس هناك ما يمنع في الشريعة الإسلامية من الحكم بالتعويض للمتضرر أدبياً من خطأ الممارس الصحي ، وذلك تطبيقاً لقاعدة الضرر يزال ، والعقوبة وحدها لا تزيله. وقد أكد النظام السعودي للإجراءات الجزائية الصادرة بموجب المرسوم الملكي رقم م/٣٩ بتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ في مادته ٢٩ حق المضرور في المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت به.

ج) أنواع الضرر: ينقسم الضرر الذي قد يلحق بالجنين أو الأم ، نتيجة لإهمال الممارس الصحي ، أو خطئه إلى نوعين :

• **ضرر مادي أو حسي:** وهو كل ما يصيب المريض في جسمه ، أو في ماله. أما شأن عملية إجهاض الحوامل ، فيتمثل في إسقاط الجنين ، أو وفاته في بطن أمه بتدخل الممارس الصحي أو امتناعه عن فعل ما يجب عليه فعله. فقد يكون الضرر المادي ناجماً عن تصرف إيجابي من الممارس الصحي ، وقد يكون ناجماً عن اتخاذ موقفاً سلبياً حيال أمر كان من الواجب عليه اتخاذ موقف إيجابي بشأنه (جمعه ، ١٤١٣هـ) ، كامتناعه عن التدخل لإنقاذ حياة الجنين في بطن أمه. وعلى الرغم من ذلك فالغالب يكون الضرر الملحق بالجنين ناجماً تصرف إيجابي من الممارس الصحي ، سواء أكان ذلك بقول أم بفعل^(٣٤). ويكون الضرر بالقول عند نصيحة الممارس الصحي الحامل بشراء دواء معين ، يترتب على تناوله إسقاط جنينها. وفي حين يتحقق الضرر بالفعل عند

(٣٤) قد يحدث في بعض الحالات النادرة أن يكون سبب إسقاط الجنين صراخ أحد الممارسين الصحيين بشكل مفاجئ على المرأة.

كما صدرت أحكام من ديوان
المظالم السعودي (قضاء اداري) ، تقضي
بالتعويض عن الضرر غير المادي.

كما أن الدية التي تدفع لورثة
المتوفى أو لذوي الجنين المسقط ليست في
كل الأحوال عقوبة أو تعويضاً عن الضرر
المادي الذي أصاب الورثة من جراء فقد
مورثهم ، بل قد يكون لها طابع معنوي ،
فقد يكون المتوفى لا يدر عليهم دخلاً ، ولا
يقدم لهم مساعدة ، بل على العكس من
ذلك يكلفهم مصروفات وبذل جهود
إضافية ، كما في حالة الجنين المشوه أو
المعوق الذي يتسبب الممارس الصحي
بخطئه في وفاته ، حيث أن هذا المعوق
يكلف أسرته مادياً قبل وفاته ، ومع ذلك
يحق لورثته المطالبة بالدية ممن تسبب في
وفاته ، ومن ثم فإنه يمكن تبرير ذلك بأن ما
يحصلون عليه من دية هو عبارة عن تعويضاً
عما أصابهم من ألم وحزن بفقد عزيز
عليهم.

ويشترط في التعويض عن الضرر أن
يكون الضرر مباشراً محققاً ، حالاً أو
مستقبلاً ، وإسقاط الجنين في الغالب حالاً
وليس مستقبلاً ، حيث إن خطأ الممارس
الصحي يترتب عليه إسقاط الجنين من

أحشاء أمه ميتاً أو موته في بطنها مما يستلزم
إخراجه.

ثالثاً: علاقة السببية

وتكون بين فعل الممارس الصحي المخالف
لأصول مهنة الطب وبين النتيجة المتمثلة في إسقاطه
للجنين ، فقد يحصل الضرر مباشرة من فعل الممارس
الصحي ، كضغطة على بطن المرأة فأدى ذلك إلى
إسقاط جنينها أو وصف لها دواء تسبب في إسقاطه.
وقد يحصل الضرر بسبب فعل سلبي من الممارس
الصحي ، كامتناعه عن التدخل لمعالجة الأم أو الجنين ،
فأدى ذلك إلى إسقاط الجنين. كما هو الحل في امتناعه
عن صرف مثبتات الحمل للأم دون مبرر طبي. كم
يسأل الطبيب عن الإسقاط إذا أمر ممارساً صحياً آخر
بعمل ما أو إعطاء دواء معين للمرأة الحامل ، فترتب
عليه إسقاط جنينها.

وسواء أكان الممارس الصحي مباشراً للضرر
الذي أدى إلى إسقاط الجنين أم متسبباً فيه ، فإنه يسأل
عن ذلك ، إلا إذا أثبت انعدام العلاقة السببية بين
تصرفه والضرر الذي لحق بالحامل ، وأدى إلى إسقاط
جنينها ، كأن يثبت أن ذلك الضرر يرجع إلى قوة
قاهرة ، أو خطأ المرأة نفسها ، أو خطأ من غيره.

وجدير بالذكر أن إثبات العلاقة السببية أو نفيها
من أصعب الأمور في المجال الطبي ؛ ولذلك يعول كثيراً
على رأي الخبرة الطبية ؛ للتحقق من السبب الحقيقي
للضرر الذي لحق بالجنين ، وأدى إلى إسقاطه. وعلى

الصحي، كما كدفع أحدهم الحامل أو سكب شيء على الأرض تسبب في تعثر المرأة، وإسقاط جنينها. فإذا استطاع الممارس الصحي إثبات انتفاء العلاقة السببية بين سلوكه أو تصرفه وبين إسقاط الجنين فإن مسؤوليته لا تقوم، ولا يلزم بالتعويض، ولا يسأل جنائياً (الجوهري، ١٩٥١).

المطلب الثاني: أنواع مسؤولية الممارس الصحي المترتبة على الإجهاض

لم يتردد النظام السعودي في القول بوجوب محاسبة الممارس الصحي مدنياً، وجنائياً، وتأديبياً، إذا كشف تصرفه عن جهل، وتجاوز للأصول الطبية المتعارف عليها في مهنة الطب. وعلى الرغم من ذلك فقد حاول المنظم إيجاد نوع من التوازن بين مصلحة الممارس الصحي وبين مصلحة المريض. فوفر للممارسين الصحيين بعض الظروف والإجراءات التي تحافظ على سمعتهم، وتجنبهم الإهانة، من خلال تحديده طرق التحقيق معهم ووسائله، وكيفية محاكمتهم ومعاقبتهم عند ارتكابهم لأخطاء طبية في حق مرضاهم. ومن ذلك إجهاض الممارس الصحي المرأة الحامل أو تسببه في ذلك. وسوف نتناول فيما يلي ما يترتب على خطأ الممارس الصحي من آثار في هذا الخصوص.

١- المسؤولية المدنية للممارس الصحي

إن إجهاض المرأة الحامل قد يترتب عليه مساءلة الممارس الصحي مدنياً، وجنائياً، وتأديبياً. ومن المعلوم

الرغم من ذلك فإن علاقة السببية لا يشك في وجودها بين تصرف الممارس الصحي وإسقاط الجنين، عندما يتسبب فعل الممارس الصحي في إحداث الضرر مباشرة -إسقاط الجنين- ودون تدخل عوامل أخرى.

وقد يتعدد الممارسون الصحيون أو يشترك أحدهم مع بعض مساعديه في إسقاط الجنين، فإذا كانوا كلهم مباشرين، أو جميعهم متسببين في إحداث الضرر، فإنهم في هذه الحالة يساءلون جميعاً عن الضرر، كل بمقدار إسهام خطئه في تحقيق عملية الإجهاض.

وعندما يسقط الجنين؛ لتدخل عدة عوامل أو أسباب، فإن الفقه الإسلامي يعول على تلك العوامل التي تكون بحسب العرف والعادة كافية أو ملائمة لإحداث الضرر أو النتيجة (خضر، ١٤٠٥هـ). فيأخذ هذه العوامل في الحسبان لإلزام فاعلها بالضمان، ولكن الفاعل أو الممارس الصحي في هذه الحالة يستطيع أن يدفع عن نفسه المسؤولية تجاه ذلك، إذا أثبت أن الضرر الذي لحق بالجنين كان بسبب قوة قاهرة، أو آفة سماوية، كتأثير البرق أو الرعد في الآلات الطبية المغذاة بالكهرباء، التي يعتمد عليها لإجراء الكشف على الحامل، أو كان ذلك الضرر بفعل خطأ الأم نفسها، كرفضها اتباع تعليمات الممارس الصحي بعد تحذيره لها من مخالفتها، أو كان سبب الضرر تصرف شخص آخر غير الممارس

أن هناك فرقاً بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية فالأولى تنشأ عن فعل سبب ضرراً للمجتمع وترتب على المنشئ لها عقوبة جنائية كما تتولى الدولة رفع الدعوى بشأنها، في حين أن الثانية تترتب على فعل أضر بصالح فرد، والجزاء على الفعل المنشئ لها هو التعويض (سليمان، ١٩٩٨)، ويتولى رفع ذلك المضرور أو ذووه، وقد بينت المادة السادسة والعشرون من نظام مزاولة المهن الصحية أن التزام الممارس الصحي الخاضع لأحكام هذا النظام يعد التزاماً ببذل عناية يقظة تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها كما أشارت المادة السابعة والعشرون من النظام نفسه أن كل خطأ مهني صحي صدر من الممارس الصحي، وترتب عليه ضرر للمريض، يوجب الالتزام بالتعويض من مرتكبه وتحدد (الهيئة الصحية الشرعية) المنصوص عليها في هذا النظام مقدار هذا التعويض.

ويعد من الخطأ المهني الصحي ما يأتي:

- ١ - الخطأ في العلاج ، أو نقص المتابعة.
- ٢ - الجهل بأمور فنية يفترض فيمن كان في مثل تخصصه الإلمام بها.
- ٣ - إجراء العمليات الجراحية التجريبية وغير المسبوقة على الإنسان مخالفة للقواعد المنظمة لذلك.
- ٤ - إجراء التجارب ، أو البحوث العلمية غير المتعمدة على المريض.
- ٥ - إعطاء دواء للمريض على سبيل الاختبار.

٦ - استعمال آلات أو أجهزة طبية بدون علم كاف بطريقة استعمالها، أو دون اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بمنع حدوث ضرر من جراء هذا الاستعمال.

٧ - التقصير في الرقابة والإشراف، وعدم استشارة من تستدعي حالة المريض الاستعانة به.

ويبطل كل شرط يتضمن تحديد، أو إعفاء الممارس الصحي من المسؤولية، إذ تنعقد مسؤوليته المدنية عند ارتكابه لأي من الأخطاء المشار إليها وترتب على ذلك حدوث عملية الإجهاض.

٢- المسؤولية الجنائية

تقتضي المسؤولية الجنائية، تحمل الممارس الصحي نتائج أفعاله المجرمة، إذا أتاها مدركاً لآثارها. فإن أقدم الممارس على فعل يخالف الأعراف والأصول الطبية الثابتة والمتعارف عليها بين الممارسين الصحيين، وهو يعلم أن هذا الفعل قد يلحق الضرر بالمرأة الحامل أو جنينها فإنه يعد مرتكباً لخطأ يوجب مساءلته جنائياً. ويشترط لقيام مسؤولية الممارس الصحي الجنائية توفر أركانها الثلاثة المتمثلة في: التعدي أو الخطأ، والضرر، ووجود علاقة سببية بين التعدي والضرر الذي لحق بالمريض أو بالمجتمع. والضرر في الجريمة لا يشترط تحققه لمساءلة الممارس الصحي جنائياً، فيكفي توافر القصد الجنائي لدى الفاعل، حيث يعد الركن الأساسي لإيقاع العقوبة عليه، ولو لم يترتب على فعله أثر مادي.

العناية الطبية التي لا يستطيع الممارس الصحي تقديمها أو معاينة مريضاً مشتبه في إصابته جنائياً أو مصاباً بمرض معد، وعدم إبلاغه الجهات الأمنية فوراً، أو استخدامه أجهزة كشف أو علاج محظورة بالمملكة، أو إجرائه أي عمل طبي لمريض بغير رضاه أو موافقة من يمثله أو ولي أمره إذا لم يعتد بإرادته هو، وذلك من غير حالات الحوادث والطوارئ أو الحالات المرضية الحرجة التي تستدعي تدخلاً طبياً بصفة فورية أو ضرورية، أو إنهاء حياة مريض ميثوس من شفافته طبياً، ولو كان بناء على طلبه أو طلب ذويه أو إعطاء تقرير طبي دون التأكد من سبب الوفاة، أو إجراء الجراحات التجريبية وغير المسبوقه على الإنسان مخالفة للقواعد والأنظمة لذلك.

كما يسأل الصيدلي جنائياً حين يصرف دواء بدون وصفة طبية صادرة من طبيب مرخص له بمزاولة المهنة بالمملكة أو يخالف محتوى الوصفة الطبية دون موافقة الطبيب المعتمد لها أو عند تكريره صرف الوصفة الطبية دون ان تنص الوصفة على ذلك، او عند صرفه الدواء وهو يشك بأن الوصفة خطأ، ودون استيضاحه من الطبيب المعتمد لها.

وقد أكدت المادة ٢٨ الفقرة السابعة من النظام والخاصة بمعاينة الممارس الصحي الذي يخالف مضمون المادة ٢٢ من نفس النظام بشأن إسقاط الأجنة على مساءلة الطبيب جنائياً حين يجهض امرأة حاملاً دون اقتضاء ذلك ضرورة إنقاذ حياتها. كما لا يجوز شرعاً

ويقصد بالتعدي: ارتكاب الممارس الصحي لعمل ضار دون وجه حق، إذ أن كل مجاوزة لما ينبغى ان يقتصر عليه شرعاً، أو نظاماً، أو عرفاً، يعد من التعدي، ويستوي في ذلك أن يكون الفعل المحظور الذي ارتكبه الممارس الصحي إيجابياً، كقتله المريض أو الجنين بحقنة، أو بتر أحد أعضائه، أو إتلاف منفعته، أو كان الفعل سلبياً كامتناعه عن معالجة المريض دون عذر مقبول، مما يترتب عليه موت المريض أو الجنين. أو تفاقم حالته إلى الأسوأ.

وقد بينت المادة الثامنة والعشرون من نظام مزاولة المهن الصحية الحالات التي يسأل فيها الممارس الصحي جنائياً ومن بينها مزاولة المهنة الصحية دون ترخيص أو تقديم بيانات غير مطابقة للحقيقة أو استعمال طرقاً غير مشروعة أو حيازة آلات ومعدات مما يستعمل عادة في مزاولة المهن الصحية دون أن يكون مرخصاً له بمزاولة تلك المهن أو دون أنه يتوفر لديه سبب مشروع لحيازتها. أو الامتناع عن علاج مريض دون سبب مقبول أو متاجرة بالأعضاء البشرية، أو إجراء عملية زراعة عضو بشري مع علمه بأنه حصل عليه عن طريق المتاجرة. أو ممارسة طرق التشخيص والعلاج غير المعترف بها علمياً أو المحظورة بالمملكة، أو مشاهدته أو علمه بأن مريضاً أو جريحاً في حالة خطرة وعدم تقديمه المساعدة له و طلب أتعابه مقدماً أو عدم تأكده من توفر وسيلة نقل تنقله إلى أقرب مركز ملائم لعلاجيه إذا كانت حالة المريض تستدعي مزيداً من

للمصيدلي صرف أدوية مسقطة للأجنة أو تسهيل صرفها.

وعلى ذلك فإن الممارس الصحي تنعقد مسؤوليته الجنائية عند ارتكابه لأي من الأخطاء المشار إليها أعلاه وترتب على ذلك إجهاض امرأة حامل دون ضرورة لإنقاذ حياتها.

٣- مسؤولية الممارس الصحي التأديبية

قد يسأل الممارس الصحي تأديبياً، سواء أثرت مسؤوليته المدنية أم الجنائية أم لم تثر. فإن لم يترتب على فعل الممارس الصحي أي ضرر بالمريض، فلا يعد ذلك الفعل جرمًا يستوجب المعاقبة عليه جنائياً، بل يكون مخالفاً لأصول المهن الصحية، أو خروجاً على مقتضياتها، أو آدابها، أو مخالفاً للقواعد الأخلاقية والسلوكية التي يجب أن يتحلى بها الممارسون الصحيون حيث أن الممارس الصحي سيتعرض للمسائلة التأديبية من جراء ذلك .

وقد خصص النظام المادتين الحادية والثلاثين والثانية والثلاثين للحديث عن مسؤولية الممارس الصحي التأديبية، إذ بينت المادة الحادية والثلاثون أنه مع عدم الإخلال بأحكام المسؤوليتين الجزائية والمدنية، يكون الممارس الصحي أو أي من مساعديه محلاً للمساءلة التأديبية وذلك في حال إخلاله بأحد واجباته المنصوص عليها في هذا النظام، أو مخالفته لأصول المهنة، أو كان في تصرفه ما يعدّ خروجاً عن مقتضيات المهنة وآدابها.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على انعقاد مسؤولية

الممارس الصحي عن الإجهاض

عندما ترفع الدعوى على الممارس الصحي سواء أكان ذلك من الدولة أم ممن تضرر من تصرفه من الأفراد فإنه يحقق معه ويحاكم؛ لارتكابه خطأً صحياً على وجه العموم أو بسبب إجهاضه امرأة حامل على وجه الخصوص ويترتب على انعقاد مسؤوليته تلك وجوب تعويضه للمريض أو ذويه في حالة مطالبتهم بذلك عما أصابهم من أضرار؛ لإهمال الممارس الصحي أو تقصيره ومن ثم إيقاع العقوبة المقررة نظاماً في حقه. أما إذا انتهى التحقيق والمحاكمة مع الطبيب إلى براءته، فإنه لا يلزم بشيء ولو حدث الإجهاض؛ لأن التزامه في هذا المجال التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة.

١- تعويض المرأة أو ذويها عما أصابهم من

أضرار (الحق الخاص) ناجمة عن عملية

الإجهاض

يضمن الممارس الصحي كل ما تسبب فيه من أضرار بخبطه، أو إهماله، أو تقصيره. فكل خطأ من جانبه يتسبب بإجهاض الجنين أو تحميل والديه تكاليف مالية إضافية، يعطي للمرأة أو ذويها الحق في المطالبة بالتعويض.

والدية وفق أحكام الشريعة الإسلامية -القانون العام في المملكة- هي التعويض في النفس وتكون مبلغاً من المال محدد سلفاً يدفع للمتضرر، أو وليه. بسبب الجناية أو الخطأ المرتكب بحقه. وهي تحل محل

فترة زمنية، لمراعاة ذلك زيادة أو نقصاً، والعبرة بقيمتها عند الحكم لا عند الوفاء، وقد مر تقديرها في المملكة بقيم مختلفة، تبعاً لتغيير أسعار الإبل عند التقدير. وقد قدرت في القتل العمد وشبهه عام ١٣٧٤هـ بثمانية عشر ألف ريال، ثم أعيد التقدير في عام ١٣٩٠هـ فقدرت في العمد وشبهه بسبعة وعشرين ألف ريال، ثم أعيد التقدير عام ١٣٩٦هـ فقدرت دية العمد وشبهه بخمسة وأربعين ألف ريال سعودي. ويختلف مقدار الدية بحسب نوع القتل. ثم قدرت الدية العمد في المملكة بعد ذلك بمئة وعشرة آلاف ريال للرجل المسلم، ودية المرأة المسلمة النصف من دية الرجل. وفي القتل الخطأ قدرت بمبلغ مئة ألف ريال. ثم صدر الأمر السامي رقم ٤٣١٠٨ وتاريخ ١٤٣٢/١٠/٢ هـ بالموافقة على قرار المحكمة العليا رقم ٢ وتاريخ ١٤٣١/٧/١٤ هـ بتعديل مقادير الدية والتي قدرت دية القتل العمد وشبهه بأربعمئة ألف ريال ودية الخطأ بثلاثمئة ألف ريال.

ويجوز التصالح على أكثر من الدية الشرعية أو الغرة (للجنين)، فإذا كانت الدية الشرعية أو الغرة محددة سلفاً ولا يستطيع القاضي أن يزيدها أو ينقصها؛ لأنه لا يملك سلطة تقديرية في ذلك، فإنه يجوز أن يتصالح الممارس الصحي مع المرأة أو وليها على مبلغ أقل أو أكثر من الدية أو الغرة. كما تقدر الدية وقت صدور الحكم بها، وهذا ما أكدته قرار الهيئة الدائمة لمجلس القضاء الأعلى في المملكة رقم ٦٥ بتاريخ

القصاص، كلما امتنع أو سقط لأي سبب من الأسباب. ولا تدفع في حال تنازل أو عفو المضرور أو وليه عن المتسبب في الضرر، أو مرتكب الخطأ، ولكن يجوز للطرفان التصالح على مبلغ أعلى من مقدار الدية، وعندما لا تتوافر الشروط اللازمة للحكم بدية للعضو المصاب، أو يفقد منفعته، فإن المضرور سيعوض بمقدار ما لحقه من ضرر.

والأصل في وجوب الدية في النفس نص القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾^(٣٥).

أما من السنة فيستند إلى ما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه كتب كتاباً إلى أهل اليمن فيه الفرائض، والسنن، والديات، وقال فيه: (وإن في النفس المؤمنة مائة من الإبل) والأصل في الدية الإبل، والعدد الواجب منها في القتل مئة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: (ألا إن في قتل عمد الخطأ، قتل السوط، والعصا، والحجر مئة من الإبل) وقوله عليه الصلاة والسلام: "في دية الخطأ عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون ابن مخاض".

وما سواها من الأنواع فهي من باب القيمة، وقيمة الإبل قد تتغير؛ ولذا يعاد النظر في قيمتها كل

(٣٥) سورة النساء، الآية (٩٢).

المدنية في النظام السعودي، والمتعلقة بإجهاض الجنين يقتضي التعرف على أحكام الغرة في الفقه الإسلامي، التي تمثل آلية التعويض في حال الجنائية على الجنين أو التسبب في إجهاضه أمام القضاء السعودي.

(أ) تعريف الغرة: الغرة لغة: الغُرَّة، بالضم: بياضٌ في جبهة الفرس، والأغرُّ أيضاً الأبيض (الجوهري، ٢٠٠٨).

يقال: غُرَّة الشهر: ليلة استهلال القمر لبياض أولها، وقيل: غُرَّة الهلال طَلْعُهُ، وكل ذلك من البياض (ابن منظور، ١٩٦٨). والغُرَّة (من الرَّجُل: وَجْهُهُ) وقيل: طَلْعُهُ (الزبيدي، ١٩٩٣). كما أن الغرة تطلق على أنفس الأموال سواء كانت آدمياً أم غيره. فالغرة الخيار وغرة المال خياره وقيل: إنما سمي ما يجب في الجنين غرة؛ لأنه أول مقدار ظهر في باب الدية وغرة الشيء أوله كما سمي أول الشهر غرة وسمي وجه الإنسان غرة؛ لأنه أول شيء يظهر منه. ومنه ما رواه الإمام مسلم بن الحجاج في صحيحه عَنْ نُعَيْمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، أَنَّهُ رَأَى أَبَا هُرَيْرَةَ يَتَوَضَّأُ، فَغَسَلَ وَجْهَهُ وَيَدَيْهِ حَتَّى كَادَ يَبْلُغُ الْمَنْكَبَيْنِ، ثُمَّ غَسَلَ رِجْلَيْهِ حَتَّى رَفَعَ إِلَى السَّاقَيْنِ، ثُمَّ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- يَقُولُ: «إِنَّ أُمَّتِي يَأْتُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ غُرّاً مُحَجَّلِينَ مِنْ أَثَرِ الْوُضُوءِ. فَمَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ أَنْ يُطِيلَ غُرَّتَهُ فَلْيَفْعَلْ».^(٣٦)

(٣٦) صحيح مسلم، حديث رقم (٥٣٣).

٩٧/٤/٢٥ هـ والذي أشار أن العبرة بمقدار الدية يكون وقت صدور الحكم، وليس بتاريخ الوفاة؛ لأن أصل الدية الإبل، وما قدر من النقود فهو قيمة لها، ووقت الحكم هو المعتبر في دفع القيمة. فإذا زيد في التقدير وقت الحكم بالدية، فهو المعتمد، حيث إن الدية تثبت في وقت وفاة المجني عليه، والواجب دفع قيمتها وقت الحكم؛ لأنها لم تتغير بأصلها، وإنما تغيرت قيمتها، تبعاً لغلاء الإبل التي هي أصل الدية في أرجح أقوال أهل العلم، وعليه دلت سنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فلو رخصت الإبل، وصارت الدية التي كانت مئة من الإبل لا تساوي التقدير السابق، وقدرت بما تساويه وقت الرخص لم يجب دفع تقديرها وقت الغلاء الذي حصلت فيه الوفاة، وإنما المعتمد ما قدرت به حال رخصها؛ لأن قيمتها تزيد وتنقص، تبعاً لارتفاع ذلك في السوق وانخفاضه.

وعندما يرتكب الممارس الصحي خطأ يؤدي إلى وفاة المريض أو الجنين، أو تلف عضو من أعضاء جسمه أو فقد كل منفعة أو بعضها، وطالب المريض، أو ورثته بالتعويض، فإن الهيئة الصحية الشرعية ستحكم على الممارس الصحي بدفع الدية أو الغرة.

وهذا الأمر يثير التساؤل الآتي: هل يلزم الممارس الصحي بدفع الدية كاملة في حالة تسببه في إسقاط الجنين؟ أم أن هناك آلية أخرى لتحديد التعويض الواجب دفعه لذوي الجنين وللإجابة عن ذلك يمكن القول إن أحكام التعويض عن المسؤولية

الغرة اصطلاحاً: اختلفت آراء الفقهاء في تعريف الغرة اصطلاحاً وتشعبت، ويمكن إجمال أهم آرائهم في الغرة على النحو التالي:

الرأي الأول: الغرة هي عبد أو أمة وإلى هذا

الرأي ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

ودليلهم على ما ذهبوا إليه: ما رواه البخاري

ومسلم أن أبا هريرة -رضي الله عنه- قال: اقْتَلَتِ امْرَأَتَانِ مِنْ هَذِلٍ، فَرَمَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ قَتَلَتْهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا، فَاخْتَصَمُوا إِلَى النَّبِيِّ -صلى الله عليه وسلم- فَقَضَى أَنَّ دِيَةَ جَنِينِهَا غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ، وَقَضَى دِيَةَ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا. (٣٧)

ونلاحظ هنا أن العبد والأمة قد سميا بالغرة لأنهما من أنفس الأموال، فالغرة عند العرب أنفس شيء يملكونه (بن بطال، ١٩٩٨) كما أطلقت الغرة على الإنسان لأن الله تعالى خلقه في أحسن تقويم (قزامل، ١٩٧٧) فقال: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ (٣٨)

وتشمل الغرة أيضاً الجيد من كل شيء الآدمي وغيره، أذكرا كان أم أنثى؛ ولذا يتطابق الاصطلاح الشرعي مع الاصطلاح اللغوي في شأن الغرة (الطرابلسي، ١٩٧٣).

كما يستدلون بما رواه البخاري في صحيحه عَنْ عُمَرَ -رضي الله عنه- أَنَّهُ اسْتَشَارَهُمْ فِي إِمْلَاصِ الْمَرْأَةِ، فَقَالَ الْمُغِيرَةُ: قَضَى النَّبِيُّ -صلى الله عليه وسلم- بِالْغُرَّةِ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ، فَقَالَ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ: فَشَهِدَ مُحَمَّدٌ بْنُ مَسْلَمَةَ أَنَّهُ شَهِدَ النَّبِيَّ -صلى الله عليه وسلم- قَضَى بِهِ. (٣٩) ووجه الدلالة من هذه الأحاديث: وضوحها أن الغرة هي عبد أو أمة.

الرأي الثاني: الغرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل

وهذا الرأي لعروة وطاووس ومجاهد. ونقله صاحب نيل الأوطار. (الشوكاني، ١٩٨٤) واستدلوا على ذلك:

بما رواه أبو داود عن أبي هريرة، قال: «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- فِي الْجَنِينِ يَغُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ أَوْ فَرَسٌ أَوْ بَغْلٌ» (٤٠).

والرأي الثالث: الغرة عشر الدية: وهو رأي

لبعض الزيدية، واستدلوا على ذلك بما روي عن الإمام علي بن أبي طالب -رضي

(٣٧) صحيح البخاري، حديث رقم (٦٩١٠)، وصحيح مسلم

حديث رقم (٤٣٤٥)، ومسند الإمام أحمد بن حنبل حديث

رقم (١٠٦٨٦)، وسنن الدارمي حديث رقم (٢٣٨٤).

(٣٨) سورة الإسراء آية (٧٠).

(٣٩) صحيح البخاري حديث رقم (٦٩٠٥).

(٤٠) سنن أبو داود حديث رقم (٤٥٧١).

الله عنه - أنه قال : الغرة عشر الدية.

(المرتضى ، ١٩٩٥).

والراجع هو الرأي الأول ، رأي جمهور

العلماء : لصحة ما ورد فيه من آثار ، فقد

قضى به النبي صلى الله عليه وسلم أكثر

من مرة.

ب) انعدام الغرة: لقد انعدمت الغرة حالياً ، ولا

يوجد عبيد ولا إماء ، والفقهاء متفقون على الانتقال

إلى بدلها ، غير أنهم مختلفون في هذا البديل ، على النحو

التالي (قزامل ، ١٩٧٧) :

الرأي الأول: الأداء ينتقل إلى خمس من

الإبل : وهذا هو رأي بعض المالكية (الامام

مالك ، ١٣٢٤هـ) والشافعية ، وبعض

الحنابلة (الدسوقي ، ١٤٢٢هـ ؛ الشرييني ، .

(١٩٩٥).

واستدلوا على ذلك بما روي عن عمر بن

الخطاب وزيد بن حارثة -رضي الله تعالى

عنهما- أنهما قدرا الغرة بخمس من الإبل ،

ولم يخالفهما أحد من الصحابة (مسلم ،

(٢٠٠٠).

الرأي الثاني: الأداء ينتقل إلى خمسين ديناراً

أو ستمائة درهم : أي : أن الغرة بالمال لا

بالإبل كما في الرأي الأول ، وهذا رأي

جمهور المالكية ، وبعض الحنابلة (البهوتي ،

١٤٠٢هـ) ، (الفتوح ، ١٣٨٢هـ).

ويؤخذ على هذا الرأي وضعه مقدراً ثابتاً من

المال كبديل للغرة ، في حين أن هذا المقدار

يزيد وينقص ويختلف من مجتمع إلى آخر.

الرأي الثالث: الأداء يقدر بقيمة الإبل ، وهو

رأي لبعض الشافعية والظاهرية ، وذلك في

حال فقد الإبل (الشرييني ، ١٩٩٥) إذ يرى

الشافعية أنه في حال فقدانها بعد تقدير الغرة

بها ، يؤول الأمر إلى قيمتها.

والرأي الأخير هو الذي يتبناه النظام والقضاء

السعودي ، فالإبل هي الأصل في الديات

كما استقر على ذلك سلف الأمة ، وفي

حال عدم وجودها أو عدم فائدتها في

المجتمع ، كانتقال المجتمع من حياة البداوة

إلى التمدن ، فالواجب أن تقيم الدية بقيمة

الإبل.

يقول الشيخ محمد الشرييني الخطيب : (فإن

فقدت تلك الغرة حساً بأن لم توجد ، أو

شرعاً بأن وجدت بأكثر من ثمن مثلها

(فخمس أبعرة) بدل عنها ؛ لأنها مقدرة بها

عند وجودها ، فعند عدمها يؤخذ ما كانت

مقدرة به ؛ ولأن الإبل هي الأصل في

الديات ، فوجب الرجوع إليها عند فقد

المنصوص عليها ، فإن فقدت الإبل وجبت

قيمتها كما في فقد إبل الدية) (الشرييني ، .

(١٩٩٥).

ج) آراء الفقهاء حول حالات وجوب الغرة

أولاً: خروج الجنين ميتاً حال حياة الأم: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا خرج الجنين ميتاً حال حياة الأم فالواجب أداء الغرة إذا كانت الجنينة خطأً، وكذلك إذا كانت الجنينة عمداً قبل نفخ الروح (قزامل، ١٩٧٧). بل إن ابن عبد البر المالكي في كتابه التمهيد لما في الموطأ من الأسانيد قد حكى إجماع العلماء على ذلك، فقال: "أحدهما من جهة الإجماع أن الغرة واجبة في الجنين، إذا رمته ميتاً وهي حية" (ابن عبد البر، ١٤١٢هـ). كما نقل ابن المنذر إجماع علماء المسلمين على وجوب الغرة في هذه الحالة حيث قال: "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الضارب بطن امرأته فتطرح جنيناً ميتاً لزمته الغرة" (ابن المنذر، ٢٠٠٤).

واستدلوا على ذلك بما يلي: بما رواه البخاري ومسلم من حديث الهذليتين فقد دل الحديث على أن الواجب في الجنين إذا سقط ميتاً مع بقاء أمه (غرة). (الشوكاني، ١٩٨٤) وذهب إلى ذلك أغلب الفقهاء، وهو رأي مروي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- والشعبي

والنخعي والزهري وإسحاق وأبي ثور رحمهم الله جميعاً (الكاساني، ٢٠٠٣). كما استدلو أيضاً بما رواه مسلم أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قضى في جنين امرأة من بني لحيان سقط ميتاً بغرة -عبد أو أمة- ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة توفيت، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن ميراثها لبنيتها وزوجها ... إلخ^(٤١).

واستدلوا أيضاً بما روي عن إبراهيم النخعي أنه قال في امرأة شربت دواء فأسقطت: "تعتق رقبة، وتعطي أباه غرة". وروي أيضاً عن إبراهيم النخعي: أنه قال في امرأة كانت حبلى فذهبت تستدخل، فألقت ولدها: "عليها عتق رقبة، ولزوجها عليها غرة، عبد أو أمة" (الكاساني، ٢٠٠٣).

واستدلوا كذلك بأن الجنين إن كان حياً فقد فوت الضارب حياته، وتوفيت الحياة قتل، وإن لم يكن حياً، فقد منع حدوث الحياة فيه، فيضمن كالمغرور؛ لما منع من حدوث الرق في الولد، وجب الضمان عليه.

(٤١) صحيح مسلم حديث رقم (١٦٨١).

تعدد الغرة بتعدد الأجنة: اتفق الفقهاء على تعدد الغرة بتعدد الأجنة، فلو جنى رجل على حامل فأسقطت جنينين فالواجب غرتان، (قزامل، ١٩٧٧) وحجتهم في ذلك:

أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: "دية جنينها عبد أو أمة" ويصدق على ذلك كل جنين بغض النظر عن عدده.

١ - أن كل واحد منهم جنين عند انفراده، فوجب فيه الغرة، فكذا الحال إذا كان معه غيره. (الكاساني، ٢٠٠٣).

٢ - أن الغرة متعلقة باسم الجنين، فتعددت بتعدده (الشرييني، ١٩٩٥)

ثانياً: خروج الجنين ميتاً بعد وفاة الأم: اختلفت آراء الفقهاء في حال خروج الجنين ميتاً بعد وفاة أمه على النحو التالي:

الرأي الأول: الجنين مضمون بالغرة: وهنا الواجب في أمة القصاص أو الدية حسب نوع الجنانية. وهو رأي الشافعية والحنابلة، وبه قال ربيعة والزهرري. (الشرييني، ١٩٩٥)^(٤٢).

جاء في كتاب الحاوي للماوردي: (إذا ضربها فماتت، وألقت جنينها ميتاً، فعليه ديتها، وغرة في جنينها، سواء ألقته قبل موتها أم بعده)

وفي شرح منتهى الإيرادات: (ودية جنين إن ظهر الجنين ميتاً أو بعضه، ولو بعد موت أمه بجناية عمداً أو خطأ غرة).

وقال الباجوري في حاشيته: "إن الجنين هلك بسبب جناية الجاني، وعلم ذلك بخروجه، فوجب ضمانه" (الباجوري، ١٤٢٠هـ). وقال الباجي في المنتقى: "قال ابن شهاب: تجب فيه الغرة، أي: إذا ماتت ثم خرج الجنين ميتاً، وبه قال أشهب والشافعي" (الباجي، ١٣٣٢هـ).

واستدلوا على ذلك: بما رواه البخاري ومسلم من حديث الهذليتين التي قتلت إحداهما الأخرى وما في بطنها. ظاهر هذا الحديث أن إلقاء الجنين كان بعد موت الأم، وأن النبي قضى له بالغرة، وقضى لأمة بالدية كاملة.

واستدلوا أيضاً بالقياس: بدليل أنه لو سقط الجنين في حياة أمه فإنه مضمون بلا خلاف بين العلماء -كما في الحالة الأولى- فلا فرق بين أن يسقط الجنين وأمّه على قيد الحياة أو أن يسقط وهي ميتة، ففي كلتا

(٤٢) انظر أيضاً: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (٤١٦/٢) والمغني لابن قدامة (٨٠٢/٧) والمحلى لابن حزم (٧٧٧/١٢) والبحر الزخار للمرتضى (٥٦/٦).

بسبب الجناية عليه، فلا يجب الضمان بالشك". (السرخسي، ١٩٩٣).

الرأي الرابع: يظهر لنا رجحان الرأي الأول، وذلك للأسباب التالية:

١ - قوة ما استدلووا به، لاسيما عموم ما ورد عن النبي -صلى الله عليه وسلم- ووضوح نصه.

٢ - أن الأصل ثبوت ضمان هذه الجناية في ذمة الجاني.

ويتضح مما سبق أن الممارس الصحي قد يلزم بالتعويض (الغرة) عند انعقاد مسؤوليته المدنية عن إجهاض المرأة الحامل، أو التسبب في ذلك.

٢ - معاقبة الممارس الصحي (الحق العام)

تعرف العقوبة بأنها: "ما وقع من جزاء على ذنب ارتكبه إنسان ما، أو "هي الجزاء المقرر، أو ما يمكن تقريره لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع" (الصالح، ١٤٠٩هـ). وقد شرع الله القصاص في الجناية على النفس وما دونها، قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾^(٤٣)، وقال تعالى أيضاً: ﴿وَكُنْتُمْ عَلَيْكُمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ

الحالتين مات الجنين، فكما تجب الغرة في الأولى تجب في الثانية (بن رشد، ٢٠٠٣). واستدلوا أيضاً بالمعقول: فقالوا: "إن الجنين شخص مستقل، لا يدخل في ضمان الأم، فهو ليس كدية الأعضاء؛ لأن غرته موروثه عنه، وإذا كان ضمان الجنين مستقلاً فإنه يعد بنفسه لا بغيره، فيستوي الحكم قبل الموت أو بعده" (المواردي، ١٩٩٩).

الرأي الثاني: لا تجب فيه الغرة: وهو رأي الحنفية وأغلب المالكية (الكاساني، ٢٠٠٣).

وقال الميداني: "تجب دية الأم ولا شيء في الجنين..." ثم قال في موضع آخر: "فإن ماتت ثم ألقته ميتاً ففيها الدية، ولا شيء فيه" (الميداني، ١٩٩٨).

وقال القاضي أبو الوليد الباجي: "فإن ماتت ثم خرج الجنين فالذي عليه مالك وجمهور أصحابه أنه لا شيء فيه، وإنما تجب في أمه الدية خاصة" (الباجي، ١٣٣٢هـ).

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بالدليل العقلي: فقال السرخسي في المبسوط: "إن موت الأم أحد سببي موته؛ لأنه يختنق بموتها، إذ تنفسه بتنفسها، كما يحتمل أن يكون موته

وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرْحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ. ﴿٤٤﴾

والعقوبات التي قد تطبق على الممارس الصحي؛ لتعديه على بدن المريض أو خطئه أو إهماله، تدور بين القصاص، والدية، والتعزير، بالإضافة إلى وجوب الكفارة على من تسبب في موت إنسان ما بخطأ وقع منه، عملاً بالآية الكريمة: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ (٤٥) تكون عتق رقبة مؤمنة، فمن لم يجدها فعليه صيام شهرين متتابعين. وهذا هو ما حكمت به اللجنة الطبية الشرعية بعسير، عندما تضمن قرارها إفهام الطبيب بأن عليه كفارة قتل الخطأ، وهي عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين (٤٦).

وعلى الرغم من عدم تصور قيام أى من الممارسين لمهنة الطب بقتل أو إتلاف عضو من أعضاء

المريض، أو التسبب في زوال كل منفعته أو بعضهما عمداً، فحدوث ذلك ليس أمراً مستحيلاً، إذ إن بعض الممارسين الصحيين يقتلون بعض المرضى، أو يساعدون على موتهم، بحجة أنه ميؤوس من شفائهم، وأن موتهم راحة لهم من الآلام التي يعانون منها. كما أن بعض الممارسين الصحيين يجهبضون المرأة الحامل. على الرغم من أن قتل الجنين، أو إسقاطه بعد نفخ الروح فيه، يعدّ اعتداء على النفس البشرية، التي حرم الله الاعتداء عليها إلا بالحق. ولكن في حال ارتكابهم لذلك هل يطبق عليهم القصاص أم تطبق عليهم عقوبات تعزيرية دون ذلك؟

إن نظام مزاولة المهن الصحية في المملكة نص على العقوبات الجنائية الموقعة على الممارس الصحي عامة ومن بينها العقوبات الموقعة عليه في جرائم إسقاط الحوامل، وذلك في المادة الثامنة والعشرين والتي نصت على معاقبته بالسجن لمدة لا تتجاوز ستة أشهر وذلك بعد التأكد من عدم إخلاله بأنظمة أخرى تستوجب عقوبة أشد، وبغرامة لا تزيد عن مئة ألف ريال سعودي أو بإحدى هاتين العقوبتين، لكل من:

١ - الطبيب الذي يجهبض امرأة حاملاً دون اقتضاء ذلك ضرورة إنقاذ حياتها.

٢ - الصيدلي الذي يصرف أدوية مسقطة للأجنة أو يسهل صرفها، وكذلك أي ممارس صحي آخر يجري إجهاضاً غير مسموح به شرعاً.

(٤٤) الآية (٤٥) من سورة المائدة.

(٤٥) الآية (٩٢) من سورة النساء.

(٤٦) قرار غير منشور.

في التعزير، الذي مرده اجتهاد القاضي في إيقاع الحكم على الجاني^(٤٧).

أما فيما يتعلق بالعقوبات التأديبية التي يجوز إيقاعها على الممارس الصحي في حالة إقدامه على المخالفات المهنية، فقد حددتها المادة الثانية والثلاثون من نظام مزاولة المهن الصحية على النحو التالي:

١ - الإنذار.

٢ - غرامة مالية لا تتجاوز عشرة آلاف ريال.

٣ - إلغاء الترخيص بمزاولة المهنة الصحية، وشطب الاسم من سجل المرخص لهم، وفي حالة إلغاء الترخيص، لا يجوز التقدم بطلب ترخيص جديد إلا بعد انقضاء سنتين على الأقل من تاريخ صدور قرار الإلغاء.

ويلاحظ أن النظام السعودي لم يخص الممارس الصحي المسؤول عن إجهاض المرأة الحامل بعقوبة تأديبية معينة وإنما تركت ضمن العقوبات التأديبية التي يجوز إيقاعها على أي ممارس صحي يخالف مقتضى أصول واشتراطات مهنته من قبل الجهات الإدارية التي يتبعها الممارس الصحي المعني بحسب كل حاله على حده، وبما أن العقوبات التأديبية قد حصرت فلا يجوز إيقاع غيرها على الممارس لصحي.

وجدير بالذكر أن الممارس الصحي المرتكب لمخالفة جسيمة: كالإجهاض العمدي للمرأة الحامل،

ومن هذا المنطلق فإن الطبيب الذي يجهض امرأة حاملاً دون حاجة ذلك إلى إنقاذ حياتها يعاقب بالسجن لمدة لا تزيد عن ستة شهور، أو بغرامة مالية لا تزيد عن مئة ألف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين، وكذلك الحال للصيدلي الذي يصرف أدوية مسقطة للأجنة أو يسهل صرفها وشأن ذلك شأن أي ممارس صحي آخر يجري إجهاضاً غير مسموح به شرعاً.

وجدير بالذكر أن الممارس الصحي قد يعاقب بعقوبة أشد من العقوبات السابقة، وذلك عند عدم التزامه بالأنظمة التي تمنع إجهاض المرأة الحامل، وقد أشارت إلى ذلك المادة نفسها عندما أوردت عبارة "مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في أنظمة أخرى". فهناك سلطة تقديرية للجهة المختصة تنظر إلى النزاع أو المخالفة المتعلقة بتطبيق العقوبة ضمن الحدود، والتي نص عليها نظام مزاولة المهن الصحية، وبحسب ما يحيط بارتكاب الخطأ الطبي، أو المخالفة من ظروف مشددة، أو مخففة لمعاقبة مرتكبها، فقد تحال القضية إلى القضاء العام لتطبيق العقوبة المناسبة بحق الممارس الصحي الذي خالف التزاماته تجاه مهنته. وعلى سبيل المثال لا الحصر؛ قضى حكم صادر من إحدى المحاكم السعودية بحبس الطبيب، المعتاد على القيام بإجهاض الأجنة الناشئة عن علاقة غير شرعية بالحبس مدى الحياة، وإن كانت هذه العقوبة غير منصوص عليها في الأنظمة السعودية، إلا أنها تدخل

(٤٧) قرار غير منشور.

الشرعية، ويتميز بها القضاء السعودي دون غيره، وتتمثل في إفهام الممارس الصحي المتسبب في وفاة المريض بأن عليه عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، وذلك عملاً بما ورد في القرآن الكريم في هذا الشأن، قال تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾^(٤٨).

الخاتمة

نخلص من هذا البحث الى النتائج التالية :

- ١ - أن الإجهاض قديماً لم يكن يمثل جريمة دينية أو أخلاقية أو قانونية لدى الشعوب البدائية ؛ إذا لم يكن للجنين قيمة تذكر، بل وصل الأمر إلى توصية بعض الفلاسفة بضرورة التخلص من الجنين الذي يأتي من أبوين ضعيفين بدنياً أو فقراء مادياً.
- ٢ - أن أول نص قانوني لتحريم الإجهاض كان في شريعة حمورابي، وأن تحريمه واعتباره جريمة دينية يعاقب عليها ظهر بظهور النصرانية، في حين بدأ التقنين الكامل لحق الجنين في الحياة، وحرمة إجهاضه، وتمتعه بحقوقه كاملة والتي منها الميراث والهبة وغيرهما مع ظهور الإسلام.
- ٣ - اختلاف المذاهب الأربعة في حكم الإجهاض، واتفاقهم من نواحي عدة وبيان مجمل آرائهم في ذلك، يتلخص فيما يلي:

سيتعرض لأنواع المسألة كافة سواء مدنية كانت أم جنائية أم تأديبية، ومن ثم يلزم بتعويض المريض، أو ذويه عما لحقه أو لحقهم من أضرار، وتوقع عليه أيضاً العقوبة الجنائية أو الجزائية المحددة نظاماً أو شرعاً، وتطبق بحقه العقوبة التأديبية ؛ لمخالفته القواعد المنظمة لمهنته.

وعندما يصدر الخطأ من الفريق الطبي المشرف على علاج المرأة، أو المجري للعملية الجراحية التي ترتب عليها إجهاضاً، فإن العقوبة قد تطبق على جميع أفراد هذا الفريق الطبي بحسب إسهام كل واحد منهم فيما آلت إليه الحالة.

كما وضع النظام السعودي حداً أعلى للعقوبة التي يمكن تطبيقها على الطبيب أو الممارس الصحي دون وضع حد أدنى لها تاركاً للسلطة التقديرية النازرة في القضية حرية اختيار العقوبة المناسبة. وعلى الرغم من وجود مزايا أحياناً لهذا الأمر فكان ينبغي على المنظم أن يضع حداً أدنى للعقوبة، بحيث لا يجوز للقاضي النزول دونه ؛ لضمان إيقاع عقوبة معينة على الطبيب أو الممارس الصحي المخطئ. كما ينبغي إعادة النظر في هذه العقوبات، والعمل على تشديدها ؛ لردع من تسول له نفسه من المنتسبين لمهنة الطب بالتعدي على حقوق المرضى، وعدم احترام الأصول المتعارف عليها في مهنة الطب.

وتجدر الإشارة إلى وجود عقوبات إضافية منشؤها الشريعة الإسلامية وتحكم بها الهيئات الصحية

(٤٨) سورة النساء، الآية (٩٢).

نصت على جواز إسقاط الجنين في مدة الأربعين يوماً، إذا كانت في إسقاطه مصلحة شرعية أو دفع ضرر متوقع، أما إسقاطه خلال هذه المدة خشية تربية الأولاد أو خوفاً من العجز عن تكاليف معيشتهم أو تعليمهم أو من أجل مستقبلهم أو اكتفاء بما لدى الزوجين من أولاد فغير جائز، دون أن تحدد تلك المصلحة المشروعة ولا الضرر المدفوع، بل تركت العبارتان مبهمتين، يكتنفها الغموض، وتحتاجان إلى مزيد من التفصيل والتوضيح؛ ليظهر النص جلياً أمام كل من المنفذين للقرار والمترقبين للإجهاض أو الراغبين في الإقدام عليه.

٧ - أن هناك صوراً للخطأ بنوعيه : العادي (المادي) والمهني وتتمثل بإهمال الممارس الصحي وعدم انتباهه، وعدم احتياظه وتحضره، ورعونه، بالإضافة إلى عدم مراعاته للأنظمة واللوائح والتعليمات.

٨ - أن الضرر الذي يلحق بالجنين ووالديه ينقسم إلى ضرر مادي (حسي) أو معنوي (أدبي). وقد فصل في ذلك عند الحديث عن كليهما.

٩ - إن إثبات العلاقة السببية أو نفيها من أصعب الأمور في المجال الطبي؛ ولذلك يعول كثيراً على رأي الخبرة الطبية؛ للتحقق من السبب الحقيقي للضرر الذي لحق بالجنين، وأدى إلى إسقاطه.

١٠ - أن هناك آثار تترتب على انعقاد مسؤولية الممارس الصحي بسبب الإجهاض وهي:

أ) الإجماع على حرمة إسقاط الجنين بعد ١٢٠ يوماً على التلقيح وبعد نفخ الروح (أي: بعد أربعة أشهر) إلا إذا اقتضى ذلك انقضاء حياة الأم.

ب) رأي قال: بجواز الإجهاض قبل ١٢٠ يوماً مطلقاً سواء لعذر أم لا.

ج) رأي قال: بجواز الإجهاض قبل ١٢٠ يوماً لعذر فقط، وكراهته لغير عذر.

د) رأي قال: بجواز الإجهاض قبل ٤٠ يوماً.

هـ) رأي قال: بكراهة الإجهاض قبل ٤٠ يوماً.

و) رأي قال: بجرمة الإجهاض قبل ٤٠ يوماً.

٤ - اعتماد النظام السعودي لمزاولة المهن الصحية على القرار الصادر من هيئة كبار العلماء برقم ١٤٠ وتاريخ ١٤٠٧/٦/٢٠هـ بشأن الإجهاض ومطابقته لهذه الفتوى التي اعتمدت على الرأي الراجح في الفقه الإسلامي وزاد على ذلك في موضعين: أحدهما تنظيمي خاص بالمستشفيات وآلية عملها في حالات الإجهاض، والثاني خاص بالصيدلي الذي يصرف أدوية تسبب الإجهاض.

٥ - أن مسؤولية الممارس الصحي ذو أركان ثلاثة هي: الخطأ والضرر والعلاقة السببية. أما أنواعها فهي المسؤولية المدنية والجنائية والتأديبية.

٦ - وجود إشكال قد يثيره مضمون المادة الثانية والعشرين فقرة (١ل) من نظام مزاولة المهن الصحية، المبنية على فتوى هيئة كبار العلماء، حيث

أ) تعويض المرأة أو ذويها عما أصابهم من أضرار (الحق الخاص) ناجمة عن عملية الإجهاض . وتمثل الغرة (عبد أو أمة أو ما يقوم مقامها في وقتنا الحالي) آلية التعويض أمام القضاء السعودي في حال الجناية على الجنين أو التسبب في إجهاضه.

ب) بيان اختلاف الفقهاء في الغرة فمنهم من يقول أنها عبد أو أمة ، ومنهم من يرى غير ذلك والراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في أنها عبد أو أمة ؛ لقضاء -النبى صلى الله عليه وسلم- فيها أكثر من مرة . ولكن لتعذر الحكم بها في الوقت الراهن فيؤخذ برأي من قال بما يقوم مقامها.

ج) بيان اختلاف الفقهاء في حال انعدام الغرة والراجح أن الإبل تحل محلها ، فإذا فقدت قيست بقيمتها.

د) أن الغرة تتعدد بتعدد الأجنة.

هـ) أن الممارس الصحي قد يلزم بالتعويض عند انعقاد مسؤوليته عن إجهاض المرأة الحامل أو التسبب في ذلك ، ويسمى ذلك التعويض بـ (الغرة) التي تعادل قيمة خمس من الإبل ، أي خمسة آلاف ريال سعودي بحسب مقدار الدية القديمة (١٠٠ ألف ريال للرجل وخمسين ألف ريال للمرأة في حالة الخطأ) قبل تعديل مقدارها مؤخراً إلى ٣٠٠ ألف

ريال للرجل ونصفها بالنسبة للمرأة فدية الجنين تعادل عشر دية أمه (أي خمسة عشر ألف) بعد التعديل ، وهو ما يسير عليه العمل أمام القضاء السعودي.

التوصيات

ضرورة تعزيز الممارس الصحي المخالف لأنظمة مهنته بتعمد إجهاض المرأة الحامل بعقوبة أشد من المنصوص عليها في لائحة النظام. ضرورة إضافة عقوبة أخرى إلى العقوبات التأديبية التي حددها النظام وأجاز إيقاعها على الممارس الصحي وهي : "إعادة تأهيل الممارس الصحي في مستشفى معترف به لمدة معينة ، إذ أن مثل هذه العقوبة فيها مصلحة للمرضى وللمجتمع وترفع من المستوى المهني للممارس الصحي نفسه. وقد درجت بعض الهيئات الصحية الشرعية في المملكة التي تنظر في أخطاء الأطباء على التوصية بهذه العقوبة.

المراجع

ابن القيم، الجوزية. زاد المعاد في هدى خير العباد، ج ٣. بيروت لبنان: طبعة دار الكتب العلمية، ١٩٨٧م، ص ١٤٥.

ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري. الإجماع. تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.

- ابن بطل، محمد بن أحمد. *النظم المستعذب في شرح غريب المذهب*. بيروت لبنان: دار المعرفة، ١٩٩٨م.
- ابن جزي، أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد. *القوانين الفقهية*، مصر: المطبعة الأميرية، ١٩٣٣م.
- ابن رشد، أبو الوليد. *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*. ج٢. دار الرشاد، ٢٠٠٣م، ص٣٤٨.
- ابن عابدين، محمد بن أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد بن عابدين. *حاشية رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)*. ج١. دمشق: دار النفائس، ٢٠٠٤م، ص٦٠٢.
- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي أبو عمر. *التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد*. المغرب، ١٤١٢هـ. الاستذكار، القاهرة: دار الحديث، ٢٠٠٣م.
- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني، طبعة دار الفكر بيروت لبنان، عام ١٩٩٨م.
- ابن مازة، محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن مازة البخاري. *الحيط البرهاني في الفقه النعماني*. تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي. ج٥. بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٠٠٤م، ص٣٨٠.
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد. *المبدع شرح المقنع*. بيروت: المكتب الإسلامي، عام ١٩٨٠م.
- ابن منظور. *لسان العرب*. بيروت: دار صادر، ١٩٦٨م؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٩٩٣م، مادة: ضرر.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد. *البحر الرائق*. مصر: طبعة دار الحديث، ٢٠٠٠م.
- إدريس، عبد الفتاح محمد. *الإجهاض من منظور إسلامي*. القاهرة: جامعة الأزهر الشريف، ١٩٩٥م.
- الأصبحي، الامام أبو عبد الله مالك بن أنس. *المدونة الكبرى*. ج٤. مصر: مطبعة السعادة، ١٣٢٤هـ، ص٤٨٤.
- أفلاطون. *الجمهورية*. ط٣. مصر: دار المعارف، ١٩٨٨م.
- الأنبا غريغوريوس. *المسيحية والإجهاض*. مكتبة دار الجيل للطباعة.
- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف الأندلسي. *المنتقى في شرح موطأ إمام دار الهجرة مالك بن أنس*، دار السعادة، ١٣٣٢هـ.
- البار، محمد علي. *مشكلة الإجهاض*. ط٢. بيروت: دار الكتاب العربي، ٢٠٠٥م.

- البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر. تحفة الحبيب على شرح الخطيب. بيروت: دار المعرفة، ٢٠٠١م.
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس. كشف القناع. بيروت: دار الفكر، ١٤٠٢هـ.
- البوطي، محمد سعيد رمضان. مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجاً. بيروت، لبنان: دار الفكر، د.ت.
- البيجوري، إبراهيم. حاشية البيجوري على شرح ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع. تحقيق: محمد عبد السلام شاهين. دار الكتب العلمية، ١٤٢٠هـ.
- التونجي، عبد السلام. مسؤولية الطبيب المدنية. لبنان: مطبعة دار المعارف، ١٩٦٧م، ص ٢٩٤.
- جمعة، السيد رضوان محمد. "العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها". رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة الأزهر، مصر، ١٤١٣هـ، ص ٣٤٧.
- الجوهري، إسماعيل بن حماد. تاج اللغة وصحاح العربية. ج ٢. القاهرة: دار الحياة، ٢٠٠٨ م، مادة (غ ر ر)، ص ١١.
- الجوهري، فائق. "المسؤولية الطبية في قانون العقوبات". رسالة دكتوراه جامعة فؤاد الأول. القاهرة، ١٩٥١، ص ٣٢٢.
- حسين، سلامة عبد الله. رؤية إسلامية لبعض القضايا الطبية. الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، عام ١٤١٧هـ.
- حنا، منير رياض. المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة. دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٩م.
- حومد، عبد الوهاب. دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن. دمشق: المطبعة الجديدة، ١٩٨٧م.
- خضر، عبد الفتاح. الجريمة أحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي. الرياض: معهد الإدارة العامة، ١٤٠٥هـ، ص ٦٤ وما بعدها.
- الخطيب، أم كلثوم. قضية تحديد النسل. القاهرة: دار المعارف، ٢٠٠١م.
- الخفيف، علي. الضمان في الفقه الإسلامي. القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١م، ص ٦.
- الدردير، أحمد بن أحمد بن أبي حامد العدوي المالكي الأزهري. الشرح الكبير على مختصر خليل. مركز زايد للتراث، ١٤٢٢هـ.
- الدسوقي، حمد بن أحمد بن عرفة. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير. مركز زايد للتراث، ١٤٢٢هـ.
- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر. مختار الصحاح. ج ٣. ط ٢. بيروت: دار الكتاب العربي، ٢٠٠١م، ص ١٠٦٩.

- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين. المحتاج إلى شرح المنهاج. بيروت: دار الفكر، ١٩٨٤م.
- الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني. تاج العروس من جواهر القاموس. مادة (ض ر ر)، ١٩٩٣م. بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٩م.
- الزحيلي، وهبة. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. دمشق: دار الفكر، ١٤٠٢هـ.
- الزرقا، مصطفى أحمد. شرح القواعد الفقهية. دار الغرب الإسلامية، ١٩٨٤م.
- السباعي، سيف الدين. الإجهاض بين الفقه والطب والقانون. دار المعارف الطبعة ١٣٩٧هـ.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل. المبسوط. دار المعرفة ١٩٩٣م، دار الكتب العلمية، ط ٢ ١٩٩٩م.
- سليمان، علي. النظرية العامة للتزام. الجزائر: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨م، ص ١١١.
- الشافعي، الإمام محمد بن إدريس. الأم. ج ٥. مصر: طبعة بولاق، ١٣٢١هـ، ص ١٤٣.
- الشرييني، محمد بن أحمد الخطيب المصري. مغني المحتاج في معرفة ألفاظ المنهاج. بيروت: طبعة دار الفكر، ١٩٩٥م.
- شرف الدين، أحمد. مسؤولية الطبيب. الكويت: منشورات ذات السلاسل، ١٩٨٦م.
- الشريف، عبد السلام. "مسؤولية الطبيب في الفقه الإسلامي". بحث مقدم لندوة المسؤولية الطبية. بنغازي، ليبيا: جامعة قاريونس، ١٩٩١م.
- الشوكاني، أبو علي محمد بن علي بن محمد بن عبد الله. نيل الأوطار. بيروت: طبعة دار الجيل، ١٩٨٤م.
- الصالح، عبد الله محمد. "الأحكام العقابية لحوادث المرور في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية". رسالة ماجستير. المعهد العالي للعلوم الأمنية (أكاديمية الأمير نايف)، ١٤٠٩هـ.
- الطرابلسي، علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل. معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام. مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٧٣م.
- عبد الغني، محمد أحمد. الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والقانون. مصر: دار المعارف، ١٩٩٩م.
- عبد الكريم، محمد عبد العزيز. الإجهاض وأوربا. القاهرة: طبعة دار الحياة، ٢٠٠٧م.
- عبيد، رؤوف. جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال. القاهرة: طبعة مكتبة، ١٩٩٧م.
- العجلان، عبد الله عبدالعزيز. "حكم الجناية على الجنين". مجلة البحوث الإسلامية. عدد ٦٣، ١٤٢٢هـ، ص ٢٤٩.

مؤسسة الرسالة ١٤٢٧ هـ؛ القاهرة: دار الحديث، ٢٠٠٧م.

قزامل، سيف رجب. الغرة بين الأمس واليوم دراسة فقهية مقارنة. الإسكندرية: مكتبة الإشعاع الفني، ١٩٧٧م.

الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج. ٧. ط. ٢. بيروت لبنان: دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣م. ص ٣٢٥.

الكيلاي، عبد الرحمن. شريعة حمورابي. حلب: مطبعة الضاد، ١٩٥٨م.

لبنة، مصطفى عبد الفتاح. جريمة إجهاض الحوامل. بيروت لبنان: طبعة دار أولي النهى، ١٩٩٦م.

الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي. دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م.

مجمع اللغة العربية. المعجم الوسيط. طبعة دار إحياء التراث العربي، عام ١٩٩٨؛ وطبعة عام ٢٠٠١م.

محتسب، بسام. المسؤولية المدنية والجنائية بين النظرية والتطبيق. دمشق: دار الإيمان، ١٤٠٤هـ.

المحمصاني، صبحي. النظرية العامة للموجبات والعقود. بيروت: مطبعة الكشاف، ١٣٢٧هـ.

العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد الكناني. فتح الباري شرح صحيح البخاري. بيروت: دار الفكر ١٩٩٣م.

عودة، عبد القادر. التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي. طبعة دار التوزيع والنشر الإسلامية، ١٩٩٨م.

الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، مطبعة بولاق، مصر، عام ١٢٩٨هـ.

الفتوح، محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن إبراهيم ابن رشيد الشهير بابن النجار. منتهى الإرادات. القاهرة: مطابع دار الجيل، ١٣٨٢هـ.

الفيروزآبادي، أبو طاهر مجيد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الشيرازي. القاموس المحيط. بيروت لبنان: دار القلم، ١٩٩٨م.

فيض الله، محمد فوزي. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. مكتبة التراث الإسلامي، ١٩٨٣م، ص ٩٢.

الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. الميمنية، ١٣٢٥هـ، مادة (جهض).

قائد، أسامة عبد الله. المسؤولية الجنائية للأطباء. مصر: دار النهضة العربية، ٢٠٠١م.

القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر. الجامع لأحكام القرآن. تحقيق: عبد الله التركي.

- المرتضى، أحمد بن يحيى. البحر الزخار الجامع لأقوال علماء الأمصار. بيروت لبنان: طبعة دار الكتب العلمية، ١٩٩٥م.
- المرداوي، علي بن سليمان. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. ج١. بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٤١٩هـ؛ المسلم للنشر والتوزيع، ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م، ص ٣٩٦.
- المرزوقي، محمد احمد. أحكام إجهاض الجنين. بيروت لبنان: طبعة دار الجليل، د.ت.
- معوض، عبد التواب. الوسيط في شرح جرائم القتل. ط٣. مصر: دار الثقافة، ١٩٨٦م، ص ٣٤.
- المنصوري، محمد أحمد. أسباب تأخر الحمل. بغداد: طبعة دار الأمة، ١٩٩٢م.
- الموصللي، الاختيار لتعليل المختار في الفقه الحنفي. القاهرة: طبعة دار الحديث، ٢٠٠٤.
- الميداني، عبد الغني الغنيمي الدمشقي الحنفي. الباب في شرح الكتاب. دار المعرفة للطباعة والنشر، ١٩٩٨م.
- الهروي، علي بن سلطان محمد نور الدين الملا القاري. شرح الوقاية. دار المعرفة ١٩٨٦م.
- وزارة الشؤون الإسلامية الكويتية. الموسوعة الفقهية. ج٢. ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، ص ٥٧.
- وفاريشي، محمد. الإجهاض وحق الجنين في الحياة. دمشق: طبعة نقابة المحامين، ١٩٩٥م.
- ياسين، محمد نعيم. أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة. ط٤. دار النفائس، ٢٠٠٨م.
- _____ "أحكام الإجهاض". مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، عدد (١٣)، كلية الشريعة، جامعة الكويت، (١٩٨٩م).

The Rules of Abortion in the Islamic Jurisprudence and the Saudi Regime for Practicing Health Professionals

Mufleh R. AlKahtani

*Assistant Professor of Civil Law
College of Law and Political Sciences,
King Saud University*

(Received 05/05/1434 H.; accepted for publication 22/07/1434 H.)

Abstract. This Research is designed to study the Rules of abortion in Islamic jurisprudence and the Saudi regime for practicing health professionals and is designed to recognize the rule of abortion before Islam, the rule of abortion in the Islamic schools of fiqh, the position of the Saudi regulator from ruling on abortion, and responsibility of the health practitioner for abortion in the Saudi regime.

The researcher divided the study in this research to the introduction and two sections and a conclusion handled in the first section the concept of abortion and his rule and noting the ruling on abortion in Islamic jurisprudence and the Saudi regime for practicing health professionals.

In the second part author talked about the responsibility of the practitioner health for abortion indicating intended Palmmars health and specific staff responsibility talking about the types of responsibility practitioner health consequences of abortion and the implications of the responsibility practitioner healthy for abortion Finally Search In the conclusion the researcher find out a number of findings and, some recommendations

الحماية القانونية لحق المعوق في العمل: دراسة مقارنة

هيثم حامد المصاروة

أستاذ القانون المدني المشارك، رئيس قسم القانون،

كلية الأعمال، جامعة الملك عبد العزيز،

المملكة العربية السعودية

(قدم للنشر في ٢٦/٠٢/١٤٣٤هـ؛ وقبل للنشر في ٢٢/٠٧/١٤٣٤هـ)

ملخص البحث. يولي المشرع في الدول المختلفة قدرا متفاوتا من الاهتمام والعناية بحق المعوق في العمل، لذلك نراه ينص على ضرورة توفير فرص العمل للأشخاص المعوقين مثلهم كمثل غيرهم من الأشخاص، كما انه قد يعمد إلى وضع نسب معينة لتشغيل الأشخاص المعوقين في المؤسسات المختلفة، ومن ثم يوجه أصحاب العمل إلى مراعاتها، الأمر الذي ينطبق على الحالة التي يصبح فيها العامل معوقا بسبب إصابته بإصابة ناتجة عن العمل، إذ يعطيه المشرع الحق في الاستمرار في عمل آخر لدى صاحب العمل نفسه، ولكن ذلك كله منوط بتوافر شروط وأوضاع معينة. غير أن الملاحظ بهذا الشأن هو أن النصوص القانونية المتعلقة بحق العمل للمعوق جاءت مفرقة ومبعثرة في تشريعات عدة، وهو ما قد يفضي إلى غموضها وإثارة الالتباس بشأن بعض الجوانب المتعلقة بها، كما أن تلك النصوص غفلت عن بعض المسائل التي قد تثير إشكاليات من الناحية القانونية، ولاسيما من ناحية الوسائل الكفيلة بضمان تطبيق الأحكام المتعلقة بحق المعوق في العمل. لذا تحاول هذه الدراسة عرض موقف المشرع في عدد من الدول العربية كالسعودية والجزائر والأردن من مسألة حق المعوق في العمل والوسائل الأنجع لمعالجة أوجه القصور أو الغموض التي قد تكتنف بعض النصوص القانونية المتصلة بالموضوع.

مصطلحات دالة: معوق، عامل، تدريب مهني، الحق في العمل، إصابة عمل.

المقدمة

معوق يرتبط بأسس ومبادئ تتصل بصيانة كرامته

واثبات قدراته واستغلال طاقاته والتمتع باستقلاله
عن غير من الأشخاص، حتى لو كانوا من المقربين له،
فهو شخص قادر على العمل، وكل ما يحتاجه هو
تمكينه من تولي العمل المناسب.

يكتسب الحق في العمل أهمية بالغة في حياة الأشخاص
كافة، فالعمل هو السبيل للنجاح والتقدم وتحقيق
الذات، فكيف إذا تعلق الأمر بالأشخاص المعوقين؟ لا
بد انه أكثر أهمية وحساسية، لان العمل بالنسبة لكل

الأشخاص الذين قد لا تتهيأ ظروف العمل لديهم كالمعوقين فقضي بضمان معيشتهم والتكفل بها، إذ نصت المادة (٥٩) من الدستور بأنه: "ظروف معيشة المواطنين الذين لم يبلغوا سن العمل، والذين لا يستطيعون القيام به، والذين عجزوا عنه نهائياً، مضمونة".

ولما كانت القواعد الواردة في الدستور تحتاج في تطبيقها ووضعها موضع التنفيذ العملي إلى إصدار تشريعات من مرتبة أدنى، فقد جاءت العديد من التشريعات لتفصل في كيفية ضمان حقوق المعوقين بالعمل، ليس فقط عند إدماجهم وتشغيلهم في إحدى المنشآت، وإنما في المراحل السابقة على ذلك، ونعني مراحل التعليم والتدريب والتأهيل المهني من الطفولة وحتى بلوغ السن المصرح به للشخص بالعمل.

مشكلة الدراسة

أن وجود أكثر من تشريع يختص بتنظيم شؤون المعوقين والمسائل المتعلقة بإعدادهم للعمل وتوفير الفرص المناسبة لهم قد يفضي إلى بعض الغموض أو الإرباك، كما أن كثيراً من الأحكام التي أوردها المشرع في هذا الشأن تطرح تساؤلات وإشكاليات عدة حول بعض الجوانب المتعلقة بحق الأشخاص المعوقين بالعمل، فمثلاً نجد أن النظام السعودي يكفل التشغيل للأشخاص المعوقين بعد تأهيلهم، وهو ما يطرح التساؤل عن مصير العمال غير المؤهلين كالذين حصلوا على شهادات جامعية أو لا تحتاج الأعمال التي

الأمر الذي لم تغفل عنه الدساتير في مختلف الدول، إذ تقضي هذه الدساتير بحق المواطنين كافة بالعمل وتكافئهم في الفرص المتاحة لذلك، سواء أكانوا من الأشخاص المعوقين أو غير المعوقين، فقد نصت المادة (٢٣) من الدستور الأردني^(١) على الآتي: "العمل حق لجميع المواطنين وعلى الدولة أن توفره للأردنيين بتوجيه الاقتصاد الوطني والنهوض به". كما نصت المادة (٢٦) من الدستور الأردني على أنه: "تكفل الدولة العمل والتعليم ضمن حدود إمكانياتها وتكفل الطمأنينة وتكافؤ الفرص لجميع الأردنيين".

وهو ما أورد مثله النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية^(٢)، إذ جاء في المادة (٢٨) منه ما نصه: "تيسر الدولة مجالات العمل لكل قادر عليه وتسند الأنظمة التي تحمي العامل وصاحب العمل".

وكذلك هي الحال في الدستور الجزائري^(٣) لسنة ١٩٨٩، إذ نصت المادة (٥٥) منه على الآتي: "لكل المواطنين الحق في العمل". غير أن اللافت للنظر هنا هو أن الدستور الجزائري اتخذ خطوة إلى الأمام بشأن بعض

(١) دستور المملكة الأردنية الهاشمية لسنة ١٩٥٢ المنشور في الجريدة الرسمية رقم (١٠٩٣) تاريخ 1952/1/2.

(٢) النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الصادر بالأمر الملكي رقم أ/٩٠ في ١٤١٢/٨/٢٧ هـ والمنشور بجريدة أم القرى العدد ٣٣٩٧ في ١٤١٢/٩/٢ هـ.

(٣) دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٧٦ المؤرخة في ٨ ديسمبر ١٩٩٦.

انه يجدر بنا قبل الخوض في هذه التفاصيل المرور على تعريف الشخص المعوق.

خطة الدراسة

ستكون دراسة الحماية القانونية لحق المعوق في العمل من خلال المباحث الثلاثة الآتية :

المبحث التمهيدي: تعريف المعوق.

المبحث الأول: تشغيل ذوي الإعاقات السابقة

على الالتحاق بالعمل.

المبحث الثاني: تشغيل ذوي الإعاقات الطارئة

أثناء العمل.

المبحث التمهيدي: تعريف المعوق

المعوق لغةً من (عوق) وهو التشييط

والحبس.(ابن منظور، دون سنة طبع، ص٣١٧٣).

أما المعوق اصطلاحاً، فلم يورد قانون العمل

الأردني تعريفاً خاصاً به^(٤)، وعلى خلاف قانون

(٤) هناك صور كثيرة لإعاقات التي أفرد لها المشرع أحكام خاصة بها، ومن قبيل ذلك :

١- المجنون: شخص انعدم لديه العقل والإدراك مما أدى إلى انعدام تمييزه واعتباره عديم الأهلية. انظر: (كرم، ١٩٩٧: ص٣٥٩).

٢- المعتوه: وهو شخص أصيب باضطراب عقلي جعله قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، ولكنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون في الغالب. نفس المرجع، ص٣٩٠.

٣- ذو العاهتين "العاهة المزدوجة": الشخص الذي تتوافر لديه علة في جسمه تتعلق بعاهتين من العاهات الآتية =:

يزاولونها إلى تأهيل، فهل يستفيدون من حماية القانونية المقررة أم لا؟

ومن جانب آخر يفرض المشرع نسباً محددة

لتشغيل الأشخاص المعوقين في المنشآت، وهذه النسب

تختلف من مشرع إلى آخر، كما أن كيفية وآليات

فرضها متباينة ومتعددة وهو ما يطرح التساؤل عن

النسبة والكيفية الأفضل لفرضها؟

وهو ما ينطبق على العقوبات الواجب تطبيقها

بشأن أصحاب العمل المخالفين للأحكام المتعلقة

بتشغيل المعوقين، إذ نجد اختلافاً وتبايناً في موقف

المشرع منها من دولة إلى أخرى، بل ولدى المشرع نفسه

بصدد المسائل المختلفة، فهو إذ يتشدد في العقوبة بشأن

مخالفات محددة، نراه يغفل مخالفات أخرى تمر بلا

عقاب، وهو ما يطرح التساؤل عن الحكمة من ذلك؟

وبالجملة نستطيع القول أن مشكلة الدراسة

تدور حول مدى كفاية الأحكام التي أوردها المشرع

بشأن ضمان حق الأشخاص المعوقين بالعمل، إذ

ستحاول الدراسة التعرض إلى هذا الحق متبعة منهج

المشرع في هذا الصدد، والتي تركز على التمييز بين

الأشخاص المعوقين بحسب تاريخ حدوث الإعاقة

لهم، إذ واجه المشرع هذا الموضوع بالتعرض لحق

الشخص المعوق بالعمل ابتداءً، أي قبل التحاقه

بالعمل، ثم التفت إلى حق العامل الذي تلحق به إعاقة

أثناء عمله بالاستمرار في عمل آخر بالمنشأة ذاتها، غير

حقوق الأشخاص المعوقين رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٧^(٥) الذي عرف الشخص المعوق بأنه: "كل شخص مصاب بقصور كلي أو جزئي بشكل مستقر في أي من حواسه أو قدراته الجسمية أو النفسية أو العقلية إلى المدى الذي يحد من إمكانية التعلم أو التأهيل أو العمل بحيث لا يستطيع تلبية متطلبات حياته العادية في ظروف أمثاله من غير المعوقين".

في حين عرفته المادة (١) من نظام رعاية المعوقين السعودي^(٦) كالآتي: "المعوق: كل شخص مصاب بقصور كلي أو جزئي بشكل مستقر في قدراته الجسمية أو الحسية أو العقلية أو التواصلية أو التعليمية أو النفسية إلى المدى الذي يقلل من إمكانية تلبية متطلباته العادية في ظروف أمثاله من غير المعوقين".

أما قانون حماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم الجزائري^(٧) فبحسب ما جاء في المادة (٢) منه يقصد

= (الصمم، البكم، العمى)، بحيث يصبح غير قادر على مباشرة التصرفات القانونية بصورة طبيعية. انظر: (المصاروة، ٢٠١٠).

(٥) نشر قانون حقوق الأشخاص المعوقين رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٧ في الجريدة الرسمية رقم (٤٨٢٣) تاريخ ١/٥/٢٠٠٧.

(٦) نظام رعاية المعوقين السعودي لسنة ١٤٢١ رقم (م/٣٧) وتاريخ ٢٣/٩/١٤٢١ ونشر بالجريدة الرسمية أم القرى رقم (٣٨٢٧) والتاريخ ٢٤/١٠/١٤٢١هـ.

(٧) نشر قانون حماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم الجزائري في الجريدة الرسمية عدد ٣٤ مؤرخة في ١٤ مايو ٢٠٠٢، الصفحة ٦.

بالمعوق: "كل شخص مهما كان سنه وجنسه يعاني من إعاقة أو أكثر، وراثية أو خلقية أو مكتسبة، تحد من قدرته على ممارسة نشاط أو عدة نشاطات أولية في حياته اليومية الشخصية والاجتماعية، نتيجة لإصابة وظائفه الذهنية و/أو الحركية و/أو العضوية- الحسية".
لعل ابرز ما يلاحظ على التعريفات السابقة ما يأتي:

١- تكرارها لبعض المعاني والمصطلحات كقول المشرع الأردني: "حواسه أو قدراته"، وكذلك ما ورد في نظام رعاية المعوقين السعودي: "قدراته الجسمية أو الحسية أو العقلية أو التواصلية أو التعليمية أو النفسية"، الأمر الذي ينطبق على المشرع الجزائري، إذ جاء في تعريفه: "وظائفه الذهنية و/أو الحركية و/أو العضوية- الحسية"، والتساؤل المطروح هنا هو: ألا تغني بعض هذه المصطلحات عن بعضها الآخر؟

٢- انشغلت التعريفات السابقة -كل على حدة- ببيان بعض الجوانب أو المسائل التي قد لا تكون الحاجة ملحة إليها في التعريف، كأنواع الإعاقة وشكلها أو مصدرها أو الآثار المترتبة عليها.

وبعبارة أخرى فإنه يمكن اختصار التعريفات السابقة على النحو الآتي:

"الشخص المعوق: كل شخص مصاب بقصور ما بشكل مستقر في أي من قدراته وبما يقلل من إمكانية تلبية متطلباته العادية في ظروف أمثاله من غير المعوقين".

والإعاقة بالمعنى المذكور في التعريف الأخير تقترب من معنى (العاهة) لدى البعض، إذ يعرفها بأنها: "علة مستديمة أو مؤقتة تحل بجسم الإنسان فتمنعه عن ممارسة مهنته أو تقلل من قدرته على العمل" (ملكاوي، ٢٠٠٨: ص ١٥١).

نخلص من ذلك إلى أن المقصود بالمعوق في مجال البحث^(١٠) هو الشخص الذي تتوافر لديه علة مستقرة تتعلق بجسمه وتحول دون حصوله على عمل مناسب أو الاستمرار فيه بصورة اعتيادية.

وجدير بالذكر هنا أن البعض يستخدم مصطلح (العاجز) للدلالة على (المعوق) (خيال، ١٩٩٠: ص ٣٥٨)، فيما يصرح بعض الباحثين بإمكانية استخدام كل من مصطلح (المعوقون) ومصطلح (ذوي الاحتياجات الخاصة) بوصفهما مصطلحين مترادفين، أي في معناً واحد (عبو، ٢٠١٢: ص ٣١٨) (المطلق، ٢٠٠٦: ص ٨).

وعلى نحو أكثر تخصصاً وارتباطاً بموضوع الدراسة فقد تطرقت الاتفاقية العربية بشأن تأهيل وتشغيل المعوقين رقم (١٧) لسنة ١٩٩٣^(٨) إلى تعريف المعوق، فعرفته بأنه: "الشخص الذي يعاني من نقص في بعض قدراته الجسدية أو الحسية أو الذهنية نتيجة مرض أو حادث أو سبب خلقي أو عامل وراثي أدى لعجزه كلياً أو جزئياً عن العمل، أو الاستمرار به أو التقي فيه، وكذلك اضعف قدرته على القيام بإحدى الوظائف الأساسية الأخرى في الحياة، ويحتاج إلى الرعاية والتأهيل من أجل دمج أو إعادة دمج في المجتمع".

وهو ما فعلت مثله الاتفاقية الدولية بشأن التأهيل المهني والعمالة (المعوقون)^(٩)، إذ تعرضت لتعريف الشخص المعوق، فعرفته بأنه: "فرد انخفضت بدرجة كبيرة احتمالات ضمان عمل مناسب له والاحتفاظ به والترقي فيه نتيجة لقصور بدني أو عقلي معترف به قانوناً".

(٨) الاتفاقية العربية بشأن تأهيل وتشغيل المعوقين رقم (١٧) لسنة ١٩٩٣ المقررة من مؤتمر العمل العربي في دورته الحادية والعشرين المنعقدة بمدينة عمان في المملكة الأردنية الهاشمية في نيسان ١٩٩٣. (مؤتمر العمل الدولي).

(٩) الاتفاقية الدولية بشأن التأهيل المهني والعمالة (المعوقون) رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨٣ المقررة من مؤتمر العمل الدولي في دورته التاسعة والستين المنعقدة في جنيف في الأول من حزيران/يونيه عام ١٩٨٣. (مؤتمر العمل الدولي).

(١٠) أورد جانب من الفقه القانوني تعريفاً للمعوق في قانون العمل، إذ يقصد بالعمال المعوقين لدى البعض: الأشخاص الذين لحق بقدراتهم نقص ما ناجم عن قصور عضوي أو عقلي أو حسي أو نتيجة عجز خلقي منذ الولادة. انظر: (الضمور، ٢٠٠٥: ص ٢٧). والملاحظ هنا تأثير هذا التعريف بالمادة الثانية من قانون رعاية المعوقين رقم (١٢) لسنة ١٩٩٣ المنشور في الجريدة الرسمية رقم (٣٨٩١) تاريخ ١٧/٤/١٩٩٣.

المبحث الأول: تشغيل ذوي الإعاقات

السابقة على الالتحاق بالعمل

انسجاماً وتطبيقاً لما جاء في الدستور^(١١) فقد تطرق المشرع لحق المعوق بالعمل في المادة (١٣) من قانون العمل الأردني، إذ نصت على ما يأتي: "على صاحب العمل أن يشغل من العمال المعوقين النسبة المحددة في قانون حقوق الأشخاص المعوقين النافذ ووفق الشروط الواردة فيه وأن يرسل إلى الوزارة بياناً يحدد فيه الأعمال التي يشغلها المعوقون واجر كل منهم".

ويستفاد من النص السابق أمرين هما:

١- أن قانون العمل يحيل -بصفة عامة- إلى قانون حقوق الأشخاص المعوقين بشأن الأحكام المتعلقة بتشغيلهم، وهو ما فعل مثله المشرع الجزائري^(١٢).

٢- أنه يتوجب على صاحب العمل أن يرسل إلى وزارة العمل بياناً يحدد فيه الأعمال التي يشغلها

المعوقون والأجر الذي يتقاضاه كل منهم، وهو ما فعل مثله نظام العمل السعودي^(١٣).

وبالفعل فقد تولى قانون حقوق الأشخاص المعوقين إيراد تفاصيل الأحكام المتعلقة بتشغيل ذوي الإعاقة السابقة على إبرام عقد العمل، إذ تركزت أحكام في المرحلة السابقة على التعاقد، في الوقت الذي لم تغفل فيه عن اللحظة المعاصرة للتعاقد وبعض المسائل اللاحقة لها، إذ جاء في المادة (٤) من قانون حقوق الأشخاص المعوقين الأردني ما نصه: "...توفر الجهات ذات العلاقة كل حسب اختصاصها للمواطنين المعوقين الحقوق والخدمات الميينة وفقاً لأحكام هذا القانون في المجالات التالية: أ... ج. التدريب المهني والعمل:

١- التدريب المهني المناسب للأشخاص المعوقين وتطوير قدراتهم وفقاً لاحتياجات سوق العمل، بما في ذلك تدريب المدربين العاملين في هذا المجال وتأهيلهم.

٢- حصول الأشخاص المعوقين على فرص متكافئة في مجال العمل والتوظيف بما يتناسب والمؤهلات العلمية.

(١١) جاء في المادة (٢٣) من الدستور الأردني ما نصه: "تحمي الدولة العمل وتضع له تشريعاً". انظر: المادة (٢٨) من النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية. المادة (١٢٨) من الدستور الجزائري.

(١٢) تنص المادة (١٦) من قانون علاقات العمل الجزائري رقم (٩٠-١١) المنشور في الجريدة الرسمية عدد ١٧ مؤرخة في ٢٥ إبريل ١٩٩٠، الصفحة ٥٦٢ على الآتي: "يجب على المؤسسات المستخدمة أن تخصص مناصب عمل للأشخاص المعوقين وفق كفاءات تحدّد عن طريق التنظيم".

(١٣) انظر نظام العمل السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥١) وتاريخ ١٤٢٦/٨/٢٣ هـ ونشر بالجريدة الرسمية أم القرى بالعدد رقم (٤٠٦٨) وتاريخ ١٤٢٦/٩/٢٥ هـ. إذ جاء في المادة الثامنة والعشرون منه: وعليه -أي صاحب العمل- (أن يرسل إلى مكتب العمل المختص بياناً بعدد الوظائف والأعمال التي يشغلها المعوقون الذين تم تأهيلهم مهنيّاً، وأجر كل منهم).

والمخصصة في تدريب وتأهيل هذه الفئة الهامة من المجتمع، إلى جانب دعم المؤسسات والجمعيات الأهلية التي تضع على عاتقها خدمة المعوقين ومساندتهم، إذ يترتب على توفير مثل هذه المتطلبات تمكين المعوقين من العمل وكسب العيش الكريم فضلاً عن تجاوزهم لبعض المشاعر السلبية التي قد تتناهم في مواجه المجتمع^(١٤).

(١٤) تشير بعض الدراسات إلى أن كثيراً من المعوقين، يعانون قبل رعايتهم، من مشاعر وأحاسيس سلبية، كالقلق، الخوف، الدونية، اليأس. ففي دراسة تم إجراؤها في الجزائر أظهرت النتائج أن المعوقون يعانون من النظرة السلبية لهم من طرف المجتمع، سواء نظرة الاحتقار، أو نظرة الشفقة، وكلاهما حسب المعوقين، نظرتان سلبيتان يجب أن تتغيرا في سبيل تكيف واندماج اجتماعيين أحسن لهم، فالنظرة السلبية هي معوقة أكثر من الإعاقة في حد ذاتها.

وتضيف الدراسة إلى أن المجتمع إذا لم يغير نظرتة هذه يصبح هو المعوق في أفكاره وثقافته وبصره، وليس الأفراد المصابين بعاهات هم المعوقون، فهم أسوأ لأنهم ينظرون إلى المجتمع انه عادي، تلك النظرة السلبية للمعوقين، انعكست كذلك على فرص توظيفهم وتشغيلهم، وبالتالي على إدماجهم الاجتماعي التام في المجتمع. وهذه هي الفكرة السائدة لدى المعوقين المبحوثين، والذين أجابوا بذلك عن سؤال طرح عليهم، حول ما يجب عمله من أجل تسهيل عملية إدماج الشباب المعاق مهنيًا واجتماعيًا. حيث أكدوا على ضرورة تغير نظرة المجتمع وأرباب العمل لهم، ولقدراتهم الجسمية والعقلية، وضرورة ثقافتهم فيهم، ومعاملتهم كأشخاص عاديين، دون أي تمييز على أساس الصفات البيولوجية، لأن الشخصية هي جسم وعقل ونفس واجتماع، وليست جسماً (كتلة جسمية) فقط، وبتطبيق مبادئ=

٣- إلزام مؤسسات القطاع العام والخاص والشركات التي لا يقل عدد العاملين في أي منها عن (٢٥) عاملاً ولا يزيد على (٥٠) عاملاً بتشغيل عامل واحد من الأشخاص المعوقين وإذا زاد عدد العاملين في أي منها على (٥٠) عاملاً تخصص ما لا تقل نسبته عن (٤٪) من عدد العاملين فيها للأشخاص المعوقين شريطة أن تسمح طبيعة العمل في المؤسسة بذلك.

٤- التجهيزات المعقولة من قبل جهة العمل".

يلاحظ من خلال المادة السابقة تعرضها إلى العديد من المسائل والإحكام المتعلقة بتدريب المعوق وإلحاقه بالعمل الملائم، وبما يمكن توزيعه على المطلبين الآتين:

المطلب الأول: تدريب المعوقين وتأهيلهم مهنيًا.

المطلب الثاني: ضوابط تشغيل الأشخاص

المعوقين.

المطلب الأول: تدريب المعوقين وتأهيلهم مهنيًا

يتمثل التدريب والتأهيل المهني للمعوق في معاونته على مزاولة العمل الذي يلائمه لأقصى ما تسمح به قدراته واستعداداته بحالته الراهنة، والعمل على التكيف النفسي والاجتماعي والاقتصادي (حسن، ٢٠١٠: ص ٢).

ولا شك في إن تدريب المعاقين وتأهيلهم يستلزم توفير جملة من المتطلبات، إذ يبرز من بين أهمها توفير الأشخاص المتخصصين بهذه النواحي، إضافة إلى توفير المؤسسات أو المدارس أو المعاهد المجهزة

لذلك فقد وجه المشرع الأردني وبعبارة عامة نحو توفير التدريب المهني المناسب للأشخاص المعوقين وذلك بغية تطوير قدراتهم وبما يتواءم مع احتياجات سوق العمل^(١٥)، كما لم يغفل عما يلزم لتحقيق ذلك، فأشار إلى ضرورة تدريب مدربين متخصصين في مجال

=الإنسانية وقيم حماية كرامة الإنسان مهما كان معوقاً أو غير ذلك.

لذلك فقد أوصت الدراسة في سبيل تحسين ظروف المعوقين ومساعدتهم على التدريب والتأهيل بتوصيات عدة، نجل أهمها بما يأتي:

- ١- توفير الوسائل المهنية الضرورية للتعليم والتكوين المكيفين للخصوصيات الشخصية الجسدية، العقلية والحسية والنفسية للمعوقين.
- ٢- تدعيم الأقسام المدججة أو المدارس المتخصصة مادياً، معنوياً وبشرياً، في سبيل تحقيق أهدافها التعليمية، التكوينية التكيفية والإدماجية للأشخاص المعوقين.
- ٣- وضع هيئات محلية لتقييم دور تلك المدارس المتخصصة والأقسام المدججة ومدى تحقيق أهدافها.
- ٤- إشراك المعوقين، من خلال الجمعيات التي تمثلهم في كل عمليات التنظيم واتخاذ القرارات، مع تدعيمها وتشجيعها على التمثيل الأحسن والدفاع على حقوقهم.
- ٥- ضرورة السهر على التطبيق الصارم للقوانين التي تلزم أرباب العمل ومختلف مصالح التوظيف، بتشغيل المعوقين دون أي تمييز على أساس الإعاقة، مع إعطاء الأولوية لهم.
- ٦- توفير مناصب شغل مكيفة حسب أنواع الإعاقات في مختلف مؤسسات المجتمع. انظر: (مسعودان، ٢٠٠٦: ص ٤٢٤-٤٢٧).

(١٥) انظر المادة (٤/ج) من قانون حقوق الأشخاص المعوقين الأردني. انظر كذلك المادة (٤/ب) من القانون نفسه.

تدريب المعوقين وتأهيلهم^(١٦)، ذلك أن هؤلاء المدربين قد يحتاجون إلى مهارات وقدرات تمكنهم من التعامل بصورة ملائمة وبما يناسب أوضاع الأشخاص المعوقين بغية المحافظة عليهم ووقايتهم من إصابات العمل ومراعاة ظروفهم المختلفة^(١٧)، ولاسيما من النواحي

(١٦) انظر المادة (٤/ج) من قانون حقوق الأشخاص المعوقين الأردني.

(١٧) الوقاية من الإعاقة لدى العمال: لم يفرد المشرع نصوصاً خاصة بوقاية المعوقين من إصابات العمل، غير أنه يلاحظ اهتمام المشرع بصفة عامة بهذا الجانب، وهو ما قد يفضي بدوره إلى الحد من الإصابات ومن ثم الإعاقات بين صفوف العمال وفي المجتمع عموماً، فالإضافة إلى الفصل التاسع من قانون العمل والذي جاء بعنوان "السلامة والصحة المهنية" صدرت العديد من الأنظمة والتعليمات والقرارات التي تصب في الاتجاه ذاته، ومن قبيل ذلك ما يأتي:

- ١- نظام تشكيل لجان ومشرفي السلامة والصحة المهنية رقم (٤٢) لسنة ١٩٩٨.
- ٢- نظام العناية الطبية الوقائية والعلاجية للعمال في المؤسسات رقم (٤٢) لسنة ١٩٩٨.
- ٣- نظام الوقاية والسلامة من الآلات والمكينات الصناعية ومواقع العمل رقم (٤٢) لسنة ١٩٩٨.
- ٤- التعليمات الخاصة بحماية العاملين والمؤسسات من مخاطر بيئة العمل لسنة ١٩٩٨.
- ٥- تعليمات القطاعات الخاضعة لأحكام نظام تشكيل لجان ومشرفي السلامة والصحة المهنية لسنة ١٩٩٩.
- ٦- تعليمات الفحص الطبي الأولي للعمال في المؤسسات لسنة ١٩٩٩.
- ٧- تعليمات الفحص الطبي الدوري للعمال في المؤسسات = لسنة ١٩٩٩.

وبالنظر إلى نصي القانون الأردني والنظام السعودي نلاحظ أن كلاهما أكد على ضرورة توفير التدريب والتأهيل المناسب للمعوقين ووفقاً لمتطلبات سوق العمل، غير أن المشرع الأردني أشار إلى ضرورة تدريب مدرّبين متخصصين، الأمر الذي لم يشر له مباشرة المنظم السعودي^(١٩)، ومع ذلك فإن المجالات التي أشار إليها المنظم السعودي أوسع من تلك التي أشار إليها المشرع الأردني، فقد تطرق النظام السعودي إلى ضرورة توفير مراكز التأهيل بالإضافة إلى الوسائل التدريبية.

غير موقف كل من القانون الأردني والنظام السعودي يحتاج إلى تطوير وإضافات كثيرة، وهو ما يمكن إدراك أهميته بالمقارنة مع موقف القانون الجزائري، إذ خصص فصلاً كاملاً لهذه المسألة، وهو الفصل الثالث من قانون حماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم، والذي جاء تحت عنوان: "التربية والتكوين المهني وإعادة التدريب الوظيفي وإعادة التكييف"، وبالنظر إلى هذا الفصل يلاحظ وجود العديد من

النفسية والعضوية والعقلية للمعوق وبحسب ما تقضي الأحوال.

أما نظام العمل السعودي فقد أشار إلى حق العمال المعوقين بالعمل^(١٨)، وعاد ليؤكد في نظام رعاية المعوقين على واجب الدولة المتمثل في تدريب المعوقين وتأهيلهم، إذ جاء في المادة (٢) من هذا النظام ما نصه: "تكفل الدولة حق المعوق في خدمات الوقاية والرعاية والتأهيل، وتشجع المؤسسات والأفراد على الإسهام في الأعمال الخيرية في مجال الإعاقة، وتقدم هذه الخدمات لهذه الفئة عن طريق الجهات المختصة في المجالات الآتية: ١... ٣. المجالات التدريبية والتأهيلية: وتشمل تقديم الخدمات التدريبية والتأهيلية بما يتفق ونوع الإعاقة ودرجتها ومتطلبات سوق العمل، بما في ذلك توفير مراكز التأهيل المهني والاجتماعي، وتأمين الوسائل التدريبية الملائمة".

= ٨- قرار وزير العمل الخاص بوسائل وأجهزة الإسعاف الطبي

للعمال في المؤسسات لسنة ١٩٩٧.

٩- قرار وزير العمل الخاص بمستوى وجهات تدريب مشرفي

السلامة والصحة المهنية في المؤسسات لسنة ١٩٩٩.

١٠- قرار وزير العمل الخاص بالأعمال الخطرة أو المرهقة أو

المضرة بالصحة للأحداث لسنة ٢٠١١.

١١- قرار وزير العمل الخاص بالأعمال والأوقات التي يحظر

تشغيل النساء فيها لسنة ٢٠١٠.

(١٨) انظر المادة (٢٨) من نظام العمل السعودي.

(١٩) تشير بعض الدراسات إلى أن من بين الصعوبات التي تواجه المعوقين حركياً أثناء تنفيذ برامج التأهيل المهني هو عدم إلمام بعض المدرّبين ببعض الأساليب الخاصة بالتعامل مع المعوقين، وهو ما ظهر أيضاً بشأن آراء ومقترحات المعوقين حركياً بصدد سبل تحسين وتطوير برامج التأهيل المهني، إذ اتجهت آرائهم إلى ضرورة تأهيل المدرّبين على مختلف التخصصات العلمية في مجال تأهيل تدريب المعوقين حركياً. انظر: (العنزي، ٢٠٠٦: ص ١٦٧-١٦٨) (الشمري، ١٤٢٤: ص ١٦٤).

الأحكام المتنوعة التي لم تتضمن مثلها القوانين الأخرى، إذ يمكن إجمال أهم هذه الأحكام على النحو الآتي:

١ - الاهتمام بتدريب المعوقين وتأهيلهم في مراحل مبكرة من حياتهم^(٢٠)، أي في مرحلة الطفولة والمراهقة، إذ جعل المشرع الجزائري التعليم إجباري لهم^(٢١)، كما أشار إلى ضرورة توفير أقسام وفروع خاصة بتعليم هؤلاء الأشخاص^(٢٢).

٢ - إنشاء مؤسسات متخصصة بالتعليم والتكوين المهني للأشخاص المعوقين اللذين تتطلب طبيعة الإعاقة لديهم أو درجتها ذلك والتكفل بمختلف احتياجاتهم أثناء الانضمام إليها^(٢٣).

(٢٠) جاء في المادة (١٤) من قانون حماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم الجزائري ما نصه: (يجب ضمان التكفل المبكر للأطفال المعوقين. يبقى التكفل المدرسي مضمونا بغض النظر عن مدة التمدرس أو السن، طالما بقيت حالة الشخص المعوق تبرر ذلك).

(٢١) تنص المادة (١٥) من قانون حماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم الجزائري على ما يأتي: (يخضع الأطفال والمراهقون المعوقون إلى التمدرس الإجباري في مؤسسات التعليم والتكوين المهني).

(٢٢) انظر المادة (١٥) من قانون حماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم الجزائري.

(٢٣) جاء في المادة (١٦) من قانون حماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم الجزائري: (يتم التعليم والتكوين المهني للأشخاص المعوقين في مؤسسات متخصصة عندما تتطلب طبيعة الإعاقة ودرجتها ذلك. تضمن المؤسسات المتخصصة زيادة على التعليم =

٣ - تشجيع ودعم الجمعيات والمؤسسات المعتمدة ذات الطابع الإنساني الاجتماعي التي تتكفل برعاية المعوقين وتعليمهم وتكوينهم وإعادة تأهيلهم، وذلك من خلال تزويدها بالإمكانات اللازمة^(٢٤).

٤ - إنشاء لجنة ولائية للتربية الخاصة والتوجيه المهني تُعنى^(٢٥) بالعمل على قبول الأشخاص المعوقين في مؤسسات التعليم والتكوين المهني والبحث عن مناصب عمل ووظائف ملائمة للأشخاص المعوقين^(٢٦).

= والتكوين المهني وعند الاقتضاء إيواء المتعلمين والمتكويين، أعمالا نفسية-اجتماعية وطبية تقتضيها الحالة الصحية للشخص المعوق داخل هذه المؤسسات وخارجها وذلك بالتنسيق مع الأولياء ومع كل شخص أو هيكل معني.

تتكفل الدولة بالأعباء المتعلقة بالتعليم والتكوين المهني والإقامة والنقل في المؤسسات العمومية. (٢٤) انظر المادة (١٧) من قانون حماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم الجزائري.

(٢٥) قضت المادة (١٨) من قانون حماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم الجزائري بإنشاء لجنة ولائية للتربية الخاصة والتوجيه المهني تضم أشخاصا مؤهلين وعلى الخصوص: ممثلين عن أولياء التلاميذ المعوقين. ممثلين عن جمعيات الأشخاص المعوقين. خبراء مختصين في هذا الميدان. عضوا ممثلا عن المجلس الشعبي الولائي. كما قضت المادة ذاتها بأن يرأس اللجنة مدير التربية في الولاية، وينوبه كل من مدير التكوين المهني والممثل الولائي للوزارة المكلفة بالحماية الاجتماعية.

(٢٦) حددت المادة (١٩) من قانون حماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم الجزائري المهام والصلاحيات المناطة باللجنة الولائية للتربية الخاصة والتوجيه المهني المنصوص على النحو الآتي: =

حق للأشخاص المعوقين كي يكون قادرين على العيش واكتساب دخل دون الاعتماد على غيرهم^(٢٨)، لذلك فقد قضى المشرع الأردني بضرورة حصول الأشخاص المعوقين على فرص متكافئة في مجال العمل وبما يتناسب والمؤهلات العلمية الحاصلين عليها^(٢٩)، وهذا يعني عدم جواز التمييز بين الأشخاص المعوقين وغيرهم من الأشخاص بناء على الإعاقة، فيكون لهم الحق في العمل مثلهم كمثل أي شخص آخر، وهو ما صرح بمثله المشرع الجزائري، إذ جاء في المادة (٢٥) من قانون حماية الأشخاص المعوقين الآتي: "يتم ترسيم أو تثبيت العمال المعوقين ضمن نفس الشروط المطبقة على

٥ - إعطاء الأشخاص الذين يتكيفون بشخص معوق مقبول في مؤسسات التعليم والتكوين المهني منحة مدرسية^(٢٧).

المطلب الثاني: ضوابط تشغيل الأشخاص المعوقين

أورد المشرع الأردني العديد من الضوابط المتعلقة بإدماج وتشغيل العمال المعوقين في إحدى المنشآت، وبما يمكن إجماله على النحو الآتي:

أولاً: الحق في تكافؤ الفرص في العمل

إذا كان العمل حق لكل إنسان، فهو بالضرورة

(٢٨) لقد أشار المنظم السعودي والمشرع الجزائري إلى حق المعوق بالحصول على العمل لاكتساب الدخل، فقد نصت المادة (٢) من نظام رعاية المعوقين السعودي على الآتي: "تكفل الدولة حق المعوق في خدمات الوقاية والرعاية والتأهيل، وتشجع المؤسسات والأفراد على الإسهام في الأعمال الخيرية في مجال الإعاقة، وتقدم هذه الخدمات لهذه الفئة عن طريق الجهات المختصة في المجالات الآتية: ١... ٤ مجالات العمل: وتشمل التوظيف في الأعمال التي تناسب قدرات المعوق ومؤهلاته لإعطائه الفرصة للكشف عن قدراته الذاتية، ولتمكينه من الحصول على دخل كباقي أفراد المجتمع، والسعي لرفع مستوى أدائه أثناء العمل عن طريق التدريب".

كما جاء في المادة (٢٣) من قانون حماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم الجزائري ما نصه: "يتم إدماج الأشخاص المعوقين واندماجهم، لاسيما من خلال ممارسة نشاط مهني مناسب أو مكيف يسمح لهم بضمان استقلالية بدنية واقتصادية".

(٢٩) انظر المادة (٤) من قانون حقوق الأشخاص المعوقين الأردني.

= أ) العمل على قبول الأشخاص المعوقين في مؤسسات التعليم والتكوين المهني والمؤسسات المتخصصة وتوجيههم حسب الحاجات المعبر عليها وطبيعة الإعاقة ودرجتها طبقاً لشروط وكيفيات الالتحاق المتعلقة بالأشخاص المعوقين والمطبقة في مجال التربية والتكوين.

ب) تعيين المؤسسات والمصالح التي يجب عليها القيام بالتربية والتكوين والتأكد من التأطير والبرامج المعتمدة من الوزارات المعنية والإدماج النفسي - الاجتماعي والمهني للأشخاص المعوقين.

ج) العمل على الاعتراف للمعوق بصفة العامل وتوجيهه وإعادة تصنيفه وتعيين المؤسسات والمصالح التي تساهم في استقبال الأشخاص المعوقين وإدماجهم مهنيًا.

د) العمل على البحث عن مناصب عمل ووظائف ملائمة يمكن أن يشغلها الأشخاص المعوقون واقتراحها.

(٢٧) انظر المادة (٢١) من قانون حماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم الجزائري.

العمال الآخرين طبقاً للتشريع المعمول به". وأكدت المادة (٢٤) من القانون نفسه، إذ نصت بأنه "لا يجوز إقصاء أي مترشح بسبب إعاقته من مسابقة أو اختبار أو امتحان مهني يتيح الالتحاق بوظيفة عمومية أو غيرها، إذا أقرت اللجنة المنصوص عليها في المادة ١٨ أعلاه^(٣٠) عدم تنافي إعاقته مع هذه الوظيفة".

أما موقف النظام السعودي من مسألة تكافؤ فرص العمل للمعوقين مع غيرهم فلم يأت نص يصرح به كما في القانونين الأردني والجزائري، وهو ما يجدر تداركه بالنص عليه مباشرة.

ثانياً: نسبة العمال المعوقين في المنشأة

لم يكتفِ المشرع في كل من الأردن والسعودية والجزائر بالتأكيد على حق المعوق في التدريب والعمل وتكافؤ الفرص مع غيرهم من الأشخاص، بل اتجه إلى فرض نسب محددة من عدد العمال في كل منشأة وتخصيصها للعمال المعوقين.

فقد إلزام المشرع الأردني المؤسسات التي لا يقل عدد العاملين في أي منها عن (٢٥) عاملاً ولا يزيد على (٥٠) عاملاً بتشغيل عامل واحد من الأشخاص المعوقين، أما إذا زاد عدد العاملين في أي منها على (٥٠) عاملاً فتخصص ما لا تقل نسبته عن (٤٪) من

عدد العاملين فيها للأشخاص المعوقين، ولكن شريطة أن تسمح طبيعة العمل في المؤسسة بذلك^(٣١).

ولعل ابرز ما يلاحظ على الحكم الذي أورده المشرع الأردني هو إعفاؤه المنشآت التي يقل عدد العاملين فيها عن (٢٥) من تشغيل المعوقين، كما أن نسبة التشغيل التي فرضها المشرع الأردني للمنشآت التي لا يزيد عدد عمالها على (٥٠) هي (٢٪) وهي بلا شك نسبة متدنية من الأجدر رفعها، إضافة إلى ذلك فإن المشرع الأردني يتيح لصاحب العمل هامشاً من الحرية في تشغيل العمال المعوقين من عدمه عندما حدد العدد الذي يجب حال توافره في المنشأة تشغيل عامل من ذوي الإعاقة، وهو (٢٥) عاملاً، وهذا يعني أن باستطاعة صاحب العمل الإفلات من تطبيق القانون إن هو حافظ على عدد العمال في منشأته دون (٢٥)، الأمر الذي ينطبق على النسبة الأخرى التي أوردها المشرع، وهي تشغيل (٤٪) من العمال إذا زاد عددهم عن (٥٠) عاملاً، إذ سيحرص صاحب العمل على عدم زيادة عدد عماله عن خمسين عاملاً إن كان لا يرغب بتشغيل عمالاً معوقين، وبعبارة موجزة فإن الحكم الذي أورده المشرع الأردني لا يلزم أصحاب العمل تماماً بتشغيل المعوقين بل يتيح لهم تلافي تطبيقه إن هم استطاعوا التحكم بعدد العاملين في المنشأة، وهو الوضع الذي يجدر بالمشرع الأردني تداركه بوضع

(٣٠) اللجنة المشار إليها في المادة (١٨) من قانون حماية الأشخاص المعوقين الجزائري هي اللجنة الولائية للتربية الخاصة والتوجيه المهني.

(٣١) انظر المادة (٤) من قانون حقوق الأشخاص المعوقين الأردني.

نسبة محددة من العمال المعوقين في كل منشأة وبغض النظر عن عدد العاملين فيها^(٣٢).

(٣٢) تشير الدراسات المسحية إلى تفاوت نسب الإعاقة بين البلدان المختلفة، كما أن عدد المعوقين الملتحقين بالعمل والمشتغلين يختلف وذلك تبعاً لعوامل عدة كالعمر ومكان الإقامة ومدى التحصيل التعليمي وجنس المعوق. ففي الأردن تشير الدراسات المسحية بشأن الإعاقة إلى النتائج الآتية:

- ١- أن نسبة الأشخاص من ذوي الإعاقة بلغت حوالي ٤٪.
- ٢- أن ما نسبته ٧,٧٪ من الأسر في المملكة يوجد فيها شخص واحد على الأقل من ذوي الإعاقة.
- ٣- حوالي ٥٩٪ من الأشخاص ذوي الإعاقة من الذكور، مقابل ٤١٪ إناث.
- ٤- أن ٨٤٪ من الأشخاص ذوي الإعاقة يقيمون في الحضر، و١٦٪ يقيمون في الريف.
- ٥- بلغت نسبة الأشخاص ذوي الإعاقة ممن أعمارهم ١٥ سنة فأكثر ٧٨,٤٪ من مجموع الأشخاص ذوي الإعاقة.
- ٦- حوالي ٤٥٪ من الأشخاص ذوي الإعاقة الذين أعمارهم ١٥ سنة فأكثر مستواهم التعليمي أمي/ملم، مقابل ١١٪ مستواهم التعليمي أقل من ثانوي.
- ٧- أن ١٧,٨٪ من الأشخاص ذوي الإعاقة ممن أعمارهم ١٥ سنة فأكثر نشيطين اقتصادياً، مقابل ٨٢,٢٪ غير نشيطين اقتصادياً.
- ٨- بلغ معدل البطالة للأشخاص ذوي الإعاقة ٩,٤٪.
- ٩- نسبة الأشخاص ذوي الإعاقة الذكور المشتغلين حوالي ٨٨٪، في حين بلغت نسبة الإناث ذوات الإعاقة المشتغلين ١٢٪.
- ١٠- بلغت نسبة الأشخاص ذوي الإعاقة الذكور المتعطلين ٨٠٪، في حين بلغت نسبة الإناث ذوات الإعاقة المتعطلات ٢٠٪ إناث.
- ١١- بلغت نسبة الأشخاص ذوي الإعاقة غير النشيطين اقتصادياً حوالي ٥٤٪، مقابل ٤٦٪ من الإناث ذوات الإعاقة غير النشيطات اقتصادياً.

أما نظام العمل السعودي فقد ألزم كل صاحب عمل يستخدم (٢٥) عاملاً فأكثر، أن يشغل (٤٪) على الأقل من مجموع عماله من المعوقين المؤهلين مهنيًا^(٣٣)، على أن تكون طبيعة العمل لدى صاحب العمل تمكنه من تشغيل المعوقين الذين تم تأهيلهم مهنيًا، وسواء تم ترشيح المعوقين للعمل عن طريق وحدات التوظيف أو غيرها من الجهات^(٣٤).

وما يلاحظ بشأن الحكم السابق هو اشتراطه أن يكون قد تم تأهيل من يتم تشغيله من العمال المعوقين مهنيًا، وهو ما يطرح التساؤل حول العمال المعوقين الآخرين ومدى استفادتهم من هذه النسبة التي فرضها

= انظر: دائرة الإحصاءات العامة والمجلس الأعلى لشؤون المعوقين، ٢٠١٠: هـ، و).

(٣٣) بلغ عدد الأشخاص بحسب الإعاقة في المملكة العربية السعودية ١٢٤,٥٩٦ شخص. وبذلك فإن نسبة السكان السعوديين المعوقين إلى إجمالي السكان تقدر ٠,٨ في المائة، ويعني ذلك أنه من بين كل ألف من السكان السعوديين هناك ثمانية معوقين. ويتوزع السعوديون المعوقون بين الذكور والإناث بنسب ٦٥ في المائة، ٣٥ في المائة على التوالي. انظر: مصلحة الإصلاحات العامة والمعلومات، أطلس السكان والمساكن "النتائج التفصيلية لتعداد العام للسكان والمساكن لعام ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م، الرياض، ١٤٢٩، ص ٥٩.

(٣٤) انظر المادة (٢٨) من نظام العمل السعودي. وجدير بالذكر أن بعض التشريعات العربية تقصر ترشيح تشغيل العمال المعوقين على وزارة العمل أو أحد فروعها. انظر المادة (١٥) من قانون العمل اليمني رقم (٥) لسنة ١٩٩٥ المنشور في الجريدة الرسمية عدد ٥ لسنة ١٩٩٥.

المشرع في كل منشأة، فماذا بشأن العمال المعوقين الحاصلين على درجات علمية، أو حتى العمال المعوقين غير المؤهلين الذين يرغبون بشغل أعمال لا تتطلب التأهيل؟

نعتقد بأن الحكم السابق لا يشملهم، وهو ما يشكل قصورا وخللا من الأولى تلافيه.

وعلى نحو مماثل قضى المشرع الجزائري بإلزام كل مستخدم بتخصيص نسبة واحد بالمائة (١٪) على الأقل^(٣٥) من مناصب العمل للأشخاص المعوقين المعترف لهم بصفة العامل^(٣٦).

لقد أحسن المشرع الجزائري بعدم تحديد عدد العمال الذين يجب حال توافرهم تشغيل عامل معوق، إلا أنه قد يؤخذ عليه ضالة النسبة التي حددها للعمال المعوقين، فكان من الأولى رفعها وزيادتها إلى (٥٪) أو (٤٪) على الأقل^(٣٧).

(٣٥) تفيد المعطيات المستقاة من الإحصاء العام للسكان والسكنات لعام ١٩٩٨ بأن عدد المعاقين على اختلاف نوع الإعاقة، وجنس المصاب (إناث، ذكور)، أو سنه قد بلغ ١٥٩٠٤٦٦ معاقا. وفي دراسة أحدث من الإحصائية السابقة توصلت الدراسة إلى أن عدد المعوقين في الجزائر حاليا، يمكن أن يتجاوز الثلاث ملايين شخصا معوقا، استنادا إلى المجموع العام للسكان الذي يتجاوز الثلاثين مليون نسمة. (مسعودان، ٢٠٠٦: ص ٢٥١).

(٣٦) انظر المادة (٢٧) من قانون حماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم الجزائري.

(٣٧) تقضي بعض القوانين العربية بتشغيل نسبته أعلى مما هو مقرر في القانون الأردني والسعودي والجزائري، فمثلا يقضي كل =

ويشار هنا إلى أنه لا يلزم صاحب العمل بتشغيل النسبة السابق ذكرها من العمال المعوقين إلا إن كانت طبيعة العمل في المنشأة تسمح بتشغيلهم، وهو ما قضى بمثله المشرع الأردني^(٣٨) والسعودي^(٣٩)، والتساؤل المطروح هنا يدور حول الكيفية أو الآلية التي يمكن من خلالها التحقق من صدق وموضوعية صاحب العمل في حال ادعائه أن طبيعة العمل لا تسمح بتشغيل المعوقين؟

قد يصعب التحقق من ذلك في الكثير من الأحيان، وهو ما دفع المشرع الجزائري إلى مواجهة مثل هذا الاحتمال، حيث فرض على أصحاب العمل في مثل هذه الحالة التحمل ببعض المبالغ المالية -وهو ما يحسن تبني مثله في القانون الأردني والسعودي- إذ جاء في المادة (٢٧) من قانون حماية الأشخاص المعوقين الجزائري ما نصه: "يجب على كل مستخدم أن يخصص نسبة واحد بالمائة (١٪) على الأقل من مناصب العمل للأشخاص المعوقين... وعند استحالة ذلك يتعين عليه دفع اشتراك مالي تحد قيمته عن طريق التنظيم يرصد في حساب صندوق خاص لتمويل نشاط حماية المعوقين وترقيتهم".

= من المشرع الفلسطيني واليميني بتشغيل عمال معوقين بما نسبته (٥٪) من العمال الكلي. انظر: المادة (١٣) من قانون العمل الفلسطيني رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠ المنشور في الوقائع الفلسطينية عدد ٣٩ نوفمبر ٢٠٠١. المادة (١٥) من قانون العمل اليمني.

(٣٨) انظر المادة (٣/٤) من قانون حقوق الأشخاص المعوقين الأردني.

(٣٩) انظر المادة (٢٨) من نظام العمل السعودي.

مهام المعوق لدى قيامه بعمله، وهذا يتطلب تجهيز وسائل المواصلات والمرافق والمرات الخاصة بالمنشأة لاستعمالها من قبل المعوقين، ليس هذا فحسب، وإنما قد يقتضي الأمر كذلك وضع أجهزة أو وسائل وأدوات خاصة في مكان العمل، ولاسيما إذا ما استدعى الأمر التعامل مع بعض الآلات الخطرة.

وعلى نحو أدق واشمل مما ذهب إليه المشرع الأردني ذهب المشرع الجزائري إلى حث أصحاب العمل وتحفيزهم للقيام بإعداد التجهيزات الخاصة بالمعوقين في منشأتهم، فقد جاء في المادة (٢٨) من قانون حماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم الجزائري ما نصه: "يستفيد المستخدمون الذين يقومون بتهيئة وتجهيز مناصب عمل للأشخاص المعوقين بما في ذلك التجهيزات من تدابير تحفيزية حسب الحالة، طبقاً للتشريع المعمول به".

وما فعله المشرع الجزائري يجدر بالمشرع الأردني تبني مثله، ومن الأولى بنظام العمل السعودي النص عليه، خصوصاً وأنه لم ينص مباشرة على ضرورة إعداد مثل هذه التجهيزات في المنشآت^(٤٣).

رابعاً: العقوبات

التفت المشرع الأردني إلى الأهمية المترتبة على

ومن جانب آخر نعتقد بأن يستفيد من هذه النسب العمال كافة، فلا تمييز بينهم بحسب الجنس أو العمر، وبتعبير آخر فإنه يمكن بناء على هذا الحكم التعاقد مع عمال معوقين من الرجال أو النساء، كما يمكن التعاقد مع عمال معوقين من البالغين أو الإحداث المصرح لهم بالعمل.

وبالرغم مما سبق فإن إمكانية التعاقد مع عمال أجانب من المعوقين يبدو أنها غير أكيدة، ذلك أن التشريعات الأخرى -كتلك المتعلقة باستقدام العمال الأجانب- عادة ما تنص على حظر استقدام العمال إلا بعد اجتياز فحوص طبية محددة^(٤٠) قد يتصل بعضها بوجود إعاقات من عدمه.

وجدير بالذكر أيضاً أن المشرع وبغية إحكام الرقابة والإشراف على تطبيق النسب والإحكام الخاصة بتشغيل المعوقين قضى بوجوب قيام صاحب العمل بتزويد وزارة العمل ببيان يتضمن عدد الأعمال التي يشغلها المعوقون في المنشأة وأجر كل منهم^(٤١).

ثالثاً: التجهيزات الخاصة بالمعوقين في المنشأة

قضى المشرع الأردني بضرورة إعداد التجهيزات المعقولة من قبل جهة العمل^(٤٢)، وذلك بغية تيسير

(٤٠) انظر على سبيل المثال المادة (٣) من تعليمات شروط وإجراءات استقدام واستخدام العمال غير الأردنيين.

(٤١) انظر: المادة (١٣) قانون العمل الأردني. المادة (٢٨) من نظام العمل السعودي.

(٤٢) انظر المادة (٤/٤) من قانون حقوق الأشخاص المعوقين الأردني.

(٤٣) يسمى المنظم السعودي التجهيزات الخاصة بالمعوقين بالخدمات التكاملية، إذ قضى بصفة عامة بضرورة مراعاتها، انظر المادة (٨/٢) من نظام رعاية المعوقين السعودي. انظر كذلك المادة (٣) من النظام ذاته.

المهنة، والأجور التي يتقاضها العمال لدى صاحب العمل نفسه، وطبيعة الأعمال التي يمكن تشغيل المعوقين بها لدى صاحب العمل.

أما نظام العمل السعودي فلم يفرض عقوبة خاصة بأصحاب العمل الذين يرتكبون مخالفة للأحكام المتعلقة بتشغيل المعوقين، غير أن ذلك لا يعني الإفلات من العقوبة بالكلية، فهناك عقوبة عامة تطبق بشأن المخالفات التي لم يفرد لها عقوبة خاصة، إذ ورد في المادة (٢٣٩) من النظام ما نصه: "يعاقب كل من يخالف أي حكم من أحكام هذا النظام واللوائح والقرارات الصادرة بمقتضاه - فيما لم يرد بشأنه نص خاص بالعقوبة- بغرامة لا تقل عن ألفي ريال ولا تزيد على خمسة آلاف ريال".

لعل التساؤل المثار هنا يتعلق بمدى كفاية ونجاعة هذه العقوبة في تطبيق الأحكام المتعلقة بتشغيل المعوقين، فهل الغرامة البالغ مقدارها من (٢٠٠٠) إلى (٥٠٠٠) آلاف ريال تكفي لضمان تشغيل المعوقين وبالنسب المحددة بالنظام؟

لا نعتقد ذلك، بل إن مثل هذه العقوبة قد تجعل بعض أصحاب العمل يتجرؤون على مخالفة ذلك الحكم، لذا فالأولى بالمنظم السعودي تخصيص عقوبة مشددة بشأن هذه المخالفة تلاءم الأهمية التي من أجلها نص على ضرورة تشغيل المعوقين.

ومن جانب آخر فمن الأولى جعل الغرامات والمبالغ المترتبة على مخالفة أصحاب العمل لأحكام

احترام الأحكام التي أوردتها بشأن حق المعوق بالعمل وذلك من خلال إفراة عقوبة جنائية خاصة توقع بحق من يرتكب فعل مخالف لها، فقد نصت المادة (١٢) من قانون حقوق الأشخاص المعوقين:

(أ) يترتب على كل مؤسسة في القطاع الخاص ثبت امتناعها عن تنفيذ أحكام البند (٣) من الفقرة (ج) من المادة (٤) من هذا القانون دفع غرامة مالية لا يقل مقدارها عن ضعف الأجرة الشهرية للحد الأدنى لعدد الأشخاص المعوقين المترتب عليها تشغيلهم خلال السنة، وفي حال تكرار المخالفة تضاعف الغرامة.

(ب) تؤول الغرامات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة إلى المجلس^(٤٤).

إذن فالعقوبة التي فرضها المشرع الأردني تتمثل بالغرامة ومقدارها ضعف الأجرة الشهرية للحد الأدنى لعدد الأشخاص المعوقين الواجب تشغيلهم، ولكن كم هو مقدار هذه الأجرة، أهو الحد الأدنى لأجر العامل، أم أكثر من ذلك؟

لا شك بأنه يجب ألا يقل عن الحد الأدنى للأجور، كما أنه قد يزيد عن ذلك بكثير أو قليل، فتحديد هذا المقدار مناط بتقدير القاضي نفسه، إذ قد يتعلق ذلك باعتبارات متعددة كمتوسط الأجور في

(٤٤) المجلس المقصود هو المجلس الأعلى لشؤون الأشخاص المعوقين. انظر: المادة (٤/٤) من قانون حقوق الأشخاص المعوقين الأردني. وانظر بشأن مهام هذا المجلس المادة (٧) من القانون ذاته.

الذين لا يلتزمون بتطبيق هذا الحكم، فهل تطبق بحقهم العقوبات نفسها المترتبة على عدم تشغيل ذوي الإعاقة السابقة على الالتحاق بالعمل أم أن هناك عقوبات أخرى أكثر ملائمة يمكن فرضها في هذا الصدد؟

وعليه فإن دراستنا تشغيل ذوي الإعاقات اللاحقة على التحاق العامل بالعمل ستكون من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: ضوابط تشغيل ذوي الإعاقات الطارئة أثناء العمل.

المطلب الثاني: العقوبات المترتبة على الإخلال بأحكام تشغيل العمال المعوقين.

المطلب الأول: ضوابط تشغيل ذوي الإعاقات

الطارئة أثناء العمل

فقد نصت المادة (١٤) من قانون العمل على ما يأتي: "إذا أصيب عامل إصابة عمل نتج عنها عجز دائم جزئي لا يمنعه من أداء عمل غير عمله الذي كان يقوم به وجب على صاحب العمل تشغيله في عمل آخر يناسب حالته إذا وجد مثل هذا العمل وبالأجر المخصص لذلك، على أن تحسب حقوقه المالية عن المدة السابقة لإصابته على أساس أجره الأخير قبل الإصابة".

وهو ما أكد على مثله نظام العمل السعودي، إذ نصت المادة (٢٩) منه على الآتي: "إذا أصيب أي عامل إصابة عمل نتج عنها نقص في قدراته المعتادة لا يمنعه من أداء عمل آخر غير عمله السابق، فإن على

تشغيل المعوقين من نصيب المعوقين أنفسهم، وذلك من خلال تخصيصها وصرفها في الأوجه الخاصة برعايتهم وتطوير قدراتهم، أسوة بما فعل بعض المشرع في بعض الدول كالأردن^(٤٥)، وهو ما يؤكد مجددا أهمية إدراج تعديل على العقوبة الخاصة بمخالفات تشغيل المعوقين.

أما المشرع الجزائري فلم يورد في قانون علاقات العمل أو قانون حماية الأشخاص المعوقين عقوبات خاصة بأصحاب العمل المكلفين، غير أن ذلك لا يمنع من تطبيق المادة (٢٧) من قانون حماية الأشخاص المعوقين والتي نصت صراحة على ضرورة دفع صاحب العمل لاشتراك مالي عند تعذر تشغيل النسبة المحددة من العمال المعوقين في المنشأة.

المبحث الثاني: تشغيل ذوي الإعاقات

الطارئة أثناء العمل

لم يكتف المشرع بحماية المعوق الذي يبحث عن عمل وتدريبه وتأمينه بالعمل المناسب، بل أن انه أولى رعاية خاصة بالعامل الذي تلحق بها إعاقة أثناء عمله ولكن وفق أوضاع وشروط محددة، ومن ثم فإنه يتوجب على أصحاب العمل تشغيل أولئك العمال المعوقين حال تحقق الشروط التي يتطلبها المشرع.

غير أن التساؤل الذي قد يثار في هذا المقام يتعلق بالعقوبات التي يمكن إيقاعها بحق أصحاب العمل

(٤٥) انظر المادة (١٢) من قانون حقوق الأشخاص المعوقين الأردني.

صاحب العمل الذي وقعت إصابة العامل بسبب العمل لديه توظيفه في العمل المناسب بالأجر المحدد لهذا العمل. ولا يخل هذا بما يستحقه من تعويض عن إصابته".

أذن، فالمرشح وعلى الرغم من عدم استخدامه لمصطلح "المعوق" في المادتين السابقتين، إلا أنه تطرق لحالة الشخص الذي أصيب بعجز جزئي دائم أو نقص في قدراته المعتادة، وهو ما يدخل ضمن مفهوم الشخص المعوق بحسب التعريفات السابق طرحها^(٤٦). ومن خلال النصين السابقين نستطيع القول بأنه إذا صيب عامل بعجز جزئي يمنعه من مواصلة عمله الأصلي، فإنه يتوجب على صاحب العمل الذي يعمل لديه إعادة تشغيله في عمل آخر في المنشأة حال توافر الشروط الآتي ذكرها:

١ - أن تكون الإصابة اللاحقة بالعامل تعد إصابة عمل، وإصابة العمل بحسب مفهوم قانون العمل هي كل إصابة تلحق بالعامل نتيجة حادث أثناء تأدية العمل أو بسببه. إذ يعد في حكم ذلك الحادث ما يقع للعامل أثناء ذهابه لمباشرة عمله أو عودته منه.

٢ - أن تكون الإصابة الناجمة عن العمل قد ألحقت بالعامل عجز جزئي دائم، ومعنى ذلك أنه يخرج من نطاق هذا الحكم حالات العجز الكي وحالات

العجز الجزئي المؤقت، والفيصل في تحديد ماهية وطبيعة العجز هو دائما التقارير الطبية القطعية الصادرة عن الجهات الطبية المختصة.

٣ - ألا يمنع العجز الجزئي الدائم العامل من أداء عمل آخر غير عمله الذي كان يقوم به قبل الإصابة.

٤ - أن يتوافر لدى صاحب العمل عمل آخر يناسب حالة العامل بعد الإصابة.

٥ - أن يتقاضى العامل الأجر المخصص للعمل الجديد، وهو ما قد يقتضي تخفيض اجر العامل الذي يتم تغيير عمله، غير أن ذلك لا يمس بأي حال الحقوق المترتبة للعامل من جراء إصابته^(٤٧).

(٤٧) تطرق المشرع الأردني إلى كيفية احتساب مقدار التعويض عن العجز الجزئي الدائم في المادة (٩٠/ج) من قانون العمل، إذ نصت على الآتي: "إذا نتج عن إصابة العمل عجز جزئي دائم بناء على تقرير من المرجع الطبي فيدفع للعامل تعويض على أساس نسبة ذلك العجز إلى التعويض المقرر للعجز الكلي بموجب الجدول رقم (٢) الملحق بهذا القانون". أما مقدار التعويض عن العجز الكلي فتناولته الفقرة (أ) من المادة ذاتها إذ نصت على ما يأتي: "إذا نشأ عن إصابة العمل وفاة العامل أو عجزه الكلي فيستحق على صاحب العمل تعويض يساوي اجر ألف ومائتي يوم عمل على أن لا يتجاوز التعويض خمسة آلاف دينار ولا يقل عن ألفي دينار". تقابل المادة (١٣٨) من نظام العمل السعودي. المواد (٣٨-٤٧) من قانون حوادث العمل والأمراض المهنية الجزائري رقم (٨٣-١٣) المنشور في الجريدة الرسمية عدد ٢٨ مؤرخة في ٠٥ يوليو ١٩٨٣، الصفحة ١٨٠٩.

(٤٦) انظر الصفحة الثالثة من المبحث التمهيدي من الدراسة.

وهو ما لم يشترطه المشرع الجزائري الذي نص صراحة على إعادة تشغيل هذا العامل وبقطع النظر عن سبب إصابته، الأمر الذي يصب في مصلحة العامل الذي لحقت به الإعاقة قطعاً، ويحسن تبني مثله لدى المشرع الأردني والجزائري.

٣ - أن المشرع الجزائري يشترط لتطبيق هذا الحكم إمضاء العامل فترة إعادة تدريب من أجل تولي عمل آخر لدى صاحب العمل، وهو ما لم يشترطه كل من المشرع الأردني والمنظم السعودي، ولعله كان من الأفضل النص عليه لديهما، ولكن مع إضافة شرط يقضي بإمضاء فترة التدريب إن تطلب العمل الجديد تدريباً ورغب به العامل^(٤٨)، ذلك أن كثيراً من الأعمال لا تتطلب التدريب، كما أنه قد يتوافر لدى صاحب العمل أعمال متعددة مناسبة لذلك العامل، يحتاج بعضها إلى تدريب، فيما لا يتطلب بعضها الآخر ذلك.

٤ - أن المشرع الأردني والمنظم السعودي تطرقا وبوضوح إلى استحقاق العامل الأجر المناسب

وفيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري من هذه الحالة نجد أنه تطرق له في المادة (٢٦) من قانون حماية الأشخاص المعوقين الجزائري، إذ نصت على ما يأتي: "يتعين على المستخدم إعادة تصنيف أي عامل أو موظف أصيب بإعاقة مهما كان سببها، بعد فترة إعادة التدريب من أجل تولي منصب عمل آخر لديه".

وبالمقارنة بين طريقة معالجة المشرع الأردني والمنظم السعودي لهذه الحالة وطريقة معالجة المشرع الجزائري لها نجد أنه يمكن إحصاء فروق عدة، أهمها ما يأتي:

١ - أن موضع معالجة حالة العامل الذي يصاب بعجز جزئي دائم كان في التشريع الخاص بالعمل في كل من الأردن والسعودية، أما المشرع الجزائري فقد استخدم مصطلح الإعاقة في النص السابق وجعلها إلى جانب باقي الأحكام المتعلقة بتشغيل المعوقين، أي في قانون حماية الأشخاص المعوقين، وهو ما يحقق نوعاً من الوضوح والانسجام بين النصوص والأحكام المتعلقة بالموضوع، فلا إبهام ولا بعثرة، وهو يدل في الوقت ذاته على دقة في الصياغة التشريعية، لذا يجدر تبني مثله التشريعات الأخرى، ولا سيما في القانون الأردني الذي تطرق لباقي الأحكام في قانون حقوق الأشخاص المعوقين.

٢ - أن المشرع الأردني والمنظم السعودي يشترطان في الإصابة أن تكون من قبيل إصابات العمل،

(٤٨) لم يغفل المشرع الجزائري عن احترام رغبة العامل في المهنة التي يرغب بمزاومتها بعد حدوث إصابة العمل له، إذ أعطاه الحق في الحصول على التدريب المناسب واختيار المهنة التي يرغب بها، فنص في المادة (٩٢) من قانون حوادث العمل والأمراض المهنية الجزائري على الآتي: "للمصاب الذي يصبح، على أثر الحادث، غير قادر على ممارسة مهنته أو لا تتأتى له إلا بعد إعادة تكييف، الحق في تكييفه مهنيًا داخل مؤسسة أو لدى صاحب عمل لتمكينه من تعلم ممارسة مهنة من اختياره".

للعمل الجديد الذي يتولاه العامل، وهو ما لم يصرح مثله المشرع الجزائري.

وجدير بالذكر هنا أن القانون في كل من الأردن والسعودية والجزائر لم يميز بشأن هذا الحكم بين عامل وآخر، فيستفيد منه العمال كافة دون تمييز بينهم بناء على الجنس أو الجنسية، فيستفيد منه العامل الذكر إلى جانب الأنثى، كما يمكن أن يستفيد منه العامل الوطني إلى جانب الأجنبي، فالحكم السابق لم ينص على استثناء أحد منه.

المطلب الثاني: العقوبات المترتبة على الإخلال

بأحكام تشغيل العمال المعوقين

إذا ما تحققت الشروط والضوابط السابق ذكرها، فإنه يتوجب على صاحب العمل تشغيل العامل الذي لحقت به الإعاقة في العمل الجديد، وإلا فإنه سيكون عرضة للعقوبة الجنائية المتعلقة بمخالفة أحكام قانون العمل التي نص عليها كل من المشرع الأردني والمنظم السعودي.

إذ نصت المادة (١٣٩) من قانون العمل الأردني على أنه: "كل مخالفة لأحكام هذا القانون أو أي نظام صادر بمقتضاه لم تعين لها عقوبة فيه يعاقب مرتكبها بغرامة لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تزيد على مئة دينار ويشترط في ذلك أن تفرض على المخالف العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات المعمول به إذا كانت العقوبة المقررة للمخالفة فيه أشد مما هو منصوص عليه في هذا".

كما نصت المادة (٢٣٩) في نظام العمل السعودي على أنه: "يعاقب كل من يخالف أي حكم من أحكام هذا النظام واللوائح والقرارات الصادرة بمقتضاه - فيما لم يرد بشأنه نص خاص بالعقوبة - بغرامة لا تقل عن ألفي ريال ولا تزيد على خمسة آلاف ريال".

ونعتقد بأن مقدار العقوبة الجنائية الخاصة بهذه الحالة في كل من التشريع الأردني والسعودي لا يلائم حجم المخالفة المرتكبة، لذا فمن الأولى إفراة عقوبة خاصة بها ومن الأولى تشديدها. أما المشرع الجزائري فلم يخص المخالفات المتعلقة بهذه الحالة بعقوبة جنائية، وهو ما يجدر تداركه.

الخاتمة

بعد أن انهينا دراسة الأحكام المتعلقة بحماية حق الأشخاص المعوقين في العمل، فإن من المفيد عرض أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها.

النتائج

- ١ - يقصد بالمعوق في مجال هذه الدراسة: الشخص الذي تتوافر لديه علة مستقرة تتعلق بجسمه وتحول دون حصوله على عمل مناسب أو الاستمرار فيه بصورة اعتيادية.
- ٢ - اختلفت التشريعات في موضع تنظيم الأحكام المتعلقة بحق المعوق في العمل، ففي حين نظمته بعضها من خلال أحكام تشريع العمل كما في نظام

من أصحاب العمل، الأمر الذي لم يتطرق لمثله نظام العمل السعودي.

٧ - اختلفت مواقف التشريعات من مسألة فرض عقوبة جنائية بشأن الأحكام المتعلقة بتشغيل المعوقين، إذ أفرد لها البعض عقوبة خاصة، فيما تركها البعض الآخر للعقوبة العامة الواردة بشأن مخالفة إحكام تشريع العمل.

٨ - تلزم التشريعات المختلفة بتشغيل العمال الذين تلحق بهم إعاقة إثناء عملهم وفق شروط معينة، قد يحول وجود هذه الشروط دون تمكين بعض العمال المعوقين من الحصول على العمل في المنشأة التي كان يعمل بها.

التوصيات

١ - يحذر بالمشروع الأردني توحيد الموضع الخاص بتشغيل الأشخاص المعوقين وضمها في قانون واحد، ونقترح أن يكون قانون حقوق الأشخاص المعوقين. الأمر الذي يفضل تبني مثله من قبل المنظم السعودي، إذ يحسن به نقل الأحكام المتعلقة بتشغيل المعوقين كافة إلى نظام رعاية المعوقين.

٢ - يحسن بالمشروع الأردني والمنظم السعودي تنظيم إحكام خاصة بتدريب وتأهيل المعوقين وتفصيل كثير من المسائل المتعلقة بهم.

٣ - يحسن بالمشروع الأردني والجزائري والمنظم السعودي رفع نسبة العمال المعوقين في المنشآت، كما يفضل عدم تقييد هذه الالتزام بهذه النسبة

العمل السعودي، ذهبت تشريعات أخرى إلى أفراد قانون خاص بحقوق ذوي الإعاقة كافة وبضمنها حقه في العمل، كما في القانون الجزائري والأردني، غير أن المشرع الأردني ترك جانباً من الأحكام المتعلقة بالمعوق في قانون العمل.

٣ - تتفاوت الحماية التشريعية لحق العامل بالعمل بين التشريعات المختلفة، ويلاحظ أن موقف التشريع الجزائري جاء متقدماً على غيره من التشريعات، إذ اهتم بالمعوق في طفولته وفرض التعليم الإلزامي لمصلحته، كما وجه إلى إنشاء مؤسسات متخصصة بالتعليم والتكوين المهني للأشخاص وتشجيع ودعم الجمعيات والمؤسسات المتخصصة في خدمتهم.

٤ - أشار المشرع الأردني والجزائري إلى حق المعوق في تكافؤ الفرص في العمل، وهو ما لم يتطرق لمثله نظام العمل السعودي.

٥ - تختلف نسبة العمال المعوقين الواجب تشغيلهم من مشرع إلى آخر، ففي حين جعلها المشرع الأردني والمنظم السعودي (٤٪) من عدد عمال المنشأة، جعلها المشرع الجزائري (١٪)، كما أن فرض عدد من العمل كحد أدنى للالتزام بالنسب المذكورة يعيق تطبيقها وتفعيلها من الناحية العملية.

٦ - اوجب المشرع الأردني والجزائري بإعداد التجهيزات الخاصة بالمعوقين في المنشأة، غير أن المشرع الجزائري تميز بمنحه حوافز لمن يقوم بذلك

بالمخالفات المتعلقة بتشغيل المعوقين، وسواء كانت الإعاقة سابقة على العمل أو لاحقة عليه.

المراجع

المؤلفات

ابن منظور. *لسان العرب*. الإسكندرية: دار المعارف، د.ت.

حسن، سعد جبار. "تأهيل العمال المعوقين في ضوء التشريعات النافذة." *مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية*، المجلد ٣، العدد ١١، العراق، ٢٠١٠.

خيال، وجيه محمد. *شرح نظام العمل السعودي*. د.ن، ١٩٩٠.

دائرة الإحصاءات العامة والمجلس الأعلى لشؤون المعوقين. *واقع الإعاقة في الأردن ٢٠١٠: العمالة والبطالة*، عمان، د.ت.

الشمري، مشوح بن هذال الوريك. "تقويم فعالية برامج التأهيل المهني للمعوقين من وجهة نظر المعوقين والمشرفين ورجال الأعمال." *رسالة ماجستير*. الرياض: كلية الدراسات العليا بأكاديمية نايف للعلوم الأمنية، ١٤٢٤هـ.

الضمور، أحمد خليف. *الوجيز في شرح التشريعات العمالية والاجتماعية في المملكة الأردنية الهاشمية*، عمان، ٢٠٠٥.

بتوافر عدد معين من العمال في المنشأة، كما يفضل للحث على تطبيق هذه النسبة والتقييد بها أن يلزم المشرع الأردني والمنظم السعودي أصحاب العمل بدفع مبالغ مالية محددة في حال تعذر تشغيل المعوقين لديهم وعلى نحو ما فعل المشرع الجزائري.

٤ - من الأولى بنظام العمل السعودي النص مباشرة على حق الأشخاص المعوقين بتكافؤ الفرص إلى جانب غيرهم من الأشخاص، الأمر الذي ينطبق بشأن توفير التجهيزات الخاصة بالمعوقين في المنشأة، إذ لم ينص عليه نظام العمل السعودي.

٥ - يجدر بالمشرع الأردني والمنظم السعودي النص على منح أصحاب العمل حوافز معينة في حال قيامهم بتوفير التجهيزات الخاصة بالعمال المعوقين في منشأتهم.

٦ - من الأولى بكل من المشرع الأردني والمنظم السعودي -أسوة بالمشرع الجزائري- عدم تقييد حق العامل الذي تلحق به إعاقة بعد التحاقه بالعمل بضرورة أن تكون تلك الإعاقة ناجمة عن إصابة عمل، بحيث يتمكن من الاستمرار في نفس المنشأة حتى ولو كان سبب العاقة منقطع الصلة بالعمل. كما يفضل بهما أيضاً توحيد المصطلحات المستخدمة في هذا الصدد باستخدام مصطلح الإعاقة بدلا من أي مصطلح آخر.

٧ - يجدر بكل من المشرع الأردني والجزائري والمنظم السعودي أفراد عقوبات جنائية خاصة ومشددة

ماجستير. الرياض: جامعة نايف للعلوم الأمنية، ٢٠٠٦.
ملكاوي، بشار عدنان. معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص. عمان: دار وائل، ٢٠٠٨.

التشريعات

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية في الجريدة الرسمية رقم ٧٦ المؤرخة في ٨ ديسمبر ١٩٩٦.

دستور المملكة الأردنية الهاشمية لسنة ١٩٥٢ المنشور في الجريدة الرسمية رقم (١٠٩٣) تاريخ ١٩٥٢/١/٢.

قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ المنشور في الجريدة الرسمية رقم (٤١١٣) تاريخ ١٩٩٦/٤/١٦.

قانون العمل الفلسطيني رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠ المنشور في الوقائع الفلسطينية عدد ٣٩ نوفمبر ٢٠٠١.
قانون العمل اليمني رقم (٥) لسنة ١٩٩٥ المنشور في الجريدة الرسمية عدد ٥ لسنة ١٩٩٥.

قانون حقوق الأشخاص المعوقين الأردني رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٧ المنشور في الجريدة الرسمية رقم (٤٨٢٣) تاريخ ٢٠٠٧/٥/١.

قانون حماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم الجزائري رقم (٠٢-٠٩) المنشور في الجريدة الرسمية عدد ٣٤ مؤرخة في ١٤ مايو ٢٠٠٢، الصفحة ٦.

عبو، عبد الله علي. "الحماية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة." مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية. المجلد الرابع، العدد الرابع، العراق، ٢٠١٢.

العنزي، عبد الله بن صالح. "آراء المدربين والمتدربين نحو برامج التأهيل المهني للمعوقين حركياً." رسالة ماجستير. الرياض: كلية العلوم الإدارية بجامعة الملك سعود، ٢٠٠٦.

كرم، عبد الواحد. معجم المصطلحات الشريعة والقانون. ط٢. عمان، ١٩٩٧.

مسعودان، أحمد. "رعاية المعوقين وأهداف سياسة إدماجهم الاجتماعي بالجزائر من منظور الخدمة الاجتماعية." رسالة دكتوراه، الجزائر: كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية بجامعة منتوري - قسنطينة، ٢٠٠٦.

المصاروة، هيثم حامد. "الوصي المعاون لذوي العاهتين في القانون الأردني (دراسة موازنة)." المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية. جامعة مؤتة، المجلد (٢)، العدد (٢)، نيسان ٢٠١٠.

مصلحة الإصلاحات العامة والمعلومات. أطلس السكان والمساكن "النتائج التفصيلية للتعداد العام للسكان والمساكن لعام ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م، الرياض، ١٤٢٩.

المطلق، عبد العزيز بن يوسف. "حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في النظام السعودي." رسالة

- قانون حوادث العمل والأمراض المهنية الجزائري رقم (٨٣-١٣) المنشور في الجريدة الرسمية عدد ٢٨ مؤرخة في ٠٥ يوليو ١٩٨٣ ، الصفحة ١٨٠٩ .
- قانون رعاية المعوقين الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٣ المنشور في الجريدة الرسمية رقم (٣٨٩١) تاريخ ١٩٩٣/٤/١٧ .
- قانون علاقات العمل الجزائري رقم (٩٠-١١) المنشور في الجريدة الرسمية عدد ١٧ مؤرخة في ٢٥ إبريل ١٩٩٠ ، الصفحة ٥٦٢ .
- النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية صدر بالأمر الملكي رقم أ / ٩٠ في ١٤١٢/٨/٢٧ هـ ونشر بجريدة أم القرى العدد ٣٣٩٧ في ١٤١٢/٩/٢ هـ .
- نظام العمل السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥١) وتاريخ ١٤٢٦/٨/٢٣ هـ ونشره بالجريدة الرسمية أم القرى بالعدد رقم (٤٠٦٨) وتاريخ ١٤٢٦/٩/٢٥ هـ .
- نظام رعاية المعوقين السعودي لسنة ١٤٢١ رقم (م/٣٧) وتاريخ ١٤٢١/٩/٢٣ ونشر بالجريدة الرسمية أم القرى رقم (٣٨٢٧) والتاريخ ١٤٢١/١٠/٢٤ هـ .
- الاتفاقيات**
- الاتفاقية الدولية بشأن التأهيل المهني والعمالة (المعوقون) رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨٣ المقررة من مؤتمر العمل الدولي في دورته التاسعة والستين المنعقدة في جنيف في الأول من حزيران/يونيه عام ١٩٨٣ . (مؤتمر العمل الدولي).
- الاتفاقية العربية بشأن تشغيل وتأهيل المعوقين رقم (١٧) لعام ١٩٩٣ المقررة من مؤتمر العمل العربي في دورته الحادية والعشرين المنعقدة بمدينة عمان في المملكة الأردنية الهاشمية في نيسان ١٩٩٣ . (مؤتمر العمل العربي).

Legal Protection to Handicapped Rights in working: "A Comparative Study"

Haitham Hamed Al-Masarweh

*Associate professor in civil law & Head Of Law Department
College of Business- Rabigh (COB)
King Abdulaziz University*

(Received 26/02/1434 H.; accepted for publication 22/07/1434 H.)

Abstract. Legislator in different countries achieve different efforts of attention regarding to The Rights of handicapped people in working, so we see him declare about the necessity of finding job opportunities for handicapped people in comparing to other people. He put a determined percentages for them in organizations, so organizations owners should take it into consideration and the handicap that happened due to the work should be taken into consideration. The legislator declares that organization owner should find new jobs for those people whom affected by work. all things mentioned previously should be according to certain conditions. What we notice that all legislations about this matter came in different, un uniform model, which will lead to ambiguity and not take into consideration some points that may lead to different legislations especially for the rights of handicapped people. In this study we will describe the view points of different legislators for Jordan, Saudi Arabia and Algeria about the rights of handicapped people in work and the ambiguity that surrounding this subject.

Key words: handicapped, worker, job training, the rights in working, handicap due to work

المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

جامعة الملك سعود

عمادة شؤون المكتبات

مجلة جامعة الملك سعود

- ١- ثلث سنوية: الآداب - العلوم التربوية - الدراسات الإسلامية.
- ٢- نصف سنوية: العلوم الإدارية - العلوم الهندسية - العلوم - العلوم الزراعية - العمارة والتخطيط - اللغات والترجمة - علوم الحاسب والمعلومات - السياحة والآثار - الحقوق والعلوم السياسية - علوم طب الأسنان.
- طريقة الدفع: ١- نقداً بمقر عمادة شؤون المكتبات - مبنى ٢٧ - جامعة الملك سعود.
- ٢- شيك مصدق باسم (عمادة شؤون المكتبات - حساب الخدمات) يرسل إلى العنوان البريدي الموضح أدناه.
- ٣- حوالة أو إيداع على (حساب الخدمات رقم ٢٦٨٠٧٤٠٠٧٦ الرمز ٥٠١) سامبا - فرع جامعة الملك سعود - الرياض، وترسل صورة الحوالة أو الإيداع على الفاكس الموضح أدناه أو على العنوان البريدي.
- قيمة الاشتراكات: الاشتراك السنوي داخل المملكة العربية السعودية (٢٠) ريالاً سعودياً، وخارج المملكة (١٠) دولارات أمريكية أو ما يعادلها لكل فرع من فروع مجلة جامعة الملك سعود باستثناء فروع (الآداب - العلوم التربوية - الدراسات الإسلامية) فاشتراكها السنوي داخل المملكة العربية السعودية (٣٠) ريالاً سعودياً وخارج المملكة (١٥) دولاراً أمريكياً أو ما يعادلها.

جميع المراسلات على العنوان التالي

عمادة شؤون المكتبات - جامعة الملك سعود - ص.ب. ٢٢٤٨٠ الرياض ١١٤٩٥

هاتف ١١٤٦٧٦١١٢ (+٩٦٦) فاكس ١١٤٦٧٦١٦٢ (+٩٦٦) البريد الإلكتروني libinfo@ksu.edu.sa موقع الجامعة www.ksu.edu.sa

✂-----✂-----✂-----✂-----✂

قسمة اشتراك بمجلة جامعة الملك سعود

تاريخ تعبئة القسيمة (بالتاريخ الميلادي): / / ٢٠٢٠م

ملحوظة هامة: لضمان وصول المحلة إليكم يرجى تعبئة الخانات المسبقة بعلامة ❖.

❖ اسم المشترك (رباعى): اسم الجهة (للجهات الحكومية):

.....❖ العنوان:❖ صندوق بريد:❖ الرمز البريدي:

.....: الفاكس: الهاتف: الدولة: المدينة:

..... البريد الإلكتروني:

اسم المجلة المطلوب الاشتراك فيها: عدد النسخ: () .

طريقة الدفع: ☐ نقداً ☐ شيك مصدق (مرفق) ☐ حوالة (مرفق صورة مختومة)

☐ اشتراك جديد ☐ تجديد اشتراك ☐ اشتراك فردي

☐ اشتراك حكومي ☐ لمدة سنة ☐ سنتان

☐ ثلاث سنوات ☐ خمس سنوات ☐ أخرى:



The Journal of King Saud University

- 1- (Three Issues a Year): Arts, Educational Sciences, Islamic Studies.
- 2- (Two Issues a Year): Administrative Sciences, Engineering Sciences, Science, Agricultural Sciences, Architecture and Planning, Languages and Translation, Computer and Information Sciences, Tourism and Archaeology, Law and Political Science, Dental Sciences.

Method of Payment:

- 1- Cash: At King Saud University Libraries Building 27.
- 2- Cheque: In favor of **King Saud University Library** account.
- 3- Drafts: SAMBA, King Saud University branch.
Account No. 2680740067, code No. 501. A copy of the draft should be faxed to the address given below.

Annual Subscription Rates:

- 1- Within the Kingdom SAR 20.00.
- 2- Outside the Kingdom USD 10.00 or equivalent for all journals except:
 - Arts, Educational Sciences, Islamic Studies.For these, subscription rates:
SAR 30.00 within the Kingdom
USD 15.00 outside the Kingdom

All correspondences should be addressed to: University Libraries, King Saud University, P.O. Box 22480, Riyadh 11495, Kingdom of Saudi Arabia
Tel.: +966 11 4676112 Fax: +966 11 4676162
E-mail: libinfo@ksu.edu.sa Website: www.ksu.edu.sa

-----✂-----
Subscription Form Date: / /

Name:

Organization:

Address: P.O. Box:

Zip Code: City: State: Tel.:

Fax: E-mail:

Specific issue(s): Number of copies ()

Payment: ☐ Cash ☐ Cheque ☐ Draft
Subscription: ☐ New subscription ☐ Renewal of subscription
Period of subscription: ☐ 1 year ☐ 2 years ☐ 3 years ☐ 4 years ☐ 5 years ☐ More

Contents

Page

The co-owner disposition in specified share of common property and justification of transference of such share to the acquirer in Jordanian civil law (English Abstract) Yaseen Mohammad Khalaf Al-Juboori	43
Precautionary seizure of aircrafts: Comparative study between the Saudi civil aviation law Royal Decree No. M/44, 18 Rajab 1426H and the Jordanian civil aviation law No (41) 2007 (English Abstract) Maen Mohammed Amin Al-Qudah and Moayad Ahmed Obeidat	74
Development applications of the theory of emergency circumstances in Saudi Administrative law and justice (English Abstract) Fahad I. Al-Dhwayan	108
The Legal Protection of Waqf Funds: In both the Egyptian and Saudi law (English Abstract) Reda Mohammed Issa	163
The Rules of abortion in the Islamic Jurisprudence and the Saudi regime for practicing health professionals (English Abstract) Mufleh R. AlKahtani	216
Legal Protection to handicapped Rights in working: "a comparative study" Haitham Hamed Al-Masarweh	241

• **Editorial Board** •

Ahmad S. Al- Amri
Saleh R. Al-Remaih
Khaled A. Al-Rasheid
Ibrahim M. Al-Shahwan
Anis H. Fakeeha
Mazen Faris Rasheed
Ali Salem Bahamam
Ali A. Sayah
Abdulaziz S. Al- Ghazzi
Abdullah M. AlDosari
Ibrahim Y. Albalawi
Mansour M. Al-Sulaiman
Osama M. Alsulaimani
Ali M. T. Al-Turki

(Editor-in-Chief)

(Co-ordinator)

Division Editorial Board

Osama.M. Alsulaimani
Hassan Abdelhamid Mahamoud
Abd El- Sattar A. Selmy
Abdullah Jabre Alotaibi
Mohamed Ali Messaoudi

Division Editor

© 2014 (1435H.) King Saud University Press

All rights are reserved to the *Journal of King Saud University*. No part of the journal may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or via any storage or retrieval system, without written permission from the Editor-in-Chief.



King Saud University Press, 2014 (1435H.)

J. King Saud Univ., Vol. 26, *Law & Political Sci.* (1), pp. 1-241 Ar., Riyadh (2014/1435H.)

**Journal of
King Saud University**
(Refereed Scientific Periodical)

Volume 26
Law & Political Science (1)

January (2014)
Safar (1435H.)



King Saud University Press

P. O. Box 68953, Riyadh 11537, Saudi Arabia





**IN THE NAME OF ALLAH,
MOST GRACIOUS, MOST MERCIFUL**