

إشارات قرآنية إلى مبادئ قانونية

د. عبدالحميد عثمان محمد

عضو هيئة تدريس

كلية الحقوق - جامعة البحرين



المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه. وصل اللهم وسلم على كل من أرسلته للبشرية هادياً وبشيراً ونذيراً، وعلى من سار على طريقتهم واتبع سنتهم وانتهج نهجهم، وأتمر بأمرك وانتهي بنهيك إلى يوم القيامة.

أما بعد فقد خلق الله -تعالى- الإنسان من عنصرين ممتزجين هما المادة الطينية والروح الفوقية (1) (2) ثم استخلفه في الأرض (3) واستعمره فيها (4). ثم سخر له الأشياء -التي خلقت من قبل- لينتفع بها، وتكون له بمثابة أدوات ووسائل يستخدمها في عمارة الكون. فأودع في الإنسان طاقة العمل، وفي الكون مصدر الثروة، ليبذل جهده البشري للاستفادة القصوى من هذه الثروة؛ على أن ينتج ما يعوض الفاقد منها بسبب الاستهلاك. ولبيان المنهج، الذي يحقق الخير العام للبشرية وفق ناموس وقانون يحدد لكل شخص حقوقه وواجباته، أرسل رسلاً من جلدتهم، ليكونوا قدوة حسنة لهم يقتدي بهم في إقامة مجتمع القيم والمبادئ المتمثلة في الأخلاق والمساواة والعدل، وأنزل معهم الكتب تبياناً لكل شيء (5).

ولا جرم أن الله هو المالك الأوحد للكون؛ وأن الإنسان مخول في الانتفاع مستخلف (6) فيما فيه من أشياء. غير أن هذا التخويل مشروط بشروط منها (7):

١- يجب على الإنسان أن يضيف إلى القوة الإنتاجية لثروته قدرًا يعوّض به ما نقص منها بسبب الاستهلاك أو يزيد عليه (8).

(1) لمزيد من البيان انظر مؤلفنا حول أحكام الأم البديلة بين الشريعة الإسلامية والقانون -دراسة تحليلية- ص ١٢، ف ٤، وما بعدها، دار النهضة العربية القاهرة ١٤١٦هـ.

(2) لقد قدمنا المادة الطينية على الروح الفوقية، قصداً، وفقاً لأسبقية التخليق، لأن أول ما يوجد من الإنسان هو مادته ثم بعد ذلك تنفخ فيه الروح، حتى إن الجسد يعد مطية للروح.

(3) انظر قوله تعالى (وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة...) البقرة ج ١، آية ٣٠. غير أنه يجب ملاحظة أن الخلافة لا تعني أن الإنسان هو خليفة الله -تعالى- بمعنى أن الله تعالى سلف والإنسان خلف -حاش لله- وإنما يقصد به أن الخلافة بين بني آدم فبعضهم يخلف بعضاً إلى يوم القيامة. ولتحرير الخلاف حول تحديد المقصود من لفظة الخلافة انظر الإمام السيوطي في الإتيان في علوم القرآن- ضمن مكتبة التفسير وعلوم القرآن على قرص مدمج إصدار مركز التراث لأبحاث الحاسب الآلي الإصدار الأول- حيث ذهب إلى أن هذه اللفظة مبهمة ومن ثم وقع الخلاف في تحديد من هو المستخلف. ويراجع ضمن هذه المكتبة البيضاوي ١/٢٨٠-٢٨١؛ والثعالبي ١/٤٢، وابن الجوزي في زاد المسير ٣/٢٤٦؛ وفتح القدير للشوكاني ٤/٧٤.

(4) انظر قوله تعالى (... هو الذي أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها...) (هود ج ١٢ آية ٦١).

(5) د/ عيسى عبده وأحمد إسماعيل يحيى، الملكية في الإسلام، ص ١٢١، دار المعارف القاهرة ١٩٨٤م.

(6) انظر قوله تعالى (أمنا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه.) (الحديد ج ٢٧، آية ٧).

(7) د/ محمد البهي، الفكر الإسلامي والمجتمع المعاصر -مشكلات الأسرة والتكاثر- ص ٢٣٨، المكتبة العصرية، صيدا -بيروت، لبنان ١٩٦٧م.

(8) د/ عيسى عبده وأحمد إسماعيل يحيى، مرجع (٤)، ص ١٤.

٢- وجوب الالتزام بالحلال في الكسب والإنفاق^(٨).

٢- وجوب اجتناب كل حرام خبيث.

٤- وجوب أداء الحقوق إلى أهلها.

وبناءً على الاستخلاف المشروط ثبتت للإنسان حقوق معينة تُسند له بموجب الأحكام الشرعية^(٩) أو الوضعية؛ أي مراكز قانونية تقررها هذه الأحكام للشخص في علاقاته مع الآخرين^(١٠).

ولما أشرقت الأرض بنور ربها برسالة الإسلام التي تعد دستوراً شاملاً لكل الأحكام التي تنظم حركة الحياة في الكون ومحددة للعلاقات المختلفة والمتشابكة التي تنشأ بين الخلائق. لأن هذا الدستور جاء دون تقريظ مع تبيان لكل شيء؛ فمثل ذلك يجب أن يكون نبراساً يهتدي به مؤمنه وأن يتذكر نصوصه ويتدبرها^(١١).

بيد أن بعض أحكام هذا الدستور جاءت صريحة محددة للعلاقات القانونية، مع بيان الجزاء المترتب على المخالفة، وبعضها الآخر جاءت ضمنية في شكل إشارات قرآنية مشتملة على مبادئ قانونية، تاركة بذلك مساحة للإنسان لإعمال العقل ليستخلص منها أحكاماً ينظم من خلالها سلوك الأشخاص في المجتمع^(١٢).



ولقد أردنا من هذا البحث المتواضع أن نكون ممن أجابوا بقدر الإمكان على سؤال: فهل من مُدَكِّرٍ لآيات القرآن الذي يسره الله - سبحانه وتعالى - للذكر^(١١) وذلك في المجال القانوني على نحو يربط بين الإشارة القرآنية والمبدأ القانوني.

^(٨) جاء في سنن الدرامي - حديث ٥٢٨ - عن معاذ بن جبل قال " لا تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن أربع، عن عمره فيما أفناه، وعن جسده فيما أبلاه، وعن ماله من أين اكتسبه وفيما وضعه، وعن علمه ماذا عمل فيه"

^(٩) الأحكام الشرعية تعتمد بالدرجة الأولى على الدين وتقوم على أساسه وتسير على هديه وفقهاء المسلمين مهما تشعبت مسالكهم وتنوع مشاربهم وتتخالف مناهجهم يتجهون جميعاً صوب الدين وينهلون من عذبه (انظر في ذلك الأمام /محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص ٥، دار الفكر العربي القاهرة، ١٣٩٦هـ / ١٩٧٦م).

^(١٠) د/ مصطفى وعبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، ص ٢٧٣، ف ٢٥٢، الدار الجامعية بيروت ١٩٨٧م.

^(١١) انظر قوله تعالى (.. مَا فَطَرْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ....) (سورة الأنعام، ج ٧، آية ٢٨). وانظر قوله تعالى (وَيَوْمَ نَبِّئُ فِي كُلِّ أُمَّةٍ شَهِيدًا عَلَيْهِمْ مِنْ أَنْفُسِهِمْ وَجِئْنَا بِكَ شَهِيدًا عَلَى هَؤُلَاءِ نَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَى لِلْمُسْلِمِينَ) (سورة النحل، ج ١٤، آية ٨٩).

^(١٢) خبرت من أمور المبادئ القانون من خلال تدبري لآيات القرآن الكريم ومباشرة التأليف والتدريس في المجال القانوني، وبصفة خاصة في نطاق المعاملات المالية، أن هناك إشارات قرآنية إلى الكثير من المبادئ القانونية التي يخال البعض أنها خالصة من نبات أفكار العقل البشري ومنبئة الصلة بالنقل. غير أن هذه المبادئ في مجملها ذات صلة وثيقة بالنقل، حيث إن مردها جميعاً إلى تعاليم الله عز وجل إلى آدم وبنيه من بعده؛ ثم استقرت هذه التعاليم في ضمير الجماعة وأصبحت من بعد أعرافاً قاضية فيما يثور بين أفرادها من منازعات؛ وفي تطور لاحق قننت هذه الأعراف في تقنينات قانونية.

^(١١) انظر قوله تعالى (وَلَقَدْ يَسْرْنَا الْقُرْآنَ لِلذِّكْرِ فَهَلْ مِنْ مُدَكِّرٍ) (القمر، ج ٢٧، آية ١٧).

لقد جاء في تفسير الجلالين للقرآن الكريم في شأن هذه الآية الأتي: سهلناه للحفظ وهيأناه للتذكر (فَهَلْ مِنْ مُدَكِّرٍ) متعظ به وحافظ له والاستقهام بمعنى الأمر أي حفظوه واتعظوا به وليس يحفظ من كتب الله عن ظهر القلب وغيرها.

غير أن هذا البحث لن يتعرض إلى آيات الأحكام الشرعية الصريحة؛ وإنما إلى الآيات التي تضمنت مبادئ قانونية استخلص منها العقل البشري المجتهد أحكاماً قاضية فيما يثور من منازعات حول علاقات قانونية مختلفة، ولاسيما في نطاق المعاملات المالية.

ويؤكد هذا البحث أن أصل المعارف الإنسانية مصدرها إلهي⁽¹²⁾ وجعلها هذا المصدر متصلة الحلقات، وإن تعددت فيها المشارب والمذاهب، وهذا الذي جعل الحضارة الإنسانية اللاحقة تتخذ من الحضارة السابقة نقطة انطلاق لها؛ ولا يوجد معارف منبثة الصلة عن مثيلاتها على المستوى الأفقي والراسي.

منهج البحث

اعتمد بحث هذا الموضوع على نظام الرصد والاستقراء والتحليل والاستخلاص وفق الخطة التي وضعت له.

أهمية البحث

توفير دراسة متخصصة في موضوع البحث يضع النقاط على الحروف فيما يتعلق بما ورد في القرآن الكريم من أي تضمنت إشارات قانونية إلى مبادئ قانونية يزعم البعض أنها من خلق العقل البشري. وتزويد المكتبة العربية بها لكون تحت بصير رجال الفكر القانوني.

هدف البحث

التأكيد على أن المعارف الإنسانية متصلة الحلقات، وأن نبعها الأول كان من التعاليم الإلهية لأدم - عليه السلام -⁽¹³⁾ وأن العقل البشري تفاعل مع هذه التعاليم واجتهد في استنباط قواعد وأحكام للنوازل المختلفة وضبط سلوك الأشخاص في المجتمع. وأن القرآن الكريم تضمن آيا تحمل إشارات قانونية على مبادئ قانونية، فضلاً عن الآيات التي وردت بها أحكام شرعية صريحة تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع.

(12) انظر قوله تعالى (وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلَائِكَةِ فَقَالَ أَنْبِئُونِي بِأَسْمَاءِ هَؤُلَاءِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ) (البقرة، ج ١، آية ٣١).

لقد جاء في تفسير الجلالين للقرآن الكريم في شأن هذه الآية الأتي: (وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ) أَيِ الْأَسْمَاءِ الْمُسَمَّيَاتِ "كُلَّهَا" بِأَنَّ أَلْقَى فِي قَلْبِهِ عِلْمَهَا.

(13) انظر قوله -تعالى- (وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلَائِكَةِ فَقَالَ أَنْبِئُونِي بِأَسْمَاءِ هَؤُلَاءِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ) قالوا سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم) (البقرة، ج ١ آية ٣١-٣٢).

مشكلات البحث

قد يكون موضوع البحث ليس جديداً، ومع ذلك تعترضه بعض الإشكاليات نابعة من أن ربط الإشارة القرآنية بالمبدأ القانوني ليس أمراً ميسوراً، لأنه يحتاج إلى فهم النص القرآني من خلال العلوم القرآنية والعلم بالمبدأ القانوني واستخلاص إشارة الأول إلى الآخر.

ندرة المراجع والمؤلفات التي تتناول الموضوع على وجه الخصوص، وهو ما يجهد الباحث في البحث والتتقيب عن المعلومات الخاصة بموضوع البحث.

فهذه أمواج البحث أسأل الله أن يوصلنا إلى بر الأمان على نحو يرضي الله -تعالى- والقارئ الكريم ويحقق الهدف المنشود منه.

خطة البحث

تتوزع هذه الخطة على خمسة مباحث هي:-

المبحث الأول - القانون.

المطلب الأول - حتمية القانون.

المطلب الثاني - العدل والمساواة.

المبحث الثاني - مصادر الحق (الالتزام).

المطلب الأول - العقد.

المطلب الثاني - الإرادة المنفردة.

المطلب الثالث - الضمان.

المبحث الثالث - طرق الإثبات.

المطلب الأول - الدليل الكتابي.

المطلب الثاني - إثبات التصرفات التجارية.

المطلب الثالث - البينة.



المطلب الرابع - القرائن القضائية.

المبحث الرابع - حق الملكية.

المبحث الخامس - الرهن الحيازي.

المبحث الأول

القانون

المبحث الأول

القانون

١- يطلق لفظ القانون بصورة عامة ويراد به كل ظاهرة مستقرة على السير وفق نسق ثابت ومتمائل مطرد لا تتأثر بظروف الزمان والمكان تتحقق آثارها كلما توافرت أسبابها وشروطها الموضوعية. وعلى هذا المعنى قيل قانون الجاذبية، قانون الأجسام الطافية، قوانين الرياضيات وقوانين الذرة، قانون العرض والطلب.....إلخ.

تتنازع الإنسان نزعتان: الأولى: فردية تدفعه إلى إثارة ذاته وتغليب مصلحته على مصالح الآخرين من أقرانه. الثانية: اجتماعية تدفعه إلى الرغبة في إقامة علاقات مع غيره من بنى جنسه. ومن ثم يجب أن تكون هناك قواعد تنظم العلاقات التي تتم بين الأشخاص داخل المجتمع حتى لا تعكر أنانية إثارة الذات صفوها. ومن هنا كان للقانون دور مهم في هذا المجال.

ونتناول بحث هذا الموضوع من خلال المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول - حتمية القانون

المطلب الثاني - العدل والمساواة.

المطلب الأول

حتمية القانون^(*)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ (.....) فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَا جَاءَ.....) (14) (15).

٢- تشير هذه الآية الكريمة إلى أن القانون من الأهمية بمكان في تنظيم سلوك الأشخاص في المجتمع، لكي يتحقق له الاستقرار والتطور والنمو السليم؛ فهو الذي يرسم الحدود التي يجب على كل شخص أن يباشر أعماله في إطارها، فلا قانون بلا مجتمع ولا مجتمع سليم بدون قانون (16).

(*) كل قاعدة تتصف بالعمومية والتجريد وتنظم السلوك الاجتماعي على نحو ملزم، فهي قاعدة قانونية، سواء أكان مصدرها الشرع أم الوضع، لأن لفظه قانون وإن كانت يونانية الأصل باتت تطلق على كل ضابط لتضادين ويقابلها في العربية لفظه الميزان.

(14) المائدة، ج ٦، آية ٤٨.

(15) ورد في تفسير السعدي فضيلة الشيخ/عبدالرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان - تحقيق/ الشيخ/ عبدالرحمن بن المعلا اللويجق - الطبعة الأولى، الناشر مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م) حول هذه الآية الكريمة الآتي ".....(فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ) من الحكم الشرعي، الذي أنزله الله عليك. (وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ) أي: لا تجعل اتبع أهوائهم الفاسدة المعارضة للحق، بدلا عما جاءك من الحق، فتستبدل الذي هو أدنى، بالذي هو خير. (لِكُلِّ جَعَلْنَا) أيها الأمم (شِرْعَةً وَمِنْهَا جَاءَ) أي: سيلا وسنة. وهذه الشرائع التي تختلف باختلاف الأمم، هي التي تتغير بحسب تغير الأزمنة والأحوال، وكلها ترجع إلى العدل. في وقت شرعتها. وأما الأصول الكبار، التي هي مصلحة وحكمة في كل زمان، فإنها لا تختلف، فتشريع في جميع الشرائع....." . وورد في تفسير ابن كثير حول هذه الآية الكريمة الآتي: وقوله تعالى: (فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ) أي فاحكم يا محمد بين الناس، عربهم وعجمهم، أميهم وكتابيهم، بما أنزل الله إليك في هذا الكتاب العظيم، وبما قرره لك من حكم من كان قبلك من الأنبياء ولم ينسخه في شرعك، هكذا وجهه ابن جرير بمعناه، وقال ابن أبي حاتم: حدثنا محمد بن عمار، حدثنا سعيد بن سليمان، حدثنا عباد بن العوام عن سفيان بن حسين، عن الحكم، عن مجاهد، عن ابن عباس، قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم مخيرا إن شاء حكم بينهم وإن شاء أعرض عنهم، فردهم إلى أحكامهم، فنزلت (وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ) فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحكم بينهم بما في كتابنا.

وقوله (وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ) أي آراءهم التي اصطالحوا عليها، وتركوا بسببها ما أنزل الله على رسوله، ولهذا قال تعالى: (وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ) أي لا تتصرف عن الحق الذي أمرك الله به إلى أهواء هؤلاء الجهلة الأشقياء.

(16) انظر قوله تعالى (وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ بَلْ أَنْتَاهُمْ بِذِكْرِهِمْ فَهُمْ عَنْ ذِكْرِهِمْ مُعْرِضُونَ) سورة المؤمنون، آية ٧١، ج ١٨.

ورد في تفسير السعدي (تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان) مرجع (١٤)، أجاب تعالى بقوله: (وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ). ووجه ذلك، أن أهواءهم، متعلقة بالظلم، والكفر، والفساد، من الأخلاق، والأعمال. فلو اتبع الحق أهواءهم، لفسدت السموات والأرض، لفساد التصرف والتدبير، المبني على الظلم وعدم العدل. فالسموات والأرض، ما استقامتا إلا بالحق والعدل.

(بَلْ أَنْتَاهُمْ بِذِكْرِهِمْ) أي: بهذا القرآن المذكور لهم، بكل خير، الذي به فخرهم، وشرهم، حين يقومون به، ويكونون به سادة الناس.

(فَهُمْ عَنْ ذِكْرِهِمْ) شقاوة منهم، وعدم توفيق (نَسُوا اللَّهَ فَنَسِيَهُمْ) «نَسُوا اللَّهَ فَنَسَاهُمْ أَنْفُسَهُمْ». فالقرآن ومن جاء به، أعظم نعمة ساقها الله إليهم، فلم يقابلوها إلا بالرد والإعراض، فهل بعد هذا الإيمان حرمان؟ وهل يكون وراءه إلا نهاية الخسران؟

وأن عدم وجود قانون أو وجوده ولكن تطبيق أحكامه يكون تبعاً للأهواء، يؤدي إلى الافتتات على الحق والانحراف عن جادة الصواب واختلال ميزان العدل في المجتمع على نحو يتناقض مع مراد خالق الكون - سبحانه وتعالى- (.. وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ). لأن المجتمع الذي يستطيع كل شخص فيه أن يفعل ما تشتهيحه نفسه لن يستطع أحد أن يعمل شيئاً ما، لتعارض أهواء أفرادهِ وتصادم أعمالهم؛ وتصبح السيادة للفوضى والطغيان ويكون الاحتكام لمبدأ القوة التي تنشئ الحق وتحميه.

وفي ضوء ما سبق يتضح أن القانون يعد من أهم الوسائل الضابطة للمجتمع الحاكمة للعلاقات المتشابهة التي تنشأ بين أعضائه والقاضية لما تثار فيها من منازعات؛ وإذا كان القانون يُعرف بأنه "مجموعة من القواعد التي تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع على نحو ملزم"، فإن أية قواعد تؤدي هذا الدور المهم في المجمع فهي قواعد قانونية أياً كان مصدرها النقل (الدين) أم العقل (التشريع أو العرف).

وتهدى هذه الآية إلى أن القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي وأنها تقوم على العمومية والتجريد عن صفات الأشخاص وذواتهم (.. فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ..). غير أن وجود قاعدة تنظم العلاقات فيما بين أشخاص ينتمون إلى تجمع معين مهني أو فئوي أو ديني - فيما يتعلق بالأحوال الشخصية- هذا لا يتناقض مع مبدأ العمومية والتجريد (..... لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شُرَعَةً وَمِنْهَا جَاءَ.....). فعلى الرغم من أنها تخاطب مجموعة معينة من الأشخاص نجدها لا تخاطبهم بذواتهم أو بأسمائهم (17).



(17) حكمت المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٦٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠ مارس سنة ١٩٩٣م بأنه "وحيث إن قضاء هذه المحكمة - من ناحية أخرى- قد جرى على أن عموم القاعدة لا يعني انصرافها إلى جميع الموجود على إقليم الدولة، أو انبساطها على كل ما يصدر عنهم من أعمال وإنما تتوافر للقاعدة القانونية مقوماتها بانتفاء التخصيص. ويتحقق ذلك إذا سنها المشرع مجردة عن الاعتداد بشخص معين أو بواقعة بذاتها معينة تحديداً.....".

المطلب الثاني

العدل والمساواة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ”يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ“ (18) (×).

٣- تُرسي هذه الآية الكريمة مبدأ العدل والمساواة، بصفة مطلقة، والمساواة أمام القانون بصفة خاصة، حيث إنها بدأت ببناء محبب إلى النفس وهو (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا...) ثم أمرتهم بالقيام بالقسط والعدل تقرباً إلى الله العزيز الحميد؛ ونهتهم عن الانحراف عن العدل والمساواة تلبية لرغبة دنوية، وأعلمتهم بأن العدل هو أقرب للتقوى وربطت بينه وبين تقوى الله الخبير بما يعملون.

(18) سورة المائدة، ج ٦، آية ٨.

وانظر قوله تعالى (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا) (النساء، ج ٥، آية ٥٨) وانظر قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا اللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ نَسُوا فَاِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا) (النساء، ج ٥، آية ١٢٥).

جاء في تفسير السعدي (تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان) مرجع (١٤)، يأمر تعالى عباده المؤمنين أن يكونوا (قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ). والقوام، صيغة مبالغة، أي: كونوا في كل أحوالكم، قائمين بالقسط، الذي هو العدل في حقوق الله، وحقوق عباده. فالقسط في حقوق الله، ألا يستعان بنعمه على معصيته، بل تصرف في طاعته. والقسط في حقوق آدميين، أن تؤدي جميع الحقوق التي عليك، كما تطلب حقوقك. فتؤدي النفقات الواجبة، والديون، وتعامل الناس بما تحب أن يعاملوك به، من الأخلاق والمكافأة، وغير ذلك. ومن أعظم أنواع القسط، القسط في المقالات والقائلين. فلا يحكم لأحد القولين، أو أحد المتنازعين، لانتسابه أو ميله لأحدهما. بل يجعل وجهته، العدل بينهما. ومن القسط أداء الشهادة، التي عندك على أي وجه كان، حتى على الأحباب، بل على النفس، ولهذا قال: (شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنياً أو فقيراً لله أولى بهما) أي: فلا تراعوا الغني لفناها، ولا الفقير - بزعمكم - رحمة له. بل أشهدوا بالحق، على من كان.

والقيام بالقسط، من أعظم الأمور، وأدلهها على دين القائم به، وورعه ومقامه في الإسلام. فيتعين على من نصح نفسه، وأراد نجاتها أن يهتم له غاية الاهتمام، وأن يجعله نصب عينيه، ومحل إرادته، وأن يزيل عن نفسه، كل مانع وعائق يعوقه، عن إرادة القسط، أو العمل به.

وأعظم عائق لذلك اتباع الهوى، ولهذا، نبه تعالى، على إزالة هذا المانع بقوله: (فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا) أي: فلا تتبعوا شهوات أنفسكم المعارضة للحق

(×) ورد في تفسير السعدي (تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان) مرجع (١٤)، حول هذه الآية الكريمة الآتي ”أي: (آمَنُوا) بما أمروا بالإيمان به، (قوموا) بلازم إيمانكم، بأن تكونوا (قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ)، بأن تشغل للقيام بالقسط، حركاتكم الظاهرة والباطنة. وأن يكون ذلك القيام، لله وحده، لا لغرض من الأغراض الدنيوية. وأن تكونوا قاصدين للقسط، الذي هو العدل، لا الإفراط ولا التضييق، في أقوالكم ولا في أفعالكم. وقوموا بذلك، على القريب، والبعيد، والصديق والعدو. (وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ) أي: لا يحملنكم (شَنَاَنُ) أي: بغضهم. (على أن لا) كما يفعله من لا عدل عنده ولا قسط. بل كما تشهدون لوليكم، فاشهدوا عليه، وكما تشهدون على عدوكم، فاشهدوا له، فلو كان كافراً أو مبتدعاً. فإنه يجب العدل فيه، وقبول ما يأتي به من الحق، لا لأنه قاله. ولا يرد الحق لأجل قوله، فإن هذا ظلم للحق.

(أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ) أي: كلما حرصتم على العدل، واجتهدتم في العمل به، كان ذلك أقرب لتقوى قلوبكم، فإن تم العدل، كملت التقوى.

(إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ) فمجازيكم بأعمالكم، خيرها، وشرها، صغيرها، وكبيرها، جزاء عاجلاً، وأجلاً.

ولقد حاول الفكر البشري استلهام هذا المبدأ وضمّنه الدساتير، باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي، وعلى تقدير أن الغاية التي تستهدفها تقوم أصلاً على صون حقوق المواطنين وحياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد من مباشرتها، وأضحى مبدأ المساواة وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا ينحصر دورها في الحقوق والحرريات المنصوص عليها في الدساتير، بل ينبسط ليشمل الحريات التي كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطاته التقديرية، وعلى ضوء ما يرتبها محققاً للمصلحة العامة⁽¹⁹⁾.

المبحث الثاني

مصادر الحق

٤- الحق الشخصي هو علاقة قانونية بين شخصين هما الدائن والمدين، فلو نظرنا إلى هذه العلاقة من ناحية الدائن كانت حقاً ولو نظرنا إليها من ناحية المدين كانت التزاماً. فالحق الشخصي والالتزام وجهان لعملة واحدة، وإذا قلنا على وجهها الأول إنه حق فإن وجهها الثاني يكون واجباً.

تعريف الحق الشخصي (الالتزام) :-

يمكن تعريف الالتزام بأنه ” واجب قانوني على شخص معين هو المدين يفرض عليه نقل حق عيني أو أداء عمل أو الامتناع عنه، لصالح شخص آخر هو الدائن الذي يخوله القانون وسائل الإيجار على تنفيذ ما يجب عليه ”⁽²⁰⁾.

(19) انظر في هذا المعنى حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٥ قضائية ”دستورية“ جلسة ٣ ديسمبر سنة ١٩٩٤م (الجريدة الرسمية، العدد ٥١، بتاريخ ١٢/٢٢/١٩٩٤م).

وأكدت هذه المحكمة على هذه الفكرة في حكم لاحق في القضية رقم ٨٢ لسنة ٢٢ قضائية ”دستورية“ جلسة ١٤ ديسمبر سنة ٢٠٠٣م (الجريدة الرسمية، العدد ٥٢ مكرر في ١٢/٢١/٢٠٠٣).

(20) تنص المادة (١٢١)، من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على أن ”الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً، أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عنه“ [مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ١، ص ٨ هامش رقم (١)] ولقد حذف هذا النص تجنباً لحصر مدلول الالتزام في هذا المعنى على نحو يجد من انبساطه ليشمل مستجدات العصر. وتنص المادة (٦٨) من القانون المدني الأردني (رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٦) على أن ”الحق الشخصي رابطة بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل“.

ولا جرم أن هذا التعريف يبرز أهم خصائص ومميزات الالتزام من ناحيتين هما :

الأولى - طبيعة الالتزام، باعتباره رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين.

الثانية - عناصر الالتزام وهما المديونية (شغل ذمة المدين بالوفاء به) والمسئولية (الوسائل التي خولها القانون للدائن لإجبار المدين على الوفاء به في حالة عدم الوفاء به اختياراً).

ونتناول بحث مصادر الحق (الالتزام) من خلال المطالب الآتية:-

المطلب الأول : العقد

المطلب الثاني: الإرادة المنفردة

المطلب الثالث: الضمان

المطلب الرابع: الفعل النافع (الفضالة).

المطلب الأول

العقد

٥- عرف المشرع المدني البحريني العقد بأنه ” اتفاق يتم بإيجاب وقبول بقصد إحداث أثر قانوني معين“ (21) (x).

(21) لم يعرف كل من المشرع المصري والمشرع الفرنسي العقد، حيث تحدث عن الوقت الذي يتم فيه العقد، فنصت المادة (٨٩) مدني مصري على أنه ”يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إراديتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد“ وتنص المادة (١١٠١) مدني الفرنسي على أنه

Art. 1101. - Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, a` faire ou a` ne pas faire quelque chose

ويرجع ذلك إلى أنه بات من المسلم به في دنيا الفكر القانوني أن التعريف التشريعي أمر معيب، وأن ذلك من صميم عمل الفقه الذي يتولى تأصيل عمل المشرع وصياغة النظريات الفقهية. ولقد صاغ الفكر القانوني بعض التعريفات للعقد فمنها تعريفه بأنه ”توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر معين يرتبه القانون“ ومنها تعريفه بأنه ”اقتران الإيجاب بالقبول على نحو يحدث أثراً قانونياً في المعقود عليه.

وتنص المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران، للمغفور له/ محمد قدري باشا، على أن ”العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه. ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب للآخر

وقريب من ذلك تنص المادة (٨٧) مدني أردني على أنه ”العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر“.

وعرفه قانون المعاملات المدنية السوداني الصادر لسنة ١٩٨٤ في مادته (٢٣/م١٠) بالآتي ”العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر“.

(x) العقد هو الجمع بين طرفين لم يكن بينهما جامع بهذا الوصف من قبل. ولقد جاء في المعجم الوجيز -مجمع اللغة العربية- ص ٤٢٦: عقد طر في الحبل ونحوه؛ وصل أحدهما بالآخر بعقدة تمسكهما فأحكم وصلهما.

ويتبين من هذا التعريف أن العقد يقوم على عنصرين أساسيين هما :

الأول : توافق إرادتين أو أكثر، أو اقتران الإيجاب بالقبول، وهذا الاقتران أو ذلك التوافق يجعل الرضاء أو التراضي ركن العقد الركين.

الثاني : اتجاه الإرادة المشتركة لأطراف العقد إلى إحداث أثر معين يرتبه القانون يتسم بالإلزام، وينطوي على جزاء تكفله السلطة العامة في المجتمع. وليس مجرد أثر يبتغى به المجاملة، كدعوة صديق إلى مأدبة طعام.

والعقد باعتباره أحد مصادر الالتزام يتنوع اثره الذي يرتبه القانون عليه. فهو ينشئ الالتزام، أو يعدله، أو ينقله، أو يلغيه. ومن ثم لا وجه للتفرقة بين العقد والاتفاق⁽²²⁾ لان كلا منهما ينعقد بتوافق إرادتين أو أكثر، ويرتب عليهما القانون الأثر نفسه في الالتزام، بالإنشاء أو بالتعديل أو بالنقل أو بالإلغاء.

ونتناول بحث هذا الموضوع من خلال النقاط الآتية:-

أولاً - التراضي

بسم الله الرحمن الرحيم

(قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نُكْحَكَ إِحْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجَ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمَنْ عِنْدَكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ × قَالَ ذَلِكَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ أَيَّمَا الْأَجْلِينَ قَضَيْتَ فَلَا عُدْوَانَ عَلَيَّ وَاللَّهُ عَلَيَّ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ)⁽²³⁾

٦- تشير هذه الآية الكريمة إلى مبدأ من الأهمية بمكان في مجال العقود وهو التراضي القائم على تعبير عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين في شكل إيجاب وقبول مع التوافق والتبادل؛ ويستوي في ذلك أن يكون العقد من عقود الأحوال الشخصية أو من عقود المعاملات المالية.

(22) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، ص

١٢٨، ف ٢٧، دار إحياء التراث العربي، بيروت بدون تاريخ للنشر.
(23) انظر قوله -تعالى- (وَمَا وَرَدَ مَاءَ مَدْيَنَ وَجِدَ عَلَيْهِ أُمَّةٌ مِنَ النَّاسِ يَسْقُونَ وَوَجَدَ مِنْ دُونِهِمْ امْرَأَتَيْنِ تَذُودَانِ قَالَ مَا خَطْبُكُمَا قَالَتَا لَا نَسْقِي حَتَّى يُصَدَرَ الرَّعَاءُ وَأَبُونَا شَيْخٌ كَبِيرٌ × فَسَقَى لَهُمَا ثُمَّ تَوَلَّى إِلَى الظِّلِّ فَقَالَ رَبِّ إِنِّي لِمَا أَنْزَلْتَ إِلَيَّ مِنْ خَيْرٍ فَقِيرٌ × فَجَاءَتْهُ إِحْدَاهُمَا تَمْشِي عَلَى اسْتِحْيَاءٍ قَالَتْ إِنَّ أَبِي يَدْعُوكَ لِيَجْزِيَكَ أَجْرَ مَا سَقَيْتَ لَنَا فَلَمَّا جَاءَهُ وَقَصَّ عَلَيْهِ الْقِصَصَ قَالَ لَا تَخَفْ نَجَوْتُ مِنَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ × قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنْ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ × قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نُكْحَكَ إِحْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجَ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمَنْ عِنْدَكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ × قَالَ ذَلِكَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ أَيَّمَا الْأَجْلِينَ قَضَيْتَ فَلَا عُدْوَانَ عَلَيَّ وَاللَّهُ عَلَيَّ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ) (سورة القصص، ج ٢٠، آية ٢٣-٢٨).

ولا يشترط في المهر في عقد النكاح ولا الأجر في عقد العمل أن يكون من النقود متى كان المقابل مقوماً بالمال. ويجوز أن يكون المهر في صورة أجر عن عمل والعكس صحيح.

وقد عالجت هذه الآلية نوعين من العقود هما عقد النكاح وعقد العمل، نعرض لهما فيما هو آتٍ من نقاط:

١- عقد النكاح:-

لا شك في أن الزواج يعد اللبنة الأولى في بناء الأسرة التي هي الركيزة الأساسية التي يقوم عليها المجتمع السليم، وأن أي إضعاف لهذه اللبنة يؤدي إلى تفكيك هذا المجتمع وإفساده.

ولذلك حرص الشرع على أن توضع هذه اللبنة في مكانها الصحيح، وأن تتم بناءً على تراضٍ من طرفيه، على أن يعبر ولي المرأة عن إرادتها في هذا العقد - عند جمهور الفقهاء - (قَالَ إِبْنُ أَرِيدُ أَنْ أَنْكَحَكَ إِحْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ ...). ويغلب على الظن أن اختيار سيدنا موسى - عليه السلام - قد وقع على التي ذهبت إليه على استحياء لدعوته للقاء أبيها وهي التي زكته عنه لكي يستأجره (قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا بَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنْ خَيْرٌ مِّنْ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيَّ الْأَمِينُ).

وتشير هذه الآلية الكريمة إلى لزوم توافر رضا المرأة بالزواج من الرجل الذي يطلبها لذلك، لأنها هي الأصيل في عقد الزواج الذي يبرمه وليها نيابة عنها (قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا بَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنْ خَيْرٌ مِّنْ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيَّ الْأَمِينُ).

٢- عقد العمل:-

تشير الآلية الكريمة - كذلك - إلى عقد العمل الذي يلتزم بموجبه العامل بالعمل لحساب صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه الذي يلتزم بدفع أجر في مقابل ذلك⁽²⁴⁾. وهذا هو الاتفاق

(24) تنص المادة (٦٢١) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على أن "عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.....". وتنص المادة (٦٧٤) مدني مصري على أنه "عقد يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

وتنص الفقرة الأولى للمادة (٨٠٥) مدني أردني (القانون "43" لسنة ١٩٧٦) على أن "عقد العمل عقد يلتزم أحد طرفيه بأن يقوم بعمل لمصلحة الآخر تحت إشرافه أو إدارته لقاء أجر"; وورد تعريف مماثل لهذا النص في المادة (١/٤٠٠) من قانون المعاملات المدنية السوداني لعام رقم (٦) ١٩٨٤م؛ وكذلك الأمر في المادة (١/٨٩٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.

وعرف نظام العمل والعمال في المملكة العربية السعودية عقد العمل في مادته (٧٠) بأنه "عقد يبرم بين صاحب عمل وعامل، يتعهد الأخير بموجبه أن يعمل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه مقابل أجر ويتضمن شروط العمل المتفق عليها بينهما وذلك لمدة محددة أو من أجل القيام بعمل معين".

الذي تم بين نبي الله موسى وصاحب مدين، تحت مسمى عقد إيجار الأشخاص الذي يكون محله الجهد البشري للعامل الذي يضعه تحت تصرف صاحب العمل في مقابل أجر؛ وكان الأجر في هذا العقد هو المهر في عقد الزواج، فالزوج مدين بالمهر ودائن بأجر العمل الذي يؤديه، والزوجة دائنة بالمهر ومدينة بهذا الأجر، وكان هناك اتفاق على إجراء المقاصة فيما بينهما (قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ).

ويمكن تعريف العمل - في هذا الصدد - بأنه " كل نشاط (جهد بشري) يؤديه العامل لحساب صاحب العمل وتحت إشرافه لقاء أجر " .

أ- نوعا عقد العمل :

يصنف عقد العمل تبعاً للمعيار الذي يتخذ لقياس مقدار الالتزامات التي يلقيها على عاتق طرفيه، ومدى إمكانية استقلال الإرادة في إنهاء العقد، إلى عقد محدد وعقد غير محدد.

- عقد محدد :

يكون عقد العمل محددًا إذا اتفق طرفاه على أنه ينتهي بواقعة مستقبلية محققة الوقوع، لا يتوقف تحققها على إرادة أحدهما، سواء أكان تاريخ هذه الواقعة معلوماً أم كان غير معلوم⁽²⁵⁾.
وسواء أكانت هذه الواقعة هي فترة زمنية محددة أم كانت انجاز عمل معين، بحيث ينتهي العقد بتمام هذا العمل [المادة (٦٢٥) مدني⁽²⁶⁾].

وواضح من سياق الآية الكريمة أن العقد محدد المدة ينتهي بانقضائها مع إمكانية تجديده في صورة عقد غير محدد (.....على أن تأجرني ثمانين حجاجاً فإن أتممت عشرين فمن عندك).

(25) د/محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، الطبعة الرابعة، ص٥٠٤، ف ٣٥٥، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٤م؛ ود/محمود سلامة جبر، الوسيط في عقد العمل الفردي، ج٢، ط١، ص٥١١، مكتبة أبناء وهبة القاهرة، ٢٠٠٠م.
(26) تنص الفقرة الأولى للمادة (٦٢٥) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على أنه "إذا أبرم العقد لتنفيذ عمل معين انتهى بانقضاء العمل المتفق عليه".
تنص الفقرة الثانية للمادة (١٠٦) من قانون العمل الأهلي البحريني (المرسوم بقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٦م) على "وإذا أبرم العقد لتنفيذ عمل معين انتهى بانقضاء العمل المتفق عليه.....".
وتنص الفقرة الأولى للمادة (٦٨٠) مدني مصري على أنه "١- إذا أبرم العقد لتنفيذ عمل معين انتهى بانقضاء العمل المتفق عليه".
وتنص المادة (١٠٧) من قانون العمل المصري (رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٢م) على أنه "إذا أبرم عقد عمل لإنجاز عمل معين، انتهى العقد بإنجاز هذا العمل، فإذا استغرق هذا الإنجاز مدة تزيد على خمس سنوات لا يجوز للعامل إنهاء العقد قبل تمام إنجاز العمل".

- العقد غير المحدد:

يكون العقد غير محدد، إذا لم يتفق عاقداه على أن ينتهي بتحقيق واقعة مستقبلية معينة (حلول أجل محدد أو إنجاز عمل معين). وإذا كان يستلزم التراضي في حالة تحديد العقد بهذه الواقعة، فإن عدم تحديده لا يحتاج إلى إفصاح الإرادة المشتركة للأطراف عن ذلك؛ ما دام لم يثبت أن هذه الإرادة قد اتجهت إلى هذا التحديد.

شرطا صلاحية العامل للعمل:

لا ريب في أن جهد العامل وأمانته هما جوهر عقد العمل (قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا بَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ)، ولذلك يشترط فيه الآتي:-

الأول- أن يكون العامل قوياً: بأن تتوافر فيه اللياقة الصحية المتمثلة في القوة البدنية؛ وأن يتوافر فيه -أيضاً- المهارة المهنية.

الثاني- أن يكون العامل أميناً: بأن يتصف العامل بالأمانة التي تتمثل في إتقان العمل طبقاً لأصوله الفنية والمحافظة على أدوات العمل وأسراره.



ويمكن أن نستخلص من هذين الشرطين القاعدة الآتية "حاجة العمل للشخص وليس حاجة الشخص للعمل".

- السيرة الذاتية للعامل:

تشير الآية الكريمة إلى جواز معرفة السيرة الذاتية للعامل للتأكد من صلاحيته للقيام بالعمل (... إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ).؛ ولقد قامت إحدى بنتي الرجل الصالح (صاحب مدين) بذلك حيث إنها لاحظت القوة البدنية من خلال قدرته على رفع الغطاء الثقيل الذي كان يغطى به مورد الماء (27)، وسجلت أمانته عندما جاءته على استحياء تدعوه للقاء والدها والسلوك السوي والأخلاق الحميدة اللذين تعامل معها بهما، ويروى أنه طلب منها أن تسيّر خلفه وترشده إلى الطريق الذي يسلكه للوصول إلى مكان أبيها، حتى لا يرى منها.

(27) انظر قوله تعالى (... فَتَجْنَبُكَ مِنَ الْغَمِّ وَفَتَنَّاكَ فُتُونًا فَلَبِثْتَ سِنِينَ فِي أَهْلِ مَدْيَنَ ثُمَّ جِئْتَ عَلَى قَدَرٍ يُمْسِي) (طه، ج ١٦، آية ٤٠).

تقويم الأداء المهني:

بسم الله الرحمن الرحيم

(وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَالَمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ) (28)

تشير هذه الآية إلى أهمية العمل، الذي يجب أن يتوافر فيه شرطاه (الصواب والإخلاص) لتحقيق واجب الخلافة في الأرض وسكنى الجنان في الآخرة، ونظراً لذلك يكون الله عز وجل هو الرقيب الأول على أعمالكم ويأتي من بعده رسوله ثم جماعة المؤمنين.

وتأكيداً لهذه الأهمية جعلت الشريعة الإسلامية العمل من مبادئها الأساسية وأمرت بإتقانه والصبر والمثابرة عليه ونهت عن التكاسل والإهمال فيه. ولبيان أهمية العمل وإتقانه ربطت بينه وبين الخشية التي تنتاب الآباء على الذرية الضعاف من بعدهم؛ فأمرتهم بتقوى الله في العمل وحثتهم على القول السديد الصادق، لقوله تعالى (وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولاً سديداً) (29). كما جعلت من إتقان العمل وسيلة للتقرب من الله ونول محبته، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- (فيما معناه) ”إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه“ (30).

الثواب والعقاب:-

الأصل أن العمل قيمة في ذاته، بغض الطرف عن عائده، ولذلك يتقن الإنسان السوي عمله، استصحاباً لهذا الأصل، دون أن يضع في اعتباره المنفعة التي تعود عليه منه. ولما كان الإنسان تنازعه بعض الغرائز (الحسنة والسيئة) كان من الواجب إرساء مبدأ الثواب والعقاب لحث المتقن على الاستزادة ولردع المسيء عن الإساءة. لقوله تعالى (... قلنا يا إذا القرنين إما أن تعذب وإما أن تتخذ فيهم حسناً × قال أما من ظلم فسوف نعذبه ثم يرد إلى ربه فيعذبه عذاباً نكراً × وأما من آمن وعمل صالحاً فله جزاء الحسنى وسنقول له من أمرنا يسرا) (31).

(28) سورة التوبة، ج ١١، آية ١٠٥.

وجاء في تفسير هذه الآيات بالجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبي ما يأتي ”قوله تعالى: (وَقُلْ أَعْمَلُوا) خطاب للجميع. (فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ) أي بإطلاعه إياهم على أعمالكم. وفي الخبر: «لو أن رجلاً عمل في صخرة لا باب لها ولا كوة لخرج عمله إلى الناس كأننا ما كان».

(29) سورة النساء، ج ٤، آية ٩.

(30) صححه الألباني في السلسلة الصحيحة ١٠٦/٢، وحكم على روايته البيهقي عن عائشة في الجامع الصغير حديث رقم ١٨٨٠ بالحسن.

(31) سورة الكهف، ج ١٦، آية ٨٦-٨٨.

ويعد غياب مبدأ الثواب والعقاب أحد العوامل المعوقة لتقدم المجتمعات؛ فالتجارب الإنسانية شاهدة على أن تطبيق هذا المبدأ يؤدي إلى التطور والتقدم، وله دور من الأهمية بمكان في مجال التنمية.

قياس الأداء :-

لبيان المحسن من المسيء، وحتى لا يتساوى الغث مع السمين، كان لا بد من وضع نظام لقياس أداء العاملين. ويروى عن عمر بن الخطاب -ت- أنه قال ”هل لو أحسنت اختيار عمال الأمصار، أكون قد أدت كل ما هو واجب عليّ؟ قالوا: نعم. قال: لا والله حتى أنظر فيما يفعلون“.

ثانياً- النيابة القانونية

بسم الله الرحمن الرحيم

(..... فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ.....) (32).

٧- تضع هذه الآية الكريمة أحكاماً تنظم التصرفات القانونية التي يكون محلها معاملات مالية، متى كان أحد طرفيها أو كلاهما ليس لديه أهلية إجرائها، بأن كان لا يحسن تدبير شئونه أمواله لسفه أو غفلة أو كان مميزاً، أو كان ضعيف الإدراك (غير مميز) لصغر أو جنون أو عته، أو كان مصاباً في حاستين من حواس المعرفة.

بيد أنه إذا كان أحد طرفي التصرف القانوني غير كامل الأهلية (عديم التمييز كان أو مميزاً) ولاسيما إذا كان هو الذي عليه الحق (المدين) المكلف بكتابة الدين أو إملائه على شخص آخر لكتابه، فإن إرادة وليه (نائبه القانوني) تحل محل إرادته في القيام بهذا العمل القانوني مع انصراف أثره إلى الأصيل مباشرة؛ لأن إدراكه لم يكتمل بسبب الصغر أو لعارض أصاب أهليته.

وبالإضافة إلى تأثير السن على درجة أهلية الأداء للشخص، حيث إنه يكون عديماً للتمييز قبل السابعة من عمره. المادة (٧٢) مدني (33)، ثم مميزاً من السابعة حتى قبل الحادية والعشرين، فراشداً عند بلوغه إحدى وعشرين سنة، ما لم يعترضه عارض يؤثر على إدراكه فيسلبه مكنة مباشرة التصرفات بنفسه. فهذه العوارض إذا أصابت الشخص، أيا كان عمره، فإنها تؤدي إلى الانتقاص من أهليته أو عدمها، وهي متعددة وتنقسم إلى:

(32) سورة البقرة، ج٢، آية ٢٨٢. وانظر حول تفسير هذه الآية المنتخب في تفسير القرآن الكريم، وزارة الأوقاف المصرية.
(33) تنص الفقرة «ب» من المادة (٧٢) مدني بحريتي (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على أنه ”أ، ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة. «ب» وكل من لم يكمل السابعة من عمره يعتبر غير مميز“.

-عوارض تصيب عقل الشخص:

هذه العوارض تعدم الإدراك والتمييز، وهي الجنون والعتة.

-عوارض تلحق بتدبير الشخص:

هذا النوع من العوارض يفسد التدبير ويجعل الشخص لا يحسن التعامل في أمواله، وهي السفه والغفلة.

-عوارض تلحق وسائل التعبير لدى الشخص:

هذه العوارض، لا تعدم التمييز ولا تقسد التدبير، إنما تجعل التعبير عن الإرادة ليس أمراً ميسوراً، وهي العاهات الجسمانية؛ متى أصيب الشخص بعاهتين من ثلاث (العمى والصمم والبكم).

تسجيل قرار الحجر:

غير أنه يجب ملاحظة أن المجنون والمعتوه وذا الغفلة والسفيه، لا تسلب منه أهلية التعاقد ولا يجد منها -كأصل عام- بالرغم من توافر أسباب ذلك⁽³⁴⁾، إلا إذا صدر الحكم بالحجر عليه⁽³⁴⁾ من المحكمة المختصة المادة (٧٧) مدني⁽³⁵⁾.

والحجر في مفهومه العام هو المنع من نفاذ التصرف القانوني بسبب توافر أحد عوارض الأهلية -أنفة الذكر- في شخص المتصرف⁽³⁶⁾. والحجر على تصرفات شخص لا يكون إلا بقرار يصدر عن محكمة قضائية مختصة.

⁽³⁴⁾ يستثنى من الأصل العام مسألة توافر العلم الحقيقي بحالة الشخص أو إمكانية العلم بأن كان الأمر مشهوراً بين الناس.

⁽³⁴⁾ تنص المادة [١٤٥٧ من مجلة الأحكام الشرعية، إعداد الشيخ / أحمد بن عبد الله القاري -دراسة وتحقيق، د/ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، ود/ محمد إبراهيم أحمد على- مطبوعات تهامة، السعودية، سنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م على أن "الحجر: منع المالك من التصرف في ماله سواء كان المنع من قبل الشارع كالحجر الذي على الصغير والمجنون أو من قبل الحاكم كالحجر على المفلس والسفيه".

⁽³⁵⁾ تنص المادة (٧٧) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على أنه "المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة الشرعية المختصة، وترفع الحجر عنهم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، بمرعاة القواعد والإجراءات أمام المحاكم". وتنص المادة (٤٦) قانون الولاية على المال البحريني (المرسوم بقانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٦م) على أنه "يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو العتة أو للسفه أو للغفلة من المحكمة المختصة ولا يرفع الحجر إلا بحكم منها.

وتخطر المحكمة الإدارة بحكم توقيع الحجر وعلى الإدارة عرض الأمر على المجلس ليقوم على من حجر عليه قيماً لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة في هذا القانون".

وتنص المادة (١١٣) مدني مصري على أنه "المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة، وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون".

⁽³⁶⁾ انظر في ذلك المادة رقم (٧٦٩) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة -رضي الله عنه- التي تنص على أن "الحجر هو المنع من نفاذ التصرف القولي بسبب صغر أو رق أو جنون".

وتنص المادة (٩٤١) مجلة الأحكام العدلية على أن الحجر هو "منع شخص مخصوص عن تصرفه القولي، ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور عليه".

لمزيد من البيان حول هذا الموضوع انظر د/ صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود -في الشريعة الإسلامية- ج ٢، ط ٣، ص ٢٥٥، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، سنة ١٩٨٢م.

والتسجيل هو وسيلة لشهر قرار المحكمة بالحجر، أي توفير العلم للكافة بأن شخصاً معيناً قد حكم بالحجر عليه لإصابته بأحد عوارض الأهلية التي تؤثر بالسلب على تصرفاته القانونية فتجعلها إما باطلة بطلاناً مطلقاً (الجنون والعتة) وإما قابلة للإبطال (السفه والغفلة) [المادة (٨١) مدني (37)].

أحكام عوارض الأهلية:

إذا كانت هذه العوارض تلحق الشخص فتؤثر في تصرفاته القانونية فإن هذا التأثير ليس على درجة واحدة، فمنها من يجعلها باطلة بطلاناً مطلقاً، ومنها من يجعلها قابلة للإبطال.

ونتناول بيان هذا التأثير من خلال الحديث عن أحكام كل نوع على حدة.

المجنون والمعتوه^(*)

يأخذ الشخص، الذي يصاب بالجنون أو العتة، حكم الصبي غير المميز⁽³⁸⁾، من حيث إنه يثبت لكل منهما أهلية الوجوب، وينعدم في حق كل منهما الإدراك والتمييز بحيث يصبح معدوم أهلية الأداء⁽³⁹⁾ بمجرد تسجيل الحكم الصادر بالحجر. ويتولى النائب القانوني مباشرة كافة التصرفات القانونية بالنيابة عن المجنون أو المعتوه مع انصراف آثار هذه التصرفات إليه باعتباره أصيلاً.

ذو الغفلة والسفيه^(*)

الشخص الذي أصابه عارض السفه أو الغفلة يأخذ حكم الصبي المميز من حيث إنه يثبت لكل منهما أهلية الوجوب كاملة، وأهلية أداء ناقصة في بعض التصرفات التي تصدر منه بعد

(37) تنص المادة (٨١) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على أنه "ينظم قرار يصدره وزير العدل والشؤون الإسلامية تسجيل القرارات المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة".

(*) المجنون Le fou ou aliène: وهو من فقد عقله واختل توازنه وانعدم تمييزه فلا يعتد بأقواله وأعماله. المعتوم Le faible d' esprit: هو من أصاب عقله تعيبه وتنقص من كماله.

(38) كتاب مرشد الحيران التي معرفة أحوال الإنسان، للمرحوم / محمد قدرى باشا، الدار العربية للتوزيع والنشر، ط ١، عمان الأردن، سنة ١٤٠٣هـ، تنص على أنه ".... والكبير المجنون جنونا غالباً على عقله حكمه حكم الصغير الذي لا يعقل...".

(39) د/ عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني - نظرية العقد والإرادة المنفردة - ص ٢٧٠، ف ١٢٤ «أ»، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٤

(*) السفيه Le prodigue وهو من يبذر المال على غير مقتضى العقل والشرع ولو كان في سبيل الخير.

ذو الغفلة L' imbecile هو الذي لا يهتدي إلى ما ينفعه إذا ما تصرف فلا يعرف التصرف الرابع من الخاسر فينخدع بسهولة في المعاوذات ويغبن.

تسجيل الحكم الصادر بالحجر عليه (40). ويتولى نائبه القانوني مباشرة كافة التصرفات مع انصراف آثارها إليه.

الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية سالبة للحرية خلال تنفيذها فكل منهما كامل الأهلية، لأنه بلغ سن الرشد ولم يعترضه عارض ينقص من أهليته أو يعدمها، إلا أن ظروف الحال بالنسبة للغائب اقتضت تعيين وكيل عنه يتولى إدارة أمواله خلال فترة غيابه. وفي خصوص المحكوم عليه يعتبر الحجر عليه عقوبة تبعية للعقوبة السالبة للحرية (41)، بالإضافة إلى أن سلب حريته أثناء فترة تنفيذها للعقوبة، يقتضى تولى شخص آخر إدارة أمواله خلال هذه الفترة.

الشخص المصاب بعاهتين من ثلاث (الصمم والبكم والعمى)

وهو الشخص الذي بلغ سن الرشد مصاباً بعاهتين من هذه العاهات ويتعذر عليه التعبير عن إرادته بسبب ذلك، ومثل هذا الشخص يجوز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يساعده فيما يجريه من تصرفات.

التعريف بالنيابة :

ويمكن تعريف النيابة بأنها ”نظام قانوني مؤداه حلول إرادة النائب (إيجاباً أو قبولاً) محل إرادة الأصل في عمل قانوني تصرف آثاره إلى الأصل مباشرة“ (42).

أنواع النيابة :

تتنوع النيابة في التعاقد تبعاً لتغاير المصدر الذي تستمد منه وجودها، ويرسم حدودها إلى نوعين هما النيابة القانونية والنيابة الاتفاقية (43).

(40) تنص المادة (172) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب المالكية على أن ”الحجر صفة حكومية توجب منع من يتصف بها من نفاذ تصرفه في ماله فيما زاد على ضروريات معاشه، أو نفاذ تبرعه بزائد على ثلث ماله.

وللحجر أسباب منها الصبا والجنون والسفه والمرض الذي ينشأ عنه الموت عادة، والزوجية بالنسبة إلى الزوجة“.

(41) د/عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع (39)، ص293، ف142.

(42) د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، في شرح القانون المدني الجديد -نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، ص 189، ف 82، دار إحياء التراث العربي، بيروت بدون تاريخ للنشر؛ ود/عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع (39)، ص 217، ف 102.

(43) النيابة في بادئ أمرها كانت قانونية فقط. حيث كان يقوم رب الأسرة نيابة عن الأفراد الذين يعولهم، كالأبناء والأفراد التابعين له كالرفيق. وإذا قام بها شخص نيابة عن آخر، لا تربطه به صلة، كانت تتم في صورة ما يعرف حالياً بالاسم المستعار. وذلك بأن يتم التعاقد باسم النائب ثم يقوم بنقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه إلى شخص الأصل. أما النيابة الاتفاقية - في الفكر القانوني - فلم تتحدد معالمها إلا في العصور المتأخرة.

(43) تنص الفقرة الأولى للمادة (109) مدني أردني على أنه ”1- تكون النيابة في التعاقد اتفاقية أو قانونية“.

١- النيابة القانونية :

هذا النوع من النيابة لا يستمد وجوده من إرادة الأطراف. بل النص القانوني هو الذي يقرر قيامها، ويرسم حدودها بصورة مباشرة، ولم يعتد القانون بدور للإرادة في ذلك (..فَلْيَمَلِّ وَلِيَهُ بِالْعَدْلِ..). كما في الولاية والوصاية (44) وأمين التفليسة (السنديك) (x) والحراسة القضائية (45)... إلخ. ولا يغير من قانونية النيابة، الحالات التي يترك فيها القانون للقاضي سلطة تعيين النائب، لأن دور القاضي يقتصر على اختيار شخص النائب. أما تقرير وجود النيابة ورسم حدودها، فالقانون هو الذي يتولاها.

٢- النيابة الاتقافية :

يستمد هذا النوع من النيابة وجوده من الإرادة المشتركة للأطراف؛ فهذه الإرادة هي التي تقرر قيامها، وترسم حدودها. والحالة الغالبة في ذلك هي الوكالة، فالوكيل نائب اتفاقي عن الموكل، لأن عقد الوكالة هو الذي يحدد التزامات أطرافه وحدود النيابة (46). وكذلك الحراسة الاتقافية المادة (٦٧٨) و (٦٨٠) مدني تعد من قبيل النيابة لأن الحارس يقوم بأعمال إدارة المال المتنازع فيه باعتباره نائباً.



(44) قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٦٤٤ لسنة ٦١ ق - جلسة ١٩٩٥/٣/٢٢ (نقض جلسة ١٩٨٢/٥/١٣ - مجموعة المكتب الفني، السنة ٢٣ ص ٥١٧) (منشور بمجلة القضاة، السنة الثامنة والعشرون - العدد الأول والثاني - يناير/ديسمبر ١٩٩٦، ص ٥٧٢) بأن "نيابة الوصي عن القاصر. نيابة قانونية تجاوز الوصي حدود نيابته. أثره. عدم انصراف أثر التصرف الى القاصر..".
(x) تنص المادة (١/١٧) من قانون الإفلاس البحريني (المرسوم بقانون رقم ١١ لسنة ١٩٨٧م): "تعين المحكمة في حكم الإفلاس وكيلا لإدارة التفليسة وتصفية أموالها إذا انتهت بالاتحاد ويسمى هذا الوكيل (أمين التفليسة)".

وقد كان قانون التجارة المصري القديم كان يطلق لفظه "سنديك" على الشخص الذي يعين وكيلاً لإدارة أموال الشخص الذي تم إشهار إفلاسه؛ غير أن القانون الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م عدل عن ذلك وأطلق عليه أمين التفليسة. حيث نصت مادته (١/٥٧١) على أنه "١- تعين المحكمة في حكم الإفلاس وكيلاً لإدارة التفليسة يسمى أمين التفليسة".

(45) انظر في ذلك نقض مدني مصري في الطعن رقم ٧٠٩٢ لسنة ٦٤ ق - جلسة ١٩٩٥/١٢/١٢ م منشور بمجلة القضاة، السنة الثامنة والعشرون - العدد الأول والثاني - يناير/ديسمبر ١٩٩٦، ص ٤١١).

وأنظر - أيضاً - حكمها في الطعن رقم ٧٥٩٦ لسنة ٦٥ ق - جلسة ١٩٩٦/٧/٣ (منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة، ع ٤، س ٤١، أكتوبر/ديسمبر سنة ١٩٩٧، ص ١٥١) حيث جاء فيه " .. ومن المقرر - أيضاً - أن الحارس القضائي يصبح بمجرد تعيينه وبحكم القانون نائباً عن صاحب الحق فيما يتعلق بالمال الموضوع تحت الحراسة، وملزماً بالمحافظة عليه والقيام بإدارته".

(46) قضت محكمة الإدارية العليا المصرية - الدائرة الثانية - في الطعن رقم ٣٠٠١ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٩٨/٢/١٤ (مجلة هيئة قضايا الدولة، ع ٤، س ٤٢، أكتوبر/ديسمبر ١٩٩٨) أن عقد الوكالة بين المحامي وبين المدعى من العقود الرضائية التي يكتفي فيها بالتراضي وأن إثبات هذه العلاقة في محرر رسمي هو لتحديد حقوق والتزامات أصحاب الشأن لبيان حدود هذا التوكيل ونطاقه ومن ثم يوجد فرق بين عقد الوكالة وإثباته ولا يمكن أن يكون توثيق هذا العقد ركناً من أركانه ومن ثم يمكن إثبات هذه العلاقة بكافة الطرق ولا يثور نزاع في ذلك إلا إذا أنكر أحد الخصوم وجود هذه العلاقة أو حدودها ونطاقها فإذا أقر الخصم بالوكالة فإن هذا يكتفي دليلاً في الإثبات ومن ثم لا تؤثر مباشرة المحامي لأي إجراء أو إيداع عريضة الدعوى بتكليف من ذوي الشأن قبل إصدار توكيل رسمي بذلك في سلامة الإجراءات طالما لم ينكر هذا أياً كان من الخصوم أو يجحد أو يشكك في وجوده".

العلاقة بين الإرادة والأهلية :

لا غرو أن الإرادة تدور مع الأهلية كمالاً ونقصاناً وانعداماً نظراً لتأثر الإرادة بأهلية صاحبها (47) ومن ثم يجب أن يكون الذي يجرى التصرف ويتحمل آثاره -كقاعدة عامة- كامل الأهلية ومكتمل الإرادة. ولذلك أقام المشرع نوعاً من المساواة بين نقص الأهلية وبين العيوب التي تلحق بالإرادة بعد اكتمال الأهلية، حيث جعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية أو صاحب الإرادة المعيبة.

ومتى اختلف شخص المتصرف عن الشخص الذي سوف يتحمل آثاره، فالأمر جد مختلف، فيشترط في كل منهما أن يكون أهلاً لإبرامه، على الأقل. فإذا كان الذي يجرى التصرف ناقص الأهلية، فيجب أن يكون الذي تتصرف إليه آثاره كاملاً للأهلية (النيابة الاتفاقية). وإذا كان الذي تتصرف إليه آثار التصرف ناقص الأهلية أو عديمها، فيجب أن يكون الذي يبرمه كامل الأهلية (النيابة القانونية) [المادة (١٥) مدني (48)].

شروط النيابة في التعاقد :

لكي تؤتى النيابة في التعاقد آثارها، يجب أن تتوافر فيها الشروط الآتية:-

المشروط الأول : قيام علاقة النيابة بين النائب والأصيل :

لكي تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل، وتتصرف آثار التصرف الذي أجراه الأول إلى الثاني، يجب أن تكون علاقة النيابة قائمة فيما بينهما، بناءً على سند إنشائها، سواء أكان القانون في النيابة القانونية، أم كان الاتفاق في النيابة الاتفاقية. وعلى من يتعاقد مع من يدعى النيابة، التثبت من توافر قيام علاقة النيابة وحدودها، وإلا فإنه قد يعرض نفسه إلى عدم سريان التصرف في حق الشخص الذي يدعى المتعاقد أنه نائب عنه (49).

(47) د/ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٤، العقود التي تقع على الملكية -تفقيح أ/ مصطفى محمد الفتحي- ص ١٤٤، ف ٥٧، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٦م.

(48) تنص المادة (١٥) من المرسوم بقانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٦ بأحكام الولاية على المال البحريني على أنه "لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو". وتنص المادة (٢) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال المصري على أنه "لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو". تنص المادة (٢٧) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أنه "يجب أن يكون الوصي عدلاً كفوّاً ذا أهلية كاملة.....".

(49) انظر في ذلك، نقض مدني في ١٤ أبريل سنة ١٩٧٣، طعن ٢٢ / ٢٨ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٦٠٨ قاعدة ١٠٧. وقد جاء في هذا الحكم أن الأصل في قواعد الوكالة «أن الغير الذي يتعاقد مع الوكيل عليه أن يتثبت من قيام الوكالة ومن حدودها...».

الشرط الثاني : حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

لا ريب أن قوام النيابة في التعاقد ومبرر وجودها، هو هذا الحلول، لأن النائب في إبرامه للتصرف إنما يعبر عن إرادته هو، لا يعبر عن إرادة الأصيل. وإرادة النائب هي التي تتجه نحو أحداث الأثر الذي يرتبه القانون على التصرف. ومن ثم يجب أن يكون التراضي موجوداً وصحیحاً⁽⁵⁰⁾ وأن تكون إرادة النائب مدركة لماهية التصرف، عالمة بآثاره، وأن تكون جادة غير هازلة، منجزة غير معلقة على محض مشيئة.

الشرط الثالث - التزام النائب حدود نيابته :

عرفنا أن المصدر المنشئ للنيابة (القانون أو الاتفاق) هو الذي يبين الحدود التي يلتزم بها النائب⁽⁵¹⁾. وعندئذ يلتزم النائب بهذه الحدود حتى تصرف آثار التصرف الذي أجراه مباشرة لشخص الأصيل. فإذا ما وكل الوكيل في تأجير شيء ما، ولمدة محدودة، وبأجر معلوم. فليس له بيع هذا الشيء أو تأجيره لمدة تجاوز المدة المحددة أو بأجر أقل، فإن فعل الوكيل شيئاً من ذلك، كان متجاوزاً لحدود نيابته. فيصبح التصرف الذي أجراه كالتصرف في ملك الغير يتوقف نفاذه على إجازة المالك، وهو في ذلك كالأجنبي سواء بسواء.



وكذلك الأمر بالنسبة للنائب القانوني يجب عليه أن يلتزم حدود نيابته، فمثلاً لا يجوز للوصي، إلا بإذن المحكمة، أن يبرم عقد إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني ولا لمدة تجاوز سنة من بلوغ القاصر سن الرشد⁽⁵²⁾.

الشرط الرابع : إجراء التصرف باسم الأصيل ولحسابه :

لا يكفي أن يكون النائب معبراً عن إرادته في حدود نيابته، بل يجب -أيضاً- أن يكون تعامله مع الغير باسم الأصيل ولحسابه، أي بصفته نائباً عنه، ولا يكفي أن يضمّر النائب هذا الأمر، بل يجب عليه الآتي:

⁽⁵⁰⁾ انظر في ذلك، المادة (١/١٠٤) من التقنين المدني المصري، حيث إنها تقرر ١- إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل اعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً.

⁽⁵¹⁾ تنص الفقرة الثانية من المادة (١٠٩) مدني أردني التي أنه "٢- ويحدد سند الإنابة الصادر من الأصيل نطاق سلطة النائب عندما تكون النيابة اتفافية كما يحدد القانون تلك السلطة إذا كانت النيابة قانونية".

⁽⁵²⁾ انظر في ذلك قضاء محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٢٢٤٠ لسنة ٦١ ق - جلسة ٨ مارس ١٩٩٧م.

□ **الإعلان:** بأن يعلن النائب، الشخص الذي يتعاقد معه وقت التعاقد، بأنه يتعاقد بصفته نائباً وباسم الأصيل ولحسابه.

□ **أو العلم الحقيقي أو المفروض:** بأن يكون الشخص الذي يتعاقد معه النائب، على علم بهذه الصفة وأن النائب يبرم هذا العقد باسم الأصيل ولحسابه، أو كان من المفروض عليه حتماً أن يعلم بذلك، من مجريات الأمور.

فإذا لم يتم الإعلان من قبل النائب، ولم يكن في مقدور الشخص المتعاقد مع النائب العلم الحقيقي أو العلم المفترض. فلا يجوز إجباره على اعتبار أن التعاقد حاصل بينه وبين الأصيل⁽⁵³⁾، إلا في حالة ما إذا كان المتعاقد مع النائب يستوي لديه الأمر من منظور مصلحة المحضة، أن يكون التعاقد فيما بينه وبين الأصيل، أو فيما بينه وبين النائب بصفته الشخصية، وليس بصفته نائباً المادة (٦٣) مدني⁽⁵⁴⁾.

ويتحقق هذا الاستواء في نظر المتعاقد الآخر، عندما يكون شخص المتعاقد معه ليس محل اعتبار، كما في عقد البيع، فشخص البائع، ليس محل اعتبار لدى المشتري، إن كان أصيلاً أو نائباً. وكذلك شخص المشتري ليس محل اعتبار عند البائع.

انتهاء النيابة:

بسم الله الرحمن الرحيم (وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبُرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا⁽⁵⁵⁾).

⁽⁵³⁾ قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٥٨٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٩٥/٥/١٥ (منشور بمجلة القضاة، السنة الثامنة والعشرون - العدد الأول والثاني - يناير/ديسمبر ١٩٩٦ ص ٦٠٤) بأن "تعاقد الوكيل بالعمولة باسم نفسه دون اسم الموكل. أثره. انصراف آثار العقد إليه مطالبة كل منهما للأخر بطريق الدعوى المباشرة..."

⁽⁵⁴⁾ تنص المادة (٦٣) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على أنه "إذا لم يظهر النائب، وقت إبرام العقد، أنه يتعاقد باسم الأصيل فإن المتعاقد معه لا يجبر على اعتبار العقد قائماً بينه وبين الأصيل، إلا إذا كان مفروضاً فيه أن يعلم، أن التعاقد قد حصل بطريق النيابة. أو كان يستوي عنده، أن يكون التعاقد حاصلًا مع النائب أو الأصيل".

وتنص المادة (١٠٦) مدني مصري على أنه "إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل داتناً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة. أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب".

⁽⁵⁵⁾ سورة النساء، ج ٤، آية ٦.

^(٥٦) الابتلاء هو: الاختبار والامتحان. وذلك بأن يدفع لليتم المقارب للرشد، الممكن رشده، شيئاً، من ماله، ويتصرف فيه التصرف اللائق بحاله، فيتبين بذلك رشده من سفهه. فإن استمر غير محسن للتصرف، لم يدفع إليه ماله، بل هو باق على سفهه، ولو بلغ عمراً كثيراً. فإن تبين رشده وصلاحه في ماله وبلغ النكاح (فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) كاملة موفرة. (وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا) أي: مجاوزة للحد الحلال الذي أباحه الله لكم، من أموالكم إلى الحرام الذي حرمه الله عليكم من أموالهم.

(وَبِدَارًا) أي: ولا تأكلوها، في حال صغرهم، التي لا يمكنهم فيها أخذها منكم، ولا منعكم من أكلها، تبادرون بذلك/ أن يكبروا/، فيأخذوها منكم ويمنعوكم منها. وهذا من الأمور الواقعة، من كثير من الأولياء، الذين ليس عندهم خوف من الله، ولا رحمة ومحبة للمولى عليهم.

يرون هذه الحال، حال فرصة، فيغتمونها، ويتعجلون ما حرم الله عليهم، فهي الله تعالى، عن هذه الحالة بخصوصها. وانظر حول تفسير هذه الآية المنتخب في تفسير القرآن الكريم، وزارة الأوقاف المصرية

٨- بعد أن نظمت آية المداينة حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إجراء التصرفات القانونية، متى كان الأخير سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل، جاءت هذه الآية الكريمة لتقرر أن هذه الوضعية إلى زوال، عندما يزول سبب وجودها وهو الصغر أو السفه أو الضعف في الإدراك والتمييز أو وسائل التعبير. فإذا زال هذا السبب زالت الولاية تبعاً له، ووجب على النائب القانوني أن يدفع له أمواله بعد التأكد من أنه قد بلغ من العمر الذي يستطيع أن ينجب مثله (النكاح)، ونجح في الاختبار الذي أجري له للوقوف على مدى قدرته الذاتية على إدارة أمواله والتصرف فيها وفقاً للضوابط الشرعية (56).

وفي ضوء ذلك تنتهي النيابة في التعاقد بانتضاء الأجل المحدد لها، وبزوال سبب إنشائها، وبانتهاء الغرض الذي أنشئت من أجله، وبالموت... الخ. وعندئذ يتجرد النائب من هذه الصفة، ويصبح في علاقته مع من كان أصيلاً له، شخصاً آخر. وبزوال صفة النيابة عن الشخص يقع على عاتقه التزام برد ما عساه أن يكون قد تسلمه من مستندات خاصة بالأصيل.

المطلب الثاني

الإرادة المنفردة

(الوعد بجائزة)

بسم الله الرحمن الرحيم (قَالُوا نَفَقِدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِنَ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) (57).

٩- تشير هذه الآية الكريمة إلى أن التصرف القانوني كما يكون بتوافق إرادتين (العقد) يمكن أن يتم باتجاه إرادة الشخص على وجه الانفراد كإلزام نفسه بجائزة تمنح لمن يقوم بالعمل المطلوب إنجازه خلال فترة زمنية يحددها الواعد بالجائزة. فعندما أعلن على الملأ عن فقد صواع الملك رُصدت جائزة لمن يعثر عليه ويقوم بتسليمه للواعد بها، هذه الجائزة متمثلة في حمل بعير من الأشياء التي كان يحملها البدو من حضر إلى مصر (...وَلِنَ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ...) ، وأكد الالتزام بالوعد بقوله (...وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ).

(56) لمزيد من البيان حول هذه الجزئية انظر د/أحمد بخيت، الوسيط في أحكام الأسرة - الكتاب الأول (الزواج) - ص ١٤٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م.

(57) انظر قوله -تعالى- (فَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَّازِهِمْ جَعَلَ السَّقَايَةَ فِي رِجْلِ أَخِيهِ ثُمَّ إِذْنُ مُؤَدِّنَ أَبْتَهَا الْعَبْرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ × قَالُوا وَأَقْبَلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقَدُونَ × قَالُوا نَفَقِدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِنَ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) (سورة يوسف، ج ١٢، آية ٧٠-٧٢).

وانظر قوله -تعالى- (وجاء السحرة فرعون قالوا إن لنا لأجراً إن كنا نحن الغالبين × قال نعم وإنكم لمن المقربين) (الأعراف، ج ٩، آية ١١٢-١١٤).

الوعد بجائزة (الجمالة) :

في ضوء ما سبق يمكن تعريف هذا الوعد بأنه ” إعلان يوجه للجمهور (الملا)، يلتزم المعلن بموجب إرادته المنفردة بالوفاء بشيء معين لمن ينجز العمل المعلن عنه خلال الأجل المضروب “ (58).

والشيء المعلن عنه كجائزة للعمل الذي تحققت فيه شروط الوعد بها، قد يكون في صورة مال (نقدي أو عيني)، أو السفر إلى أماكن مقدسة أو ترفيهية لقضاء بعض الوقت بها.. إلخ.

والعمل المعلن عن القيام به، قد يكون في حفظ القرآن الكريم، كالمسابقة العالمية التي تعقد في بعض البلاد الإسلامية في أوقات مختلفة. وقد يكون في الكشف عن دواء لمرض عضال، كمرض الإيدز أو مرض الإيبولا أو أنفلونزا الطيور مثلاً. وقد يكون في وضع تصميم هندسي أو معماري، كالذي طرحته المملكة العربية السعودية في شأن وضع تصميم لتوسعة الحرمين المكي والمدني؛ أو كالذي طرحته مصر في شأن إعادة إنشاء مكتبة الإسكندرية..... إلخ.

فإذا قام أحد الأشخاص الذين وجه إليهم الإعلان بإنجاز العمل المعلن عنه، وفقاً للشروط وخلال الأجل المحددين لذلك، التزم المعلن بالوفاء بالجائزة لمن أنجز العمل. حتى لو كان قد أنجزه بغض النظر عن الجائزة أو عدم العلم بها المادة (١٥٢) مدني (59).



(58) د/عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، ص١٨٧، ف١٠٨، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، سنة ١٩٩٠م. يعرف الجمالة (الوعد بجائزة) بأنها ” التزام شخص بشيء معين لمن ينجز له عملاً “ ؛ وانظر في استعراض الآراء الفقهية التي قيلت حول الوعد بالجائزة في الشريعة الإسلامية والقانون، د/ لاشين محمد يونس الغياتي، الوعد بجائزة في الفقه الإسلامي والقانون المجلة العلمية - كلية الشريعة والقانون بطنطا العدد الخامس، سنة ١٤١٤/١٩٩٤ ولقد عرف المالكية الجمالة بقولهم ” أن يجعل الرجل للرجل أجراً معلوماً ولا ينقذه إياه على أن يعمل له في زمن معلوم أو مجهول مما فيه منفعة للجاعل على أنه إن أكمل العمل كان له جعل وإن لم يتمه فلا شيء مما لا منفعة فيه للجاعل إلا بعد تمامه (انظر في شرح الخرشي، ج٧، ص٩٥؛ ومنح الجليل، ج٤، ص٢). وعرفها ابن عرفة من فقهاء المالكية بأنها ” عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه (شرح الخرشي، ج٧، ص٥٩). وعرفها الحنابلة بأنها ” تسمية مال معلوم لمن يعمل للجاعل عملاً مباحاً ولو كان مجهولاً أو لمن يعمل مدة ولو كانت مجهولة (كشاف القناع ج٢، ص٤١٧).

(59) تنص المادة (١٥٢) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على أن ” من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، وفقاً للشروط المعلنة ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة، أو دون علم بها، أو قبل الوعد“

وتنص المادة (١٦٢) مدني مصري على أنه ” ١- من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل. ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها. 2- وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، وعلى ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد. وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور.“

شروط الوعد بجائزة:

يشترط في هذا الوعد الشروط الآتية:

أولاً - شروط التصرف القانوني المنشئ للالتزام به

عرفنا أن الوعد بجائزة يعد أحد صور التصرف القانوني بالإرادة المنفردة ولذلك يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

الشرط الأول - توافر أهلية التصرف القانوني :

يلزم أن يتوافر في الواعد بالجائزة الأهلية اللازمة لإجراء التصرف القانوني، ولا يكفى أن تتوافر فيه أهلية الإدارة.

الشرط الثاني - توافر الإرادة الواعية :

يجب أن يتوافر لدى الواعد بالجائزة الإرادة الواعية بأن تكون جادة فيما تقدم عليه، ومدركة لما تقوم به، وعاملة بآثاره، وخالية من عيوب الإرادة. ومن أمثلة الإرادة غير الجادة، الإعلان عن جائزة لمن يكتشف عيباً في أحد المنتجات، فهذه وسيلة دعائية لترويج المنتج لم يقصد المعلن أن يتحقق العمل المعلن عنه، وهو اكتشاف العيب في المنتج، بل قصد منه الترويج له، ولذلك لم تكن إرادته جادة في ذلك.

**الشرط الثالث - وجود المحل وصحته :**

الوعد بجائزة باعتباره تصرفاً قانونياً يجب أن يتوافر له ركن المحل، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وموجوداً أو قابلاً للوجود، وصحيحاً ومشروعاً.

الشرط الرابع - وجود السبب ومشروعيته :

وأخيراً، يجب أن يكون للوعد بالجائزة سبب وأن يكون هذا السبب صحيحاً ومشروعاً.

ثانياً - شروط الوعد بالجائزة :

يجب أن يتوافر في الوعد بجائزة، في ضوء النص القانوني والتعريف السابقين، الشروط الآتية:

الشرط الأول - أن يكون موجهاً للجمهور (الملا) :

يجب أن يكون الوعد موجهاً للجمهور المخاطبين به فلو كان موجهاً إلى شخص معين أو أشخاص معينين بالاسم، فلا يعد ذلك وعداً بالمعنى المقصود في هذا المقام، بل يعد إيجاباً يحتاج إلى قبول ممن وجه إليه أو إليهم، فإذا اقترن الثاني بالأول صار عقداً لا وعداً⁽⁶⁰⁾.

غير أنه يعد وعداً إذا وجه إلى طائفة معينة من الجمهور بصفتها كالوعد الذي وجه إلى قافلة إخوة يوسف (... ثُمَّ أَذَّنْ مُؤَذِّنٌ أَيَّتْهَا الْعَبْرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ). والوعد الذي يوجه إلى طائفة المهندسين لوضع تصميم هندسي معين، أو الذي يوجه إلى عدد من العلماء للقيام بكشف علمي معين.... إلخ. ففي هذه الحالة يتوافر في الوعد صفتا العمومية والتجريد، على الرغم من أنه قد وجهه إلى طائفة معينة، وبذلك يتحقق الوعد في صورته التي حددها القانون.

الشرط الثاني - أن تتحقق في الوعد صفة العلانية :

لا يكفي أن يكون الوعد موجهاً للجمهور، بل يجب -فوق ذلك- أن تتوافر فيه صفة العلانية. بمعنى أن تكون الوسيلة التي ظهر فيها الوعد تؤدي إلى علم عدد كبير من الناس. كالإعلان في الصحف أو الأجهزة السمعية أو المرئية، أو الشبكة العنكبوتية أو الملتصقات في الأماكن العامة... إلخ.

الشرط الثالث - أن يطلب فيه القيام بعمل معين :

يشترط في الوعد، فوق كونه موجهاً للجمهور بشكل يحقق العلانية أن يتضمن تكليف المخاطب به القيام بعمل معين كمطالبة العير أن يأتوا بصواع الملك (قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ)، وكوضع تصميم هندسي لأحد المشروعات، أو اكتشاف دواء لمرض عضال، أو تقديم معلومات أو أدلة للكشف عن جريمة غامضة... إلخ. أما إذا كانت الجائزة تعطى للشخص بدون سابق تكليفه بعمل معين، فلا نكون بصدد الوعد بجائزة، فقد نكون بصدد هبة إذا توافرت شروطها. كالإعلان عن جائزة لمن يولد في يوم معين. أو ما جرى عليه العمل لدى بعض شركات الطيران من السماح لمن يولد على متن إحدى طائراتها، من السفر بصفة مؤقتة أو دائمة على أسطولها الجوي مجاناً.

(60) د/ عبدالناصر العطار، مرجع (٥٨)، ص ١٨٩، ف ١٠٩؛ وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن ” الوعد بالجائزة على ما تشترطه [المادة (١٥٢) مدني يقوم أساساً على توافر أركان معينة منها أن توجه الإرادة إلى الجمهور أي إلى أشخاص غير معينين، فإذا ما وجهت إلى شخص معين خرجت عن أن تكون وعداً بجائزة وسرت عليها قواعد الإيجاب، فلا بد أن يقترن بها القبول وتصبح عقداً (انظر في ذلك نقض مدني مصري في ٢٣ فبراير سنة ١٩٧٧، سنة ٢٨ مج فني ص ٥١١).

الشرط الرابع - أن يتضمن الوعد منح جائزة معينة :

لا جرم أنه يلزم، فوق ما سبق، أن يتضمن الوعد منح صاحب العمل الفائز جائزة معينة كوعد العير بحمل بعير مما تحمله أبلهم (... وَلَيْنَ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ)، ويستوي أن تكون الجائزة في صورة قيمة مادية كمبلغ من النقود أو شيئاً آخر له قيمة مالية كالأسهم والسندات والسيارات، أو السفر على حساب الواعد إلى الأماكن المقدسة أو السياحية... الخ، أم كانت في صورة أدبية، كالأوسمة والأنواط والنياشين والميداليات.... إلخ.

أحكام الوعد بجائزة :-

متى توافرت في هذا الوعد الشروط سائلة الذكر، تحقق التزام الواعد بإرادته المنفردة بالوفاء بقيمة الجائزة لصاحب العمل الفائز. غير أن هذا الالتزام يختلف تبعاً لاقتترانه الوعد بأجل أو عدم اقتترانه به (61).

أولاً - الوعد بالجائزة المضروب له أجل :

إذا أعلن الواعد أنه ملتزم بالوفاء بقيمة الجائزة لمن يقوم بالعمل خلال مدة زمنية محددة، فإنه يظل ملتزماً بذلك حتى لحظة انقضاء هذه المدة. وعندئذ يترتب عليه الآتي:



أ - لا يجوز للواعد الرجوع عن وعده خلال الأجل المضروب له.

ب - التزام الواعد بالوفاء بالجائزة الموعود بها للشخص الذي تقدم بالعمل المطلوب قبل انقضاء الأجل المحدد، وهذا الالتزام يبدأ من وقت الإعلان عن الوعد بالجائزة (62)

وليس من الضروري أن يكون القائم بالعمل قد قام به بقصد الحصول على الجائزة، أو أنه علم بهذه الجائزة قبل قيامه بالعمل أو بعده، أو أن القيام بالعمل كان قبل الإعلان أو بعده. ولكن من الضروري أن يكون هذا العمل من نتاج بنات أفكار الشخص الذي تقدم به خلال الأجل المضروب.

(61) د/ عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، ص ٤٥٨، ف ٢٩٦، دار النهضة العربية، القاهرة سنة ١٩٩٢؛ ود/ عبدالناصر العطار، مرجع (٤٤)، ص ١٨٩، ف ١٠٩؛

(62) قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ٢٨ فبراير ١٩٩٠ بأنه ” إذا كان مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة (١٦٢) من القانون المدني والمادة (٢٢٠) من ذات القانون أن الوعد بالجائز يرتب التزاماً في ذمته التزاماً بإرادته المنفردة من وقت توجيه هذه الإرادة إلى الجمهور...“.

- ج - الموعد بالجائزة دائن للواعد، طالما أن الأول أنجز العمل طبقاً للشروط المحددة له، وتقدم به خلال الأجل المضروب له. فبذلك أضحى الواعد مديناً بقيمة الجائزة والموعد دائئاً بها.
- د - ينقضي التزام الواعد بالجائزة بالوفاء بها للموعد له أو بانتضاء الأجل المضروب لها.

ثانياً - الوعد بالجائزة غير محدد الأجل:

إذا جاء هذا الوعد مجرداً عن المدة، أي غير مقترن بأجل معين. فإن الأمر يختلف عن سابقه، نظراً لأن القانون قد سمح للواعد بالرجوع فيما وعد به⁽⁶³⁾ وفقاً لما سيأتي بيانه:

أ - يجوز للواعد الرجوع عن وعده، بشرط أن يتم الإعلان عن الرجوع عن الالتزام بالوعد، بذات الوسيلة الإعلانية التي تم بواسطتها الإعلان عن الالتزام به. وعندئذ تبرأ ذمته منه، طالما أنه لم يتقدم أحد بالعمل المطلوب قبل الإعلان عن الرجوع.

ب- التزام الواعد بالوفاء بقيمة الجائزة الموعد بها للشخص الذي أنجز العمل المطلوب وتقدم به إليه في حالتين هما:

الأولى: عدم رجوع الواعد عن وعده أو الرجوع عنه بغير الإعلان عنه بذات الوسيلة التي أعلن بها عن الجائزة.

الثانية: تقديم العمل قبل إعلان الواعد عن رجوعه عنه. بشرط أن يتم المطالبة بالجائزة خلال ستة أشهر من تاريخ الإعلان عن الرجوع

ج - عدم التزام الواعد بالوفاء بقيمة الجائزة لمن أنجز العمل وتقدم به بعد الإعلان عن الرجوع، أو طالب به بعد انقضاء ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان. لأن تقديم العمل في الحالين صادف زوال التزام الواعد بالوفاء بالرجوع أو بالسقوط.

⁽⁶³⁾ د/ سليمان مرقس، الواجبة في شرح القانون المدني - 2- في الالتزامات المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ص ٦٩٩، ف ٢٦٣، أيريني للطباعة، القاهرة سنة ١٩٨٧؛ د/ محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، ص ٢١٨، ف ٢٧٠، القاهرة سنة ١٩٩٢؛ ود/ عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع (٢٩)، ص ٦٨٩، ف ٣٥٦.

المطلب الثالث

الضمان

(المسئولية)

١٠- لاشك أن القانون المدني يلعب دوراً مهماً في تنظيم علاقات الأشخاص داخل المجتمع، عن طريق الحفاظ على التوازن فيما بين الذمم المالية. وإعادة هذا التوازن كلما أصابه خلل، وهي الحالة التي يمكن أن نطلق عليها اصطلاح إعادة الاستطراق فيما بين الذمم المالية.

ولا غرو أن يكون للمسئولية المدنية (العقدية والتقصيرية) دور فاعل في هذا المجال. فعن طريقها يمكن إعادة حالة الاستطراق إلى الذمم المالية، بإلزام المسئول بجبر ضرر المضرور.

ففي المسئولية العقدية يلزم المتعاقد الذي أحل بالتزامه العقدي، بتعويض المتعاقد الآخر عن الضرر الذي لحق به بسبب ذلك. وفي المسئولية التقصيرية (الفعل الضار) يلزم المسئول^(*) بتعويض المضرور عن الضرر الذي أصابه نتيجة لإخلال الأول بالواجب العام وهو عدم الإضرار بالغير⁽⁶⁴⁾.

أولاً - ضمان (المسئولية) فعل الحيوان (التعويض)

بسم الله الرحمن الرحيم (وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ × فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعَلِمْنَا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ).⁽⁶⁵⁾ (xx)

(*) ولقد استخدمنا لفظ "المسئول" ولم نستخدم لفظ "فاعل الضرر" قصداً، نظراً لأنه ليس كل مسئول فاعلاً للضرر، وليس كل فاعل للضرر مسئولاً فقد يسأل شخص عن فعل غيره الضار بالآخرين، كما في مسئولية المتبوع، ومسئولية متولى الرقابة، فبالرغم من أن كليهما ليس هو فاعل الضرر، يسألان عن الضرر الذي لحق بالغير.

(64) د/ عبد المنعم فرج الصده، مرجع (٦١)، ص ٤٦٦، ف ٤٠٣ وما بعدها؛ ود/ عبدالناصر العطار، مرجع (٥٨)، ص ٢٤٥، ف ١٤١.

(65) سورة الأنبياء، ج ١٧، آية ٧٨-٧٩.

(x) ورد في تفسير القرآن العظيم لابن كثير (حدثنا أبو كريب وهارون بن إدريس الأصبم، قال حدثنا المحاربي عن أشعث عن أبي إسحاق عن مرة عن ابن مسعود في قوله: (وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ) قال: كرم قد أنبتت عناقيده فأفسدته، قال: فقضى داود بالغنم لصاحب الكرم، فقال سليمان: غير هذا يا نبي الله: قال: وما ذلك؟ قال: تدفع الكرم إلى صاحب الغنم فيقوم عليه حتى يعود كما كان، وتدفع الغنم إلى صاحب الكرم فيصيب منها حتى إذا كان الكرم كما كان دفعت الكرم إلى صاحبه، ودفعت الغنم إلى صاحبه، فذلك قوله: (فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ) وكذا روى العوفي عن ابن عباس. وورد في كتاب جامع البيان في تفسير القرآن للإمام الطبري "قال أبو جعفر: وأولى الأقوال في ذلك بالصواب ما قال الله تبارك وتعالى: (إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ) والحرت إنما هو حرت الأرض. وجائز أن يكون ذلك كان زرعاً، وجائز أن يكون غرساً، وغير ضائر الجهل بأي ذلك كان.

وقوله (إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ) حين دخلت في هذا الحرت غنم القوم الآخرين من غير أهل الحرت ليلاً، فرعته أو أفسدته. (وكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ) يقول) وكنا لحكم داود وسليمان والقوم الذين حكما بينهم فيما أفسدت غنم أهل الغنم من حرت أهل الحرت، شاهدين لا يخفي علينا منه شيء، ولا يغيب عنا علمه. وقوله (فَفَهَّمْنَاهَا) يقول (فَفَهَّمْنَا الْقَضِيَةَ فِي ذَلِكَ سُلَيْمَانَ دُونَ دَاوُدَ) (وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعَلِمْنَا) يقول وكلهم من داود وسليمان والرسل الذين ذكرهم في أول هذه السورة آتينا حكماً وهو النبوة، وعلمنا، يعني وعلمنا بأحكام الله. وبنحو الذي قلنا في ذلك قال أهل التأويل.

١١- ترشد الآية الكريمة إلى مبدأ وجوب جبر الضرر الناجم عن الفعل الضار الموجب للضمان؛ ويقوم هذا المبدأ على أساس من الواجب العام الملقى على عاتق كل شخص في جماعة بعدم الإضرار بغيره، فإذا أخل بهذا الواجب التزم بتعويض الضرر الناتج عن هذا الإخلال.

وتشير هذه الآية إلى أن الإنسان لا يضمن فعله الشخصي الضار فقط، بل يضمن - كذلك - فعل غيره الخاضع لسلطته والشيء الذي تحت سيطرته. فهذه الفنم تحت سيطرة صاحبها وعليه واجب الحفاظ على نحو يحول بينها وبين الإضرار بنفس الغير وماله فإذا ما تدخلت في إتلاف حرث آخر ضمن صاحبها الأضرار الناجمة عن ذلك، والتزم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار.

شروط مسئولية حارس الحيوان:-

١٢- يلزم لقيام هذه المسئولية توافر الشروط الآتية:

- حراسة الحيوان. - فعل الحيوان.

الشرط الأول - حراسة الحيوان :

يعد تولى شخص أمر الحراسة شرطاً لازماً في المسئولية عن الأشياء، لأنها لا تُسأل عما تفعل لعدم توافر مناط التكليف بها (العقل). ولكي يتم تعويض الضرر الناشئ عن فعلها، يجب أن يتولى شخص حراستها حتى يمكن مساءلته عما يقع منها من أضرار للغير.

فمناطق الحراسة التي تحقق مسئولية الشخص - عن الفعل الضار الصادر من الحيوان - هي السيطرة الفعلية المتمثلة في الرقابة والتوجيه والتصرف فيه. وليس من الضروري أن يكون للحارس على الحيوان الحيازة المادية أو القانونية:

- الحيازة المادية على الحيوان، فمثلاً التابع (كالراعي والسائس ومروض الحيوان وسائقه) له مثل هذه الحيازة إلا أنه لا يعد حارساً له. لأن هذه الصفة تظل للمتبوع الذي له السيطرة الفعلية على الحيوان، ولا تنتقل إلى غيره بمثل هذه الحيازة. وهذا ما قصده المشرع من العبارة التي أوردها ب المادة (١٧٥/ج) مدني التي تقول ”... ولو ضل الحيوان أو تسرب...“ فالحارس يظل مسئولاً عن تعويض الأضرار التي يحدثها الحيوان بالغير، بالرغم من فقدانه الحيازة المادية عليه.

- الحيازة القانونية وكذلك ليس من مقتضيات الحراسة أن يكون للحارس على الحيوان هذا النوع من الحيازة، فمثلاً لو سرق الحيوان، انتقلت الحراسة إلى السارق بانتقال السيطرة الفعلية

إليه. ويحل السارق محل من كانت له الحراسة في المسؤولية عن الضرر الذي يلحقه الحيوان المسروق بالغير. حيث لا يشترط في السيطرة الفعلية أن يكون مصدرها مشروعاً أو غير مشروع، فأى شخص يمسك بزمام الحيوان ويكون له عليه السيطرة، يصبح مسؤولاً عن فعله الضار حتى لو كان سارقه.

والأصل أن مالك الحيوان هو حارسه، طالما أن الحراسة لم تنتقل إلى غيره، وهذا الأصل تقوم عليه قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، وإذا ادعى المالك خلاف ذلك فعليه أن يثبت أن السيطرة الفعلية انتقلت إلى غيره وسبب انتقالها. وينبغي على ذلك أن من يلحقه ضرر من الحيوان يستطيع أن يباشر دعوى التعويض في مواجهة ماله دون حاجة لإقامة الدليل على أنه الحارس. وبذلك ينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه (المالك) فإذا كانت السيطرة الفعلية انتقلت إلى غيره فعليه أن يقيم الدليل على انتقالها بأي وجه من وجوه الانتقال، كنزوله عن حق الانتفاع بناء على عقد عارية أو إيجار، أو تكليف غيره بالمحافظة عليه بمقتضى عقد الوديعة، أو إيداعه تحت إشراف الطبيب البيطري للعلاج. فالحراسة تنتقل من المالك إلى أي من هؤلاء ما لم يتضح من العقد المبرم بينه وبين الغير أن السيطرة الفعلية على الحيوان تظل لمالكة⁽⁶⁶⁾.



غير أن لفظة الحيوان ذكرت في متن المادة (١٧٥/ج) مدني⁽⁶⁷⁾ مطلقة عن أي قيد، ولما كانت هذه اللفظة تدل على اسم جنس غير ناطق تحركه غريزته^(x)، فإنه يندرج تحت حكم هذه المادة كل كائن حي تطلق عليه هذه اللفظة.

أما إذا نفق (مات) الحيوان، فلا يعد حيواناً في منطوق هذه المادة لتوقف الخلايا الحية عن الانقسام التلقائي بالموت ومن ثم فقدانه الحركة الذاتية، التي دفعت المشرع لاختصاصه بهذا الحكم. فإذا حدث ضرر للغير بسبب جيفة حيوان ميت، كتعثر أحد المارة في الطريق العام به أو انتشار الرائحة الكريهة والتلوث الناشئ عنها، فلا تقوم المسؤولية عنه طبقاً لأحكام هذا النوع

(66) د/ عبدالمنعم فرج الصده، مرجع (٦١)، ص ٦٠٩، ف ٥١٩.

(67) تنص المادة (١٧٥) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على "أ" كل من يتولى حراسة شيء مما يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه يلزم بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشيء، ما لم يثبت أن هذا الضرر قد وقع بسبب أجنبي من قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير. «ب» وتعتبر من الأشياء التي تتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منها السيارات والطائرات والسفن، وغيرها من المركبات الأخرى، والآلات الميكانيكية، والأسلحة والأسلاك، والمعدات الكهربائية، والحيوانات والمباني، وكل شيء آخر يكون، بحسب طبيعته أو بحسب وضعه مما يعرض للخطر. «ج» وتبقى الحراسة على الحيوان ثابتة للحارس، حتى ولو ضل الحيوان أو تسرب، وذلك إلى أن يسيطر عليه غيره لحساب نفسه".^(x) أضيفت عبارة "غير ناطق تحركه غريزته" تجنباً لما يتطرق إلى الذهن بمقتضى التوصيف العلمي للإنسان على أنه حيوان ناطق.

من المسئولية^(*)، وإنما قد تقوم وفقاً لأحكام نوع آخر من المسئولية هي المسئولية عن الأشياء غير الحية [المادة (١٧٥/أ.ب) مدني، إذا أمكن اعتباره من الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة على رغم أنه ليس خطراً بطبيعته إلا أنه يكون كذلك بالنسبة للظروف والملابسة، كأن يكون يحمل بعض الفيروسات أو المكروبات الضارة والمعدية التي يمكن أن تنتقل إلى الإنسان أو الحيوان.

ويشترط أن يكون هذا الحيوان في حراسة أحد الناس، فإذا كان لا مالك له، كالطير في الهواء والأسماك في البحار والحيوانات الشاردة في الغابة أو في الحقول والمزارع أو في الجبال. فطالما أنه لا يخضع للسيطرة الفعلية لأحد الأشخاص، ففي هذه الحالة يتعذر إسناد المسئولية لأحد ويتحمل المضرور وحده ما لحق به من ضرر تطبيقاً للقاعدة الفقهية التي تقرر "جناية العجماء جبار"⁽⁶⁸⁾، كالحيوان في الغابة، الذي يهاجم الإنسان، وكالطيور الجارحة التي تهاجم الكائنات الحية.

الشرط الثاني - فعل الحيوان:

لا يكفي لقيام هذا النوع من المسئولية، أن يتولى شخص حراسة الحيوان، بل يلزم - فوق ذلك - أن يكون هناك فعل صادر عن الحيوان، وأن يكون هذا الفعل ضاراً بالغير.

- الدور الإيجابي:

فعل الحيوان الذي يعتد به في هذا المقام، يجب أن يكون ناشئاً عن دور إيجابي منه، بأن يكون قد وطئ بقدمه أو رفس برجله أو عض بأسنانه أو كبا على نفس الغير أو ماله، فأحدث به ضرراً⁽⁶⁹⁾.

- الدور السلبي:

أما إذا كان دور الحيوان سلبياً، فهذا الدور لا يكفي لقيام هذا النوع من المسئولية، كأن يرتطم شخصٌ بحيوان واقف أو نائم فيصيبه ضرر من جراء ذلك، فهذا الضرر لا يعد من فعل الحيوان^(**).

(*) الحيوان الميت الذي يشكل عثرة في الطريق العام أو ينشأ عن التلوث والأوبئة، وإن كان لا تقوم عنه مسئولية حارس الحيوان، إلا أنه قد تقوم عنه المسئولية عن الأفعال الشخصية؛ وقد تنشأ عنه المسئولية الشبئية، عملاً بحكم المادة (١٧٥) مدني بحريني، إذا أمكن عدّه من قبيل الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة بسبب الظروف المحيط.

(68) انظر في ذلك المادة (٩٤) من مجلة الأحكام العدلية، المأخوذة من الحديث الشريف المروي عن أبي هريرة رضي الله عنه " العجماء جبار "، أي: هدر، لا غرم فيها

(69) انظر في ذلك المادة رقم (١٤٣٥) من مجلة الأحكام الشرعية.

(**) الضرر الذي يلحق بالغير والناشئ عن الدور السلبي للحيوان، وإن كان لا يندرج تحت حكم المادة (١٧٥/ج) مدني بحريني. لا يحول دون مسئولية من له السيطرة الفعلية عليه عن هذا الضرر إذا كان قد وقع منه خطأ شخصي، بأن يكون قد أوقف الحيوان في مكان غير مخصص لذلك كالطريق العام مثلاً. راجع في ذلك الحديث الشريف المذكور بالهامش رقم (٥١٢)، وانظر المادة (١٤٣٥) من مجلة الأحكام الشرعية التي تقرر أن " ربط الدابة وإيقافها في الطريق عدوان فيضمن رابطها أو موقفها ما تلتفه أو يتلف بسبب فعلها ".

غير أنه قد يكون دور الحيوان سلبياً ومع ذلك يسأل حارسه عن الضرر الذي لحق الغير منه، متى كان في موضع شاذ، ويكون الموضوع شاذاً إذا كان غير مألوف أن توضع الحيوانات في مثله. كمن يضع الحيوان الذي في حارسته في الطريق العام المؤدى إلى مدرسة المكفوفين، فإذا ما ارتطم به أحدهم وأصابه ضرر من ذلك فإن حارسه يسأل عنه بالرغم من الدور السلبي للحيوان لأنه في وضع شاذ. وكالذي اصطحب معه حيواناً غير أليف إلى مكان تلقى العلم وقام بوضعه على مقعد إلى جواره فجاءت إحدى زميلاته للجلوس على هذا المقعد ففوجئت بهذا الحيوانا ففزعت منه وسقطت على الأرض فأصيبت.

- الاتصال المادي:

ولا يشترط في الفعل الإيجابي من الحيوان، أن يكون هناك اتصال مادي بالمضروب، بل يكفي أن يكون هو السبب الإيجابي في وقوع الضرر. فمثلاً الحاوي (وهو شخص يقوم بجمع الثعابين والحيات) لو أخرج فجأة ثعباناً من جرابه فأدى إلى فزع أحد الأشخاص وسقوطه على الأرض أو تعثر بشيء فأصيب بضرر، فإن هذا الضرر يسأل عنه الحاوي باعتباره حارساً، بالرغم من عدم وجود اتصال مادي بين الثعبان وبين المضروب، إلا أنه كان السبب الإيجابي في حدوث الضرر.

وكذلك لو انفلت حيوان ممن يمسك بزمامه، واندفع مسرعاً في الطريق العام ففزع منه أحد المارة فلهق به ضرر، فإن حارسه يسأل عن هذا الضرر.

- فعل الإنسان وفعل الحيوان:

بيد أنه قد تثار مسألة الفصل بين ما يعد من قبيل فعل الإنسان وبين ما يعد من قبيل فعل الحيوان (70) لأن لكل منهما أحكاماً خاصة تختلف عن الآخر - لأن المسؤولية عن الأول مسئولية عن العمل الشخصي الذي يتطلب إثبات الخطأ الشخصي للمسئول، والمسئولية عن الثاني مسئولية شبيهة تقوم على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس في جانب الحارس - وهذه المسألة تثار عندما يكون الشخص هو الذي يقود الحيوان محدث الضرر، أو يقود العربية التي يجرها الحيوان، وقد انتهى الرأي في ذلك إلى إخضاع ذلك لأحكام المسئولية عن فعل الحيوان، طالما أن كان له دور إيجابي في إحداث الضرر بالغير. أما إذا كان دوره سلبياً فإن الضرر الناشئ عنه يضاف إلى فعل الشخص الذي له عليه السيطرة الفعلية.

(70) 1 / حسين عامر؛ و 1 / عبد الرحيم عامر، المسئولية المدنية - التصيرية والعقدية - الطبعة الثانية، ص 687، ف 872 (ثانياً)، دار المعارف، القاهرة 1979م.

- حدوث ضرر للغير:

ولا يكفي أن يكون هناك فعل من الحيوان، بل يجب -فوق ذلك- أن يكون قد نشأ عن هذا الفعل ضرر، وأن يكون هذا الضرر قد أصاب الغير في نفسه أو ماله. فحارس الحيوان يسأل عن أي ضرر يلحق بالغير بفعل الحيوان، كأن يدهس الحيوان شخصاً، أو يتلف ماله (71) أو ينتقل منه مرض معد إلى حيوان مملوك للغير (72).

غير أنه يخرج من نطاق أحكام هذه المسؤولية الأضرار التي تلحق الحارس من فعل الحيوان الذي تحت حراسته، وكذلك الضرر الذي يحدثه الحيوان بنفسه، كأن يقفز من مكان مرتفع، أو يخنق نفسه بالحبل الذي يربط به (73).

ثانياً- الإعفاء من الضمان (المسؤولية)

(السبب الأجنبي)

بسم الله الرحمن الرحيم (قَالَ لَنْ أَرْسَلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنِّي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ (74)). وقوله تعالى (ارْجِعُوا إِلَىٰ آبَائِكُمْ فَقُولُوا يَا أَبَانَا إِنَّ ابْنَكَ سَرَقَ وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا وَمَا كُنَّا لِلْغَيْبِ حَافِظِينَ (75))

١٢- تؤكد هاتان الآيتان القاعدة العامة التي تقضي بعدم تحقق المسؤولية متى كان عدم تنفيذ الالتزام يرجع إلى سبب أجنبي Cause étranger، وكان التزاماً ببذل عناية وليس بتحقيق غاية، بحيث يقف التزام المدين به عند حد بذل كل ما في وسعه لتحقيق النتيجة المرجوة منه.

ويظهر هذا جلياً من الاتفاق المبرم بين نبي الله يعقوب-عليه السلام- وبين كبار أبنائه، الذي يسمح لهم بموجبه باصطحاب أخيه الأصغر في رحلتهم إلى مصر، على أن يلتزم الأبناء بضمان السلامة وإعادته إلى أبيهم سالماً في نهاية الرحلة، ويخرج من هذا الضمان إذا كان عدم تنفيذ التزامهم لا يد لهم فيه إنما يرجع إلى سبب أجنبي (..إلا أن يُحَاطَ بِكُمْ..); هذا الذي يؤكد أن التزامهم الناشئ عن هذا الاتفاق التزام بوسيلة وليس التزاماً بنتيجة.

(71) راجع سابقاً، ما ذكرناه حول قضاء نبيي الله -تعالى- داود وسليمان في مسألة الغنم التي نضشت في حرث القوم، بالهامش رقم (٥١٢).

(72) د/عبد المنعم فرج الصده، مرجع (٦١)، ص ٦١١، ف ٥٢٠.

(73) ١/ حسين وعبد الرحيم عامر، مرجع (٧٠)، ص ٦٨٨، ف ٨٧٤.

(74) سورة يوسف، ج ١٣، آية ٦٦.

(75) سورة يوسف، ج ١٣، آية ٨١.

ولكي يكون السبب، الذي حال دون تنفيذ الالتزام أجنبياً، يجب أن يكون منبت الصلة عن شخص الملتزم؛ ويكون كذلك إذا كان في صورة قوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، هذا هو الذي استند إليه أبناء سيدنا يوسف - عليه السلام - عندما عثر على صواع الملك في رحل أخيه الأصغر واتهم بالاستيلاء عليه وتوقيع عقوبة عليه ومنعه من العودة معهم تنفيذاً لالتزامهم الذي قطعوه على أنفسهم مع أبيهم؛ فأمر السلطان بمنعه من السفر يعد من قبيل السبب الأجنبي الذي يترتب عليه الإعفاء من المسؤولية.

ويمكن تعريف السبب الأجنبي بأنه " كل أمر منبت الصلة بالمدعى عليه وغير متوقع ويستحيل دفعه ويكون سبباً مباشراً للضرر " (76). يترتب على إثباته هدم رابطة السببية بين الخطأ وبين الضرر (77) ونفى المسؤولية عن المدعى عليه كلياً أو جزئياً، وذلك وفقاً لصورته ودرجة مساهمته في وقوع الضرر المادة (١٦٥) مدني (78).

بيد أن المشرع بعد أن وضع المبدأ العام المتمثل في جواز نفي المسؤولية أو الالتزام بالتعويض بإثبات السبب الأجنبي مثل لذلك ببعض الوسائل على سبيل المثال لا الحصر، كالقوة القاهرة والحادث الفجائي وخطأ الغير وخطأ المضرور.

وينبنى على ذلك أن كل أمر يمكن إدراجه تحت التعريف آنف الذكر يعد سبباً أجنبياً يؤدي إثباته إلى نفي مسؤولية المدعى عليه أو تخفيفها بقدر مساهمته في وقوع الضرر.

خصائص السبب الأجنبي؛ -

يجب، لاعتبار الأمر الذي تسبب في الضرر سبباً أجنبياً - في مفهوم التعريف - آنف البيان- أن يتوافر فيه ثلاث خصائص (79) :

١- عدم التوقع. ٢- استحالة الدفع. ٣- انقطاع الصلة بالمدعى عليه.

(76) د/ عبد المنعم فرج الصدة، مرجع (٦١)، ص ٥٢٩، ف ٤٥٩؛ ود/ سليمان مرقس، مرجع (٦٢)، ص ٤٧٧، ف ١٧٢.

(77) ١ / حسين عامر؛ و ١ / عبد الرحيم عامر، مرجع (٧٠)، ص ٣٥٤، ف ٤٦٤.

(78) تنص المادة (١٦٥) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص بخلاف ذلك".

وتنص المادة (١٦٥) مدني مصري على أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

(79) د/ سليمان مرقس، الواجبي في شرح القانون المدني - ٢ - في الالتزامات - المجلد الثاني - في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول في الأحكام العامة، ط ٥، ص ٤٧٨، ف ١٧٢، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٨ م؛ ود/ محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام - القواعد العامة والقواعد الخاصة ص ١٢٣، ف ١٢٨، مطبعة الاتحاد، سوريا ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م ..

(١) عدم التوقع Imprévisible

لكي يعد الأمر الذي أدى إلى وقوع الضرر سبباً أجنبياً (قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً أو خطأ الغير أو خطأ المضرور) يجب أن يكون أمراً لا يمكن توقعه (.. وَمَا كُنَّا لِلْغَيْبِ حَافِظِينَ). فإذا أمكن توقعه فلا يعد ذلك سبباً أجنبياً حتى لو كان يستحيل دفعه.

بيد أن التوقع وعدمه يقاس بمعيار موضوعي هو معيار الرجل العادي في ظل الظروف الخارجية للمدعى عليه. فيجب ألا يكون في الوسع توقعه عادة، بحيث يكون عدم إمكان التوقع مطلقاً بالنسبة لسواد الناس، لا نسبياً بالنسبة للبعض دون البعض، ولا شخصياً بالنسبة للمدعى عليه فقط.

والوقت الذي ينظر فيه إلى إمكانية التوقع وعدمها هو وقت وقوع الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية، ووقت إبرام العقد في المسؤولية العقدية. فلو انعدم التوقع في هذا الوقت، ولو أمكن توقعه بعد ذلك، فقد توافرت في الأمر أول خاصية في السبب الأجنبي وهي عدم التوقع.

(٢) استحالة الدفع Irresistible

ولا يكفى لاعتبار الأمر المسبب للضرر سبباً أجنبياً كونه غير متوقع، بل يجب فوق ذلك، أن يكون مما يستحيل دفعه، وهذا ما فعله إخوة يوسف عندما عرضوا على العزيز أن يأخذ أحدهم وحتى يتسنى تنفيذ التزامهم بإعادة أصغرهم إلى أبيهم، غير أن العزيز رفض هذا العرض لأن العقوبة شخصية (فَلَمَّا اسْتِيسُوا مِنْهُ... .. (80))، أي استحالة دفع عليهم دفع تحقق الفعل الضار، فلو كان من الممكن دفعه ولم يبذلوا جهدهم لدفعه، فلا يعد سبباً أجنبياً حتى لو كان غير متوقع⁽⁸¹⁾.

وهذه الخاصية تقاس -أيضاً- بمعيار الرجل العادي في ظل الظروف الخارجية للمدعى عليه، فإذا كان في إمكان الرجل العادي دفعه أو تقاديه فلا يعد ذلك سبباً أجنبياً تدفع به المسؤولية أو يخفف من عبء الالتزام بالتعويض أما إذا كان يستحيل عليه دفعه فقد تحققت بذلك الخاصية الثانية في السبب الأجنبي وهي استحالة الدفع.

(80) سورة يوسف، ج ١٣، آية ٨٠.

(81) قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٢٢٧١ لسنة ٥٩ ق - جلسة ١١/٢٨/١٩٩٥ (منشور بمجلة القضاة، السنة الثامنة والعشرون - العدد الأول والثاني - يناير/ديسمبر ١٩٩٦، ص ٤٣٣) بأنه " .. على أنه يشترط في خطأ الغير الذي يعفى الناقل من المسؤولية إعفاءً كاملاً ألا يكون في مقدور الناقل توقعه أو تقاديه، وأن يكون هذا الخطأ وحده هو الذي سبب الضرر للراكب".

(٣) انقطاع الصلة Non-intervention

فإذا كان الأمر المسبب للضرر مما يندم توقعه ويستحيل دفعه أو تفاديه، فإنه لا يعد سبباً أجنبياً، إلا إذا كان منبت الصلة بالمدعى عليه، أي لا يد له فيه (82). هذا ما تحقق بالنسبة لإخوة يوسف فقد أعلنوا أن ليس لهم في الأمر يد (ارْجِعُوا إِلَىٰ أَبِيكُمْ فَقُولُوا يَا أَبَانَا إِنَّ ابْنَكَ سَرَقَ... (83)).

أما إذا كان تحقق هذا الأمر من صنع يد المدعى عليه أو تابعيه، فلا يعد ذلك سبباً أجنبياً، حتى لو انعدم لديه التوقع واستحال عليه الدفع كمن يهمل في تزويد محرك سيارته بالزيت (النقط) أو الماء فينفجر المحرك وينشأ عن ذلك ضرراً بالغير.

وإذا كان يقع على كاهل المدعي إثبات توافر رابطة السببية بين الفعل ونتائجه الضارة لقيام مسئولية المدعى عليه، فإنه يقع على عاتق المدعى عليه عبء إثبات الخصائص الثلاثة للسبب الأجنبي، حتى يتسنى له هدم تلك الرابطة للتخلص الكلي أو الجزئي من الالتزام بالتعويض تبعاً لدرجة مساهمة السبب الأجنبي في إحداث الضرر؛ وهذا ما أقام عليه الدليل إخوة يوسف لدفع المسئولية عن أنفسهم.



المطلب الرابع

الفعل النافع

الإثراء بلا سبب

(الفضالة)

بسم الله الرحمن الرحيم (فَانطَلَقَا حَتَّىٰ إِذَا أَتَيَا أَهْلَ قَرْيَةٍ اسْتَطَعَمَا أَهْلَهَا فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَاراً يُرِيدُ أَنْ يَنْقُضَ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً (84) (x)).

١٤- تشير هذه الآية الكريمة إلى مسألة تدخل الشخص في الشؤون المالية لغيره بدون إذنه، متى وجد أمر عاجل يدفعه إلى هذا التدخل؛ فعندما وجد العبد الصالح جداراً يوشك أن ينقض دفعه

(82) د/ سليمان مرقس، مرجع (٦٢)، ص ٤٨٢، ف ١٧٤؛ وقريب من ذلك د/ عبد المنعم فرج الصدة، مرجع (٦١)، ص ٥٤٢، ف٦١١ رابعاً.

(83) سورة يوسف، ج ١٢، آية ٨١.

(84) سورة الكهف، ج ١٥، آية ٧٧.

(x) لعل الله -تعالى- كان يذكر سيدنا موسى بما قام به لبنتي الرجل الصالح بمدين عندما سقى لهم دون أن يأخذ عليه أجراً.

هذا إلى المبادرة بإقامته دون أن يطلب منه ذلك؛ فقال له سيدنا موسى -عليه السلام-، من منطلق الأحكام الشرعية، أنك تستطيع أن تأخذ عليه أجراً (.. قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا..) أي تعويضاً عن الفعل النافع الذي قمت به لصالح أصحاب الجدار، لأنه ترتب عليه افتقار القائم به وإثراء لمن تم لحسابه، وكان الأول سبباً في الثاني الذي هو بدوره نتيجة للأول.

ولاشك أن العمل الذي قام به العبد الصالح يعتبر من قبيل الفضالة التي تعد أهم صور الفعل النافع التي يحرص المشرع على ترسيخه في ضمائر أفراد المجتمع وحضهم وتحفيزهم على القيام بالأعمال النافعة بعضهم لبعض في مقابل تعويض القائم بها عما تكبده من نفقات وجهد في سبيل ذلك [المادة (١٩١) مدني⁽⁸⁵⁾].

فقيام الشخص بالفعل النافع يعد تفضلاً على آخر، وليس تظلاً عليه، حيث إنه يقوم بشأن عاجل له دون أن يكون ملزماً بالقيام به، كأن يقوم بإقامة جدار يوشك أن ينقض أو يبادر بإسعاف شخص من إصابة مفاجئة... إلخ، فهو بذلك يحافظ على شأن من شئون غيره ولا يعيب بها، ولذلك ألزم القانون رب العمل بتعويضه عما تكبده من جهد أو نفقات.

أولاً- شروط الفضالة :-

عرفنا أن الفضولي شخص يقوم عن قصد بشأن عاجل لشخص آخر دون أن يكون ملزماً به. ومن ذلك يتضح أن الفضالة تتطلب ثلاثة شروط هي:

- قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل.
 - قصد الفضولي تحقيق مصلحة لرب العمل.
 - ألا يكون الفضولي ملتزماً بهذا العمل أو منهياً عنه.
- الشرط الأول - قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل:

⁽⁸⁵⁾ تنص المادة (١٩١) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على أن "أ" الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك. "ب" وتتحقق الفضالة ولو كان الفضولي، في أثناء توليه شأن نفسه، قد تولى شأن غيره، لما بين الشأنين من ترابط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر". وتنص المادة (١٨٨) مدني مصري على أنه "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك".

يجب لكي تتحقق الفضالة توافر أمرين هما:

الأول - قيام الفضولي بعمل لحساب رب العمل.

الثاني - أن يكون العمل مما يقتضى العجلة في القيام به (فَوَجَدَا فِيهَا جِدَاراً يُرِيدُ أَنْ يَتَّقَضُ فَاقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً).

الشرط الثاني - قصد الفضولي تحقيق مصلحة لرب العمل:

لا يكفي لقيام الفضالة، تولى شخص القيام بشأن عاجل لآخر، بل يجب - إلى جانب هذا - أن تتجه نية الفضولي إلى تحقيق مصلحة لرب العمل، أي يكون على علم ودراية أنه يسعى لتحقيق مصلحة لغيره. فلو كان يعتقد أنه يعمل لحساب نفسه، فإذا به يعمل لحساب آخر، كأن يقوم بترميم جدار اعتقاداً منه أنه له، ثم يتبين له أنه مملوك لغيره، فالقائم بهذا العمل لا يعد فضولياً وليس له الحق في الرجوع على صاحب الجدار بدعوى الفضالة، وإن كان يمكنه الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب متى توافرت شروطها.

الشرط الثالث - ألا يكون الفضولي ملزماً بالعمل أو منهيماً عنه:

يشترط - فوق ما سبق ذكره - لقيام الفضالة ألا يكون الشخص ملزماً بالعمل لحساب رب العمل بموجب عقد بينهما أو بنص قانوني أو حكم قضائي. فالمقاول الذي أقام منزلاً لرب العمل بناءً على عقد مقاوله لا يعتبر فضولياً، والنايب القانوني إذا قام بعمل في حدود نيابته لحساب الأصيل لا يعتبر - كذلك - فضولياً. لأن القائم بمثل ذلك ملزم بالقيام به لا متفضلاً دفعته الضرورة للعمل لمصلحة غيره.

ويلزم - أيضاً - ألا يكون الشخص القائم بالعمل منهيماً عن القيام به، أي ألا يكون رب العمل قد علم بعزمه على ذلك فنهاء عن القيام به. فإذا تم النهي وجب على هذا الشخص الامتناع عن العمل أو التوقف عن إتمامه إذا كان قد بدأ فيه. وإذا استمر في العمل بعد هذا النهي فلن يعد فضولياً بل يعتبر مرتكباً لخطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية عن الضرر الذي يلحق رب العمل من جراء ذلك.

قد يحدث أن ينقلب الفضولي إلى وكيل عن رب العمل متى علم الأخير بقيامه بالعمل وأقره عليه. ومن ثم تخضع العلاقة فيما بينهما لأحكام الوكالة وليس لقواعد الفضالة المادة (١٩٢) مدني^(٨٦).

ثانياً- أحكام الفضالة :-

لا جرم أن العلاقات القانونية سواء أكان مصدرها الإرادة (العقد والإرادة المنفردة) أم كان مصدرها واقعة مادية (الفعل الضار والفعل النافع) تلقى على عاتق أطرافها التزامات، وكذلك الأمر بالنسبة للفضالة متى توافرت شروطها -أنفة البيان- فإنها ترتب التزامات على كاهل كل من الفضولي ورب العمل.

١- التزامات الفضولي :-

عرفنا أن الفضولي شخص تدفعه الضرورة للتدخل في شئون غيره -غالباً- ما يكون بدون علمه. ولكيلا يكون مثل هذا التدخل ضرباً من العبث ألقى القانون على عاتق الفضولي عدة التزامات هي:

الالتزام الأول - المضي في العمل إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه.

يجب على الذي يتدخل في شئون غيره أن يستمر في القيام بالعمل الذي بدأه على نحو يحقق مصالح هذا الغير ولا يتوقف حتى يتمكن رب العمل من مباشرة هذا العمل بنفسه^(٨٧). لأن توقفه بمحض اختياره ينم عن عبث واستهتار بمصالح الآخرين وليس تفضلاً منه.

غير انه يجوز للفضولي أن يتوقف عن الاستمرار في العمل متى كان استمراره فيه يعرضه لخطر جسيم يستحيل عليه أن يتقيه، كالفضولي الذي يقوم بإخماد النيران التي شبت في مال جاره فيداهمه خطر في نفسه كالإصابة بالحروق، فيضطر إلى التراجع لاستحالة الاستمرار في العمل^(٨٨).

^(٨٦) تنص المادة (١٩٢) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على أنه "تسري قواعد الوكالة إذا أقر صاحب العمل ما قام به الفضولي.

وتنص المادة (١٩٠) مدني مصري على أنه "تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي".
^(٨٧) تنص المادة (١٩٢) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على أنه "يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن صاحب العمل من مباشرته بنفسه، كما يجب عليه أن يخطر صاحب العمل بتدخله متى استطاع ذلك".

وتنص المادة (١٩١) مدني مصري على أنه "يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك".

^(٨٨) د/ عبد المنعم فرج الصدة، مرجع (٦١)، ص ٦٨١، ف ٥٨٦.

الالتزام الثاني - بذل عناية الرجل العادي في القيام بالعمل:

نعلم أن معيار الرجل العادي يعد المقياس الذي اتخذ القانون - قاعدة عامة - لقياس مدى قيام الملتزم بالوفاء بالتزامه. ويقصد به اتخاذ سلوك الشخص العادي، الذي يعد من سواد الناس لا هو بشديد الحرص ولا هو بالمهمل، معياراً لقياس الوفاء بالالتزام.

وفى ضوء هذا المعيار يتبين أنه يقع على عاتق الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي⁽⁸⁹⁾، أي أنه يتقل كاهله بذل الجهد الذي يؤدي - في الغالب - إلى تحقيق النتيجة المرجوة، سواء تحققت هذه النتيجة أم لم تحقق. لأن التزام الفضولي في القيام بالعمل التزام ببذل عناية obligation de moyen وليس التزاماً بتحقيق نتيجة obligation de resultat. فإذا أخل الفضولي بهذا الالتزام، أي أنه انحرف في قيامه بالعمل عن سلوك الرجل المعتاد، كان مرتكباً لخطأ يستوجب مسئوليته عن ذلك.

الالتزام الثالث - إخطار رب العمل بتدخله:

لا جرم أنه من مقتضيات المنطق أن الذي تدفعه ضرورة إلى القيام بعمل لحساب الغير دون أن يكون ملزماً به، أن يبادر - إن استطاع إلى ذلك سبيلاً - بإخطار رب العمل بذلك. لأن رب العمل أولى من غيره بمباشرة شئون نفسه، فقد يتيسر له القيام به بنفسه أو ينهى الفضولي عن الاستمرار فيه. ولا يشترط في الإخطار شكل معين ويقع على عاتق الفضولي إثباته، لأنه التزام عليه، وله أن يثبتته بكافة الطرق.



الالتزام الرابع - تقديم حساب لرب العمل:

يجب على الفضولي رد ما استولى عليه وتقديم حساب عما قام به المادة (١٩٦) مدني⁽⁹⁰⁾،

(89) تنص المادة (١٩٤) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على أنه "أ" يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي، وإلا كان مسؤولاً عن خطئه، ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ أو يعفيه منه إذا كانت الظروف تبرر ذلك. "ب" وإذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسؤولاً عن تصرفات نائبه ودون إخلال بما لصاحب العمل من حق في الرجوع مباشرة على هذا النائب".

وتنص المادة (١٩٢) مدني مصري على أنه "١- يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي، ويكون مسؤولاً عن خطئه. ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على الخطأ، إذا كانت الظروف تبرر ذلك. ٢- وإذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسؤولاً عن تصرفات نائبه، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب ٣- وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد، كانوا متضامنين في المسؤولية".

(90) تنص المادة (١٩٦) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على أنه "يلتزم الفضولي بأن يرد إلى صاحب العمل كل ما أخذه بسبب الفضالة، كما يلتزم بأن يقدم حساباً عما قام به، وذلك على نحو ما يلتزم به الوكيل قبل الموكل". وتنص المادة (١٩٢) مدني مصري على أنه "يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل عن رد ما استولى عليه بسبب الفضالة. وتقديم حساب عما قام به".

وتوجد مماثلة بين التزام الفضولي بالرد بالتزام الوكيل بذلك في عقد الوكالة المادة (٦٤٩) مدني^(٩١).

٢- التزامات رب العمل:

عرفنا أن العلاقة القانونية التي تنشأ بين الفضولي ورب العمل على أثر قيام الأخير بشأن عاجل لحساب الأول والتي تعد بمثابة نيابة قانونية تلقى التزامات على عاتق كل منهما. وإذا كان الفضولي يلتزم بما يلزم به الوكيل بالإضافة إلى الالتزامات الخاصة به، فإن رب العمل يلتزم بما يلتزم به الموكل فضلاً عن التزاماته الخاصة.

ونتناول فيما هو آت من نقاط دراسة التزامات رب العمل.

الالتزام الأول - تنفيذ التعهدات أو التعويض عنها:

لا غرو أن القيام بالعمل قد يتطلب إبرام بعض التعهدات، وإبرام مثل ذلك يقوم به الفضولي باعتباره نائباً عن رب العمل أو بصفته أصيلاً عن نفسه. ومن ثم يقع على عاتق رب العمل القيام بتنفيذ مثل هذه التعهدات أو التعويض عنها المادة (١٩٨) مدني^(٩٢).

الالتزام الثاني - رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر:

نعلم أن الفضولي يقوم بالعمل لحساب رب العمل وقد يتكبد في سبيل ذلك بعض النفقات منها الضروري ومنها النافع، فمن أمثلة المصروفات الضرورية رسوم قيد الرهن لصالح رب العمل وأجر الأيدي العاملة، ومن أمثلة النفقات النافعة التي تسوغها الظروف نفقات تخزين ثمار رب

^(٩١) تنص المادة (٦٤٩) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على أنه " ليس للوكيل أن يستعمل مال موكله لصالح نفسه بدون إذن، وإلا كان ملزماً بتعويض الموكل تعويضاً عادلاً يقدره القاضي مع مراعاة ظروف الحال".

وتنص المادة (٧٠٦) مدني مصري على أنه " ١- ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه. ٢- وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر".

^(٩٢) تنص المادة (١٩٨) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على أنه " يعتبر الفضولي نائباً عن صاحب العمل متى كان قد بذل في عمله عناية الشخص المعتاد ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة، وفي هذه الحالة، يكون صاحب العمل ملزماً أن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف، وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل. ولا يستحق الفضولي أجراً عن عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته".

وتنص المادة (١٩٥) مدني مصري على أنه " يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل، متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة. وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها. وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها الفوائد من يوم دفعها. وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن تكون من أعمال مهنته".

وانظر في ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج ٢، ص ٤٨٢ (مذكرة المشروع التمهيدي).

العمل تمهيداً لبيعها. فتلك المصروفات وهذه النفقات، يقع على عاتق رب العمل الالتزام بردها إلى الفضولي الذي له الحق في الرجوع بها عليه واقتضائها جبراً عنه.

أما المصروفات النافعة التي لا تسوغها الظروف أو كان مبالغاً فيها دون مبرر أو كانت كمالية فلا يلتزم رب العمل أن يرد منها إلا القدر الذي عاد عليه بالنفع والتي تتوافر في شأنها الأحكام العامة للإثراء بلا سبب، وليس طبقاً لأحكام الفضالة.

والأصل أن الفضولي لا يستحق أجراً عن العمل الذي قام به لحساب رب العمل لأنه متفضل به، إلا أن المشرع استثنى من ذلك العمل الذي يدخل في أعمال مهنته كالتطبيب الذي يسعف مصاباً والمهندس الذي قام بترميم منزل جاره. ففي هذه الحالة يستحق الفضولي أجراً عن عمله يقدر بأجر المثل، بالإضافة إلى قيمة النفقات الضرورية والنافعة التي تسوغها الظروف إن وجدت.

الالتزام الثالث - تعويض الفضولي عما لحقه من ضرر:

إذا لحق الفضولي ضررٌ في النفس أو المال بسبب قيامه بالعمل العاجل لحساب رب العمل، ولم يكن هذا الضرر راجعاً لخطأ منه ولم يكن بوسعه تفاديه ببذل عناية الرجل العادي، كأن يصاب بحروق أو يتلف بعض ماله نتيجة قيامه بإخماد حريق شب في مال جاره، أضحى رب العمل ملزماً بتعويض الفضولي عن مثل هذه الأضرار. وهذا الالتزام يماثل التزام الموكل بتعويض الوكيل عما أصابه من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً⁽⁹³⁾.

أما إذا كان الضرر الذي لحق الفضولي ناتجاً عن خطئه أو كان في إمكانه توقيه ببذل جهد معقول، فإن مسألة التعويض عنه تخضع لتقدير قاضي الموضوع فقد يعفى رب العمل منه متى كان هذا الخطأ أو التقصير مستغرقاً لما سواه من الأسباب المنتجة للضرر وقد يخفف منه متى وجدت عوامل أخرى ساهمت في حدوث الضرر مع خطأ الفضولي وقد يحكم له بالتعويض الكامل إذا كان خطؤه نتيجة لعوامل أخرى خارجية.

⁽⁹³⁾ تنص المادة (٦٥٥) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على أنه "يكون الموكل مسؤولاً عما يصيب الوكيل من ضرر دون خطأ منه، بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً".
وتنص المادة (٧١١) مدني مصري على أنه "يكون الموكل مسؤولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً".

المبحث الثالث

طرق الإثبات

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ (يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا) (94)

١٥- استهلّت الآية الكريمة بندا لتهيئة المخاطب بها نفسياً لتلقي أحكام تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع (x) فيما يتعلق بمسألة الإعداد المسبق لدليل إثبات الدين الآجل عند الإنكار أو المنازعة فيه (يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ) وفي ذلك زحزحة للشهادة من مقدمة أدلة الإثبات ليحل محلها الدليل الكتابي، ولا سيما أن أول المخاطبين بذلك هم أفراد أمة أمية أكثرهم لا يعرفون الكتابة (xx).

وأعقبت ذلك بتقديم حلول لما يعترض إعداد الدليل الكتابي بعدم إمام طرف في الالتزام بالكتابة، فطالبت الغير الذي يلم بها أن يقوم بكتابة الدين، واشترطت عليه أن يكتب بالعدل (وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ) وطالبت المدين بأن يمل على الكاتب دون أن يبخس من قيمة الحق أو شروطه أو أجله شيئاً (وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا) أما إذا كان المدين سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل فليمل عنه وليه بالعدل واشترطت في هذه الحالة شهادة شهيدين، لأن الكتابة مثبتة للالتزام فيما بين طرفيه، والشهادة مثبتة لواقعة إملاء الولي عن الضعيف أو السفيه (فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمِلَ هُوَ فليملِ وَلِيه بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ

(94) انظر قوله -تعالى- ” يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمِلَ هُوَ فليملِ وَلِيه بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَأَمْرَاتَانِ مِنْ تَرْضُونِ مِنَ الشَّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكَمْ أَمْسَطَ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمَ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا بَضَارَ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَلَّحُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمِ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ“ سورة البقرة، ج ٣، آية ٢٨٢.

(x) تهيئة أنفس الأشخاص لتلقى الأحكام التي تنظم سلوكهم يعمل على تقبلها والحد من حالات مخالفتها؛ أما مباحثتهم بهذه الأحكام فإنه يدفعهم لعدم تقبلها ومعارضتها والحرص على مخالفتها، وهذا ما يحدث في العالم الثالث.

(xx) حرص الشرع الحنيف أن يتطلب الكتابة في الإثبات ويضعها في مقدمة طرقه، على الرغم من نزوله على نبي أمي وأن أول أمة حوطبت به كنت أمة أمية في مجتمع بدوي يمتاز بأن المحفوظ في الصدور يفوق المدون في السطور.

وَأَمْرَاتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى^(*). لقد طالبت الشاهد بأداء الشهادة على وجهها عندما يدعى لذلك، ولاسيما إذا جحد المدين حق الدائن، أو نازع في مقداره أو في أجله (وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا).

ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل حثت المخاطبين بها أن يتجاوزوا حاجز العامل النفسي والسامة من كتابة الدين لصغر قيمته أو التحرج من مطالبة المدين بذلك ولاسيما إذا كان ذا صلة بالدائن. وعلقت ذلك بأن الكتابة تثبت الحق وتعلق باب الشك أو الارتياب فيه (وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا).

غير أن الآية الكريمة لم تشأ أن تبسط مبدأ الإثبات بالدليل الكتابي على سائر المعاملات المالية، فاستثنت منه التصرفات التجارية، نظراً لطبيعتها الخاصة التي تتطلب السرعة في التداول ولقصر الآجال التي تضاف إليها (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا).

ولم تهمل الأشخاص الذين ساهموا في توفير دليل لإثبات الحق مثل الكاتب والشاهد؛ فقضت بالأليضار أحدهما؛ والمضار التي قد تلحق أحدهما هي عدم إعطاء الكاتب أجرة الكتابة أو أن يصبه أذى من أحد طرفي الدين ولاسيما أنه مطالب بالكتابة بالعدل الأمر الذي قد لا يروق لأحدهما، أو عدم الوفاء بقيمة نفقات انتقال الشاهد إلى مكان الإدلاء بها ومقابل تعطيله عن أعماله بسبب ذلك أو أن يصبه أذى من أحد طرفي الدين بسبب شهادته (وَلَا يَضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُقُوكُمْ وَأَتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ).

ونفصل ما أجملناه في هذه المقدمة فيما هو آتٍ من مطالب:

المطلب الأول - الدليل الكتابي. المطلب الثاني - إثبات التصرفات التجارية.

المطلب الثالث - البينة. المطلب الرابع - القرائن. المطلب الخامس - حجية الأمر المقضي.

(*) كثر اللغظ حول مسألة شهادة المرأة، واعتبر أن في ذلك تقليلاً من شأنها لعدم المساواة بينها وبين الرجل. غير أن الأمر لا يخرج عن كونه حكماً خاصاً بالمعاملات المالية الآجلة لا يتعداها إلى غيرها من العلاقات القانونية الأخرى؛ وأن المرأة تتعرض لتغيرات سيكولوجية مرتبطة بتغيرات فسيولوجية مما يجعلها عرضة للنسيان، لأن أداء الشهادة يكون مطلوباً عند حلول أجل الوفاء، وهذا الأجل مرتبط بفترة زمنية قد تكون طويلة؛ ولاسيما أن هذا النوع من المعاملات كان - في الغالب - لا تشهد النساء.

المطلب الأول

الدليل الكتابي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ (يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ.....) (95)

١٦- لا جرم أن الله -تعالى- خلق الإنسان وعلمه البيان وبدأ رسالته الخاتمة لبني الإنسان بالأمر بالقراءة والحض على التعلم بالقلم باعتباره أهم وسائل الكتابة⁽⁹⁶⁾. وندب المؤمنين إلى كتابة ديونهم الآجلة؛ وكان لمعرفة الكتابة دور في زحزحة الشهادة كينة من مقدمة طرق الإثبات لتحتلها الكتابة لما لها من خصائص تتناسب مع ما يطرأ على الإنسان في داخله وفي البيئة المحيطة به من تغيرات متلاحقة^(x).

ويمكن أن تعريف الكتابة، بصفة عامة، بأنها "هي توظيف الأحرف والأرقام في بناء كلمات وعمليات حسابية يمكن قراءتها، أي كانت المواد المستخدمة في ذلك". أو هي "كل كتابة يمكن قراءتها، أي كانت الوسائل المستخدمة فيها".

ولقد تعددت طرق الكتابة ووسائلها- في العصر الحاضر- فمنها ما يتم على يد موظف عام أو مكلف بخدمة عامة كالمحرر الرسمي، ومنها ما يقوم بتحريره الأشخاص العاديون كالمحرر العريفي؛ ومنها ما يتم بخط اليد أو على آلة ناسخة أو حاسب آلي..... إلخ.

ويمكن أن تبسط الكتابة، بشروطها الواردة في الآية الكريمة، لتشمل كامل مفردات الدليل الكتابي ولاسيما شرط اتصاف الكاتب بالعدل حيث ألزمته بتوخي العدل وتجنب الجور فيما يقوم به؛ وغالباً ما يكون شخص قد اشتهر عنه ذلك، ولاسيما أن العرب كانوا يستقصون مناقب الرجال وخصالهم. وإن كانت الأحكام الواردة في هذه الآية يمكن أن تنصرف إلى المحرر الرسمي، لأن الفارق بين نوعي المحرر (الرسمي والعريفي) يكمن بالدرجة الأولى في شخص محرره إذا كان محل ثقة أو لا؛ وواضح من سياق الآية أن الكاتب بالعدل محل ثقة من المجتمع ولذلك ينعت بهذه الصفة، وأن الموظف المختص ومن في حكمه محل ثقة كذلك من جهة الإدارة (الحكومة)، إلا أن البحث سيقترن على المحرر العريفي في هذه الجزئية.

(95) سورة البقرة، ج ٣، آية ٢٨٢.

(96) انظر قوله -تعالى- (اقرأ باسم ربك الذي خلق × خلق الإنسان من علق × اقرأ وربك الأكرم × الذي علم بالقلم × علم الإنسان ما لم يعلم) (سورة العلق، ج ٢٠، آية ١-٦).

(x) في البداية كانت القرائح وأعية والصدور حافظة، لذلك كانت الشهادة في مقدمة طرق الإثبات. وعندما ضعفت ذاكرة الإنسان واعتمد على ما تسجله السطور تزحزحت الشهادة واعتلت الكتابة هذه المقدمة للآتي:

١- ثبات المسجل في السطور وتغير المحفوظ في الصدور بسبب كثرة الأحداث المتلاحقة التي تدركها الحواس البشرية.
٢- ضعف وازع الضمير تبعاً لضعف العقيدة لدى بعض الناس مما يدفعهم إلى قول الزور.
٣- اكتشاف التزوير أيسر من كشف الزور، لأن الأول مادي والثاني معنوي.

المحرر العريفي:-

والمحرر العريفي قد يكون معداً للإثبات، وهو الذي يحرره أطرافه ويوقعون عليه بقصد اتخاذه أداة للإثبات فيما قد يثور من منازعات حول مضمونه، وقد يكون غير معد للإثبات وهو الذي يتم تحريره ليس بقصد استخدامه في الإثبات، كالرسائل والبرقيات وغيرها إلا أنه يمكن استخدامها في ذلك، متى اقتضت ظروف الدعوى وإسناد الحق لصاحبه، سواء توافرت فيه شروط المحرر العريفي أم لم تتوافر مثل هذه الشروط⁽⁹⁷⁾.

ويقصد بالمحرر العريفي المعد للإثبات هو ” كل كتابة مثبتة لواقعة قانونية معينة وموقعة من مصدرها“⁽⁹⁸⁾.

وفي ضوء هذا التعريف نتناول بيان الشروط الواجب توافرها في المحرر العريفي والأثر المترتب على توافرها. وذلك من خلال النقاط التالية:

شروط المحرر العريفي:-

يتضح من التعريف -آف الذكر- أنه يشترط في المحرر العريفي لكي يكون من الأدلة الكتابية في الإثبات الشروط الآتية المادة (١٢) إثبات⁽⁹⁹⁾.



الشرط الأول - الكتابة: يقصد بها أن تكون الواقعة القانونية محل الإثبات مكتوبة في محرر، فمثلاً عقد القرض (الدين) يجب أن تحتوى الكتابة على مقدار القرض واسم المقرض والمقرض وأجل الوفاء به. وعقد البيع يجب أن تتضمن الكتابة اتفاق البائع والمشتري على المبيع والثمن وسائر شروطه الجوهرية.

الشرط الثاني - التوقيع: يشترط في المحرر العريفي لكي يكون دليلاً في الإثبات، فوق كونه مكتوباً، أن يكون موقِعاً عليه من مصدره. والتوقيع هو الذي يجعل الحياة تدب في المحرر

⁽⁹⁷⁾ د/ جميل الشراوي، الإثبات في المواد المدنية، ص ٤٥، ف ٢٥، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٧٥.
⁽⁹⁸⁾ تنص المادة (٩) من قانون البيئات السوري على أنه ”السند العادي هو الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو علي خاتمه أو بصمة إصبعه وليست له صفة السند الرسمي .“
⁽⁹⁹⁾ تنص المادة (١٢) من إيثبات بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦م) على أنه ”يعتبر المحرر العريفي صادراً ممن وقع ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة.“
 أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار، ويكفي أن يحلف بيميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق.
 ومن احتج عليه بمحرر عريفي وناقش موضوعه لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع.“



باعتباره أحد طرق الإثبات وبذلك يعد شرطاً جوهرياً؛ لأنه هو الذي يجعل الجزم بنسبة المحرر إلى موقعه ممكناً حتى ولو لم يكن مكتوباً بخطه (100).

وبناء على ذلك يمكن تعريف التوقيع " بأنه أثر لشخص إذا وضع على محرر أمكن نسبته إليه".

فبالتوقيع تتوافر دلالة على قبول الموقع للمكتوب واعتماده له، لأن الكتابة بدون توقيع، ولو كانت بخط يد المنسوبة إليه لا تتوافر بها مثل هذه الدلالة ولا تفيد قبول الالتزام بالواقعة القانونية المدونة بها، فقد تكون مشروعاً لمحرر تم العدول عنه بسبب العدول عن هذه الواقعة ذاتها أو استبدل بها وسيلة أخرى في الإثبات (101). غير أن المحرر لا يفقد كل قيمة في الإثبات إذ قد يصلح مبدأ الثبوت بالكتابة متى توافر فيها شروطه.

وإن كانت الآية الكريمة قد تطلبت الشهادة مع الكتابة إلا أن ذلك لم يكن لإثبات الدين الأجل وإنما لإثبات واقعة إملاء الولي (النائب) للدين وشروطه على كاتبه نيابة عن السفيه أو الضعيف (الأصيل). وعلى الرغم من أن القانون لم يشترط توقيع شهود على المحرر يجري الواقع العملي على ذلك من قبيل زيادة الاستيثاق وغلق الباب أمام من ينسب إليه المحرر من الإنكار.



موقف الشخص من المحرر العريفي الذي ينسب إليه :-

موقف الشخص، الذي يتمسك في مواجهته بمحرر عريفي منسوب إليه، لا يخرج عن أحد ثلاثة مواقف (الإقرار أو الإنكار أو السكوت) (102).

١- الإقرار؛ إذا أقر الشخص بإصداره المحرر العريفي فإنه يصبح له حجة في مواجهته تتقارب مع حجة المحرر الرسمي على نحو لا يجوز له إنكاره بعد هذا الإقرار، وإن كان يجوز له الطعن عليه بالتزوير. غير أنه يجوز للمقر بالمحرر العريفي الطعن في حالة عدم مطابقتها لمضمونه للواقع بالطرق العادية ولا يستلزم ذلك الطعن عليه بالتزوير، كالدفع بالصورية مثلاً.

(100) نقض مدني في ٢٦ يناير سنة ١٩٧٨، في الطعن رقم ٩٦٨، السنة ١٤، جاء فيه أن " مفاد نص المادة (١٤) إثبات أن الأصل أن الورقة العرفية تكون حجة بما دون فيها علي ما نسب إليه توقيعه عليها إلا إذا أنكر الإمضاء أو الختم الموقع به عليها. فالتوقيع بالإمضاء أو بصمة الختم هو المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية. فيكفي لدحض هذه الحجية أن ينكر من يحتج عليه بالمحرر ما هو منسوب إليه من إمضاء أو ختم أو بصمة إصبع، إذ لا يلزم أن يكون المحرر مكتوباً بخط موقعه".

(101) د/ جميل الشرفاوي، مرجع (٩٨)، ص ٤٧، ف ٢٦.

(102) د/ سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، في المواد المدنية في القانون المصري مقارنة بتقنيات سائر البلاد العربية، ج ١، ص ٢٠٧، ف ٧٠، عالم الكتب، القاهرة سنة ١٩٨١.

٢- **الإنكار**: إذا كان الإقرار يعطى للمحرر العريفي حجيته في الإثبات في مواجهة المقر، فإن الإنكار على عكس ذلك حيث يؤدي إلى توقف هذه الحجية على نتيجة التحقيق في نسبة التوقيع للمدعى عليه به أو عدمه. ويشترط لإعمال أثر الإنكار ما يلي:

أ- أن يكون الإنكار صريحاً: بمعنى لا يكفي التشكيك في صحة التوقيع، بل يجب أن ينكره صراحة، أي أن ينفي صحة التوقيع وعدم نسبته إليه.

ب- أن يكون الإنكار قبل مناقشة موضوع المحرر: لكي يكون الإنكار مقبولاً ممن نسب إليه المحرر العريفي، يجب أن يكون قبل مناقشته لموضوع المحرر، فإذا ناقش موضوعه فإن إنكاره لنسبته إليه يكون غير مقبول [المادة (٣/١٣) الإثبات (103)]. (104) وهدف المشرع من ذلك هو سد باب المطل والكيد غير المشروع واللد في الخصومة بدون داع؛ وهذا ما أكدت عليه المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات المصري (105).

ج- ألا يكون التوقيع مقراً به أو مصدقاً عليه: لأن الإقرار وكذلك التصديق عليه بمكتب التوثيق أو بحكم قضائي يغلط على المدعى عليه باب الإنكار.

فمتى توافرت هذه الشروط في الإنكار كان مقبولاً منه، وينقل عبء إقامة الدليل على دحضه على الخصم الآخر. ويتعين على القاضي، قبل الفصل في موضوع الدعوى، أن يفصل في مدى صحة هذا الإنكار وله أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بالتحقيق والمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما، فإذا ما توافرت لديه قناعة بعدم صحة هذا الإنكار قضى باعتبار المحرر صحيحاً وملزماً لمن نسب إليه.

٣- **السكوت**: إذا لم يقر الشخص الذي نسب إليه المحرر العريفي ولم ينكره، بأن اتخذ موقفاً سلبياً وهو السكوت، فإن هذا المحرر تكون له حجية المقر بما جاء به من خط أو إمضاء

(103) تنص الفقرة الثالثة للمادة (١٣) من قانون الإثبات البحريني (المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦م) على أنه "من احتج عليه بمحرر عريفي وناقش موضوعه، لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع".

وتنص الفقرة الثالثة للمادة (١٤) من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م على أنه "من احتج عليه بمحرر عريفي وناقش موضوعه، لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع".

وتنص الفقرة الثالثة للمادة (١٠) من قانون البيّنات السوري على أن "من احتج عليه بسند عادي وبحث فيه لا يقبل منه إنكار الخط أو التوقيع أو الخاتم أو بصمة الأصبع".

(104) نقض مدني في ٢٣ مايو سنة ١٩٧٨ في الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٤٣ق جاء فيه النص في المادة (٣/١٤) إثبات علي أن من احتج عليه بمحرر عريفي وناقش موضوعه، لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع مؤداه أن مناقشة موضوع المحرر تقيّد التسليم بصحة نسبة الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة لمن يشهد عليه المحرر".

(105) د/ توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات، ص ٧٦، ف ٤٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، سنة ١٩٨٢؛ ود/ سليمان مرقس، مرجع (١٠٣)، هامش ص ٢٠٨.

أو ختم أو بصمة. لأن المحرر العريفي الذي يتوافر فيه شرطاه (الكتابة والتوقيع) لا يحتاج لاكتسابه حجية في الإثبات لإقرار ممن نسب إليه، طالما أنه لم ينكره صراحة. حيث إن السكوت في حد ذاته إقرار (106)، فضلاً عن كون السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان (107).

المطلب الثاني

إثبات

التصرفات التجارية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ (...إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا...) (108)

١٧- أسلفنا أن الآية الكريمة قد أرست مبدأ الإثبات بالدليل الكتابي، إلا أنها استثنت من ذلك المعاملات ذات الطابع التجاري لأنها تتطلب سرعة في الإنجاز والتداول بين الأشخاص. فلم تتطلب الدليل الكتابي في مثل هذه المعاملات ولو كانت آجلة بل تركت هذا الأمر لأطراف التصرف التجاري فلهم كتابتها أو عدم كتابتها. وإذا لم تختر الكتابة فإن إثبات التصرف التجاري يتم بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن (109).

بيد أن المشرع التجاري ألزم التجار الإمساك بدفاتر تدون فيها العمليات التجارية وتسجل فيها المراكز المالية [المادة (١/٢٠) تجاري (110)]. بل الأكثر من ذلك أن هذا التقنين ألزمهم باتباع



(106) د/ جميل الشرقاوي، مرجع (٩٨)، ص ٤٨، ف ٢٧، ود/ سليمان مرقس، مرجع (١٠٢)، ص ٢١٢.

(107) تنص المادة (٦٧) من مجلة الأحكام العدلية علي أنه "لا ينسب إلي ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان".

(108) سورة البقرة، ج ٣، آية ٢٨٢.

(109) تنص المادة (٦١) إثبات بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦م) على أنه "في غير المواد التجارية، إذا زادت قيمه التصرف القانوني على مائتي دينار أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه إلا بالكتابة ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.....".

(110) تنص الفقرة الأولى من المادة (٢٠) من قانون التجارة البحريني (المرسوم بقانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٧م) على أنه "١- يجب على كل تاجر يجاوز رأسماله عشرة آلاف دينار، فرداً كان أو شركة أن يمكس الدفاتر التجارية التي تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركزه المالي وما له من حقوق وما عليه من التزامات متعلقة بالتجارة....". وتنص المادة (٢١) تجاري مصري (القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩) على أنه «علي كل تاجر يجاوز رأس ماله المستثمر في التجارة عشرين ألف جنيه أن يمكس الدفاتر التي تستلزمها طبيعة تجارية وأهميتها وعلي وجه الخصوص دفترتي اليومية والجرد بطريقة تكفل بيان مركزه المالي وما له من حقوق وما عليه من ديون متعلقة بالتجارة».

أنماط محددة في عمليات القيد بهذه الدفاتر لكي تبعث على الثقة فيما دون فيها، ورتب على مخالفة ذلك عدم جواز الاحتجاج بها أمام القضاء المادة (٢٧) تجارى (111).

ويمكن تعريف دفاتر التاجر بأنها "هي سجلات يلزم التاجر بإمساکها لقيد عملياته التجارية الدائنة والمدينة".

غير أنه يجب ملاحظة أن المشرع، مراعاة منه لطبيعة العمل التجاري وما يتطلبه من سرعة في التعامل، لم يخضع المسائل التجارية لقواعد الإثبات نفسها في المسائل المدنية، نعرض لبعضها في الآتي:

- نصاب الإثبات بالبينة: لم يجز المشرع الإثبات بالبينة في المسائل المدنية إلا إذا كانت قيمة الواقعة محل الإثبات لا تتجاوز مائتي دينار؛ فإذا زادت هذه القيمة عن ذلك فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة. أما المسائل التجارية فلا تخضع لمثل هذه القاعدة^(x)، بل يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن⁽¹¹²⁾، بغض الطرف عن قيمة الواقعة محل الإثبات⁽¹¹³⁾.



(111) تنص الفقرة الأولى من المادة (٢٧) من قانون التجارة البحريني (المرسوم بقانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٧م) على أنه «يجوز للمحكمة عند نظر الدعوى أن تقرر بناء على طلب الخصم أو من تلقاء نفسها تقديم الدفاتر إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها.

وللمحكمة أن تطلع على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير تتيبه لذلك».

وتنص الفقرة الأولى للمادة (٢٨) تجاري مصري (القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩) على أنه «١- يجوز للمحكمة بناء على طلب الخصم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها. وللمحكمة أن تطلع على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير تعيينه لذلك».

وكانت المادة (١٧) من القانون التجاري المصري القديم تنص على أنه «يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات في دعاوي التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً».

(x) أشارت آية المداينة (الإثبات) إلى مثل ذلك في قوله تعالى (.. وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوا صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ آجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ.. (سورة البقرة، ج ٢، آية ٢٨٢)

(112) انظر قرار محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم ٧٧ لسنة ١٩٩٤م - جلسة ١٢ فبراير سنة ١٩٩٥م - (مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز س ٦ من يناير إلى ديسمبر ١٩٩٥م) جاء فيه "١- إثبات وجود الديون التجارية وانتقاضها جائز بكافة طرق الإثبات - إلا ما استثني بنص خاص- ولو انصرف الإثبات إلى ما يخالف ما هو ثابت بالكتابة".

(113) انظر الطعن المصري رقم ١٢٢٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٠ أبريل سنة ١٩٩٥ - مجموعة أحكام النقض - س ٤٧ قاعدة ١٢٢، ص ٦١٢ "١- المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه ولئن كان الأصل أن إثبات وجود الديون التجارية وانتقاضها في علاقة المدين بال دائن الأصلي طليق من القيود التي وضعها الشارع لما عداها من الديون في قانون الإثبات فيجوز الإثبات في المواد التجارية بكافة طرق الإثبات القانونية حتى لو انصرف الإثبات إلى ما يخالف ما هو ثابت بالكتابة إلا إذا اشترط أنه لا يصح إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة. فحينئذ لا يجوز الإثبات بالبينة".

- حرية القاضي في تقدير قيمة دليل الإثبات؛ القيمة التي أعطاها المشرع للدليل في إثبات المسائل المدنية ملزمة للقاضي والمتقاضين على حد سواء. أما في المعاملات التجارية فلا يتقيد القاضي بذلك بل له الحرية في تقدير الدليل وإعطاءه قيمته بما في ذلك دفاتر التجار⁽¹¹⁴⁾.

- منح مدخلات الحاسب الآلي حجية الدفاتر الورقية في الإثبات؛ أجاز المشرع لوزير التجارة - بعد موافقة مجلس الوزراء - إصدار قرار يعفي فيه المؤسسات والشركات والبنوك من الالتزام بإمسك دفاتر التجارة متى كانت تستخدم الحاسب الآلي في قيد العمليات التجارية في صورة سجلات إلكترونية المادة (٢٧) تجارى⁽¹¹⁵⁾.

المطلب الثالث

الإثبات بالشهادة

(البينة)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ (.....) وَأَسْتَشْهَدُ وَأَشْهَدُ أَنَّ مَنْ رَجَّالَكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُنَّا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَأَمْرَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا... (116)

(114) انظر قرار محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ١٩٩٤م - جلسة ١٦ أبريل سنة ١٩٩٥م - (مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز س ٦ من يناير إلى ديسمبر ١٩٩٥م) جاء فيه "٢- تقدير الدليل تستقل به محكمة الموضوع ما لم تكن له حجية معينة حددها القانون .

(115) تنص الفقرة الرابعة من المادة (٢٠) من قانون التجارة البحريني (المرسوم بقانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٧م) على أنه "٤- كما يجوز لوزير التجارة والزراعة بعد موافقة مجلس الوزراء أن يعفي بقرار تصدره المؤسسات والشركات والبنوك التي يحددها من إمساك الدفاتر التجارية إذا كانت تستخدم الحاسب الإلكتروني في حساباتها وينظم القرار الصادر بالإعفاء الإجراءات والقواعد التي تكفل صحة وسلامة البيانات التي يثبتها الحاسب الإلكتروني .

(116) سورة البقرة، ج ٣، آية ٢٨٢.

وانظر قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ صُرْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَاصْبِرْ لَهُمْ صَبْرًا مِّمَّنْ مِصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُوهُمْ مِّنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ آذَيْتُمُوهُمْ فَسَبِّحُوا لَهُمْ حَتَّىٰ يُفِيضُوا مِنْهُمْ إِلَىٰ ظُهُورِهِمْ ذَا قَرْبَىٰ وَلَا تَكْتُمُوهُمْ شَهَادَةُ اللَّهِ إِنَّهَا إِذَا مَنَ الْأَثْمِينَ * فَإِنْ عَثَرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَآخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأُولِيَّانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدِينَا إِنَّا إِذَا مَنَ الظَّالِمِينَ * ذَلِكَ آذَنُ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْهِنَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانُ بَعْدَ آيْمَانِهِمْ وَأَتَوْا اللَّهَ وَأَسْمَعُوا وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْفَاسِقِينَ) (سورة المائدة، ج ٧، آية ١٠٦-١٠٨).

جاء في تفسير السعدي (تفسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان) مرجع (١٤)، الآتي "يخبر تعالى خيرا متضمنا للأمر، بإشهاد اثنين على الوصية، إذا حضر الإنسان مقدمات الموت وعلائمه. فينبغي له، أن يكتب وصيته، ويشهد عليها اثنين، ذوي عدل، ممن يعتبر شهادتهما.

(أَوْ آخَرَانِ مِّنْ) أي: من غير أهل دينكم، من اليهود، أو النصارى، أو غيرهم، وذلك عند الحاجة والضرورة وعدم غيرها من المسلمين.

ويستدل بالآيات الكريمة، على عدة أحكام: منها: أن الوصية مشروعة، وأنه ينبغي لمن حضره الموت، أن يوصي.

ومنها: أنها معتبرة، ولو كان الإنسان وصل إلى مقدمات الموت وعلامته، ما دام عقله ثابتا.

ومنها: أن شهادة الوصية، لا بد فيها من اثنين عدلين.

ومنها: أن شهادة الكافرين في هذه الوصية ونحوها، مقبولة لوجود الضرورة. وهذا مذهب الإمام أحمد. وزعم كثير من أهل العلم:

أن هذا الحكم منسوخ وهذه دعوى لا دليل عليها. = = = =

١٨- رأينا أن الآية الكريمة قد أولت الدليل الكتابي اهتماماً بالغاً ، ومع ذلك لم تغفل ما للشهادة من دور في نسبة الحق لصاحبه وهي الغاية التي تسعى من تحقيقها حتى يسود الحق والعدل في المجتمع.

أ- ماهية الإثبات بالبينة : يقصد بالبينة⁽¹¹⁷⁾، في معناها العام، إقامة الدليل على الأمر المدعى به عكس الظاهر (أصلاً أو عرضاً أو فرضاً) ⁽¹¹⁸⁾ ولذلك يقال "البينة على المدعى" ⁽¹¹⁹⁾ . أما في معناها الخاص فهي ترادف الشهادة⁽¹²⁰⁾، لأن الشهادة هي إدلاء أو إخبار بما اتصل بعلم الشاهد بإحدى حواسه⁽¹²¹⁾ ولا يغير من الأمر مسألة الاستعانة بوسائل مساعدة كالمختبرات وعدسات رؤية الأشياء الدقيقة ... إلخ.

والبينة أو شهادة الشهود، وهي أداة للإثبات القضائي، لا تخرج عن ذلك، إلا في الشخص الذي تتم أمامه والقصد من الإدلاء بها، فهي أداة إثبات تتم أمام القضاة بقصد ترجيح صدق أحد المتقاضين على الآخر. وعندئذ يمكن تعريفها بأنها "هي إخبار الغير في مجلس القضاء علمه بواقعة تثبت حق شخص في مواجهة آخر".



ومنها: أنه ربما استفيد من تلميح الحكم ومعناه، أن شهادة الكفار - عند عدم غيرهم، حتى في غير هذه المسألة - مقبولة، كما ذهب إلى ذلك، شيخ الإسلام ابن تيمية.
ومنها: جواز سفر المسلم مع الكافر، إذا لم يكن محذوراً.
ومنها: جواز السفر للتجارة.
ومنها: أن الشاهدين - إذا ارتب فيهما، ولم تبد قرينة تدل على خيانتهم، وأراد الأولياء - أن يؤكدوا عليهما اليمين، يحبسونهما من بعد الصلاة، فيقسمان بصفة ما ذكر الله تعالى.
ومنها: أنه إذا لم تحصل تهمة ولا ريب لم يكن حاجة إلى حيسهما، وتأكيد اليمين عليهما.
ومنها: تعظيم أمر الشهادة، حيث أضافها تعالى، إلى نفسه، وأنه يجب الاعتناء بها، والقيام بها، بالقسط.
ومنها: أنه يجوز امتحان الشاهدين، عند الريبة فيهما، وتقريتهما، لينظر في قيمة شهادتهما صدقاً أو كذباً.
ومنها: أنه إذا وجدت القرائن الدالة على كذب الوصيين في هذه المسألة - قام اثان من أولياء الميت، فأقسم بالله: أن أيماننا أصدق من أيمانهما، ولقد خانا وكذباً.

ثم يدفع إليهما ما ادعياه، وتكون القرينة - مع أيمانها - قائمة مقام البينة.
⁽¹¹⁷⁾ تنص المادة (٢١٤٥) من مجلة الأحكام الشرعية (دراسة وتحقيق د/ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان؛ ود/ محمد إبراهيم أحمد على، مطبوعات تهامة، ط١، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة ١٤٠١هـ/١٩٨١م) على أن "البينة: هي العلامة الواضحة التي يترجح بها صدق أحد المتداعين".

⁽¹¹⁸⁾ تنص المادة (٧٧) من مجلة الأحكام العدلية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان على أن "البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لبقاء الأصل".

⁽¹¹⁹⁾ تنص المادة (٧٦) من مجلة الأحكام العدلية على أن "البينة للمدعى واليمين على من أنكر".

⁽¹²⁰⁾ تنص المادة (٢١٤٦) من مجلة الأحكام الشرعية على أن "الشهادة: هي إخبار الشخص بما علمه بلفظ خاص لدى الحاكم ويقال للمخبر المذكور شاهد".

⁽¹²¹⁾ روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي قال لرجل: «ترى الشمس؟» قال: نعم، قال: «على مثلها فاشهد أو دَعْ»

ففي ضوء ذلك يتبين أن الشاهد يخبر القاضي بوقائع تقرر حقاً لشخص والتزاماً على آخر، بمعنى أنه لا يدعى شيئاً لنفسه، لأنه لو ادعى مثل ذلك لا يعد شاهداً، إنما يعتبر مدعياً إذا كان يدعى حقاً له على آخر أو مقرأً إذا صدر منه إقرار بالتزام عليه لآخر.

بيد أن البينة، باعتبارها خبراً، تحتل الصدق والكذب، ولما كان الأصل في الشخص أنه صادق إلى أن يثبت عكسه، فهذا الأصل يقوى احتمال الصدق على احتمال الكذب، ولا سيما أن الشاهد يؤكد ذلك بحلف اليمين على صدق ما يخبر به، فضلاً عن كون شهادته بحق لغيره على غيره تعد قرينة على مجانبة الكذب حيث لا مصلحة له في ذلك. والمفروض أن البينة تصدر عن شخص تتوافر فيه العدالة⁽¹²²⁾ على نحو تعد شهادته قرينة على صحة ما يشهد به، وإن كان احتمال العكس لا ينتفي بهذه القرينة انتفاءً تاماً، فهي قابلة لإثبات العكس.

ولا غرو أن تكون الشهادة هي أسبق طرق الإثبات في الوجود، بل كانت هي أول أداة إثبات عرفها الإنسان بعد أن كون مع أقرانه جماعة تتشابه فيها المصالح، لأن الإنسان الأول كان حاضر ذهن قوى الذاكرة نظراً لندرة المتغيرات والمشاهدات التي تدركها حواسه. غير أنها تزحزحت عن مكان الصدارة لتحلته الكتابة لثبات المسجل في السطور وتغير المحفوظ في الصدور بسبب كثرة الأحداث المتلاحقة التي تدركها الحواس البشرية، ولضعف وازع الضمير تبعاً لضعف العقيدة لدى بعض الناس مما يدفعهم إلى قول الزور، وليسر اكتشاف التزوير عن كشف الزور، لأن الأول مادي والثاني معنوي.

ب- خصائص الإثبات بالبينة :-

أسلفنا أن البينة هي إخبار الشخص بمعلوم لديه في ساحة القضاء يثبت حقاً لغيره على غيره. وينبني على ذلك أن شهادة الشهود، باعتبارها من طرق الإثبات، تختص بالخصائص الآتية:

-البينة دليل إقناع: تعد شهادة الشهود حجة مقنعة، أي أن القاضي لا يلتزم بالحكم بمقتضاها، حتى لو لم توجد أدلة أخرى تعارضها في الدعوى، إلا إذا اقتنع بدلائلها على الواقعة محل الإثبات، بمعنى أن للقاضي السلطة الكاملة في تقدير قيمتها في الإثبات، وفي منأى عن رقابة محكمة التمييز (النقض). وبذلك تختلف شهادة الشهود اختلافاً جوهرياً عن الكتابة، فالدليل الكتابي يعتبر حجة بذاته يلزم القاضي بالحكم بمقتضاه طالما أن دلالته

⁽¹²²⁾ تنص المادة (٢١٤٩) من مجلة الأحكام الشرعية على أن "العدالة: هي صلاح الدين مع اعتدال الأقوال والأفعال".

لم تدحض بالوسائل القانونية (123)، كالطعن بالتزوير في المحرر الرسمي والإنكار أو الجهالة في المحرر العريفي.

-البينة دليل غير قاطع: يقبل الإثبات بشهادة الشهود إقامة الدليل على عكسه سواء أكان بمثلها أم كان بأحد طرق الإثبات الأخرى، لأنها إخبار يرجح فيه احتمال الصدق على احتمال الكذب وإن كان لا ينفيه. بمعنى أن ما ثبت بالبينة يظل صحيحاً إلى أن يثبت خلافه، شريطة أن يكون ذلك قبل صدور حكم بناء عليها. لأن السماح لأحد المتقاضين بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى - دائماً - أن يكون للمتقاضى الآخر الحق في دحضها بهذا الطريق (البينة) المادة (٦٩) إثبات (124).

-البينة حجة متعدية (125): تعد البينة حجة على الكافة، أي إن ما يتم إثباته بشهادة الشهود يعد ثابتاً في مواجهة الكافة، لصدورها من شخص ليس له مصلحة في إثبات أو نفي الواقعة محل الإثبات، بل يخبر بما يعلمه عن هذه الواقعة التي ترتب حقاً لغيره قبل غيره. فضلاً عن أن للقاضي سلطة مطلقة في تقدير قيمتها بما يعينه على تكون عقيدته.

-البينة دليل مقيد: وضع المشرع القانوني نصاً للإثبات بشهادة الشهود، حيث لا يجوز الإثبات بها إلا فيما لا يجاوز بمائتي دينار، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك [المادة (٦٠) إثبات (126)].



(123) د/ جميل الشرقاوي، مرجع (٩٨)، ص ٨٩، ف ٤٧؛ د/ سليمان مرقس، مرجع (٦٢)، ج ٢، ص ٢٤٤. (124) تنص المادة (٦٩) من قانون الإثبات المصري (رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م وتعديلاته) على أن "الأذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر في نفيها بهذا الطريق". (125) تنص المادة (٧٨) من مجلة الأحكام العدلية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، على أن "البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة".

(126) تنص الفقرة الأولى للمادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ (بموجب التعديل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م «الجريدة الرسمية، ع ١٩٤ مكرر (أ) الصادر في ١/١/١٤٢٠هـ/ ١٧/٥/١٩٩٩م على أنه "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على مائتي دينار أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انتقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك". وتنص الفقرة الأولى للمادة (٥٤) من قانون البيئات السوري على أنه "١- إذا كان الالتزام التعاقدى، في غير المواد التجارية، وتزيد قيمته على خمسمائة ليرة، أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز الشهادة في إثبات وجود الالتزام أو البراءة منه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. أما في الالتزامات التجارية إطلاقاً وفي الالتزامات المدنية التي لا تزيد قيمتها على خمسمائة ليرة فيجوز الإثبات بالشهادة".

ج- شروط الشهادة والشاهد:

يجب أن يتوافر في الشهادة، باعتبارها أحد طرق الإثبات، شروط معينة، وكذلك في الشاهد الذي يدل بها، لما يترتب عليها من أمر في غاية الخطورة وهو إثبات أو نفي الواقعة محل الإثبات. وتتناول فيما هو آتٍ من نقاط بيان الشروط الواجب توافرها في الشهادة والشاهد.

- شروط الشهادة:

لكي تكون الشهادة حجة على الواقعة المراد إثباتها يجب أن تتوافر فيها الشروط الآتية:

الشرط الأول - الإخبار بمعلوم: يشترط في الشهادة أن تكون إخباراً بما هو معلوم لدى الشاهد، أي الإدلاء بكل ما يعرفه عن الواقعة محل الإثبات مما أدركه بحواسه المجردة أو بوسائل مساعدة، فإن كانت واقعة ترى بالعين كحادث سيارة، شهد بما رآه، وإن كانت تسمع بالأذن كسماعه تبادل التعبير عن الإرادة بين طرفي عقد، شهد بما سمعه. أما ما يطلق عليه بشهادة السماع، أي التي يخبر بمقتضاها الشخص عما سمعه من غيره عن واقعة الإثبات فهذه لا تدخل في مفهوم الشهادة بالمعنى القانوني، ولا تعطى حجية البيئة في الإثبات، وإن كان يجوز للمحكمة أن تستنير بها باعتبارها من القرائن، في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات فيها بذلك (127).

الشرط الثاني - الإخبار في مجلس القضاء: يجب في الشهادة، فوق كونها إخباراً بمعلوم، أن يكون هذا الإخبار في ساحة القضاء وطبقاً للأوضاع المقررة قانوناً لذلك، فلا عبرة بالشهادة التي تم الإدلاء بها في خارج هذه الساحة، ولو كان الإدلاء بها أمام موظف عام مهما كانت درجته طالما لم يثبت له ولاية القضاء (128).

الشرط الثالث - الإخبار وفق الأوضاع القانونية: لا يكفي للاعتداد بالشهادة، كونها إخباراً بمعلوم في مجلس القضاء، بل يجب فوق ذلك أن يكون هذا الإخبار قد تم وفق الأوضاع القانونية المقررة في هذا الشأن المادة (٦٨) إثبات (129)، وفي مقدمتها صدور حكم بالإحالة إلى التحقيق

(127) د/ جميل الشرفاوي، مرجع (٩٨)، ص ٨٨، ف ٤٧.

(128) د/ سليمان مرقس، مرجع (٦٣)، ج ٢، ص ٥، ف ٢٤٥.

(129) تنص المادة (٦٨) من قانون الإثبات المصري (رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م وتعديلاته) على أنه "على الخصم الذي يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التي يريد إثباتها كتابة أو شفاهاً في الجلسة".

متضمناً بيان الوقائع المراد إثباتها بالبينة المادة (٧١) إثبات (130)، على أن يقسم الشاهد يميناً على صدق ما يخبر به عن الواقعة محل الإثبات المادة (٨٦) إثبات (131).

- شروط الشاهد :-

يلزم أن يتوافر في الشاهد، الذي يدلى بشهادته في الواقعة محل الإثبات مما قد يترتب عليها إثبات حق لغيره على غيره، الشروط الآتية:

الشرط الأول - أهلية الشهادة: عرفنا أن الشهادة إخبار بما هو معلوم في ساحة القضاء وأنه يترتب على الأخذ بها إثبات حق لشخص قبل آخر. ولذلك يجب أن تتوافر أهلية الشهادة في الشخص الذي يدلى بها، وهذه الأهلية تختلف عن الأهلية اللازمة لمباشرة التصرفات القانونية، حيث إن القانون لم يشترط في الشاهد بلوغ سن الرشد (٢١ سنة)، بل اشترط فيه بلوغ سن (١٥) سنة من عمره؛ أما الصبي الذي لم يبلغ هذا السن فيمكن للمحكمة أن تسمع أقواله بدون يمين، ليس على أساس أنها بيينة، إنما على أساس الاسترشاد بها لتعزيز دليل آخر مقدم إليها المادة (٦٥) إثبات (132). والعبرة بسن الشاهد في وقت الإدلاء بشهادته لا بوقت حصول الواقعة محل الإثبات بالبينة (133)، شريطة أن يكون مميزاً، على الأقل، في وقت حصول هذه الواقعة.



(130) تنص المادة (٧١) من قانون الإثبات المصري (رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م وتعديلاته) على أنه " يجب أن يبين في منطوق الحكم الذي يأمر بالإثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها وإلا كان باطلاً، ويبين كذلك في الحكم اليوم الذي يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذي يجب أن يتم فيه " .

انظر نقض مدني مصري في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٩٢ في الطعن رقم ٢٤٧٩ لسنة ٥٩ ق جاء فيه " النص في المادة (٧١) إثبات على أنه " يدل على أن الشارع قد قصر ما يجب بيانه في حكم الإحالة إلى التحقيق على الوقائع التي رأي الحكم إثباتها ثم رتب على إغفالها بطلان الحكم ولم يوجب بيان الوصف القانوني لهذه الوقائع وبالتالي فإن إيراد هذا الوصف والخطأ فيه لا يترتب بطلان الحكم أو الدليل المستمد من التحقيق الذي أجرى بمقتضاه " .

(131) تنص المادة (٨٦) من قانون الإثبات المصري (رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م وتعديلاته) على أنه " على الشاهد أن يحلف يميناً بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق وإلا كانت شهادته باطلة، ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك « .

(132) تنص المادة (٦٥) من قانون الإثبات البحريني (المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦م) على أنه " لا يكون أهلاً للشهادة من لم يبلغ سنه خمس عشرة سنة. على أنه يجوز أن تسمع أقوال من لم يبلغ هذه السن بغير يمين على سبيل الاستدلال ولا يكون أهلاً كذلك للشهادة من لم يكن سليم الإدراك " .

وتنص المادة (٦٤) من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أنه " لا يكون أهلاً للشهادة من لم يبلغ سنه خمس عشرة سنة. على أنه يجوز أن تسمع أقوال من لم يبلغ هذه السن بغير يمين على سبيل الاستدلال " .

(133) د/ سليمان مرقس، مرجع (٦٣)، ص ١٣، ف ٢٤٦.

ويشترط ألا يكون الشاهد غير مميز، ولو بسبب آخر غير الصغر، كالهرم أو المرض أو حادثة السن (أقل من سبع سنوات) المادة (٧٣/ب) مدني⁽¹³⁴⁾. ففقد التمييز لا يستمع لأقواله لا على سبيل البيئة ولا على سبيل الاسترشاد (الاستدلال) المادة (٨٠) إثبات⁽¹³⁵⁾.

الشرط الثاني - أن يكون الشاهد من الغير: يجب أن يكون الشاهد منبت الصلة بالواقعة المشهود بها، فلا يجوز أن يكون أحد أطراف هذه الواقعة أو ممثلاً لأحدهم كالمحامي أو الولي أو الوصي أو القيم أو مأمور التفليسة. والسبب في اشتراط بت الصلة بين الشاهد وهذه الواقعة هو خشية الانحراف عن الحياد وتغليب مصلحته الخاصة على واجبه في أداء الشهادة.

الشرط الثالث - انعدام المانع القانوني من الشهادة: لا يكفي أن يكون الشخص من الغير وأهلاً للشهادة لاعتباره شاهداً، بل يجب أن يندم المانع القانوني من الشهادة. حيث إن القانون قرر عدم جواز قيام بعض الفئات بالشهادة بما وصل لعلمهم بسبب العمل أو المهنة أو الزوجية.

وبناء على ذلك لا يجوز للموظف العام أو من يقوم مقامه، ولو بعد تركه العمل، الإدلاء بما قد وصل لعلمه من معلومات تمت بصلته لعمله إلا إذا كانت هذه المعلومات قد تم نشرها بالطريق القانوني أو أذنت السلطة المختصة في إذاعتها المادة (٦٦) إثبات⁽¹³⁶⁾.

ولا يجوز - كذلك - للمحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم الإدلاء بما وصل لعلمهم بسبب المهنة أو الصنعة، ولو بعد انتهاء العلاقة القانونية بينهم، ما لم يكن متعلقاً بجناية أو



⁽¹³⁴⁾ تنص الفقرة (ب) من المادة (٧٣) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) على أنه " وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر غير مميز "

تنص الفقرة الثانية من المادة (٤٥) مدني مصري على أنه " وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز ".
⁽¹³⁵⁾ تنص المادة (٨٠) من قانون الإثبات البحريني (المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦م) على أنه " لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حادثة أو مرض أو لأي سبب آخر "

وتنص المادة (٨٢) من قانون الإثبات المصري (رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م وتعديلاته) على أنه " لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حادثة أو مرض أو لأي سبب آخر "

⁽¹³⁶⁾ نص المادة (٦٦) من قانون الإثبات البحريني (المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦م) هو " الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل الى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تشر بالطريق القانوني ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها. ومع ذلك فلهذه السلطة أن تأذن في الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم ".
ونص المادة (٦٥) من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ هو " الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل الى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تشر بالطريق القانوني ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها ومع ذلك فلهذه السلطة أن تأذن في الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم "

جنحة. ومع ذلك يجوز لهؤلاء أداء الشهادة بالمعلومات التي حصل عليها بسبب مهنته متى طلب منه الشخص التي تخصه هذه المعلومات المادة (٦٧) إثبات (137).

ولا يجوز - أيضاً - لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الزوج الآخر ما أبلغه إليه أثناء علاقة الزوجية ولو بعد انفصامها، إلا في حالة رفع أحدهما دعوى على الآخر [المادة (٦٨) إثبات (138)].

الشرط الرابع- ألا يكون الشاهد مرتكباً لجريمة تمنعه من الشهادة: هذا الشرط لم يدرجه المشرع البحريني ضمن الشروط الواجب توافرها في الشاهد؛ إلا أن الشريعة الإسلامية قررت عدم قبول شهادة الشخص الذي طبق عليه حد القذف بسبب رميه للمحصنات دون أن يأتي بأربعة شهداء^(x)، ما لم يتب على خلاف في الفقه الإسلامي.

وأخذ بذلك المشرع المصري، فاشترط في الشاهد ألا يكون محكوماً عليه بعقوبة جنائية، حيث يقرر في القانون الجنائي حرمان المحكوم عليه من الشهادة أمام المحاكم خلال فترة تنفيذ هذه العقوبة، إلا على سبيل الاستدلال المادة (٢٥) عقوبات (139).



(137) تنص المادة (٦٧) من قانون الإثبات البحريني (المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦م) على أنه "لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو مدققي الحسابات أو غيرهم من طريق مهنته أو صفته، بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جنائية أو جنحة. ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الوقائع أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم، على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم".

وإذا تعدد من أسروا بالواقعة تعين موافقتهم جميعاً على إفشائها". وتنص المادة (٦٦) من قانون الإثبات المصري (رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م وتعديلاته) على أنه "لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صفته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جنائية أو جنحة.

ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم".

(138) تنص المادة (٦٨) من قانون الإثبات البحريني (المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦م) على أنه "لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصامها، إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر، أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جنائية أو جنحة وقعت منه على الآخر".

وتنص المادة (٦٧) من قانون الإثبات المصري (رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م وتعديلاته) على أنه "لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصامها إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جنائية أو جنحة وقعت منه على الآخر".

(x) الشريعة الإسلامية تأخذ بفكرة حرمان المحكوم عليه من الشهادة في ساحة القضاء ولاسيما في حد القذف، أنظر في ذلك I- (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) (سورة النور، ج ١٨، آية ٤).

(139) تنص المادة (٢٥) من قانون العقوبات المصري على أن "كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية: أولاً... ثانياً... ثالثاً - الشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال...".

المطلب الرابع

القرائن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ (... وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ) وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ (140)

١٩- يقصد بالقرينة، في معناها العام، هو استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت (141)، أو هي افتراض ثبوت واقعة غير مثبتة من خلال إثبات واقعة أخرى لقيام التلازم بينهما (142).

والقرينة نوعان: نوع يستنبطه قاضي الموضوع من وقائع الدعوى المعروضة عليه (القرائن القضائية). ونوع يستنبطه المشرع من خلال وظيفته التصويرية لما يغلب وقوعه عملاً ويبنى عليها قاعدة عامة مجردة (القرائن القانونية) (143).

القرائن القضائية :

نوهنا -أنفأ- إلى أن القرينة القضائية يستنبطها القاضي من دلائل الحال وشواهد، أي ما يستخلصه من وقائع الدعوى المطروحة أمامه، على نحو يصل به إلى الاقتناع بصحة وقائع أخرى لم يثبتها المكلف بها حيث يعتبر هذه الوقائع ثابتة المادة (٩٨) إثبات (144).

ويمكن تعريف هذه القرائن بأنها ”هي استنباط القاضي واقعة غير ثابتة في الدعوى من ظروف واردة فيها لوجود رابطة بينهما“.

واستنباط القرينة القضائية يتطلب توافر عنصرين هما:

(140) انظر قوله -تعالى- (وَأَسْتَبِيحُ الْيَابِ وَقَدَّتْ قَمِيصُهُ مِنْ دُبُرٍ وَأَلْفَيْهَا سِيْدِيهَا لَدَى الْيَابِ قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ) قَالَ هِيَ رَأُوْدَتْنِي عَنِ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ) وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ) فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ (سورة يوسف، ج ١٢، آية ٢٥-٢٨).

(141) د/ سليمان مرقس، مرجع (١٠٢)، ص ٨٤، ف ٢٧٢.

(142) انظر قرب هذا المعنى د/ جميل الشراوي، مرجع (٩٨)، ص ٩٥، ف ٥٣.

(143) نقض مدني مصري في ٢٣ مارس سنة ١٩٦٦، مجموعة أحكام النقض، ١٧-٦٦٦-٩٢ حيث جاء فيه ”... من القرائن ما نص عليه الشارع أو استنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستنبطه القاضي من دلائل الحال وشواهد.“

(144) تنص المادة (٩٨) من قانون الإثبات البحريني (المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦م) على أن ”القرائن القضائية هي التي لم ينص عليها القانون. وللقاضي استنباط كل قرينة منها من ظروف الدعوى وتقدير مدى دلالتها فيها. ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود“. وتنص المادة (١٠٠) من قانون الإثبات المصري (رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م وتعديلاته) على أنه ”يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود“.

أولاً - العنصر المادي: ويتمثل في ثبوت وقائع في الدعوى قضاءً يتخذها القاضي دلائل أو شواهد يستنتج منها واقعة أخرى.

ثانياً - عنصر معنوي: وهو استفراغ القاضي وسعه لكي يستنبط من هذه الدلائل ثبوت وقائع لم يقم عليها دليل آخر.

وهذا الذي فعله الشخص الذي كان بصحبة عزيز مصر، عندما شاهد يوسف - عليه السلام - في خلوة مع امرأة العزيز، وادعى كل منهما على الآخر؛ حيث إن الأخيرة قد ادعت على الأول أنه أراد بها سوءاً، ونفي الأول مدعياً أنها هي التي راودته عن نفسه. فتولى هذا الشخص مهمة الفصل بينهما، ولما كان كل منهما لا يملك دليلاً سوى ادعائه، وكانت واقعة مادية ليست تصرفاً قانونياً؛ كان عليه أن يضع قاعدة يستنبط من خلالها قرينة على أيهما الصادق وأيهما الكاذب، فركن إلى واقعة مادية وهي قطعة القماش التي قدّت من قميص المدعى عليه والتي كانت تمسك بها المدعية؛ فقال: إن كان قميصه قدّ من قُبُلٍ فصدقت وهو من الكاذبين، وإن كان قميصه قدّ من دُبُرٍ فصدق وهي من الكاذبين، فقام بمعايينة القميص فوجده قدّ من دُبُرٍ؛ فاستنبط من هذه الواقعة المادية المعلومة حكم الواقعة غير المعلومة، فعلم أنه من كيد النساء وأمرها بالاستغفار لذنبها وطالب يوسف عليه السلام بنسيان هذه الواقعة والإعراض عنها.



- سلطة القاضي في استنباط القرائن القضائية :

لا غرو أن يترك المشرع الحرية في استنباط القرائن القضائية للقاضي، لأنه يركن فيها إلى فطنته وفهمه، ولذلك منحه الحرية الكاملة في استمداد الوقائع التي تعتبر قرائن مما يعرض أمامه من الوقائع سواء أكانت متصلة بموضوع الدعوى أو غير متعلقة بها، وله أن يأخذها من أوراق أو أقوال للمتقاضين أو لغيرهم، ولو لم تتوافر لها شروط الأدلة؛ فيمكن أن تؤخذ القرائن مما يرد في أقوال شاهد، لا ترقى لدرجة البينة لكونها شهادة سماعية، على سبيل الاستدلال، أو عدم حلف اليمين قبل الإدلاء بالشهادة فتسقط شهادته، أو أقوال الخصم أمام الخبير الذي يعين في الدعوى، كما يمكن أن تعتبر بعض الأفعال قرائن يستنتج منها القاضي ثبوت وقائع معينة كاستبقاء البائع وضع يده على المبيع حتى وفاته بالإضافة إلى الزوجية أو القرابة بينه وبين المشتري، إذ يعتبر ذلك قرينة على أن البيع في حقيقته وصية.

يعد هذا الاستنباط من قبيل الاستدلال الذي يقوم على الظن والترجيح، ومن المحتمل أن يقع القاضي في غلط في الاستنتاج، وهذا الاحتمال يضعف من دلالة القرائن القضائية في الإثبات،

ولذلك لم يجز القانون الإثبات بالقرائن القضائية إلا في الحالات التي تجوز فيها الإثبات بالبينة (الوقائع المادية، التصرفات التجارية، التصرفات القانونية التي لا تجاوز قيمتها مائتي دينار)، بمعنى أن قيمة القرائن في الإثبات تتعادل مع قيمة الإثبات بشهادة الشهود المادة (٩٨) إثبات^(١٤٥)، أي أن ما يمكن إثباته بالبينة يمكن إثباته بالقرائن.

بيد أنه لا يجوز الإثبات بالقرائن في التصرفات المدنية التي تجاوز قيمتها مائتي دينار، ولا فيما يخالف ما هو ثابت بالكتابة، ولا في الحالات التي تجب فيها الكتابة للإثبات كالصلح والكفالة، ومن باب أولى إذا كانت الكتابة ركناً في التصرف كالرهن التأميني وهبة العقار وبيع المحل التجاري والسفينة.

غير أنه مهما كانت درجة احتمال وقوع غلط في الاستنباط، فإن للقرائن القضائية في الواقع دوراً عملياً كبيراً في الإثبات، لأن الإثبات المباشر الذي ينصب على ذات الواقعة المطلوب إثباتها لا يتيسر غالباً، ولذلك ينصب الإثبات على وقائع أخرى وملازمة للواقعة المدعاة، يستنتج منها ثبوت هذه الأخيرة أي يتم إثباتها عندئذ بالقرائن.

ومن الآثار الإيجابية لتوافر القرينة على الواقعة المراد إثباتها إعفاء المدعى من إثباتها بالبينة، وهذا يؤدي بدوره إلى نقل عبء الإثبات إلى عاتق المدعى عليه الذي يكون له دحض هذه القرينة بما تدحض به شهادة الشهود^(١٤٦).

وفي ضوء ما سبق يمكن أن نوجز خصائص القرائن القضائية في الآتي:

- أنها غير قطعية الدلالة: أي ما يستنبط من طريقها يسمح للخصم بإثبات عكسه بكافة وسائل الإثبات.
- أن حجتها متعدية: أي أن الذي يثبت بطريقها يحتج به في مواجهة الكافة، لأن القاضي يستنبطها من وقائع مادية ثابتة.
- أنها من الأدلة المقيدة: لأن المشرع قصر الإثبات بها على الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبينة.

^(١٤٥) تنص المادة (٩٨) من قانون الإثبات البحريني (المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦م) على أن "القرائن القضائية هي التي لم ينص عليها القانون. وللقاضي استنباط كل قرينة منها من ظروف الدعوى وتقدير مدى دلالتها فيها. ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود".
وتنص المادة (١٠٠) من قانون الإثبات المصري (رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م وتعديلاته) على أنه "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود".

^(١٤٦) انظر قريباً من هذا المعنى د/ جميل الشرقاوي، مرجع (٩٨)، ص ٩٧، ف ٥٤.

المطلب الخامس

حجية الأمر المقضي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا) (147) (x)

٢٠- تشير هذه الآية الكريمة إلى أن القضاء الحاسم والفاصل في النازلة محل النزاع يلزم أطرافه بمنطوقه ويوجب عليهم الامتثال إليه عن إيمان وتسليم دون حرج أو استنكار أو محاولة عرض النازلة (الواقعة) المقضي فيها على القضاء لإعادة النظر فيها مرة أخرى متى اتحد الأطراف والموضوع والسبب.

وقد ذهب المشرع القانوني إلى ذلك فقرر حجية الأمر المقضي تحقيقاً لغاية منبثقة من وظيفة القانون وهي استقرار التعامل في المجتمع، على اعتبار أن الحقيقة القضائية قطعية فيما فصلت فيه ولا يجوز إعادة موضوعها إلى ساحة القضاء في شكل دعوى جديدة.

وبناءً على ذلك يمكن تعريف حجية الأمر المقضي بأنه "قطعية الحقيقة القضائية فيما بين أطرافها عند وحدة السبب والموضوع".



حجية الأمر المقضي وقوته:

٢١- وإن كان المشرع البحريني قد انتهج نهج المشرع المصري عندما أشار إلى أن الأحكام التي تحوز حجية الأمر المقضي هي التي حازت قوة الأمر المقضي المادة (٩٩) إثبات (148)؛ غير أن

(147) سورة النساء، ج، ٥، آية ٦٥.

(x) ورد في تفسير السعدي (تفسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان) مرجع (١٤)، حول هذه الآية الكريمة الآتي: ثم أقسم تعالى بنفسه الكريمة، أنهم لا يؤمنون، حتى يحكموا رسوله، فيما شجر بينهم أي: في كل شيء يحصل فيه اختلاف. بخلاف مسائل الإجماع، فإنها لا تكون إلا مستندة للكتاب والسنة. ثم لا يكفي هذا التحكيم، حتى ينتفي الحرج من قلوبهم والضيق، وكونهم يحكمونه على وجه الإغماض. ثم لا يكفي هذا التحكيم، حتى يسلموا لحكمه تسليماً، بانسراح صدر، وطمأنينة نفس، وانقياد بالظاهر والباطن. فالتحكيم في مقام الإسلام، وانتهاء الحرج في مقام الإيمان، والتسليم في مقام الإحسان. فمن استكمل هذه المراتب، وكملها، فقد استكمل مراتب الدين كلها. ومن ترك هذا التحكيم المذكور، غير ملتزم له فهو كافر. ومن تركه - مع التزامه - فله حكم أمثاله من العاصين.

(148) تنص المادة (٩٩) إثبات بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦م) على أن "الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق. ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق بذات الحق محللاً وسبباً. وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها".

وتنص المادة (١٠١) من قانون الإثبات المصري (٢٥ لسنة ١٩٦٨م) على أنه "الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق. ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق بذات الحق محللاً وسبباً. وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها".

المشرع السوري كان أكثر دقة عندما منح هذه الحجية للأحكام التي حازت درجة القطعية (149). حيث يوجد فارق بين عبارتي "حجية الأمر المقضي" و"قوة الأمر المقضي" من حيث المصدر والأثر؛ فمن حيث المصدر يرتبط بدرجة المحكمة الصادر عنها الأمر القضائي الذي ينعت بذلك، فإذا كان الحكم الذي يلزم الخصوم بما قضى به صادراً من محكمة أول درجة (الصغرى أو الكبرى) فإنه يحوز حجية الأمر المقضي، لأنه قطعي ويات، لكنه لا يتصف بقوة الأمر المقضي، حيث يجوز الطعن فيه بالطرق العادية أمام محكمة ثان درجة (الكبرى أو الاستئناف)؛ أما إذا استنفد الحكم طرق الطعن أو اتفق الخصوم على اعتبار أن حكم أول درجة انتهائى (المادة (215) مرافعات (150) فإنه يحوز هذه القوة (151) ومن حيث الأثر فإن الحجية تمنع نفي الحقيقة القضائية التي تقررت بموجب هذا الحكم أو إثبات عكسها، وتحول دون إعادة الدعوى من جديد إلى ساحة القضاء متى اتحد الأطراف والسبب والموضوع، فهي تمنع الدعوى دون الطعن (152).

(149) تنص المادة (90) من قانون البيّنات السوري (رقم «٢٥٩» لسنة ١٩٤٧م) على أن "١- الأحكام التي حازت درجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة. ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه القوة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً. ٢- ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها".

(150) تنص المادة (215) مرافعات بحريّني (المرسوم بقانون رقم ٢١ لسنة ١٩٧١م) على أنه "يجوز الاتفاق بين الخصوم على أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى انتهائياً، ولا يجوز استئناف الحكم في هذه الحالة إلا إذا كان هناك بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم".

(151) د/ سليمان مرفس، مرجع (١٠٣)، ص ٢٠٤، ف ١٧١.

(152) قضت محكمة التمييز البحرينية، في ١٣ يونيو ١٩٩٩م في الطعن رقم ١٩٩٩/٥٦ بأنه "..... وحيث إن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب تنعى بها الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال وفي ذلك تقول إن الحكم اعتد بالعدد المبرم بينها وبين المطعون ضده رغم تمسكها بنسخه لحصوله بطريق الحيلة والتغريب إذ أكد لها المطعون ضده أن المبنى سليم ويتحمل وضع اللوحة الإعلانية بالمواصفات المتفق عليها رغم علمه بعدم صلاحيته لذلك وإخلال المطعون ضده بالتزامه بتقديم خرائط المبنى لها حتى يتم تصميم اللوحة وفقاً لها والتزامه بتسليمها العين المؤجرة في حالة صالحة للانتفاع بها. وقد أيد الحكم الابتدائي رغم بطلانه لما شابه من فساد في الاستدلال إذ اعتمد في قضائه على تقرير الخبير المنتدب في الاستئناف رقم ٤/٤٣٢/٩٦/٣ دون بحث مطاعنها عليه فضلاً عن أن هيئة المحكمة التي فصلت في هذا الاستئناف هي نفسها التي أصدرت الحكم الابتدائي مما يقطع بأنها كونت عقيدتها في الدعوى قبل الفصل فيها مما يترتب عليه بطلان حكمها.

وحيث إن هذا النعي مردود في جملته ذلك أنه لما كان الحكم المطعون فيه لم يؤيد الحكم الابتدائي لأسبابه بل أيده لأسباب جديدة أنشأها لنفسه فإن النعي عليه ببطلان الحكم الابتدائي أي كان وجه الرأي فيه يكون غير مقبول. ولما كان من المقرر أن قضاء الحكم يشمل فضلاً عن منطوقه الأسباب التي ترتبط به ارتباطاً وثيقاً بحيث لا يقوم بدونها. وأن القضاء في مسألة أساسية متى أصبح نهائياً وحاز قوة الأمر المقضي يكون مانعاً من التنازع فيها من الخصوم أنفسهم في أية دعوى تالية تكون فيها المسألة هي بذاتها الأساس فيما يدعيه فيها أي من الطرفين من حقوق قبل الآخر. لما كان ذلك وكان الحكم الصادر في الاستئناف رقم ٤/٤٣٢/٩٦/٣ قد قضى بإلزام الطاعنة بالأجرة المستحقة عليها بموجب ذات العقد سند المطعون ضده في دعواه المائلة لما خلص إليه من عدم صحة ما أثارته الطاعنة من دفاع بشأن عدم صلاحية المبنى لوضع اللوحة الإعلانية عليه أو إخلال المطعون ضده بالتزاماته الترتيبية على هذه العقد فإنه يكون قد فصل في هذه المسألة بقضاء بات له حجته تمنع الطاعنة من العودة إلى المنازعة بشأنها في الدعوى المائلة. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وبني قضاءه عليه فإن النعي عليه يكون قائماً على غير أساس.

وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن وإلزام الطاعنة بالمصاريف ومصادرة الكفالة.

أما قوة الأمر المقضي فضلاً عن كونها تمنع الدعوى بنفي هذه الحقيقة فإنها تحول دون الطعن في الحكم بالطرق العادية، فهي تمنع الدعوى والطعن معاً⁽¹⁵³⁾. ويمكن القول "بأن كل حكم حاز قوة الأمر المقضي يحوز الحجية وليس كل حكم حاز الحجية يحوز قوة الأمر المقضي".

المبحث الرابع

حق الملكية

بسم الله الرحمن الرحيم (وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لَحَكَمِهِمْ شَاهِدِينَ × فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ). (154) (×)

٢١- ترشد هذه الآية الكريمة إلى أن الإنسان قد عرف الملكية الخاصة المنقولة والعقارية منذ أزمنة بعيدة قد تصل إلى بدء تكوين الجماعات البشرية. وتشير هذه الآية - أيضاً - إلى مبدئين قانونيين هما: مبدأ التقاضي على درجتين، ومبدأ ضمان الفعل الضار.

ونعرض لهذه المسائل فيما هو آتٍ من نقاط:



١- التطور التاريخي لحق الملكية :-

٢٢- تشير الدلائل القرآنية، ولاسيما في قصة ابني آدم، إلى أن البشرية منذ مراحلها الأولى

(153) انظر قرب هذا المعنى د/ سليمان مرقس، مرجع (١٠٣)، ص ٢١٤ وما بعدها، ف ١٧٨.

(154) سورة الأنبياء، ج ١٧، آية ٧٨-٧٩.

(×) ورد في تفسير القرآن العظيم لابن كثير "حدثنا أبو كريب وهارون بن إدريس الأصبم، قالا حدثنا المحاربي عن أشعث عن أبي إسحاق عن مرة عن ابن مسعود في قوله: (وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ) قال: كرم قد أنبتت عناقيدته فأفسدته، قال: ففضى داود بالغنم لصاحب الكرم، فقال سليمان: غير هذا يا بني الله: قال: وما ذاك؟ قال: تدفع الكرم إلى صاحب الغنم فيقوم عليه حتى يعود كما كان، وتدفع الغنم إلى صاحب الكرم فيصيب منها حتى إذا كان الكرم كما كان دفعت الكرم إلى صاحبه، ودفعت الغنم إلى صاحبها، فذلك قوله: (فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ) وكذا روى العوفي عن ابن عباس".

ورود في كتاب جامع البيان في تفسير القرآن للإمام الطبري "قال أبو جعفر: وأولى الأقوال في ذلك بالصواب ما قال الله تبارك وتعالى: (إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ وَالْحَرْثِ): إنما هو حرث الأرض. وجائز أن يكون ذلك كان زرعاً، وجائز أن يكون غرساً، وغير ضائر الجهل بأي ذلك كان.

وقوله (إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ يَقُولُ): حين دخلت في هذا الحرث غنم القوم الآخرين من غير أهل الحرث ليلاً، فرعته أو أفسدته. (وَكُنَّا لَحَكَمِهِمْ شَاهِدِينَ يَقُولُ): وكنا لحكم داود وسليمان والقوم الذين حكما بينهم فيما أفسدت غنم أهل الغنم من حرث أهل الحرث، شاهدين لا يخفى علينا منه شيء، ولا يغيب عنا علمه. وقوله: (فَفَهَّمْنَاهَا) يقول: فهمننا القضية في ذلك سُلَيْمَانَ دون داود. (وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا) يقول: وكلهم من داود وسليمان والرسول الذين ذكرهم في أول هذه السورة آتينا حكماً وهو النبوة، وعلماً: يعني وعلمنا بأحكام الله. وينحو الذي قلنا في ذلك قال أهل التأويل..

قد عرفت الملكية بنوعيتها (الخاصة والجماعية) - كقاعدة عامة- ولكنها كانت بدرجات متفاوتة بالنسبة للشيء الذي يرد عليه حق الملكية، حيث إنها أشارت إلى النزاع الذي عرض على داوود وسليمان -عليهما السلام- بين صاحب حرث (أرض بها غرس) وبين صاحب الغنم التي نفشت في الحرث وأتلفت ما به من زروع، فالأرض عقار والغنم منقول ولكل منها مالك (وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتِ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ....).

وهذا التبيان يدحض المذهب القائل بأن الملكية ولاسيما الخاصة منها لم تتضح معالمها إلا في مراحل متأخرة من التطور التاريخي للبشرية. لأن من المعلوم أن التفاضل يعد نوعاً من الارتقاء الإنساني، فالسيادة كانت لمبدأ القوة تنشئ الحق وتحميه، ولم يتم اللجوء إلى التحكيم في فض المنازعات في المصالح المتعارضة المتشابكة إلا متأخراً؛ أي بعد أن استقر في ضمير الجماعة أن القوة تؤدي إلى الفوضى؛ فرجعت إلى التعاليم الإلهية، التي تحولت -لطول الزمن- إلى أعراف وتقاليد، واتخذت منها قواعد للفض المنازعات.

بيد أنه - وإن كان لا خلاف بين باحثي تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية في شأن ملكية الأفراد للمنفولات ملكية خاصة - ليسوا على أمر جامع في شأن الملكية الخاصة للعقارات (155). حيث إن معظمهم ذهب -نقلاً عن الفقه الغربي- أن كل شيء كان في بدايته ملكية مشتركة حتى إنهم قالوا عن العلاقة بين الرجل والمرأة إنها كانت تقوم على الشيوع الجنسي.

وفي تقديرنا أن الأمر لا يخرج عن أن بعض الأدباء، الذين رافقوا الحملات الأوربية الاستعمارية على باقي القارات، قد نسجوا من بنات خيالهم بعض القصص كنوع للتسلية لأبناء القارة الأوربية. ومع ذلك اتخذ بعض الباحثين في مجال تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية منها مسلمات تبنى عليها الأحكام. وما كان يجب أن يغيب عن أبناء الشرق ذلك، ولاسيما أن الرسائل السماوية الثلاث (اليهودية والمسيحية والإسلامية) قد سجلت أن الله -تعالى- لم يخلق الإنسان عبثاً ولم يتركه سدى. فلقد أنزل تعاليمه للإنسان الأول (آدم) وظلت الرسائل الإلهية تتري وتتواتر لبنيه على أيدي الرسل والأنبياء ولم تتوقف إلا بانتقال خاتمهم (156) (النبي محمد صلى الله عليه وسلم) إلى الرفيق الأعلى.

(155) د/ صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ٤٤، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٧م.
(156) انظر قوله تعالى (ما كان محمد أباً أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين.....) (سورة الأحزاب، ج ٢٢، آية ٤٠).

فمبدأ الملكية الخاصة كان معروفاً منذ البداية، إلا أنه كان مرتبطاً بحاجة الفرد وقدرته على حماية ما تحت يده من أراضٍ. ولما كانت هذه الأراضي ذات مساحات شاسعة وكان الأفراد قلائل، فلم تكن الملكية الخاصة على درجة من الوضوح كما هي في العصر الحالي^(*).

٢- الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية :-

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(وَلَا تَتَّبِعُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالِكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا) (157) (158)

٢٣- تخاطب هذه الآية الكريمة البشرية جمعاء؛ لأن السورة الواردة بها قد بدأت ببدء (يا أيها الناس)، ومن ثم تقول لهم: إن هذه الأموال التي تتعاملون فيها جعلكم الله عليه قياماً ووكلاء فلا ينبغي لكم أن تجعلوها في يد من يضيعها. لأن الأموال قد سخرها الله -تعالى- للخير العام للبشرية لكي تستطيع القيام بواجب الخلافة بأن يخلف بعضها بعضاً في الأرض. فإذا عجز من تحت يده المال عن توجيهه إلى ما سخر له سلبت منه السلطة المعطاة له عليه ومنع من التصرف فيه حتى يبلغ رشده ويصلح لحمل أمانة التصرف في المال.

وبناء على ما تقدم لا يسمح للسفيه ومن في حكمه أن يباشر أيّاً من التصرفات في المال لا بصفته مالكاً له أو منتفعاً به ولا بصفته ولياً عليه. فبالصفة الأولى يظل للسفيه على المال حق الملكية أو الانتفاع، لكن يحجر عليه ويسند أمر التصرف فيه إلى شخص آخر رشيد (الولي أو الوصي أو القيم .. إلخ). وبالصفة الثانية (الولاية على المال) يجب أن تزول عنه هذه الصفة ويدفع بالمال إلى من يحسن التصرف فيه (159).

(*) لما كانت الأرض رحيبة ولم تضق على أهلها كان لكل شخص الحق في تملك ما يستطيع حيازته وحمايته. وهذا الأمر يحدث -حالياً- في الفضاء الخارجي، ففي بادئ الأمر لم يكن يشغل البال مسألة ملكية هذا الفضاء، وعندما بدأ استغلاله في كافة المجالات بدأت تبعاً له المناقشة والحديث عن ملكية الفضاء الخارجي وكيفية توفير الحماية القانونية له، ولا سيما أن العلماء يرون أن كوكب الأرض وما عليه سوف يتم التحكم فيه من الفضاء. ولقد عقدت في هذا الشأن عدة مؤتمرات من أجل إرساء القواعد المنظمة لهذه المسألة. واستطاعت الدول الكبرى ذات الهيمنة على هذا الفضاء أن تقر مبدأ أن لكل دولة حق ملكية ما تصل إليه من هذا الفضاء. وفي ظل هذه الوضعية عاد للتطبيق مرة أخرى مبدأ "القوة تثنى الحق وتحميهِ". وفي تقديرنا أنه لم يعد مصطلح الفضاء الخارجي ذا معنى أو مضمون، فهو لم يكن في يوم من الأيام فضاء لا في الماضي ولا في الحاضر ولا المستقبل. ولم يعد حالياً خارجياً بل أضحت شؤون الحياة على الأرض تدار من خلاله. ولذلك يفضل أن يطلق عليه طبقات الجو العليا.

(157) سورة النساء، ج ٤، آية ٥.

(158) ورد في تفسير القرآن العظيم لابن كثير الأتي "ينهى سبحانه وتعالى عن تمكين السفهاء من التصرف في الأموال التي جعلها الله للناس قياماً، أي تقوم بها معاشهم من التجارات وغيرها ومن ههنا يؤخذ الحجر على السفهاء وهم أقسام، فتارة يكون الحجر للصغير، فإن الصغير مسلوب العبارة، وتارة يكون الحجر للجنون، وتارة لسوء التصرف لنقص العقل أو الدين، وتارة للفلس، وهو ما إذا أحاطت الديون برجل وضاق ماله عن وفائها، فإذا سأل الغرماء الحاكم الحجر عليه، حجر عليه".

(159) تنص المادة (٢٥) من قانون الولاية على المال البحريني على أنه "يجب أن يكون الوصي عدلاً كفاً ذا أهلية كاملة ومن دين القاصر".

وفي ضوء ما سبق يتضح أن الشريعة الإسلامية لا تنظر إلى الملكية على أنها حق مطلق لصاحبه؛ فلو كانت كذلك ما قررت أحكام الحجر على السفهيه ومنعه من التصرف في ماله. بل هي تنظر إليه على أنه حق خالص لصاحبه ينتفع به ويحقق من خلاله الخير العام لمجتمعه، على نحو يقيم التوازن بين الصالح الفردي والصالح العام، وهذا ما يعرف في الفقه القانوني بالوظيفة الاجتماعية *La fonction sociale* لحق الملكية⁽¹⁶⁰⁾. حيث إن الشريعة الإسلامية، ونظراً لأن من مبادئها الوسطية والاعتدال، لم تؤيد المنحى الذي انتهجه المذهب الفردي ولا الذي ذهب إليه المذهب الاجتماعي. فهي لم تطلق لحق الملكية العنان، ولم تقيد بشكل يفرغه من مضمونه. فلقد وفرت له الحماية وفرضت على الكافة احترامه⁽¹⁶¹⁾؛ وقررت لصاحبه الحق في التمتع بثمراته وغلته والتصرف فيه بكل التصرفات الجائزة شرعاً. ومع ذلك لم تجعل من حق الملكية حقاً مطلقاً؛ بل فرضت على المالك في مباشرته لمعطيات حقه، مراعاة البعد الاجتماعي أي أن تكون مباشرته له بما يعود عليه بالفائدة وعلى المجتمع بالمنفعة. وكل هذا من منطلق أن الشريعة تنظر للمال على أنه، في الأصل، ملك لله سبحانه وتعالى وأن الإنسان مستخلف فيه⁽¹⁶²⁾. وبناء على ذلك يجب على الثاني ألا يخالف إرادة الأول في استغلاله لهذا المال؛ بل الأكثر من ذلك يجب عليه أن يأتي من الأعمال التي ترضى المالك الأصلي لهذا المال على الوجه الذي يحقق من خلاله الخير العام للمجتمع.



ويمكن تعريف الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية بأنها هي ”مراعاة المالك في استثنائه بملكه أن يدفع عن المجتمع مفسدة أو يجلب له منفعة“.

بيد أن الاتجاهات الحديثة قد استفادت من التجارب السابقة للإنسانية في مجال حق الملكية والتي كانت تتردد بين المبالغة في الإطلاق والتطرف في التقييد، وما ترتب على ذلك من آثار اجتماعية ضارة.

فالأول (الإطلاق): ترتب عليه أثرٌ إيجابيٌّ في مجال التنمية الاقتصادية حيث إنه أدى إلى زيادة الإنتاج على الاستهلاك؛ وأثرٌ سلبيٌّ وهو عدم تحقيق العدالة الاجتماعية.

(160) د/ محمد البهي، الفكر الإسلامي والمجتمع المعاصر - مشكلات الأسرة والتكاثر - ص ٢٣٩، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، لبنان ١٩٦٧م.

(161) انظر قريبا من ذلك د/عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص ٢٤٢، ف ٢٧٢، دار عمر بن الخطاب للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية ١٣٨٨هـ / ١٩٦٩م.

(162) انظر قوله تعالى (.. وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه..) (سورة الحديد، ج ٢٧، آية ٧).

والثاني (التقييد): ترتب عليه أثرٌ إيجابيٌّ متمثلٌ في تحقيق قدر من العدالة الاجتماعية، إلا أنه لم يحقق النمو الاقتصادي المطلوب حيث أدى إلى زيادة الاستهلاك على الإنتاج أو التعادل فيما بينهما.

ولا غرو أن يكون من نتائج هذه الاستفادة أن سلك الفكر القانوني طريقاً وسطاً بين إطلاق حق الملكية وبين تقييده؛ على نحو يتقارب مع الفكر الإسلامي في هذا المجال؛ فلقد نظر إليه على أساس أنه حق ذاتي له وظيفة اجتماعية.

فحق الملكية حقٌّ ذاتيٌّ في عناصره لأنه يخول صاحبه معطيات على محتواه المالي الاقتصادي من استعمال واستغلال وتصرف (163) ما لا يخوله حق آخر لصاحبه. وكذلك حقٌّ ذاتيٌّ في خصائصه حيث إنه يركز كل السلطات في يد صاحبه، ويجعله يتفرد في الاستفادة من كل ثمراته وغلته، ويمنع الغير من الاستفادة من ذلك إلا بإذن من صاحبه أو بموجب حكم القانون. وهو - أيضاً - حق ذاتي في نطاقه حيث إنه يتسع ليشمل كل ما يمكن أن يمنحه المحل الذي يرد عليه الحق لصاحبه.

وإذا كان حق الملكية حقاً ذاتياً، كما بينا آنفاً، فإمّ له وظيفة اجتماعية، هذه الوظيفة تفرض على المالك أن يباشر سلطات حقه بشكل يعود بالنفع عليه وبالفاائدة على المجتمع الذي يعيش فيه، باعتبار أن هذا يعد حقاً للمجتمع (164) وألا يأتي من الأعمال التي يكون من شأنها الإضرار بالآخرين. وإذا وقع تعارض بين هذا الحق وبين مصلحة عامة للمجتمع أو مصلحة خاصة أولى بالرعاية؛ فإن هذا الحق يحيد من سلطاته على النحو الذي يرتفع به هذا التعارض.



(163) انظر مؤلفنا في شرح القانون المدني البحريني -5- أحكام حق الملكية، مطبعة جامعة البحرين، ١٤٢٦هـ.
(164) انظر قوله -تعالى- (والذين في أموالهم حق معلوم × للسائل والمحروم) (المعارج، ج ٢٩، آية ٢٤-٢٥).

المبحث الخامس

التقاضي على درجتين

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ (وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ × فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكَلَّا أَتَيْنَا حُكْمًا وَعَلِمْنَا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ). (165) (x)

٢٤- تشير الآية الكريمة إلى مبدأ بات من المبادئ الراسخة في المجال القضائي وهو مبدأ التقاضي على درجتين؛ وهذا يستلزم وجود فارق في درجة الفهم القضائي بين قاضي محكمة الدرجة الأولى (الأدنى) وبين قاضي محكمة الدرجة الثانية (الأعلى).

ويتضح هذا من سياق الآية حيث عرض الأمر على نبي الله داوود -عليه السلام- فقضى بضمأن صاحب الغنم للتلف الذي حاق بالحرت، لتوفر أركانه: التعدي (الإخلال بواجب الحفظ الملقى على عاتقه ليلاً بالنسبة للغنم) والضرر (إتلاف الحرت) ورابطة السببية (فالأول سبب في الثاني الذي هو نتيجة للأول)، فقرر بأن يعطي صاحب الغنم غنمه لصاحب الحرت تعويضاً عن التلف الذي لحق حرثه بسببها.

(غير أن الله -تعالى- أفهمها نبيه سليمان -عليه السلام- (فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكَلَّا أَتَيْنَا حُكْمًا وَعَلِمْنَا...)). فأعاد النظر في القضية وحكم بموجب هذا الفهم بأن تدفع الأغنام إلى صاحب الحرت ليقوم عليها وينتفع بألبانها وأوبارها، وتدفع الأرض إلى صاحب الغنم لإعادتها إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار (النفش)؛ وعندما يصل الأمر إلى هذا الحد ترد الغنم لصاحبها ويسلم الحرت لصاحبه.

(165) سورة الأنبياء، ج ١٧، آية ٧٨-٧٩.

(x) ورد في تفسير القرآن العظيم لابن كثير "حدثنا أبو كريب وهارون بن إدريس الأصبم، قالا حدثنا المحاربي عن أشعث عن أبي إسحاق عن مرة عن ابن مسعود في قوله: (وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ لِقَوْمٍ) قال: كرم قد أنبتت عناقيده فافسدت، قال: فقضى داود بالغنم لصاحب الكرم، فقال سليمان: غير هذا يا نبي الله: قال: وما ذلك؟ قال: تدفع الكرم إلى صاحب الغنم فيقوم عليه حتى يعود كما كان، وتدفع الغنم إلى صاحب الكرم فيصيب منها حتى إذا كان الكرم كما كان دفعت الكرم إلى صاحبه، ودفعت الغنم إلى صاحبها، فذلك قوله: (فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ) وكذا روى العوفي عن ابن عباس . وورد في كتاب جامع البيان في تفسير القرآن للإمام الطبري "قال أبو جعفر: وأولى الأقوال في ذلك بالصواب ما قال الله تبارك وتعالى: (إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ وَالْحَرْثِ): إنما هو حرث الأرض. وجائز أن يكون ذلك كان زرعاً، وجائز أن يكون غرساً، وغير ضائر الجهل بأي ذلك كان.

وقوله: (إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ) يقول: حين دخلت في هذا الحرت غنم القوم الآخرين من غير أهل الحرت ليلاً، فرعته أو أفسدته. (وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ) يقول: وكنا لحكم داود وسليمان والقوم الذين حكما بينهم فيما أفسدت غنم أهل الغنم من حرث أهل الحرت، شاهدين لا يخفي علينا منه شيء، ولا يغيب عنا علمه. وقوله: (فَفَهَّمْنَاهَا يَقُولُ): ففهمنا القضية في ذلك سليمان دون داود. (وَكَلَّا أَتَيْنَا حُكْمًا وَعَلِمْنَا) يقول: وكلهم من داود وسليمان والرسل الذين ذكروهم في أول هذه السورة أتينا حكماً وهو النبوة، وعلمنا: يعني وعلمنا بأحكام الله. وبنحو الذي قلنا في ذلك قال أهل التأويل.

المبحث السادس

الرهن الحيازي

بسم الله الرحمن الرحيم

(وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ.....) (166) (*)

٢٥- تشير هذه الآية الكريمة إلى نوع من ضمان الوفاء بالحق الشخصي هو الرهن الحيازي وهو نوع من التأمينات العينية، التي تؤمن للدائن استيفاء حقه من ثمن الشيء المرهون إذا امتنع المدين عن أدائه؛ لأن أساسه يقوم على نقل حيازة هذا الشيء إلى المرتهن أو إلى أي شخص آخر يعينه المتعاقدان؛ بالإضافة إلى أنه يخول الدائن حقاً عينياً، يستطيع بمقتضاه حبس الشيء -تحت يده أو تحت يد العدل^(xx)- إلى حين الوفاء بدينه الذي له أولوية على ثمن الشيء المرهون.

ويتضح مما سبق أن تخلي الراهن عن حيازة هذا الشيء هو جوهر هذا النوع من الرهن؛ وهذا الذي يميزه عن الرهن التأميني الذي يبقى المال المرهون في حيازة مالكة.



(166) انظر قوله I- (وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ) (سورة البقرة، ج ٣، آية ٢٨٢).

(*) روي عن السيدة عائشة -رضي الله عنها- أن الرسول صلى عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه. وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة" (رواه البخاري). وأجمع المسلمون على جواز الرهن (الحيازي) على الجملة (لمزيد من البيان أنظر المغنى والشرح الكبير على متن المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل للإمامين موفق الدين؛ وشمس الدين ابن قدامة، ج ٤، ص ٣٩٧، دار الفكر بيروت ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م).

(xx) العدل هو الشخص الذي يتفق المتعاقدان (الراهن والمرتهن) على تعيينه لحيازة الشيء المرهون رهنًا حيازياً لحين الوفاء بالدين المضمون؛ بأن يضعه تحت يده حتى الوقت الذي ينقضي فيه أجل الدين المضمون به. وهذا الشخص قد يكون من الغير وقد يكون أحد الدائنين المرتهنين؛ ولكنه لا يكون هو الراهن مطلقاً. لأن التخلي عن الحيازة يعد بمثابة شهر له ونفاذه في مواجهة الغير؛ وبقاؤه تحت الراهن لا يحقق له ذلك.

ولقد عرفت المادة (٩٤٤) من مجلة الأحكام الشرعية العدل بأنه "هو الذي ائتمنه المتراهنان وسلماه الرهن لحفظه" (هذه المجلة دراسة وتحقيق د/عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان- ود/ محمد إبراهيم أحمد على، مطبوعات تهامة، ط١، السعودية، ١٤٠١هـ/١٩٨١م).

ويلزم لقيام هذا الرهن توافر مقومات وجوده وهي عقد رضائي مستوفى الأركان والشروط، ومال يصلح لأن يكون محلاً للرهن، وحق عيني تباعي متولد عن العقد ويرد على الشيء المرهون الذي انتقلت حيازته إلى المرتهن أو العدل. فإذا توافرت له هذه المقومات كنا بصدد رهن حيازي يمكن تعريفه بأنه: حق عيني تباعي يخول المرتهن ميزتي التقدم والتتبع للشيء المرهون الذي يلتزم الراهن بموجب العقد نقل حيازته للمرتهن أو للعدل لحبسه لحين الوفاء بالدين المضمون⁽¹⁶⁷⁾.



(167) عرفت المادة (٩٩٨) مدني بحريني (المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١م) الرهن الحيازي بأنه "الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان، شيئاً يترتب عليه للدائن حق عيني يخوله حبس الشيء حتى استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من هذا الشيء في أي يد يكون".

وعرفته المادة (١٠٩٦) مدني مصري بأنه "عقد به يلتزم شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يترتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

وقالت عنه المادة (٩٧٥) من مرشد الحيران "عقد الرهن هو جعل شيء مالي محبوباً في يد المرتهن أو في يد عدل بحق مالي يمكن استيفاؤه منه كلاً أو بعضاً".

وعرفته المادة (١٢٤) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك-رحمه الله- بقولها "الرهن شيء متمول يؤخذ به في توثيق دين ثابت في ذمة الراهن عند عقد الرهن أو يتوقع ثبوته فيها".

ومن الملاحظ أن هذا التعريف قد استعمل عبارة "ثابت في ذمة الراهن" وكان الأفضل استعمال عبارة "ثابت في ذمة المدين". لأنه لا يوجد ما يمنع أن يكون الراهن ليس مديناً بل يكون كفيلاً عينياً للمدين.

وعرفته المادة (٥١٢) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة-رحمه الله- بقولها "الرهن حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤه منه".

وعرفته المادة (١٦٧) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل-رحمه الله- بقولها "الرهن توثيق دين بعين يمكن استيفاؤه أو بعضه منها، أو من ثمنها".

وعرفته المادة (١٢٢٢) من القانون المدني الأردني رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٦ بأن "الرهن الحيازي هو احتباس مال في يد الدائن أو يد عدل ضماناً لحق يمكن استيفاؤه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين؛ وعرفته المادة (٧٦٦) من قانون المعاملات المدنية السوداني بالتعريف نفسه الوارد بالقانون الأردني.

وعرفته المادة (١٤٤٨) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥م بأن "الرهن الحيازي عقد ينشئ الحق في احتباس مال في يد الدائن أو يد عدل ضماناً لحق يمكن استيفاؤه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين".

الخاتمة

٢٦- على ضوء ما سبق ومن خلال تسليط أشعة البحث على هذا الموضوع أبصرنا بعض المراتي التي توصلنا من خلالها إلى نتائج وتوصيات نعرض لها من خلال النقاط الآتية:

أولاً - النتائج

٢٧- ألفينا من خلال التمهيد لهذا البحث أن الخطاب القرآني يحض المؤمنين به على تدبر آياته واستلهاهم معانيه وتطبيق أحكامه والاستفادة من إشاراتة. وإذا كانت التفاسير وكتب الفقه - في عصر النهضة- قد أولت الآيات القرآنية العناية التي تستحقها؛ فإنها دائماً معطاءة لكل مدكر في كل زمان ومكان؛ ولا يزال الأمر يحتاج المزيد من الجهد حتى تتحقق الحكمة الإلهية من بعث الأنبياء وإنزال الصحف والكتب وهي القيام بواجبات الخلافة في إعمار الكون على قيم العدل والمساواة على نحو يوجد نوعاً من التوازن بين الفوقية المتمثلة في الروح والتحتية المتمثلة في الطينية.

ورأينا أن بعض آيات القرآن الكريمة تضمنت أحكاماً لتنظيم سلوك الأشخاص في المجتمع مع تقرير جزاء دنيوي لمن يخالفها، وبعضها يشير إلى مبادئ يمكن أن يستلهمها الفكر البشري ليستخلص منها أحكاماً تنظم هذا السلوك، ولا عجب أن تتجاوز هذه الإشارات الحقبة الزمنية التي نزلت فيها.



وقد عرفنا أن آية الدين (٢٨٢ من سورة البقرة) قد وضعت القواعد الأساسية لإثبات الحقوق عند المنازعة فيها، فبدأت بالدليل الكتابي وطلبت أن يكتب بينهم كاتب بالعدل، وأمرت المدين بأن يمل، وإذا لم يستطع فليمل وليه؛ ثم الشهادة وطلبت من الشهداء ألا يأبوا إذا ما دعوا وعدم كتمان الشهادة ونهت عن الإضرار بهم؛ وأجازت عدم كتابة الدين التجاري؛ ثم عالجت مسألة الديون خلال السفر وعدم وجود كاتب فيقدم المدين للدائن رهناً حيازياً (رهان مقبوضة).

وتبين لنا أن العديد من الآيات تشير إلى عدة مبادئ في شتى المجالات القانونية بحيث لم يخل مجال منها إلا وكانت هناك إشارة قرآنية إلى المبادئ الأساسية فيه. كحتمية القانون لتنظيم سلوك الأشخاص داخل المجتمع، والعدل والمساواة، والنيابة القانونية، والوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، الإثراء بلا سبب (الفضالة)، الإرادة المنفردة (الوعد بالجائزة)، شخصية العقوبة، مبدأ المشروعية، التراضي في العقود الخ.

ثانياً - التوصيات

٢٨- واضح من النتائج التي سردت -أنفأ- أن القرآن الكريم أنزل بالحق وبه نزل (168) لكي يكون منهجاً متكاملًا لشتى مناحي الحياة؛ والبشرية جمعاء في حاجة إليه للحد من تقشي الوحشية التي تؤدي بها إلى التهلكة وإيجاد نوع من التوازن بين عنصري التكوين البشري (المادة والروح) في عصر باتت الغلبة للعنصر الأول على الأخير في ظل ثقافة العولة التي تكرس سيطرة الفكر الأوحده على مقاليد الأمور في العالم؛ وفي ظلمة ذلك نعرض لبعض التوصيات فيما هو آت من نقاط:

على المستوى التشريعي

- أن يؤخذ في الاعتبار البعد الثقافي للمجتمع المراد تنظيم سلوك الأشخاص فيه؛ ولاسيما أن الفكر الإسلامي على درجة من الثراء تؤهله لاستيعاب مستحدثات هذا العصر.
- عدم الوقوف عند حقبة زمنية معينة والبعد عن المذهبية والأفكار الأحادية لطائفة دون الأخرى بل يجب الأخذ بالرأي الذي يحقق مصلحة المجتمع.
- منح المعارف الإنسانية، التي لا تتعارض مع الكتاب والسنة، دوراً في المساهمة في تنظيم سلوك الأشخاص في المجتمع؛ إعمالاً لفكرة "أينما تجد العدل فثمة وجه الله".

على المستوى الفقهي

- دحض مقولة غلق باب الاجتهاد؛ وفك العقل من عقاله الذي أوثق به.
- الأخذ بقاعدة تغيير الأحكام بتغير الزمان والمكان وعدم الوقوف عند الآراء المرتبطة بوقائع ماضية لحكم وقائع حالية. لأن المتغير يحكم بمتغير مثله.
- استفراغ الوسع وبذل الجهد في إعادة قراءة التراث الفكري الإسلامي وتلقيته مما علق به من شوائب منبئة الصلة بأصوله (القرآن والسنة).

على المستوى القضائي

- بذل الوسع في إرساء مبادئ قانونية تتسجم مع ثقافة المجتمع وتراثه الفكري لكي تكون معيناً للمشرع عند تنظيمه للظواهر الاجتماعية المختلفة.

(168) انظر قوله تعالى (وبالحق أنزلناه وبحق نزل وما أرسلناك إلا مبشراً ونذيراً) (سورة الإسراء، ج 15، آية 105) والإنزال والنزول وإن كانت من مادة واحدة إلا أن ورودها في هذه الآية الكريمة يشير إلى أن الإنزال مرتبط بالكم والزمان والمنزل عليه، فمن حيث الكم أنزل القرآن كله دفعة واحدة، والزمان كان في ليلة القدر، والمنزل عليه هو أمين الوحي جبريل. والنزول كان من حيث الكم تنجيماً وفقاً لنوازل التي وقعت للمسلمين طيلة عصر النبوة، والمنزل إليه هو نبي الله محمد صلى الله عليه وسلم.

المراجع

- القرآن الكريم.
- السنة الشريفة.
- كتب تفسير القرآن الكريم.
- القوانين ذات الصلة بموضوع البحث.
- د/ أحمد بخيت، الوسيط في أحكام الأسرة - الكتاب الأول (الزواج) - دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م.
- د/ توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، سنة ١٩٨٢م.
- د/ جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٧٥م.
- أ / حسين عامر وأ/ عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية - التصيرية والعقدية - الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة ١٩٧٩م.
- د/ سليمان مرقس :-
- أ- الوافي في شرح القانون المدني - ٢ - في الالتزامات - المجلد الثاني - في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول في الأحكام العامة، ط ٥، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٨م.
- ب- الوافي في شرح القانون المدني - ٢ - في الالتزامات المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، أيريني للطباعة، القاهرة سنة ١٩٨٧م.
- ج- أصول الإثبات وإجراءاته، في المواد المدنية في القانون المصري مقارنة بتقنيات سائر البلاد العربية، ج ١، عالم الكتب، القاهرة سنة ١٩٨١.
- د- موجز أصول الإثبات، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٧م.
- د/ صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود - في الشريعة الإسلامية - ج ٢، ط

٢، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، سنة ١٩٨٢م .

- د / صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997م.

- د / عبد الحميد عثمان محمد :-

أ- المفيد في شرح القانون المدني البحريني -5- أحكام حق الملكية، 1426هـ، جامعة البحرين.

ب- المفيد في شرح قانون الإثبات البحريني، تحت الطبع، 1426هـ.

- د / عبد الرزاق أحمد السنهوري :-

أ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٤، العقود التي تقع على الملكية -تتقيح أ/ مصطفى محمد الفقي- دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٦م.

ب- الموجز في النظرية العامة للالتزامات - في القانون المدني المصري- مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، بدون تاريخ للنشر.

ج- د / عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد -نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت بدون تاريخ للنشر.

- د / عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني - نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٤م.

- د / عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية ١٣٨٨هـ / ١٩٦٩م.

- د / عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٢م.

- د / عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، سنة ١٩٩٠م.

- د / محمد ثبيب شنب :-

- أ - دروس في نظرية الالتزام، القاهرة، بدون مكان للنشر، سنة ١٩٩٢م.
- ب- شرح قانون العمل، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٤م.
- د / محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام - القواعد العامة والقواعد الخاصة، مطبعة الاتحاد، سوريا ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.
- د/ محمود سلامة جبر، الوسيط في عقد العمل الفردي، ج٢، ط١، مكتبة أبناء وهبة القاهرة، ٦١٤٢٩هـ.

